

## La Ley sin mayúsculas. Diez avisos

Por JULIO SEOANE PINILLA

Madrid

Mi interés en lo que sigue es exponer, de una manera tentativa, qué campo de estudio se le presenta al teórico del Derecho cuando nociones como las de fundamentación, realidad u objetividad son puestas en cuarentena. Creo que en la actualidad el desfase existente entre las reclamaciones modernas —que comienzan con la Ilustración— y su consecución (entre expectativas y realidades) ha llegado a un punto en el cual cada vez es más difícil sostener los sistemas jurídicos, simbólicos, expresivos, etc., que, se supone, cumplimentan las aspiraciones modernas (*i.e.*: nuestras democracias cada vez tienen menos «calado»).

Para ello es preciso repensar nuestro presente y replantearnos desde el principio el modo en que hemos dado en establecer las distintas juridicidades que regulan nuestros conflictos —y establecen la libertad moderna—. Los diez avisos que siguen son diez puntos a considerar en cualquier proyecto que se embarque en la no sencilla tarea de explicar, *de nuevo*, qué ley es la adecuada al hombre moderno y cómo ha de establecerse en nuestras comunidades. Son diez avisos que parten del intento de fundamentar la Ley que nos dirige y que al final terminan hablando de la democracia que aún no hemos puesto en marcha.

### PRIMER AVISO

Después de Rorty y Foucault hablar de fundamentación puede resultar una cuestión algo anticuada. Con estos autores y junto al tremendo auge en los años 80 de los llamados pensadores posmodernos, lo que ha quedado bien claro es que nociones como objetividad, verdad o fundamentación son herencias de un sistema de pensamiento que buscaba una verdad externa a la cual referirse. Obviamente esa verdad externa no existe, puesto que, como también se

nos ha enseñado, no está muy lejana a la realidad que cotidianamente se fabrica entre nuestros discursos y nuestras acciones.

Es evidente que el debate posmoderno ha quedado convenientemente olvidado y que más de una duda se podría dirigir hacia estos pensadores, pero es menester reconocer que hoy no podemos comenzar a pensar con nociones de objetividad o realidad inocentes. Hoy no podemos hablar de fundamentación si no estamos dispuestos a aceptar una objetividad no dura en la que el error sea posible y donde la contingencia y la variación puedan aparecer en cualquier momento<sup>1</sup>. Por ello es mucho mejor olvidarse de dar con la segura y firme fundamentación de la Ley (sea ésta jurídica o científica, moral o filosófica) y conformarse con buscar un cierto modo de coherencia y de intersubjetividad por las cuales todos estemos dispuestos *en un momento dado y en una situación determinada* a aceptar esa ley.

La argumentación que subyace a la diversidad de las posiciones antifundamentalistas pudiera resumirse como sigue: el discurso filosófico de la modernidad, como discurso de fundamentación, descansa sobre supuestos teóricamente insostenibles o agotados (como las nociones ilustradas y románticas de naturaleza, historia o progreso). Esos supuestos implican un conjunto de categorías filosóficas (racional-irracional, realidad-apariencia, etc.) que si bien tuvieron un lugar central en la constitución del proyecto moderno, hoy se convierten en obstáculos de su cumplimiento (bien por reproducir la dialéctica que conlleva la negación del proyecto ilustrado, bien porque, agotados ya, hacen paralizante su reiteración): el proyecto normativo moderno no puede alojarse en las estrategias de fundamentación porque éstas acaban por provocar unas interferencias, un alejamiento de la práctica cotidiana que confunden más que solventan<sup>2</sup>.

---

1. Un tipo de «objetividad no dura» es el que T. NAGEL propone en *The View from Nowhere*, Oxford University Press, 1986. Según su idea, existe una objetividad a la que cada individuo se aproxima desde un interés propio y con una interpretación personal o colectiva que basa su intersubjetividad en que refiere a unos valores «objetivos». De este modo, podemos ver nuestras acciones y valores desde «una perspectiva objetiva esencialmente incompleta» (pp. 126-137), puesto que son el reflejo de una antigua imagen que ahora cae dentro de la interpretación a la que la somete cada contexto discursivo y de acción (que se supone regula). Es por ello que, aunque los valores son «objetivos» en este sentido, no son independientes de la preferencia-satisfacción individual. Cobran fuerza de ser principio común de las preferencias personales y no de su *status* impersonal.

2. Sin que por ello debamos pensar que la aceptación de estrategias antifundamentalistas lleva al acriticismo. Esto lo muestran bien las obras del último Roucault y de Rorty y un buen planteamiento de la cuestión se puede hallar en el artículo publicado por A. RIVERO, J. SEOANE y C. THIEBAUT titulado «La modernidad sin fundamento», incluido en *El fundamento de los derechos humanos*, G. Peces-Barba (ed.), Madrid, Debate, 1989. Lo interesante no es que podamos plantear estrategias antifundamentalistas —lo cual siempre ha sido sencillo—, sino que seamos capaces de elaborar discursos críticos y constructivos desde una perspectiva donde la fundamentación sea tan relevante como pudiera serlo el color de los ojos de quien tales estrategias presentara.

## SEGUNDO AVISO

Desde el comienzo de la historia occidental, la palabra Ley se ha adscrito a alguna realidad externa inmutable que era la que le daba fuerza y poder. En un principio tenía un referente religioso que, con la modernidad, cambiaría por lo que se podría llamar un referente racional. Con la caída de los dioses pareció conveniente acudir a lo más noble de los hombres para sustituir a aquéllos; la razón fue la criatura objetiva e invariante que era capaz de acordar con la realidad. El concepto de naturaleza también acudió a esta llamada de auxilio y llegó a presentarse como la gran realidad a la cual, mediante la razón, podríamos acceder. Todo quedaba, de nuevo, atado para que las nuevas legalidades siguieran teniendo fuerza.

Pero, poco a poco, hemos ido aprendiendo que la razón no es un ente autónomo que actúa desde sí, sino que es más bien una serie de herramientas para adaptarnos a una realidad que, por el contrario a la idea que se tenía de naturaleza, es cambiante. Han aparecido, dentro del universo humano, intereses, modos de argumentación, formas expresivas de narrar, etc., que se han adscrito al comportamiento racional del hombre, haciendo de aquella razón cuyo lenguaje era isomorfo con la realidad un conglomerado de racionalidad, realidad, discursos, relaciones de fuerza, intereses ... en el cual ningún término tiene más fuerza que otro y donde todos se establecen con una voluntad de dominio. Desde la Ilustración a nuestros días, nuestra historia es, en buena medida, una historia de la progresiva complejización —que no complicación— de la razón humana.

Lo que hoy sacamos en claro es que la persecución de la objetividad, o de la verdad, es un empeño vano dentro de un mundo que se rige por multitud de verdades sin que ninguna refiera a una realidad última. De hecho, la búsqueda de una realidad última, de una Naturaleza, se ha abandonado en los estudios teóricos más relevantes que han desplazado las mayúsculas adscribiendo el plural a las palabras tabú; de esta forma, no existe concepto por bien fundado que se tenga que no deba de considerarse en plural y sujeto a la contingencia de la convivencia con otros conceptos. Esto es, con otras realidades.

En lo que respecta a las normas jurídicas, el caso es idéntico. Los debates iusnaturalistas y positivistas lo que han dejado bien claro es que ni una ni otra postura son hoy defendibles. Primero porque no es posible hablar de una Naturaleza de nada (una suerte de último respecto inmutable sería, como lo ha sido, en cualquier momento contestado con más de un reparo y, sobre todo, con la no posibilidad del hombre de hoy de acordar con algo tan extraño a su modo de pensar como sería la inmutabilidad —religiosa—<sup>3</sup>), y segundo por-

---

3. La tan proclamada crisis de valores, realmente no es otra cosa que un olvido

que se tome la Ley desde una postura contextual o heurística, lo que resulta evidente es que no existe una verdad última si no es el mismo sistema legal que se autosostiene intentando que sus interpretaciones no se alejen en mucho de lo que podríamos llamar su espíritu (que al final se forja en la continua puesta en práctica del mismo sistema legal). La misma actuación da cuenta ya de un orden jurídico sin que debamos buscar detrás o debajo de lo que todos en cualquier momento podemos observar, interpretar y actuar.

Por este motivo poco más que una coherencia podemos pedir a las leyes. Cada ley es un concepto interpretativo —en su aplicación concreta— en donde la relación con el intérprete es básica. No existe, obviamente, objetividad, tan sólo una intersubjetividad que se da a través de la comunicación. Por eso, en cierto modo, podemos acordar, con Luhman, que la comunicación es básica para el sistema legal<sup>4</sup>. Desde ella la interpretación no aboca al nihilismo deconstructivo de Derrida, sino que, olvidando la objetividad, se acerca a lo contingente del mundo de la vida cotidiana<sup>5</sup> haciéndose pública e intercalándose dentro de la vida de los afectados. Creo que no sería muy inconveniente tomar la idea de Luhman, prudentemente tergiversada, para decir que el sistema legal es un sistema que tan sólo depende de sí para su establecimiento como sistema. Desde este punto de vista el sistema legal organiza la validez legal de las normas que no son sino un símbolo que circula entre la legislación y el «contrato» y que puede tener un cambio continuo de contenido. La justicia, de este modo, sería la coherencia del sistema. Un sistema que, por supuesto, no es separable del sistema social, puesto que, en último término, lo reproduce (no porque dependa de principios externos que el sistema social le proporciona, sino porque resuelve problemas de aquél). De

---

de valores que no se sostenían dentro de nuestro mundo. Desde la pérdida del monopolio revolucionario por parte de ideologías demasiado próximas al platonismo, hasta el desalojo de una solidaridad que se basaba en creencias cuasi religiosas, se han orillado valores inmutables a los que había que acudir desde un espíritu nada moderno. Intentaré razonar esto algo más al final de este trabajo, pero quede ahora dicho que los valores impuestos desde las mayúsculas son difíciles de aceptar por muy nobles y profundos que resulten ser.

4. En lo que sigue seguiré una conferencia que bajo el título «Operational closure and structural coupling. The differentiation of the legal system» ofreció N. Luhman en el curso de verano de la Universidad del País Vasco, *Derecho y Posmodernidad* (junio de 1990).

5. Estoy hablando del mundo de la vida cotidiana de forma recurrente, puesto que es en ese lugar donde se especifican los acuerdos y donde toman sentido las reglamentaciones legales. Hasta no hace mucho, ha existido un prejuicio considerable dentro de los quehaceres teóricos a considerar la realidad de forma «micro», esto es, a preocuparse por las actividades menos conceptualizables de los hombres y mujeres que, se supone, son objeto último de estudio. Hoy esto ha cambiado en mucho y existe una considerable literatura en torno a los mundos de vida, a la vida cotidiana y a las relaciones cara a cara; un buen resumen es posible encontrarlo en el número monográfico que a la cuestión dedica la revista *Current Sociology* (vol. 37, núm. 1, primavera de 1989).

este modo, el cierre del sistema legal sobre sí, el hecho de que se «autosostenga», no significa aislamiento, por el contrario influye junto con otros sistemas en el establecimiento total de una comunidad. Lo que es importante destacar es que si hemos olvidado la fundamentación es porque resulta que nuestro interés ha de dirigirse al modo en que un sistema legal cumple con su función, esto es, la manera en que resuelve conflictos de la comunidad.

Intentar buscar una fundamentación, una base última a esta resolución de conflictos es tarea típica de filósofos que quedan algo alejados de la realidad. En verdad, con su aplicación el derecho se muestra sin que sea preciso demostrarle. Es por este motivo que la cuestión de la coherencia tiene su importancia estemos de acuerdo con una justificación de la ley de este tipo o no. De hecho alguien podría pensar que la coherencia no es ningún valor y que resulta absurdo tenerlo como fin último del Derecho. La cuestión estriba en que no teniendo mayor importancia que otros conceptos que podríamos inventar, la coherencia es básica a la hora de aceptar un sistema que resuelva nuestros conflictos y al cual estemos dispuestos a acatar. Precisamente un sistema judicial cobra su fuerza cuando podemos esbozar un *dictum* parecido al «y siempre será así»; si estamos dispuestos a aceptar las resoluciones legales es porque sabemos que son aplicables en el orden en el cual estamos en todo momento y a toda persona. Y aquí poca importancia puede tener que sean todas correspondientes a un cuerpo bien fundamentado, lo importante es que constituyen un cuerpo al que, de alguna manera, hemos mostrado nuestro asentimiento y al cual estamos dispuestos a llevar nuestros conflictos para que sean dirimidos. Ya el filósofo se ocupará de poner en duda sus bases, pero siempre existe una instancia última de asentimiento que es capaz de crear una intersubjetividad legal que es la que, a la postre, implanta su autoridad (pudiendo concluir que «todos, al cabo, estábamos de acuerdo»).

El hecho de que un sistema sea incoherente puede llegar a poner en prevención a los usuarios de semejante sistema y, desde aquí, aparecerían fallas de legitimación del sistema en cuestión. Esto es algo evidente cuando la comunidad llega a ver que la Administración de Justicia no llega de igual forma a todos sus componentes o se advierte que distintas sanciones son aplicadas a problemas semejantes en calidad. Estas fallas de legitimación son, sobre todo, fallas de credibilidad, lo cual hace mella en el acuerdo intersubjetivo que todo sistema social, sea legal, comercial o de cualquier tipo, precisa<sup>6</sup>.

---

6. Efectivamente, la base principal de una agrupación humana es el poder formar un «nosotros» con el cual estamos dispuestos a identificarnos en más o en menos. Recojo esta idea de R. Rorty y en pocas palabras se podría exponer como sigue. Las sociedades modernas no pueden poner su sentido en algo externo a ellas mismas (tal y como podría ser el esclarecimiento de ciertas «verdades» o de las leyes «racionales»), es preferible que se opte por reconocer en la misma comunidad su propio

Pero tampoco hemos de ser muy tajantes. Es posible convivir con la incoherencia sin que un sistema legal sea impugnado. Aquí la diferencia con la cuestión de la fundamentación es clara. En buena medida, la búsqueda de legitimación tiene a su favor que establece un sistema donde, al igual que ocurría con la tarea científica, falsando su base se deja ver la falsedad de todo el entramado que, de tal modo, debiera abandonarse por otro. Con esto se evitaba la superstición y la irracionalidad de manera tan efectiva que jamás en la práctica se llevó a cabo; por ello resulta más real pensar que la incoherencia no lleva sino a problemas de credibilidad y, si acaso, a impugnar actuaciones puntuales. Mas los problemas de credibilidad no llevan al abandono. Al igual que ocurre en la vida cotidiana, es posible vivir con la contradicción, olvidarla, impugnarla, resignarse o procurar mejorarla. En esto se basa, entre otras cosas, el constante afán de mejoramiento del sistema legal<sup>7</sup>.

### TERCER AVISO

Obviamente, la idea de estructurar el sistema normativo jurídico en torno a la coherencia tiene mejores defensores que yo. Lo que me importa es que se llega a este fin después de recorrer el camino que nos sitúa dentro de un mundo bastante diferente al que nuestra modernidad nos había legado (y que era efectivo hasta hace apenas veinte años). Lo que sigue ahora es el razonamiento que lleva a la idea de la coherencia del sistema legal, por eso creo que, aun no estando de acuerdo con lo dicho, ni siquiera con la idea de la ley integrada dentro de un sistema, se puede leer con fruto lo que sigue.

La modernidad redujo la cuestión de la virtud de los hombres a una cuestión técnico-administrativa. Poco a poco se impuso la tarea de llegar al Bienestar Social en lugar del ilustrado deseo por la Felicidad<sup>8</sup>. Las normas y leyes fueron adaptándose a las distintas ver-

---

sentido y esto significa que ya no caben más nociones objetivas y tan sólo hemos de procurar que el acuerdo social sea lo más amplio posible: una sociedad no es sino la autoimagen compartida por quienes son capaces en un momento dado de entablar una conversación, esto es, de formar un nosotros más o menos homogéneo. Al respecto se puede consultar R. RORTY, «On Ethnocentrism: A reply to Clifford Geertz», incluido en sus *Philosophical Papers*, Cambridge University Press, 1991. Vol. I (202-210).

7. Sin contar con los mecanismos que, para evitar la incoherencia, el mismo sistema legal desarrolla a través de diversas instancias que en un momento dado pueden revocar una sentencia o, cuando menos, solicitar que tal sentencia sea repensada.

8. La felicidad depende de afecciones singulares al igual que todo sentimiento moral, y por ello se tendió a sustituirla por un sentimiento más universalizable, como fue el de bienestar social. Por ser sentimiento moral era una afección individual, cada particular lo sentía en sí mismo y no había más modo de universalizarlo que proclamarlo como *efectivo* en todos los hombres (tal sentimiento tenía como condición de

tientes que la virtud presentaba y de este modo se fueron creando esferas sociales que implicaban diferentes legalidades. No es que aparecieran distintos sistemas legales, sino que las leyes se amoldaban y presentaban nuevas caras, se diversificaban en campos que les eran nuevos y, de este modo, creaban esferas de justicia allí donde nunca antes habían tocado. La actividad desmesurada que el hombre moderno emprende sobre el mundo le lleva a solicitar una normativa que se adecue a las variadas realidades que comienza a considerar. Es necesaria una legislación comercial cada vez más detallada, una legislación industrial, las cuestiones políticas y sociales se complican y poco a poco aparecen órdenes jurídicos donde antes ni siquiera existían realidades. Y es más adecuado presentar la cuestión como la aparición de esferas legales que como la creación de códigos que amoldaban la Ley —infinitamente previsora, habría que decir— a las nuevas realidades. Es cierto que la ley tiende a la exclusividad, pero eso no quita que sobre un mismo sujeto puedan operar dos órdenes jurídicos, creando, de este modo, dos sujetos jurídicos diferenciados. Así, es posible establecer esferas u órdenes bien definidos, con sus propios objetos y límites incluso dentro de un mismo código. De lo que se trata es de que todo contexto produce derecho. Y cuando hablo del contexto, estoy hablando de las distintas realidades que son creadas por la coparticipación de hombres y mujeres dentro de un campo acordado <sup>9</sup>.

Existen diferentes jurisdicciones en la sociedad civil porque cada contexto de relación reclama —e incluso produce— una forma propia de legalidad. En una sociedad compleja las relaciones sociales son muchas y muy diversas (familiares, laborales, asistenciales, etc.); una concepción totalizante del Estado como generador de todas las normas llevaría a una inflación enorme que al final nunca podría regular todos los casos y se perdería en un formalismo jurídico. Lo que resulta evidente es que hay esferas de actividad tan dispares que las ordenaciones normativas que usan tienen poco en común. Por ello, es preciso reconocer que la producción legal no parte de un único punto; cada mundo de vida puede considerar su propio ordenamiento

---

existencia el estar fácticamente realizado). Por el contrario, el bienestar social es concepto más amplio y del cual se puede hablar en un discurso teórico como objetivo a cumplir. Como rápidamente el desarrollo de la Ilustración mostró, una sociedad puede proveer para el bienestar *social*, pero, por el contrario, ha de estar proveyendo para la felicidad *de todos*. Por este motivo, la felicidad se hundió dentro de las afectaciones particulares para las que la teoría —y el gobierno— poco tenía que decir.

9. No hay que pensar mucho para advertir que aquí se están proponiendo nuevas formas de subjetivación en las cuales el individuo ya no es único e invariable, sino que cambia y se adecua a los distintos momentos en que actúa. Si atendemos a Foucault, podríamos decir que el sujeto ya no es sino el establecimiento de una individualidad dentro de un complejo entramado de saberes y discursos que parcelan la actuación y la definición del individuo. Cfr. M. FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1980 (p. 45 y ss.)

—sin olvidar, claro está, que se encuentra en un mundo estratificado, pero tremendamente poroso— y es posible pensar acuerdos no institucionales que son los que dentro de un mismo territorio jurídico (que sería la común aceptación de un estado democrático) regulan los diferentes contextos de actuación.

#### CUARTO AVISO

¿Qué entiendo por acuerdos no institucionales? Son las leyes y normas regulativas que se proponen y elaboran fuera del Estado como institución. El ejemplo claro son los acuerdos —cuando se dan— entre empresarios y ciertos sectores de los sindicatos que son capaces de, aprovechando un marco institucional, llegar a acuerdos que a veces desafían y se enfrentan a los recomendados por el gobierno. Me da la impresión que no es poco relevante el estudio de este modo de proceder en las sociedades modernas, el análisis del hecho de que desde las relaciones escolares, familiares, asistenciales o corporativas se trabaja con normativas cada vez más específicas (y *pregnantes*). Se habla de crisis cuando lo que todavía podríamos llamar un Estado de Bienestar no es capaz de dar respuestas a todas las expectativas que en la sociedad civil se han generado, cuando no puede regular todos los ámbitos de ésta. Es un problema económico, pero también lo es de legalidades e imágenes que actúan de tal modo que obligan a un Estado a dar respuestas y soluciones a ámbitos que muy posiblemente se regularían mejor solos <sup>10</sup>. Quizá sea el establecimiento de estos diferentes contextos, independientes entre sí a la vez que entrelazados por la misma sociedad democrática que les cobija, la forma más característica de los estados democráticos del fin de este siglo: la sociedad civil resulta una institución que se forma a través de acuerdos e interpretaciones cuyos protagonistas son individuos o instituciones de cualquier tipo con un carácter contingente y adecuado al momento <sup>11</sup>. Lo importante aquí es que las interpretaciones y consensos a los que me refiero finalizan cuando los intereses que las motivan o son satisfechos, o se acaban, o se ve claramente que son mejor servidos por nuevos consensos; de forma que han de

---

10. Para esto se puede ver de forma muy fructífera el artículo de Elías DÍAZ, «The new social contract. Political institutions and social movements», incluido en *Legal Culture and everyday life*, Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1989 (pp. 85-99).

11. Como se puede apreciar, el Leviatán legal ha de quedar olvidado en favor de un serie de esferas legales que cada contexto de acción presenta (al fin y al cabo, es creando esferas diferentes de actuación como la vida moderna se desarrolla), que si bien tienen una relación unas con otras (todas, al cabo, presentan el sistema social), ésta no es de interdependencia causal, sino de estructura sistémica (cada una forma parte de un nivel y se refiere a otra aunque no por ello está intrínsecamente relacionada).

poseer una flexibilidad mayor a las tradicionales «sanciones por ley»<sup>12</sup>.

Debiera dirigirse algún interés teórico a señalar dónde deben estar los márgenes de cada juridicidad, de cada legalidad. Y también a explicar cómo se relacionan, puesto que resulta evidente que aunque compartimentada, nuestra realidad social no está fraccionada —aunque sí quizá fragmentada—. Cada mundo de vida se sirve de un saber y normativiza unas relaciones específicas. Por ello en nuestras sociedades hay una pluralidad de juridicidades (ocultar esto no es ni democrático ni rentable). Pero esto no significa que las distintas esferas de normatividad estén incomunicadas. Aunque sólo sea por el hecho de que debemos de vivir y pertenecer a múltiples contextos, hemos de negociar y llegar a acuerdos. Considero que aquí la negociación es la que acuerda los distintos contextos. Tal vez más que en ninguna otra época, vivimos dentro de unos Estados constituidos por múltiples redes de juridicidad que fuerzan a constantes transacciones —y transgresiones—. Estas intersecciones son posibles merced a las negociaciones y acuerdos que, de este modo, forman la base de la vida en sociedad. Contra la idea romántica e ilustrada en la que parece que una sola idea de Libertad, Solidaridad y Justicia podía dar cobijo a toda la sociedad civil, ahora me parece más apropiado poner la contingencia y la negociación como base de la vida en común. Y esto es lo que realmente promocionaría a una democracia fin de siglo<sup>13</sup>.

## QUINTO AVISO

La racionalidad global se desintegra hoy en racionalidades. Racionalidades que no son partes de un todo, sino totalidades que están en todas partes. El localismo que existe implícito en todo lo dicho hasta el momento no es el localismo de los espacios estáticos y com-

---

12. Son los mismos individuos quienes soliciten una educación, una sanidad y una justicia adecuada a su particular posición social. Obviamente la misma demanda puede «crearse» o fomentarse desde los órganos institucionales, pero se hace evidente de que no es ni económicamente rentable ni socialmente recomendable el imponer o pensar en grandes proyectos sociales. Es preferible recapacitar en la posibilidad de una imposición a pequeña escala y no uniformemente en todo el país de las políticas sociales y teniendo siempre como principal motivo la reclamación por parte de los ciudadanos.

13. El gran cambio que propone la época moderna, y de cuyas consecuencias es ahora cuando empezamos a hablar, es el de un Estado donde no existe una «solidaridad universal» y en el cual el individuo establece relaciones no por recurso a una imagen de humanidad —de la que se deriven unos Derechos, una racionalidad o un sistema democrático—, sino en relación a los intereses por los cuales luchar y los objetivos a buscar. Este nuevo tipo de solidaridad (que, por otro lado, me parece obvio en nuestra realidad social), no implica insolidaridad nacional, sino, tan sólo, una fragmentación y localización de las políticas sociales.

partimentados, sino el del contexto. Se trata más bien de pensar que no existe nada que pueda ser ajeno al momento en que aparece dentro del discurso y de las actividades de los hombres y mujeres que lo comparten. De este modo, cada contexto, aun leyendo a los contextos precedentes, es capaz de crear un orden jurídico que, de este modo, solicita una comunidad interpretativa.

Por este motivo no es posible dar con monopolios interpretativos de la ley; en cada esfera se reclama una comunidad de interpretación. Como dije al principio, la modernidad es la distinta presentación de un «nosotros» al cual deseamos adscribirnos, pero no es un «nosotros» que uniforme todas nuestras vidas, sino que es un «nosotros» que accede *a cada faceta de la actividad social*: con la modernidad hemos adquirido un nuevo tipo de individualidad merced al cual no necesitamos un sujeto que uniforme cada acción, sino tan sólo una biografía que sea capaz de dar cuenta de las distintas perspectivas que a cada individualidad acaecen. Sería muy largo explicar todo esto, pero quede para retener que si estamos hablando de distintos espacios de legalidad es porque podemos pensar un sujeto que sin perder parte de sí es capaz de introducirse en distintas tramas de relación que solicitan juridicidades (mecanismos de resolución de conflictos con otros individuos) diferentes <sup>14</sup>.

Es lógico que cuando hemos quitado al sujeto toda trascendencia, éste ha de configurarse a través de los acuerdos negociados mediante los cuales persigue sus mundanos intereses. Al igual que ocurre con los procesos de acuerdo no institucionales, la negociación resulta ser el punto en el que los sujetos toman forma, adquieren un mundo que pasará a formar parte del que se tiene como propio y elaboran procesos de socialización por los cuales forman una comunidad. De nuevo, cada contexto social, cada «nosotros» formado, tomará una legalidad propia que se vinculará originariamente a un fáctico acuerdo negociado. Y no por provenir de una negociación contingente, la norma perderá su impronta, ni el sujeto tendrá menos calidad por tener que ceder parte de sí en las negociaciones. En verdad este es el proceso normal al que nuestra modernidad nos ha abocado: el

---

14. No es que se opongan, es que tienen distintos campos de acción. Creo que es explicativo establecer un paralelo con la cuestión de la inconmensurabilidad de las teorías científicas. En último término, nunca una teoría da respuesta a otra, simplemente establece un campo de aplicación que no siempre coincide con el que estaba ya establecido; de este modo, siempre quedan respuestas por contestar y aplicaciones que se desechan no porque estén faltas de verdad, simplemente porque no interesan al no entrar dentro del campo de realidad acotado.

Con respecto a este nuevo tipo de individualidad y al tipo de sociedad que reclama se puede consultar el libro de R. H. BROWN, *Society as text* (The University of Chicago Press, 1987) y el artículo de C. Thiebaut titulado «Sujeto complejo, identidad narrativa y modernidad del sur» (incluido en *Teoría del Personaje*, C. Castilla del Pino (ed.), Madrid, Alianza Editorial, 1990).

sujeto moderno vive dentro de la contingencia y se configura dentro de una identidad atenta a las diferentes contextualizaciones.

## SEXTO AVISO

Mi idea es que la Modernidad en su establecimiento se caracterizó por una «declaración de derechos», pero, en su discurrir, consideró que las leyes hacían buenos éstos, i. e., los establecían. La Modernidad temerosa recurrió a antiguos esquemas y pensó que nada mejor para su promoción que hacerse obligatoria: se la idearía y se harían leyes para que todo el mundo las cumpliera.

Como resulta que no es posible *idear* la vida de hombres y mujeres, que no hay camino de la razón *ideal* al mundo, y que la objetividad poco tiene que ver con los sujetos que la contemplan, este modo de establecimiento de las que han sido nuestras sociedades actuales lleva a sistemas sociales contradictorios que en su base no saben promover la Ilustración (puesto que tienden a imponerla en lugar de hacerla vivir). Realmente este es uno de los grandes problemas de nuestras democracias, que acuerdan más con este modelo impositivo que con un otro que intente recrear la sociedad moderna en cada momento y lugar adscribiéndose, de este modo, a una realidad contingente que, sea dicho ahora, entra dentro de las primeras reclamaciones ilustradas.

Mi idea es que resulta más adecuado a nuestra modernidad social y política el establecer el Derecho en torno a la reclamación de derechos antes que como aplicación de leyes. Como cabe imaginar, los derechos solicitados son aquellos que pueden dar cuenta del nuevo sujeto que hoy hemos de considerar; por el contrario, el hecho de tener una ley inamovible, una Ley referencia que solicita ser fundamentada, tan sólo nos plantea en un campo que poco tiene que ver con el de la legalidad cotidiana. Cuando tomamos el cuerpo legal como una serie de leyes cuya última referencia es la proclamación —o la reclamación— de derechos, estamos aceptando una doble vertiente de la vida moderna. En primer lugar, son derechos que no se proclaman universales; son derechos contingentes que pueden ser ampliados, cambiados u olvidados<sup>15</sup>. Por otra parte, son derechos que se solicitan desde la actividad y el enfrentamiento de actividades particulares, derechos que por no tener una referencia última más allá de las imágenes simbólicas que una sociedad moderna provee,

---

15. Como ocurre, por ejemplo, en la cuestión de los derechos humanos que se van implantando y, al tiempo, ampliando y desarrollándose (así es, como resulta evidente, el añadido de los derechos del niño, la petición de revisiones en cuanto a la protección de la información, etc.). Al respecto se puede consultar el artículo de N. BOBBIO, «Presente y porvenir de los derechos humanos», incluido en su libro *Il problema della guerra e la vie della pace*, Bolonia, Il Mulino, 1979 (131-157).

han de contrastarse y negociar. Las leyes resultantes tan sólo buscan establecer un sistema de derechos que den cuenta de lo que podríamos llamar las peticiones sociales. Estamos hablando aquí de democracia.

En efecto, si entendemos la democracia como la posible adscripción de todos los ciudadanos al gobierno de sus asuntos, estamos diciendo que sus reclamaciones —sus derechos— han de hacerse oír a la hora de establecer un sistema legal. Pero ¿cómo es el Derecho basado en derechos más que en Leyes?

### SÉPTIMO AVISO

De una forma visual se podría decir que la Ley actúa desde arriba, es vertical y platónica; unos delegados instituyen el modelo social y *a partir de ahí* (desde algo impuesto se supone que racionalmente) se regula la comunidad para que se parezca a esa construcción ideal (i. e., mental) que edifica la Ley. Por el contrario, los derechos constituirían un sistema legal más horizontal que entraría dentro del diálogo y la negociación. Son los ciudadanos quienes reclaman haberes, quienes luchan por ellos, quienes los negocian y llegan a reglamentaciones. Son los distintos movimientos sociales los que «fuerzan» el establecimiento de legalidades que después aparecerán como reguladores de esos mismos movimientos creando un símbolo legal que «legitima» las nuevas adquisiciones. Pero este cuerpo jurídico no deja de tener un carácter simbólico que se demuestra, por ejemplo, a poco que queramos fundamentarlo. Porque, de hecho, no es posible una última Ley que da cuenta de todas y cada una de las aspiraciones que pudieran surgir en una sociedad dinámica y multiforme.

Por esto las leyes que se basan en la reclamación de derechos son precisamente eso, reclamaciones y no aclamaciones de lo evidente que un proceso racional muestra a quien no lo pudiera ver. Quizá sea este el motivo de que no sea posible una justicia universal, puesto que los derechos acordados pueden ser momentáneos y para reglamentarlos no hace falta que sean justos, tan sólo que convengan a quienes los firman. La pregunta a quien añore una Justicia universal sería la siguiente: ¿existe algún otro tipo de justicia que el acuerdo fáctico? <sup>16</sup>

---

16. A poco que eliminemos las mayúsculas nos quedamos sin Justicia. La Verdad, la Ley, la Naturaleza, no eran conceptos grandilocuentes gratuitos, por el contrario acordaban con un deseo de establecer un mundo nuevo más justo. De ahí la vocación trascendental. Pero la Justicia no deja de ser un concepto del Antiguo Régimen que una sociedad moderna no puede menos que impugnar. La obediencia que se supone debería de lograr un sistema justo, se basa menos en leyes precisas y fundamentadas que en contextualizaciones comprometidas en un consenso-negociación que declina al sujeto y le modifica. Aunque no estoy muy de acuerdo con el tono liberal-reformista que invade el libro de P. SINGER titulado *Democracia y desobediencia*.

En un mundo moderno la respuesta es negativa. Al ser hijas de reclamaciones, las reglamentaciones de acuerdo a derechos pueden quedar obsoletas, pueden llegar a ser inoperantes o contraproducentes con nuevas realidades. Por eso mismo son acuerdos siempre renovables. Y las más de las veces pecan de etnocéntricos a un nivel muy básico. No es sólo que no es posible extrapolar a otras culturas nuestras formas legales, es que incluso dentro de un mismo sistema social es difícil encontrar un principio que aglutine todas las normas (si no es el principio trivial de su creación a partir de derechos). No es preciso, como ya he dicho con anterioridad, que una reglamentación regule todo el conjunto social, cada esfera solicita sus particulares reglamentaciones y, si bien existe una porosidad simbólica de una a otra que crea unas determinadas imágenes de justicia que sirven como referencia (pero no constituyen ley), una sociedad moderna resulta tan compartimentada que buscar ligazones es tan absurdo como buscar unidades entre la reglamentación que dirige un partido de fútbol y la que guía las transacciones comerciales con los países iberoamericanos.

#### OCTAVO AVISO

Lo dicho resulta constatación de un hecho práctico cotidiano, este es, la evidencia de que las leyes se debaten, se negocian y se quitan o ponen. La novedad de mi planteamiento es de procedimiento (son los ciudadanos quienes directamente han de proponer los derechos), de justificación (filosóficamente la Ley sigue siendo universal y justa) y de implantación (la Ley tiene un carácter uniformador, de importancia y realidad *en todo tiempo y sociedad* que es imposible hoy admitir). Por estas tres diferencias —que como se ve no dejan de ser puro análisis teórico—, cualquiera puede sospechar que el olvido de la pregunta por la fundamentación de las normas jurídicas es, a su vez, un recuerdo sobre el modo democrático de su establecimiento y un aviso acerca de la implementación de tan antiguo y olvidado modo de vivir en sociedad.

#### NOVENO AVISO

Al imponerse en la acción cotidiana, los derechos —para desarrollarse— necesitan que el diálogo «todo tiempo» esté garantizado

---

cia (Barcelona, Ariel, 1985), reconozco que tiene cierta razón cuando concibe la justicia como «compromiso justo» de forma tal que «lo único que podemos hacer es buscar un sistema que permita tomar decisiones (compromisos justos)» (pp. 44-45) a las que tan sólo nuestra pertenencia a un «nosotros» nos obliga a acatar.

y resguardado. Acabar con la posibilidad del diálogo es acabar con la sociedad moderna.

Pero dígase aquí que un diálogo moderno no es hablar y discutir, es la confrontación que las acciones libres de los hombres tienen. Primero se choca y después, caso de que tal choque no sea del agrado, se dialoga y se buscan acuerdos. Es curioso que la individualidad moderna se forme en esta confrontación con otro, en este enfrentamiento en el que cada sujeto cobra identidad. De este modo la conformación de un diálogo lo es también de un individuo y, a su vez, de una normativa legal que protege todas las interacciones (al menos las regula ante sus efectos no deseados). Como se puede observar, la configuración de la individualidad en una sociedad moderna se establece en base a un discurso y a una elaboración de leyes a partir de los derechos que solicitan las propias acciones. En esencia esto es la democracia que, sin mucho pensar, cualquier adscribiría como el modo connatural de fabricar sociedades del mundo moderno.

Cualquiera podría pretender que, aun sin tener esta garantía de diálogo «todo tiempo», es posible decir que existe una sociedad democrática, puesto que, tal y como el tiempo nos ha hecho evidente, son posibles dentro de ella discursos no modernos herederos de concepciones de la ley más vinculadas a la objetividad y a la fundamentación segura. Esto es cierto, pero habría que decir que la democracia es un *optar* por un tipo de discurso y no por otro, por una ley basada en esa reclamación de derechos de la que vengo hablando y no en Leyes estáticas y bien fundadas. La dinámica de una democracia es precisamente la que la instituye por exclusión; los logros sociales son, en realidad, la exclusión de discursos no modernos y de actitudes que no casan con el sentir del que venimos hablando (actitudes que, sea dicho de paso, siempre vuelven a presentarse). Por este motivo la democracia nunca acaba de implantarse por completo y es, como dice Rorty, un continuo proceso de experimentación por el que poco a poco lo que se proclama es tan sólo una manera de argumentar, de hablar y de llegar a acuerdos <sup>17</sup>.

Este carácter esencialmente incompleto de la democracia es lo que justifica el hecho de que podamos vivir en regímenes ajenos a ella, pero que nominalmente la reclaman. Entre otras cosas, a poner en claro esta fractura se dirigen estos avisos.

---

17. «Jefferson y Dewey describieron América como un “experimento”. Si el experimento fracasa, nuestros descendientes podrán aprender algo importante. Pero no aprenderán una verdad filosófica, ni tampoco una verdad religiosa. Simplemente obtendrán algunas indicaciones de lo que deberían tener en cuenta al preparar su próximo experimento. Aun si nada más que eso sobrevive a la era de las revoluciones democráticas, es posible que nuestros descendientes recuerden que las instituciones sociales *pueden* ser vistas como experimentos en esfuerzos cooperativos y no como intentos de encarnar un orden universal ahistórico». R. RORTY, «The Priority of Democracy to Philosophy», incluido en *The Virgin Statute for Religious Freedom*, Merrill D. Peterson y Robert C. Vaughan (eds.), 1988, 257-282, p. 274.

## DÉCIMO AVISO

La cuestión que aquí estoy tratando no es únicamente una cuestión jurídica; me importa también presentar la base sobre la que edificar una reflexión sobre los modos de elaboración de las normativas legales dentro de una democracia moderna. Por eso me importa acabar con una referencia siquiera rápida al desapego que en buena medida se establece entre los ciudadanos y el orden legal que, se supone con todo lo dicho, elaboran. En realidad podemos hablar tanto como queramos del origen discursivo de nuestras leyes, de la negociación y la contingencia de las mismas, pero todo puede caer en el absurdo cuando nos decidimos a reconocer la tremenda anomia que caracteriza a las sociedades actuales, el desapego tan grande que existe en referencia a lo que sería la colaboración en el crear esferas de legalidad.

Creo que en todo lo dicho estaría, en buena medida, la solución a este problema por cuanto este desapego proviene de una desigual relación entre las imágenes producidas desde nuestro universo simbólico ilustrado y la realidad parca a que estas ideas han llevado. Dicho en pocas palabras, la Ilustración trajo, por pura lógica, un estilo redentor, un intento de que los hombres fueran «buenos»; pero en realidad esto no deja de ser una herencia antigua porque, por ser consecuentes, es menester creer en la diversificación misma de los hombres atendiendo a sus intereses, a su habilidad o a su suerte. Lo importante —si hacemos caso a las primeras palabras ilustradas— es la *igualdad*; y esto no es sino que todos podamos introducirnos con el mismo derecho, capacidad y poder en el discurso; pero a partir de ahí, es lógico que exista un perdedor y un ganador. La democracia no es el paraíso, sino el lugar donde la vida humana puede tener lugar. Como se sabe, esto resultó algo que las segundas palabras ilustradas —demasiado próximas al Antiguo Régimen— no podían entender.

Por eso cabe la no participación, pero sólo cuando se ha instituido un sistema social que regula sus conflictos bajo la noción de Justicia. Es preciso reconocer que los derechos se imponen en el discurrir de la vida cotidiana. Por el contrario, la Ley intenta conformarla y encauzar su dinámica. La Ley resulta algo así como las condiciones trascendentales *a priori* y los derechos tienen más que ver con la dinámica y voluble relación sujeto-objeto. Por ello las reglamentaciones no deberían de constituirse tanto en una cuestión sintáctica (qué se puede decir y de qué manera: qué se puede hacer) cuanto semántica (qué palabras *decidimos* tomar con sentido y cuáles no). Como tal, y puesto que no es ya posible una gramática universal, los códigos resultan una cuestión de idiomas; serán tan distintos como éstos y ellos mismos propondrán sus mundos. (Y en verdad el mundo ha vivido con mil idiomas tan mal como con una gramática universal.)

El problema de dar con la sintaxis ideal es que, puesto que la Ley excluye el bien del mal, al cortarlos tajantemente y eliminar uno como referencia y constante relación con el otro, es difícil que los sujetos sepan vivirla. Podría decirse que la Ley que se fundamenta de forma racional no es capaz de crear y recrear la democracia puesto que regimenta la vida desde el universal (muy alejado de ese *demos* que ha de gobernar): la Ley nos da ya hecho el proceso de discernimiento, ¿cabe remedio peor para una democracia? Por aquí ha de venir la falta de participación, el alejamiento de la política con respecto a la realidad, el desinterés en cuanto a la elaboración de regulaciones legales, etc.; todo ello lógica consecuencia en el momento en que se da un vacío —expresivo— dentro de las imágenes de justicia que no puede ser rellenado por el interés de cada individuo por crear su propia regulación que es, al cabo, el único fundamento válido de cualquier norma.