

Mesa Redonda: “El futuro de la Filosofía del Derecho en el Mundo Latino”

JUAN-RAMÓN CAPELLA
Universidad de Barcelona

ELÍAS DÍAZ
Universidad Autónoma de Madrid

LUIGI FERRAJOLI
Università di Roma Tre

PAOLO COMANDUCCI (MODERADOR)
Università degli Studi di Génova

RESUMEN

Los eminentes profesores mencionados reflexionan sobre el tema de la mesa redonda.

PALABRAS CLAVE: igualdad, filosofía del Derecho, Mundo Latino, desigualdad.

ABSTRACT

The eminent professors mentioned reflect on the theme of the round table.

KEYWORDS: equality, philosophy of Law, Latin World, inequality.



Copyright© Juan-Ramón Capella

Se permite el uso, copia y distribución de este artículo si se hace de manera literal y completa (incluidas las referencias a i-Latina), sin fines comerciales y se respeta al autor adjuntando esta nota. El texto completo de esta licencia está disponible en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/legalcode.es>

Juan-Ramón Capella:

Buenas tardes, creo que mi primera y muy feliz obligación es agradecer a Manuel Atienza el regalo de convocar y preparar este I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino. Preparar un congreso cuesta mucho esfuerzo, mucha dedicación, y debemos agradecerle este esfuerzo y esta dedicación principalmente a él y al grupo de profesores de la Universidad de Alicante. En estos congresos fundamentalmente se establecen relaciones, se intercambian ideas, partimos de un mundo de conceptos y de tradiciones, sobre todo de pensamientos diferentes, y reuniones como esta pueden servir para poner muchas cosas en común. Creo, Manolo, que tu esfuerzo y el de tus compañeros ha valido la pena.

Bueno, supongo que puesto que se me ha concedido el honor de dirigirme a ustedes, debo reflexionar en voz alta sobre la Filosofía del Derecho, moral y política ante el futuro, especialmente ante los retos que se plantea en América Latina, pero no sólo y justamente en un momento de crisis social grave, de crisis del Derecho, pues el Derecho forma parte de la sociedad y esta sociedad está atravesando un momento de cambio brusco, rapidísimo, esa es una verdadera crisis. Y expresan toda una perplejidad. No voy a entrar en muchos detalles, sino que voy a tratar de expresarme a través de ideas generales. Tengo una duda compleja, se trata de saber si la tarea principal de filosofar sobre el Derecho ha de ser, en este marco de crisis, contribuir al asentamiento de las instituciones, de las instituciones de la democracia por supuesto, de sus podres judiciales en particular, para conseguir la plena igualdad jurídica, para que todas las personas sean iguales ante la ley, o —y he aquí mi duda y perplejidad— si este paso ha de ir de la mano de, o incluso solo estar subordinado a, algo completamente distinto. Voy a tratar de justificar el porqué de esta duda. El Derecho que tenemos es el derecho de la igualdad, el derecho de la sociedad capitalista, este Derecho nos construye en la imaginación o nos representa a todos como iguales porque nos ve a todos como propietarios, unos de tierras, otros de industria, de bienes en definitiva, y otros, por emplear la expresión de Locke, como propietarios de sus manos, como propietarios de su

capacidad para trabajar, de modo que todos podemos vender algo en el mercado, en un mercado cuyo paroxismo es precisamente el capitalismo, ahora además excluyente de todo correctivo; por supuesto, mercado en general no equivale a capitalismo, este es el paroxismo excluyente del mercado absoluto. Al mismo tiempo, el capitalismo construye un derecho igual porque todos somos iguales ante la ley, por el hecho de que la ley es igual para todos según se dice. Hay que concederle a este derecho igual el haber reconocido aspiraciones humanas fundamentales, lo ha hecho en forma de derechos, de derechos humanos, eso es muchísimo; a pesar de esa forma de derechos, reserva a las instituciones estatales y singularmente a los tribunales, la defensa y la custodia de aquellas aspiraciones fundamentales de las personas. Los derechos están custodiados por las instituciones y solo por ellas, esa es su limitación fundamental, no está bien visto que las personas se tomen su derecho por propia mano. Dar pasos para dejar atrás el capitalismo, consiste esencialmente en dejar atrás, una por una, las desigualdades sociales que justamente los supuestos del derecho igual convierten la igualdad jurídica en una ficción, porque en realidad el derecho igual del capitalismo es indiferente a las desigualdades sociales, a las desigualdades que se reproducen socialmente, el derecho formalmente igual es el derecho de las desigualdades reales, pues las deja en pie, pasa a través de ellas como si fuera una onda hertziana. Pues bien, dar pasos atrás, dar pasos para dejar atrás el capitalismo, consiste precisamente en dejar atrás, una por una, las desigualdades sociales y los mecanismos que las reproducen. No crean que estoy proponiendo bajo mano asaltos revolucionarios, no es eso, creo sencillamente que el capitalismo, si llegara a ser superado, será paso a paso, por etapas, como el capitalismo sustituyó al feudalismo, probablemente. Pero hoy, en el extremismo de la desregulación, hay multitudes que exigen o van a exigir dar estos pasos, dar estos pasos exige, y esta es mi propuesta y al mismo tiempo mi perplejidad, un derecho de la desigualdad, cada paso supondrá un derecho desigual, un derecho con privilegios justamente para acabar con los privilegios reales Sé que la noción misma de derecho de la desigualdad es difícil de asimilarse dada nuestra formación jurídica, dado todo lo que se nos ha enseñado y dado buena parte de lo que siempre

hemos creído, yo mismo me sentí inicialmente poco de acuerdo con una temprana manifestación de este derecho de las desigualdad, como fueron las primeras normas de discriminación positiva para las mujeres como privilegios, si ustedes quieren, precisamente para acabar o al menos paliar la gran situación de desigualdad social en que estaban y en que en muchos países están aún hoy las mujeres respecto de los hombres. Hoy en cambio, definiendo ese derecho a la desigualdad que habrá que ir inventando, por eso lo propongo ante ustedes, sobre todo porque es necesario y porque puede acabar también convirtiéndose, y esto es muy interesante, en un derecho igual. Doy un ejemplo, a sabiendas de que es un ejemplo malo, de que los ejemplos se vengan, lo que decía Zubiri, por tanto, que no es un ejemplo ideal pero, en España los permisos de trabajo por maternidad, inicialmente concedidos como un privilegio solo a las mujeres han acabado siendo, con la incorporación masiva de las mujeres al mercado del trabajo, un derecho de la pareja que esta administra según prefiere y, por tanto, lo que inicialmente era un derecho, mejor dicho un privilegio, se convierte en un derecho de igualdad para la pareja; ya sé que el ejemplo no es perfecto, pero otra discriminación positiva que se entiende quizá mejor es el que afecta a las personas discapacitadas, a las que se atribuyen privilegios sobre todo en el mercado de trabajo para compensar la discapacidad. Si todo esto es posible en sociedades que son aun plenamente capitalistas, imagino que un derecho a la desigualdad va a hacer justamente el derecho del meta-capitalismo o del socialismo verdadero, como se le quiera llamar. (Utilizo la palabra socialismo porque no sé si se ha usado mucho en este Congreso y es necesario que alguien la pronunciara, no he estado en todas las sesiones; por tanto, quizá me atribuyo algo que no es mío). Un derecho de la desigualdad que sirva para eliminar una a una las desigualdades sociales más relevantes, claro que el derecho a la desigualdad pleno supondrá un cambio social, exige la condición previa de una economía parcialmente pública, parcialmente regulada no sé en qué marcos, estoy pensando en el futuro, por tanto no necesariamente en un marco estatal. Ahora bien, ¿significa eso que no hemos de defender, además del derecho de la desigualdad, también el derecho de la igualdad, los derechos e instituciones de ciudadanía? Creo que el derecho puede verse como un conjunto de prácticas y las

prácticas jurídicas son reales, no exactamente formales, y creo que se debe defender que ante esas prácticas no se produzcan desigualdades, debemos defender también el derecho de la igualdad; aunque el derecho de la igualdad jurídica parezca contradictorio con el derecho de la desigualdad, en realidad se puede actuar de modo que no lo sean, al menos para los desfavorecidos. El derecho de la igualdad jurídica es necesario cuando no lo hay, y cuando lo hay es necesario el derecho de la desigualdad, para compensar las desigualdades, una fórmula sencilla que permita hacerse una idea de cómo podemos mirar hacia adelante. También es necesario afianzar las instituciones, aunque tratando, por ejemplo, de que las magistraturas no se nutran de la ideología de las clases dominantes o de la ideología del género dominante, como suele ocurrir; se debe afianzar los procedimientos democráticos sin olvidar, sin embargo, las trampas discriminatorias de las leyes electorales y evitando los procedimientos trampa, o la pura y simple corrupción de los procedimientos con que se puede legitimar hasta un golpe de estado como acabamos de ver en Brasil; y en ningún momento se debe olvidar que, como decía Pierre Paolo Pasolini, "la burguesía más que una clase social, es una terrible enfermedad contagiosa"; el aburguesamiento afecta casi necesariamente a los que están en el lado mejor de la desigualdad, incluso cuando luchan contra ella, de modo que los juristas y filósofos del Derecho que no se alineen con el mantenimiento de las desigualdades tienen ante sí tareas complicadas y pueden comenzar a cultivar la perplejidad, no asustarse ante ellas, afianzar las instituciones democráticas y proponer prácticas jurídicas que actualicen el derecho a la desigualdad. Esta es la tarea, esto último debe pasar a estar en el centro de nuestras reflexiones si queremos de verdad cambios esenciales y no caer víctimas de la peor de las enfermedades contagiosas, que no mata pero modula el alma, modula la vida. Gracias por su atención.

Elías Díaz:

Perdón por el tono, yo pensaba decir, de prisa, de prisa que todavía estamos vivos.

Bueno, ya no tiene la poca gracia que tenía lo que acabo de decir. Pero decía yo que las circunstancias actuales y el talante —yo hablo a veces desde estas alturas, y ya me corregí una vez y dije no! más bien desde estas bajuras—, y pues es eso que estaba diciendo de prisa, de prisa que todavía estamos vivos, sobre todo yo que soy el más viejo —con mucho— de los presentes. Pero de todas formas vendrán otros clásicos; no se apurarán, nosotros nos iremos, a algunos les queda mucho más tiempo de vida, pero vendrán otros clásicos. Y miraba y digo: a muchos ya les veo la cara de clásicos. O sea que con la renovación de la taza de clásicos no hay problema, aquí estamos gente sin solución, estamos embarcados en una cosa que es la academia, la universidad, la filosofía del Derecho y ya no creo que tengamos otras soluciones que a romper con todo ello.

Miren que en los últimos meses le vengo diciendo a Manuel Atienza que yo ya no estoy para intervenir en un Congreso, sobre todo de estas características, y de esta importancia. He dicho que ya no tengo nada que decir, y luego a veces matizaba —yo siempre matizo—: nada o apenas nada que decir en este Congreso o en otros similares. He dicho que nada o apenas nada, porque si al terminar resulta que no he dicho nada, dirán “pues tenía razón y no sé qué hemos hecho aquí”, y me reservo la cláusula del apenas nada, para poder convertir apenas nada, en algo, porque si no, también les estaría engañando. Bueno, todo esto tiene que ver con estas disquisiciones analíticas que hacéis, y que a mí me parecen muy importantes.

Tengo que decir que yo llegué ayer y estaba encantado esta mañana de escuchar la magnífica y conmovedora, admirable, síntesis de que ha sido capaz Juan Carlos Bayón. Se nota que es de la Autónoma, y yo ya estoy acostumbrado; quiero decir, no es, para mí, una sorpresa porque cuando voy por el pasillo y me tropiezo con él, cualquier cosa que le pregunto de teoría y de práctica, siempre me hace los análisis de una rigurosidad y de una profundidad que a veces ya no sé a qué atenerme porque a veces no profundizo tanto, pero otras veces también me valen.

También la de Manuel Atienza, no le dejemos de menos, aunque no es de la Autónoma, pero lo fue y está también a ese nivel.

Bueno, yo creo que a las discusiones y matizaciones que se hacen en el Derecho les falta contexto social. Hay discusiones sobre problemas de metodología, sobre el lenguaje, pero todo ese pensamiento importantísimo ha transitado sobre tiempos enormemente difíciles, en toda América latina. A mí me gustaría que esas disensiones, discusiones, y matizaciones tuviesen mayor arraigo en el contexto social. Como Manuel Atienza ha insistido mucho recientemente, la filosofía del Derecho está en crisis. Como a mí no me gusta la palabra crisis, diré que la filosofía del Derecho está en serios problemas, cuáles son esos problemas, cuáles son algunas características de esta "crisis" de la filosofía del Derecho.

No voy hacer una gran lista, no se preocupen. Yo diría que una primera es la falta, o la ausencia, o insuficiente identidad, digamos hay una *crisis de identidad* de la filosofía del Derecho. Cuando el estudiante de Derecho va a la asignatura de constitucional, de procesal, de civil, de mercantil..., sabe lo que va a estudiar. Pero si va a una asignatura que se llama filosofía del Derecho, no lo sabe, lo que significa que los profesores le pueden echar cualquier cosa, y el estudiante dice: bueno esto debe ser filosofía del Derecho, y lo pasa por ello, porque lo que le interesa es no tener problemas al final, y bueno a veces también se dicen cosas interesantes. En todo caso, junto a todas esas asignaturas que configuran los estudios de Derecho hay una un poco rara que se llama filosofía del Derecho, con una cierta falta de identidad.

Voy a utilizar lo que decía antes Paolo Comanducci: "que junto a las asignaturas de Derecho positivo, están las de Derecho negativo", para decir que "frente al Derecho positivo, está el Derecho natural". ¡Ah! Menudo invento el del Derecho natural, me refiero al fuerte, al duro, al que hemos sufrido en nuestros países, y en concreto quien les habla, porque crecí en unas condiciones sociales, económicas, políticas "x" de España de esa época. Realmente, lo que había es un Derecho positivo que además de ser positivo era natural, es decir, "justo", por tanto había que dar la batalla. Para algunos había un Derecho natural que procedía

de la ley eterna, que se encarnaba en el corazón o razón del ser humano, para luego ser traspasado al Derecho positivo. Esto que hoy nos parece una broma, entonces no lo era: yo tuve un estudiante de doctorado que realizó un trabajo sobre la filosofía del Derecho de los juristas españoles de aquellos años, porque los Garriges, los Castro, los Guasp, etcétera¹, que se sabían el Derecho positivo y lo explicaban muy bien a los abogados y a los jueces, en el fondo eran positivistas ramplones, o positivistas formalistas de aquellos a los que Manuel Atienza critica muy bien, continuamente. Estos juristas, en los discursos que daban en las sesiones solemnes de las grandes instituciones, sobre este Derecho positivo, salía como fondo el Derecho natural. Entonces, tuvimos una lucha importante, porque el Derecho natural implicaba teologías y siempre habían estudiantes que en esos años le salían a uno con teologías, y había que saberse la historia de la filosofía occidental para poder responder a estas cosas. Sin embargo, también habían estudiantes combativos de ello. También, habían estudiantes, los más acertados (aunque los menos), que sostenían que junto a ese Derecho natural hubo un Derecho natural "racionalista", de Pufendorf, Leibniz, en fin, Locke, etcétera. Pero de ese Derecho natural no era del que se hablaba. Del que se hablaba era fundamentalmente de la doctrina católica con su ley eterna, etcétera, de tal modo que uno que no comulgaba con eso e intentaba refutarlo con otras dimensiones del Derecho natural, le venía muy bien el ser analítico, en el sentido de análisis, porque la analítica es imprescindible frente al irracionalismo, al aventurismo, al populismo...

Lo que dijo el gran matemático Lorenz: "las matemáticas no mienten, pero sirven para mentir" se aplica a la analítica, pues "la analítica no miente, pero sirve para mentir" –o puede servir para mentir–. Por dónde voy con esto, voy a que – como Laporta lo ha dicho varias veces– el problema de la analítica, e incluso del positivismo, es que se queda mudo ante los juicios de valor. Está muy bien que la analítica ordene el caos del Derecho, pero le faltan cosas. En mi opinión, a la analítica lo que le falta es la relación con el poder, porque obedecer al Derecho es

¹ Hablo más bien de los grandes maestros de Madrid, pero en otros sitios también los hay.

obedecer al poder, si no tienes poder, ni el juez, ni Dios te hacen caso. Por lo tanto: apertura al poder. Lo que yo veo es que el Derecho está demasiado retenido en la interioridad, y algunas veces –ironizando lo digo– somos como decoradores de interiores, que a lo mucho te dejan la casa muy mona y bien puesta, pero claro, a lo mejor alrededor hay un paisaje horroroso.

Es necesario tener en cuenta al poder, a las ciencias sociales. El Derecho es una ciencia social, si no se entiende que el Derecho sirve para implantar la justicia en un mundo que se desajusta continuamente, y que los hombres desajustan, no se entiende nada.

Qué es lo que he hecho yo al respecto, bueno yo escribí en el año 66 (ya había publicado antes unos artículos de ese tema en el 61 y en el 63), un librito titulado "Estado de Derecho y Sociedad Democrática" que tuvo más de diez ediciones. Este libro empezaba con la frase "no todo Estado es Estado de Derecho", porque el Estado es el que produce un derecho. El nazi fue derecho, el de Stalin fue derecho, y el de Franco era derecho, los abogados, los jueces utilizaban ese derecho, los colegas explicaban ese derecho, pero eso no es un estado Derecho. Luego, escribí otro libro "Sociología y Filosofía del Derecho", publicado en el año 71, tuvo doce ediciones. Ambos fueron libros que tuvieron mucha presencia. "Estado de Derecho y Sociedad Democrática" quiere decir, perspectiva interior. Si se me permite la simplificación analítica, "y Sociedad Democrática", quiere decir apertura de la economía, de la sociedad y hoy al mundo de las grandes desigualdades, de las grandes corrupciones y de las grandes desafecciones. Después de éstos libros, no morí de éxito y seguí publicando cosas hasta hoy mismo. El último libro fue "El Derecho y el Poder. Realismo Crítico y Filosofía del Derecho". Ahora yo me sitúo en el "realismo crítico", no tengo tiempo para explicarlo más, afortunadamente, pero lean el libro "El Derecho y el Poder. Realismo Crítico y Filosofía del Derecho". En fin, mi propuesta iría por estos causes que les he resumido, desordenadamente. Gracias.

Luigi Ferrajoli:

Gracias, pienso yo también que debemos ante todo agradecer a Manuel Atienza por la iniciativa de este congreso que ha mostrado, por un lado, el pluralismo de las ideas, de los enfoques filosóficos jurídicos en el mundo latino en clima cultural común. Me disculpo por mi mal español. La discusión, la argumentación en este congreso, también ha mostrado que las afinidades son mayores que de las divergencias. Yo creo que la afinidad principal es el rol que todos los diversos enfoques atribuyen a la razón como factor de civilización y como limitación del Derecho, sea la filosofía analítica, la filosofía del lenguaje, la teoría de la argumentación, la metodología jurídica. Es significativo que estos diversos enfoques son afirmados en Italia, en España, en América Latina, después de la liberación del fascismo, del franquismo, de las dictaduras porque en estos períodos anteriores autoritarios el pensamiento principal dominante era siempre un pensamiento fuertemente metafísico. Después, con la democracia, se ha afirmado un pensamiento laico, racionalista, se ha afirmado el abandono de las especulaciones metafísicas y sobre todo una relación más estrecha entre la filosofía del Derecho y el Derecho mismo, el Derecho positivo, la práctica jurídica.

Pues bien, si nos preguntamos ¿cuál es el futuro de la filosofía del Derecho?, naturalmente nuestras tesis sobre el futuro de la filosofía del Derecho dependen de las concepciones diferentes que tenemos del Derecho, de la relación entre Derecho y democracia y también del rol que reconocemos a la ciencia jurídica y a la cultura jurídica política. Y todavía, en mi opinión, lo que más allá de nuestras diferencias acumula nuestra manera de concebir y practicar la filosofía del Derecho son algunos enfoques que reflejan características estructurales de nuestros ordenamientos, de nuestras democracias constitucionales rígidas y que no se encuentran de la misma manera en los sistemas del *Common Law* y que nuestra *subalternidad* a la cultura jurídica anglosajona muchas veces nos hace olvidar.

Estas características son, en primer lugar, el principio de legalidad como norma de reconocimiento de todo el Derecho existente, en segundo lugar, la constitucionalización rígida como límites y vínculos a los poderes del principio de

justicia como la igualdad de los derechos fundamentales de libertad y sociales. Preguntamos entonces, ¿qué tipo de enseñanza filosófico jurídica es requerida por estas dos características de nuestras democracias para favorecer la formación del jurista y promover el desarrollo en nuestros estudiantes del interés por el Derecho? Siempre he pensando que el mayor peligro que corre la enseñanza del Derecho (hablo también por experiencia personal recordando los años de mis estudios en la facultad de jurisprudencia, de Derecho) es el tedio, el aburrimiento, el hecho de que el estudiante tenga la sensación de estudiar una técnica burocrática del poder, del ejercicio del poder o del control social. Pues bien, yo creo que el desarrollo del interés y agrego de la pasión por el Derecho es posible sólo si somos capaces de mostrar a nuestros estudiantes los dos aspectos de la experiencia jurídica que he mencionado antes y que solamente la reflexión filosófico jurídica puede ilustrar.

El primer aspecto: el carácter artificial del Derecho. El Derecho es construido por nosotros, por la política y antes todavía por la cultura jurídica, es el lenguaje con el cual formulamos los problemas sociales y sus soluciones. El segundo aspecto está representado por la distancia (ha hablado, al respecto, Juan-Ramón Capella) entre la normatividad fuerte exigente de los principios de justicia establecidos por nuestras cartas constitucionales, la igualdad, la dignidad de las personas, los derechos fundamentales y el crecimiento de las desigualdades y las violaciones de los derechos producidos para el desarrollo, desregulados de poderes salvajes, sobre todo económicos, financieros al interior de nuestros ordenamientos, y todavía más en el moderno mundo globalizado. Se trata de dos aspectos de la fenomenología jurídica capaces de fundar –yo creo– un doble punto de vista crítica respecto al Derecho vigente: la crítica desde el externo, a partir del punto de vista de la justicia, y la crítica del punto de vista interno, a partir del punto de vista de la legitimidad constitucional.

Empiezo por el primer punto de vista, aquel generado por el primero de los dos aspectos antes mencionados, la total *artificialidad* del Derecho y de las instituciones jurídicas y políticas. Todo el Derecho, todas las normas, todas

nuestras instituciones son producto de decisiones de los hombres como resultado de sus intereses, valores, y todos nosotros, comenzando por los juristas, tenemos la responsabilidad de cómo el Derecho ha sido pensado y proyectado. Yo creo, que es este el significado profundo del positivismo jurídico. Con el positivismo jurídico y con la afirmación del principio de legalidad, como norma de reconocimiento del Derecho existente, nació la política moderna como producción y transformación del Derecho, es decir, de las reglas de las relaciones sociales.

El lenguaje del Derecho se ha convertido, desde entonces, en el lenguaje de la política en el cual repito, vienen formulados los problemas sociales y sus soluciones, a lo cual siguen dos corolarios. El primer corolario de este principio de legalidad es una cuestión que ha dividido mucho a nosotros, es decir la separación entre Derecho y justicia. Si es verdad que es Derecho todo aquello y sólo aquello que es producido por las fuentes habilitadas, entonces su existencia y su validez se separan de la moral y la justicia, en el sentido que no todas las normas existentes son justas, y no todas las normas justas existen. De hecho, por efecto del principio *iuspositivista* de legalidad, el deber ser moral y político del Derecho se separa de su existencia efectiva. Este es un significado muy banal: la separación entre Derecho y moral no significa, obviamente, que el Derecho no tenga contenidos morales, significa, solamente, el rechazo del legalismo ético, es decir, de la idea que el Derecho es por su naturaleza justo. El rechazo del moralismo jurídico, es decir, de la idea que el Derecho justo existe. Una idea muy banal, según la formulación clásica elaborada por Bobbio, por Hart, la validez del Derecho no implica su justicia. Lo dijo Elías Díaz: también un Derecho totalitario es Derecho, e inversamente la moralidad, la justicia no implica la existencia del Derecho positivo. Es importante, sobre todo, la autonomía del punto de vista externo, político, moral. Solamente si reconocemos esta separación, existe una autonomía del punto de vista de la política, de la moral.

El segundo corolario significa que si el Derecho es un producto de la política podemos reformarlo, cambiarlo, criticarlo, transformarlo. El punto de vista de la política es un punto de vista de cada uno de nosotros. En este sentido podemos

decir que los verdaderos padres constituyentes del estado de Derecho, de la modernidad, no han sido gobernantes o juristas, han sido filósofos de la política, Hobbes, Locke, Montesquieu, Beccaria, Kant. Así, deriva la dimensión pragmática y la responsabilidad de la filosofía jurídica en la proyección del Derecho y la institución política. El positivismo jurídico es una construcción jurídica que no puede limitarse a formular derechos, es la construcción de un edificio complejo del sistema de las garantías de los derechos fundamentales. Pues bien, el segundo punto de vista crítico respecto al Derecho vigente que –en mi opinión– se ha producido con las constituciones rígidas, sobre todo en el mundo latino, es el punto de vista de la legitimidad constitucional, el carácter artificial no sólo del Derecho sino también de los principios, de los valores a los cuales el Derecho debe conformarse, y la distancia que separa aquellos principios (nunca más viviremos en un mundo deóticamente perfecto). Yo creo que éste es el significado, la sustancia del constitucionalismo rígido que ha producido una segunda separación, la separación no sólo entre justicia y validez, sino también entre validez y existencia del Derecho. Si es verdad que llega a existir todo el Derecho y sólo el Derecho producido en las formas establecidas por el ordenamiento jurídico, entonces la existencia de las normas se separa también de su validez así como de su justicia, en el sentido que es posible que se produzcan normas inválidas en contraste con la constitución o no se produzcan normas que son impuestas por derechos fundamentales, por ejemplo sociales como sus leyes de actuación. El segundo corolario es por tanto un rol pragmático, no sólo de la filosofía política, no solo desde el punto de vista externo, a este punto de vista se agrega un punto de vista crítico, interno, jurídico, el punto de vista de los principios constitucionales, crítico respecto al Derecho inválido, proyectado respecto al Derecho impuesto por los principios, en el entendido de que tales normas no existan aún². Se manifiesta en este doble rol crítico y proyectado a la ciencia jurídica (no solamente de la filosofía política), el nexo isomórfico entre Derecho y democracia, la condición de validez de

² Es un problema sobre todo en América Latina, en donde sus constituciones contienen derechos sociales, a la salud, a la vivienda, a la educación... que no siempre están desarrollados en la legislación para su aplicación en la esfera pública, como la introducción del servicio sanitario gratuito para todos, de la escuela pública, etcétera.

las normas en una democracia constitucional son las mismas condiciones de legitimidad que pertenece a la forma de los actos normativos, a la sustancia, al significado de estos actos, que legitiman el sistema político.

En fin, por último, me parece, que si bien la investigación empírica y sociológica sobre el concreto funcionamiento de nuestros ordenamientos representa el presupuesto elemental de cualquier abordaje científico del Derecho, no obstante, es necesario evitar dos falacias muy difundidas³. La primera falacia es común en todas las ciencias sociales: en la ciencia jurídica y también a la teoría política y sobre todo la ciencia económica, consiste en su concepción como ciencia puramente descriptiva y en la configuración de su objeto de estudio como objeto natural, como si el Derecho, las instituciones jurídicas y políticas, el funcionamiento del mercado mismo fueran fenómenos naturales y no fenómenos artificiales producidos por la política y de los cuales la política carga con la responsabilidad, no hay alternativas, es la tesis que exprime tal naturalización de los fenómenos sociales, precisamente privan de alternativas, ésta viene repetida, por ejemplo por nuestros gobernantes y por gran parte de los economistas que sostienen la políticas de austeridad que están llevando a Europa a la ruina.

La segunda falacia es aquella ligada específicamente a la naturaleza normativa del Derecho, y en particular a la normatividad fuerte de las normas constitucionales. Esta consiste en configurar como válido el Derecho practicado de hecho y por tanto en ignorar, y más aún en secundar el eventual Derecho ilegítimo o bien las violaciones por comisión o por omisión de las normas a los mismos supra ordenados. En ambos casos se produce una suerte de legitimación cruzada, de la teoría por parte de la realidad, es decir, de la tesis de la ausencia de alternativas por parte de la primacía de la ley del mercado inversamente de la ley del mercado como las verdaderas normas fundamentales, en lugar de las normas constitucionales por parte de la teoría. Yo creo que este es un verdadero problema del futuro del Derecho y consecuentemente de la filosofía del Derecho.

³ Que provienen de las falacias del realismo jurídico y político

Pues bien, los verdaderos problemas políticos y también filosóficos jurídicos de hoy, del futuro son dos. El primero, el problema de las lagunas, es decir, de la falta de actuación de los derechos fundamentales y sobre todo de los derechos sociales que es un hecho de ilegitimidad, debemos tomar en serio estas normas y considerar Derecho ilegítimo las violaciones por comisión y la violaciones por omisión de los derechos fundamentales. En segundo lugar, y sobre todo, la grande dramática anomía, la ausencia de reglas heterónomas sobre el ejercicio de poderes económicos y financieros desplazados fuera de los estados nacionales y del control de la política y de la regulación del Derecho. Hoy el imperio de la ley no es amenazado por el control de constitucionalidad, el imperio de la ley es amenazado, es sustituido por el imperio del contrato, y la soberanía política ha sido sustituida por la soberanía del mercado, de este soberano sobre estatal difuso como lo ha llamado Juan-Ramón Capella en su último libro, un soberano invisible, anónimo, irresponsable y también voraz predatorio, excluyente. Se ha producido esta paradoja: en el momento en que se ha perfeccionado el modelo constitucional del estado de Derecho, los poderes se han desplazado fuera de los confines del estado, fuera del control del Derecho, por esta asimetría estructural entre el carácter global de la economía y de la finanza y el carácter ahora local, estatal prevalentemente estatal, tanto de la política como del Derecho, es esta la globalización, el vacío del Derecho público, es decir, de una esfera pública a la altura de los poderes globales del mercado y el pleno del Derecho privado producido directamente por los mismos actores de mercado, el tránsito de la heteronomía de las leyes y de las constituciones a la autonomía del contrato como fuente privilegiada de producción jurídica, la sustitución como verdadera *Grundnorm* de nuestros ordenamientos, la sustitución de las constituciones con la ley del mercado, el capultamiento de la relación entre política y economía. Yo creo que repensar la geografía de los poderes, no solo de los poderes públicos, sino también de los poderes privados, reivindicar el rol del Derecho como ley del más débil contra esa ley del más fuerte que es la ley del mercado, es el rol principal de la filosofía del Derecho del futuro en nuestro mundo, yo creo en todo el mundo.

Paolo Comanducci:

Manuel Atienza me ha dejado una tarea prácticamente imposible, que es la de decir algunas palabras en conclusión de la mesa redonda y de este congreso ¿Por qué imposible o al menos muy difícil? Porque, como ya notaba Luigi, pero creo que es una constatación común a todos nosotros, es difícil encontrar elementos definitorios comunes en los que están de este lado de la mesa (Elías Díaz, Luigi Ferrajoli y Juan-Ramón Capella) pero también entre nosotros escuchando las ponencias del congreso. Es verdad que tenemos idiomas parecidos en el sentido que nos entendemos más o menos, hablamos español más o menos como nosotros los italianos, tenemos alguna dificultad en entender el portugués o brasilero, con los franceses nos entendemos pero no completamente. Tenemos raíces comunes, seguramente, pero también raíces muy diferentes, conquistadores y conquistados por ejemplo.

¿Qué tenemos en común? Yo creo que la imagen del "parecido de familia" de Wittgenstein es la que mejor nos pinta. Parecido de familia en los idiomas, hay palabras del español que son parecidas a las italianas y palabras italianas parecidas a las portuguesas... Pero, sobre todo, "parecido de familia" en nuestra manera de entender y de practicar la filosofía del Derecho. A mí me ha sorprendido, por ejemplo, encontrar en el discurso que hizo Rodolfo Vigo ayer elementos de realismo, entonces los genoveses y Vigo tenemos algo en común, sí, pero no tanto porque después salen otras cosas: él es iusnaturalista y nosotros seguro no. Hay un "parecido de familia" en lo que ha dicho Capella y Ferrajoli, en el sentido de un afán crítico de la idea de la filosofía del Derecho como fuerza transformadora de la realidad, pero discrepan claramente sobre el rol de las instituciones de la democracia representativa. Hemos encontrado, por ejemplo, entre Manolo y los positivistas muchos rasgos en común cuando hablamos de filosofía normativa, de ética práctica, estamos casi siempre de acuerdo, pero cuando sacamos el tema de la metaética nos peleamos tremendamente, entre objetivista y no objetivista. Pero, cada uno de nosotros tiene algo en común con algún otro que tiene algo en común con algunos otros, aún como si no tenemos nada –yo creo– nada en común (la idea de razón que presentaba Luigi, yo creo que nos une a algunos pero no a todos).

Bueno y entonces qué estamos haciendo aquí, convocados por Manolo por el grupo de los alicantinos. Yo creo que estamos haciendo una operación de política cultural o de política académica, de institucionalización. ¿Institucionalización de qué? De – yo diría– unas redes intelectuales, académicas, culturales, científicas que ya existen, cada uno de nosotros está insertado en una red existente: hay una red de filosofía analítica en el mundo latino, hay una red de iusnaturalismo en el mundo latino, hay una red de críticos en el mundo latino, bueno esta es la tentativa de unión de redes, institucionalizándolas. Y, yo creo que esta operación no es sólo (aun si es) una operación que yo llamaría sindical, es decir, para qué sirve el sindicato, también para defender intereses grupales en contra de intereses que a veces son hegemónicos, no hace falta aquí decir cuáles serían los intereses hegemónicos en esta operación. Yo no creo que solo esto, porque creo que en la institucionalización de redes, en la unión de redes, puede salir algo más. ¿En qué sentido? Bueno no en una dirección unívoca, porque claramente tenemos perspectivas diferentes, pero sí creo que esta institucionalización podría avanzar nuestras respectivas actividades en dos direcciones que son (estoy descubriendo el agua caliente, algo muy conocido por todos) por un lado el avance del conocimiento, del conocimiento del Derecho, de sus relaciones con la sociedad con la economía, etcétera. Esta es una tarea que la filosofía del Derecho, desde enfoques diferentes no puede olvidar y esta institucionalización podría permitir algo interesante, por ejemplo, darse cuenta que hay diferentes maneras de conocer el fenómeno jurídico entre nosotros que estamos aquí, y quizás conociendo estos diferentes enfoques de estudio del Derecho podríamos, cada uno en su tradición, enriquecer sus instrumentos analíticos, heurísticos de conocimiento del Derecho. Y, por otro lado (yo creo que el aplauso sobre la moción que hicimos al comienzo es indicativa en este sentido), la filosofía del Derecho siempre ha sido una suerte de conciencia crítica de los juristas y tenemos que reivindicar esta idea, que puede ser interpretada de formas muy diferentes porque una cosa es la crítica moral del Derecho que pueden hacer algunos iusnaturalistas o algunos objetivistas morales, cosa diferente es la crítica política del Derecho y cosa diferente es una crítica interna como la que propone Luigi Ferrajoli, y diferente, también es una crítica más

bien diría yo externa, como la que propone Capella, pero siempre conciencia crítica. Entonces estas dos tareas, el conocimiento del Derecho y sus relaciones con la sociedad, y la consciencia crítica de los juristas, creo que podrían ser dos de los objetivos (quizás muchas más podrían haber) de esta asociación que se está constituyendo ahora.

Por terminar, los agradecimientos. Estamos aquí porque hubo alguien y un grupo que impulso esta iniciativa y hay que reconocerlo: a Manolo Atienza, y a todos los compañeros y compañeras de Alicante por esta idea y por su realización. Creo que la construcción de puentes entre el mundo latino de un lado del océano y del otro lado ha sido una de las tareas principales de grupos como los de Alicante, pero no solo, la idea de que hay que encontrar la posibilidad de trabajar juntos, de investigar juntos, de reflexionar juntos, de un lado y del otro del charco, lo han hecho aquí en Alicante, con dos poderosos instrumentos: uno es DOXA que es una revista que realmente une la reflexión, las distintas corrientes de la filosofía del Derecho latina, la otra es el máster de argumentación que ha servido a muchos de los jóvenes, sobre todo de Latinoamérica, para conocer algunas herramientas conceptuales, algunas técnicas importantes. Y también ha enriquecido, el grupo de Alicante, a los demás grupos europeos con energías nuevas, ideas nuevas y entonces un provecho mutuo. En este sentido un agradecimiento al grupo de Alicante, pero también un agradecimiento por la organización de este evento, de este congreso. Yo creo que la calidez como anfitriones de los alicantinos ya es proverbial, yo creo que la amistosa recogida que han hecho a todos nosotros se merece un gran aplauso.