

¿QUEDAN PREGUNTAS PARA LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN UN MUNDO GLOBALIZADO?

Agustín SQUELLA
Universidad de Valparaíso (Chile).

1. ¿HABLAR DE GLOBALIZACIÓN EN GRANADA?

No es verano aún en Granada, sino primavera, la estación que antecede al verano. Pero siempre ocurre que el término de una estación anticipa ya la siguiente. Tienen esa particularidad las estaciones del año: se invaden unas a otras, no alcanzan todavía a concluir y ya está, de algún modo, la siguiente.

Quiero recordar “Amanecer en Verano”, un breve texto de Federico García Lorca. Amanecer en verano, es decir, aquel momento del día en que “la ciudad va despojándose de sus velos perezosamente”, en que “las casas asoman sus caras de ojos vacíos”, en que a la distancia se observan “indecisiones de bruma”, en que “las sombras se levantan y se van”, en que “los juncos, las cañas y las hierbas olorosas están inclinadas hacia el agua para besar al sol cuando se mira en ella”. Aquel momento —por fin— en que “el sol de Andalucía comienza a cantar canción de fuego que todas las cosas oyen con temor”.

Dice también García Lorca que Granada es un “paraíso cerrado para muchos”, porque ama lo diminuto, lo doméstico. Granada es preciosista, y su estética es la estética de las cosas pequeñas.

¿Cómo poder entonces hablar de globalización en Granada, una ciudad de “ocio”, de “contemplación”, “sin sed de aventuras”, como la describe también el poeta?

Sin embargo, donde están el ocio y la contemplación está también la “fantasía”, que es también una palabra difícil de definir. Se trata de una aptitud del ánimo para reproducir cosas pasadas o lejanas, pero también de una facultad para idealizar las cosas reales, esto es, para mejorarlas, para representárnoslas mejores de lo que son. Además, es preciso registrar un hecho en relación con el tema de nuestro Congreso: desde hace por lo menos 10 años, los “Anales de la Cátedra Francisco Suárez”, bajo la dirección de Nicolás López Calera, vienen entregando volúmenes sobre mundialización económica y crisis político-jurídica, sobre el derecho en una democracia cosmopolita, y sobre orden económico internacional y derechos humanos.

La globalización, aunque no sepamos bien en qué consiste y cuál será su desenlace —si es que procesos complejos como éste tienen propiamente un desenlace—, es algo real, pero es también algo que podemos idealizar. Mas no idealizar en el sentido de modificar a nuestro gusto ese proceso que llamamos globalización, sino idealizar en el sentido de elevar un proceso semejante sobre su propia realidad por medio de la inteligencia.

Elevar una cosa sobre la realidad por medio de la inteligencia —he dicho—, lo cual significa ver la manera de mejorar una cosa y, en este caso, ver la manera de mejorar la globalización, de no dejar que ocurra simplemente ante nuestros ojos, sino de intervenir para que su transcurso, con todo lo desconcertante e incierto que pueda ser, traiga beneficios para el mayor número de hombres y mujeres de todo el mundo y no sólo ventajas para los pocos hombres y mujeres que viven en los cuatro o cinco mejores barrios de las grandes ciudades de las naciones más ricas del planeta.

No quiero sonar exageradamente dramático, pero nuestro actual capitalismo global se parece a un gran trasatlántico en el que unos pocos van instalados cómodamente en los camarotes de lujo, mientras la mayoría tienden sus mantas como pueden en la cubierta o en las bodegas de la embarcación. Sin olvidar a los que nadan alrededor de la nave y tratan desesperadamente de subir a ella.

Como todos sabemos, vista, por así decirlo, desde la izquierda, la globalización ha pasado por tres distintos momentos: primero se la puso en duda o, derechamente, se la negó; luego se reconoció que existía y se levantó en su contra la bandera de la “antiglobalización”; y ahora, junto con reconocer que es un proceso en marcha, se la quiere distinta y se promueve una “alterglobalización”. Todo un progreso, sin duda, que va desde negar la globalización, oponerse a ella o ponerse a pensar en “otra” globalización, es decir, en una globalización que corrija ciertos aspectos de su cara más negra y garantice, hasta donde sea posible, mejores resultados para el grueso de la población mundial.

2. ESCEPTICISMO DE LOS POETAS Y METÁFORAS DE LOS FILÓSOFOS

La primera vez que estuve en Granada, cuando aún no se oía hablar de globalización, me llevé conmigo “Juan de Mairena”, el espléndido libro de otro poeta, Antonio Machado. Mairena, que no es otro que el propio Machado, dice, a propósito de poetas y filósofos, que estos últimos son poetas que creen en la realidad de sus poemas, y, al contrario de lo que uno sostiene comúnmente, afirma también que “el escepticismo de los poetas puede servir de estímulo a los filósofos, y que los poetas, en cambio, pueden aprender de los filósofos el arte de las grandes metáforas”.

¿No perciben ustedes un dejo de ironía para con los filósofos en ese pensamiento de Mairena? Porque lo que él dice es que los poetas son escépticos, es decir, que no se creen el cuento, mientras que los filósofos seríamos constructores de metáforas, es decir, personas que nos creemos el cuento o que, cuando menos, inventamos cuentos.

En fin, dice también Juan de Mairena, con total buen sentido, que en el campo de la acción política —que él califica como el más superficial y aparente—, sólo triunfa quien pone la vela donde sopla el aire y nunca quien pretende que sople el aire donde pone la vela. Pues bien: supuesto que el aire, los vientos que hoy corren, son los de la globalización, y que la filosofía del derecho es la vela, al menos nuestra

vela, ¿tenemos que poner la filosofía del derecho en el centro de la globalización, para que de esa manera dé ella una llama suficiente y viva? ¿O tenemos que poner la filosofía del derecho a cierta distancia de la globalización, aun a riesgo de que su llama empequeñezca hasta casi dejar por completo de alumbrar?

La filosofía no es lo mismo que la política, y continuando con la imagen de Machado, pareciera que la vela de la filosofía del derecho no tendría que estar donde sopla el viento de la globalización, porque en tal caso su llama, y con ésta su luz, no haría sino seguir los movimientos descontrolados que marca ese viento. La filosofía del derecho tendría que estar a cierta distancia del viento globalizador, porque sólo de esa manera, aunque sea con un débil resplandor, tendrá alguna posibilidad de ofrecer su propia luz a lo que llamamos globalización.

Su propia luz, su débil luz, su ínfima luz —diminuta como Granada—, pero luz propia al fin. Y luz quiere decir aquí mirada y examen. Mirada y examen, es decir, teoría, en el sentido que esta última palabra tuvo entre los griegos. Por cierto que no son únicamente la filosofía y la filosofía del derecho las que deben mirar y examinar la globalización en curso. Todas las disciplinas deberían hacerlo. Desde luego todas, y no sólo la economía, porque la hegemonía de ésta resulta tan empobrecedora como la que produce cualquier disciplina que pretenda reconducir a su lenguaje y categorías de análisis todos los fenómenos humanos. ¿Pueden ustedes creer que un Premio Nobel de Economía hable completamente en serio cuando afirma que los norteamericanos dejaron de ser adúlteros el mismo día en que descubrieron que mantener dos mujeres es más caro que mantener una sola? A ese absurdo me refiero cuando advierto sobre el empobrecimiento que trae consigo el análisis puramente económico de las conductas y fenómenos humanos.

Todas las disciplinas mirando y examinando la globalización y mirándose también unas a otras entre sí. Y del conjunto de esas miradas, como también de la lucidez de los gobernantes y de la velocidad que éstos sean capaces de imprimir a la adopción de instancias normativas supranacionales, depende que el avance de la globalización se parezca más a un jinete que conduce su cabalgadura que a un corcel desbocado cuyo jinete se aferra como puede a las riendas y los estribos.

Porque tratándose de la globalización tenemos las preguntas, que no son pocas, pero carecemos de los lugares donde discutir las. Y no solo carecemos de los lugares donde discutir regularmente las preguntas de la globalización, sino que carecemos también de las instituciones donde, una vez discutidas las preguntas, puedan adoptarse las decisiones normativas que regulen la globalización. Como propone David Held, en un mundo que se globaliza tenemos que “compartir el planeta y la humanidad”, aunque para ello tenemos también que “compartir normas”. Pero carecemos aún del lugar donde esas normas puedan ser adoptadas con legitimidad.

Gústenos o no, como dice Peter Singer, “a medida que las naciones del mundo se acercan unas a otras para hacer frente a cuestiones globales como el comercio, el cambio climático, la justicia y la pobreza, nuestros líderes nacionales necesitan adoptar una perspectiva que vaya más allá del interés nacional. En otras palabras, necesitan adoptar una perspectiva ética sobre la globalización”.

Problemas difíciles exigen soluciones igualmente difíciles, lo cual no quiere decir que problemas simples tengan siempre soluciones simples. La globalización tiene visos de ser un asunto complicado, no simple, y eso exige mantener frente a ella una actitud alerta, más aun, crítica. Los desafíos que plantea la globalización, así como los que provienen hoy de la biotecnología, demandan preservar y fomentar más que nunca lo que es más característico de toda auténtica filosofía: la actitud crítica.

La filosofía general, y la filosofía del derecho, deben ayudarnos a conservar el sentido de la complejidad de las cosas. Ellas deben cuando menos asegurar la supervivencia de una comunidad de hombres y mujeres dubitativos —los filósofos— que concurren al espacio público no para enrostrar a los demás que nada saben —como hacía Sócrates—, sino para recordarles que nada de lo que vemos es tan simple como parece. Jonathan Franzen, el novelista norteamericano, adjudica un papel semejante a la literatura, y la filosofía es también una forma de escritura. En tal sentido, tanto la filosofía como la literatura no tendrían nada que cambiar, sino algo que preservar. Preservar, ante todo, una comunidad de lectores y escritores que se reconocen mutuamente en que nada del mundo les parece simple y que proclaman como insuficientes “la comprensión y las prioridades que gobiernan la vida cotidiana”.

3. ¿TODO HA MUERTO? ¿DE TODO ES YA EL FIN? ¿TODO ES “POST...?”

Pero ya es tiempo de ir al título de esta ponencia: “¿Quedan preguntas para la filosofía del derecho en un mundo globalizado?”

Quienes en gran número se encuentran hoy en este Congreso Mundial pueden estar tranquilos. No voy a dar una respuesta negativa a dicha pregunta y a jubilarlos todos de una actividad que nos complace y nos permite ganarnos honradamente la vida en las distintas universidades donde cada uno de nosotros hace su trabajo. Honradamente, digo, aunque me persigue la irónica frase que Joan Robinson dijo a sus alumnos en Cambridge después de una vida entera dedicada a la enseñanza: “Nos gustaría probar —dijo ella— que nos ganamos la vida honestamente, pero con frecuencia tengo dudas sobre el particular”. Y ello debido al permanente desvanecimiento de nuestras teorías y construcciones intelectuales, que es otro de los efectos de la rapidez de las transformaciones sociales, económicas, políticas e institucionales del mundo contemporáneo.

Menos aun voy a sumar mi voz al coro fúnebre de los que desde un tiempo a esta parte no parecen interesados en otra cosa que en decretar el fin o la muerte de casi todo: fin de la historia, fin del hombre, muerte de Dios, fin de la razón, muerte de las ideologías, fin de la ilustración, fin de las certidumbres, fin de la modernidad, fin de las utopías, fin de las nostalgias, fin de la filosofía y —por qué no— fin también de la filosofía del derecho. Son demasiados fines, digo yo. Demasiadas muertes. Demasiados cortejos que siguen a un buen número de urnas que no sabemos bien lo que contienen y si acaso sus ocupantes están realmente

muestran o únicamente fríos o presas de un súbito ataque de catalepsia. Súbito y sospechoso ataque de catalepsia —cabría agregar—, puesto que no se puede descartar que haya algunos interesados en provocar semejante ataque.

Fin de la modernidad, se declara a cada rato, y luego viene el problema de dar un nombre a la época en que nos encontramos y, claro, el más fácil, el menos elocuente e imaginativo, el más pobre, es aquel que ha tenido más éxito —posmodernidad—, que equivale a decir que no sabemos dónde nos encontramos, salvo que estamos después de la modernidad. ¿Después de la modernidad? Pero, si no recuerdo mal, el programa de la modernidad consistía en razón y derechos, de manera que si de razón y de derechos se trata, parece que a la modernidad le queda todavía buena parte de su camino por recorrer. Razón, como la facultad que nos permite plantear y resolver de mejor manera cómo vamos a convivir unos con otros en la diversidad y buscar un tipo de sociedad más decente de la que hemos conseguido realizar hasta ahora; y derechos, como prerrogativas del individuo que adscriben a todos los hombres sin excepción, lo cual quiere decir que son derechos a la vez individuales y universales. Derechos individuales y universales que promueven eso que Alain Touraine llama “individualismo universalista”.

Y es en esos mismos términos que yo plantearía, por ejemplo, los procesos migratorios propios de nuestro tiempo, los cuales desafían también al derecho y a la filosofía del derecho, y que tienen características muy diferentes de los procesos migratorios de fines del siglo XIX e inicio del XX. Como postula Anthony Giddens, el debate sobre la inmigración debe ser vinculado con el debate sobre la ciudadanía, lo cual significa que si los inmigrantes deberían contar con los mismos derechos que los ciudadanos locales, se les tendría que exigir también que acepten un conjunto de deberes específicos u obligaciones.

Fin de las utopías, se declara también a cada instante, o sea, fin de la capacidad de imaginar mundos mejores que el actual. Fin de las nostalgias, se añade alegremente, es decir, no dar ya más valor a las cosas buenas que pudimos tener en el pasado. Me pregunto si podemos aceptar tan fácilmente algo así, o si no tendríamos que reaccionar en contra de cualquiera que nos diga que tenemos ya en la mano el mejor de los mundos, de manera que carece de todo sentido mirar hacia atrás e, incluso, imaginar algo mejor de lo que hemos conseguido.

Piensen ustedes en la misma tesis de Fukuyama acerca del fin de la historia, aunque ya sabemos que algunos años después, en otro de sus libros, él decretó también el fin del hombre. Por supuesto que la tesis de Fukuyama no dice relación con el fin de la historia entendido como súbita interrupción de los acontecimientos humanos, ni, tampoco, con el término de la historia como estudio, reconstrucción, interpretación y búsqueda de un probable sentido a los hechos del pasado. No; la tesis de Fukuyama, como todos sabemos, dice relación con el altísimo grado de consenso logrado en nuestra época acerca de la legitimidad de la democracia como forma de gobierno y de la mayor eficiencia de la economía de mercado para conseguir el crecimiento de la economía y la prosperidad de los pueblos.

La propuesta de Fukuyama es que ese doble triunfo del liberalismo —en el plano político y en el campo económico— pone algo así como “un punto final a

la evolución ideológica de la humanidad”, puesto que ésta habría encontrado la “forma final de gobierno”, con su ineludible correlato en el ámbito económico. Se trata, pues, del fin de la historia como fin de las ideologías. Mejor aún, del fin de la lucha entre diferentes ideologías, al haber quedado una de ellas dueña de todo el campo, sin que ningún modelo alternativo tenga hoy posibilidades reales de ser aceptado y aplicado a una escala mundial relevante.

Fukuyama es un autor conservador y, a la par, entusiasta. Pero es también un intelectual que sabe hacer preguntas y que valora la duda acerca de la pertinencia de su propia tesis, porque hacia el final de su libro, empleando la hermosa y sugyente imagen de unas carretas que avanzan en caravana hacia la ciudad prometida de la democracia y la economía de mercado, acepta que no podemos saber con certeza si los ocupantes de dichas carretas, una vez llegados a la tierra prometida y “después de echar una ojeada al nuevo paisaje, no lo encontrarán de su gusto y posarán la mirada en otro viaje nuevo y más distante”.

Ese toque final de incertidumbre en el libro de Fukuyama no se expresa en un llamado a los ocupantes de las carretas a abandonar la caravana en que marchan unas en pos de otras y a buscar desde ya una nueva ruta, un nuevo destino. Se trata, más bien, de un llamado a mantenerse en fila, aunque sabiendo que por las noches, cuando los viajeros pongan sus caballos a descansar y se sienten junto al fuego, se oirán salir de sus labios nuevas historias, distintas de las que vienen contándoles los ocupantes de la primera de las carretas, o sea, de los que están al mando, de los que marcan el rumbo de la caravana.

Entonces, me pregunto si no será también papel de los filósofos, y de los filósofos del derecho, tomar su lugar entre esos hombres sentados junto a la hoguera y avivar sus conversaciones, sus preguntas y sus dudas.

En otras palabras, me pregunto si la filosofía del derecho de nuestro tiempo no podría colaborar en urdir nuevas historias que puedan ser escuchadas por una humanidad que si bien es cierto marcha ya en una dirección, conserva todavía la capacidad de detenerse un instante a pensar y a conversar sobre el destino que lleva en este momento. A una función como esa de la filosofía del derecho se refiere Dworkin en la parte final de su libro “El Imperio de la Justicia”. Allí, bajo el título “Los Sueños del Derecho”, afirma que los filósofos del derecho serían “novelistas en cadena con epopeyas en la mente, que imaginan que su trabajo despliega a través de volúmenes que pueden tardar generaciones en ser escritos. En ese sentido, cada uno de sus sueños ya está latente en el derecho actual; cada sueño podría ser el futuro del derecho. Pero los sueños son competitivos, las visiones son distintas y deben efectuarse elecciones”. Elecciones que, por supuesto, no corresponden a los filósofos del derecho, sino a “los hombres de Estado en altos cargos judiciales y legislativos”.

Lo que necesitamos, entonces, son más relatos, no un relato único, que es lo mismo que decir que lo que necesitamos son varios y diferentes pensamientos, y no un pensamiento único. Necesitamos fantasía, imaginación. Necesitamos más malestar y menos docilidad. Necesitamos una filosofía del derecho menos autorreferente, menos ensimismada, quizás, incluso, menos incestuosa. Una filosofía

del derecho que no pierda altura, pero que sepa también bajar a los problemas concretos que afrontan el derecho y la ciencia del derecho. Una filosofía del derecho que aprenda de otras disciplinas, pero que no se arroje atolondradamente en brazos de ellas. La sobreestimación del análisis económico del derecho, por ejemplo, conduce a un empobrecimiento, tal como en décadas pasadas constituyó un empobrecimiento confiar sólo en los análisis sociales del derecho y en la aptitud de éste para conseguir los cambios sociales que nos parecían más atractivos. Lo que hoy es preciso evitar —como sostiene José Eduardo Faria— “es la victoria final del imperialismo de la teoría económica”, de la “hegemonía de una cierto racionalismo económico sobre todas las demás visiones del mundo”. Sin embargo, lanzarse hoy en brazos de la moral, o, peor aun, de los moralistas, también es un camino equivocado, si no un franco retroceso. Lo que quiero decir es que hoy podríamos estar desdibujando la especificidad del derecho, y con ello el papel de la ciencia y de la filosofía del derecho, y que tengamos que llamar de nuevo a escena a autores como Kelsen para que nos recuerden cuál es esa especificidad.

Llamar a Kelsen, por ejemplo —con el perdón de los que también lo quieran incluir en la lista de muertos que señalamos antes—, no para que saque otra vez del sombrero el artilugio de la norma básica, sino para que nos recuerde, entre otras cosas, que lo que el derecho tiene siempre en común, desde los antiguos babilónicos hasta hoy, es consistir en una técnica que procura ciertos fines sociales deseables por medio de normas y otros estándares que tienen la peculiaridad de ser coactivos, es decir, que pueden imponerse en uso legítimo de la fuerza socialmente organizada. Llamar a Kelsen, pero también a Thomasius y a Kant —¿muertos también? —, para que nos recuerden la distinción entre derecho y moral. Distinción, digo, no separación, porque distinguir no es lo mismo que separar. Distinguir es percibir y hacer ver la diferencia que hay entre una cosa y otra —en este caso, entre el derecho y la moral—, mientras que separar consiste en poner deliberadamente distancia entre dos cosas. La ciencia del derecho, la teoría del derecho, la filosofía del derecho, deben colaborar con otras disciplinas o saberes. Pero colaborar no puede equivaler a capitular. No se trata de levantar paredes, pero tampoco de desconocer fronteras y de creer que todo es lo mismo. Como escribe el penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni a partir de la genial sentencia de Martin Buner —los seres humanos no son racionales, pero pueden llegar a serlo—, “cuando se confunde el deber ser con el ser, el idealismo racionalista se desvirtúa al grado de irracionalismo radical, pues no hay peor irracionalismo que dar por hecha la racionalidad humana, con su consiguiente desbaratamiento de cualquier estímulo para luchar por ella, toda vez que no se lucha por alcanzar un hecho natural”.

4. MUNDIALIZACIÓN, INTERNACIONALIZACIÓN Y GLOBALIZACIÓN: ¿HABLAMOS DE LO MISMO?

Me temo que hasta aquí sólo haya dicho obviedades y que a algunos de los presentes pudieran estar dominándoles el deseo de no escuchar más y salir a tomar

un café. Dénme, sin embargo, una oportunidad más, con el fin de retomar el título de mi ponencia.

Ese título sugiere, en primer lugar, que la filosofía del derecho hace preguntas, algo que, me imagino, todos podemos aceptar fácilmente. En eso de hacer preguntas la filosofía del derecho es también hija de la filosofía general. Míresela como actividad, como disciplina o como una simple asignatura que enseñamos a nuestros alumnos, la filosofía hace preguntas. Es más, como dice Isaiah Berlin, la filosofía descubre su objeto a partir del momento en que identifica cuáles son las preguntas para cuya respuesta ella se constituye como disciplina. Por otra parte, las preguntas de la filosofía, que nacen de esa agitación afectiva que llamamos asombro, son preguntas raras, preguntas que nos sumen en honda perplejidad, preguntas —dice Berlin— respecto de las cuales no sabemos dónde buscar las correspondientes respuestas.

Por esa característica de la filosofía —no saber dónde buscar las respuestas—, ella, desde antiguo, ha sido relacionada con la idea de viaje. “Han llegado hasta nosotros muchas noticias tuyas, tanto de tu sabiduría como de tus viajes, y de que, movido por el gusto de saber, has recorrido muchos países para examinarlos”. Con esas palabras saluda Crespo a Solón. “Saber que se busca”, decía Aristóteles de la filosofía. “Los filósofos buscan como buscan los que aún no han encontrado y encuentran como encuentran los que saben que han de continuar buscando”, pensaba San Agustín. “Saber en marcha”, sostenía Xavier Zubiri. “Embarcarse para lo desconocido”, creía por su parte Ortega.

Para mi gusto, “El Cielo Protector” es la mejor de las novelas de Paul Bowles. Una novela que dio lugar a una película que a veces podemos ver todavía en la televisión satelital, aunque en castellano le pusieron el horroroso título de “Refugio para el Amor”. La novela de Bowles narra la aventura de una pareja que se interna en el desierto, tomando cada vez más riesgos, y teniendo por única meta avanzar, sin pensar en el regreso al punto de partida. Esa es la historia que permite a Bowles distinguir entre viajeros y turistas.

Mientras el turista se apresura por lo general a regresar a su casa al cabo de algunos meses o semanas —escribe Bowles—, el viajero, que no pertenece más a un lugar que al siguiente, se desplaza con lentitud durante años de un punto a otro de la tierra. En otras palabras: el turista es aquel que va y regresa; y cuando va, piensa ya en el regreso. En cambio, el viajero se interna cada vez más, no vuelve sobre sus pasos, piensa únicamente en el punto siguiente de su travesía, y —tal como acontece con la pareja de protagonistas de “El Cielo Protector”— deja entonces en el viaje mucho más que el tiempo que emplea en hacerlo.

Turista es el que no sólo viaja con billete de regreso, sino aquel que de tanto en tanto confirma el billete de regreso y acaricia dentro de sí la idea del retorno. Viajero, en cambio, es aquel que sale sin billete de regreso y el que utiliza todos sus recursos en continuar el viaje antes que en arreglar el regreso a casa.

Como dice también otro novelista contemporáneo —Paul Auster—, viendo avanzar una caravana en el desierto, lo que interesa es el desplazamiento que ella va teniendo, no cuántos son sus camellos y camelleros, no, incluso, el destino

que lleva la caravana, de manera que lo que realmente importa cuando pensamos y escribimos no es el libro terminado, sino el itinerario de la escritura.

La filosofía, y también esa filosofía regional que llamamos filosofía del derecho, es puro desplazamiento, y los puertos que toca una y otra nunca son el punto de llegada, sino fondeaderos en los que descansan y se abastecen para reanudar luego la marcha. Como decía Karl Jaspers, “filosofía quiere decir ir de camino. Sus preguntas son más importantes que sus respuestas, y toda respuesta se convierte en una nueva pregunta”.

Gústenos o no, así son las cosas en esta actividad que alguna vez elegimos. Consiste en ir siempre de camino, preguntando, y sabiendo que si encontramos algo es para continuar buscando y no para decretar el fin de la tarea.

El título de la ponencia incluye también la palabra hoy más pronunciada en congresos y seminarios: “globalización”.

No voy a intentar una undécima definición de “globalización” —si acaso hemos llegado realmente a 12 definiciones de ella o nos damos vueltas, una y otra vez, en una misma y confusa definición—, aunque sí me gustaría compartir con ustedes algunas breves distinciones al respecto.

De partida, a diferencia de lo que pasa con las viejas palabras, “globalización” es un término que nos interpela, no a devolverle un sentido perdido por el uso o gastado por la rutina, sino a acordarle un sentido. Acordarle un sentido, a pesar de que hay muchísimas definiciones de globalización, tantas que un autor serio como Alessandro Baricco opta por el camino inductivo, esto es, por la búsqueda de ejemplos de la globalización, puesto que —como dice— “no existe una definición para la estupidez, pero hay muchos ejemplos de ella”.

De partida, si ustedes me permiten, voy a distinguir entre mundialización, internacionalización y globalización, tres términos que suelen utilizarse como sinónimos, es decir, como si aludieran exactamente al mismo fenómeno.

La mundialización es un proceso que tuvo que ver con la acción de descubrir y ocupar el mundo, la tierra en que vivimos, y posee un sentido territorial, geográfico, aunque sus consecuencias políticas y comerciales fueron muy importantes. Es un proceso que el hombre fue completando gradualmente, y cuyo momento estelar se produjo con los grandes descubrimientos del siglo XV. Se trata de un proceso que descubre y a la par coloca las fronteras, y cuyos protagonistas son actores nacionales perfectamente conocidos.

La internacionalización es un proceso posterior, que se produce cuando los Estados nacionales acuerdan la creación de instancias inter y supranacionales a las que se atribuye algún grado de ingerencia en los asuntos internos de cada Estado. Se trata de un proceso predominantemente político y jurídico que si bien continúa reconociendo la existencia de fronteras, se muestra dispuesto a abrirlas en beneficio de metas que expresan y a la vez sobrepasan el interés particular de los Estados y demás organizaciones que concurren a este proceso.

La globalización, como proceso más complejo y ciertamente más reciente, es también más difícil de definir. Más difícil de definir, asimismo, porque recién está ocurriendo ante nuestros ojos, y lo vivimos —como se ha dicho tantas veces— con

una mezcla de fascinación y de temor, pero que de alguna manera tiene que ver con expandir y uniformar aspiraciones humanas y que quiere sustituir léxicos locales por la aceptación de un destino común y promisorio que estaría apoyado en una nueva representación del mundo en la que los actores se multiplican y diversifican hasta dejar a los Estados sólo como uno más de los actores de una pieza que es demasiado pronto para saber si se trata de una comedia, un drama o una tragedia. Probablemente, la globalización, como ha dicho Guy Sorman, no sea un proceso de “sustitución” de lealtades locales por lealtades planetarias, sino un proceso de “ampliación” de nuestras lealtades locales a lealtades más ampliamente planetarias. En otras palabras —ahora de David Held—, se trataría de “comunidades de destinos que se solapan”, y en el que “la vida cotidiana —el trabajo, el dinero, las creencias, el comercio, la comunicaciones, la entretención, las finanzas y el medio ambiente— nos conecta a todos más intensamente cada vez”.

Así las cosas, la globalización, comparada con sus antecedentes inmediatos —la mundialización y la internacionalización— es un proceso de alcances culturales más amplios. Porque si la mundialización descubrió o colocó las fronteras, al tiempo que la internacionalización abrió esas mismas fronteras, la globalización equivaldría a la supresión de las fronteras, a la integración de los hombres desde pequeños rebaños locales a la gran manada planetaria que de pronto parece enfilar su marcha en una sola dirección. Con la mundialización, lo lejano recién aparece o se nos muestra; con la internacionalización, lo lejano se nos hace más próximo; y con la globalización, por último, lo lejano se nos hace idéntico. La mundialización fue el resultado de acciones; en cambio, la internacionalización, y especialmente la globalización, es el resultado de interacciones. De interacciones restringidas en el caso de la internacionalización y muchísimo más amplias, complejas y descontroladas en el de la globalización, hasta el punto de que las interacciones de la globalización dan ahora un significado práctico y tangible a la socorrida imagen de la mariposa que bate sus alas en la India y provoca una tormenta en el Caribe.

¿En el Caribe? No lo sabemos realmente. Porque uno de los rasgos de la globalización, a diferencia de la universalización, es que conduce a efectos menos controlados, imprevistos e incluso no deseados. La globalización no es algo que todos hacemos en conjunto, ni siquiera los gobiernos, ni siquiera las grandes transnacionales, sino, en cierta manera, algo que nos ocurre a todos. Como dice Barman, aquí no hay nadie que esté propiamente al mando y, ni siquiera, alguien que esté en posición de ejercer alguna forma de control. Se trata antes de efectos que de iniciativas conscientes y emprendimientos planificados.

Octavio Ianni, destacando el carácter más ampliamente cultural que tiene la globalización, escribe que “desde que el capitalismo se desarrolló en Europa, siempre presentó connotaciones internacionales, multinacionales, transnacionales, mundiales, desarrolladas en el interior de la acumulación originaria, del mercantilismo, el colonialismo, el imperialismo, la dependencia, la interdependencia... Pero es innegable que el descubrimiento de que el globo terrestre ya no es sólo una figura astronómica, y sí histórica, conmueve modos de ser, pensar y fabular”.

El proceso de globalización tiene también un efecto contrario al que muchas veces se presupone, con lo cual quiero decir que ella, lejos de borrar los localismos, permite que éstos aparezcan con mayor nitidez. “La globalización va siempre acompañada de localización”, dice el sociólogo chileno Jorge Larraín, de manera que ambos fenómenos distan de ser “mutuamente excluyentes”. Con todo, los problemas empiezan cuando la globalización, por culpa del temor que produce, exacerba los localismos, los particularismos, por no decir, derechamente, los perniciosos nacionalismos. Lo voy a expresar en una tierra querida como España, donde los nacionalismos cuentan tanto, pero a mí, francamente, cuando los nacionalismos se comportan agresivamente, me producen algo parecido a la vergüenza ajena. “Los nacionalismos se curan viajando”, dijo cierta vez Lech Valesa. “Nadie es extranjero”, nos recuerda Bobbio, citando un pensamiento de Juan Pablo II, probablemente el único de ese Papa con el que Bobbio estuvo de acuerdo. De manera que la globalización, que parece ir en el sentido precisamente opuesto, tiene la virtud de hacer reaparecer a la vista de todos la profunda diversidad humana del planeta, lo cual es un bien. Un bien, por cierto, bajo la condición de que en nombre de esas diversidad las comunidades no se atrincheren en sus llamadas “identidades”, y se resistan al diálogo y a la complicidad con otras comunidades. Por decirlo de este modo, parece conveniente ir pasando de la multiculturalidad a la interculturalidad, de la mera existencia de diversas culturas a su convivencia, es decir, al hecho de vivir unas culturas con otras y, todavía más, unas entre otras.

A mí —qué quieren que les diga— la palabra “identidad” me parece demasiado fuerte para ser aplicada a un país o a un continente. Es ya fuerte, incluso, cuando la aplicamos a los individuos, puesto que cualquier persona mínimamente compleja es siempre más de uno. Lo que somos, en verdad, individualmente considerados es “un baúl lleno de gente”, como dice Antonio Tabucchi en uno de sus ensayos acerca de la obra del escritor portugués Fernando Pessoa.

Entonces, en una visión optimista de la globalización, ésta —al menos para mí— debería conducir a un gran encuentro de todas las culturas y a un auténtico mestizaje. No a la hegemonía de una cultura sobre las demás, ni tampoco a una mejor identificación de todas las diversas culturas, sino a un mestizaje, a un cruce, a una mezcla de todas las culturas. Debería conducir, desde luego, al fin de todo fundamentalismo localista, pero, más que eso, al fin de las purezas. Con todo, lo que acabo de decir es sólo una expresión de deseos, porque nadie puede afirmar hoy a ciencia cierta si la globalización acabará produciendo un inquietante repliegue defensivo de cada cultura, un feliz mestizaje de todas las culturas o una empobrecedora hegemonía de una de ellas sobre las demás. O, quizás, lo que tengamos, a fin de cuentas, sea un poco de todo eso a la vez.

Veán ustedes ahora cómo yo agrego mis propios muertos a la lista de difuntos que critiqué antes en esta ponencia. “Fin de los fundamentalismos localistas”, “fin de las purezas”, pero se trata meramente de deseos que, al menos para mí, suenan como buenos deseos, porque la diversidad, que es un bien, no puede ser el escudo tras el cual se parapeten las naciones para hablar en nombre de una más que discutible identidad que les perteneciera al modo de un sello distintivo

que no están dispuestas a modificar en lo más mínimo. Como ha escrito Claudio Oliva en Valparaíso, asistimos a una universalización de las instituciones públicas fundadas en la valoración de la libertad individual, la democracia, la economía de mercado y el pluralismo ético-cultural, con el resultado de que tenemos no sólo “un mundo plural”, sino “sociedades plurales”.

En el caso de América Latina, por ejemplo, hemos estado siempre obsesionados por una identidad que encontrar, en vez de hacerlo con una diversidad por descubrir. Y cito al escritor mexicano Carlos Fuentes, hablando el año pasado en Chile, cuando recordó que “en el alba misma de nuestra cultura iberoamericana, el cronista peruano, el inca Garcilaso de la Vega, hijo de madre indígena y conquistador español, dijo: “...Mundo, sólo hay uno”.

Entonces, según creo, no es el momento de defender clases sociales, comunidades, grupos ni identidades, sino derechos. Continúa siendo hoy el tiempo de defender derechos.

5. COSMOPOLITISMO Y FUNDAMENTALISMO

El título de esta ponencia presupone también que la globalización hace preguntas a la filosofía del derecho, y la parte sustantiva de esta exposición debería consistir en identificar cuáles son esas preguntas y, de ser ello posible, cuáles son también las posibles respuestas. Pero creo que apenas seré capaz de señalar algunas de las preguntas y no sé si también algunas de las respuestas. De hecho, ya he adelantado más de una de tales preguntas y también las respuestas que me parecen más razonables.

La siguiente pregunta es cómo hacemos para colaborar a que la globalización sea no sólo un proceso que ocurre ante nuestra mirada —temerosa o regocijada, o temerosa y regocijada—, sino un fenómeno que de alguna manera deberíamos conducir, donde conducir quiere decir, cuando menos, regular. Hay bienes de interés planetario —como el medio ambiente, por ejemplo—, pero también la sanidad financiera de las naciones, puesto que la crisis de una de ellas produce crisis mayores o menores en otras naciones. La paz, ciertamente, es el bien común por excelencia. Pues bien: cómo hacemos para preservar esos bienes comunes, de manera que no queden a disposición sólo de la o de las naciones más poderosas.

Sobre el particular, y pensando sobre todo en la paz, en esa paz relativa de que nos provee el derecho —paz relativa que es siempre mejor que la guerra de todos contra todos o que la imposición de la ley del más fuerte—, creo que tenemos que pensar en Bobbio y su propuesta de un pacifismo institucional. Una propuesta que Bobbio reconoce tomar de Kelsen, y que desarrolló en el diálogo que el maestro de Torino sostuvo en 1977 con Danilo Zolo acerca de las ideas de Kelsen sobre el derecho internacional.

En ese diálogo, Bobbio declara deber a Kelsen la idea de la supremacía del derecho internacional sobre los derechos internos o nacionales, así como la expectativa —que por ahora muchos pueden considerar una utopía— de la formación

de una suerte de Estado federal a escala mundial que, lo mismo que ha ocurrido ya con los Estados nacionales, consiga algún día monopolizar el uso de la fuerza en el campo internacional.

La paz, no la justicia —cree Bobbio— es el fin principal y más propio del derecho, y sólo un rápido desarrollo del derecho internacional puede garantizar una paz estable y universal, y hacer operar con eficacia instituciones jurídicas supranacionales y no meramente internacionales. Así las cosas, la filosofía del derecho —en palabras de José Eduardo Faria— tiene que llamar la atención acerca de que el derecho es un instrumento privilegiado para el cese “de la guerra subyacente al Estado de Naturaleza y de afirmación de la paz civil típica del Estado de Derecho”.

Para nadie es un misterio que un pacifista como Bobbio confía más en lo que él llama “pacifismo institucional” que en otras formas del pacifismo, concretamente el “pacifismo instrumental” y el “pacifismo ideológico”. Para Bobbio, “pacifismo instrumental” es el que procura la paz a través de una intervención en los medios, por ejemplo, propiciando el desarme o, cuando menos, una mayor y más acucioso control sobre la producción, venta, tenencia y uso de armamento. Por su parte, el “pacifismo ideológico”, de inspiración ética o religiosa, busca promover la templanza entre los hombres, a través de la incesante invocación a valores superiores o por medio de la educación moral y cívica de las personas.

En cuanto al “pacifismo institucional”, es aquel que apuesta a la meta de la paz confiando en el desarrollo supranacional de las actuales instituciones internacionales. Bobbio, como ustedes saben, aclara que el razonamiento en que basa su propuesta, de clara raíz hobbesiana, es tan simple como advertir que así como los hombres en el estado de naturaleza debieron primero renunciar al uso individual de la fuerza y atribuir después el monopolio del uso de ésta a un poder único y centralizado —el Estado—, del mismo modo los Estados, que viven hoy en una situación de temor recíproco, deben hacer el mismo camino que antes recorrieron los individuos singularmente considerados y, limitando cada cual su soberanía, constituir instancias supranacionales a las que se confíe también el monopolio del uso de la fuerza.

Estamos bastante lejos de tener un Estado mundial o universal. Estamos incluso en bajos niveles del llamado pacifismo ideológico, sobre todo cuando en nombre de Dios —con ese u otro nombre cualquiera— se ataca las ciudades de Nueva York y Washington, y luego el Presidente norteamericano organiza una represalia contra lo que él llama “el eje del mal”, y declara ante las cámaras de televisión que fue una inspiración divina la que le hizo abandonar hace un cierto número de años una taberna de Texas, dejar de beber y prepararse para ser Presidente de su país y salvador de la democracia en el mundo. Una cuestión que menciono de paso porque tales justificaciones divinas, por un lado y el otro, para actos de deliberada destrucción material y eliminación de seres humanos, me parece el aspecto más grotesco, escandaloso e inaceptable de la actual situación mundial.

Lejos aún, decía, de un Estado universal. Muy lejos. Aunque la tendencia de largo, largísimo plazo, pareciera ir en la dirección que Bobbio mostró de la

mano de Kelsen, a saber, la de un pacifismo cuyo soporte sean instituciones jurídicas supranacionales y no el control de armas o las simples prédicas morales o religiosas. Un pacifismo cosmopolita, si se quiere, basado en el ideal kantiano de un derecho del mismo carácter, merced al cual todos los hombres y mujeres son considerados ciudadanos del mundo. Un pacifismo que no sustituye lealtades locales por lealtades planetarias, sino que amplía nuestras lealtades locales con el reconocimiento de lealtades más ampliamente planetarias. Un pacifismo en el que Bobbio creyó con tal entusiasmo, que llegó a hacer suyo ese pensamiento de Juan Pablo II que recordamos hace un momento.

En su diálogo con Danilo Zolo, este último declara que no le resulta fácil entender cómo, una vez suprimida la soberanía de los Leviatanes nacionales, no reaparecerá la soberanía despótica del Leviatán, bajo la forma de un Estado universal que reúna la totalidad del poder internacional, antes difuso y disperso en mil recovecos. Y ese Leviatán —dice Zolo— “estaría obviamente encarnado de un restringido directorio de grandes potencias económicas y militares”. En otro de sus textos, Danilo Zolo sostiene que el globalismo jurídico de autores como Kant, Kelsen y Habermas parte de una premisa “nada inocente”, a saber, la relación de analogía que existiría entre “sociedad civil” interna de un Estado nacional y la denominada “sociedad mundial” contemporánea.

El de Danilo Zolo es un planteamiento similar al que escuché el año pasado en Chile a Gianni Vattimo, quien dijo lo siguiente ante el desafío de organizar jurídicamente toda utilización de la fuerza, tanto en el plano nacional como internacional: “cuando tuve una conversación con Charles Taylor en 2001, estaba convencido de que participar en la Unión Europea era un paso para conseguir una ONU más democrática. Ahora, viendo lo que pasa con Bush, me doy cuenta de que quizás es mejor, y también más realista, pensar en un mundo multipolar, puesto que, si no hay balance de poder, cualquier orden mundial puede devenir en un orden autoritario”.

Ante observaciones como éstas, sin embargo, yo seguiría el camino marcado por Bobbio y continuaría declarándome “un cosmopolita impenitente”, y trabajaría desde la filosofía del derecho a favor de un pacifismo basado cada vez más en instituciones políticas y jurídicas de tipo supranacional. Porque, mal que nos pese, como dice Giddens, “el choque entre cosmopolitismo y fundamentalismos es uno de los rasgos distintivos de nuestra época”.

En suma: la filosofía del derecho podría colaborar a impedir el retorno de la política internacional a la situación hobbesiana de la lucha de todos contra todos, alentada por la doctrina de la guerra unilateral y preventiva que aplicó Estados Unidos en Irak. Lo que se requiere —siguiendo en esto a David Held— es “una agenda global de seguridad” que exija tres cosas a los gobiernos y a las instituciones internacionales: primero, debe existir un compromiso con el imperio de la ley internacional y con el desarrollo de instituciones multilaterales; segundo, hay que hacer un esfuerzo sostenido por generar formas de legitimidad política global para las instituciones internacionales que se ocupan de la seguridad y la paz; y tercero, debe haber un reconocimiento más explícito de la necesidad de

resolver los asuntos éticos y de justicia que plantea la polarización global de la riqueza.

Por su parte, el tercero de los componentes de esa nueva agenda global de seguridad tiene que ver con una más efectiva realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Si Bobbio tuvo razón cuando bautizó a nuestra época como “el tiempo de los derechos”, la tuvo sólo respecto de los derechos personales y de los derechos políticos, basados en el valor de la libertad, mas no en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, basados en el valor de la igualdad y la solidaridad. Una sociedad decente no es sólo una sociedad de libertades, sino aquella donde no existen diferencias demasiado marcadas en las condiciones materiales de vida de las personas. Una sociedad decente es aquella donde todos comen tres veces al día. Una sociedad decente es una sociedad de hombres libres e iguales. Puesto que, ¿qué sentido puede tener la titularidad y ejercicio de las libertades para personas que viven en condiciones de extrema pobreza?

La paradoja podría ser ésta: mientras podríamos marchar, en el largo plazo, hacia una suerte de Estado mundial, los Estados nacionales, que son insustituibles para una adecuada realización de los derechos económicos, sociales y culturales, ceden cada vez más espacio a los capitales y conglomerados empresariales y financieros, que se mueven únicamente por el interés propio y el lucro, y delegan potestades públicas en el mundo privado, todo lo cual trae consigo un debilitamiento de esas clases de derechos. “¿De qué manera recomponer el papel directivo del Estado —se pregunta al respecto José Eduardo Faria—, asegurando la participación de la ciudadanía en la formulación, implementación y ejecución de la política macroeconómica?” En otras palabras, ¿de cuánto puede servirnos hoy la democracia representativa si las grandes decisiones, aquellas que afectan más directamente a las personas, se toman en centros de poder económico y financiero y no en el gobierno ni en el parlamento que los ciudadanos concurren a elegir periódicamente? Por decirlo ahora con una pregunta de Martín Hopenhayn, “¿a quién recurre el ciudadano para reclamar derechos sociales súbitamente mermados por un acontecimiento financiero que ocurre muy lejos del país en que vive, que le resulta muy difuso y sobre el cual ni él ni su país tienen incidencia alguna?” No se trata de exagerar, pero tiene razón Gurutz Jáuregui cuando escribe que “la ausencia de lo político está permitiendo que las grandes corporaciones transnacionales estén llevando a cabo, en la práctica, una auténtica toma de poder, un verdadero control del mundo al margen de la política. Bajo el velo de una presunta racionalidad económica y tras una apariencia formal de apoliticidad, se está desarrollando, en la práctica, un nuevo tipo de política, que podríamos calificar de *parapolítica*. Esa actividad, generada desde arriba, está permitiendo a las corporaciones transnacionales ocupar, de forma imperceptible, sin revolución, sin cambio de leyes ni de Constituciones, mediante el simple desenvolvimiento de la vida cotidiana, los centros materiales vitales de la sociedad. Y todo ello, obviando el sistema político —gobierno, parlamento, opinión pública, jueces, etcétera—”.

Tiene razón, pues, Aldo Ferrer, cuando en su “Historia de la Globalización”, nos recuerda que “el pasado es fuente inagotable de enseñanzas para comprender

los problemas actuales de la internacionalización de la producción o la globalización financiera. En cambio, el pasado enseña poco sobre la universalización de dos cuestiones que han adquirido actualmente decisiva importancia. Se trata de la pobreza y las agresiones al ecosistema”.

Los derechos económicos, sociales y culturales nadan hoy contra la corriente, pero corren peligros aun mayores: caminar sobre el agua o desafiar la ley de la gravedad. Son derechos caros, es cierto, derechos que cuestan dinero, mucho dinero, pero ello no autoriza a llamarlos “Cartas a Santa Claus”, como hizo hace algunos años la representante del gobierno norteamericano en Naciones Unidas. El problema, sin embargo, no es sólo de dinero. También lo es de indiferencia. De indiferencia de los ricos hacia los pobres y de indiferencia también de los países ricos hacia las naciones pobres. Como ha escrito Ernst Tugendhat, “la indiferencia no es una enfermedad tan obvia como el nacionalismo agresivo. En contraste con éste, es una forma tranquila de aniquilar a otros”.

6. ¿SE SUAVIZA EL POSITIVISMO O EL IUSNATURALISMO?

Entre las tantas cosas que hoy se globalizan, o que parecen hacerlo, ¿se globaliza también la moral de los de países más civilizados, esa moral que, a fuerza de incorporarse crecientemente al derecho, parece jugar hoy un papel importante y nuevo tanto en la identificación como en los contenidos de lo que llamamos ordenamiento jurídico? No sé si esa es la mejor manera de plantearlo, de manera que ensayemos esta otra: ¿se globalizan los derechos humanos —todos ellos—, entendidos como un conjunto heterogéneo e importante de auténticos derechos en sentido subjetivo, valores, principios y aun simples aspiraciones colectivas de la humanidad en su conjunto? Al parecer sí, y entonces tenemos el problema de tomarnos en serio ese fenómeno, al menos para quienes suscribimos una concepción positivista del derecho.

En otras palabras, una relación entre derecho y moral no necesaria, sino contingente —tal como afirma el positivismo jurídico—, que de pronto se refuerza como tendencia, sobre todo en el nivel del derecho constitucional de muchos ordenamientos jurídicos, ¿no nos obligará a variar la calificación de esa relación como “contingente”, reemplazando esta última palabra por “necesaria”? He ahí, posiblemente, otra pregunta importante que la globalización hace a la filosofía del derecho.

A juzgar por varias publicaciones recientes sobre la materia, el positivismo jurídico parecería estar muerto también. Muerto o, cuando menos, en graves dificultades para mantenerse en pie. Muerto, o muy enfermo, porque si usted lee un reciente trabajo de Luis Manuel Sánchez Fernández sobre la materia, lo único que hay en el positivismo jurídico son “ironías, falacias, perversiones y enigmas”, o sea, casi tanto como estar muerto. Muerto no a manos del iusnaturalismo —su rival más clásico—, sino como consecuencia de doctrinas surgidas muchas veces al interior del propio positivismo jurídico. O muerto a manos de un nuevo ius-

naturalismo que, con alguna elegancia, o acaso sólo con astucia, no quiere asumir la condición de tal. Porque, tal como ha sido visto por Eduardo Barbarosch, “en el debate entre los distintos sentidos de positivismo jurídico está implícito un embate solapado del iusnaturalismo, en su faceta contemporánea, a fin de socavar, de manera definitiva, toda posición que invoque un *approach* positivista al derecho”.

Muerto el positivismo jurídico como consecuencia de doctrinas que, ante la sola incorporación al derecho positivo de principios o referencias morales, consideran fallida la tesis positivista de la distinción entre derecho y moral, entre el derecho que es y aquel que, desde una perspectiva moral cualquiera, debería ser. Muerto el positivismo jurídico —sumándose con ello a la lista de funerales que referimos al inicio de esta ponencia—, o acaso enfermo terminal, por obra de quienes, ante la creciente incorporación de contenidos morales al derecho, se refugian en un positivismo jurídico incluyente, un nombre que agrega un nuevo y segundo adjetivo al término “positivismo”.

Es preciso tener cuidado con los adjetivos, puesto que no pocas veces vacían de todo contenido al sustantivo al cual acompañan. Es lo que pasa con la palabra “democracia”, por ejemplo —tal como advirtió Ross en su momento—, que pierde casi todo su sentido cuando se la adjetiva como “real”, “orgánica”, “protegida” o “popular”.

Decir “positivismo jurídico”, y no positivismo a secas, es correcto, puesto que el positivismo jurídico no es lo mismo que el positivismo de Comte, ni es tampoco una derivación de éste ni una simple aplicación al campo del derecho del positivismo filosófico. Eso lo explicó muy bien alguna vez Antonio Hernández Gil, a cuya memoria, aunque sea de paso, quiero rendir tributo. Pero expresiones como “positivismo jurídico incluyente”, o “positivismo jurídico suave”, que añaden un segundo adjetivo, responden a posiciones defensivas que el positivismo jurídico ha asumido como consecuencia de la incorporación al derecho de criterios morales, un fenómeno nada nuevo por lo demás, y que el positivismo jurídico está en situación de responder —creo yo— sin necesidad de comprometerse con nuevos adjetivos, tales como “suave”, “incluyente”, “moderado” u otros semejantes. Un fenómeno nada nuevo —he dicho—, porque ya en mis tiempos de estudiante de derecho, hace 40 años, me encontré de pronto en el Código Civil de mi país, como a ustedes les habrá ocurrido también, con expresiones como “buena fe”, “buenas costumbres”, “buen padre de familia”, etc.

Pareciera que los positivistas hubieran desarrollado en el último tiempo ese complejo de inferioridad que menciona Rafael Escudero Alday en su reciente y muy buen libro sobre el tema. En cualquier caso, sería mejor hablar de mala conciencia, sobre todo tratándose del positivismo jurídico ideológico —que casi ningún positivista ha aceptado jamás—, y, desde luego, de algunas de las tesis del positivismo jurídico como teoría, por continuar empleando el lenguaje de Bobbio. Pero no veo razón alguna para que el positivismo jurídico desarrolle mala conciencia, y ni siquiera complejo de inferioridad, en su versión o modalidad metodológica, que es aquella que afirma que podemos identificar el derecho —a efectos de su

estudio, no de su aprobación o desaprobación— con prescindencia de juicios de valor provenientes de convicciones morales, puesto que esa es la única manera de respetar la especificidad del derecho, y, sobre todo, de resguardar también la especificidad de la moral —sea ésta crítica, social o personal— como referente para enjuiciar la corrección o incorrección de un derecho dado. Y fundamentar, cuando corresponda, la desobediencia a éste.

En otras palabras, hay razones jurídicas para continuar siendo positivistas desde el punto de vista metodológico, aunque hay también fuertes razones morales para ello. Porque mientras menos diferenciación y mayor confusión exista entre derecho y moral, más problemática se vuelve una tarea que es propia de los juristas: describir, pero también evaluar el derecho vigente. En consecuencia, lo que nos pide el positivismo jurídico no es abdicación valorativa, o sea, renuncia a los valores morales, sino prescindencia valorativa, es decir, poner los valores momentáneamente entre paréntesis, para identificar y describir como derecho el que efectivamente es, utilizándolos luego para decir si ese derecho que es resulta también el que debería ser. Dicho de otra manera: si la tesis del positivismo jurídico metodológico se descompuso alguna vez en dos afirmaciones —la distinción entre el derecho que es y el que debe ser, y la afirmación de que el derecho del que tienen que ocuparse los juristas es únicamente el derecho que es—, quiere decir que es sólo la primera de esas dos afirmaciones la que permanece en pie.

Por lo demás, la prescindencia valorativa de que se habla es del método de conocimiento, no del objeto por conocer. O sea, se trata de una característica de la ciencia del derecho, no del derecho, porque éste siempre patentiza, en muchas de sus normas, principios o valores morales dominantes en un momento dado. Una característica, además, que no clausura, sino, todo lo contrario, vuelve más fácil la crítica moral de un derecho dado. Esto último incluso Kelsen lo vio con claridad. Y dos siglos antes que él Kant, cuando dijo que “tenemos que limitar la ciencia del derecho para reservar un sitio a la moral”.

Es un hecho que en la constitución y en las leyes se incorporan cada vez más principios, valores, criterios, referencias o expresiones de carácter moral —pienso en “libertad”, “igualdad”, “pluralismo”, “solidaridad”, “dignidad”, “no discriminación”, etc.—, a los que es necesario dar un contenido y tomar en cuenta cada vez que algún operador jurídico tiene que aplicarlos al momento de producir nuevas normas del ordenamiento jurídico en el marco de aquellas que incluyen términos como los arriba señalados. Con todo, tampoco es ninguna novedad que para la producción de nuevas normas —por ejemplo, por parte del legislador— haya de aplicarse tanto un marco formal como material establecido comúnmente por una norma de jerarquía superior, en este caso la constitución. La constitución, como toda norma superior respecto de la norma inferior cuya producción regula, establece no sólo quién y cómo podrá crear la correspondiente norma inferior (llamemos a eso “marco formal”), sino ciertos límites de contenido que el órgano creador de la norma inferior deberá respetar al momento de producir esta última (llamemos a esto “marco material”). En consecuencia, no es ninguna novedad que para decidir acerca de la existencia o validez de una norma jurídica haya que efectuar un exa-

men no sólo de su origen o *pedigree*, sino también de su contenido. De manera que cuando una norma inferior vulnera los límites de contenido que pueda haberle fijado la norma superior, lo que se puede afirmar es que esa norma es anulable a través de recursos que es posible hacer valer ante el órgano que corresponda.

Entonces, la novedad no consiste en que aspectos de contenido estén envueltos en nuestros juicios técnicos sobre la validez o existencia de las normas jurídicas, sino en que, crecientemente, proliferan entre tales aspectos de contenido principios, criterios o referencias de índole moral, los cuales, sin perder su carácter de tales, pasan a formar parte del derecho, esto es, se positivizan, y plantean a quien deba interpretarlos y aplicarlos —un juez, por ejemplo— el desafío que a todo operador jurídico se le presenta en el caso de toda norma jurídica: fijar el campo de posibles sentidos y alcances de aquellos estándares morales y optar por aquel que le parezca mejor o más adecuado para el caso de que se trate.

Es cierto que tratándose de principios o de valores morales que un operador jurídico deba aplicar, el marco de posibles interpretaciones es más amplio que el que aparece cuando lo que se trata de interpretar y aplicar es una norma jurídica corriente —por ejemplo, aquella que establece un plazo para apelar—, pero en lo fundamental su tarea sigue siendo la misma: producir derecho dentro del marco formal y material que hayan establecido una o más normas de jerarquía superior, sin que la situación varíe cualitativamente porque en ese marco material se presenten principios, valores o referencias de tipo moral. Estos principios, valores o referencias morales han ingresado al derecho, en el sentido de incorporarse a éste por decisión de algún operador jurídico superior, pero no cambian tampoco la índole del derecho positivo ni hay por qué entender que disuelven la moral en derecho ni, menos aun, que disuelven el derecho en la moral.

Lo que quiero decir es esto: el marco material para la creación de una norma jurídica puede incluir principios y valores morales, que han sido positivados por el propio derecho y en virtud de actos deliberados de autoridades normativas de tipo jurídico, pero si tales valores y principios obligan a otras autoridades normativas, no es por su carácter moral, sino por haber sido incorporados al derecho y formar parte de éste. Además, el postulado de la prescindencia valorativa no es obstáculo para identificar contenidos específicamente morales en el marco material que es preciso tener en cuenta en las operaciones de producir, interpretar y aplicar el derecho, puesto que en tal caso es el propio derecho, a través de alguno de sus operadores y valiéndose siempre de sus propias fuentes, el que ha establecido que las cosas deban ser de ese modo.

Cierto es que la incorporación al derecho de valores y principios morales, por la amplitud y relativa indeterminación de éstos, disminuye la seguridad jurídica —un valor que, a su vez, es propio del derecho, o sea, un valor típicamente jurídico—, pero la mayor o menor medida en que los ordenamientos jurídicos realizan un valor como ése, en tanto se trata de un dato que el positivismo jurídico es capaz de registrar y explicar, no echa por tierra la capacidad descriptiva del derecho que esa teoría posee. Como ha señalado Luis Prieto Sanchís, que en la explicación que el positivismo jurídico hace del fenómeno jurídico haya lugar para principios

y valores morales, constituye un dato que el propio positivismo jurídico puede observar sin necesidad de corrección alguna.

En consecuencia, la tesis central del positivismo jurídico sigue en pie: el derecho es algo distinto de la moral; no existe una relación necesaria, sino contingente, entre derecho y moral; y el derecho puede ser identificado, en cuanto orden normativo específico, con independencia de criterios morales.

No sé si el ejemplo que voy a proponerles enseguida es muy feliz o digno siquiera de una sesión plenaria de un congreso mundial de filosofía del derecho, pero no me resisto a darlo. Si el club de fútbol “Real Madrid” se reforzara con dos o tres jugadores de primer nivel del “Barcelona” para afrontar un partido internacional amistoso —hipótesis ciertamente no destinada a producirse jamás, como bien saben los hinchas de ambos clubes—, el equipo que saldría ese día a la cancha continuaría siendo el “Real Madrid”, y los dos o tres excepcionales jugadores del “Barcelona”, sin dejar de pertenecer ni por un minuto al club catalán, lucirían en la ocasión la blanca vestimenta del club madrileño y no la azulgrana de la institución catalana.

Tampoco sé si mis planteamientos sobre este tema me ponen más cerca de un positivismo jurídico incluyente o de uno excluyente. Yo nada más quiero decir que es perfectamente posible permanecer fieles a la tesis del positivismo jurídico metodológico, simplemente porque, según me parece, describe mejor la realidad y la especificidad de ese fenómeno cultural que llamamos derecho. Y el valor de una teoría está siempre en su capacidad descriptiva, no en su utilidad para resolver nuestros problemas prácticos y menos aun en su capacidad para responder a nuestros anhelos de un mundo mejor. Por eso es que nunca he podido encontrar razón a nuestro querido y recordado amigo Albert Calsamiglia, quien en su artículo “Postpositivismo” critica al positivismo jurídico porque “no deja de ser curioso que cuando más necesitamos orientación, la teoría positivista enmudece”. Lo que yo diría, en cambio, es que el positivismo jurídico no enmudece, aunque tampoco le corresponde decirnos cómo deben resolverse los casos difíciles que pueda afrontar un juez en un momento dado. Una teoría describe, no prescribe, y las únicas cuentas que pueden serle pasadas tienen que ver con describir mal y no con el hecho de que ella no nos diga lo que esperábamos oír.

En cierto sentido, el positivismo jurídico ha sido siempre incluyente, porque el derecho positivo también lo es. El derecho positivo incluye valores y principios morales, y el positivismo jurídico podría ser “incluyente” en tanto da cuenta de ese hecho, mas no en cuanto a renunciar a su tesis principal: la distinción entre derecho y moral. Porque eso es lo que está en el fondo de esta discusión, a saber, la distinción y a la par la relación entre derecho y moral, un tema al que no por nada Ihering se refirió como el “Cabo de Hornos” de la filosofía jurídica. Y para quienes pudieran no conocer ese austral punto geográfico de nuestro planeta, el mar es siempre muy bravo en el Cabo de Hornos y la navegación, por lo mismo, es invariablemente difícil y riesgosa. Tanto que es muy fácil naufragar allí, es decir, perderse, sucumbir, salir mal parado de la travesía que se tenía que efectuar. Algo parecido, en fin, a lo que también puede ocurrirnos cuando hacemos filosofía, a

la que por alguna razón se la ha comparado desde antiguo con el acto de viajar, según vimos antes en esta misma ponencia.

Del mismo modo, no sé si lo que le pasa hoy al positivismo jurídico es que se segmenta o sólo que se refina. O si acaso se trata de un club donde hace ya rato comenzaron las discusiones y las divisiones entre sus socios. En cualquier caso, las discusiones internas son buenas, en cuanto permiten al positivismo jurídico pulir sus planteamientos sin renunciar a su tesis principal —la de la diferenciación entre derecho y moral— ni, tampoco, a la del origen del derecho en fuentes de producción investidas de este carácter por el propio derecho, ni, por último, a la posibilidad de una identificación objetiva tanto de las fuentes de producción jurídica como de los productos que resultan de poner en acción cualquiera de esas fuentes. O quizás lo que se suaviza y refina sea el iusnaturalismo, cuyos partidarios comprenden, por fin, que lo que llaman “derecho natural” no es más que un conjunto de convicciones morales que para ser realmente derecho necesitan incorporarse a lo que ellos llaman “derecho positivo”, una expresión —esta última— que para un positivista constituye una redundancia, puesto que “positivo” nada agrega a “derecho”.

“Merece la pena ser positivista”, es la frase final de un muy buen trabajo de Liborio Hierro sobre esta materia. Una frase que, por todo lo dicho antes, comparto sin reservas. Pero, ¿qué quiere decir aquí “pena”? ¿Se trata de castigo, de dolor, de tristeza, de malestar? No, de ninguna de esas cosas. “Pena” es aquí “merecer” la pena, “valer” la pena, es decir, que el positivismo jurídico tiene sentido y que está bien empleado el tiempo y el esfuerzo que utilizamos en explicarlo a los demás.

7. ACTUAR A PLENA LUZ EN VEZ DE SALVAJEMENTE EN LA OSCURIDAD

Es tiempo de concluir. Algunas preguntas que en mi parecer la globalización plantea a la filosofía del derecho han ido apareciendo en esta ponencia, aquí y allá, probablemente en una forma no todo lo ordenada que habría querido. La extensa reflexión sobre el positivismo jurídico puede haber resultado incluso desmesurada. Pero qué le vamos a hacer: uno es prisionero de sus propias obsesiones, en este caso la diferencia a la que vez que la relación entre derecho y moral. Un tema que podrá ser de especialistas, pero que, al tener que ver con la libertad de las personas, rebasa ampliamente el campo de los especialistas.

No es mi ánimo resultar provocador por el solo gusto de serlo, pero así como las antiguas y más sólidas religiones parecen hoy ceder en favor de un conjunto de espiritualidades más simples, difusas y livianas —y por cierto menos agresivas—, me pregunto si el iusnaturalismo puro y duro no estaría cediendo en favor de un positivismo jurídico incluyente, también menos agresivo y ciertamente más fino y elegante que el iusnaturalismo tradicional, pero que esconde apenas una nostalgia de éste y el anhelo también de suavizar un tanto esa suerte de intemperie en que de algún modo nos deja el positivismo jurídico metodológico a secas. Porque no

nos olvidemos de que la filosofía es también un paliativo, un punto de apoyo que compensa la inestabilidad que nos rodea, una coraza —como sostenía Freud— con la que no conseguimos protegernos del todo de las flechas del destino.

Pues bien: queden o no preguntas para la filosofía del derecho —y yo creo que sí quedan—, bien valdría la pena continuar dedicándose a ella, como los científicos se dedican a la ciencia y los artistas al arte, porque constituye una de esas actividades, como dice ahora Kolakowski, a través de las cuales los hombres podemos llegar a una cierta forma de arreglo con el mundo, aunque tengamos clara conciencia de que ese arreglo es imposible.

En fin, vale la pena continuar haciendo filosofía, y también filosofía del derecho, por esa buena razón que dio también Isaiah Berlin: porque la filosofía ayuda a que los hombres actuemos a plena luz en vez de salvajemente en la oscuridad.*

BIBLIOGRAFÍA

- Eduardo Barbarosch, *Algunas reflexiones sobre los distintos sentidos de positivismo jurídico y su vigencia frente al embate del iusnaturalismo contemporáneo*, ponencia presentada en las XVIII Jornadas Argentinas y Primeras Jornadas Argentino Chilenas de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Buenos Aires, 2004 (en prensa).
- Alessandro Baricco, *Next. Sobre la globalización y el mundo que viene*, Anagrama, Barcelona, 2002, traducción de Xavier González Rovira.
- Zygmunt Bauman, *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, traducción de Daniel Zanudaisky.
- Isaiah Berlin, “El objeto de la filosofía”, en *Conceptos y categorías*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, traducción de Francisco González Aramburu.
- Norberto Bobbio y Danilo Zolo, “La teoría del derecho y el derecho internacional. Un diálogo de Norberto Bobbio y Danilo Zolo”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, número 17, 1999, Valparaíso, traducción de María Angeles Barrere Unzueta.
- Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993, traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi.
- Paul Bowles, *El cielo protector*, Alfaguara, Madrid, 1990, traducción de Aurora Bermúdez.
- Albert Calsamiglia, “Postpositivismo”, *Doxa*, vol. 21-1, Alicante, 1998.
- Gerard de Cortanze, *Dossier Paul Auster*, Anagrama, Barcelona 1996, traducción de Mónica Martín Berdagué.
- Rafael Escudero Alday, *Las calificaciones del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004.
- José Eduardo Faria, *O directo na economia globalizada*, Malheiros Editores, Sao Paulo, 2000.

* Quiero agradecer a los siguientes profesores y amigos con quienes consulté el tema de mi ponencia, aunque ninguno de ellos es responsable de las afirmaciones que hago en ella: Adela Cortina, Rodrigo Coloma, Rodolfo Figueroa, Felipe González, Jesús Lima, Claudio Oliva, Cristóbal Orrego, Rogelio Pérez Perdomo y Nelson Saldaña.

- Aldo Ferrer, *Historia de la globalización. Orígenes del orden económico mundial*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1996.
- Jonathan Franzen, “¿Para qué molestarse?” y “El lector exiliado”, ambos trabajos en *Cómo Estar Solo*, Seix Barral, Barcelona, 2003, traducción de Jaime Zulaika.
- Francis Fukuyama, *El fin de la historia y el último hombre*, Planeta, Barcelona, 1992.
- Carlos Fuentes, *Transformaciones culturales* (Conferencia), Gobierno de Chile, Santiago, 2004.
- Federico García Lorca, “Amanecer en verano”, en *Obras Completas*, Aguilar, Madrid, 1966.
- Anthony Giddens, *La agenda progresista*, Cuadernos del Foro de Altos Estudios Sociales Valparaíso, Valparaíso, 2004, traducción de Oscar Luis Molina.
- David Held, *Social democracia global*, Cuadernos del Foro de Altos Estudios Sociales Valparaíso, Valparaíso, 2004, traducción de Oscar Luis Molina; “Globalización: el peligro y la respuesta”, *El País*, Madrid, 4 de julio de 2004.
- Antonio Hernández Gil, *Puntualizaciones y correcciones al positivismo jurídico*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1982.
- Liborio Hierro, “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa*, número 26, Alicante, 2003.
- Martin Hopenhayn, *Reflexiones sobre la globalización cultural*, Colección Ideas, año 2, número 14, Fundación Chile 21, Santiago, 2001.
- Octavio Ianni, *Teorías de la globalización*, Siglo XXI Editores, México, 1997.
- Gurutz Jáuregui, “Del estado nacional a la democracia cosmopolita: política y derecho en la era global”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 36, 2002, titulado “El derecho en una democracia cosmopolita”.
- Leszek Kolakowski, *Tratado sobre la mortalidad de la razón*, Monte Avila Editores, Caracas, 1993, traducción de Miguel Mascialino.
- Jorge Larraín, “Globalización e identidad”, en *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho*, Milka Castro-Lucic, Vicerrectoría de Investigación y Desarrollo, Universidad de Chile, Santiago, 2004.
- Antonio Machado, *Juan de Mairena*, Alianza Editorial, Madrid, 1981.
- Luis Manuel Sánchez Fernández, “Ironías, falacias, perversiones y enigmas: sobre el positivismo y la tesis de la separación”, *Doxa*, número 25, Alicante, 2002.
- Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997.
- Guy Sorman, *El mundo es mi tribu*, Andres Bello, Santiago, 1997, traducción de Pierre Jacomet.
- Alain Touraine, *Individualidad y globalización* (Conferencia), 2004, en prensa por Gobierno de Chile, Santiago.
- Ernst Tugendhat, “Identidad personal, nacional y universal”, en *Ideas y valores*, número 10, Universidad Nacional Santa Fe de Bogotá, 1996.
- Gianni Vattimo, *Política y verdad* (Conferencia), Gobierno de Chile, Santiago, 2003, traducción del autor.
- Eugenio Raúl Zaffaroni, *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*, exposición realizada el 23 de febrero de 1999, en México DF, con ocasión del Seminario Internacional de Derecho Penal, organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales.
- Danilo Zolo, “Una crítica realista del globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 36, 2002, titulado “El derecho en una democracia cosmopolita”.

