

PIETRO BARCELLONA

## Estado de derecho, igualdad formal y poder económico (Apuntes sobre formalismo jurídico y orden económico)

### I. INDIVIDUALISMO PROPIETARIO Y ORDEN JURIDICO CONVENCIONAL

La época moderna se abre con la *crisis de la razón clásica*, esto es, la crisis de aquella racionalidad que había creído poder dar una explicación unitaria a todos los fenómenos y poder sustituir lo eterno inmutable por la verdad pública y social. Escepticismo y relativismo atacan desde todos los flancos los postulados de la construcción aristotélico-tomista, el mundo regido por el Trono y el Altar, en el que el saber constituyó el fundamento de una autoridad indiscutible.

Se extienden la crisis del dogmatismo y la cultura libertina, Bacon propone una reforma del saber y una nueva lógica contra el silogismo deductivo y el dogmatismo metafísico. En nombre de la inducción y de la experiencia programada sobre la base de hipótesis a verificar, empieza su batalla contra los ídolos de la tribu, los ídolos de la caverna, los ídolos del mercado y los ídolos del teatro.

Una gran obra de *desmitificación*. Son redefinidas las fronteras entre ciencia y fe en una singular mezcla de escepticismo y pensamiento mágico. Pero el punto que más nos interesa es lo que poco a poco va emergiendo: el redescubrimiento del problema del *placer* y de la *felicidad*, la vinculación de la voluntad de poder al deseo ilimitado que caracteriza la experiencia de todo ser humano

de sentirse vivo. Hobbes reafirma poderosamente el primado de lo individual y la plena legitimidad del deseo ilimitado y de la voluntad de poder que todo hombre despliega en la propia existencia. La crítica de la metafísica se hace más *ceñida* y se difunde cada vez más una idea de saber y de ciencia como *búsqueda de lo que es útil*, es decir, de lo que sirve a la conservación de la vida y del cuerpo. El *cuerpo* vuelve prepotentemente a escena con su carga de pasiones y pulsiones agitadas. La operación a realizar es la de liberarse del sistema de vínculos que la visión organicista de la sociedad feudal había consignado en un conjunto de jerarquías y de poderes “aparentemente naturales” y en todo caso fundamentados en una tradición intangible y en un orden casi “sagrado”. La revuelta contra el viejo orden se hace explícitamente en nombre del individuo aislado, particular, que pretende afirmar su señorío autónomo sobre el mundo de las “cosas” y en sus relaciones con los hombres.

La *libertad* parece reencontrar su raíz originaria de *acto de desvincularse*, de liberarse de los vínculos, de negar e impugnar toda organización social que se funde en una relación privilegiada entre autoridad y verdad. La lucha de la independencia individual por la eliminación de los vínculos de subordinación personal, por la autonomización del individuo, es al mismo tiempo lucha contra la afirmación de una verdad pública única y vinculante para todos. La opción de ser un individuo mortal debe ser restituida al individuo sin transfiguraciones y trascendencias providenciales; la *voluntad de poder*, de construir y destruir la *res*, de conducir la oscilación entre el ser y la nada, debe ser *reconocida como una prerrogativa del individuo*.

La libertad y el poder de disposición tienden a convertirse en prerrogativas y determinaciones del individuo. La representación de la sociedad que se proyecta en el programa de liberar el deseo ilimitado de cada hombre, es la visión de una sociedad conflictiva, del conflicto permanente y sin cuartel, del todos contra todos, una sociedad del desorden como nueva medida de la vitalidad y de la victoria de la exuberancia vital sobre la mortificación que la metafísica griega y la filosofía tomista habían infringido al cuerpo y al placer.

El principio de la *felicidad* parece dominar estos siglos, de la misma forma que, contemporáneamente, se extiende la idea de que ya no

es posible confiar en ningún fundamento, que ningún orden puede ser ya legitimado por una autoridad extracontingente que mantenga una relación privilegiada con el mundo de la verdad y del ser, sea el trono o el altar. Las ideas de Montaigne son el singular contrapunto de la cultura libertina, de la crítica de la moral y de las costumbres que se están difundiendo en el siglo, y del primado que progresivamente se reconoce a las formas sobre los contenidos, a la técnica sobre el saber.

La historia de la crisis de la razón clásica retoma el problema originario de la libertad y del destino de la mortalidad, pero *el proceso que llega a cumplirse, la decisión* que se toma son aparentemente lo contrario del proceso y la estrategia que caracterizaron la fase precedente. En adelante, el desorden, el final de la ley, del vínculo objetivo fundado en la naturaleza o en el cosmos, en la divinidad o en la verdad, es definitivamente sancionado por la crítica de los dogmas (de las fábulas) y de la consciencia, a veces descorazonadora, de la imposibilidad de alcanzar la verdad absoluta mediante la ciencia. "El problema se convierte, como dirá Horkheimer, en el de sobrevivir al desorden del conflicto permanente". El conflicto permanente, el enfrentamiento de los deseos ilimitados (Castrucci).

*La vía "individual" al orden social* está, sin embargo, llena de obstáculos y de contradicciones. Asumir contra toda ley objetiva, contra todo vínculo fundamentado en la *polis* orgánica el derecho constitutivo del hombre, el hombre mismo como derecho, significa reconocer a cada uno un poder de mandato ilimitado. Significa reconocer que cada uno tiene el derecho a expandir el "propio" fin hasta donde sea posible llegar con la fuerza. Asumir el hombre como derecho, el individuo como ley de la vida significa ir al encuentro de una lucha por la vida en la cual sólo el más fuerte podrá afirmar que es ley para los demás.

Frente a la nueva formulación del derecho como *derecho del individuo*, como derecho del hombre a realizar la propia felicidad, disponiendo sin límites de la *res*, se vuelve a proponer el viejo dualismo entre naturalidad y positividad. Si en nombre de la crítica de la metafísica y del orden medievales se redescubre la naturaleza, encarnada en el hombre, como voluntad de poder, el riesgo que se corre es el de una anarquía de los átomos como resultado inevitable.

El problema es sobrevivir al desorden del conflicto permanente. Frente al hundimiento de cualquier orden cósmico se propone *la exigencia del derecho positivo*, que vuelve a poner de relieve la exigencia de una organización social de la existencia de los mandatos individuales. Y aquí se sitúa el movimiento estratégico que permitirá reformular la misma función de norma y de ordenamiento jurídico: el orden se convierte en *orden artificial*, arbitrario, decidido, y por otra parte sólo el orden convencional puede ya salvar la vida.

La contradicción que se plantea al hombre de estos siglos es una contradicción aparentemente irresoluble. *Afirmar simultáneamente el orden convencional y los derechos del individuo*, identificar la individualidad con la propiedad y con el poder y sin embargo afirmar la igualdad de las formas que realizan la coexistencia, la convivencia civil. La "lógica" dice que no pueden existir dos medidas, porque una terminará irremisiblemente deslegitimando a la otra. El dualismo es peligroso, como ya comprobaron los griegos al vivir la contradicción entre derecho natural y derecho positivo, entre derecho divino y derecho humano.

El camino de salida es que *el orden convencional* se podrá realizar si se le vacía de contenido, si no contiene ya ninguna idea de justicia, si no es ningún proyecto material de organización social, si se convierte en *pura regla de juego* (Castrucci), *artificio* que gobierna la *contingencia* multiforme de la vida. El orden convencional, artificial del ordenamiento jurídico se plantea así como neutralización de los contenidos. La consciencia de la contradicción y de los riesgos a que está sometido el nuevo concepto de orden convencional está ya por lo demás implícita en la consciencia de la insuperable separación entre legalidad estatal y conflicto social.

Será preciso encontrar un nuevo equilibrio para realizar una armonía que permita la coexistencia de la multiplicidad de los dominios, de la diversidad de las fortunas, con la unidad de la regla, con la unidad del Estado. Justo para responder a estas dramáticas interrogantes, la opción que se toma con la construcción del Estado absoluto y el reconocimiento simultáneo de los derechos del individuo, es la aceptación del *desdoblamiento como única forma de coexistencia entre unidad y diversidad*, porque decayó para siempre la unitariedad y la universalidad humanística de las relaciones

precapitalistas, es decir, cuando interior y exterior, privado y público no constituían una verdadera y auténtica oposición porque la Iglesia y el trono todavía los mantenían unidos. Ahora es necesario escindir la unidad orgánica: de una parte los individuos, de la otra el Estado.

Como el Estado, también el derecho se legitima sobre la base de su alejamiento de cualquier esencia y de cualquier verdad *cogente*. El derecho es legislativo y positivo, el Estado es algo construido, es “máquina” que garantiza la vida, no es derecho natural, no está fundamentado en ningún orden cósmico ni en ninguna autoridad divina.

El derecho moderno expresa desde su origen esta vocación dualista y contradictoria. De una parte, es orden convencional y por ello arbitrario, sin vínculos o límites de tipo iusnaturalista; de otra, debe plantearse el objetivo de garantizar y proteger la vida individual, está vinculado a la protección del individuo y de sus bienes privados.

Paradójicamente, Estado absoluto y derechos naturales del individuo nacen del mismo proceso de constitución, de la misma manera que el problema de lo jurídico y del Estado es el de garantizar la permanencia de *una doble vida del individuo*, como hombre particular propietario y como ciudadano público, y mantener una doble articulación de las relaciones sociales: la esfera de la igualdad y de la legitimación del Estado formal y la esfera del conflicto y de la guerra permanente de los “egoismos privados”.

Las operaciones que permiten identificar en esta fase *un paréntesis feliz* en el que parece posible realizar la coexistencia, se basan en una serie de movimientos que sólo podemos resumir sintéticamente. La construcción de lo jurídico como ordenamiento objetivo e impersonal de la fuerza y de la violencia legítima contra la guerra civil y la violencia privada; la abstracción de la norma y el principio de legalidad como forma desvinculada de contenidos y de límites iusnaturalistas.

El milagro que realiza *el paréntesis feliz* viene constituido esta vez por *una original concepción de la norma como regla de juego* que permite al conflicto desplegarse por completo dentro de las fronteras y límites definidos, y sin embargo autoregularse sobre la base

de criterios y principios de medida propios. Es la concepción del derecho como regla de juego lo que permite al mismo tiempo afirmar el primado de lo público en un plano formal y el primado de lo privado en un plano sustancial. La operación de fondo que, como es sabido, hace posible este proceso es, por un lado, la *autonomización de la esfera económica* respecto de la esfera de las relaciones sociales (la construcción del mercado como lugar para el libre juego de las fuerzas en presencia), y por otro la renuncia de la burguesía emergente a fundamentar su propia hegemonía en una forma de dominio político directo.

En realidad, sólo confiándose a la doble vida de público y privado, a la concepción de la norma como regla de juego, es posible, de un lado, *mantener la desigualdad de las fortunas privadas*, confiar a la fuerza económica y al libre desplegarse del conflicto los criterios de medida de la distribución de la riqueza y por tanto las formas y los modos de realización del deseo ilimitado, y de otro, simultáneamente, *mantener dentro de un marco unitario de referencia, dentro de una regla de juego común, el conjunto de los átomos* que en adelante tienden a moverse según lógicas diferenciadas.

Inmanuel Kant suministra las categorías fundamentales a través de las cuales es posible, en el plano formal, realizar la coexistencia de subjetivo y objetivo, público y privado, igualdad y desigualdad. En esta fase se sientan las premisas para el inaudito desarrollo que en los siglos sucesivos conseguirá alcanzar la técnica económica, las premisas de aquella organización del Estado moderno que, articulando las relaciones sociales en sistemas distintos, instituyendo la división de poderes, construyendo el primado del legislativo sobre el ejecutivo y basando en la ley el ejercicio legítimo del poder, posibilitarán una larga tregua en el ámbito de los antagonismos sociales y que por un periodo largo permitirán considerar que lo comunitario y lo colectivo no están necesariamente en contradicción mortal con lo individual y subjetivo.

## II. EL ARTIFICIO DEL ESTADO DE DERECHO Y LA ECONOMIA DE MERCADO

Pero sigamos más de cerca los pasos que hacen posible esta imposible conciliación. Hobbes y Kant, como decíamos, son los polos en torno a los cuales gira la construcción del derecho moderno y se

desarrolla el proceso que marca definitivamente el tránsito del orden natural al orden artificial, del primado de lo público al primado de lo privado.

El papel de Hobbes es decisivo, su *reflexión sobre la estructura natural del hombre está en la base de su filosofía política*, fundamentada en la singular articulación de “estado de naturaleza conflictivo” y “estado civil” pacificado por el artificio que realiza y garantiza la paz social. El movimiento de la vida es placer y contiene en sí el impulso a la propia búsqueda y a la conquista ilimitada de los objetos que constituyen su satisfacción. El sumo bien aristotélico-escolástico está definitivamente negado. “La misma ética se constituye a partir del núcleo esencial de la necesidad”, la necesidad que no satisface un mundo de objetos parciales. El hombre es sujeto de necesidad, se sirve del mundo, se relaciona con el mundo como con una esfera de utilizabilidad, los objetos son instrumentos para la necesidad y por eso están bajo el dominio del sujeto.

El “no” de Hobbes a la metafísica cristiano-escolástica no es solamente la propuesta de un materialismo integral a propósito de la concepción del hombre, sino la apertura de un “espacio conceptual discontinuo” respecto del saber de la tradición (Costa); el saber de Hobbes se fundamenta, en efecto, a partir de la zona de lo económico. La reducción del hombre a sujeto de necesidades implica la elección del espacio de lo económico como núcleo temático esencial. Los objetos acaban siendo cosas construibles y utilizables. El impulso a la satisfacción global de las necesidades es un impulso que se desarrolla al mismo tiempo como autoconservador y destructor. La potencialidad destructiva está en el conflicto que se abre con los otros por la posesión de los objetos, lo cual no se contradice con el reconocimiento de una paridad sustancial entre los hombres en lo que se refiere a su fuerza física, sino que incluso se convierte en una de las condiciones de funcionamiento de dicha paridad: la implícita destructividad de las relaciones intersubjetivas. La igualdad de los objetos no es tanto una consecuencia del hombre concebido como sujeto de necesidades, como una “consecuencia de la estructura conflictiva” de la satisfacción de las necesidades, del carácter relativo del poder, del impulso inmanente al conflicto destructor. Para Hobbes, por tanto, es la igualdad entre los hombres lo que produce el conflicto entre los intereses y las necesidades. La convicción de que esta igualdad natural, biológica, basada en la

estructura sensible de los cuerpos, en sus pasiones y en sus pulsiones, deriva en la concepción de Hobbes de la crisis del sistema de valores precedente: la civilización cristiana y la cultura escolástico-aristotélica que desde los orígenes de la Edad Media hasta el umbral de la Edad Moderna había sostenido con firmeza una organización social basada en la jerarquía y en la diferencia de deberes (que permitían organizar la sociedad con un equilibrio de desigualdades y de poderes diferenciados) (Costa).

Con el hundimiento de aquellos valores y la decadencia de tales jerarquías, *la condición del hombre vuelve a constituirse a partir de su cuerpo*. Todos los cuerpos son iguales, todos pueden liberar sin límites el deseo de posesión de los objetos y la propia voluntad de poder. “Paradójicamente, el máximo de homologación de los actores sociales coincide con la apertura del conflicto, con la máxima divergencia de los intereses. Pero justamente esta vocación destructora del conflicto hace necesaria la construcción de un *orden artificial* en el que “los *intereses* se pueden enfrentar *representados* y *aplacados* en la medida en que están separados del verdadero sujeto del apetito”, escindidos de la voluntad de poder que produce la enemistad radical de todos contra todos” (Papa). De la vocación destructora del conflicto nace la necesidad de construir *un mundo artificial* capaz de gobernar y mantener la vida del mundo natural.

Este mundo es el mundo del Estado. El Leviatán de Hobbes, pues con el arte se crea el Leviatán llamado Estado (*civitas*), no es más que “hombre artificial”, aunque tenga mayor estatura y fuerza que el hombre natural para cuya protección y defensa fue concebido.

El Leviatán instituye un orden artificial como una segunda naturaleza más fuerte y más grande. El Leviatán es el artificio a través del cual se gobierna la vida como una máquina más compleja. Con el arte se crea ese gran Leviatán. En él, la soberanía es un alma artificial que da vida y movimiento a todos los cuerpos. “Los magistrados y los demás oficiales judiciales ejecutivos son las uniones (...) son los nervios que cumplen la misma función en el organismo del hombre natural”. “El Leviatán, por tanto, es el Estado persona, un hombre artificial en el que se hace legítima la representación de todos los que lo hacen posible, pues a través de ellos los hombre pueden dar voz a los propios intereses y necesidades en la dimensión de la política”. La política tiene el deber de conservar



la vida, es el gran artificio a través del cual los hombres se representan a sí mismos en una dimensión distinta de la natural. El concepto de representación como “artificio” que permite salvar la vida de la multitud diferenciada de los individuos en su “igual desigualdad”. Como escribe Franca Papa, “el horizonte de la guerra pasa así conscientemente a formar parte integrante del destino del mundo moderno juntamente con el advenimiento de la igualdad”. Los hombres son iguales porque se reconocen iguales en el ilimitado deseo de posesión de la *res*. Pero el conflicto que introduce en la vida social el “tiempo de la guerra” también lleva consigo un peligro mortal. La muerte se representa como derrota o como victoria de la fuerza de uno sobre otro: como ninguna ley natural obliga ya a perseguir el “bien común”, sólo un nuevo “orden artificial” puede crear las condiciones de la convivencia civil.

Es precisamente *la regla de juego* la nueva norma que *salva la vida*, es decir, que hace imposible que la vida y la muerte se conviertan en la instancia extrema del conflicto entre los hombres. La regla de juego impide que el juego se dispare hasta la supresión del adversario. *Transformar el conflicto en juego*, sustituir la fuerza por la autoridad del Estado, significa poner a salvo la vida, construir un orden artificial que permita transformar la guerra civil en dialéctica ordenada de los “intereses representados”. “El Estado interioriza la guerra en su mismo núcleo central” y la “normaliza” dictando reglas que impiden poner la vida misma como objeto reivindicable, como apuesta en el juego. Ganar o perder no significa ya ganar o perder la vida. Pero vida y muerte en adelante estarán directamente inmersas en el circuito de la relación entre los hombres, han entrado bajo el dominio de la voluntad de poder: ningún hado, ningún destino, ninguna ley natural puede ya dar cuenta del vivir y del morir. La vida del cuerpo y su descomposición han caído por completo en el interior de la voluntad de poder, y poco es el espacio, la distancia que separa al conflicto de la guerra.

Es Kant quien consigue identificar *el espacio dentro del cual el juego puede ser jugado* sin convertirse en guerra mortal: este espacio es el mercado. La relación fundamental entre los sujetos propietarios pasa a ser (como subraya Franca Papa) el mercado. “La existencia del intercambio entre los sujetos crea el espacio para un sistema de comunicación pacífica entre actores que son igualados por el mismo mecanismo de la circulación”. En el mercado el conflicto está

verdaderamente representado por un sistema de relaciones en el que la regla de juego nunca permite poner en cuestión la vida. *La autonomía de los económico es el espacio que permite establecer una tregua* entre el ilimitado deseo del individuo y la instancia de la convivencia civil.

Todo esto llega mediante una *decisión* que, institucionalizando el mercado, abarca por completo el área del conflicto y a su vez hace posible la autonomización de la política; una decisión que hace posible el desdoblamiento constitutivo de la modernidad, su desenvolverse en dos campos separados: *el campo de la economía*, en el que los hombres se presentan egoístamente contrapuestos en la búsqueda de la máxima realización de sus propias necesidades, y *el campo de la política*, en la que se reencuentran unidos en la prosecución del interés general de la consagración de la vida. El Estado y la política se autonomizan cada vez más de la sociedad civil, de la sociedad del mercado. El Estado de Kant, el poder público al que corresponde conservar la paz, es “un poder que puede castigar sin ser castigado”, que en virtud de su propia fuerza se enfrenta a los individuos en conflicto. “Es un Estado que precisamente por esto no media, no resuelve y no hace frente a los conflictos, sino que se sitúa en el exterior, que trae de sí mismo su propia razón de ser”.

En la concepción kantiana, el Estado se constituye justamente como una posibilidad —realizada gracias a las instituciones— de trasladar fuera del horizonte social el problema de la muerte y el despliegue del conflicto mortal. Como dice Inmanuel Kant, “el pacto de fundación de una constitución civil es de naturaleza tan especial que si en cuanto a su realización tiene mucho en común con cualquier otro pacto, por el principio de su fundamentación se distingue esencialmente de cualquier otro”; es contra la visión del contrato social, del que Hobbes hacía derivar la legitimación del Leviatán, como Kant construye su concepción arquetípica del pacto como necesidad lógica y al mismo tiempo trascendental de poner fin a la discordia permanente entre los hombres.

En definitiva, Kant asume hasta el final la irresolubilidad de la contradicción característica del individuo moderno, la que él llamaba natural “insociable sociabilidad”, la contextualidad del conflicto y de la socialización. “Entiendo aquí con el nombre de antagonismo

la insociable sociabilidad de los hombres, es decir, su tendencia a unirse en sociedad juntamente con una general aversión que amenaza continuamente con desunir a esta sociedad". Precisamente por esto el Estado de Kant no puede ser más que una reglamentación del conflicto. Una modalidad de organización de la fuerza conflictiva ínsita en la naturaleza humana. Los sujetos no son mediados, sino incardinados en un mecanismo externo de equilibrio estable de la recíproca aversión permanente (Papa).

La aceptación explícita del dualismo nunca ha sido más limpia y clara que en la construcción kantiana, y nunca ha sido más evidente que todo el edificio de la moderna organización social y de la moderna concepción del derecho como regla de juego se basa en (y expresa) una contradicción irresoluble.

El deseo ilimitado y su potencia destructora, juntamente con la necesidad de llegar a pensar un orden que permanezca más allá de la vida: la idea de una *libertad* que ya no está vinculada por una ley puesta por una autoridad divina o por un soberano investido por una legitimación superior, y la angustia de que esta libertad pueda llevar a la disolución y la disipación de la vida misma. El conflicto está en manos de los hombres y el Estado kantiano no consigue mediarlo. La regla de juego establece el campo, define los límites, las modalidades del uso de la fuerza. Pero bajo el *conflicto reducido a juego del mercado* reaparece siempre el antagonismo radical, la enemistad que contrapone un hombre a otro hombre, una clase a otra clase.

La institución del mercado no consigue exorcizar el problema de la desigualdad de las fortunas. El enfrentamiento entre capital y trabajo, la contradicción originaria, el dualismo imposible de suturar toma la forma del conflicto social, se insinúa en la forma de la contradicción. Espartaco es posible en la sociedad esclavista; la revuelta campesina en la sociedad feudal; el conflicto entre burguesía y proletariado en la sociedad capitalista. Karl Marx verá con aguda penetración cómo la lucha entre las clases se desarrolla dentro del conflicto entre libertad y voluntad de poseer y cómo a su vez determina su forma y sus contradicciones específicas.

Lo que interesa aquí, sin embargo, es apreciar la cadencia y los desarrollos internos de los movimientos estratégicos que el pensa-

miento moderno viene asumiendo frente al problema de la relación entre libertad/conflicto y orden/paz social, entre esfera pública y esfera privada. El *Estado* de derecho, el Estado basado en la fuerza legítima que impone el respeto de las reglas de juego negándose a mediar, está destinado a ser *impotente* frente al choque que se abre en el corazón de la sociedad.

### III. LA ESTRUCTURA CONTRADICTORIA DEL DERECHO MODERNO Y EL PRINCIPIO DEMOCRATICO

El Estado de derecho no consigue neutralizar la voluntad de poder evocada por el mismo “artificio” sobre el que se sostiene.

Para comprender a fondo el alcance de esta “paradoja” es necesario detenerse más analíticamente en los elementos contradictorios que caracterizan desde su inicio la estructura del derecho moderno y de la teoría que mejor capta sus íntimas conexiones con las estructuras materiales de la sociedad: el *formalismo jurídico* (el auténtico heredero de la fundamentación kantiana del estado de derecho).

El formalismo jurídico, así como la idea de un tratamiento normativo igualitario de todos los ciudadanos, no es en realidad la manifestación de una ilustración universal de la conciencia en la coyuntura histórica del 89, sino una gran estrategia de la neutralización de la guerra civil y del conflicto político que va unida a la personalización del poder que caracterizaba las anteriores estructuras sociales.

Con el Estado de derecho, el poder se despersonaliza y sustituye el gobierno de los hombres por el “gobierno de las leyes”. La esfera política se separa de la esfera económica y se convierte en esfera autónoma y limitada que tiene frente a sí a la sociedad civil y a los derechos de los ciudadanos. La afirmación de la igualdad formal representa el gran expediente, o mejor, el *gran artificio* con el que la burguesía, después de haber ganado la revolución, renuncia a una toma directa del poder. No aparece como clase política, sino como mera entidad económica ligada a las formas jurídicas por un nexo contingente, de la misma forma que lo están las otras clases económicas.

El poder burgués capitalista no aparece, pues, en el orden formal que viene instituido por la igualdad de derechos. Es un “puro hecho” porque ya no hay jerarquías formales de poder ni poderes que se antepongan a

y prescindan de la ley soberana. Tampoco el control social viene formalizado más que a través de las instituciones que se ocupan de la observancia de las leyes.

Sin embargo, esta despersonalización se da en la forma, pero no en la sustancia; tan es así que uno de los más grandes teóricos del Estado de derecho y de la igualdad formal afirma explícitamente que la igualdad formal puede perfectamente coexistir con la desigualdad de las fortunas (Kant). Bajo este perfil, la igualdad formal representa la institución de un gran orden artificial, sustitutivo integral del anterior orden fundamentado en la presunta naturalidad de la organización jerárquico-feudal, y establece por primera vez la articulación de las distintas esferas en que se diferencian las relaciones sociales, la *esfera de la política* y la *esfera de la economía* (confiando su autonomía recíproca a la comprensividad de la forma jurídica que se plantea, precisamente, como forma general de las relaciones posibles entre los ciudadanos).

La misma *autonomía de lo político* que parece afirmarse con especial importancia en esta fase, es posible y pensable dentro de la forma del derecho moderno, dentro de las reglas abstractas y los procedimientos formalizados que delimitan los modos y los contenidos y los espacios del hacer político. Sin el formalismo jurídico de la igualdad *en droit*, política, economía y sociedad volverían a confundirse en una única relación social y cualquier conflicto acabaría asumiendo toda la gama y todo el campo de las relaciones humanas. Lo jurídico articula las diferenciaciones funcionales de las diversas esferas, justo porque la igualdad formal permite situar la ley por encima de todo, confiar la esfera económica a la autonomía de su cálculo, y definir el campo de la política como el campo del gobierno del Estado.

La paradoja de esta nueva formalización de la sociedad moderna es, sin embargo, que el derecho al que corresponde el primado y la tarea de regular los diversos ámbitos impidiendo que sean invadidos por el conflicto, a su vez está sostenido nada más que por una *Grundnorm*, como la llama Kelsen, es decir, por una pura hipótesis (“tratemos a los hombres como si fueran iguales”) o por un “hecho constituyente” irreductible al orden que luego se instaura. Como la forma de la igualdad *en droit* se sostiene sobre un artificio, como no tiene a sus espaldas nada más que la *contingencia* del hecho o de la hipótesis, en la práctica aquella queda a merced de la *sustancia* que aleja de sí.

La despersonalización, pues, se da en la forma, pero no en la sustancia, ya que en la sustancia la contingencia que sostiene al artificio de la igualdad *en droit* o es un hecho o es, más brutalmente, la revolución política que establece el artificio. En última instancia, *la política* que se ha retirado en una esfera autónoma *tiene a su disposición el orden jurídico* y puede incluso suspenderlo y deformarlo.

La *gran paradoja del 89* es esta precisamente: La forma que la igualdad *en droit* pone en escena, como fue lucidamente comprendido por el máximo exponente del formalismo y del normativismo, Hans Kelsen, es ya una forma débil porque ha abandonado, y no podía ser de otra manera, todo arraigo en el derecho natural. La forma del formalismo del derecho no es ya ni puede serlo la forma-sustancia de la época clásica (que expresa el bien, la verdad y la belleza), es una forma técnica basada en una decisión, en la decisión política constituyente (que es puesta fuera como *Grundnorm*), y por tanto siempre está a merced de los cambios de aquella *decisión* y de quien de hecho la puede tomar.

Si se olvida este origen, esta trama singular de forma débil e igualdad formal, de su carácter artificial y de su dependencia de una contingencia no expresable, el *formalismo jurídico* corre el riesgo de convertirse en *la metafísica de la conservación del estado existente*, realizando una impropia metamorfosis del *artificio* en una especie de *naturaleza eterna*. Es verdad que la igualdad formal elimina la visibilidad social en el sentido de la jerarquía formal ordenada a un poder personalizado y reduce la disparidad de poderes a pura contingencia, a mero acaecer interno a la forma que parece capaz de contenerla sin límites, pero precisamente por eso la forma jurídica tienden a conservar y a reproducir continuamente la disparidad de poderes. La autonomía de lo político delimitada por el formalismo jurídico que debía establecer sus confines en relación con los derechos intangibles de los individuos, es en última instancia el triunfo “innominado” de la política, la definitiva toma de posesión de la forma jurídica por parte de una política que ha llegado al punto extremo de tener que neutralizarse continuamente para presentarse en la forma del precepto jurídico. La paradoja (como también se ha dicho recientemente) de una despolitización del conflicto que se realiza a través de un exceso de política. Una especie de decisión última.

Reducido el *derecho a técnica* de tratamiento igual, homólogo y homólogo, ya está marcado su destino de instrumento del “poder invisible” que aparentemente se organiza en la esfera separada de la política.

Tal afirmación es doblemente verificable en el plano de la experiencia histórica. De un lado, en el deslizamiento del formalismo jurídico de la igualdad *en droit* hacia el mero principio de pura legalidad (lo que significa poner todo en manos del poder legislativo con la posibilidad incluso de leyes excepcionales que parecen destruir al propio formalismo o al menos reducirlo a pura positividad del derecho); de otro, en el intento consciente de superar el formalismo del Estado de derecho en el moderno *constitucionalismo* que, yendo más allá de la estructura del legalismo positivo (y por tanto de la delegación de todo el poder en la fuente legislativa), ha intentado poner límites infranqueables incluso al mismo gobierno de las leyes (el supergarantismo de las constituciones modernas es un intento de superar la intrínseca debilidad de las formas jurídicas de la igualdad).

Sin embargo, la experiencia de los últimos decenios nos dice también que las Constituciones no bastan si no están sostenidas por una continua movilización democrática y por la construcción de nuevas estructuras de poder arraigadas en la sociedad y capaces de realizar un control extenso. Es curioso que precisamente ahora los juristas parezcan olvidar no sólo la gran lección en ciertos sentidos trágica de Carl Schmitt, sino también lo que escribió, inmediatamente después de la segunda guerra mundial, Piero Calamandrei sobre la vía legal de la ilegalidad fascista, y Alessandro Baratta sobre la posibilidad ambigua del positivismo en relación con la legislación excepcional del nazismo en el campo del derecho penal. La tecnicidad del formalismo en realidad está desarmada frente a la continua deformación de la legislación de emergencia, de la misma forma que todo el formalismo jurídico es continuamente desfigurado por la laminación de la autonomía de la esfera jurídica en el cálculo económico de costes y beneficios o en el funcionalismo sistémico (por lo demás, Luhmann lo ha escrito con todas las letras al afirmar que el derecho moderno responde esencialmente a una estrategia oportunista que es absolutamente contingente, convencional y mudable y que los mismos derechos fundamentales son una mera regulación de los límites entre esferas de poder que siempre pueden saltárselos). El artificio de la igualdad *en droit* se ha tomado por lo que es, no tiene la fuerza de contestar validamente a la vocación totalitaria de la política, a su pretensión de invadir todos los campos, también porque inevitablemente termina ocultando su sede y, como suele decirse, *el nombre del que decide*. El apolítico que cree poder quedarse fuera en la esfera de su *indecible privacidad* y que quiere sustraerse a la garra de la política, en realidad está desarmado y neutralizado por la singular omnipotencia del artificio jurídico que,

paradójicamente, gracias a su misma debilidad y a su aparente convencionalidad, acaba siendo legitimado para legislar sobre todas las cuestiones de la vida y de la muerte, como demuestran las tendencias más recientes en este campo.

En la práctica, el formalismo jurídico, cuando como es inevitable se convierte en puro legalismo positivo, está destinado a ser el garante *a senso único* de las relaciones de fuerza marcadas por la mescolanza de poder económico y de poder político que caracteriza al capitalismo maduro y el poder social de la gran empresa que ya ha incluido en su funcionamiento no sólo al mercado, sino también al saber y a la ciencia aplicada. La verdad es que el derecho no está en condiciones de defenderse a sí mismo, y resulta verdaderamente extraño que la sociedad moderna, para defender su ausencia de fe, se vea obligada a confiar en una autoridad externa que, parapetada tras la igualdad jurídica y el positivismo legalista, nunca llega ser discutida en cuanto tal.

Sobre la base de estas consideraciones debería resultar ya evidente la razón por la que consideramos ambigua la ecuación que se establece entre Estado de derecho y democracia.

En realidad, no hay continuidad entre el formalismo jurídico del *Estado de derecho*, el principio del legalismo positivo, y la *democracia*, como tampoco hay continuidad ni pacto de solidaridad entre capitalismo y democracia. La *democracia* no es en efecto asimilable a la forma liberal del derecho igual, a la forma liberal-democrática: es mucho más que una forma débil o una técnica procedimental. No por casualidad Tocqueville en una carta del 16 de mayo de 1858 se pregunta dramáticamente de dónde procede el carácter desmesurado, radical, audaz, casi enloquecido y sin embargo poderoso y eficaz de los revolucionarios del 89. De dónde procede esta nueva raza, quién la ha producido, quién la ha hecho eficaz y la perpetúa. En la Revolución francesa hay algo de inexplicable en su espíritu y en sus actos, yo siento —continúa Tocqueville— qué es lo que desconozco, pero no consigo quitar el velo que lo esconde. *Este objeto desconocido es la democracia*, que es la única posible verdad en nombre de la cual se puede continuamente *poner en discusión la decisión que sostiene al artificio*, alcanzar de nuevo *el lugar del que decide*. La democracia es en este sentido *la memoria auténtica de la historicidad y contingencia de las leyes humanas*. Es ese proceso extraordinario por el cual las sociedades modernas pueden asumir por completo *la responsabilidad del propio orden*. Como ha escrito recientemente Alain Caillé,



“durante miles de años las sociedades humanas creyeron que habían sido producidas por dioses o sostenidas por antepasados divinizados. Las sociedades modernas creer ser hijas de la necesidad económica. Puede que se acerque el tiempo en el que finalmente veamos las cosas como son, órdenes muy humanos que no derivan de otra ley o necesidad que no sean las que ellos mismos se dan”.

Este tiempo sólo puede ser el tiempo de la democracia, que no es el tiempo de la forma jurídica cristalizada en la igualdad *en droit*, sino el tiempo de la posibilidad incontestable de llegar a alcanzar el lugar del que decide.

Por esto, como se ha afirmado, cabe decir que *la democracia es un valor*, sin por ello recaer en un retorno inesperado e inadmisibles a los fundamentos iusnaturalistas de los derechos del hombre. La democracia es un valor porque en el mundo de la ausencia de fundamento y del artificio *realiza el derecho mínimo de cada uno de poder decidir el sentido de la propia historicidad*. Pero justamente por esto *la democracia es inseparable del conflicto*: es el retorno continuo de la contradicción y del carácter paradójico de la política moderna, de su vocación por el exceso y de la necesidad de su permanente neutralización.

El conflicto que estructura la democracia arrastra consigo, inevitablemente, el valor de la convivencia, porque ésta consiste en la posibilidad de un orden infundado y por tanto un orden que se hace cargo de la pluralidad de las razones, de la posibilidad de que una gane y la otra pierda, sin por ello ser definitivamente negada. La democracia confía a sí misma la decisión de dejar fuera del conflicto los puntos no negociables, los que pertenecen a la supervivencia de las razones plurales. Por eso la democracia es también el antídoto a la apariencia de despolitización tecnológica que parece dominar la fase actual del orden sistémico, y el único obstáculo a la teología económica del éxito y del crecimiento ilimitado. En estos términos, la democracia no está necesariamente ligada a la economía de mercado y a la forma capitalista de la producción, al contrario ayuda a desvelar su carácter histórico y contingente.

Como también dice *Alain Caillé*, la sujeción a la escasez material no es el destino de toda la humanidad desde sus orígenes. La teoría de los sujetos económicos y de los órdenes económicos racionales es autodestructiva porque es puramente tautológica. El cálculo económico permite medir una rentabilidad, pero en ningún caso una pura productividad física y social porque el orden económico mercantil nunca puede ser absolutamente universal, pese a pretenderlo.

En consecuencia, la afirmación de que la expresión “superación del capitalismo” es primitiva e inculta, tiene el mismo valor científico que la afirmación opuesta según la cual el capitalismo es imposible de trascender. Como *tampoco tiene ningún valor científico* la afirmación de que sólo la economía capitalista de mercado puede garantizar la democracia y el pluralismo. La experiencia histórica muestra cuán lábil es esta solidaridad.

Pero, por otra parte, tampoco el socialismo puede ser considerado una consecuencia lineal ni de las reglas del Estado de derecho ni del mero proceso democrático. Tanto porque hemos vivido la experiencia de la involución autoritaria y del encorsetamiento burocrático de los intentos de instauración de regímenes socialistas, como porque el socialismo es solamente una propuesta de distinta organización de las relaciones sociales de producción y distribución que debe ser decidida y compartida pero que no se puede deducir de ninguna premisa de hecho (esto es, no se trata ni de una evolución natural ni de una evidencia lógica).

La herencia del 89 hay que volver a buscarla en esta singular articulación de la democracia con la historicidad, de las opciones sobre los fines de las organizaciones sociales. Pero *la antropología del principio democrático todavía está por descubrir*.