

EL DERECHO FRATERO. IGUALDAD Y DIFERENCIA EN EL SISTEMA DE DERECHO*

Eligio RESTA

Universidad de Bari

RESUMEN

La legislación sobre la desigualdad se encuentra situada en el centro del conflicto entre la estrategia de promoción de los derechos humanos y las aspiraciones universalistas de los principios codificados. Es intención del autor trazar las paradojas que, desde su inicial contradicción, muestran los igualitarismos modernos. Para este propósito parte de la relación entre identidad y diferencia, indicando la progresiva diferenciación entre éticas de la Polis y el concepto moderno de Derecho o, lo que es lo mismo, entre las éticas de justicia y la práctica de la igualdad. Entonces el autor analiza el proceso dirigido desde el "derecho paternalista" al "derecho fraterno" donde la discusión sobre la inclusión/exclusión está abierta. La crítica del igualitarismo moderno que empieza desde aquí lleva a la revelación de una actitud "melancólica" hacia los derechos humanos que se convierte en el derecho a tener derechos. De este modo, la línea de pensamiento del autor, nos conduce finalmente a la alternativa entre la reciprocidad egoísta que caracteriza al modelo contractualista moderno y una positiva reciprocidad para cuya llegada tenemos que esperar, aunque sea desencantados.

ABSTRACT

Legislation on inequality has placed it in the centre of the conflict between the strategy of promotion of Human Rights and the universalist aspirations of codified principles. It is the author's aim to trace the paradoxes which, from this initial contradiction, modern egalitarianism shows. For this purpose he starts from the relation between identity and difference, indicating the progressive differentiation between the ethics of the Polis and "what modern people call law" or, what is the same, between the ethics of justice and the practice of equality. He then analyzes the process that led from the "paternal law" to the "fraternal law" where the discussion of inclusion/exclusion is opened. The criticism of modern egalitarianism which starts from there leads to the revelation of the "melancholic" attitude towards Human Rights which become the right to have rights. Thus, the author's train of thought leads finally to the alternative between the egotistic reciprocity which is characteristic for the modern contractualist model and a positive reciprocity for whose arrival we have to wait, even though disenchanting.

1. POR LEY, NO POR NATURALEZA

Cuando las grandes revoluciones burguesas del final del dieciocho inauguran la época de los "derechos" del ciudadano y dan inicio a la constitucionalización de los principios igualitarios, el concepto de igualdad, como se sabe, está ya sobrecargado de historia y de significados.

* Publicado en *Sociologia del Diritto* n° 3, 1991. Traducción de Mariano Maresca.

En su forma descarnada pero definitiva de presupuesto, de *Gesetz*, de condición necesaria de todas las demás leyes, en el hecho de presentarse como preámbulo de cualquier otra "carta" de los principios, como *incipit* de un *codex* que ha olvidado su origen (una corteza de árbol), la igualdad *en droit* condensa, tras su ropaje lingüístico, una larga historia (G. Tarello, 1976). Y sabemos, como nos recordaba Rodano, que la igualdad, una vez que ha hecho su entrada en la historia, difícilmente sale de ella. Puede mutar la forma, cambiar la semántica, puede ver cómo se transforman sus "espacios de experiencia" en "horizontes de expectativa", puede agotar su eficacia de instrumento de observación de la sociedad, pero mientras que tenga un nombre estará presente por doquier como una de las tematizaciones más o menos importantes de nuestra historia.

Pero son precisamente el cambio de semántica y la condensación de una larga historia de la sociedad -o de sus modos de representarla- lo que hacen que hoy sea todavía interesante la historia de la "juridificación" de la igualdad.

En primer lugar, porque se trata de un proceso de juridificación; o sea, porque el sistema jurídico se apropia, internaliza el tema de la igualdad, planteando problemas de variación de la comunicación entre los sistemas. La fórmula inadecuada y algo tautológica que la tradición jurídica ha usado es la de la "positivación" de los derechos naturales; fórmula que deja intactas las hipótesis explicativas de un fenómeno tan complejo. La pregunta que se plantea es la de cómo el entusiasmo revolucionario necesita condensar en proposiciones normativas los principios de que era portador. La exigencia de certeza, de visibilidad de las reglas, "de códigos claros que vayan de mano en mano" de que hablaba Beccaria, adelantada por los intérpretes de los movimientos revolucionarios y ritualmente repetida por los teóricos del derecho, resulta demasiado prisionera de los "motivos de la sospecha" atribuida a los actores del cambio contra las estrategias adversas. Se trata de una lectura "estratégica" tan extendida como tranquilizante, que ya algunos decenios más tarde la teoría social debía hacer suya para luego dejarla a un lado. Lo que una teoría de este tipo no explica es la insalvable contradicción entre la estrategia de la "positivación" de los derechos, que presupone antagonismos, conflictos, particularismos con forma de voluntades generales, y las pretensiones indudablemente universalistas de los principios codificados. Se insinúa aquí una dimensión "paradójica" del problema que intentaremos rastrear a través de algunas huellas y algunos márgenes que ninguna teoría jurídica o sociológica (del cambio) nunca pudo describir, encerradas en una óptica o demasiado interna o demasiado externa. Y sabemos que Dios está en el margen. En primer lugar, por tanto, es interesante echar todavía un vistazo a las codificaciones de la igualdad, porque se trata de tentativas de respuestas que la sociedad estaba experimentando ante la emergencia de sus propias paradojas.

En segundo lugar, porque con la codificación de la igualdad ante la ley, esto es, a través de una "prescripción", la sociedad se autodescribe como algo que no responde a y es diferente de aquel modelo regulativo. La igualdad es *nomos*, *ou physei*. El juego de igualdad/desigualdad, creado y entendido luego como problema del sistema social, se transfiere para ser mejor regulado, pero no resuelto, por un sistema parcial. Desde ese momento, un problema general de la sociedad hay que plantearse a un sistema particular, que deberá regular el todo siendo una parte del todo. La paradoja se insinúa también aquí: el derecho deberá, pero no podrá, asegurar la igualdad.

La primera respuesta al problema que ofrece la codificación jurídica es una sanción de la "naturalidad" -y no de la artificialidad- (*phisey ou nomo*) de la regla de la igualdad: basta el nacimiento para ser ciudadanos, y por tanto iguales. Lo cual equivale a decir, con un generoso pero inequívoco *ressentiment*, que no basta el nacimiento para ser titulares de los privilegios, como en la sociedad adscriptiva del *ancien régime* había "prescrito" la "tradición». Pero no hace falta mucho para que, una vez ocurrida la internalización dentro del sistema jurídico, los problemas vuelvan a aparecer con la forma de una complejidad enormemente superior. Cuando la igualdad por "naturaleza", por "nacimiento" se descubre como el nuevo lugar de la desigualdad, su regulación jurídica empieza a afectar al modelo. Para que cualquier desigualdad percibida por el sistema jurídico pueda ser regulada, para que la regulación tenga cada vez más autoridad pero al mismo tiempo sea universalista, para que los criterios normativos puedan sobrevivir en cuanto posibilidad abstracta de regulación, independientemente de las desilusiones que inevitablemente se producen, el derecho debe reivindicar una autonomía cada vez más fuerte, pero cada vez más artificial. La respuesta que el sistema jurídico empieza a preparar desde ese momento es un reajuste paradójico: gracias a la autonomía del derecho se produce siempre una saludable distancia entre la norma y la realidad, entre un país legal y un país real, entre un deber ser y un ser. Esta nueva diferencia se convierte en la óptica con la que observar el derecho que regula la igualdad: la distancia entre la norma y la realidad hay que mantenerla para seguir salvando el principio de igualdad, pero sobre todo para salvar la posibilidad misma de regulación, o sea, la autonomía del derecho. Tiene razón el viejo Hume cuando nos recuerda el sentido tanto de la falacia naturalista como de la normativa; la primera consiste en la identificación del deber ser con el ser, la segunda en la identificación del ser con el deber ser. Falacia que reaparece en todos los argumentos que se dan frente a una proposición normativa que, desde siempre, sigue volviendo a proponerse frente al principio jurídico de igualdad. De una parte, la observación de la existencia de desigualdades en la sociedad lleva a concluir que la norma jurídica que sanciona la igualdad es inútil, inefectiva, ideológica o mero *flatus vocis*. De otra, se niega la existencia de las desigualdades, o se las considera meros incidentes del camino, desde el momento en que existe la norma jurídica que afirma la igualdad. Estas actitudes argumentativas son también representaciones sociales muy extendidas, producidas por una observación de segundo grado en lo referente a la igualdad, alimentadas justamente por la existencia misma del principio jurídico y surgidas al mismo tiempo que la "positivación" del principio y, obviamente, supervivientes a ésta. Naturalmente, no se trata de meros incidentes del camino. Ya al poco tiempo de la entrada en vigor del *Code civil*, el precepto de la igualdad empezó a inquietar a la ciencia jurídica preocupada de interpretar el significado de este principio y al mismo tiempo de conservar la coherencia de todo el código. Nos damos cuenta de inmediato que los sujetos de la igualdad, ya en el mismo código, no eran todos los ciudadanos, sino sólo "el macho, adulto, mentalmente sano, preferiblemente casado". Los demás tenían poderes limitados o condicionados que reducían fuertemente la igualdad. "Administrar" este principio era una tarea imposible también para el eficiente aparato estatal napoleónico. Así, atribuyendo injustamente las culpas a los juristas que nunca abandonaban el incurable vicio de "interpretar", Napoleón afirmó que su código "estaba perdido", infravalorando a buen seguro la capacidad de un sistema como el jurídico -y de

una casta como la de los juristas- para redefinir continuamente las propias respuestas a los problemas y hacer cada vez menos insoportable la paradoja con la que estaban destinados a convivir (G. Teubner, 1990). Y no por poco tiempo ni, sobre todo, desde hacía poco; por lo menos, desde que la modernidad descubrió la capacidad de la propia *artificial reason* para regular y gobernar la *physis*.

Ahí está todo el proyecto moderno, en la capacidad de diseñar las que Wittgenstein, en el prefacio a las *Observaciones filosóficas*, definía como “formas típicamente constructivas” destinadas a marcar el *Fortschritt*, el inagotable *Imperativ des Wandels*, que es también la necesaria elección de una distancia progresiva respecto de todas las instancias “materiales”. Entre estas “formas”, una de las más típicamente constructivas, como la lectura weberiana nos enseña, es el derecho. Pero, como todas las otras, también la forma jurídica debe jugar con sus propias paradojas.

En tercer lugar -y se trata de un ulterior motivo de interés para la regulación jurídica- el derecho llega a apropiarse y a tematizar la igualdad después de la política y después de la ética. Está en buena compañía, pero lo que es necesario comprender es precisamente el camino de esta progresiva definición de confines y de relativa competencia entre los sistemas. A la igualdad como principio fundador del derecho moderno llegamos tras las conocidas elaboraciones milenarias del pensamiento occidental en torno al tema de la igualdad, que desde los relatos míticos encontró una gran sistematización en la *Ética* aristotélica primero y en la teoría política después, para atracar sólo al final en el lenguaje frío, notarial, de la ley de los códigos modernos, del que quizás está hoy a punto de salir.

Seguir estas pistas y descubrir las paradojas que desvelan, me parecen formas posibles de volver a discutir el problema “contemporáneo” de la igualdad, con todas sus novedades, pero también con todas sus persistencias. Y creo que en estas pistas y en estas paradojas está el espacio del observador “crítico” del que nos hablaba A. Pizzorno al final de su conferencia. La crítica de una forma está quizás en la identificación del juego de sus márgenes, de su querer huir, desde el principio, al conocido juego metafísico de la crítica de los “fundamentos”; juego comprometedor, inagotable, pero a menudo vacío.

2. LAS DIFERENCIAS COMUNES

Una de las “ficciones” de J.L. Borges nos sorprende contándonos que “Shakespeare se parecía al resto de los hombres, entre otras cosas en el hecho de que se parecía al resto de los hombres”. Foucault nos enseñó cómo Borges tenía el poder de sorprendernos: cada una de sus ficciones es capaz de hacernos sentir no la extrañeza, sino la cercanía, la familiaridad de los artificios con los que convivimos. En este caso, vuelve a poner en danza toda la teoría de la identidad y la diferencia. Shakespeare es como todos los demás hombres, pero lo que lo diferencia es parecerse a todos los demás hombres. Como en *Las ruinas circulares*, la identidad constituye la diferencia y la diferencia la identidad: todos los hombres son idénticos en el querer diferenciarse de los demás, para los cuales la única diferencia consiste en el hecho de no diferenciarse. La circularidad que se instaura no tiene solución. La identidad existe en cuanto reclama la diferencia y viceversa, la identidad “habita” en la diferencia, así como el espacio de la diferencia es el de la identidad. Se

trata de algo más que la “relacionalidad” de un concepto que no puede ser definido más que sobre la base de su referente opuesto; relacionalidad conocida por el lenguaje de las ciencias sociales, que trabajan constantemente, casi por definición, con *Relationsbegriffe* (paz/guerra, orden/desorden, marginalidad/centralidad, centro/periferia, desarrollo/subdesarrollo, etc.).

En un ensayo de 1957 dedicado, no por casualidad, al problema de *Identidad y diferencia*, M. Heidegger parte de la existencia de un área común a los dos conceptos (*Zusammengehörigkeit*) para llegar a poner de relieve una dimensión de pertenencia recíproca, de vínculo indispensable entre los dos términos (*Zueinander-gehörigkeit*). Acercamientos, connaturalizaciones continuos, indicados por un *eigem* (un “propio”, un “su”) contenido en el “evento” (*Ereignis*), viven de otros tantos continuos alejamientos, decisiones (*Austrag*). La identidad y la diferencia no sólo se representan dentro de un espacio común, sino que viven en la distancia más o menos reducida que el uno establece con respecto al otro; no pueden constituirse más que en este *zu ein ander*. Todo proceso de identidad se duplica dentro de la diferencia y se constituye gracias a ésta; la identidad es una diferencia entre identidad y diferencia. Tiene que ver constantemente, por una parte, con una representación; por otra, con una “forma” dentro de la cual describe lo suyo propio, el *eigen*.

“Forma” se usa aquí en el sentido indicado por G. Spencer Brown, como el efecto de una autodescripción de un sistema que elabora distinciones entre un dentro y un fuera, un interior y un exterior, codificando artificialmente la unidad del sistema respecto a sus propios límites. Trazar una forma, entonces, quiere decir señalar una distinción entre un “propio” y una diferencia; y esto por lo que se refiere tanto a los grandes sistemas funcionales como a los sistemas de la personalidad.

El intento de esta conferencia será ahondar en un particular aspecto de esta relación entre identidad y diferencia, que viene dado por el tema de la igualdad, y en una forma particular de esta relación como es la forma jurídica. Se trata obviamente de una forma particular, junto a tantas otras, como el politeísmo weberiano nos ha enseñado, pero que dentro del discurso de la modernidad asumió un papel central, al menos si nos atenemos a lo que el discurso de la modernidad muestra de sí mismo. Estoy de acuerdo con R. De Giorgi cuando afirma (1991, 33) que la igualdad jurídica, o mejor, la igualdad *en droit*, es el código mediante el cual la sociedad moderna se ha autoobservado y autodescrito. Pero quisiera, quizás nostálgicamente, discutir una vez más si este código se ha vuelto ya completamente inadecuado para una observación y una descripción de los problemas de la sociedad contemporánea. Esto puede ser, una vez más, una contribución de la reflexión sobre la igualdad a una teoría de la postmodernidad, pero que puede realizarse sólo con la condición de asumir todos los problemas que la tradición de la modernidad ha señalado.

3. LO QUE LOS MODERNOS LLAMAN DERECHO

Esa tradición se abre indicando la continuidad y la ruptura con respecto al mundo antiguo: “And this they will knew of old, who called that Nomos (that is to say Distribution) which we call Law; and defined Justice, by distribution to every man his own”.

Así, en el *Leviatán*, 2, 24, T. Hobbes, no por casualidad traductor de Tucídides, indica la dimensión del sentido del derecho moderno: lo que nosotros llamamos derecho (pero también ley, *Law*) es el antiguo *Nomos*, o sea, la “distribución”, el “reparto” de un botín, de una presa, de tierras conquistadas. El *Nomos der Erde* (Schmitt) encuentra una indiferenciación muy significativa entre la “violencia” de la distribución y la regulación de la comunidad, entre las *Entscheidungen* (decisiones, repartos de la presa) y el derecho. El *nomos* de esta “práctica”, y el reparto entre iguales y en partes iguales (“iso-nomía”) nos sugiere una dimensión de indiferenciación. El problema de la justicia interviene en cuanto la práctica del *nomos* no es referible ya a lo indiferenciado. Quién es *every man* y qué significa *his own* es un problema que puede emerger sólo desde la percepción de una diferencia y que exige una respuesta distinta: la justicia del *nomos* nace como problema cuando ya no es suficiente la iso-nomía, y no sólo, como siempre han sugerido los economistas, cuando los recursos se vuelven escasos, sino cuando los criterios muestran una inadecuación respecto a las diferencias que se instauran. Así, decidir qué quiere decir *every man*, o sea, la igualdad entre quiénes, y *his own*, igualdad en qué, ya no es tema del *nomos*, sino tema de la justicia. La ética de la ciudad será la que sustituya a *dike*, la que describa e interprete sus “designios” en un primer momento, y la que luego “escriba” y transmita los principios (E. Havelock, 1981; M. Finley, 1983; M. Vegetti, 1989). Y es la discusión sobre la justicia la que, diferenciándose de la “práctica” del *nomos*, es decir, describiendo una forma propia, multiplica y reproduce toda la complejidad de aquel núcleo originario de sentido.

Y es significativo cómo un antihobbesiano como E. Canetti habla de la justicia en términos casi hobbesianos: “El problema de la justicia es tan antiguo como el del reparto. Cada vez que los hombres han ido juntos a cazar, después se ha llegado a un reparto. En la muta habían sido una sola cosa, en el reparto debían separarse. La disciplina de esta división es la primera ley. Hasta nuestros días, es la ley más importante y en cuanto tal ha permanecido como la efectiva reivindicación de todos los movimientos que se preocupan sobre todo de la colectividad humana y de los seres humanos” (*Masa y poder*, 1981, 226). La muta de crecimiento, dice Canetti, está en el origen de la *Hybris* de la producción moderna, tanto en su modelo capitalista como en el socialista, tanto en las teorías individualistas como en las colectivistas. Que todo esto haya sido dictado por la nostalgia de la unidad, de lo indiferenciado, para decirlo con R. Girard (1983), o responda quizás a la descripción neutra de una metamorfosis, poco importa aquí. Es la justicia de la distribución la que da una razón de ser al *nomos*. *Entitlements* y *Provisions* originariamente coincidían.

Pero entre la ética de la *polis* que se apropia del tema de la justicia de la distribución y “lo que los modernos llaman derecho” interviene otra diferencia más decisiva aún, la que hay entre ética y *polis*. Diferencia que marcará para siempre todos los discursos modernos sobre la igualdad y que seguirá la línea de las separaciones cada vez más nítidas entre la ética de la justicia y la práctica de la igualdad.

Cuando la modernidad da comienzo a sus relatos, hay que mirar, más que a la celebración del derecho y la política, a la decadencia de la vieja ética en la que la igualdad estaba confundida en el proyecto de una justicia entendida como “virtud”, animada por la *philia* y practicada mediante la *phronesis*. Las diferencias irrumpen bajo las formas más

diversas e incluso la “virtud fría” de la justicia se convierte en objeto de conflicto. Se descompone su sentido unitario, como Hume describirá más tarde, y los sistemas normativos pierden su propia referencia a la *eudaimonia* del género humano concentrado en la comunidad de la *polis*. La justicia no es ya orientable hacia un fin seguro y unitario: “de qué tipo sea este género humano feliz, libre o racional”, sugiere A. Heller (1990, 18), comienza a depender exclusivamente de una decisión, con todos sus riesgos y su carencia de fundamentación. Y de este nuevo juego de la decisión arranca el relato moderno de la igualdad.

Sobre el fondo de una teoría de las pasiones, como es la gran reflexión hobbesiana, la novena ley de la naturaleza nos conduce a una inesperada proximidad entre la necesidad de la igualdad y el sentimiento del orgullo: “...en la condición de mera naturaleza... todos los hombres son iguales. La desigualdad que ahora existe ha sido introducida por las leyes civiles. Sé que Aristóteles, en el primer libro de su Política, y como fundamento de su doctrina, considera a algunos hombres más dignos por naturaleza de gobernar,... a otros más dignos de servir... como si amos y siervos no fueran instituidos por el consentimiento de los hombres sino por la diferencia de ingenio, lo que es no sólo contrario a razón sino también contrario a experiencia, pues hay muy pocos tan necios como para no preferir gobernarse a sí mismos que ser gobernados por otros... Por tanto, si la naturaleza ha hecho a los hombres iguales, esa igualdad debe ser reconocida, y aunque la naturaleza haya hecho a los hombres desiguales, dado que los hombres, que se consideran iguales, no aceptarán condiciones de paz sino en términos de igualdad, dicha igualdad debe ser admitida. En consecuencia, como novena ley de naturaleza pongo ésta: *que todo hombre reconozca a los demás como sus iguales por naturaleza*. La violación de este precepto es orgullo.” (*Leviathan*, I, 15).

La *philia* es un recuerdo lejano y la alteridad es verdaderamente tal: tema hobbesiano el del reconocimiento del otro, no solamente estratégico ni paramétrico (A. Pizzorno, 1990), sino que es un reconocimiento que vive de la inquietud y la *ananche*. La igualdad o es por naturaleza o es por necesidad: ésta es la nueva semántica de la igualdad que el pensamiento moderno va descubriendo. Como la desigualdad (entre siervo y amo) es fruto de artificios (el consenso de los hombres), así también la igualdad “debe” ser. Es menos importante que los hombres sean iguales que el hecho de que se consideren iguales. El deber ser no deriva de deducciones trascendentales, sino de la más contingente “necesidad”: entrar en un estado de paz, interrumpir la guerra. El sentido de la igualdad está todo él en esta necesidad de poner fin no a las desigualdades —éste es el problema— sino a una simetría trágica, destructiva, de los poderes en lucha. La igualdad es diferente de la simetría de las envidias, pero también es su antídoto, su *pharmakon*. E igualdad significa tanto igual renuncia a ciertos derechos naturales (la libertad de hacer indiscriminadamente todo) como igual conservación de derechos como “el gobierno del propio cuerpo, disfrutar del aire, del agua, del movimiento, de la posibilidad de trasladarse de un lugar a otro y de todas las otras cosas sin las cuales no se puede vivir, o no se puede vivir bien”; y entre estos derechos a la *self-preservation* no puede olvidarse el singular derecho a la fuga en guerra, que, como se sabe, viene caracterizando a algunos movimientos contemporáneos que practican formas de protesta mediante la deserción (*exit* a lo Hirschman). Frente a la inderogable sanción de la igualdad, el papel clásico de la equidad

(las reglas de la justicia distributiva) parece casi subalterno; el reconocimiento del otro como igual a sí es el presupuesto fundamental de la equidad y, más en general, del único orden social posible.

El referente de la igualdad se ha trasladado desde la justicia y la ética de la virtud a la antropología de la inquietud, desde el *sensus communis* de la *philia* al juego de la necesidad, desde la *koinomía* al individuo que pone en juego todas sus pasiones, sus temores y, quizás, sus cálculos racionales. En una historia inquieta “que hay que observar desde lo alto de la montaña del diablo” (Behemoth), el nuevo problema que la teoría se encuentra delante y que por primera vez tematiza es el de “cómo es posible el orden social”. Frente a la caída de la ética de la virtud y los señuelos de la vieja teología, en el escenario trágico ofrecido por el *theatrum publicum europaeum* atravesado por guerras civiles y religiosas, la respuesta fuerte que se insinúa en la reflexión teórica es la de una refundación política que se diferencie de la ética y sustituya a la vieja teología. En el ámbito de los debates sobre la guerra justa es donde se renueva la prohibición formulada por los políticos y los juristas para los teólogos: *Silete theologi in munere alieno!*

Sustitución pero no cancelación del fundamento teológico: la nueva política se lo apropia por completo y acumula todos sus esfuerzos en la legitimación nueva, laica del poder de un soberano que pacifique, gracias a una idea conscientemente artificial del contrato social. La vieja legitimación divina del soberano (el cuerpo divino del rey) es sustituida por una legitimación laica, contractualista de hombres iguales. El contractualismo moderno no puede prescindir de la igualdad de los ciudadanos para fundamentar un *pactum subiectionis*, gracias al cual cada uno renuncia de manera igual a cuotas originarias de violencia que se invierten colectivamente en la única violencia permitida, que es la del soberano. El pacto horizontal que cada uno estipula con todos los demás está encaminado a constituir una “diferencia” en la figura del soberano que, sobre la base del *pactum dominii*, pueda utilizar legítimamente la violencia para evitar la violencia, amenazar con la guerra para evitar la guerra. Es decir, podrá interrumpir la mimesis ejercitando una “ambigua diferencia” (también aquí funciona la idea del *pharmakon*). Precisamente porque el pacto es entre hombres y la política abandona la vieja teología en favor de un fundamento laico, el soberano empieza a vivir una existencia ambigua: nace del conflicto de la sociedad, pero se diferencia de ella, su violencia es la misma pero también la misma que la violencia de los ciudadanos. Es contendiente, pero también *tertius* y su decisión, para ser legítima, debe ser eficazmente “válida”. Está vinculado por el *pactum*, pero también está *ab-solutus* respecto de él. Se va insinuando aquí silenciosamente la paradoja: para que la diferencia del soberano no sea excesivamente insoportable respecto de la igualdad de los ciudadanos que intervienen en el pacto de la sociedad, la teoría del siglo XVII debe cancelar los contenidos antropomórficos del soberano y representarlo como *horologium*, *machina*, *automaton*. Que el origen del positivismo jurídico resulte luego estar aquí, es otro tema.

4. EL RIESGO DE LA SOBERANÍA

Bajo los ropajes del iusnaturalismo, la igualdad se instaura de manera estable en el código del sistema político y, aunque cambiando de forma, ahí permanecerá por mucho

tiempo. Pero su entrada fue dictada por la contingencia y por la necesidad y será tarea de las teorías posteriores darle una forma más racionalista; pero sobre todo su exordio es ambiguo y paradójico. Su afirmación está en función de la legitimación del ejercicio del poder de gobierno del soberano, de la misma forma que es indirectamente reconocida para justificar la no igualdad del soberano. El código igual/desimal no es todavía interior al sistema social, sino que aparece dividido entre sistema social y sistema político. En la relación simétrica de los individuos que continúan e intercambian recíprocamente, vale el mecanismo del pacto entre iguales; en la relación entre individuos y soberanía valen relaciones disimétricas. La trascendencia necesaria del poder del soberano debe vivir aún en una manifiesta forma de desigualdad.

De esta forma, la imaginación de la sociedad que se autodescribe mediante el código de la igualdad aparece escindida. De una parte, la sociedad de los individuos que intercambian está regida por la simetría de las relaciones igualitarias (hermanos, amigos, enemigos) y es una sociedad de iguales, en la que la diversidad por nacimiento empieza a aparecer como un mero incidente y un obstáculo a la ampliación del intercambio, como el sistema económico en vías de autonomizarse empieza a sugerir (K. Polanyi, 1974). De otra parte, la sociedad de la esfera pública sigue estando marcada por la desigualdad de las relaciones de subordinación entre gobernantes y gobernados; desigualdad que sucesivas versiones del "pacto" tenderán a reducir, pero que no llegarán a eliminar. Aún cuando se percibe como un problema, es simultáneamente resuelta con actitudes "manieristas" (R. Schnur, 1979), como el arte del secreto, una *sprachliche Doppelleben*, una separación entre público y privado que, sin embargo, se limita a reivindicar solamente la consciencia del hecho de que "el soberano no puede mandar en las conciencias", pero encerrándose en la "conciencia" y, por tanto, sin poner en discusión las relaciones de soberanía. Como mucho, se propondrán derogaciones específicas de este principio que, no por casualidad, se referirán a la esfera propietaria de los individuos. Ya en los orígenes del contractualismo moderno, precisamente en los teóricos del absolutismo, la desigualdad entre soberano y súbdito está mitigada por un derecho del súbdito propietario a oponerse a una "injusta" -en el sentido de excesiva, todavía no en el sentido de antinatural- ingerencia del soberano (Bodin). El mismo Hobbes habla de una esfera de los ciudadanos libre del poder de gobierno del soberano, que es la esfera de los negocios. Más tarde, será Locke quien defina la propiedad como un derecho natural, inaugurando la teoría del sujeto de derecho libre e igual en cuanto propietario, que encontrará distintas confirmaciones, desde el racionalismo francés de Domat y Pothier a la teoría hegeliana y al evolucionismo spenceriano (N. Bobbio, 1985; L. Dumont, 1984).

La diferencia de la diferenciación (entre relaciones sociales y relaciones políticas) es todavía soportable cuando en 1720 Vico afirma que "omnis societas omnino duplex, inaequalis et aequalis". Pero sigue siéndolo aún durante todo el tiempo que el código de la desigualdad se confunde con el de la subordinación; no es todavía el momento del vuelco de la asimetría entre esclavo y amo. Algunos decenios antes de la revolución francesa, el mismo Voltaire lee la desigualdad como un problema exclusivamente de subordinación. En 1764, en la voz "Igualdad" del diccionario filosófico, escribe: "todos los hombres serían necesariamente iguales, si no tuvieran necesidades. La miseria que va unida a nuestra especie subordina un hombre a otro hombre; la desigualdad no es la verdadera

desgracia, sino la dependencia. Importa poco que un hombre se llame Su Alteza o Su Santidad; es duro servir a uno o al otro... Fijaos bien que con estas bellas disposiciones es tan imposible que los hombres sean iguales como que... dos profesores (de teología) no estén celosos el uno del otro". Y a esto hay que añadir que en Voltaire desigualdad no es sinónimo de diversidad, con las connotaciones positivas que este término ha asumido en el lenguaje de los movimientos contemporáneos: el problema del pluralismo deberá esperar todavía para ser tematizado si en Rousseau, por ejemplo, incluso la pluralidad de las actitudes rectas es descrita como falta de univocidad de la teoría ética. En la *Nouvelle Eloïse*, el modelo de la rectitud es igualmente refinado en el caso del "fanático romántico", el "místico cristiano", el "descreído racional", el "estoico", la "persona común de buena posición", pero no se trata de una representación pluralista. Se trata, por el contrario, de una falta de certeza de la teoría. Por tanto, la desigualdad hay que identificarla en el ejercicio y en la forma misma del poder de gobierno. Precisamente la separación entre la identidad de los adherentes al pacto y la diferencia del soberano termina por convertirse en el tema exclusivo del fundamento contractualista del derecho moderno. La diferencia del soberano deberá ser en adelante, bien reducida a cero por una fuerza tiránica, bien compensada por el universalismo de sus decisiones (de sus leyes). La paradoja de la igualdad del derecho moderno se insinúa en este juego; de una parte, es el derecho el que tiene que ser justificado por la igualdad, de otra es la igualdad la que tiene que ser justificada por la existencia de un derecho. Ambos son al mismo tiempo presupuesto y resultado del otro. Por esta vía, la soberanía acumula posiciones de riesgo y de inestabilidad que ninguna época histórica ni ningún modelo político conseguirán reducir a cero. La razón deriva del hecho de que deberá representar y regular toda la sociedad siendo una parte del todo. Debe, pero no puede. Así su universalismo es al mismo tiempo una ilusión y una apuesta: una ilusión porque por esta vía nunca podrá serlo, y una apuesta porque en cualquier caso deberá tender al máximo de universalismo posible. Así, decidir la igualdad de todos en todo se convierte en un proyecto arriesgado solamente para el soberano.

5. EL DERECHO FRATERO

Apenas el déficit de universalismo se hace insuperable, como ya había previsto el constitucionalismo liberal, el "orgullo" hobbesiano del soberano se enfrenta peligrosamente a la fuerza insuperable en el *ressentiment*. No hay generosidad constitucional que valga, ni tampoco vale un proceso de redefinición desde dentro. El soberano no se ha transformado, como Hobbes pedía, en el simple regulador de la maquinaria; no ha perdido sus propios contenidos antropomórficos y por tanto sigue siendo sólo un individuo como los demás adherentes al pacto. La soberanía entra en el juego de la disputa y el *ressentiment* hace de éste uno de los lugares en que reafirmar el principio de igualdad de todos en todo. Y aparentemente gana.

En todo el gran relato de la modernidad esto se presenta, de forma demasiado entusiasta (incluso en los debates contemporáneos a dos siglos de distancia), como un punto de no retorno; pero nunca como en este caso habría que recomendar tan vivamente la atención a las paradojas.

Cuando la igualdad irrumpe en el corazón de la soberanía parece realizarse por fin un proyecto simbólico nacido con la modernidad, el de la destitución de un “derecho paterno”, exigente desde siempre, ya dado, por “dios”, por la “tradición”, por la “naturaleza”, o sea, de los vínculos que obstaculizaban el imperativo del cambio. Sobre tal derecho paterno, tiránico en cualquier caso, aunque hubiese sido benévolo, se debía jurar (precisamente, *jus-iurandum*), y no podía sino perpetuar la soberanía de un poder desigual. El derecho nuevo es un “derecho fraterno” de iguales, que hay que jurar al mismo tiempo contra el viejo ordenamiento y contra la vieja soberanía a fin de que ya no exista más desigualdad. El derecho del nuevo pacto debe ser jurado simultáneamente a una *coniuratio*, pero por esto nace con un sentimiento de culpa. Para afirmar su diversidad debe “decapitar al rey” y abolir “por decreto” los viejos particularismos; debe autofundamentarse como universal con un acto de voluntad general. El problema del universalismo no ha sido resuelto, sólo ha cambiado de lugar.

El derecho fraterno parecería haber encontrado su institucionalización formal en la gran codificación de fin de siglo, antes con las Declaraciones universales y luego con un verdadero proceso de constitucionalización que se abre con esta afirmación de la igualdad frente a la ley. Pero en la neta separación entre la igualdad y la fraternidad emerge ya de nuevo el problema del universalismo; la fraternidad es el criterio directivo, la nueva regla de las relaciones con los otros estados y los otros ciudadanos. Indica una opción de solidaridad cosmopolita que no sólo no contesta, sino que incluso presupone los confines estatales, “soberanos” sobre la base de un territorio. La igualdad, por el contrario, precisamente porque se sustenta en una ley que nace del nuevo pacto de la soberanía, es una dimensión exclusiva de los ciudadanos. Los iguales que juran el derecho fraterno deben reconocerse ya en una comunidad política de otro tipo. La igualdad dibuja sus contornos y conforme más se expande más necesidad tiene de marcar otros confines. La pregunta acerca de los sujetos de la igualdad (igualdad entre quiénes) deja transparentarse inmediatamente los límites de la igualdad misma, la cual puede ser afirmada sólo en el momento en que se diseña un proceso de exclusión. La literatura sociológica ha subrayado siempre este modelo cuando, más o menos conscientemente, ha ligado la teoría de la desigualdad a la existencia de grupos de referencia (Runciman, 1972).

La forma diseñada por la cultura occidental es fundamentalmente la descrita por los contornos de la soberanía territorial, más que por la pertenencia étnica o la identidad religiosa. Por lo demás, la misma idea de la revolución se construía sobre un modelo nacional, pero exportable. Pero aun cuando se superase, como Kelsen auspiciaba, el modelo del estado soberano sobre base territorial, los límites de la igualdad de reconocimiento (igualdad entre quiénes) solamente se moverían de sitio, acaso refiriéndose a valores locales, como ocurre en la reivindicación de base étnica o nacionalista. Es lo que ocurre, por ejemplo, en las recientes legislaciones europeas sobre la inmigración, en las cuales el reconocimiento, aunque sea limitado, de la ciudadanía extraeuropea queda permitido, pero sólo con ciertas condiciones de procedimiento o dentro de un cierto plazo, como en nuestra ley Martelli.

Pero no se trata, en mi opinión, de un camino equivocado emprendido tras el fin del constitucionalismo liberal y del iusnaturalismo, que afirmaban la igualdad como derecho natural también contra, o independientemente de, una soberanía estatal. Una lectura de

este tipo considera el Estado como un incidente del camino en la realización de los derechos naturales. Pero el mismo Estado es el sujeto político al que se exigen la afirmación, el reconocimiento y la garantía de la igualdad misma. Se puede pensar también en una progresiva ampliación de los "confines" estatales, como es el caso de Europa o de una auspiciada comunidad internacional, pero en este caso tendríamos sólo el replanteamiento de un "lugar" distinto, quizás sólo más grande, de la misma forma estatal que encontramos a nivel municipal. Esa lectura infravalora la naturaleza "ambigua" de la particular "técnica social" (Kelsen) que es el Estado; ambigua como todas las técnicas, porque incluye y al mismo tiempo excluye, porque amplía y al mismo tiempo delimita, porque reconoce y al mismo tiempo desconoce. La vieja ilusión hobbesiana era que el Estado pudiese ser algo todavía más mecánico que una pura técnica social, que fuese sólo *horologium*. Problema que se replantearía por completo en un estado universal que abrazase toda la comunidad internacional; el problema no es de *este* Estado o de *este* derecho, sino *del* Estado y *del* derecho.

En el fondo está la ilusión de que los derechos pueden vivir independientemente de todo, que pueden alimentarse gracias a la "virtud". Ilusión también mía, pero que me temo que sirva sólo para establecer distinciones entre cómo es y cómo debería ser. Goethe captó bien este aspecto cuando sugirió que el derecho es enfermedad. Aquí está toda la historia de la modernidad. En un mundo en el que todos fuésemos *agathoi*, virtuosos, no existiría *ananche*, *necessitas*. Los derechos no habrían tenido necesidad de afirmarse ni habría hecho falta ninguna "lucha": la igualdad no habría sido el problema del derecho moderno.

El tema de la igualdad, por tanto, se plantea estructuralmente como problema, que el sistema implica, de una cierta exclusión o de la exclusión. Para volver a Heidegger, dicho problema se refiere, pertenece, a su contrario (*zu-ein-ander*), y cuando fuese un valor absoluto, perteneciente a la universalidad, al género humano (*Zusammen-gehörigkeit*), debería en cualquier caso delimitar su carácter absoluto por referencia a *Zusammen*; debería definir su significado y delimitar, así, sus contornos. Éste sigue siendo el problema de la modernidad y, francamente, no sé qué discurso puede plantearse al margen suyo.

Entregados de una vez por todas al sistema jurídico todos los problemas del reconocimiento de los ciudadanos como iguales, quedaba el problema de definir a qué se refiere su igualdad, en qué serían iguales. La respuesta, paradójica donde las haya, fue y sigue siendo: igualdad *en droit*, igualdad frente a la ley, o sea, igualdad en el derecho a los derechos. El entusiasmo cedería en seguida el puesto a la melancolía. El problema de la igualdad era sólo aplazado, o mejor, alejado. Por esta vía, el pensamiento de la sospecha tenía fácil su juego y la crítica de la igualdad no podía sino transformarse en una puntual, desacralizadora crítica del derecho. La consigna fue: el derecho es ideología que sólo la crítica puede desvelar y, sobre todo, poner patas arriba. La igualdad en los derechos es igualdad formal que esconde y recubre las desigualdades naturales. El derecho igual esconde una sociedad de clases: desde este punto de vista, el derecho burgués basado en la igualdad formal es una abstracción demasiado concreta; generaliza el modo de producción capitalista, algo particular por tanto. La crítica, en consecuencia, debe proceder con la sospecha y el desvelamiento, pero a su vez, una vez abierto el circuito de la sospecha, permanece atrapada en él. Nietzsche es quien lleva la crítica más a fondo. La lectura en

clave de ideología a desvelar está llena de “resentimiento”, por tanto es demasiado mimética respecto del objeto de su crítica. La igualdad del derecho moderno tiene todavía un aspecto más trágico: reconoce a todos porque no reconoce a ninguno. El derecho abstracto, el estado abstracto, escribe en *El nacimiento de la tragedia*, son el fruto de aquel socratismo del presente que piensa que puede vivir lejos de todo fundamento mítico, de cualquier epicidad. Tiene una raíz errática, y por tanto está expuesto a todos los poderes particulares; y nunca como en el derecho “todo lo que se hace es justo e injusto, pero igualmente justificado”. La *Gleichgewicht*, la simetría trágica de las potencias destructivas en lucha descrita por el pensamiento del siglo XVII, se transforma aquí en nihilismo. Todos cuentan, todos tienen ciudadanía, todos están incluidos, porque no cuenta ninguno, toda ciudadanía es débil, todos están excluidos. La apertura a todos los sujetos, la disponibilidad a todos los tiempos históricos es al mismo tiempo indiferencia respecto del tiempo y los sujetos. Y los movimientos contemporáneos deberían reflexionar sobre esto mucho más de lo que lo hacen. De todo el proceso decimonónico de juridificación de la igualdad queda así un sentido totalmente distinto, que ya la crítica había descubierto. En la dimensión ideológica de la igualdad jurídica hay un aspecto ambiguo: hay falsedad cuando se afirma que basta con haber nacido, o que sea proclamado un derecho, para ser iguales. Esto último sí puede lograr que haya equivalencia de intercambio entre todos los individuos; después de todo, decía Marx, también el de trabajo es un contrato capaz de celebrar la abstracción del intercambio entre equivalentes. Por tanto hay falsedad, pero también la verdad (la consigna es “contradicción”); por esta vía se evita la falacia naturalista. La igualdad que la ley afirma se convierte en la nueva medida en relación con la cual “evaluar” las desigualdades. Antes lo fue el status de adscripción, o la tradición, ahora es el derecho el que se convierte en el criterio sobre cuya base “diferenciar” la igualdad. En *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, F. Engels recuerda que la distinta altura de los hombres se puede medir sólo cuando éstos se han colocado sobre el mismo pedestal, y no en escalones distintos. Este pedestal se reduce a cero sólo en la igualdad jurídica que nos permite ver lo altos que han sido puestos los hombres, los propietarios, respecto de las mujeres, los subordinados, los no propietarios.

La igualación jurídica funciona entonces sólo como generalización de expectativas y, referida a los derechos, produce “melancólicamente” un mero aplazamiento temporal y cognitivo de gratificaciones y desilusiones. Que yo sea igual que mi vecino no quiere decir de hecho que yo seré igualmente propietario o igualmente feliz, o estaré igualmente retribuido. Para todas estas cosas habrá que esperar a que se den otras condiciones. Mi igualdad, precisamente porque salva “mi” diferencia, me permite ser potencialmente propietario, potencialmente retribuido como el otro (pero no de manera igual, que es otra cosa), potencialmente feliz. Mi derecho se convierte en programa condicional que dependerá de muchas otras contingencias. Obviamente, que la generalización de las expectativas esté confiada al derecho y no a la fuerza, o cualquier otra cosa, es un hecho relevante, pero es a partir de la consciencia del carácter expansivo, y también de los límites, de la igualdad *en droit*, como las constituciones más recientes, y con ellas la reflexión jurídico-política, han concentrado su atención en la “diferencia” entre igualdad formal e igualdad sustancial.

6. LOS MUNDOS DE LA IGUALDAD

La igualdad sustancial presupone, con una formulación tautológica, que los individuos sean tratados *as equals and equally*, como iguales y de manera igual no solamente “en el derecho”, sino también “en la realidad”. Desde el momento en que hay correspondencia entre formulación jurídica y realidad, es decir, desde que no se realizan desigualdades, el problema está resuelto. Pero por una parte las desigualdades aumentan proporcionalmente a las “definiciones” de las igualdades, y por otra sabemos que las “realidades” en que vivimos son muchas (H. Blumemberg), que hay innumerables *ways of worldmaking* (N. Goodman) y que toda realidad está simbólicamente mediada (F. Crespi). Cuando un juez o cualquier otra instancia tercera o el mismo legislador optan por una igualdad sustancial se encuentran frente a “opciones trágicas” (G. Calabresi), “dilemas” (F. Lyotard) y no meras disputas, frente a “juicios salomónicos” (J. Elster). La “procedimentación” creciente que se sigue del derecho moderno, precisamente en cuanto disponible e indiferente respecto a todos los proyectos y a todas las épocas, indica solamente la posibilidad de engender estrategias distintas.

Como es sabido, el sistema jurídico no es una *trivial machine*. Mientras opera con numerosas distinciones acerca de los bienes, públicos y privados, colectivos e individuales, disponibles y no disponibles, negociables y no negociables, y procede con clasificaciones igualmente numerosas de los *Entitlements*, obviamente no tiene más estrategia unívoca de atribución y distribución que la sugerida por las decisiones políticas. Nunca como en este caso el derecho es tan políticamente variable. A veces atribuye derechos y bienes de forma directa, adoptando el modelo de la igualdad de bienestar (*equality of welfare*); esto ocurre donde se ha establecido, por ejemplo, el “salario mínimo” garantizado para todos. Otras veces se limita a establecer criterios para la igualdad en el acceso a los recursos (Dworkin).

En el modelo clásico del estado de derecho, los mecanismos jurídicos de distribución de los recursos son el “mercado”, la “cola” y la “lotería”. Es decir, el derecho puede establecer la igualdad de partida de los sujetos y, una vez establecidas las reglas procesales del conjunto, deja a los individuos libres de intercambiar bienes y recursos mediante contratos y transacciones, a través del medio del dinero. Pero por mucho que el dinero pueda ser un medio generalizado no está igualmente distribuido. Para corregir la desigualdad del mercado interviene el modelo de la “cola”. Se sustrae el bien al mercado (por ejemplo, los puestos de trabajo) y el dinero es sustituido como medio de distribución por el tiempo y la paciencia, medios solamente menos escasos y menos desiguales que el dinero. No es casualidad que en estos modelos no encuentren lugar ni el mérito ni la excelencia por una parte, ni la necesidad por otra. Bien mirado, el mérito puede intervenir sólo como criterio ulterior cuando la igualdad no basta, pero sólo cuando su “selectividad” no agrave los problemas de la complejidad. La estrategia seguida en relación con la necesidad está, por el contrario, completamente diferenciada y separada de la igualdad, de modo que no entre en conflicto con ésta. La necesidad es objeto de solidaridad, no de derecho. Lo que le queda al naufrago, en este caso las estrategias igualitarias, es sólo un mecanismo típico de la justicia procedimental pura: el azar, la fortuna, la lotería. Dworkin y Elster nos aseguran que solamente la lotería, la única de reducir a cero las *chances* de

partida, es el mecanismo distributivo capaz de superar el *envy test* (G. Rebuffa, 1982), es decir, la prueba de la ausencia de envidia entre los que participan en la distribución. Pero quizás la *lottery* sólo resuelve el problema del decisor agravando el de la decisión, que obviamente no puede tener en cuenta ni el mérito ni la necesidad ni la utilidad subjetivamente esperada. Basta pensar en la atribución de órganos para trasplantes cuando hay excedente de demandas, todas con el mismo grado de necesidad y de urgencia. Y otros muchos ejemplos de *hard cases* forman parte ya de las revistas de jurisprudencia.

Las políticas de la igualdad muestran precisamente un rostro cada vez más contradictorio de los sistemas jurídicos contemporáneos. Por una parte, éstos, para permanecer cognitivamente abiertos, deben cerrarse cada vez más desde el punto de vista organizativo. Esto significa que la posibilidad de responder a problemas de naturaleza distinta, a sujetos y a condiciones diferentes, puede ser salvada sólo por un enriquecimiento de la "reflexividad" interna. La legalidad no puede derivar de otra parte que no sea la misma legalidad indicada por el derecho, los principios que regulan la actividad del derecho no pueden ser sino principios "jurídicos", es el derecho mismo el que tiene que definir lo que es derecho y lo que no es derecho. La unidad y la plenitud de un sistema jurídico son aseguradas por el sistema mismo describiendo sus confines mediante los principios fundamentales; así vuelve irrelevante la ignorancia del derecho y reduce el reconocimiento de sus normas a su validez. En una palabra, la reflexividad requiere que el derecho se procedimentalice y que las respuestas a los problemas externos sean encontradas siempre dentro de sus mismos procedimientos. Esto requiere que los criterios procesales dejen posibilidades cada vez más abstractas de decisiones, programas condicionales cada vez más sofisticados que será tarea de otros sistemas decidir si y cuando es oportuno poner en práctica.

Pero desde otro punto de vista especularmente opuesto, el derecho moderno nace como un sistema completamente secularizado, desarraigado, *errante radice*, subordinado a la variabilidad decisional de lo político, que constituye un eslabón importante de aquel programa condicional. Los espacios de la ciudadanía, la vida de los derechos, están dispersados en una larga cadena decisional (con mucha frecuencia de *non decisions making*) en la que el principio jurídico es sólo un punto de referencia. Por muy "sustancial" que sea su previsión (como en el caso de la igualdad sustancial), su actuación "depende" de otras muchas posibilidades. Y éste es uno de los motivos más clásicos de contraste entre estado de derecho y estado social. Por ejemplo, que el derecho al trabajo sea un derecho fundamental constitucionalmente garantizado, no impide que dependa de otros miles de condiciones que pueda realizarse: desde la división internacional del trabajo a las *chances* de las reinversiones productivas, la dimensión de la deuda pública, la lucha contra la evasión fiscal, la capacidad de recibir información... Y por lo demás no quiere decirse que esté igualmente tutelado. Pero hay todavía un aspecto más contingente que no puede ser descuidado. En la historia de los sistemas políticos europeos la formulación general del principio de igualdad está ligada a la forma codificada de los grandes códigos, es decir, de aquel proceso de juridificación que se ha presentado más como proyecto general de la sociedad cuanto más se ha autodefinido como un mecanismo de unificación de los particularismos jurídicos. Responde a una exigencia técnica de uniformidad, pero también a una exigencia social de unificación funcional de todos los actores

sociales (acreedores, propietarios, trabajadores, empresarios, etc.). (P. Rescigno, 1987, 335). Pero es sabido cómo ese modelo de gran codificación no pudo resistir más de un siglo, superado por la necesidad creciente de *Verrechtlichung*, de regulación cada vez más específica de nuevas áreas definidas. La autonomización creciente de los campos del derecho es un dato que todavía hay que estudiar mucho, pero que se presenta con una total fragmentación microfísica. Todo esto nos llega bajo el nombre de "decodificación" (N. Irti, 1976) primero, y luego de desjuridificación, pero con características distintas (G. Teubner, 1984). El resultado es un nuevo y creciente particularismo legislativo que rompe la vieja uniformidad del sujeto igual y procede a fragmentaciones continuas de la subjetividad (N. Lipari, 1988, 641). La tendencia es común a todos los países europeos de derecho escrito, pero en Italia es particularmente evidente: los ejemplos de la legislación contra la criminalidad organizada, la legislación carcelaria, la ley antidroga son sólo los ejemplos más significativos. Al contrario, los procesos de unificación jurídica encuentran espacio sólo en los grandes procesos económicos gobernados por sujetos e intercambios transnacionales, más allá de los límites de los Estados y, a menudo, de su control.

La igualdad se presenta así, en el sistema jurídico, como una forma ya disuelta en el momento en que viene formulada. Los constituyentes franceses de 1793 debían tener bien claro el hecho de que la "lucha por los derechos" es un problema de cultura de la comunidad y no sólo un hecho político administrativo cuando en el artículo 23 establecieron la garantía social que prevé como "deber de todos" que el derecho de cada uno sea reconocido, mantenido pero, sobre todo, hecho efectivo (L. Ferrajoli, 1990). Los derechos venían, por tanto, definidos como un "absoluto plural" (Jankelevitch) destinados a convertirse en problema de la comunidad, gobernados por un especial amor de sí que habría empujado a todos a defender y garantizar el derecho de cada uno. Problema comunitario, pero también modelo de reciprocidad positiva, completamente opuesta a aquel modelo de antropología negativa que el contractualismo había celebrado, para el cual los derechos de los otros eran reconocidos sólo con la condición del reconocimiento simétrico y en función de la reducción de la violencia recíproca, dentro de un pacto que no podía sino exigir una soberanía. Pero esta historia no es la que ha vencido y, como se ha visto, la solidaridad ha separado su código del derecho, se ha diferenciado de él. La historia de la igualdad pertenece hasta el fondo a este modelo individualista en el que todo parece animado por una estructura "mimética", animada por una oculta antropología de la envidia y por las correspondientes exigencias de "inclusiones" por una parte, y de ampliaciones bajo la forma de reconocimiento, o de homologaciones etnocéntricas por otra. Y los derechos deberían ser algo distinto que pretensiones de una parte y prestaciones de la otra. Incluso las historias de la ciudadanía (T. H. Marshall, R. Dahrendorf) que nuestra literatura ofrece se resienten hasta el fondo de un modelo irremediablemente contractualista que no puede sino olvidar una historia en la que los derechos son algo distinto a un objeto de intercambio individualista, en cuanto ampliado. Por lo demás, el "sujeto de derecho" es una invención del mismo código de la igualdad, y ya se sabe que la historia es una complejidad ya reducida.

7. RESENTIMENT

El aspecto perverso de la justicia procedimental pura que sanciona la igualdad formal pura de los ciudadanos ante la ley debían tenerlo muy presente los constituyentes italianos cuando, aún en una dimensión a veces poco clara de “politeísmo ecuménico” que recibe las más diversas estratificaciones ideológicas, optaron por poner juntas la dimensión de la igualdad formal y la de la igualdad sustancial. Este modelo es lo máximo que un texto normativo puede establecer, lo mejor que la “cultura de la igualdad” puede indicar. Obviamente, no exime de la observación del riesgo de la doble falacia, la normativa y la naturalista. No está permitido deducir de la interpretación de la norma constitucional que, desde el momento en que existe la previsión normativa de la igualdad sustancial, las desigualdades en Italia han sido canceladas. Menos aún se puede inferir que, desde el momento en que las desigualdades existen y en algún caso se refuerzan, la norma constitucional deba ser abolida. Entre estas dos actitudes todavía hay, como decíamos, espacio para una observación crítica, dentro y fuera del sistema jurídico. Observación crítica que deberá reconocer todos los méritos de un proyecto normativo como éste, pero a condición de que no se escondan las paradojas con las cuales tal proyecto normativo debe trabajar. El sentido paradójico más visible está contenido en una especie de doble vínculo de su lenguaje. Por una parte, en efecto, describe la igualdad como característica intrínseca a la ciudadanía, por otra dice que no basta ser ciudadanos para ser iguales. Somos y no somos iguales; lo somos ya, pero no lo somos y debemos llegar a serlo. La norma constitucional representa de hecho un modelo de igualdad compleja, dinámica, que prevé que en la práctica igualdades conquistadas puedan reproducir espacios de desigualdad, pero sobre todo que se deba diferenciar entre la igualdad y la homologación. Esto significa que ser iguales no quiere decir ser idénticos y que reconocer como ciudadano, como igual, a un nómada no significa tratarlo como a un piemontés. Quiere decir, por el contrario, reconocerle derechos pero también, spinozianamente, respetar su *perseverare in esse suum*, reconocerle incluso el derecho de “ser” malvado, lo que no quiere decir comportarse transgrediendo las normas penales: opción laica, pero de estado ético. Reconocer la identidad quiere decir garantizar la diferenciación, pero no distinguir, seleccionar sobre la base de “sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas”, y la lista no es exhaustiva.

A. Heller (1990) hablaría de esto como de un relativismo cultural moderado, el único capaz de mantener una difícil distinción entre el reconocimiento de las diversidades y un nuevo etnocentrismo enmascarado. La distinción queda confiada a un margen siempre muy exiguo, dispuesto para ser continuamente puesto en discusión cuando la ciudadanía esgrime “derechos” diferentes. Mientras escribo, el drama de los albaneses está ante nuestros ojos. El problema no es nuevo: T. Todorov (1984, 51) cuenta esta singular historia “contemporánea” de Colón. Cuando Colón observa a los indios se encuentra frente a una opción en cualquier caso etnocéntrica: “o piensa en los indios (sin por lo demás usar este término) como en seres humanos completos, con los mismos derechos que le corresponden a él; pero en tal caso no los ve como iguales, sino como idénticos, y este tipo de comportamiento desemboca en el asimilamiento, en la proyección de los propios valores sobre los otros. O bien parte de la diferencia; pero ésta es inmediatamente

traducida en términos de superioridad (en su caso, como es obvio, son los indios los que son considerados inferiores). Se niega la existencia de una sustancia humana realmente distinta, que pueda no consistir sencillamente en un grado inferior, e imperfecto, de lo que nosotros somos. Estas dos figuras elementales de la alteridad se basan ambas en el egocentrismo, en la identificación de los propios valores con los valores en general, de lo propio con el universo". Y toda cultura jurídica corre el riesgo de reproducir un imaginario "yo" central que, una vez más, la utopía hobbesiana quiso abolir.

El relativismo cultural me parece en cambio estar incorporado con un sentido positivo en el modelo normativo de una igualdad compleja sancionada por la Constitución. Pero precisamente porque se trata de igualdad compleja y dinámica me parece un tanto autocelebrativa la afirmación de un líder político italiano según la cual la primera parte de la constitución italiana ha sido ya llevada a la práctica y ahora hay que pensar en llevar a la práctica, o directamente reformar, la segunda. El estado comunidad sería ya realidad, haría falta por el contrario pensar en el estado aparato. La existencia de una norma sirve, si no para otra cosa, para distinguir entre los estilos y las formas de la comunicación política. Esta misma comunicación distinguió en los primeros años de la constitución entre normas programáticas y normas preceptivas para justificar los retrasos "estatales", e inmediatamente después teorizó la separación entre país legal y país real, transfiriendo a instancias materiales, a objetos políticos, lo que no conseguía entender como paradoja.

Pero esta distinción escondía indirectamente una formulación distinta, más adecuada, de la cuestión. La pregunta era: ¿a quién se dirige la norma que prescribe la igualdad sustancial? ¿A quién se impone el deber de remover los obstáculos que impiden en la práctica la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad de los individuos, como tales individuos y en las formaciones sociales en que viven? ¿Al mismo legislador, al juez, a la administración, a la comunidad? No existe una determinación institucional: la norma habla del Estado que se compromete a remover los obstáculos que en la práctica limitan la igualdad. De hecho, por tanto, todos, pero también ninguno. Si pudiésemos definir a un juez de la igualdad, éste sería sin más el verdadero "custodio de la constitución". Pero si rebuscamos en la teoría de estos cuarenta años nos daremos cuenta de que han sido los movimientos los que han legitimado la constitución y no a la inversa, confirmando así la estructura individualista del conflicto por la igualdad. Vista desde el lado de los movimientos reivindicativos, esta historia muestra una política de la igualdad con dos fases claras de distinguir.

La primera, que se cierra en los años setenta, puede ser definida como la "fase del entusiasmo" por la igualdad. Con todos los límites que cabe señalar (E. Resta, 1988, 109), en esa política de la igualdad se puso en práctica una estructura fuertemente expansiva, desde el uso alternativo al estatuto de los trabajadores y, sobre todo, al nuevo proceso del trabajo, a la tutela de las madres trabajadoras. La segunda, en cambio, más reciente, es una fase que en otras ocasiones he definido ya como "melancólica", en la que los derechos, cuanto más son invocados, más pierden el objeto de su amor. Se encierran en una reflexividad un poco vacía. Se reafirman continuamente derechos a los derechos, bajo la forma declamatoria de "carta de derechos", para derechos ya existentes, en las que los numerosos particularismos vuelven con pretensión de forma general. Carta de derechos del enfermo, Carta de derechos del ciudadano (contra la burocracia), Carta de derechos

del niño, Carta de derechos del tóxicodependiente, Carta de derechos de los pueblos, y naturalmente los correspondientes tribunales. Se trata de un caso, no sólo expresivo, de redundancia de la comunicación sobre los derechos, puesto que se refieren a situaciones ya ampliamente previstas por el sistema constitucional. La diferencia entre los derechos y sus garantías efectivas no se salva con una nueva juridificación de los derechos. En esto hay quizás una clara carencia teórica en el análisis del proceso decisional del sistema jurídico-político.

Pero hay otra tendencia que lentamente la cultura de los derechos está experimentando casi inconscientemente. Se trata naturalmente de rasgos y tendencias que es imposible prever a dónde llevan, pero que me parece que empiezan a indicar un lenguaje distinto. Estas tendencias tienen en común una actitud que defino de reciprocidad positiva, extraño -como hemos visto- al modelo de la modernidad. Por reciprocidad positiva entiendo la ausencia de modelos "propietarios", egoístas, de los derechos, lejos del esquema contractualista del intercambio y, por tanto, no basados en una concepción negativa de la alteridad, con alta "inclusividad", ausencia de "envidia" y de *ressentiment*. Por ejemplo, dentro del movimiento feminista me parece que, tras la vieja idea, resentida y mimética, de las cuotas a distribuir proporcionalmente en las cantidades de poder masculino y de poder femenino, idea justa pero tan poco universalista como su contraria, se está abriendo paso la idea menos particularista de la igualdad de oportunidades, de la misma forma que, dentro también del movimiento feminista, se ha planteado una discusión muy significativa a propósito de la ley sobre la violencia sexual, sobre qué se debe entender como la tutela más adecuada. La actitud resentida pide una tutela "reforzada", la perseguibilidad de oficio, tomando como motivo la debilidad de la posición social de la mujer. Una actitud más articulada, en nombre de un código femenino distinto, pone en discusión la debilidad misma y pide, no tuteladas diferenciadas, sino tuteladas iguales (la posición indicada por Foucault en la comisión Peyrefitte sobre la violencia era muy cercana a ésta). Me parece que aquí está en juego, más allá de las posturas concretas, todas legítimas y todas con sus razones, un modo de pensar los derechos dentro del código universalismo/particularismo.

Más evidente es lo que está ocurriendo en la discusión sobre los derechos sin sujeto y en el debate, también jurídico, sobre los "bienes invisibles", donde el intercambio es solamente más improbable. Pensemos, por ejemplo, en los derechos de las generaciones futuras (*intergenerational justice*), es decir, el derecho a no ser involucrados en guerras, a ver preservadas las condiciones de supervivencia, las oportunidades de vida, a ver preservado el patrimonio artístico del pasado, etc. No se trata simplemente de etnocentrismo cuando se habla de estas exigencias como de derechos; sabemos bien que las generaciones futuras no tienen *lobbies* (H. Honas, 1990) y, recordaba Benjamin, entre tanto egoísmo, a nuestra sociedad le cabe el honor de no envidiar su propio futuro. Aquí, el problema no es colonizar el lenguaje de las futuras generaciones o universalizar el propio modelo cultural. Es que nuestra cultura no puede pensar, o piensa con dificultad, fuera del modelo egoísta y propietario de los derechos. Se habla de derechos de las generaciones futuras, pero no de nuestros deberes. La reciprocidad negativa se recompone. Y no se consigue avanzar reproduciendo el "viejo" esquema "neo"-contractualista. J. Rawls, por ejemplo, en su *Theory of Justice*, se ocupa abundantemente de la justicia intergeneracional, pero al

final los argumentos se reducen a la racionalidad de la opción de la tutela de las generaciones futuras sobre la base del cálculo que haría cualquier generación presente, en la posición originaria, bajo un velo de ignorancia. La reciprocidad retorna también en la posición originaria, lo que equivale a decir que donde no hay velo de ignorancia y las opciones se realizan bajo el peso de la propia cultura, hay que abandonar toda esperanza.

Lo mismo ocurre para los *Eigenrechte der Natur* (los derechos propios de la naturaleza), los derechos de los animales, y para ese mundo habitado por *free riders* que son los bienes inclusivos, es decir, aquellos bienes de los que se puede gozar solamente si al mismo tiempo otros gozan de ellos.

Reconocer deberes propios, antes que los de los demás, significa superar el esquema "moderno" de los derechos. Y aquí está todo el problema de la igualdad, con sus evidencias y sus paradojas. Pero también sabemos que el desencantamiento es un mensaje de la modernidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARCELLONA, P. (1987): *L'individualismo proprietario*, Boringhieri, Torino.
- BECCARIA, C. (1981): *Dei delitti e delle pene*, ed. de F. Venturi, Einaudi, Torino.
- BLUMENBERG, H. (1987): *I mondi in cui viviamo*, Feltrinelli, Milano.
- BOBBIO, N. (1985): *Stato, governo, società*, Einaudi, Torino.
- BORGES, J.L. (1967): *Finzioni*, Einaudi, Torino.
- CALABRESI, G., y Bobbit, P. (1986): *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano.
- CANETTI, E. (1981): *Massa e potere*, Adelphi, Milano.
- CASSANO, F. (1989): *Approssimazione*, Il Mulino, Bologna.
- CORRADINI, D. (1974): *Storicismo e politicità del diritto*, Laterza, Bari.
- CRESPI, F. (1989): *Azione sociale e potere*, Il Mulino, Bologna.
- (1990): *Ordine simbolico e produzione delle disuguaglianze*, conferencia manuscrita, Como.
- DAHRENDORF, R. (1988): *Per un nuovo liberalismo*, Laterza, Roma-Bari.
- (1990) (2): *Il conflitto sociale nella modernità*, Laterza, Roma-Bari.
- DANN, O. (1975): "Gleichheit", en *Geschichtliche Grundbegriffe*, 2, Klett-Cotta, Stuttgart, p. 997.
- DE GIORGI, R. (1991): "Modelli giuridici dell'uguaglianza e dell'equità", *Sociologia del Diritto*, XVIII, 1, p. 19 ss.
- DUMONT, L. (1984): *Homo aequalis*, Adelphi, Milano.
- DWORKIN, R. (1982): *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna.
- ELSTER, J. (1989): *Salomonic Judgements*, Cambridge University Press, Cambridge.
- ENGELS, F. (1976): *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, ed. de F. Codino, Editori Riuniti, Roma.
- FINLEY, M. (1983): *La politica nel mondo antico*, Laterza, Bari.
- FERRAJOLI, L. (1990): *Diritto e Ragione*, Laterza, Roma-Bari.
- GIRARD, R. (1983): *Delle cose nascoste fin dalla fondazione del mondo*, Adelphi, Milano.
- GOODMAN, N. (1988): *Vedere e costruire il mondo*, Laterza, Roma-Bari.
- HAVELOCK, E. (1981): *Dike. La nascita della coscienza*, Laterza, Bari.
- HEIDEGGER, M. (1957): "Identità e differenza", trad. it. en *Aut-Aut*, 1982, 3, pp. 187-188.
- HELLER, A. (1990): *Oltre la giustizia*, Il Mulino, Bologna.
- HOBBS, T. (1989): *Leviathan*, ed. de A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari.
- IRTI, N. (1979): *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano.

- JANKELEVITCH, V. (1986): *Il paradosso della morale*, Hopeful Monster, Firenze.
- JONAS, H. (1990): *Il principio Responsabilità*, Einaudi, Torino.
- KELSEN, H. (1975): *Il problema della giustizia*, Einaudi, Torino.
- LIPARI, N. (1988): "Spunti problematici in tema di soggettività giuridica", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, XLII, 3, pp. 641-652.
- LUHMANN, N. (1984): "Die Theorie der Ordnung und die natürlichen Rechte", *Rechtshistorisches Journal*, 3, p. 133 ss.
- (1985): *The Coding of Legal System*, manuscrito, Ieu.
- (1988): "Frayen, Männer, und George Spencer Brown", *Zeitschrift für Soziologie*, pp. 17, 47.
- (1988): "The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History", *Journal of Law and Society*, 15, p. 153 ss.
- (1990): *La differenziazione del diritto*, ed. de R. Di Giorgi, Il Mulino, Bologna.
- LYOTARD, J.F. (1985): *Il dissidio*, Feltrinelli, Milano.
- NIETZSCHE, F. (1977): *La nascita della tragedia*, ed. de G. Colli e M. Montinari, Adelphi, Milano.
- (1984): *La genealogia della morale*, ed. de G. Colli e M. Montinari, Adelphi, Milano.
- PIZZORNO, A. (1990): *Notte sul concetto di iguaglianza di riconoscimento*, conferenza manuscrita, Como.
- POLANYI, K. (1974): *La grande trasformazione*, Einaudi, Torino.
- RAWLS, J. (1982): *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano.
- REBUFFA, G.: *Una teoria liberale dei diritti nel declino del Welfare State*, introducción a la edición italiana de R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit.
- RESCIGNO, P. (1987): *Persona e Comunità*, Cedam, Padova.
- RESTA, E. (1988): "L'ambiente dei diritti", *Democrazia e diritto*, 2-3, p. 109.
- RODANO, F. (1990): *Lezione su servo e signore*, Editori Riuniti, Roma.
- RUNCIMAN, W.G. (1972): *Ineguaglianza e coscienza sociale*, Einaudi, Torino.
- SCHNUR, R. (1979): *Individualismo e assolutismo*, Giuffrè, Milano.
- TARELLO, G. (1976): *Assolutismo e codificazione*, Il Mulino, Bologna.
- TEUBNER, G. (1984): "Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege", en F. Kubler (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, p. 289 ss.
- (1990): "Il codice perduto di Napoleone", *Fenomenologia e società*, XII.
- (1989): "And God Laughed...", en C. Joerges, D. Trubek, *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, p. 399 s.
- TODOROV, T. (1984): *La scoperta dell'altro*, Einaudi, Torino.
- VEGETTI, M. (1989): *L'etica degli antichi*, Laterza, Roma-Bari.
- VICO, G.B. (1936): *De universi juris uno principio et uno fine* (1720), en *Il diritto universale*, XL, Laterza, Bari.
- VOLTAIRE (1969): "Eguaglianza" (1764), en *Dizionario filosofico*, Einaudi, Torino, p. 182.
- WALZER, M. (1987): *Sfere di giustizia*, Feltrinelli, Milano.
- WITTGENSTEIN, L. (1980): *Pensieri diversi*, Adelphi, Milano.