

ELIGIO RESTA

El ambiente de los derechos

RESUMEN

El autor expone algunas de las preocupaciones más importantes de la sociología jurídica y política italiana en las tres últimas décadas. Entre sus temas han destacado especialmente dos: la forma-Estado y la pragmática de la libertad. Se estudia principalmente la instauración de una nueva "gramática" de los derechos. Concretamente analiza las aportaciones de F. Cassano (1988). Destaca la existencia de dos estrategias sobre la ciudadanía. Una se corresponde con el aumento del peso de la política en la determinación de los derechos. Se trata de lo que llama el "modelo mimético", caracterizado por asumir un marco de referencia de los derechos ya definido por el mismo sistema. Pero también existe un "modelo recursivo", que acentúa la posibilidad de la comunicación y se centra en el debate sobre el neocontractualismo y la justicia distributiva. Ambas estrategias están enmarcadas dentro de unos procesos de positivación y de procedimentalización. La realización de los derechos queda desplazada, sin embargo, a niveles cada vez más indiferenciados. Desde esta perspectiva habría que insistir en el descubrimiento de la separación entre regla y decisión.

I. LA CONSTITUCIÓN Y LOS SABERES

La historia de la sociología del derecho en Italia está fuertemente entrelazada, en un nivel mucho más profundo del meramente temporal, con la historia de la Constitución republicana. No quiero, naturalmente, afirmar ingenuos nexos causales; quiero, por el contrario, subrayar que aquel proyecto político compartió con algunos saberes el mismo clima cultural y el mismo —por así decirlo— marco simbólico. El resultado es el de una historia que, aunque reconciliada y no exenta de entusiasmo, también está repleta de dificultades, de reconsideraciones, de inquietudes; la misma historia, en suma, de la atormentada Constitución.

Cuando la sociología recobró vigor en Italia, reestableciendo un puente ideal con el pensamiento sociológico de principios de siglo, muchos problemas institucionales estaban ya sólidamente presentes en el debate que la Constitución inspiraba en la ciencia jurídica y en la teoría política, que atravesaban una de sus épocas más felices por su lucidez y su compromiso. Bastaría con releer las páginas de Calamandrei, Rossi, Bobbio, Vittorini, Ascarelli, Treves —y de tantos otros— como testimonio de hasta qué punto el marco del pacto constitucional fue capaz de animar un debate auténtico, no superficial ni inútilmente académico, sobre la democracia y, en consecuencia, sobre la sociedad italiana. Pero, como es sabido, el ritmo moderno es el *prestissimo* y, si bien el renacimiento cultural permanecía vinculado a procesos más largos y profundos, hasta el punto de aparecer inactuales y no tematizables, los ritmos históricos de la reorganización político-institucional eran más cercanos y entusiastas. La semántica que acabó por imponerse en la comunicación política fue la de lo *político*.

Permitiéndonos, por un momento, una simplificación, podemos decir que, justamente a partir de la mitad de los años cincuenta, el debate había seleccionado, en el interior del complejo ambiente definido por el proyecto constitucional, solamente dos grandes temas, formalizando frecuentemente una extraña alternancia: el primer tema considera la forma-Estado con su específica dimensión de lo político, mientras que el segundo, más difícil y complejo, corresponde a la forma de los derechos de ciudadanía y a la “pragmática” de la libertad.

El punto de partida, y nuestro objeto de reflexión, es precisamente este proceso selectivo, con su racionalidad autodefinida y sus paradojas. Por un complicado juego de la semántica política, en el debate público resultó vencedor el primer tema, cerrando prácticamente el complejo “espacio de experiencia” de la comunicación política dentro del “horizonte de expectativas” de la vida colectiva, enfocada de modo exclusivo en los temas del Estado. Esta fue la dimensión ambivalente de una discusión teórica que atribuyó a la *forma-Estado* un proyecto de emancipación y de expansividad de los derechos, pero también, al mismo tiempo, su límite infranqueable, su ambiente.

Solamente en estos términos puede leerse la diferencia, creada por la teoría, entre Estado-aparato y Estado-comunidad, diferencia que permite separar los temas éticos de la solidaridad social respecto de su

“secularización política”; concentrando, así, sobre la forma política ese complejo modelo de “emancipación” y de modernidad que señalara la Constitución, el tema de los derechos es incorporado —y al mismo tiempo eludido— dentro de la estructura de la organización del Estado. Los ejemplos podrían ser muchos: el tema de la participación, reducido a teoremas de la representación y de los entes administrativos descentralizados y de las autonomías locales; el tema de la democracia económica, limitado al estatuto de la empresa y a la financiación del consumo; el tema de los servicios, a la organización de entes en quienes delegar la gestión de derechos fundamentales; la independencia de la magistratura, a la actuación de su órgano de auto-gobierno, la legalidad constitucional, a su Tribunal, aún por instituir. La teoría publicista tiene que recurrir a la construcción doctrinal de la diferencia entre normas “preceptivas” y normas “programáticas” para interpretar la separación entre afirmación de principios y derechos y su fenomenología, entre el ambiente, podríamos decir, y sus sistemas. El uso de esta estructura de diferenciación a la que la teoría está obligada a recurrir, deja traslucir una comunicación paradójica, que es importante descifrar porque, mientras enfoca a la emancipación en lo político, necesita colocar sus “limitaciones” en lugares distintos. El carácter paradójico se hace visible en la fórmula, a la que se ha de recurrir desde ese momento, de la diferencia —de la diferenciación, sería mejor decir— entre el “país legal” descrito por la Constitución y el “país real”, cuyo equivalente semántico, en el lenguaje de la teoría general del derecho, es la distinción kelseniana entre *validez* y *eficacia* de los contenidos normativos. Con otras palabras, se puede decir que se instaura uno de los *extraños anillos* descritos por Hofstadter entre regularidad normativa y decisonalidad política en torno de la propia regularidad normativa. El código comunicativo con el que este tema se desplaza desde la discusión política a la jurídica, es el código interno de la teoría de la normatividad: el saber jurídico, construido justamente por la teología de la positividad, aunque sea la mejor, la más generosa, no puede más que limitarse a trabajar en el interior de esa positividad, esforzándose —por ejemplo— en armonizar la legalidad precedente con la revolución constitucional, pero declarando, al mismo tiempo, su incompetencia y su indiferencia en lo referente a los perfiles de efectividad de los derechos: lo cual debe traducirse como indiferencia hacia la decisión política, que fue suprimida del propio código y que constituyó el núcleo de la diferenciación del propio sistema, por lo menos a partir de la tradición del Estado de derecho.

El tema de la diferencia entre país legal y país real está destinado, desde este momento, a producir una fuerte resonancia en la teoría política, que empieza a distinguir no sólo entre legalidad y efectividad, o entre forma y contenidos de los derechos, sino también entre Constitución formal y Constitución material; es decir, experimentando equivalentes de la diferenciación entre regla y decisión, o sea, de los códigos del derecho y política. Y fue precisamente ese efecto de resonancia el que aceleró el paso de este nivel al de la diferenciación de los saberes. Esto quiere decir que, una vez que el salto de complejidad entre legalidad positiva y “realidad” de los derechos se convirtió en central, el saber jurídico se enfrentó con la necesidad de nuevas diferenciaciones internas capaces de afrontar “nuevos” temas. La efectividad que sobrecargaba de complejidad a una ciencia normativa, se convertía así en *un objeto a la búsqueda de su propia ciencia*. Una ciencia de los hechos normativos, con un estatuto empírico, que era como H. Kelsen la distinguía de la ciencia jurídica, era la sociología del derecho.

La identidad de la sociología del derecho, tanto ahora como entonces, es reivindicativa en su carácter empírico (R. Treves), capaz de explicar el funcionamiento “efectivo” de las organizaciones institucionales, las opiniones del público, la demanda y la oferta de justicia, pero siempre a partir de una normatividad dada: una ciencia “mofostática”, cuyos confines son predefinidos por una nueva y singular teología de la norma. Casi como un obstáculo renovado, el *silete sociologi in munere alieno* ha sido la vía para volver a plantear la paradoja: no es casualidad que, tautológicamente, las múltiples indagaciones empíricas terminen con un elenco de la gran cantidad de cosas que faltan por hacer para que los derechos y las instituciones tengan una actuación “real”. Así que hay que esperar a que cambie el ambiente de los derechos y se instaure una nueva “gramática” de los derechos para que se vuelvan a tematizar los problemas y resurja una inquietud positiva en los saberes. Los años setenta, con las ya conocidas posiciones sobre el “derecho desigual”, el uso alternativo del derecho, son una señal del cambio de temas.

El intento de las páginas siguientes es el de ahondar en aquella gramática, disponiendo así, con tales reflexiones, un programa de investigación de mayor alcance, que asuma el tema del ambiente de los derechos como línea conductora en la interpretación de los sistemas funcionales, tales como el derecho y la política.

II. TRADICIÓN Y EMANCIPACIÓN

Se dice que, una vez que la igualdad ha entrado en la historia, difícilmente sale de ella. Si puede interpretarse toda la modernidad como una época marcada por el trayecto de la igualdad, los temas de la ciudadanía y de los derechos se convierten en representaciones complejas de “proyectos” que asumen, tanto el lenguaje de la tradición, cuanto el de la emancipación. Aquí nace un juego lingüístico, rico en sentido, nunca lineal, en el que se agitan “formas constructivas” y sujetos sociales, de identidad frecuentemente inestable.

Se ha escrito, en un importante ensayo dedicado a los movimientos de emancipación y a sus lenguajes (F. Cassano, 1988), que reflexionar hoy sobre la gramática de los derechos y de la ciudadanía significa, en buena medida, volver, quizás poniendo sobre el tapete todos los prejuicios propios, a las aporías de la modernidad. El discurso es complejo, pero me limitaré a aislar determinados pasajes que considero importantes, incluso para la interpretación de algunas vicisitudes de estos últimos treinta años, en los que el debate italiano ha presentado algunos perfiles interesantes.

Si lo interpreto bien, F. Cassano sostiene que la dialéctica de los derechos, entendidos como *Grundrechte* políticamente manipulables —donde la manipulabilidad comprende cualquier autodefinición de los proyectos de emancipación—, ha reproducido hasta el fondo todas las paradojas de la modernidad, entendida como un proceso que ha experimentado mecanismos de auto-fundación y auto-construcción (*Selbstbestimmtheit*) de los sistemas. Lo paradójico consistiría en el intento constante de generalización a partir de la auto-referencia. De esa paradoja, en particular, no se salvaría el marxismo, en cuanto actor y, al tiempo, producto de ese proyecto de emancipación, consignado en los mensajes importantes de la modernidad. Con pocas palabras, su gramática de los derechos, representada como erradicación de los vínculos de una ciudadanía imperfecta ligada a una “tradición” injusta, no conseguía —por ejemplo— liberarse de la “mitología” de la liberación. Se parecía demasiado a aquello contra lo que luchaba: su voluntad de potencia “buena” seguía siendo potencia; y su universalismo, en cuanto que generoso, acababa por chocar con otros universalismos. Dicho de otra manera, reproducía en su interior la paradoja del “todo” representado por una parte del todo; uno de los resultados de tal paradoja

es la interpretación de los propios fracasos en clave de “complot” de fuerzas ajenas a él.

Me parece que puede releerse la historia de los años setenta con esta clave: la expansión de los derechos de ciudadanía sobre la base de un entusiasmo de la potencia “buena” y la idea central de la “manipulabilidad” de la gramática de los derechos “burgueses” por parte de un “sujeto” fuerte (el uso alternativo del derecho), acababa por poner en evidencia, de manera insospechada, precisamente una equivalencia de los “sujetos”.

Por otra parte, el descubrimiento del carácter “artificial” e instrumental de la forma de los derechos no era patrimonio de los movimientos de emancipación, sino que, por el contrario, era la estructura sustentadora de la *tradición*.

Desde este punto de vista, el “formalismo jurídico”, representado como la vestidura ideológica de la tradición, se ha revelado como un simple unificador cultural, simplemente por su crítica, desempeñando una función de condensación de los antagonismos falsos; como cuando se atribuyen los fracasos propios a un enemigo escondido que, finalmente, se desenmascara. Si así hubiese sido, habría bastado un pequeño soplo de viento para que, lo que se mostraba como un sólido y estable armazón, se viniera abajo. Ya otras veces, hablando también de ese comportamiento, he tenido ocasión de poner de relieve la ausencia de una especie de auto-ironía de los movimientos que, sobre la base de una auto-fundamentación del propio proyecto político, pretendían una generalización de la misma gramática de los derechos. Tiene razón Cassano cuando relee en el marxismo un aspecto trágico del “tomar en serio al otro”: desvelar el carácter “poderoso” de la emancipación significa volver a encontrarse frente a la medida del propio poder y de los propios límites, de la propia finitud. Una gramática de los derechos, como proyecto de emancipación, o es fuerte y vence porque es fuerte, o —si pierde— es porque representa a subjetividades menos fuertes: en este juego, el intento de universalización de la propia potencia, aunque sea la más generosa, se alimentaría del otro; no se distinguiría en nada de lo que R. Girard definió como actividad *mimética* del otro. Estaría, por lo tanto, totalmente inmersa en las aporías de la modernidad y no lograría superación alguna.

El análisis es convincente y, desde mi punto de vista, puede constituir una fecunda línea de interpretación del complicado problema que definíamos como “comunicación política” en torno a los derechos (y, de paso, de las relativas incertidumbres y dificultades de la izquierda en estos temas). Uso el término “comunicación” en el sentido de un proceso de intercambio entre sistemas (política, derecho, ética, economía, etc.) delimitados por un ambiente, o entre los diversos elementos de un mismo sistema. La ecología de la comunicación (N. Luhmann, 1986) es, entonces, el proceso gracias al cual los sistemas establecen identidades y diferencias respecto —y dentro— de sus propios ambientes. La tematización de la comunicación ocurre, pues, en el seno de las posibilidades de un ambiente que los propios sistemas producen, y de los que son —al mismo tiempo— producto. La semántica de los temas — en el sentido adoptado por R. Kosellek (1986)— señala, entonces, un complejo juego en el que “horizonte de expectativas” y “espacio de experiencias” resultan determinados por el intercambio comunicativo de más sistemas en el interior del mismo ambiente. Eso quiere decir, en otros términos, que no siempre la comunicación es auténtica, que frecuentemente es improbable, que está determinada, incluso cuando se presenta como nueva; pero no quiere decir que, con frecuencia, no represente también el intento de los sistemas por volver a definir los límites de sus ambientes. El desplazamiento de la semántica de un tema a otro, y de un problema a otro en el interior del mismo tema, sería síntoma de una comunicación que va explorando posibilidades (aunque sean improbables). En la teoría luhmanniana, por ejemplo, el cambio semántico reproduce siempre una actividad de *Entparadoxierung* de los sistemas. De este modo, el descubrimiento del carácter paradójico de la propia comunicación (como la “generosidad prepotente” o la imposibilidad de librarse de la mitología de la liberación, de la que habla Cassano) señalaría ya un verdadero cambio de la ecología de la comunicación. Las páginas que siguen son un intento de lectura de la semántica de los derechos como “ecología de la comunicación”.

III. EL MODELO MIMÉTICO

En estas tres décadas podemos distinguir —asumiendo el riesgo de cualquier periodización— dos grandes fases en la estrategia de la ciudadanía. Se corresponden con dos grandes modelos, dos gramáticas de los derechos, entendidos como proyectos de emancipación. La primera

fase se corresponde, durante largos trechos, con un complicado fenómeno de aumento y creciente visibilidad del peso de la política en la determinación de los derechos. La comunicación acerca de los derechos descubre, podríamos decir, la separación entre la realidad y el modelo de definición formal de los derechos y reintroduce en su propio seno, en primer lugar como presupuesto estratégico y después como práctica, la propia disimetría. La “desigualación” es el aspecto más evidente de tal fenómeno: una vez puesto al desnudo el carácter instrumental e ideológicamente dominado de la ciudadanía, se usa la propia artificialidad para derribar tal carácter. “Uso alternativo” indicaba esencialmente que los derechos habían sido manipulados desde siempre y que, por lo tanto, se los podía “manipular” de diversas formas, en nombre de diversos universalismos: bastaría con recordar cómo se estaba afirmando un modelo de juez “carismático”, que usase su jurisprudencia para “reimplantar” justicia en la sociedad. Como, por otro lado, nos recuerda una vastísima —y celebrada— literatura, el contrato, presentado desde siempre como la forma del intercambio entre equivalentes, podía ser adaptado para servir a la tutela del más débil, la derribada igualdad en la “microfísica” de las relaciones jurídicas (familia, fábrica, grupos) es protegida, incluso, por una tutela penal alternativa (el “nuevo protagonismo del derecho penal” se escribió entonces). No se trata, naturalmente, de hacer aquí el balance y la evaluación de una experiencia, sin duda, importante y que marcó una etapa significativa de nuestra historia institucional. Lo que interesa destacar —y que, por lo demás, no escandaliza a nadie— es hasta qué punto estaba orientado estratégicamente el modelo de ciudadanía, qué alta era su tasa de manipulación política y, sobre todo, en qué gran medida se presentaría como el cumplimiento de un proceso de expansión de los derechos, inscrito ya en el esquema de las grandes codificaciones burguesas y propio de la tradición “vétero-europea”. Se presentaba, por tanto, como el cumplimiento, la realización de una “forma”, todavía irresuelta, de un modelo de sociedad construido sobre los *Grundrechte*.

Defino sintéticamente lo que antecede como un modelo mimético en el que la crítica asume hasta el fondo, y seriamente, el punto de vista del otro y lo hace propio, manipulándolo con fines estratégicos diversos. Es más que el simple *taking the role of the other* apreciable en la teoría política del siglo XVII: es actividad mimética en el sentido de que asume un marco de referencia de los derechos ya definido por el mismo sistema y reproduce mecánicamente su esquema comunicativo.

Y hay que recordar que el sistema moderno de derecho nace precisamente, desde la teorización del siglo XVII, como una *artificial reason* y que va definiendo progresivamente, en la *Positivierung*, su propio carácter instrumental respecto de fines políticamente variables. Una emancipación de los derechos —y gracias a los derechos— es la reproducción mimética de este esquema profundamente inscrito en la modernidad, con su nihilismo de fondo, con su sustancial equivalencia de los fines jurídicamente regulables, en cuanto políticamente decidibles. Este modelo es mimético hasta el punto de representar, paradójicamente, el ejemplo más claro de lo que Kelsen, en el ensayo sobre *Socialismo y Estado*, definía como característica principal del ordenamiento estatal: la de ser una “instancia técnica”, abierta a todos los fines y disponible para los distintos programas políticos.

Una vez que ha sido encaminada la comunicación en el código de la artificialidad de los derechos, no es casual que se tematice la naturaleza decisionista de la legislación y, al mismo tiempo, la estructura particularista de los intereses defendidos y representados por el Estado. Es en esta fase en la que la reivindicación creciente de los derechos, como un aspecto de la conocida “revolución de las expectativas crecientes”, toma la apariencia de la *Verrechtlichung* (juridificación, en el sentido de positivación). Es conocido, por otra parte, que se produjo una aceleración neo-corporativa de la “juridificación” que ha privado a la ciudadanía de su carácter de reconocimiento generalizado e igual de los derechos.

IV. EL MODELO RECURSIVO

Dentro de este marco, la comunicación va adecuándose progresivamente, desplazando, sobre todo, a los temas de la discusión: se acentúa la crítica de la desigualdad, atemperándose siempre en un modelo distinto, quizás más pobre, que tiene su aspecto más peculiar en la recursividad. La excedencia metonímica de la discusión sobre los derechos acaba por desplazarse a polos metafóricos, para los cuales, a partir de los contenidos de la ciudadanía, el tema se convierte en el de las reglas de comunicación sobre los derechos: es un aspecto relevante de la recursividad típica de esta segunda fase.

Se experimenta la posibilidad de la comunicación sobre los derechos justamente como comunicación.

La semántica política va dirigiéndose, en este punto, hacia el debate, consabido y obvio, por lo que precisamente sorprende más, sobre el neo-contractualismo y sobre la *distributive justice*, en el que la metáfora recurrente de la *original position* actúa como marco para la posibilidad “actual” de la comunicación. Se vuelve a afrontar el viejo problema de las condiciones de posibilidad del orden del derecho, frente a una multiplicación incontrolada de las posibilidades (complejidad), que hace que sea incierta —de nuevo— la comunicación. Incluso en sus versiones aparentemente críticas, como el “Estado mínimo” al modo de Nozick, los principios al de Dworkin, o la ética del discurso al de Habermas, el tema central es el tema neo-contractualista de la procesalización de los derechos. Me parece, por eso, que el éxito de Rawls en Italia se debe, sin duda, a que ha llenado espacios, vacíos durante mucho tiempo, de la teoría política, y no se debe —por tanto— a una moda; por otra parte, ya es conocido que las tesis de Rawls (V. Camps, 1984) no tienen sentido sin hacer referencia al debate sobre la decadencia del Estado social. Lo que no se debería de discutir en ningún caso es el hecho de que la izquierda se haya apropiado de ello de una manera demasiado desenvuelta.

En la semántica de los derechos, esta recursividad de la comunicación tiene una andadura, por decirlo de algún modo, poco paradójica. Frente a la percepción de separaciones siempre nuevas entre afirmaciones y realidad de los derechos, son precisamente los movimientos emancipatorios los que están replicando sistemáticamente, acaso sobre bases más “regionales”, el procedimiento idéntico de la *reafirmación de los “rights”*, de la positivación de los derechos que ya han sido regulados positivamente. Exactamente nuevos *bills* en vez de *rights*: frente al mal funcionamiento de la sanidad, la “Carta de los derechos del enfermo”; frente al mal funcionamiento de la burocracia, la “Carta de los derechos del ciudadano” (véase la iniciativa de la revista *Micromega*), y todo por el estilo. No sé con qué garantía puede funcionar mejor la reafirmación de los derechos que la afirmación de los mismos derechos si, como resulta evidente, el problema no es la existencia de los derechos, sino su efectividad.

El resultado es un continuo aplazamiento de la decisión sobre los problemas y una especie de *shifting* sobre la necesidad de *Verrechtlichung*, en un grado siempre mayor. Esto está ocurriendo también con respecto a problemas aparentemente nuevos, sugeridos por la invasión de la

tecnología en la persona y en la naturaleza, como en el caso de la *ingeniería biológica* (o de la *bioética*, en su versión complementaria y opuesta), y en el tema del ambientalismo: en ambos casos, la respuesta a los problemas se busca en la necesidad de una continua juridificación.

La redundancia de la formulación de los *Grundrechte* asume la forma recursiva de la decisión sobre la regulación. Esto ocurre con diverso sino pero, no por casualidad, en la misma forma, en el derecho de los procesos económicos, atravesado por el modelo de la *deregulation*. Fenómeno este que ha dado lugar a interpretaciones, si no sospechosas, ciertamente equívocas: en un sistema que vive exclusivamente de un alto grado de clausura organizativa, y en el que el código de “derecho, no derecho” resulta auto-definido de un modo obligatorio, la “desregulación”, como renuncia a una regla precedente, o como ausencia de regla, asume el carácter de una decisión más fuerte, la decisión de no regular, como en el caso de las típicas no-decisiones de los sistemas políticos (Bachrach Baratz, 1986). Dejar a otros mecanismos regulativos —sea el mercado, o cualquier otro procedimiento contractual— la definición de la “medida” de algunas relaciones sociales, no indica —por parte del sistema jurídico— un “valor dirigido”, como dicen los cibernéticos, sino una incorporación en el propio código de aquella decisión particular. Podría recordarse, a este respecto, el ejemplar discurso de H. Kelsen sobre la “derogación”, en la *Teoría general de las normas* (1986), vecino —en muchos aspectos— del problema de la regulación; al menos, por lo que respecta al “poder” decisorio del código jurídico, que es posible referir, incluso, a la negación de sus contenidos. También en este caso, la regla aparece con su doble cara (regla y decisión), ya que establece simplemente unas *posibilidades* de decisión. Y si esta lectura nos puede ayudar a comprender lo que está ocurriendo hoy en sectores importantes, como el derecho sindical, seguramente es también adecuada para atribuir un sentido a aquella invención doctrinal de las viejas normas “programáticas”, que debían ser diferenciadas de las normas preceptivas, en el conocido debate constitucional de los primeros años de la experiencia republicana.

V. ENIGMAS DE FORMA

Por otro lado, el *carácter recursivo* de la comunicación sobre derechos encuentra una simetría particularmente evidente en otros sistemas. En

realidad, resulta ya algo conocido que, en el sistema político, la comunicación va dirigiéndose, de un modo cada vez más decisivo, hacia la cuestión de la reforma institucional. La alusión que estamos haciendo merecería una mayor profundización, pero subrayemos, por lo menos, uno de sus aspectos: más que el sistema de representación, el sistema de partidos o el contrapeso de los poderes, la discusión ha seleccionado, como tema del que hablar, nada menos que una decisión sobre cómo decidir. Si bien lo que se dice es mucho más, de lo que se habla es del papel del que decide en relación con sus posibilidades de decisión. Se habría podido seleccionar, por ejemplo, el tema de la soberanía como guía de la discusión sobre la representación, mientras por el contrario el código comunicativo de la reforma institucional se restringió a la posibilidad o imposibilidad de la decisión y, en consecuencia, a la posibilidad de que el político decida sobre sí mismo, antes que sobre la política o sobre los otros temas de la comunicación. Y, además de sobre la reflexión del sistema político, es preciso hablar de una dimensión “recursiva” de la decisión del político; y, por lo menos, no se puede decir que la elección de los temas de la comunicación sea casual hasta ese punto.

Ahora bien, el carácter recursivo que caracterizó a esta fase de la comunicación política necesitó una fuerte redundancia (H. Atlan, 1979) del tema de la “decidibilidad”, tanto en el derecho, cuanto en la política. La reconstrucción, que habíamos propuesto, del modelo mimético y del modelo recursivo, conduce a leer la gramática de los derechos, incluso en los movimientos de liberación, como una réplica, una reiteración (por eso lo de redundancia) de los elementos ya incorporados, y —por lo tanto— determinados, al sistema jurídico moderno. Siquiera desde dos puntos de vista: el primero es el de la positivación; el segundo, el de la procedimentalización.

Una vez aceptado el esquema formal de la ciudadanía como marco de referencia del sistema, cualquier reconocimiento de nuevos derechos, o de nuevos contenidos de los derechos, ocurre dentro de este marco. La máxima apertura cognoscitiva (reconocimiento de los derechos, de “ciudadanías”) se corresponde con la máxima clausura organizativa (positividad como atribución de legalidad a este reconocimiento). La auto-referencialidad del derecho no indicaría otra cosa que la posibilidad de muchos lenguajes dentro del lenguaje del derecho. La moderna positivación del derecho —y de los derechos— representa, al mismo

tiempo, un proceso de secularización y de decisionalidad política; ya es conocido que su variabilidad respecto a los fines políticamente decididos es una característica del derecho moderno. La positivación funciona, entonces, como apertura y clausura —al mismo tiempo— respecto del reconocimiento de los derechos, cuyos sujetos son todos admitidos, pero dentro del circuito regulado de la comunicación. Precisamente se convierte así la positividad en el vehículo de la “dispersión molecular del siglo” (P. Barcellona, 1984), donde hay espacio para todos los sujetos, con tal de que sean capaces de hacer que sus derechos sean decibles, acaso sobre la base de un singular poder de la apropiación (P. Barcellona, 1987).

El segundo aspecto está en relación directa con el primero. Precisamente para que se dé la máxima apertura cognoscitiva, la máxima disponibilidad hacia los sujetos, el sistema jurídico necesita distanciarse progresivamente de sus propios contenidos; no puede, en definitiva, bloquear la decisión en un punto y en un determinado “tiempo” histórico. Su relativa disponibilidad hacia todos los contenidos es el envés de una paradójica indiferencia hacia los “acontecimientos”, que se convierten en objetos de una posible comunicación (intra-sistémica) sobre la probable o improbable decibilidad. La procedimentación de los derechos es, entonces, la capitalización de la posibilidad de que después, o en cualquier otra parte del sistema, se pueda decidir. Se realiza una interminable concatenación de reglas sobre reglas, de posibilidad de decisiones sobre posibilidad de decisiones, cuyo resultado depende de una compleja red de “fuerzas” de la comunicación.

Que yo tenga un derecho, constitucionalmente protegido, a mi salud y a la calidad de vida, y que todo esto me sea asegurado por una Carta de los derechos del enfermo o del ciudadano, con sus respectivos tribunales, no quiere decir, como es obvio, que mi salud o la calidad de mi vida estén garantizadas. A este respecto, la categoría de la efectividad es todavía tautológica y sigue sin conseguir explicarme nada. Para mi tutela, tendré que *esperar* literalmente a ver si, en los mil puntos afectados del sistema social, se realiza la posibilidad de decisión que la regla haya delegado. Así no me quedará, en caso de desilusión, que imputar al sistema jurídico una separación entre la realidad y la legalidad, volviendo a proponer, de modo redundante, una *cualidad* del sistema. La cognoscibilidad aumenta progresivamente según la normatividad.

Reafirmar derechos quiere decir, pues, comunicar al sistema jurídico una separación de la decisonalidad, y la respuesta no podrá ser otra que la ya conocida: el desplazamiento de la decisonalidad a niveles cada vez más altos e indiferenciados. Al menos en cibernética, se sabe que *a system cannot jump itself*. Quiero decir, en otros términos, que los movimientos de emancipación han asumido una estrategia comunicativa basada en ritos que, reproduciendo todos los elementos de la ecología de la comunicación del sistema jurídico, termina volviéndose sobre sí misma y no nos lleva muy lejos del conocido “constructivismo” del derecho moderno. No hay un neoiusnaturalismo o un redescubrimiento “ilustrado” de los derechos naturales que se sostegan. Re caerían en el círculo dibujado por la reflexividad descrita por el mismo código del derecho. Tiene razón P. Barcellona cuando habla del carácter central de la paradoja moderna de la ley, y no es casualidad que el punto álgido de esta paradoja esté representado por la definición constitucional de la igualdad: es un punto de no retorno, es el máximo de expansión de la gramática de los derechos, no un simple esquema de “libertades burguesas”. Cuando se define la igualdad de los ciudadanos como presupuesto formal (como regla) y al mismo tiempo como proyecto obligatorio que compromete al Estado a remover las desigualdades de hecho (como *decisión*, por tanto), se está trazando un gran itinerario de la emancipación, pero se incorpora a los derechos una gran paradoja: la de la regla en cuanto decisión, la de la “forma disuelta”, como hemos tenido ocasión de repetir otras veces. Si, de manera desencantada, el sistema va por delante de sus críticas, es porque su forma es más compleja, más poderosa. A la crítica que continuamente está descubriendo la paradoja a través de la separación entre *regla* y *decisión*, le toca hacer suya la misma paradoja. Hacer visible dentro de sí la paradoja pasa a ser la apertura comunicativa real y una auténtica ventaja cognitiva, pero —cómo decirlo— habría que tener el valor de llegar hasta el fondo.

Cuando P. Barcellona afirma que un derecho que haga la crítica del individualismo propietario sobre la base de otro individualismo propietario (es decir, que sea mimético y recursivo, en mi lenguaje) no lleva a una verdadera emancipación, capta un punto decisivo, también en este caso de no retorno. Inmediatamente después afirma, sin embargo, que existen puntos no integrados en el sistema, que no hay un lenguaje positivo capaz de colmar la distancia entre los derechos y la “vida verdadera” y que el sufrimiento es la medida de esta separación: señala en

ese lugar la “contingencia” de la comunicación acerca de los derechos y reabre su campo.

Igualmente, cuando F. Cassano habla de la solidaridad y del reconocimiento del Otro como necesidad de una dimensión ética de los derechos y exige a la gramática de la emancipación la renuncia a “competiciones”, como verdadera diferenciación de los egoísmos de toda laya, la semántica está ampliando realmente el campo de la propia experiencia. Es lo mismo de lo que se está discutiendo en otra sede cuando, no por casualidad, se habla de la necesidad de asumir la propia limitación, las “determinaciones” de la historia como punto de referencia de la hegeliana “contradicción” siempre creciente (R. Bodei, 1987). Como cuando en la teoría política se va redescubriendo la posibilidad de un código de la amistad contra la reducción de la política a “enemistad”. Estoy, naturalmente, atento a estos deslizamientos de la semántica y observo con interés todos los intentos teóricos que advierten el carácter problemático, no de los elementos *internos* de la comunicación, sino *de la* comunicación política misma. Y, llegados al problema, un problema de la comunicación es el identificado por P. Barcellona en el “enigma de la forma” relativo a una respuesta positiva al sufrimiento, a la solidaridad, a la vida verdadera. Hay un problema de comunicación entre sistemas: dicho con el lenguaje de Michelstädter, no se puede alcanzar la “persuasión” a través de la “retórica”.

Enigma de la forma quiere decir que no hay una gramática distinta de la de la apropiación y que la comunicación se debe situar sobre la “forma” a construir. Pero como se ha dicho, la forma constructiva es, en el derecho moderno, *la* gramática de los derechos. Reproducir a otro nivel la mimesis es la recursividad; de otra forma, se situaría fuera de este código “político”, convirtiéndose, quizás, en comunicación impolítica. No puede excluirse que éste sea el camino de la postmodernidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATLAN, H., *Entre le cristal et la fumée*, Paris, Seuil, 1979.
 BACHRACH, P. Y BARATZ M. S., *Le due facce del potere*, Liviana, Padova, 1986.
 BARCELLONA, P., *I soggetti e le norme*, Milano, Giuffrè, 1984.
 — *L'individualismo proprietario*, Torino, Boringhieri, 1987.
 BODEI, R., *Scomposizioni*, Torino, Einaudi, 1987.

- CAMPS, V., *La imaginación ética*, Barcelona, Seix Barral, 1983.
- CASSANO, F., "Il diritto e il suo rovescio", en *Democrazia e diritto*, 1988, pp. 3-4.
- GIRARD, R., *La violenza e il sacro*, Milano, Adelphi, 1982.
- KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, Torino, Einaudi, 1985.
- KOSELLECK, R., *Futuro passato*, Genova, Marietti, 1986.
- LUHMANN, N., *Oekologische Kommunikation*, Opladen, West Deutscher Verlag, 1986.
- TREVES, R., *Introduzione alla sociologia del diritto*, Torino, Einaudi, 1985.