

NORMATIVIDAD, HISTORICIDAD E IMAGINARIO SOCIAL: EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO INSTITUCIÓN SOCIAL

Agustín PALOMAR TORRALBO

Asociación Andaluza de Filosofía (España)

CIARAMELLI, F., *Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho*, trad. Juan Ramón Capella, Trotta, Madrid, 2009.

La modernidad abrió el espacio para la diferencia entre hechos y normas, entre facticidad y validez. En Kant esta diferencia introduce dos cuestiones diferentes en cuanto a los principios de la filosofía: la cuestión del origen, la cuestión de cómo algo se produce —*quid facti*— y la cuestión de cómo se justifica su validez —*quid juris*—. Para Kant la investigación filosófica adopta la forma de una búsqueda de las condiciones que hacen posible la validez del conocimiento. La búsqueda de tales condiciones es la búsqueda al mismo tiempo de una fundamentación que no tiene su lugar en la cuestión empírica del origen sino en la cuestión lógica/trascendental de su validez. De este modo, la investigación en Kant señala expresamente la diferencia entre la cuestión del principio del fundamento de la cuestión de su origen. Como sabemos tal investigación tiene en Kant una doble vertiente en el uso teórico de la razón y en el uso práctico, pero en una y otra la razón es entendida como legisladora universal.

En el uso práctico de la razón Kant lleva a cabo una investigación trascendental, no acerca del contenido de las normas ni del contenido moral de éstas, sino sólo y exclusivamente del principio de su moralidad. Bajo esta consideración Kant pasa de una investigación material de la moral a una investigación formal y, con ella, establece la diferencia absoluta entre la esfera del ser y la esfera del deber ser. La validez de una norma sólo puede justificarse desde el mandato de un deber ser que se presenta como absoluto. La normatividad no puede tener otro origen que el impuesto por la razón práctica. De esta forma, el derecho, como parte de la filosofía práctica, tiene en común con la ética que ambos prescriben leyes que el sujeto puede representarse objetivamente para su conducta y se diferencian *solamente* en que para el primero tal prescripción es externa, exterior al sujeto, mientras que para la ética tal prescripción es interna. En esta exterioridad el derecho sólo establece las condiciones que hacen composable la libertad de todos según una misma ley de libertad. El derecho media en Kant entre el orden de la moralidad y el orden del mundo, entre el orden de lo suprasensible y el orden de lo sensible, garantizando la libertad de cada uno en relación con la libertad de todos. Pero, para Hegel, esta mediación, en realidad, no es tal mediación porque el derecho no es sino la exteriorización de la moralidad. Hegel, reconstruyendo la filosofía moderna desde el pensamiento griego, encontrará la verdadera mediación

entre la obligatoriedad del derecho positivo y la moralidad en la eticidad. En la eticidad el derecho abstracto se torna moral realizándose en las instituciones de la sociedad tales como la familia, la sociedad civil y el Estado. Sin renunciar a lo universal ni a lo necesario Hegel quiso cerrar en la vida del espíritu objetivo la diferencia kantiana entre el origen y la validez, entre el facticidad del origen y el deber-ser de la validez.

El presente libro de Ciaramelli piensa en el espacio abierto por Kant y Hegel la tensión entre facticidad y validez en las postrimerías de la modernidad. Para el derecho esta tensión se da principalmente entre el *éthos* de cada comunidad histórica y las pretensiones universales de validez que el derecho heredó de la tradición moderna. ¿Podemos trazar una mediación que vaya del *éthos* al *nómos*? ¿Podemos, como quiso Hegel, mediar entre las pretensiones universales de validez de las normas y la facticidad de nuestra sociedad? ¿Podemos comprender el derecho como mediación entre el orden puro de la normatividad y el orden fáctico de nuestras sociedades complejas? Estas son algunas de las cuestiones a las que este libro quiere enfrentarse.

I. HISTORICIDAD, DERECHO Y DEMOCRACIA

Ciaramelli sostiene que el derecho es un fenómeno social e histórico. Por su carácter histórico el derecho está vinculado a una “forma o figura concreta de vida social” (p. 11). Ahora bien, su historicidad no está sólo en este enraizamiento del derecho en una forma de vida sino sobre todo en la comprensión del derecho como una institución histórica, sometida, como cualquier institución, al curso del tiempo. En este sentido nuestro autor no concede un especial estatus ontológico al derecho frente a otras instituciones sociales como la moral, la religión o la política. Sin embargo, siguiendo la lectura de la modernidad weberiana, Ciaramelli reconoce una especificidad en esta historicidad del derecho: al separarse del resto de esferas de acción social emerge como una institución “humana de normas coactivas o sancionables” (p. 11). En la modernidad es cuando el derecho aparece como aquello que tiene en sí el poder y la legitimidad para el ejercicio de la violencia legítima. Con la separación de las esferas de acción ya sólo son las normas jurídicas las que tienen el poder legítimo de coacción.

Pero nuestro autor da un paso más allá de Weber para profundizar en la historicidad del derecho. Siguiendo la metodología de la genealogía nietzscheana pretende hallar en la modernidad el origen del derecho. La tesis de Ciaramelli es que el origen de la institución de las normas jurídicas está en el “sistema simbólico de significados, valores y normas, presentes en toda la extensión de la vida social” (p. 41). El derecho sería la expresión codificada de estos valores, significados y motivaciones culturales. La génesis de la institución del derecho estaría, por tanto, en otra institución que la haría posible: la institución de la sociedad. Aquí está la radical historicidad del derecho: no existe históricamente un fundamento extrasocial del derecho más allá de la sociedad y no puede haber un principio generador de

derecho que trascienda la sociedad (cfr. p. 44). De este modo es la propia sociedad la que crea las condiciones para la institución del derecho moderno.

Ahora bien, la cuestión es qué debemos entender por sociedad o desde qué perspectiva usamos aquí dicho término. Pues bien, la segunda tesis de Ciaramelli es que lo que hace posible la configuración de la sociedad como una institución, más allá de su configuración fáctica, es la democracia. La democracia instaurando un espacio simbólico dota a la configuración fáctica de la sociedad de una dimensión institucional. Este espacio se construye como “un movimiento hacia *otra parte* o hacia la *alteridad* del significado, del valor o de la norma lo que define y caracteriza lo específico de la democracia” (p. 45). Esta alteridad del hecho, de lo empírico, de lo fáctico es lo que construye en la sociedad el espacio simbólico que “actúa como una referencia impalpable pero decisiva” en la configuración de los valores, significados y motivaciones culturales que darán lugar al derecho. Es como si, explica nuestro autor, la sociedad se desdoblase para crear más allá de lo fáctico un espacio para lo simbólico a partir del cual el derecho surgiría como una diferenciación específica respecto a las otras esferas de acción. Concluimos, por tanto, que es en la sociedad democrática donde radica finalmente la fundación del derecho en la modernidad.

II. MODERNIDAD, DECONSTRUCCIÓN Y CREATIVIDAD HISTÓRICA

Pero esta conclusión no es tan claramente aceptable. La tradición moderna, que se abrió a la historicidad del derecho a través del reconocimiento de la fuente social/institucional de los significados, de los valores y de las normas, ha sido también la que con más claridad ha defendido precisamente una fundamentación no-histórica para el derecho. Como señalamos a propósito de Kant, ha sido en la Ilustración donde madura una fundamentación trascendental para los saberes teóricos y prácticos a partir de la diferenciación entre la cuestión del origen y la cuestión de la justificación. Para salvar esta paradoja, Ciaramelli se alinea con aquellos pensadores que siguiendo la estela de Heidegger han llevado a cabo una crítica al proyecto de fundamentación trascendental de la filosofía moderna o, como él lo llama, una crítica al “pensamiento especulativo”. Invirtiendo los términos de la fundamentación Ciaramelli retrotrae, siguiendo la línea maestra de crítica de la metafísica en Nietzsche, toda fundamentación metafísica a una transposición o transfiguración de los hechos histórico-sociales en una “posición tranquilizadora pero ilusoria de la presunta necesidad universal de lo originario” (p. 38). La trascendentalidad, el saber absoluto, la explicación indiscutible y la necesidad racional son para él trasuntos de la radical historicidad. Ciaramelli no puede salvar la paradoja de ese doble proyecto fundacional de la modernidad sino recurriendo a la idea de que la modernidad, al tiempo que abrió el espacio para la creatividad histórica, acabó cerrándolo para no perder la fundamentación metafísica. “Paradójicamente, con la modernidad entra en escena la creatividad histórica, que, sin embargo, organiza enseguida su propio ocultamiento y su evasión de la institu-

ción” (p. 50). Con la apuesta por un modelo de razón transhistórica la modernidad extravió la dimensión simbólica de la sociedad y con ella la posibilidad de una autofundamentación del orden jurídico-político en la institución de la sociedad.

La deconstrucción del proyecto fundamentista de la modernidad lleva consigo la destrucción de la metafísica de la subjetividad. Aquello que la filosofía ponía en manos del sujeto metafísico, bien al modo kantiano, bien al modo hegeliano, queda tras esta destrucción abocado al nihilismo. El orden normativo, y con él orden jurídico, que tenía un anclaje en la vieja metafísica, queda suspendido en el vacío. ¿Tendremos que aceptar para el orden de la razón práctica las consecuencias nihilistas que Nietzsche y Heidegger sacaron principalmente para el orden de la razón teórica/especulativa? Para Ciaramelli, tratándose de una filosofía del derecho, el escepticismo nihilista no puede ser una respuesta satisfactoria a la destrucción del pensamiento metafísico. Si para el pensamiento especulativo lo originario era la identidad entre el ser y el significado, para el relativismo nihilista lo originario es una “radical ausencia de sentido que implica la separación absoluta de significado y ser” (p. 36). Entre una postura y otra se levanta la propuesta de Ciaramelli siguiendo principalmente la teoría de la institución imaginaria de la sociedad de Castoriadis. Lo que el fundamentalismo ontológico rechaza y lo que el escepticismo no reconoce es el papel de la efectividad no ya de un sujeto trascendental o absoluto sino de la propia experiencia de lo social. La búsqueda del origen no tiene así que rechazarse ni suspenderse sino retrotraerse a su lugar adecuado: al poder instituyente de la sociedad. Siguiendo a Castoriadis nuestro autor se cuida de emplear la palabra “constitución”, que tiene una larga historia en toda filosofía trascendental desde Kant a Husserl para este proceso de creación de los significados sociales y, en cambio, utiliza la más neutral “institución” para resaltar con ello que ese proceso de elaboración del espacio simbólico tiene su fuente en la “creatividad anónima del instituyente” (p. 50). La creatividad es así anónima e inconsciente y “está siempre de manera difusa en el interior del tejido social” (p. 71). Aquí, en este magma social impenetrable racionalmente hasta su fondo, se encuentra el “autor” originario que determina “la producción del sentido, de los valores y de las motivaciones, a través de lo cual se instaura, se mantiene vivo y se refuerza el vínculo social” (p. 72). Así la sociedad como colectividad pasa a ser el “sujeto” instituyente del conocimiento simbólico dejando a un lado al sujeto metafísico de la modernidad. Esta es la tercera tesis sustentada por Ciaramelli.

III. INSTITUCIÓN, IMAGINARIO SOCIAL Y NORMATIVIDAD

Que la sociedad es auto-fundante quiere decir que lleva en sí el poder para instaurar su orden social o, mejor dicho, para darse a sí misma las instituciones de su orden. Con Castoriadis tenemos que distinguir entre la institución global de la sociedad, de la que hablamos más arriba, y las instituciones segundas que se forjan dentro de la sociedad. El derecho o la ciencia pertenecerían a estas instituciones segundas. Lo importante es darse cuenta cómo se pone aquí en juego

el término “institución”. “Institución” hace referencia a un inicio, a un proceso y a un término. Más aún, la cuarta tesis, y quizás principal de este libro, es que no podemos desgajar la institución como resultado del proceso de aquello que desencadena, en su origen, ese proceso. Si esto es así, si no hay línea de ruptura entre lo instituido y el proceso de su institución entonces tenemos que remitir el origen de las instituciones segundas, de lo que habitualmente entendemos como instituciones, a la institución primera que es la sociedad, y esto es lo que constituye la radical historicidad de toda institución. Ahora bien, esta tesis de nuevo nos lleva a preguntarnos qué es aquello que le otorga a la sociedad el poder para ser institución primera. Ya hemos apuntado anteriormente a ese fondo impenetrable de donde dimana el poder creador instituyente de la sociedad. Pero, ¿qué es lo que hace posible el poder de la creación? A esto que es anónimo y, por tanto, innombrable en tanto que es impenetrable racionalmente, Castoriadis lo nombra como “imaginario social”. El imaginario, escribe Castoriadis, es “la capacidad de hacer surgir como imagen algo que no existe y que no ha existido jamás” (p. 120). Y Ciaramelli comenta que “se trata de una capacidad originaria de crear significados, dando así sentido a la noción misma de validez o funcionalidad” (p. 120). Nosotros podemos decir que el imaginario social es la fuente irracional de la sociedad donde surge, emerge y cristaliza todo orden social. Es aquella fuente inagotable de toda institución que a su vez no puede ser instituida en su totalidad y que, escapando a todo intento de subsumirla racionalmente, no puede tampoco estar predeterminada bajo una idea que desarrollándose en el tiempo tendrá también su efectivo cumplimiento en el tiempo, como en la filosofía del espíritu hegeliana. Castoriadis a partir de la idea del imaginario social quiere escapar a toda idea de racionalidad moderna. Por ello, ahora podemos entenderlo cabalmente, el libro de Ciaramelli parte del presupuesto ontológico de la “contingencia como horizonte ontológico de lo real” (p. 31). Sólo la ausencia de un fundamento objetivo, solo la ausencia de una necesidad racional hace posible sobrepasar la racionalidad especulativa de la modernidad y hace posible la in-disposición de lo fáctico para elevarlo, como Hegel, a lo racional. De esta manera es como la institución de la sociedad guarda para sí el disponer siempre del poder creador y renovador de la institución de nuevos significados sociales.

A partir de aquí, entendiendo el derecho como una institución segunda, Ciaramelli profundiza en el concepto de normatividad como aquello que es específico de esta institución social. La normatividad es producto de la actividad social, pero, en la modernidad con el advenimiento de la democracia esa actividad se vuelve visible y se hace explícita. La democracia garantizaría el proceso de formación y de control de esa actividad que estaba más o menos difusa en las sociedades tradicionales. “En la sociedad moderna la producción de normas jurídicas, autonomizada y vuelta explícita, tiene lugar en un ámbito bien delimitado del espacio social, según procedimientos preestablecidos y sometidos a control efectivo” (p. 74). La norma jurídica adquiere su sentido y su plena validez no aisladamente sino en su pertenencia a un sistema normativo que en el derecho toma la forma de un ordenamiento jurídico. Ahora bien, a diferencia de las propuestas normativistas

o iusnaturalistas, donde el ordenamiento jurídico tiende a “echar el ancla en un *a priori* extrajurídico y extrasocial, que se podrá expresar en términos puramente lógico-racionales o naturalístico-funcionales, y que por eso aparecerá sustraído al trabajo histórico-social de la elaboración cultural, y en cambio aparecerá también como portador de una presunta universalidad”, la propuesta de Ciaramelli pasa por fundar, que no fundamentar, el ordenamiento jurídico en la contingencia de la experiencia histórico-social. Sólo así, sin dejar arrasar la contingencia por el *a priori* de la necesidad racional, puede darse relevancia filosófica “a las coyunturas ocasionales que acompañan a los procesos histórico-sociales” (p. 80). La tesis, de nuevo, de Ciaramelli es que el ordenamiento jurídico es una institución que requiere para su formación del proceso instituyente del imaginario social.

IV. ETICIDAD, LEY Y JUSTIFICACIÓN

Sin querer asumir presupuesto metafísico alguno vemos que la filosofía del derecho de Ciaramelli quiere retroceder el *a priori* de fundamentación del *ordo iuris* hasta su génesis en el proceso instituyente de la sociedad. De esta manera pretende explicar esa distancia que media entre el *éthos* social y el *nómos*. Del fermento moral que anida en el fondo abisal de la sociedad tomaría el proceso instituyente del *nómos* su normatividad. Así, parece querer entender nuestro autor, el *nómos*, como ley instituida, llevaría dentro de sí aquello que la hace emerger del fondo del imaginario social, y de esa manera, no tendríamos que admitir otro *a priori* que el que apunta a su origen en lo simbólico de la sociedad. Pero, a medida que el libro va desarrollando su argumentación, profundizando en las fuentes más irracionales de la normatividad, van quedando pendientes una serie cuestiones: ¿cómo queda resuelta la cuestión de la validez? ¿Qué validez puede encontrarse en una normatividad que se justifica apelando a su origen irracional? ¿No habrá una confusión entre la cuestión del origen de la normatividad y la cuestión de su justificación? ¿Basta con la consideración a su origen genealógico para satisfacer los requisitos de la justificación filosófica?

Ciertamente con los presupuestos asentados a lo largo de todo el libro Ciaramelli no puede entender la validez como un rasgo metahistórico y *a priori* sino, por el contrario, como una cualidad que se instaura en el mismo proceso de autoinstitución del derecho (cfr. p. 85). Es decir, la validez de las normas es algo, también, histórico. No hay validez ni justificación de las normas que trascienda la historicidad. Su análisis de la normatividad se centra en hacernos comprender cómo la tradición moderna, esa tradición moderna que él quiere deconstruir, asumió acríticamente lo normativo como algo inmediato para la razón, porque, de esta manera, podía recibir de ella un fundamento metafísico, es decir, no mediado con la experiencia. Con la vuelta a la contingencia, la categoría modal que explica la radical historicidad de la normatividad, se hace insostenible el planteamiento metafísico de la modernidad y se requiere de la “necesaria mediación instituyente de la creatividad simbólica” (p. 84). Con el reclamo del origen del *nómos* en el

éthos y la explicación del *nómos* como institución del *éthos*, Ciaramelli no puede sino poner el acento en aquellos elementos sociales e institucionales desde donde las normas jurídicas reciben su fuerza, pero, con ello, tiene que dejar a un lado la explicación del elemento de obligatoriedad que impone la propia normatividad.

Es este crucial aspecto de la obligatoriedad del cumplimiento de lo normativo en el ordenamiento jurídico lo que queda débilmente explicado y lo que dificulta comprender la especial normatividad coactiva del derecho. Muy cercano a la ontología política de Castoriadis y de Arendt parece que Ciaramelli ha pensado el derecho, en la tensión entre *éthos* y *nómos*, muy en el seno de la filosofía clásica y muy al filo de la sociedad moderna. Presupone, como apuntábamos, que hay un *éthos* democrático, como institución primera y fundamental que, en definitiva, es el que hace posible la institucionalización del orden jurídico, y presupone que dicho *éthos* democrático está por sí y en sí en el imaginario colectivo de la sociedad. Podría suceder, por el contrario, como ha insistido Habermas, que, justamente, dicho *éthos* se fuera conquistando en la sociedad a través del derecho en la exigencia del cumplimiento de las leyes. En este caso, el *éthos* no sería sólo el origen sino la consecuencia de la ley instituida. Con todo, no es este el principal problema que encontramos en la propuesta de Ciaramelli. Su tesis de que la normatividad tiene su origen en fuentes no racionales resulta muy atractiva frente al formalismo jurídico y ético, y recuerda mucho, pero trasladado al ámbito social, la corriente irracionalista de pensamiento que cuestionó el racionalismo moderno preguntándose por lo *otro* de la razón. (Pensemos por ejemplo en la filosofía de Pascal, de Hamann, de Schopenhauer, de Kierkegaard o de Heidegger.) Pero sostener esta tesis resulta muy problemático para responder a la cuestión de por qué estamos obligados a obedecer el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico y parece poner en peligro la validez de las mismas más allá del contexto ético desde donde nacen. ¿Cómo afrontar la exigencia de las normas jurídicas en una sociedad donde el *éthos* se ha deteriorado de tal forma que el espacio simbólico ha perdido esa substancia ética que Castoriadis presupone con Hegel en la sociedad? ¿Qué sucede si la sociedad no ha llegado a instituirse como tal en una institución primera democrática? ¿Cómo se garantiza que una vez instituida la sociedad se mantiene esa substancia ética? La filosofía del derecho de Ciaramelli nos deja sin respuesta a estas inquietantes preguntas que cuestionan la capacidad de regeneración ética de la propia sociedad. Sin el *éthos* democrático, sin la vida moral que acompaña a las democracias constituidas, sin la constitución de una democracia, el planteamiento de Ciaramelli se viene abajo. Esta aporía podría haber sido salvada si, desde el principio, hubiera distinguido claramente con Kant, entre la cuestión del origen que remite a una genealogía, y que ha sido el camino que él ha seguido, y la cuestión de la validez, y si hubiera ligado la justificación de la normatividad no a la cuestión ontológica de su origen sino a la cuestión epistémica de su justificación. De esta manera podría haber salvado los viejos escollos que un planteamiento historicista plantearon ya a Husserl a comienzos de siglo XX. Esto no hubiera implicado tener que asumir planteamiento metafísico alguno. Bastaría, para salir de la aporía, con remontarse a la tradición

fenomenológica, que él conoce bien a través de Levinas, y, sobre todo, entrar en diálogo con la filosofía del derecho de Habermas donde, como se sabe, se ha hecho el esfuerzo recientemente más titánico por articular facticidad y validez. De esta empresa surgiría un nuevo libro que quizás sería más apropiado para pensar los problemas que antes la sociedad moderna y ahora la sociedad global plantean a una filosofía del derecho que tiene la exigencia de estar a la altura de su tiempo.