
De límites y posibilidades. Sobre el inquietante porvenir de los derechos humanos

Limits and Possibilities. On the Disturbing Future of Human Rights

María José GONZÁLEZ ORDOVÁS

Universidad de Zaragoza

mjgonza@unizar.es

RECIBIDO: 03/09/2016 / ACEPTADO: 19/10/2016

Resumen: La complejidad del momento actual en el plano internacional y global aconseja realizar una serie de planteamientos y replanteamientos en el ámbito jurídico y especialmente en lo concerniente a los derechos humanos y libertades. El análisis de sus orígenes resulta clave para comprender el porqué de algunas manifestaciones de violencia que se repiten en los últimos años y que amenazan la continuidad de un modelo civilizatorio y un sistema jurídico basado en los derechos humanos. Qué deba hacerse y cuál es el difícil papel del Derecho son dos preguntas sobre las que se reflexiona desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho.

Palabras clave: derechos; libertades; contingencia; violencia; universalidad; discurso metanormativo; instituciones; lenguaje.

Abstract: The complexity of the present moment in the international and global level advises us to perform a series of statements and restatements in the legal field and especially with regard to human rights and freedoms. The analysis of its origins is a key to understanding why some manifestations of violence are repeated in recent years and threaten the continuity of a civilizing model and a legal system based on human rights. What should be done and what is the difficult role of law are two questions on which to reflect from the perspective of the Philosophy of Law.

Keywords: rights; freedoms; contingency; violence; universality; metanormative discourse; institutions; language.

El objeto de la ciencia del Derecho no se reduce a formar a jueces y funcionarios, y a enseñarles cómo deben resolver los casos difíciles. Conocer el límite jurídico entre el yo y la colectividad, es el problema más elevado que la especulación debe resolver, mediante el estudio de la sociedad.

Georg Jellinek (1895)

1. RECONOCIMIENTO DEL TERRENO: LAS HUELLAS DE LA RAZÓN

Es sabido que el término «razón» suele emplearse en la mayoría de las disciplinas como sinónimo y deudor de encomio, reconocimiento y alabanza. *Sensu contrario* su ausencia, que abarca de la sinrazón al irracionalismo es equiparada al sin sentido y falta de rigor y se canjea la desconsideración casi automática de lo que pronunciado a su amparo. A tal punto es así que por obra y

gracia de la Historia lo correcto ha sido y continua siento atribuirle la mayúscula del enaltecimiento: la Razón, como premisa y axioma es, en tanto que «universal» la única y sola merecedora de reconocimiento general e intemporal. La Filosofía jurídica no es en absoluto ajena a la proyección de esa glorificación de la Razón.

Las consecuencias y repercusiones de ello no permanecen en el solitario terreno de las teorías minoritarias. Al alcanzar y fundamentar la creciente lista de declaraciones universales e internacionales de derechos y libertades que tienen en la razón su fundamento y salvoconducto lo proclamado al dictado de la razón se convierte en el exclusivo ideal al que se permite prescribir. Hay en el origen de ello algo de desconocimiento y otro tanto de miedo que se traducen en un afán homogeneizador de orden que hace del Derecho su principal fuente de legitimación. El desconocimiento se aprecia en la decisión de identificar hombre con ser racional con lo que o se circunscribe su compleja naturaleza a ese componente o se le aísla de otros menos loables, menos «humanos». En uno u otro caso tal simplificación, en absoluto azarosa, también responde al miedo sobre el escenario a que puede conducir el hombre «abandonado» a pasiones desprovistas del prudente control de la razón.

No es de hoy sino que viene de bastante atrás la crítica a tan unilateral perspectiva donde toda luz provendría de la razón y toda sombra de su eclipse. De un lúcido Goya que perfila en negro cómo los sueños de la razón producen monstruos a las claras argumentaciones de Horkheimer y Adorno por ejemplo. Quienes destacan a dónde van a parar las ideas de la Razón ilustrada cuando hace de la razón instrumental su razón de ser y de esta un instrumento de dominio de la naturaleza, refiriéndose ellos a lo que hoy llamaríamos medioambiente pero donde habría que incluir también a la naturaleza del hombre. Su crítica a los «olvidos» de la Razón no incurre en el fácil recorrido pendular que barre cualquier aportación de lo censurado. Para descartarlo basta con atenerse a la literalidad de su *petitio principii*: «no albergamos la menor duda de que la libertad en la sociedad es inseparable del pensamiento ilustrado». Lo cual no impide que sean conscientes y recalquen cómo «el concepto de este mismo pensamiento, no menos que las formas históricas concretas y las instituciones sociales en que se halla inmerso, contiene ya el germen de su perversión»¹. Y es que «el pensamiento ciegamente

¹ HORKHEIMER, M. y ADORNO, T., *Dialéctica de la Ilustración*, 7ª ed., trad. J.J. Sánchez, Trotta, Madrid, p. 53. La expresión «su perversión» empleada por los autores en el Prólogo a su edición de 1947 sustituye a la utilizada en el de 1944 donde prefirieron «aquella regresión».

pragmatizado pierde su carácter superador, y por tanto también su relación con la verdad»².

De algún modo la Razón, convertida en mito, se hace autoinmune a todo matiz, amonestación o reproche bajo la pretendida garantía de su universalidad. Pero sin ellos y al prescindir de su constante y necesaria contextualización y actualización se traiciona su espíritu y el afán de emancipación en que se fraguó.

De la mano de la Razón ilustrada, aunque impulsada desde un pasado tan lejano como el de la filosofía platónica, la idea que anima por dar vida y fuerza a toda esta construcción es la del Derecho Natural que, derivado directamente de la razón, convierte a esta en legisladora originaria siendo sus dictados anteriores y superiores a los que pueda llegar a imponer cualquier hombre. Se configura de este modo la ley natural como depositaria de la «verdad» en la medida en que solo la razón puede condensarla. Por supuesto esa es la verdad que define y proclama los ideales que fijarán las metas a alcanzar y el orden a seguir.

De tal premisa se derivaron y extendieron por todo Occidente distintas doctrinas y escuelas pero todas, pese a las posibles divergencias, tenían en común, como señala Isaiah Berlin, su firme convicción en que «la sociedad humana crecía en una dirección escrutable, regida por leyes; que la línea fronteriza que dividía a la ciencia de la utopía, a la eficacia de la ineficacia en cualquier esfera de la vida, era susceptible de ser descubierta por la razón y la observación y podía ser trazada con mayor o menor precisión; que, en pocas palabras, había un reloj, cuyo movimiento seguía reglas desvelables y al que no se podía dar marcha atrás»³. Resume así Berlin, una descripción de la Modernidad como movimiento «imparable» de progreso guiado por la razón. Tengo para mí que su bonhomía y los límites vitales de su biografía le llevan a afirmar que esas creencias «se vieron bruscamente sacudidas por la evidencia del siglo XX»⁴ refiriéndose a la catastrófica deriva a que condujo tal forma de modernidad en ese siglo. Sin embargo, y aun a riesgo de atreverme a contradecirle, siquiera un poco, diría que en el XX y al menos lo que llevamos del XXI sigue manteniéndose buena parte de esa fe en la razón «universal» como la

² *Ibid.* El término «ciegamente» es el elegido para el citado Prólogo de 1947, en el previo de 1944 se opta por «de tal modo».

³ BERLIN, I., *El sentido de la realidad. Sobre las ideas y su historia*, trad. P. Cifuentes, Taurus, Madrid, 1998, p. 37.

⁴ *Ibid.*, p. 38.

única y exclusiva forma de testar lo correcto y por tanto admisible. Apenas se vislumbran cambios, al menos no significativos, en ese proceso civilizador en que la Modernidad se autopropugna, basado en la conocida combinación destacada por Weber entre razón instrumental y burocracia. Diríase más bien que, por caminos menos centralizados, más difusos y excéntricos, se mantiene una distancia e indiferencia social parecida a la del siglo anterior que perpetúa el etnocentrismo en que se basa el excluyente impulso modernizador de la razón. Habrá de analizarse si «la intensificación y la diseminación de la creencia en los derechos humanos y la dignidad humana» ese rasgo tan «importante de nuestra era, i.e. desde el fin de la Segunda Guerra Mundial y aún más desde el colapso de los sistemas comunistas en Europa y la Unión Soviética»⁵ participa o no de ese engrandecimiento de la razón. De otro modo: se va a considerar si la «sacralización de la razón» se produce también a través y por medio de la «sacralización de los derechos humanos» o, dicho en palabras de Hans Joas, si «el carisma de los derechos humanos es verdaderamente el carisma de la razón» o no lo es con las consiguientes consecuencias que ello pueda reportar.

2. LIBERTAD DE CONCIENCIA: EL PRINCIPIO Y EL FINAL

En toda teoría se concede una especial importancia al elemento, momento o proceso que inicia el orden, sistema o paradigma que inaugura. Además de fundamento el origen suele ser llave y dar noticia de lo que lleva tras sí. En el caso que nos ocupa, el de las declaraciones de derechos humanos y libertades públicas, el establecimiento de su génesis y formación no es del todo pacífica. Si nos detenemos en este punto es porque, más allá de su interés dogmático, tal vez su análisis pueda contribuir a esclarecer algo del escenario en que se desenvuelve alguna de esas libertades y del incierto porvenir que se adivina. Y es que no es baladí determinar cuál sea el principio de todo pues es alrededor de él donde confluyen o se enfrentan los valores e intereses, instaurándose mediante pacto o victoria a partir de entonces el nuevo orden jurídicamente instituido.

Se trata, en concreto de saber cuál fue la primera de las libertades o el primero de los derechos para corroborar o rectificar que fuera obra de la razón en su tenaz empeño por ordenar o, por el contrario, el resultado del desafío

⁵ JOAS, H., *Creatividad, acción y valores. Hacia una teoría sociológica de la contingencia*, trads. L.F. Segura et al., Porrúa, México, 2002, p. 89.

de otras aspiraciones de las que el discurso lógico normativo por sí solo no puede dar razón. Fue Jellinek quien primero puso en tela de juicio la asentada aseveración de que los derechos políticos expresados en la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 eran los primeros, fundadores y legitimadores del resto. La polémica en especial aunque no solo con la doctrina francesa estaba servida. Pero la teoría del Jellinek al respecto no se quedaba ahí: sus cuatro tesis principales «revolucionaron» la visión predominante de lo que era y suponía dicha Declaración. De hecho aun hoy siguen siendo mayores los ecos de la perspectiva francesa que la del pensador alemán. Repasemos brevemente las cuatro refutaciones.

Primera: A juicio de Jellinek nada más lejos de la intención de Rousseau que cimentar en su *Contrato Social* un conjunto de libertades del individuo ni frente al Estado ni frente a terceros. La idea de Rousseau en virtud de la cual «va en contra de la naturaleza del cuerpo político que el soberano se imponga una ley que no puede infringir (...) no hay ni puede haber ninguna especie de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni siquiera el contrato social»⁶ es para Jellinek lo suficientemente clara por sí. Pero además sumada al tratamiento que el pensador suizo da en la misma obra a la libertad religiosa y al derecho de asociación política⁷ apuntalan la contundente y controvertida opinión de Jellinek en la que taxativamente afirma que «los principios del *contrat social* son, por tanto, absolutamente contrarios a una Declaración de Derechos. Porque de ellos proviene, no el derecho del individuo, sino la omnipotencia de la voluntad general, jurídicamente sin límites. La Declaración del 26 de agosto de 1789 está hecha en contradicción con el *contrat social*»⁸.

Segunda: La inspiración de la Declaración de derechos francesa es norteamericana, pero no la formulación genérica contenida en la proclamación de Independencia de 4 de julio de 1776 sino «los Bills of Right o Declarations of Rights» que precedían a las Constituciones de los Estados particulares de la Unión y que gozaban de fuerza obligatoria para gobernantes y gobernados.

⁶ ROUSSEAU, J. J., *El Contrato social*, trad. E. López Castellón, Edimat, Madrid, 1999, L. I, cap. 7, p. 64.

⁷ «Hay, pues, una profesión de fe puramente civil cuyos artículos corresponde fijar al soberano (...) aunque no puede obligar a nadie a creer en ellos, sí puede desterrar del Estado al que no los crea», «Para poder fijar bien el enunciado de la voluntad general importa que no haya ninguna sociedad parcial en el Estado y que cada ciudadano solo opine por sí mismo». *Ibid.*, L. IV, cap. 8, p. 183; y L. II, cap 3, p. 75 respectivamente.

⁸ JELLINEK, G., *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, trad. A. Posada, Comares, Granada, 2009, p. 47.

«Todos los proyectos de Declaración francesa (...) desenvuelven con más o menos amplitud y habilidad las ideas americanas. En punto a adiciones originales solo contienen desarrollos de doctrina pertenecientes, más bien, al dominio de la metafísica política»⁹.

Tercera: El origen de la idea de la consagración legislativa de un Derecho Universal del Hombre es la libertad religiosa en las colonias angloamericanas. El principio de libertad religiosa alcanzó en Norteamérica formulación jurídico-constitucional pero, a decir de Jellinek, «la idea de consagrar legislativamente esos derechos naturales, inalienables e inviolables del individuo, no es de origen político sino religioso. Lo que hasta aquí se ha recibido como obra de la Revolución es en realidad fruto de la Reforma y de sus luchas»¹⁰.

Cuarta: «Aun supuesta toda la eficacia de las teorías del Derecho natural, no puede deducirse de ellas sólo la idea de una Declaración de Derechos, tal como primeramente se realizó en América. Era menester que concurrieran otras fuerzas para desenvolver los gérmenes legislativos existentes. Y esas fuerzas no podían ser otras que las fuerzas de la vida histórica»¹¹.

Redactadas por primera vez en Heidelberg allá por 1895 tan novedosas conclusiones causaron una honda impresión, Max Weber fue uno de los autores que pasó a incorporar de forma explícita a su trabajo algunas de ellas: «Ya sea o no la más antigua –Jellinek sostiene, de modo convincente, que es la más antigua– esta ‘libertad de conciencia’ es la fundamental, en principio, pues se trata del más amplio ‘derecho del hombre’, el que abarca el conjunto de las acciones éticamente condicionadas y el que garantiza la libertad frente al poder del Estado, un concepto que en este sentido ha sido tan desconocido (...) A él se incorporan los demás derechos»¹².

⁹ *Ibid.*, pp. 52 y 53.

¹⁰ *Ibid.*, p. 85. Resulta especialmente significativo en ese sentido cómo se refiere a ese derecho el artículo 4 del *Bill of Rights* de New-Hampshire: «algunos derechos naturales son inalienables porque no pueden ser sustituidos ni canjeados por nada equivalente. De esta clase son los derechos de conciencia». [Traducción propia].

¹¹ *Ibid.*, p. 89.

¹² WEBER, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2ª ed., trs. J. Medina et al., F.C.E., México, 1979, p. 937, cfr. también la p. 909 de la misma obra. Poco después de la muerte de su amigo Jellinek acaecida en 1911, Weber le homenajeó en un acto familiar. En su alocución, reproducida íntegramente en la biografía que su esposa Marianne le dedica, Weber reconoce de forma expresa: «debo mencionar el muy considerable estímulo que recibí de sus principales obras (...) Tocaré solo unos cuantos detalles (...) la demostración de las influencias religiosas en la génesis de los ‘derechos humanos’ para la investigación de la importancia de los elementos religiosos en esferas en que no habríamos esperado encontrarlos», WEBER, M., *Biografía de Max Weber*, trad. M. A. Neira, F.C.E., México, 1997, p. 450.

De la mano de Jellinek podemos observar cómo la libertad religiosa, en tanto que libertad de conciencia, es la primera y más abarcadora de todas y cómo aun cuando resulta posible seguir las huellas de su fundamento en las doctrinas iusnaturalistas, es a la confrontación y la lucha histórica, no exenta de violencia en los Estados federales de la Unión, a quienes se debe su configuración jurídica constitucional. Ciertamente que, una vez articulada junto con las demás por obra del impulso sistematizador de la Razón, la especificidad de su origen se difumina hasta hacerse indistinta e incluso subalterna respecto a otras libertades civiles y políticas consideradas instituyentes.

Pero aunque Weber, debe a Jellinek su atención a la religión y su influjo en materia social, a diferencia de éste no parece estar buscando «una salida del estancamiento en el debate entre el historicismo y las doctrinas de la ley natural»¹³. Su argumentación ahonda en el poder de la Razón, a su parecer las certidumbres de la Ilustración, «apoteosis de Robespierre», vendrían a ser dos: que la justificación última de todas las libertades descansa en la razón y que ésta «siempre que se le conceda vía libre, conducirá al mejor mundo posible». A esa doble y absoluta entrega denomina «glorificación carismática de la Razón» que, sustentada por la igualdad jurídica formal en cuyas normas abstractas se materializa, dará paso a un proceso burocratización que conduce y apoya al capitalismo.

Hay en su enfoque, por otro lado incontrovertido, algo de acusación. Weber relaciona directamente el auge del capitalismo con los derechos del hombre y la burocracia, con la Razón en suma, pero, llegado el estadio de expansión y éxito, será el mismo capitalismo que antes se había aupado a hombros de los derechos humanos, el que en paradójica dependencia, los adaptará a las necesidades de orden y seguridad prescritas por el Estado. Si nos atenemos a sus palabras textuales: «como el *ascetismo intramundano* (...) tan necesario es para el capitalismo, así también los derechos del hombre y de la propiedad constituyeron las condiciones previas para que el capital pudiera valorizar libremente los bienes y los hombres»¹⁴. Es así como el mercado, sustentado en planteamientos estrictamente racionales, se consolida como símbolo y sustancia del capitalismo que carente de consideraciones «ni éticas ni anti-éticas, mas simplemente a-éticas» se hace «esclavitud sin dueño» en el que predomina el «carácter de un 'servicio' prestado a una *finalidad objetiva* impersonal»¹⁵.

¹³ JOAS, H., *Creatividad, acción y valores*, cit., p. 96.

¹⁴ WEBER, M., *Economía y sociedad*, cit., p. 938. Se respeta la cursiva del texto original.

¹⁵ *Ibid.*, p. 916. Se respeta la cursiva del texto original.

3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA: EL PESO DE LA VIOLENCIA

Nuestra premisa es que la explicación del origen de la libertad de conciencia resulta especialmente valiosa para interpretar adecuadamente la importancia de la defensa de las manifestaciones religiosas cuyo límite más visible y audible hoy lo constituye el ejercicio de la libertad de expresión. En defensa de la primera hemos visto cómo, en los últimos tiempos, se ha desplegado sin reparos el uso de la violencia más atroz como vía expeditiva para cercenar la libertad de expresión percibida por algunos como un ataque directo a su fe religiosa, es decir, a los valores considerados sagrados y, por tanto, por encima de cualesquiera otros. El papel del Derecho en este punto deviene especialmente complejo pues, más allá de la aplicación institucional de su aparato punitivo, deja ver a las claras algunas de sus dificultades y limitaciones.

En ese contexto ha de comenzarse por observar cómo con el trasfondo del poder conferido a la racionalización, ya sea a través de la burocracia especializada, ya a través del capitalismo, no es difícil percibir el escepticismo que impregna la obra de Weber respecto a las posibilidades de los derechos y las libertades. «¿Cómo es posible en presencia de esa tendencia hacia la burocratización salvar todavía algún resto de libertad de movimiento ‘individual’ en algún sentido?»¹⁶ Y, con todo, aun admitiendo que, en ocasiones, la burocracia supone un freno para los derechos humanos no parece residir ahí su mayor restricción. Otras dos consideraciones más han de hacerse al respecto pues inciden en su desenvolvimiento. Por un lado, los derechos y libertades representan la llegada de la ética a la política pero lo hacen de la mano de la razón aclamada como «garante» de resultados unívocos y universales. Sin embargo esa proposición de partida no es verdadera o, cuando menos es inexacta, pues la razón no es un mero soporte aséptico y neutro, la razón verbalizada en el lenguaje encarna por sí una moral. Por otro lado, «el medio decisivo de la política es la violencia» y no es Maquiavelo sino de nuevo Weber quien lo afirma. «Quien se mete en política, es decir, quien accede a utilizar como medios el poder y la violencia ha sellado un pacto con el diablo»¹⁷. Es así como ética y violencia acaban vinculados. Especialmente porque de las dos clases de ética: la de la convicción y la de la responsabilidad es ésta, la que mide consecuencias

¹⁶ *Ibid.*, cit., p. 1075.

¹⁷ WEBER, M., *El político y el científico*, 5ª ed., trad. R. Aron, Alianza, Madrid, 1979, pp. 165 y 168.

y resultados, «la que toma en cuenta todos los defectos del hombre medio»¹⁸ la que más espacio ocupa en política en caso de que, después de ella, quede algún hueco para la otra¹⁹.

La violencia se convierte así en el «inconveniente» del otro lado de la moneda de las libertades y los derechos, pues ¿acaso sería cauto pensar en la posibilidad de libertad sin violencia? A juzgar por las enseñanzas de la Historia, espejo donde se refleja sin máscara la naturaleza humana, no parece que podamos liberarnos de la violencia así como así. Vuelvo de nuevo la mirada a Berlin y hago mía su escarmentada impresión cuando afirma: «puede demostrarse que es falsa la creencia de que, en principio, hay una fórmula única mediante la realizar de forma armónica todos los fines de los hombres. Si, como creo, los fines de los hombres son múltiples, y no todos ellos son en principio compatibles entre sí, entonces la posibilidad de conflicto –y de tragedia nunca podrá eliminarse de la vida humana–»²⁰. Pero incluso más allá de ello, como ya señalara Simmel, el conflicto es, en sí, una forma de socialización humana, de hecho, una de la más intensas, por lo cual y en esa medida es poco realista prescindir totalmente de su concurrencia²¹.

Quizás, descartada la imposición de un discurso ético y racional universal sí pudiera imaginarse una convivencia algo más pacífica pero, a su vez, en ese hipotético supuesto se incurriría en la contradicción de aceptar un *laissez faire*, *laissez passer* no económico sino ético al «aprobar» la vigencia de normas y la protección de bienes jurídicos incompatibles con aquellos que se defiende. No, no es difícil ver asomarse el dilema. ¿Nos conduce todo esto a un callejón sin salida? ¿Esa fragilidad constitutiva de los derechos humanos y

¹⁸ *Ibid.*, p. 164.

¹⁹ En la interpretación que hace Miguel Catalán de la «Política como vocación» Weberiana no hay lugar a dudas: «los reinos de la ética y la política son independientes (...) su noción de ‘ética de la responsabilidad’ vacía de contenido práctico los principios morales los cuales quedan adscritos a una impracticable en la vida pública ‘ética de la convicción’ (...) ejemplificada en la moral evangélica o en la kantiana tan elevadas como ineficaces». El tenor literal de las palabras de Weber es algo menos contundente: «la ética de la responsabilidad y la ética de la convicción no son términos absolutamente opuestos, sino elementos complementarios que han de concurrir para formar al hombre auténtico, al hombre que puede tener ‘vocación política». Al respecto cfr. CATALÁN, M., «Introducción» a *Condorcet. ¿Es conveniente engañar al pueblo?*, Sequitur, Madrid, 2009, p. 25; y WEBER, M., *El político y el científico*, cit., p. 176.

²⁰ BERLIN, I., *Dos conceptos de libertad*, 2ª ed., trad. A. Rivero, Alianza, Madrid, 2014, p. 136.

²¹ SIMMEL, G., *El conflicto. Sociología del antagonismo*, trad. J. Eraso, Sequitur, Madrid, 2010, p. 9. No dista demasiado de la apreciación de Max Weber al respecto: «El conflicto no puede ser excluido de la vida social (...) la paz no es más que un cambio en el carácter del conflicto».

las libertades, fruto de su contingencia y su dependencia del uso de la fuerza constituye una debilidad salvable o, por el contrario, es, a futuro, una debilidad mortal?

Según Weber: «constituye un burdo autoengaño creer que sin dichas conquistas de la época de los ‘derechos del hombre’ podríamos –aun el más conservador entre nosotros– ni siquiera vivir»²². Y ello que es válido para su época no parece menos aplicable para la nuestra. Pero no, eso tampoco zanja el problema.

El propio Weber hace un sucinto y lúcido recuento histórico del nudo que une libertad religiosa y violencia: «El protestantismo (...) legitimó el Estado, es decir, el recurso a la violencia, como una institución divina, especialmente el Estado autoritario legítimo. Lutero quitó de los hombros del individuo particular la responsabilidad ética de la guerra para arrojarla sobre la autoridad, a la que se puede obedecer sin ser culpable en todo salvo en cuestiones de fe. El calvinismo volvió a aceptar como principio básico la legitimidad de la fuerza como medio para la defensa de la fe, es decir, la guerra de religión, que fue un elemento vital para el Islam desde sus comienzos. Como puede verse, no es la moderna falta de fe, nacida del culto renacentista por el héroe, la que ha suscitado el problema de la ética política. Todas las religiones con éxito muy distinto han lidiado con él, no podía por menos de suceder. La singularidad de todos los problemas éticos de la política está determinada sola y exclusivamente por su medio específico, la *violencia legítima* en manos de las asociaciones humanas»²³.

Entendemos que lo que late detrás del monopolio del uso legítimo de la violencia es la idea del monopolio del uso legítimo de la razón que es casi tanto como decir, del monopolio de la verdad y el bien. La apropiación de la razón erige una «ficción» en virtud de la cual es tenido por irracional todo cuanto se aparte de esa «razón universal». Solo los ordenamientos jurídicos, instituciones y valores al amparo de «esa razón» son lógicos y justificados, el resto resultado del desequilibrio o el delirio.

Cada vez que nos hallamos ante una «incompatibilidad axiológica» resuelta mediante la violencia asistimos a una apropiación de la razón. Así, a nosotros nos resulta hoy contra-intuitivo cualquier horizonte en que pudiera

²² WEBER, M., *Economía y sociedad*, cit., p. 1075. Idéntico texto puede encontrarse en WEBER, M., *Escritos políticos*, trad. J. Abellán, Alianza, Madrid, 1991, p. 135.

²³ WEBER, M., *El político y el científico*, cit., pp. 170-171.

prescindirse de los derechos humanos puesto que la interiorización de nuestra cultura jurídica ha convertido en intuición natural lo que antes no era sino un constructo. En sentido contrario, en aquellos espacios cuya cultura jurídica no se cimenta sobre tales derechos y libertades resulta contra-intuitivo la proclamación y defensa de los mismos. Por pequeña que sea la dosis de humildad cognoscitiva utilizada nos obliga a advertir que la contingencia forma parte de todo lo humano, por supuesto también de su cultura jurídica y organización social. El reflexivo reconocimiento de ello es, en sí, un ejercicio de libertad que sitúa en primer plano la inevitable y permanente tensión entre contingencia y universalidad que lleva al Derecho a un nivel de exigencia máximo²⁴.

En medio de esa tensión, como preocupada mediadora, la Filosofía jurídica, lo mismo que la general, basa su sentido y su labor en el intento de escapar de la inconsistencia teórica, jurídica y ética a que puede conducir todo ello. Pero ambas se desenvuelven en una cierta entropía producto del desorden ínsito en el pensamiento y la construcción continua de distinciones, conceptos y clasificaciones que a veces se excluyen, otras se solapan y en ocasiones se suceden. Y si la labor de las dos es compleja y delicada la de la Filosofía jurídica lo es especialmente dado su propósito de fundamentar que el Derecho logre que el «caos» y la violencia sean limitados.

La violencia, como el resto de las manifestaciones humanas, no se desliga de la época en que se desenvuelve, también ella es histórica y adquiere los rasgos del momento en que se ejerce de tal modo que las formas de vida y las de destrucción están fuertemente vinculadas. La violencia tiene también una ambivalente relación con el Derecho. Es la fuerza la que sostiene, llegado el caso la legitimidad en que descansa el Derecho y es la fuerza a la que se recurre, llegado el caso, para romper la cadena de validez que da continuidad a ese Derecho instaurando un ordenamiento nuevo. Si el Derecho es el cauce por el que fluye la política en épocas de paz, la guerra no es sino una continuación

²⁴ Coincido con Rorty en lo este planteamiento supone de ruptura con Platón y toda la tradición filosófica que llega hasta Hegel y, en consecuencia, el alineamiento junto a autores que, como Nietzsche, sustentan que la realidad y la verdad son contingentes, no se descubren sino que son creación humana a través, sobre todo, del lenguaje cuyas metáforas construyen el mundo. Al respecto cfr. RORTY, R., *Contingencia, ironía y solidaridad*, trad. A. Eduardo Sinnot, Paidós, Barcelona, 2014, pp. 45-46; y GONZÁLEZ ORDOVÁS, M^a J., «Derechos humanos: naturaleza y ley. Reivindicación del perspectivismo de Nietzsche», *Derechos y Libertades*, n^o 33 (2015), pp. 163-195; y «Las raíces del viento. Un análisis desde Nietzsche sobre el Derecho como forma reguladora de conocimiento», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n^o XXXII (2016).

de la política por otros medios, así la definió Clausewitz²⁵ y sigue siendo referencia hasta hoy. Pero hoy la guerra, como todo y como siempre, también se ajusta a la coyuntura y circunstancia de lo que hay. Cada época, cada sociedad se organiza de un modo, y también lo hace en lo tocante a la distribución y empleo de su fuerza. La violencia, agazapada o en acto, nunca se ha alejado de la organización y control social, del poder en suma. Nada sería más absurdo que pretenderlo ahora.

Weber relaciona directamente el problema de la lucha y la violencia con la cuestión de las identidades: «no hay paz en la lucha económica por la existencia (...) solo la ilusión de paz (...) La triste realidad del problema de la población (de las poblaciones portadoras de distintas señas de identidad) nos impide ser eudaimonistas, ilusionarnos acerca de que la paz y la felicidad humanas estén encerradas en el seno del futuro y creer que el espacio en que existe libertad de movimiento pueda ser adquirido (...) sin una dura lucha del hombre contra el hombre»²⁶.

En la actualidad la de la identidad es vista como una de las cuestiones clave para comprender y diagnosticar el problema de la violencia. La identidad se establece a través de la cultura, con la conjunción de dos polos en equilibrio inestable pero inseparables, a saber: «los rasgos de hábito» y «los rasgos de creencia o de fe». A través de estos se produce un llamamiento sea «de Dios, de la Patria o de la Revolución» que enuncia el deber²⁷. Así, desde esa óptica, sería la Religión en sentido clásico, la «Religión civil»²⁸ o el ideal quienes decretarían el peso del compromiso. Las sociedades modernas o «postradicionales» construidas sobre la base de la separación Iglesia-Estado componen la unidad e identidad común a través de la Religión civil en tanto que «suceden de la doctrina religiosa que integra la conciencia normativa de toda una población»²⁹.

²⁵ «La guerra es una mera continuación de la política por otros medios (...) la guerra no constituye simplemente un acto político, sino un verdadero instrumento político, una continuación de la actividad política, una realización de esta por otros medios. Lo que resta de peculiar en la guerra guarda relación con el carácter igualmente peculiar de los medios que utiliza», CLAUSEWITZ, K. VON, *De la guerra*, trad. C. Fortea, La Esfera de los libros, Madrid, 2005, p. 22.

²⁶ WEBER, M., *Escritos políticos*, vol. 1, trad. J. Aricó, México, Folios, 1982, p. 16.

²⁷ BALIBAR, E., *Violencias, identidades y civilidad*, trad. L. Padilla, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 71.

²⁸ Tomo aquí el concepto de «Religión civil» de R. N. BELLAH en esta «Religión» lo divino es el orden y el Derecho. «Civil Religion in America», en BELLAH, R., *Beyond Belief*, Harper and Row, Nueva York, 1970, p. 175.

²⁹ BERIAIN, J., *La integración en las sociedades modernas*, cit., pp. 12 y 308.

Pues bien, Bauman sostiene que la violencia que hoy conocemos y padecemos «surge de la privatización, desregulación y descentralización de los problemas de identidad»³⁰. Las luchas en defensa de la propia identidad, léase de las propias creencias, se habrían convertido en batallas de reconocimiento tanto más profundas cuanto más deficiente es la regulación jurídica. A su parecer, «el derrumbe de las viejas estructuras de autoridad afecta a todos los niveles de la integración social, pero hay dos niveles en los que se hace particularmente importante y evidente –el global y el relativo a la *vida política*–. Ambos han adquirido una importancia que nunca antes habían tenido dentro del conjunto de factores que dan forma a las condiciones bajo las cuales la vida se desarrolla hoy día, y ambas carecen de tradiciones a las que recurrir y en las que apoyarse cada vez que buscan nuevos patrones de acción (...) La condición de desorden, ávidamente explotada en todas las batallas de reconocimiento, se perpetúa a sí misma (...) Cada acto de violencia conlleva actos de venganza que a su vez invitan a responder (...) Las campañas de la guerra de reconocimiento que esperan medir las oportunidades ofrecidas por la inestabilidad continua se convierten en una estrategia cada vez más atrayente»³¹.

La irrupción de la violencia, perpetuada o intermitente, en el escenario público es un indicio de que «no deberíamos interpretar por más tiempo la emergencia de la Modernidad como una concepción evolucionista, sino, más bien, como resultado de una constelación histórica contingente»³². Es nuestro ensalzamiento y justificación de la razón propia como universal lo que nos dificulta advertir cuánto hay de idealidad y búsqueda de certidumbre en esta Modernidad construida que prescinde de la complejidad de la pluralidad y de su propia contingencia³³. Una de las conclusiones a las que llega Hans Joas en su provocativo ensayo *La modernidad de la guerra* es la «profunda ambigüedad

³⁰ BAUMAN, Z., «El eterno retorno de la violencia», en BERIAIN, J. (ed.), *Modernidad y violencia colectiva*, trad. A. Elena, CIS, Madrid, 2004, p. 36.

³¹ *Ibid.*, pp. 46 y 47.

³² JOAS, H., *La modernidad de la guerra*, cit., p. 58.

³³ «Entre las descripciones más frecuentes de la sociedad moderna se encuentra una y otra vez la referencia a una medida insólita de contingencia. Se refiere a las estructuras sociales, por ejemplo, al derecho positivo (...) pero por lo menos desde Boutroux también a las leyes naturales en las que todas las tecnologías tienen que poder confiar, incluso simplemente al uso de signos», LUHMANN, N., *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, trad. C. Fortea, Paidós, Barcelona, 1997, p. 87.

de la cultura moderna»³⁴. Aunque de forma implícita la Modernidad con su idea de progreso evolutivo basado en la razón albergó la idea de un horizonte sin violencia ni guerra o, cuando menos una menor probabilidad de guerra bajo su égida. Sin embargo ello no deja de ser una ilusión o un mito pues, a juicio de Beirain, no hay una única Modernidad sino que son múltiples y en disputa³⁵. Disputa que, llegado el caso, se concreta también por medios violentos. El alcance de las distintas formas de entender la Modernidad no responde a su pretendida validez universal sino a la fe depositada en ellas por sus respectivos defensores. Advertir tal pluralidad no es derrotismo sino adecuación a la complejidad. Y es que se puede confiar en los valores centrales de la Modernidad y, a la vez, permanecer escéptico sobre su inquebrantable fundamento y posibilidades de éxito 'universal'. Aun contra la tendencia natural a la conservación y expansión de toda forma de vida, y la Modernidad lo es³⁶, la Modernidad tiene límites y en la medida en que «la Modernidad no remite a la estación final en la que concluye y periclita la creación de valores; tenemos que entender la génesis de nuevos valores y las tensiones entre ellos y las instituciones existentes»³⁷.

4. ¿DE QUÉ ESTÁ HECHA UNA SOCIEDAD? INSTITUCIONES, LENGUAJE, IDENTIDAD DISCURSIVA

La sociedad está hecha de Derecho pero no solo de él. A su vez, el Derecho es un conjunto sistemático de normas y es más que eso. A tal primordial concepción del Derecho ha de añadirse la que lo comprende como un arma-

³⁴ JOAS, H., «La modernidad de la guerra. La teoría de la modernización y el problema de la violencia», en BERIAIN, J. (ed.), *Modernidad y violencia colectiva*, cit., p. 61.

³⁵ La Modernidad occidental lucha consigo misma y las distintas modernidades luchan contra ella y entre sí. BERIAIN, J., *Modernidades en disputa*, Anthropos, Barcelona, 2005. Aunque lo cierto es que tampoco sobre ese aspecto hay acuerdo pues mientras Beirain introduce la noción de «modernidades múltiples que desarrollan el programa cultural y político de la modernidad en muchas civilizaciones en sus propios términos (...) frente a la noción europeo-occidental de modernidad como concepto omniabaricante», Giddens sostiene que aun con algunas matizaciones definidas la Modernidad es definitivamente occidental. Al respecto cfr. BERIAIN, J., «Modernidades múltiples y encuentro de civilizaciones», *Papers*, nº 68 (2002), pp. 33 y 34 y GIDDENS, A., *Consecuencias de la Modernidad*, trad. A. Lizón, Alianza Universidad, Madrid, 1993, p. 163.

³⁶ «La Modernidad es intrínsecamente globalizadora (...) universalizadora (...) El periodo en que vivimos actualmente es un periodo de gran Modernidad», GIDDENS, A., *Consecuencias de la Modernidad*, cit., pp. 67, 163 y 152 respectivamente.

³⁷ JOAS, H., «La modernidad de la guerra. La teoría de la modernización y el problema de la violencia», cit., pp. 49, 51, 60 y 62.

zón conceptual e institucional que da forma a la arquitectura de las reglas y principios. Por otra parte, el Derecho es lenguaje pues se formula, propaga y defiende como lenguaje ya sea prescriptivo, ya argumentativo. Pero esas imprescindibles piezas precisan de una argamasa que las encaje y dote de cierta unidad y cohesión: la identidad discursiva. Constituciones, instituciones, ley, lenguaje son necesarios pero no bastantes para dar completa explicación de lo que une a una sociedad pues cada una de ellas ‘teje’ su propio código de identidad y coherencia³⁸.

4.1. *Instituciones*

En cuanto al papel de las instituciones es célebre el criterio de Gehlen: «Así como los grupos animales y las simbiosis son mantenidos mediante accionadores y movimientos instintivos, los grupos humanos lo son mediante las instituciones y los hábitos mentales cuasi-automáticos que en ellas ‘se fijan’. Hábitos de pensar, de sentir, de valorar y de actuar, que solo entendidos como institucionales se unen entre sí, se hacen habituales y así se estabilizan (...) Si se destruyen las instituciones, vemos aparecer inmediatamente una imprevisibilidad e inseguridad y carencia de protección frente a los estímulos por parte del comportamiento (...) Solo dentro de un sistema cultural establemente institucionalizado se puede llegar a actitudes elaboradas e irreversibles»³⁹.

Aunque también defensora de las instituciones, las normas y la justicia, la opinión de Judith Shklar resulta algo menos complaciente y más consecuencialista puesto que si bien afirma que «sin instituciones jurídicas y sin las creencias que las apoyan no puede hablarse de relaciones sociales decentes, justas y estables, sino solo de angustia, desconfianza mutua e inseguridad», añade que no es

³⁸ A su vez, en el caso del Derecho también existe una argamasa similar que ayuda a optimizar su labor, actúan auténticos «nexos de sentido que permanecen latentes para los implicados mismos y que objetivamente establecen una conexión entre el sistema jurídico y su entorno social (...) los expertos interpretan las distintas proposiciones normativas (...) también desde el horizonte de una precomprensión de la sociedad contemporánea», HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 469.

³⁹ GEHLEN, A., *El hombre. Su naturaleza y su lugar en el mundo*, trad. F. C. Vevia, Sígueme, Salamanca, 1980, p. 91. Cfr. también las pp. 63, 64 y 70. Además el autor ahonda en la misma cuestión en *Antropología filosófica. Del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo*, trad. C. Cienfuegos, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 38, 39, 77, 78, 89, 90 y 92.

menos cierto que «cuando confiamos en tales reglas, tendemos a acabar sintiéndonos demasiado seguros de nuestro poder, lo cual nos hace arrogantes, crueles y tiránicos»⁴⁰. El porqué de ello descansa en nuestra paradójica relación con el Derecho: por un lado nuestras pretensiones hacia él son desmedidas, esperamos que una sólida estructura jurídico-normativa sea suficiente para ordenar un sistema de derechos y libertades tanto más adecuado cuanto más universal. Sin embargo, por otro, no reconocemos ni remediamos la ignorancia que impide el juicio acertado, una doble ignorancia. «Seguimos siendo demasiado ignorantes y demasiado diversos como para que tenga éxito cualquier esquema normativo» y además obviamos el limitado alcance del Derecho, «la ley es una magra medicina social porque no comprende que para la superación de la injusticia es necesaria previamente la armonía ya sea racional o por la vía de la fe»⁴¹.

Shklar coincide en este punto con Bauman quien sin citar expresamente a Gehlen parece tener bien presente su entusiasmo por las instituciones cuando señala: «Es insostenible concebir nuestra historia europea como el triunfo de la humanidad sobre el animal que el hombre lleva dentro, como el triunfo de la organización racional sobre la crueldad de una vida repugnante, salvaje y corta. También es insostenible concebir la sociedad moderna como una contundente fuerza molarizadora, sus instituciones como poderes civilizadores, sus controles coercitivos como diques que defienden la quebradiza humanidad contra las riadas de las pasiones animales»⁴².

Basta con recordar el papel de las instituciones en el caso del holocausto combinación letal de la acción de la burocracia estatal y la parálisis social. No cualesquiera instituciones pueden garantizar las libertades, ni evitar la violencia, como en el del genocidio puede darse el caso de que sean las propias instituciones las que la impulsen.

4.2. *Lenguaje*

El lenguaje, no solo el jurídico sino todos ellos, define sus objetos aun cuando pretende estar solo describiéndolos. El lenguaje, en tanto que verbalización oral o escrita, de la razón comparte sus caracteres: tampoco él es

⁴⁰ SHKLAR, J., *Los rostros de la injusticia*, trad. A. García Ruiz, Herder, Barcelona, 2010, pp. 52 y 63 respectivamente.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 63 y 60 respectivamente.

⁴² BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto*, 4ª ed., trs. A. Mendoza y F. Ochoa, Sequitur, Madrid, 2008, p. 246.

aséptico o neutro. Es cadena de transmisión de moral y valores y, en esa medida, genera una determinada visión del mundo: abre ciertas perspectivas pero dificulta otras⁴³. Y para el arte queda en sus distintas manifestaciones, lo que el lenguaje por sí solo no es capaz de crear, expresar o registrar.

En ese contexto la noción y expresión de derechos humanos concita una cierta confusión que no es ajena a sus problemas de legitimación universal. Confluyen en los derechos humanos y libertades los niveles descriptivo y normativo, así decimos que ellos refieren lo que hay, esto es, describen la realidad pero a la vez, y con la mayor naturalidad, también ordenamos la realidad a través de ellos. Pero ello solo es posible en parte pues para describir y prescribir la realidad de un modo coincidente se hace preciso compartir el mismo lenguaje. Fuera de ese lenguaje común, esto es, fuera de ese código la realidad se resiste a nuestros intentos de relatarla y «domesticarla». Me valgo aquí de la argumentación de Rorty: «Lo que los utopistas políticos han percibido desde la Revolución Francesa no es que una naturaleza humana subyacente y perenne hubiese estado anulada o reprimida por instituciones sociales ‘innaturales’ o ‘irracionales’, sino que el cambio de lenguajes y de otras prácticas sociales pueden producir seres humanos de una especie que antes nunca había existido. Los idealistas alemanes, los revolucionarios franceses y los poetas románticos tenían en común la oscura percepción de que seres humanos cuyo lenguaje cambió de forma tal que ya no hablaban de sí mismos como sujetos a poderes no humanos, se convertían con ello en un nuevo tipo de seres humanos»⁴⁴.

El lenguaje nos forma tanto como nosotros a él⁴⁵. Así, nosotros somos los hombres de los derechos del hombre porque pronunciamos a diario esa

⁴³ «El poder de definición del lenguaje refuerza, por tanto, los poderes de diferenciación, separación, segregación y eliminación que residen en la estructura de la dominación social. También recibe su legitimidad y su capacidad persuasiva de esas estructuras», BAUMAN, Z., *ibid.*, p. 140. Si bien es verdad que Bauman se refiere de forma expresa al lenguaje sociológico, él mismo extiende su consideración a todo lenguaje, también al jurídico, incluso especialmente al jurídico, dada su intrínseca naturaleza generativa. Añádanse a ello las reflexiones de Pierre Bourdieu sobre el poder simbólico del lenguaje jurídico en su «lucha por la definición legítima de la realidad». Al respecto cfr. BOURDIEU, P., *Langage et pouvoir symbolique*, Seuil-Points, Paris, 2001; e ID., *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Fayard, Paris, 1982, pp. 40, 50 y 52 entre otras. También GARCÍA INDA, A., *La violencia de las formas jurídicas. La sociología del Poder y el Derecho en Pierre Bourdieu*, Cedecs, Barcelona, 1997.

⁴⁴ RORTY, R., *Contingencia, ironía y solidaridad*, cit., pp. 27 y 28.

⁴⁵ Sin incurrir en lo que Derrida denominara «nostalgia heideggeriana» sí creemos que «el lenguaje es la casa del ser» sin tener que renunciar por ello a la contribución de Wittgenstein sobre su irreductible contingencia.

expresión. Pero el lenguaje es contingente y su contingencia es muestra de la contingencia de la conciencia siendo que ambas se refuerzan y fortalecen mutuamente. Lo cual lejos de hacer tambalear los resultados de la misma no los hace menos influyentes o menos significativos. Y, por supuesto, asumir la importancia de la contingencia en todo lo humano no implica que podamos relegar al Derecho y más en concreto a los derechos humanos y libertades que él articula.

4.3. *La identidad discursiva*

Las piezas de las que se conforma una sociedad basan su accidentada continuidad en el discurso identitario que, como todo discurso se compone por igual de significados, significantes y símbolos. Sumados el espacio institucional y una «red de comprensiones que opera por debajo y por encima de instituciones explícitas e intereses autoconscientes» se logra una «conciencia estructurada y socialmente establecida»⁴⁶. Un auténtico código que proporciona las «categorías estructuradas de lo puro e impuro» de lo bueno y lo malo, lo admisible y lo inaceptable en última instancia gracias a las cuales se genera una ‘estabilidad’ suficiente para frenar una contingencia que, de otro modo, sería casi absoluta⁴⁷. Pero es que no existe sociedad que no trate de resistirse a la contingencia a través de sus propias estructuras, categorías y discursos. «Del mismo modo que no existe una religión desarrollada que no divida al mundo entre lo venerable y lo detestable, tampoco existe discurso civil que no conceptualice el mundo entre aquéllos que son merecedores de inclusión y aquéllos que no lo son»⁴⁸.

Es así, a través de todos los medios disponibles como la política se convierte en una pugna discursiva, en un intento por fortificar y expandir la legitimidad y eficacia del propio discurso en detrimento de aquellos que pretenden minarlo o derrotarlo. Los discursos y los códigos se presentan en términos excluyentes cuando lo aceptado y lo rechazado por una sociedad resulta incom-

⁴⁶ ALEXANDER, J. C., *Sociología cultural. Formas de clasificación en las sociedades complejas*, trad. C. Sánchez Capdequí, Anthropos, Barcelona, 2000, p. 143.

⁴⁷ Aunque sea de manera reversible, «las estructuras detienen el tiempo (...) ya que dejan abierto un repertorio restringido de posibilidades de selección», LUHMANN, N., *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, trad. S. López Petit y D. Schmitz, Paidós, Barcelona, 1990, p. 114.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 143 y 256.

patible con lo de otra. Entonces cuando la dicotomía no puede ser contenida en términos narrativos y discursivos se abre paso a la violencia como medio de salvación de ese mundo, de cada uno de ellos. En el sentido de lucha por el mantenimiento y supervivencia de lo que es tenido como sagrado, como bien –legal, legítimo, justo– la violencia, «la guerra tiene sus razones racionales»⁴⁹. Para unos puede ser la defensa de Dios, para otros, los más cercanos a la teoría de la Modernidad serán los mandatos de una religión civil no menos apremiante que las clásicas. Sea como fuere la producción del orden social gira en torno a la defensa de una idea acerca de lo que es ‘sagrado’ sea divino, sea terreno el empleo de la violencia para su protección es un hecho histórico aunque en el presente cambien «sus formas de expresión y sus portadores»⁵⁰. Los límites al compromiso con lo ‘sagrado’ habrán de provenir de ‘dentro’ si se trata de fijar o im-poner desde fuera el uso de la violencia será considerado inevitable por muchos.

5. EL COMPROMETIDO PAPEL DEL DERECHO: LA HUMILDAD JURÍDICA DE EVITAR EL MAL

A tenor de lo visto hasta aquí bien puede decirse que el proceso civilizador que supone la Modernidad, sea una como entiende Giddens o varias como afirma Beriaín, es permanente y no se detiene. Ello, aunque no solo, puede percibirse fácilmente a través de uno de sus rasgos característicos: su constante «redistribución de la violencia»⁵¹. La sociedad sin violencia fue, quíerose o no, un sueño de la Modernidad empeñada en desoír o superar su propia dialéctica. La violencia antes y durante la Modernidad mantiene una conexión directa con la creación y fijación del orden y, en consecuencia, con el Derecho. Pero ¿qué significa crear un orden? «Es crear el sentimiento de estar juntos. El resto sólo es organización (...) Hoy se cree que la integración económica y jurídica de los Estados (...) puede agotar los manantiales de la guerra. Esa esperanza es vana. La integración y el orden político son fenómenos de naturaleza distinta. Uno es relativo a la organización y al interés, el otro se refiere al sentimiento y a la convicción más íntima. Esa diferencia

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 254 y 257.

⁵⁰ BERIAÍN, J., *La integración en las sociedades modernas*, Anthropos, Barcelona, 1996, p. 345.

⁵¹ BAUMAN, Z., «El eterno retorno de la violencia», cit., p. 19.

permite el parejo crecimiento de la organización y la crisis». La cuestión también puede ser formulada a la inversa: «¿Se puede garantizar la paz? La respuesta es claramente, no»⁵².

El «sentimiento y convicción más íntima a que se refiere Philippe Delmas, nuestros valores, nuestro discurso identitario, en suma, es el de la libertad». Las libertades, con la de conciencia a la cabeza, son el eje de nuestra identidad y, en buena lógica, el de nuestro orden jurídico desde su positivación en las primeras Declaraciones de derechos y Constituciones democráticas modernas. A partir de entonces el Derecho tiene como principio y fin último la garantía y defensa del sistema de derechos humanos y libertades públicas. Pero eso es algo bien sabido. ¿Hay alguna singularidad que añadir propia de nuestro tiempo? De acuerdo con el diagnóstico casi estremecedor de Delmas el Derecho de hoy sí se vería profundamente afectado como consecuencia de la dinámica de ese proceso civilizatorio:

«No nos dejemos engañar por nuestra retórica. Haber conseguido la ratificación y la suscripción de nuestra visión de los derechos del hombre como moral aceptada por el orden internacional es una ganancia de poder formidable. Se debe utilizar con parsimonia y lucidez. La promoción de nuestros valores como referencias universales y únicas solo puede sernos beneficiosa. Los países débiles nos exigirán asegurar el servicio postventa. Sin embargo (...) la utopía jurídica carece de los medios necesarios. Solo se trata de una magnífica ilusión verbal. En cuanto a los países fuertes, solo rechazarán con más vigor esta colonización moral. Arriesgamos así, cuanto menos, acentuar la repulsa de cuanto pretendemos defender (...) Los derechos humanos son una ambición moral, no una política exterior. Renunciar a ellos sería perderlos. Creer y solo terminar invocándolos sería estafar la esperanza de quienes cuentan con nuestra acción. Nuestra política debe apuntar a lo esencial. Y no es la promoción sentimental de una utopía»⁵³.

En ese pretendido universalismo, en todo caso desencantado ¿Cuál ha de ser la finalidad del Derecho? ¿Pactar con la realidad, diseñarla o delimitarla? Ésta, la más modesta de las finalidades, sería quizás la más acorde con nuestra cultura moderna que implica tanto la «reflexividad en el sentido de

⁵² DELMAS, Ph., *El brillante porvenir de la guerra*, trad. P. Jacomet, Andrés Bello, Santiago de Chile, 1996, pp. 19 y 273.

⁵³ *Ibid.*, pp. 274-275. Se trata de una cita algo extensa pero su inclusión parece conveniente.

auto-análisis como también el conocimiento de que hay otras culturas, es decir, la contingencia de la pertenencia de determinados ítems a determinadas culturas»⁵⁴. Sin embargo, no es exactamente eso lo que está ocurriendo a juzgar por la autorizada opinión de Sloterdijk. Nuestra cultura, pero sobre todo nuestra teoría de la cultura, habría asumido «el reto de reformular los contenidos objetivos, religiosamente codificados, de las observaciones agustinianas en expresiones laicas, sea jurídica, clínica científico-culturalmente o en conceptos teórico-mediáticos»⁵⁵. Ese optimista reto que pretende una expansión de lo legítimo plantea, trasladado al ámbito jurídico, la disyuntiva de hacerlo o bien garantizando ‘el bien’ o bien evitando ‘el mal.’ Analicémoslo en tres planos. En el plano funcional, los ciudadanos, según Luhmann, no habrían de mostrar tanto un acuerdo sobre ‘lo bueno’ cuanto sobre unas ‘distinciones directrices’ sobre lo legal e ilegal, lo correcto y lo incorrecto. Pues la complejidad creciente obliga a una incesante selección y opción que desborda al ciudadano quien acaba transfiriendo la decisión a la legalidad con el consiguiente resultado de aumento de la contingencia⁵⁶.

En el plano temporal. La modernidad y con ella sus categorías, estructuras y conceptos jurídicos parecían poner el reloj a cero prescribiendo implícitamente una especie de sincronización. Y aun cuando resulta constatable que las estructuras «atrapan la complejidad abierta» y así «detienen el tiempo» lo hacen de un modo reversible y, por tanto, relativo⁵⁷. Ni aun a través de ellas es posible escapar a la temporalidad de todo, ni siquiera el de las propias estructuras y conceptos pues aunque, en ocasiones, consiguen frenarlo, nunca pueden llegar a pararlo. La Modernidad, y con ella su Derecho, exigía poner a toda sociedad en la misma «casilla de salida» disponiendo que la linealidad del tiempo movería a todos de modo simultáneo llegando a las mismas metas, con iguales valores e idénticas garantías. Se partía de la premisa de que «la sociedad humana crecía en una dirección escrutable, regida por leyes; que la línea fronteriza que dividía a la ciencia de la utopía, a la eficacia de la ineficacia en cualquier esfera de la vida era susceptible de ser descubierta por la razón y la observación y podía ser trazada con mayor o menor precisión; que, en pocas palabras, había un reloj, cuyo movimiento seguía reglas desvelables y al que

⁵⁴ LUHMANN, N., *Observaciones de la Modernidad*, cit., p. 87.

⁵⁵ SLOTERDIJK, P., *Los hijos terribles de la Edad Moderna. Sobre el experimento autogenealógico de la Modernidad*, trad. I. Reguera, Siruela, Madrid, 2015, p. 22.

⁵⁶ A respecto cfr. LUHMANN, N., *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, cit., p. 69.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 114-115.

no se podía dar marcha atrás»⁵⁸. Pero esa codiciada soberanía sobre el tiempo también formaba parte de la ficción y, dada la escalofriante realidad de algunos acontecimientos del siglo XX y XXI quizás fuese más atinado poner fin a tal quimera. La pretensión de una simetría y sincronización universal sobre qué deba ser considerado bueno y defendido lleva al empleo del uso de la violencia colectiva cuando se constata que la multiplicidad y diferencia de los tiempos sociales no permite ese «avanzar al unísono» en la fijación y consolidación de lo bueno.

Y, finalmente en el material. Llevamos ya más de dos siglos actuando movidos por la convicción de que la Modernidad, en tanto que portadora y garante de los derechos del hombre, podía garantizar un mundo equilibrado, ambición que legitimaba por sí la intrusión –no siempre pacífica– en lugares y sociedades donde la forma de ver y ordenar el mundo fuera otra demasiado dispar. Hoy como antes, toda restricción a las libertades y toda coacción considerada legítima depende del juicio previo de «cómo determinemos el bien y el mal, es decir, de nuestros valores morales, religiosos, intelectuales, económicos y estéticos, que están, a su vez, ligados a nuestra concepción del hombre y a las exigencias básicas que dimanan de su naturaleza (...) Nuestra solución a tales problemas se basa en la visión que tengamos de qué constituye una vida humana satisfactoria, mediante la que nos guiamos consciente o inconscientemente»⁵⁹.

Pero dado que esa determinación es cada vez más compleja en el seno de las sociedades occidentales y más dispar respecto a la producida en las sociedades menos occidentalizadas la finalidad del Derecho de defensa y propagación de tales valores se dificulta cada vez más y el discurso identitario se abre paso coactivamente. Todo lo cual guarda una profunda y estrecha relación con «el pluralismo sin fronteras que hoy predomina» gestado en buena medida por «la despedida del dogma de la evolución homogénea (...) junto con la ruptura con la concepción monológica de la verdad de la vieja Europa» propias ambas de la Ilustración y esta a su vez, en ese sentido, heredera de la lógica medieval⁶⁰.

En esta situación de complejidad y pluralidad creciente y no concordante, cada vez es mayor la dificultad y fragilidad de las continuidades civi-

⁵⁸ BERLIN, I., *El sentido de la realidad. Sobre las ideas y su historia*, trad. P. Cifuentes, Taurus, Madrid, 1998, pp. 37-38.

⁵⁹ BERLIN, I., *Dos conceptos de libertad*, cit., pp. 136-137.

⁶⁰ SLOTERDIJK, P., *Ira y tiempo. Ensayo psicopolítico*, trs. M. A. Vega y E. Serrano, Siruela, Madrid, 2010, p. 224.

lizatorias así como la conciencia de ello⁶¹. Mayores por tanto los conflictos del y para el Derecho que, entre otras, habrá de hacer frente a las dificultades derivadas del «aumento de derechos reclamables por parte de posibles portadores de reivindicaciones formalmente válidas» por encima de los que pueden confirmarse mediante procesos ante los tribunales existentes o de la acentuación de una sensibilidad e indignación moral por encima de la que «puede calmarse remitiendo al cambio constante de estructura en las situaciones precarias»⁶².

¿Supone todo ello el fin(al) de la idea de derechos humanos que hemos conocido hasta ahora. ¿como ha sentenciado Costa Douzinas?⁶³. ¿Conduce todo ello a un relativismo paralizante? Aun no siendo la predicción tarea de la Filosofía del Derecho de lo dicho hasta ahora sí se infiere la necesidad de que todo el edificio jurídico nacional e internacional descansa en consenso metanormativo. Un acuerdo de mínimos donde se acuerden conceptos que pasen al lenguaje y establezcan límites. Una justificación externa del conjunto del sistema y por tanto antes ética y después jurídica Sin ella las posibilidades de reducir y reconducir el uso de la violencia serán muy escasas. Reconocer la directriz de lo tenido por bien y mal no restituye el maniqueísmo si a la vez se acepta que el mundo es un universo abierto con visiones no idénticas. Es imposible y regresivo instalarse en la certidumbre binaria estática y universal de bien y mal y ello, por supuesto ha de verse reflejado en las categorías, estructuras jurídicas e instituciones.

La verdad si no es se parece mucho a ese ejército móvil de metáforas descrito por Nietzsche⁶⁴. De no asumir la movilidad y la cárcel que puede suponer un lenguaje y un pensamiento jurídico fosilizado corremos el riesgo de que los derechos humanos se conviertan en una metáfora muerta. El inmovilismo puede resultar reconfortante pero solo para un plazo demasiado corto, mantenernos a buen recaudo de la contingencia para esquivar el desorden no

⁶¹ SLOTERDIJK, P., *Los hijos terribles de la Modernidad*, cit., p. 62.

⁶² *Ibid.*, p. 64.

⁶³ DOUZINAS, C., «El fin(al) de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 7 (2006), pp. 309-340.

⁶⁴ «¿Qué es la verdad? Una hueste en movimiento de metáforas, metonimias, antropomorfismos, en resumidas cuentas, una suma de relaciones humanas que han sido realzadas, extrapoladas y adornadas poética y retóricamente y que, después de un prolongado uso, un pueblo considera firmes, canónicas y vinculantes; las verdades son ilusiones que se han olvidado que lo son; metáforas que se han vuelto gastadas y sin fuerzas sensible», NIETZSCHE, F., *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*, 5ª ed., trad. L. M. Valdés, Tècnos, Madrid, 2008, p. 25.

es inteligente porque no es pragmático: no nos libra de nuestra vulnerabilidad, en todo caso la omite.

Una noción clausurada de derechos humanos ¿nos ayuda a interpretar mejor el mundo?, ¿lo tergiversa?, ¿lo manipula?, ¿lo transforma?, ¿lo mejora? ¿En opinión de quiénes? Aceptar la validez relativa de nuestras convicciones incluso de las tenidas por sagradas como los derechos humanos no es sino la aceptación de la falibilidad humana, el reconocimiento de sus limitaciones en todos los ámbitos, también en el cognoscitivo y axiológico. Darse cuenta de ello y, «no obstante, defenderlas resueltamente, es lo que distingue a un hombre civilizado de un bárbaro»⁶⁵. Suscribo también aquí la opinión de Berlín cuando dice, «pedir más apuntaría a una necesidad metafísica profunda e incurable. Pero permitir que esta determine la propia práctica es síntoma de una inmadurez moral y política igualmente profunda y más peligrosa»⁶⁶.

De ahí que el Derecho haya de tener como fin el evitar el mal y no tanto el de imponer ‘un bien’ pues es así como se abre la espita al uso de la violencia como instrumento para su prescripción. «En nuestra radical incertidumbre (...) lo mejor que podemos hacer es lamentar nuestras insuperables limitaciones y hacer el menor daño posible»⁶⁷. Schumpeter, Popper, Sklar, Berlin, Rorty, Baumann, Bernstein... no son voces idénticas pero sí coincidentes a la hora de fundamentar una cultura, también la jurídica, abierta, capaz de reflejar la realidad como encuentro de muchos lenguajes, de muchas verdades y muchos mundos, irremediabilmente plural. Como Dewey reclamaba, la «democracia creativa»⁶⁸ es una tarea perenne que también alcanza a las libertades y los derechos humanos, derechos que en el caso de ser, como diría Gehlen, una ficción, son ya para nosotros una ficción devenida obligatoria.

⁶⁵ SCHUMPETER, J.A., *Capitalismo, socialismo y democracia*, trad. J. Díaz, Aguilar, Madrid, 1971, p. 313.

⁶⁶ BERLIN, I., *Dos conceptos de libertad*, cit., p. 141.

⁶⁷ Esa es la opinión de Judith Sklar influida indudablemente por la de Montaigne. Al respecto cfr. *Los rostros de la injusticia*, cit., p. 63 y MONTAIGNE, M. DE, *Los Ensayos*, trad. J. Bayod, El Acanalado, Barcelona, 2007, pp. 1589-1670.

⁶⁸ J. DEWEY, «Democracia creativa: la tarea ante nosotros», en *Liberalismo, acción social y otros ensayos*, trad. J.M. Esteban, Alfons el Magnànim, Valencia, 1996.