

DERECHOS Y COHESIÓN SOCIAL. UNA PERSPECTIVA HISTÓRICO-JURÍDICA¹

MASSIMO MECCARELLI

Universidad de Macerata

Sumario: I. PREMISA. II. DERECHOS Y COHESIÓN SOCIAL: UNA CUESTIÓN DE ESPACIO JURÍDICO. III. EL ESPACIO JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS. IV. EL ESPACIO ESTATAL DE LOS DERECHOS. V. COMPLICACIONES DEL CUADRO CON PERSISTENCIA DE UN HORIZONTE MONISTA. VI. EL ESPACIO “JUSTICIAL” Y ULTRA-ESTATAL DE LOS NUEVOS DERECHOS. VI.1. Naturaleza jurisprudencial de los derechos. VI.2. Superación del nexo entre soberanía y derechos. VI.3. Los derechos en el mundo de la diversidad. VII. DERECHOS Y COHESIÓN SOCIAL: UN ‘DESAFÍO’ INTERDISCIPLINAR PARA LAS CIENCIAS JURÍDICAS. VII.1. Las razones de una perspectiva interdisciplinar. VII.2. Un diálogo entre las ciencias jurídicas. VII.3. Un diálogo con las ciencias sociales y humanas.

Resumen: El presente trabajo aborda la interrelación de dos cuestiones bien imbricadas, de suma importancia para el conocimiento jurídico: los derechos y la cohesión social, hasta qué punto el ejercicio de los primeros concede un medio óptimo para lograr el equilibrio social. Se aborda la cuestión situándola, desde una perspectiva teórica, en el ‘espacio jurídico’, y se distinguen cuatro modulaciones históricas diferentes: i. la comprensión de los derechos vigente en el antiguo régimen, ligada a la concepción del poder como jurisdicción; ii. la ubicación del horizonte de posibilidad de los derechos en el interior de los nuevos estados-nación; iii. las novedades que en este campo supusieron, en la primera mitad del siglo XX, la aparición de los derechos sociales y de los derechos humanos; iv. y, por último, como situación característica de la actualidad, la colocación decidida de los derechos en el ámbito internacional y su entidad de principios aplicados por la argumentación judicial.

Palabras Clave: Derechos humanos; derechos fundamentales; espacio jurídico; cohesión social; historia constitucional.

Abstract: This present work addresses the interrelation of two closely intertwined issues, of paramount importance to legal knowledge: rights and social cohesion, and to what extent the exercise of the former provides an optimal means to achieve social balance. The issue is approached by situating it, from a theoretical perspective, in the “legal space”, and five different historical modulacions are distinguished: i. the understanding of rights prevailing in the

¹ Trad. Sebastián Martín. El original se encuentra Letterio Mauro (a cura di), *Social cohesion and human rights. Reflexions on the Contemporary Society*, Milano, Franco Angeli, 2017, págs. 9-32. El contenido del texto, con la traducción presente aligerada en las notas, dio base a una lección de doctorado pronunciada el miércoles 25 de abril de 2018 en nuestra Facultad. Para la realización de la traducción conté con los consejos de Bartolomé Clavero y del propio Meccarelli. [N. del. T.].

ancient regime, linked to the conception of power as *iurisdictio*; ii. the placement of rights within the new nation-states; iii. the innovations in this field brought about in the first half of the twentieth century by the emergence of social rights and human rights; iv. and, finally, as a characteristic feature of the present, the resolute placement of rights in the international sphere and their status as principles applied by judicial argumentation.

Keywords: Human rights; fundamental rights; legal space; social cohesion; constitutional history.

I. PREMISA

La reflexión que un jurista puede realizar sobre la relación entre los derechos y la cohesión social tiene un horizonte bastante limitado. El binomio ‘derechos y cohesión social’ remite, de hecho, a una serie de premisas, problemas e implicaciones que se sitúan más allá del umbral jurídico. A este nivel solo aflora el asunto de las reglas dirigidas a custodiar la cohesión social o a combatir acciones que puedan ponerla en peligro, pero en él no viene considerado aquel nivel prejurídico que colma de sentido nuestro binomio.

La dimensión jurídica queda, por tanto, alejada de la profundidad del problema; sin embargo, es al mismo tiempo dramáticamente importante, pues, sobrepasado el umbral jurídico, se abre el abismo del *stasis*, el enfrentamiento civil². A causa además de esta apremiante especificidad el jurídico fue, en el pasado, un saber cada vez más especializado, encerrado en sus *arcana*, los misterios del derecho. Y es por esta misma razón por la que hoy, en un tiempo de transición, vuelve a ser un saber relevante desde una perspectiva de diálogo interdisciplinar.

He comenzado con estas consideraciones no para arrancar con una reflexión sobre los límites de la esfera jurídica en relación con otras esferas de regulación de la convivencia civil —reflexión que acaso mereciese ser desarrollada, sobre todo cuando se habla de derechos—. Sobre esta cuestión quizá vuelva más adelante e indirectamente. Ahora querría aclarar mi punto de vista sobre el problema, para explicar que mis observaciones no atañerán a los *factores que producen o hacen posible* la cohesión social; si acaso, se insistirá sobre aquellos que sirven para *defender su existencia* en sus niveles esenciales.

² Para una reflexión reciente sobre el problema, véase G. AGAMBEN, *Stasis. La guerra civile come paradigma politico*, Torino, Bollati Boringhieri, 2015.

La otra precisión preliminar concierne al enfoque de mi análisis. Mi punto de vista es histórico-jurídico: se interesa por la dimensión jurídica, pero en perspectiva histórica. Esto significa que, más que concentrarse en las características de la estabilidad e indagar en los perfiles estáticos de las figuras jurídicas, tiendo a considerar su devenir respectivo. La historia del derecho es una observación crítica de la realidad jurídica, que pretende leer los modos en que se manifiesta el derecho y describir las configuraciones y las formalizaciones que ciertos problemas han tenido en la experiencia jurídica.

Se trata casi de captar perfiles de precompensación en el pensamiento jurídico que están en la base de ciertas enunciaciones conceptuales. De este modo se hace posible apreciar los límites de los conceptos, esto es, identificar sus propios *vínculos de sostenibilidad y de subsistencia teórica*, caídos los cuales, dichas categorías, dichos instrumentos conceptuales cesan de desarrollar su acción performativa y comienzan a desarrollar otra diferente.

Se va así clarificando el objeto de mi exposición. Pretendo reflexionar sobre la configuración retórica del dispositivo 'derechos' en la fase actual, dirigiendo la mirada a su dimensión histórica.

II. DERECHOS Y COHESIÓN SOCIAL: UNA CUESTIÓN DE ESPACIO JURÍDICO

Derechos y cohesión social expresan dos conceptos diferentes, pero desde el momento en que se enuncian como pareja conceptual, puede reflexionarse sobre sus interconexiones mutuas. Por consiguiente, no se trata tanto de reflexionar, como sería más familiar para un jurista, sobre el campo de tensión entre el *derecho* y la *tutela jurídica*, para calibrar en qué medida los derechos producen esa protección jurídica, para la cual son abstractamente pensados y a la que abstractamente tienden. Se trata más bien de tomar en consideración otro posible campo de tensión: el que *conecta los derechos* (tanto su ejercicio como su reivindicación) con el hecho de *producirse y renovarse la cohesión social*.

En perspectiva histórico-jurídica, este problema se plantea en términos de espacio jurídico, ya que los derechos son el resultado de un proceso (bien en el plano teórico, bien en el histórico) de definición de los espacios jurídicos. Se corresponden con la definición de un nuevo espacio jurídico de la persona que se hace individual (mientras antes se diseñaba de forma

diversa, a través del prisma de los *estatus* personales³, es decir, de la pertenencia al grupo o el estamento); al mismo tiempo se corresponden con la delimitación de un nuevo espacio jurídico para la sociedad: el espacio jurídico estatal, donde el aglutinante de la pertenencia corporativa y estamental deja de tener el valor constitucional que tenía con anterioridad y la cohesión social pasa a fundarse sobre nuevos presupuestos, liberada de la trama de los cuerpos sociales⁴.

Y es que la historia de los derechos no es en absoluto lineal ni homogénea. Me parece, no obstante, que, en última instancia, en sus diversos momentos y evoluciones, es una historia dirigida siempre respecto a un problema de definición del espacio jurídico del individuo y de la sociedad. Querría suministrar ejemplos al respecto para pasar después a un análisis más estructural de los caracteres de los espacios jurídicos que de vez en cuando han sido configurados combinando el problema de los derechos con el de la cohesión social.

Tomemos en consideración la segunda escolástica. Aquí, el pensar derechos individuales y el problema de imaginar un espacio jurídico nuevo se convierten en una misma cosa, a la vez teórica y real: se trata del espacio posible de las Indias apenas descubiertas, en el que imaginar los modos de una convivencia entre poblaciones de origen muy diverso. La intuición de una tutela jurídica que corresponde al individuo en cuanto tal se explica aquí con el *ius communicationis*: un derecho del hombre a relacionarse y a construir relaciones sociales, económicas, jurídicas y políticas, el instrumento operativo a través del cual los hombres dan forma en el tiempo a las sociedades en las que viven.

En términos de espacio jurídico se plantea igualmente la cuestión de los derechos en la reflexión de los iusnaturalistas: a partir de las declinaciones en negativo para pasar después a las versiones rousseauianas, que invisten de la función protagonista al pueblo soberano, o a las historicistas de Locke. Aquí es un pacto constituyente entre individuos lo que hace nacer, junto a la sociedad, los derechos. Poco importa establecer si los derechos son un objetivo que hace posible la instauración de la sociedad, o si la pre-

³ J. BARRIENTOS GARDON, "Sobre el 'Estado' y el 'Tiempo' y el 'estado de las personas'. Una mirada desde la Historia del Derecho", en M. MECCARELLI, M^a J. SOLLA SASTRE (eds.), *Spatial and Temporal Dimension of Legal History. Research Experiences and Itineraries*, Frankfurt am Main, MPIfeR, 2016, págs. 63-99; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, págs. 57-62.

⁴ M. FIORAVANTI, "Stato e Costituzione", en Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004, págs. 7-24.

existencia de los derechos vincula a los individuos en el momento en que soberanamente se ligan dando vida a un sujeto político constituyente; y poco pone aún de manifiesto si la historia evidencia y consolida los postulados iusnaturalistas. En todas estas declinaciones del pensamiento iusnaturalista, los derechos quedan atados a doble nudo al *pactum societatis*: el espacio jurídico que el pacto crea, crea también el espacio de los derechos.

Avanzando en el tiempo, procediendo por saltos —pues me interesa aquí solamente proporcionar ejemplos de cómo el problema ‘derechos y cohesión social’ se plantea jurídicamente en términos de un problema de espacios jurídicos—, las nuevas generaciones de derechos fundamentales, los derechos sociales y los derechos humanos, que emergen sobre todo en el siglo xx, están a su vez vinculados a un problema de instauración de un espacio jurídico correspondiente a un grado de cohesión social a preservar y promover. Para los derechos sociales se trata de construir u obtener un espacio jurídico para la solidaridad social; para los humanos de establecer un espacio jurídico universal.

Por último, también en la fase actual la transformación de los derechos está estrechamente ligada a una transformación de los espacios jurídicos de referencia. Volveré más adelante sobre este punto. Antes se requiere contemplar la historia para analizar los caracteres y la estructura de los espacios jurídicos que han signado la idea de los derechos en esta historia plurisecular del concepto. Examinando tales características podremos captar la perspectiva de sentido, desde el punto de vista jurídico, de las relaciones entre los derechos y la cohesión social. Distinguiré entre un espacio jurisdiccional, un espacio estatal y uno ultra-estatal.

III. EL ESPACIO JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS

Los cuatro ejemplos que he señalado nos muestran, en efecto, cuatro modos diversos de concebir el espacio de los derechos. Expliquémonos.

En el pensamiento tardo-escolástico⁵, el *ius communicationis* corresponde al ser humano en cuanto tal; constituye, en efecto, un derecho cuyo

⁵ F. DE VITORIA, *De indis recenter inventis* (1538), edición crítica por L. PEREÑA y J. M. PÉREZ PRENDES, Madrid, CSIC, 1967, I, sec. III, n. 2, 4-9, aunque también D. DE SOTO, *In causa pauperum deliberatio*, Salmanticae, 1545; J. DE ACOSTA, *De natura novi orbis libri duo et De promulgatione evangeli apud Barbaros sive De procuranda indorum salute*, Libri Sex, Coloniae Agrippinae, 1596, lib. II, cap. XII y XIII; B. DE LAS CASAS, *Tractado comprobatorio del imperio soberano y principado universal que los Reyes de Castilla y León tienen sobre las Indias* (1553),

fundamento es, podríamos decir, iusnaturalista (y teológico)⁶. Sin embargo, como todo el derecho natural pensable en términos tomistas, el *ius communicationis* es apreciable solo como un principio encarnado en la historia, que actúa de forma continua en los ordenamientos sociales históricamente existentes, contribuyendo a modificar sus ordenaciones respectivas.

El *ius communicationis* y su gemelo, el *ius peregrinandi*, constituyen en este sentido la causa eficiente, el presupuesto histórico-efectivo (y no solo lógico-abstracto) de la razón de ser de los ordenamientos sociales y políticos. El *espacio* de la cohesión social y de los derechos no es por tanto el resultado de un pacto fundacional concebible en términos abstractos; brota más bien de un proceso en el que la realidad se organiza, o viene reconocida, en términos de un orden *justo*.

Los *derechos* individuales se justifican desde esta perspectiva: son el *motor* de la *cohesión social*, pero, al mismo tiempo, por el mero hecho de ser tales, sus *condiciones* de actuación dependen de la *realidad social*. Aún un ejemplo más puede servir. Piénsese en cómo se declina la idea del *ius dominium*⁷, que para Vitoria es, ante todo, un control ejercitado por las facultades superiores sobre las facultades inferiores, del alma sobre el cuerpo (*dominum super proprios actus et super propria membra*⁸); esto marca la diferencia entre el hombre y el animal, es una cualidad universal

en *Tratados de Fray Bartolomé de las Casas*, México, FCE, 1997, vol. II, págs. 934-948; L. DE MOLINA, *Tractatus de iustitia et iure*, Coloniae Agrippinae, 1613, To. I, Tract. I, disp. 105.

⁶ Para enmarcar la cuestión, *cfr.* E. TIESSLER-MAREDA, *Einwanderung und Asyl bei Hugo Grotius*, Berlin, Düncker & Humblot, 2002; L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della 'Conquista'. Strategie di controllo delle Indie spagnole*, Napoli, Jovene, 2004; A. A. CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè, 2004; M. PANEBIANCO, "*Ius communicationis totius orbis: il riproporsi dello ius gentium fra continuità e novità*", *Roma e America. Diritto romano comune*, 19-20 (2005), págs. 403-429; L. SCUCCIMARRA, *I confini del mondo: storia del cosmopolitismo dall'antichità al Settecento*, Bologna, Il Mulino, 2006; S. LANGELLA, "Le fonti teologiche della dottrina del *de bello* in Francisco de Vitoria tra medioevo ed età moderna", en Aldo Andrea Cassi (a cura di), *Guerra e diritto. Il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale tra medioevo ed età moderna*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2009, págs. 25-37; A. S. BRETT, *Changes of State. Nature and the Limits of the City in Early-Modern Natural Law*, Princeton University Press, 2011.

⁷ A este respecto, véase S. LANGELLA, "Diritti delle genti e diritti umani in Francisco de Vitoria", en *Civiltà del mediterraneo*, 8-9 (2005-6), págs. 107-126; Pietro COSTA, "Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica", en Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti, Carlo Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Universidad Carlos III, 2014, págs. 33-35.

⁸ F. de Vitoria, *De indis*, I, sec. I, n. 3.

del ser humano que no puede verse mermada por el *defectum fidei*⁹. No obstante, tal *ius dominium* originario no pone en discusión la posible diversidad de condiciones subjetivas (los *indios* son hombres, pero también bárbaros, *habent suo modo usum rationis*, explica Vitoria¹⁰) y su atribución se piensa a partir de las diferencias. El reconocimiento al fin y al cabo del *ius dominium* a los *indios* hace por tanto posible englobar la alteridad en el orden, pero el orden continúa siendo construido a partir de las diferencias, continúa siendo el *modo iusto* de ordenar las diferencias histórica y —diríamos hoy— antropológicamente relevantes.

Igualmente pluralista es el rasgo que caracteriza el espacio jurídico público: el de la sociedad y el de los poderes con que ésta se expresa. Para referirse a los poderes políticos estos teólogos recurren al concepto jurídico de *iurisdictio*¹¹; un concepto que indica el poder de reconocer el derecho justo, no de crearlo *ex novo*. La estructura constitucional que corresponde a la continua renovación de la relación entre derechos y cohesión social es de tipo jurisdiccional, indica un conjunto de poderes diversos, que se organizan como orden complejo, un orden en el que todo poder conserva su espacio de autonomía en la medida en que se encuadra en la estructura y ocupa la posición que le corresponden¹². El espacio de los derechos se coloca, por tanto, en un espacio constitucional delimitado por confines articulados, lábiles y porosos, tanto en su interior como hacia el exterior.

IV. EL ESPACIO ESTATAL DE LOS DERECHOS

Es sin embargo monista el espacio de los derechos que entronca con la línea de pensamiento de los iusnaturalistas. Utilizo aquí el término “monista” para referirme a una configuración capaz de reducir la pluralidad a un único principio ordenador, dato que puede comprobarse observando el espacio jurídico de la persona y de la sociedad.

⁹ *Ibíd.*, n. 4.

¹⁰ *Ibíd.*, n. 15.

¹¹ Permítaseme en este punto remitir a M. MECCARELLI, “Ein Rechtsformat für die Moderne: Lex und Iurisdictio in der spanischen Spätscholastik”, en Christoph Strohm, Heinrich de Wall (Hrsg.), *Konfessionalität und Jurisprudenz in der frühen Neuzeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, págs. 299-308.

¹² M. FIORAVANTI, “Stato e Costituzione”, págs. 7-13, 21-4; Pietro COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 1: Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, págs. 3-65.

En las a pesar de todo diversas declinaciones del pensamiento iusnaturalista-contractualista, los derechos individuales, que nacen del *pactum societatis*, actúan también como factores que dan forma a la estructura social, pues ellos son los que aseguran la permanencia de una condición de igualdad entre los asociados. Los hombres que abandonan el estado de naturaleza y que, por tanto, están en una condición de igualdad originaria, dan vida a la sociedad; el *orden* se construye *a partir de los derechos*¹³. Por quedarnos en el ejemplo de la propiedad, bien diversa es la función que desempeña la atribución de la *property* como derecho natural de todo individuo en John Locke¹⁴ si la comparamos con la desenvuelta por el *ius dominium* del que se hablaba antes; en Locke, la *property*, a través de su emparejamiento con el *labour* y la *industry*, marca la divisoria de quién está incluido en la sociedad de los derechos y quién está excluido¹⁵.

Al mismo tiempo —y en este caso me refiero al espacio de la sociedad— es un poder unitario (*persona moralis*) el que caracteriza la disposición constitucional nacida del *pactum societatis*. El principio ordenador no es la *iurisdictio*, que permite reconocer la pluralidad de los poderes, sino el *principio de soberanía*, que, por contra, reivindica el carácter originario, absoluto y unitario del poder político e impide reconocer en su interior articulaciones constitucionalmente relevantes y autónomas¹⁶. Las páginas en las que Rousseau nos demuestra la indivisibilidad del pueblo soberano son ejemplares en este sentido¹⁷. En este orden jurídico, la cohesión social está formada solo por individuos (y ciudadanos políticamente activos). Ningún poder, ninguna articulación social, puede condicionar o complicar la soberanía perfecta representada por el pueblo soberano. Lo afirmará incluso el art. 3 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789¹⁸.

¹³ P. COSTA, “Dai diritti naturali ai diritti umani”, págs. 44-52.

¹⁴ J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1698), ed. Peter Laslet, Cambridge, 1963, II, Ch. V, págs. 30-42.

¹⁵ P. COSTA, “Dai diritti naturali ai diritti umani”, págs. 36-44.

¹⁶ M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, Il Mulino, 2004, 47-68; P. COSTA, *Dalla civiltà comunale*, págs. 66-160; M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania, I: Pubblicistica dell’Impero e scienza della polizia*, Milano, Giuffrè, 2008, págs. 194-215; P. GROSSI, “Modernità politica e ordine giuridico”, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27 (1998), págs. 13-39.

¹⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat sociale, ou Principes du droit politique*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1762, lib. I, ch. VI-VII, lib. II, ch. I-II, lib. III, ch. XV.

¹⁸ “Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut l’exercer d’autorité qui n’en émane expressément”.

Es esta la línea que a mi juicio conoce desarrollos renovados en los siglos sucesivos. Los siglos XIX y XX son ciertamente centurias de importantes transformaciones, tanto en el plano de los derechos como en el de la forma estatal. Y aun así me parece que estos cambios no afectaron a la raíz del *modo de conectar* en *clave monista* los derechos y la cohesión social.

De hecho, en lo que respecta al espacio constitucional, las teorías del Estado decimonónicas y de principios del siglo XX consolidaron tales concepciones hasta el punto de ver en el Estado una *Lebensform* o de representarlo como persona (el Estado-persona, la personalidad del Estado)¹⁹. En lo que se refiere a los derechos, el siglo XIX es sobre todo tiempo de consolidaciones del *estatuto jurídico del individuo*. Se introducen *nuevos instrumentos* para dar todavía más eficacia al principio de la *igualdad formal* y reforzar el carácter performativo de los derechos; tales instrumentos son la afirmación del principio de *legalidad* (es decir, la idea de que el derecho solo puede ser producido a través del derecho dado por el poder político) y la codificación del derecho (esto es, una cierta organización de las normas legislativas, de modo que se presenten como un sistema cerrado y autosuficiente de reglas).

Sin entretenerme en aspectos técnico-jurídicos, vuelvo sobre el asunto del perfeccionamiento de la configuración moderna de los derechos y la igualdad. El carácter performativo de la tutela jurídica entendida como tutela de derechos se funda, efectivamente, en tensión con un plano prejurídico. La tutela de estos derechos implica considerar un conjunto de contextos (lo social, lo político, lo cultural, lo antropológico) y un plexo de valores (libertad, justicia, solidaridad, dignidad, etc.) a través de un prisma unitario: la *igualdad* como inmediata y prejurídica base de sentido de los derechos contemporáneos.

La igualdad, aquí, antes que remitir a una realidad sociopolítica de referencia, *promueve un proyecto* para la realidad social y política (realizar una

¹⁹ Piénsese en obras como la de R. KJELLEN, *Der Staat als Lebensform*, Leipzig, Hirzel, 1917; G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Häring, 1914, por citar dos entre muchas teniendo en cuenta que no se trata de una corriente de pensamiento solo alemana, sino con amplia difusión en toda la Europa continental. Cf. M. FIORAVANTI, *La Scienza del diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001; P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 3: *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001; B. SORDI, "Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica", *Quaderni Fiorentini* n° 32, 2003, págs. 370-1; M. LORENTE SARIÑENA, *La nación y las Españas: representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, Madrid, UAM, 2010, pág. 82.

sociedad de hombres libres e iguales)²⁰. Precisamente por esto —he aquí un punto decisivo— la relación entre derechos e igualdad se orienta en un modo capaz de favorecer la *capacidad de subsunción de los derechos respecto de la realidad de los hechos sociales*.

Los derechos, gracias al hecho de estar previstos por la ley *ex ante* y en forma general y abstracta, asumen una posición de elemento preconstituido, podríamos casi decir de *invariantes*, a los que reconducir la multiplicidad de las configuraciones sociales y las reivindicaciones de protección jurídica. La igualdad, más allá de ser la *lente* con la que el derecho ‘ve’ la realidad, actúa como factor de configuración de la tutela jurídica, en el sentido de adaptarla a un programa.

V. COMPLICACIONES DEL CUADRO CON PERSISTENCIA DE UN HORIZONTE MONISTA

Los caracteres a los que acabo de hacer referencia han signado en profundidad el modo de ser de las relaciones entre derecho y cohesión social en el siglo XIX y también en el XX. Semejante cuadro conoció, empero, sus complicaciones. Debemos considerar en particular *tres importantes novedades*: los *derechos sociales* como elemento corrector de las desigualdades sustanciales, los *derechos fundamentales* constitucionalmente tutelados y los *derechos humanos* reconocidos en el plano de derecho internacional. A estas tres novedades en el campo de los derechos corresponden cambios notables a nivel más general. Nace el derecho del trabajo y se complica el cuadro de los sujetos constitucionalmente relevantes, pues en nombre de la reivindicación de derechos toman forma sujetos colectivos nuevos como los sindicatos y los partidos políticos²¹; se configuran estructuras sociales basadas en el pluralismo de los valores y en las diferencias; se instaura un

²⁰ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi di storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 105-33.

²¹ Para un panorama sobre el tema, limitándonos a referencias relativas al caso italiano, véanse: G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto del lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007; P. MARCHETTI, *L'essere collettivo. L'emersione della nozione di collettivo nella scienza giuridica italiana tra contratto di lavoro e stato sindacale*, Milano, Giuffrè, 2006; P. PASSANTI, *Filippo Turati giuslavorista. Il socialismo nelle origini del diritto del lavoro*, Manduria-Bari-Roma, Piero Lacaita editore, 2008; M. GREGORIO, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000.

orden jurídico internacional atento a los individuos y no solo a los Estados. No son cosas de poca monta.

¿En qué medida modificó todo esto el modo de conectar la cuestión de los derechos a la cuestión de la cohesión social? La contestación no es sencilla. Yo me atrevería a dar algunas respuestas: una válida para el periodo que llega hasta fines del siglo pasado y otra referida a la fase actual.

Desde un punto de vista estrictamente histórico-jurídico, si contemplamos la historia del siglo xx, diría que el impacto de los nuevos derechos ha sido solo relativo. Se han afirmado dentro del horizonte monista consolidado en el siglo xix. Su emergencia no ha modificado los términos de la relación entre derechos y cohesión social.

Probemos a observar la cuestión más en detalle. Comencemos por los *derechos sociales*. Es verdad que responden a una demanda diferente de derechos, desplazando el centro de atención desde el individuo a la estructura social²² (son derechos colectivos antes que individuales; plantean a fin de cuentas una obligación de actuar al Estado, mientras los otros derechos civiles identifican una libertad negativa²³). Desde nuestro punto de vista —el del espacio jurídico correspondiente a estos derechos— es como si se hubiese tratado solo de un cambio del nivel de acción y no de la emergencia de una tutela jurídica de naturaleza diversa. Los derechos nacen entre los siglos xvii y xix para construir un espacio de libertad (el *proprium*) del individuo moderno; el descubrimiento de lo social plantea la petición de libertad en relación con la cuestión social²⁴, pero sigue siendo, por tanto, una *petición de libertad*. Otro aspecto conectado con esta historia, el de la reivindicación de una ‘justicia social’, me parece que queda en un segundo plano respecto al de la forma que han adoptado tales derechos.

En efecto, la lucha por los derechos sociales se plantea en términos de una lucha que denuncia la separación entre igualdad formal y sustancial. El objetivo es una aplicación más efectiva del principio de igualdad, de forma que se vincule el carácter performativo y la capacidad de subsunción de los derechos también al valor de la solidaridad. Paradójicamente los espacios de los derechos sociales son espacios en los que el valor programático de

²² G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociale*; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*.

²³ E. LONGO, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionale*, Padova, Cedam, 2012, págs. 3-7.

²⁴ N. BOBBIO, “Diritti dell'uomo e società”, en Id., *L'età dei diritti*, págs. 67-86; E. LONGO, *Le relazioni giuridiche*, págs. 8-17.

la igualdad asume más fuerza, porque adquiere una mayor capacidad de modelación de la realidad concreta; son, por tanto, espacios necesariamente adheridos a la sociedad, pero se expresan todavía en el formato de la subsunción, hablan todavía la lengua de las Leyes y del Estado.

Tomemos ahora en consideración los *derechos fundamentales* que emergieron después del trauma bélico en el nuevo orden constitucional asentado sobre el principio democrático²⁵; son nuevos por al menos dos razones: son derechos previstos por vez primera en una *higher law*, es decir, indisponibles para el poder político considerado bajo la forma de legislador ordinario²⁶. Forman además un catálogo que refleja la complejidad de intereses presentes en la sociedad; tales derechos no expresan una visión conformista y simplista de la sociedad, antes al contrario, quieren dar rienda suelta al potencial de una sociedad plural, cuyos miembros confrontan en una virtuosa dialéctica democrática. También estas son novedades importantes y fecundas, como veremos en un momento.

Sin embargo, la experiencia del siglo xx sigue siendo una experiencia de derechos conforme al formato de cuño moderno. Tales derechos son establecidos por un poder constituyente y fían su fortuna a los partidos políticos que, operando en las instituciones estatales (el Parlamento y el Gobierno *in primis*), se convierten en instrumento de actuación del programa constitucional democrático²⁷. Los espacios de los derechos continuaron siendo establecidos bajo el signo de un primado de la política y a través del instrumento de la ley.

Tomemos en consideración finalmente los *derechos humanos*. El orden jurídico internacional reconoce formalmente por primera vez los derechos humanos en una Carta (la de la ONU de 1948)²⁸: el derecho internacional,

²⁵ P. COSTA, "Diritti fondamentali (storia)", en *Enciclopedia del diritto*, Annali, II, t. II, Milano, Giuffrè, 2008, págs. 365-417; Luigi FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2002.

²⁶ M. FIORAVANTI, "Stato e Costituzione", págs. 19-21, 30-36; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008; Id., *Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.

²⁷ M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, págs. 30-36; M. GREGORIO, *Parte totale*, págs. 275-427.

²⁸ Entre otros, N. BOBBIO, "Presente e avvenire dei diritti dell'uomo", en Id., *L'età dei diritti*, págs. 17-44; A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 1999; P. COSTA, "Dai diritti naturali ai diritti umani", págs. 70-80; T. SCOVAZZI, "Il lato oscuro dei diritti umani: aspetti di diritto internazionale", en M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*, págs. 97 ss.

que había nacido como el derecho de las relaciones entre los Estados-persona, se abre al individuo y se plantea un problema de tuteladas individuales. La novedad es relevante, pero el espacio de estos derechos sigue siendo siempre un espacio ligado al primado del Estado como sujeto de derecho internacional. También los derechos humanos, en suma, han obtenido su propio espacio jurídico en un orden entendido en términos monistas.

VI. EL ESPACIO “JUSTICIAL” Y ULTRA-ESTATAL DE LOS NUEVOS DERECHOS

Si bien el espacio de estos nuevos derechos se encuentra todavía en relación de continuidad con los derechos decimonónicos, podemos decir que han llevado a un punto límite la configuración en un cuadro jurídicamente monista de la relación entre derecho y cohesión social. Los desarrollos más recientes lo están mostrando. Examinemos, pues, la segunda respuesta a nuestra pregunta sobre el impacto de los nuevos derechos.

A mi juicio, son tres en particular los aspectos que en el largo plazo están llevando a la superación del cuadro descrito: el hecho de plantear el problema de los derechos en la perspectiva de su justiciabilidad²⁹; el hecho de proyectar la dimensión constitucional a un inédito nivel ultra-estatal³⁰; el hecho de afirmar derechos ante todo colectivos, no referidos directamente al individuo.

Como puede observarse, se ponen en discusión tres hitos del modelo moderno de construcción de la relación entre derechos y cohesión social: el problema de los derechos como un problema de libertad; la soberanía estatal como único horizonte de sentido posible para los derechos; el carácter ante todo individual de los derechos.

Si contemplamos la fase actual, tanto la invariabilidad de los derechos como el carácter conformador de la igualdad parecen haber perdido su efectividad; se encuentra en acto, efectivamente, un proceso de multiplicación (y de fragmentación) de los derechos fundamentales y humanos, que compromete la capacidad de subsunción de los derechos³¹. La reivindicación

²⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, págs. 97 ss.

³⁰ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, págs. 134-166.

³¹ Permítaseme remitir a M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, “I diritti umani tra esigenze emancipatorie e logiche di dominio”, en M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*, págs. 9-24.

de los derechos no se cifra ya (solo) en el signo de la igualdad: por el contrario, a menudo los derechos ayudan a *reivindicar la diversidad*.

Los derechos expresan un nuevo carácter performativo: ya no constituyen solo esa performatividad programática que consiste en la reducción de la realidad en los espacios de protección jurídica *previstos*; por el contrario, parecen fundarse en una dinámica en la que la base de sentido pre-jurídica hace de *vector* de producción de espacios *efectivos* de protección jurídica. Emergen de abajo, como afirmación de estándar de *justicia* antes que de *libertad*.

Antes de comenzar con la segunda parte de la exposición, resulta, por tanto, útil detenerse con brevedad en los tres aspectos novedosos que acabo de señalar.

VI.1. Naturaleza jurisprudencial de los derechos

Decía que una novedad viene representada por el hecho de plantearse el problema de los derechos desde la perspectiva de su carácter justiciable. Se trata de una transformación por la que los derechos fundamentales tienden a producir tutela jurídica sobre la base de un *principio de justicia*, antes que sobre la base de un *principio de libertad*.

¿Qué está sucediendo? Los derechos nacen de una nueva matriz: los nuevos, aquellos que constituyen hoy el núcleo relevante de los derechos reivindicados, tienen una derivación no solo *legislativa* sino (y sobre todo) *jurisprudencial*. Vivimos ya en una dimensión ‘ordenamental’ [*ordinamentale*] en la cual la jurisprudencia obra con plena legitimidad como fuente del derecho. Me refiero sobre todo a la relevancia que en este plano tienen los tribunales constitucionales y las cortes de justicia internacionales.

La matriz de los derechos humanos cambia asimismo de naturaleza. En primer término, desde el punto de vista de los procesos establecidos para garantizar su efectividad respectiva. En los derechos producidos por la jurisdicción se da una anulación de la distancia entre enunciación y realización de los derechos. La nueva matriz desplaza además el problema desde el *fundamento*³² de los derechos hasta su *justificación*, y atribuye como rasgo distintivo del discurso sobre los derechos la *tendencia* más que la *sustancia*.

³² S. LABATE, “La necessaria inattualità del fondamento. Note a partire dal *Diritto naturale e dignità umana* di Ernst Bloch”, en M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*, págs. 237-262.

VI.2. Superación del nexo entre soberanía y derechos

La novedad que coloca el discurso de los derechos en torno a un principio de justicia pone en discusión la estrecha conexión entre derechos y soberanía estatal (esto es, el núcleo fuerte del horizonte monista moderno). La jurisprudencia que produce los derechos, por sus características, se desarrolla efectivamente en un espacio estructuralmente sustraído a las soberanías políticas estatales bien porque les resulte indisponible (como ejemplifica el caso de la jurisprudencia —y jurisdicción— constitucionales), bien porque haya sido pensado para ocuparse de un objeto por completo diverso respecto del derecho estatal, si bien capaz de experimentar recaídas inmediatas en el mismo (como sucede en el caso de la jurisprudencia —y jurisdicciones— fundadas sobre tratados internacionales).

Se trata, pues, de espacios de *autonomía del derecho* respecto del primado del poder político, bajo el aspecto institucional y sistemático, los cuales presuponen además una dimensión constitucional material de base pluralista. Si bien en un contexto todavía complejo y nada unívoco³³, se trata de espacios idóneos para provocar efectos emancipatorios respecto del nexo soberanía estatal / derechos.

Cómo pueda funcionar todo esto es un problema que está ocupando a fondo a los juristas; acaso no sea este el lugar adecuado para adentrarse en el tema, pese a su gran interés teórico-jurídico. Solo afirmamos que un orden que concede espacio a la autonomía del derecho y al derecho jurisprudencial solo puede resultar sostenible a condición de que no venga construido en sentido monista. Sin embargo, para que se logre este resultado, se necesita asegurar, dentro de tal nuevo circuito de producción del derecho, mecanismos de equilibrio, control y limitación que impidan a las diversas jurisdicciones adquirir posiciones de hegemonía.

³³ Es necesario indicar que todavía existen extensos ámbitos que apelan a los Estados soberanos (piénsese en ciertos escenarios de crisis internacionales como los vinculados a las migraciones, a la lucha contra el terrorismo, a las guerras humanitarias o al problema de redefinición de las fronteras estatales). Como señala J. HABERMAS, *L'occidente diviso*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pág. 177, los Estados nacionales “de una parte pierden competencias” pero “de otra adquieren espacios para un nuevo tipo de influjo político”.

VI.3. Los derechos en el mundo de la diversidad

Hay una tercera novedad que he señalado: el hecho de afirmarse derechos sobre todo colectivos y basados sobre nuevos valores no referidos directamente al individuo.

Los ordenamientos democráticos del siglo xx, fundados sobre el primado de las constituciones, se apoyan sobre un pluralismo de valores como terreno posible de realización de la convivencia civil. Nuestras constituciones, también cuando enuncian derechos, ofrecen un horizonte de posibilidad para una convivencia pacífica y democrática. El orden jurídico de las constituciones actuales, al contrario que el decimonónico de los códigos, no presupone un modelo predefinido de sociedad; en las constituciones se fijan principios básicos indisponibles que, a través de una renovada jurisprudencia, pueden encontrar realización en formas y equilibrios diversos. Por eso los derechos fundamentales no se jerarquizan; antes al contrario, en la concreta dialéctica social, a menudo se encuentran en “competición”, de modo que su efectividad respectiva se obtiene, de vez en vez, situación por situación, de una ponderación constitucional entre valores, todos equivalentes. A la jurisprudencia sobre los derechos de la que estamos hablando se le confía, pues, el cometido de determinar en concreto precipitaciones materiales del principio fundamental, a partir del problema de justicia sustancial que se le plantea (por eso no se trata de una jurisprudencia fundada en la dinámica de la subsunción).

En esta perspectiva, el problema de la relación entre los derechos y la cohesión social se configura, por tanto, en términos de una relación en la cual el factor de agregación ya no es la igualdad, sino la *diversidad*. Ya se plantee en términos negativos (una condición de marginalidad a resolver) o positivos (un aspecto identitario que reclama reconocimiento), es la diversidad la que conecta el discurso de los derechos (como discurso que realiza un principio de justicia) al problema de los atributos de la cohesión social.

Se abre aquí un horizonte inédito. Debemos preguntarnos, desde un punto de vista teórico-jurídico, en qué medida la actual configuración constitucional puede resultar adaptada a este tipo de premisas. Acabamos de observar cómo las cartas constitucionales y los tratados internacionales, emancipando los derechos del centro de gravedad de la soberanía estatal, los han insertado en un contexto de pluralismo de valores recíprocamente ponderables, según una geometría variable en el tiempo.

Bajo ciertos aspectos podemos, pues, afirmar que los Estados constitucionales, y aun más la dimensión constitucional ultra-estatal en la cual

éstos se inscriben, pueden ser un contenedor institucional apropiado para una sociedad fundada sobre la convivencia de diversidades. Debemos, sin embargo, tomar en consideración un posible límite originario de esta ordenación constitucional³⁴, cuestionándonos en qué medida ésta es capaz de incluir en el pacto constitucional todas las expresiones culturales de la actual sociedad globalizada. El pluralismo de los valores que inspiró la redacción de las cartas constitucionales europeas fue, efectivamente, un pluralismo de base monocultural; hoy, sin embargo, el carácter multicultural que las sociedades han adquirido y la consiguiente demanda de tutela jurídica requieren calibrar los derechos en relación con la dimensión ética.

Con esto trato de sostener que, en una realidad de pluralismo cultural, es necesario considerar de qué modo interpretan las diferentes sensibilidades éticas instrumentos de tutela como los derechos, o también, como se ha sugerido³⁵, es preciso interrogarse sobre el “carácter evenemencial de la ética de los derechos”³⁶, que se funda en la “*moral del acontecimiento*” antes que en la “*moral de las reglas*”. La práctica de los derechos en este escenario implica que “en el dinamismo de la acción ético-jurídica, los derechos van progresivamente perdiendo cuerpo y reencontrando su respectiva regla interna, que les permite ser practicables y practicados en los contextos de la vida”. Pero al mismo tiempo, este tipo de ejercicio de los derechos actúa como factor de transformación de las culturas morales preexistentes ya que “para interactuar adecuadamente estas culturas éticas diversas deben revisar su estructura interna, no solo sus valores dominantes, sino sus modalidades de razonamiento y de elección moral”³⁷.

En relación a esta dinámica ligada al pluralismo ético, el paradigma mismo de la ponderación de los derechos parece ser insuficiente para representar la dialéctica entre valores jurídicamente protegidos, mientras emerge

³⁴ R. BARTOLI, “‘Chiaro e oscuro’ dei diritti umani alla luce del processo di giurisdizionalizzazione del diritto”, en M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*, págs. 142-143.

³⁵ F. VIOLA, “I diritti dell’uomo e l’etica contemporanea”, *Ragione pratica*, 1996, págs. 195-213; Id., “Legal Hermeneutics and Cultural Pluralism”, en Bjarne Melkevik (ed.), *Standing Tall. Hommages á Csaba Varga*, Budapest, Pázmány Press, 2012, págs. 465-481.

³⁶ F. VIOLA, “I diritti”, pág. 204.

³⁷ *Ibíd.*, pág. 212.

la exigencia de favorecer en las dinámicas inéditas de tutela de los derechos una tensión *regulativa*³⁸ y un espacio de *negociación*³⁹.

VII. DERECHOS Y COHESIÓN SOCIAL: UN ‘DESAFÍO’ INTERDISCIPLINAR PARA LAS CIENCIAS JURÍDICAS

Teniendo presente las condiciones inéditas en que nuestros instrumentos jurídicos son puestos a prueba, debemos percatarnos de que hay dos niveles de análisis implicados en la cuestión sobre la perspectiva de sentido, en este tiempo de crisis y transiciones, de la díada ‘derechos y cohesión social’: el primer nivel se refiere al objeto de la cuestión (qué caracteres y contenidos debe asumir el derecho) y al mismo nos hemos dedicado hasta ahora; el segundo concierne, sin embargo, a los métodos y saberes con los que es posible articular un discurso jurídico sobre los derechos en relación a la cohesión social. De este último trataré de ocuparme en las páginas que siguen.

Para estudiar hoy el asunto ‘derechos y cohesión social’, para poder proporcionar respuestas adecuadas a la configuración del problema, se requiere poner en tela de juicio nuestros estatutos disciplinares, los instrumentos analíticos, nuestro modo de producir el saber jurídico. Me parece además que este replanteamiento metodológico se configura además en términos de un *desafío interdisciplinar para las ciencias jurídicas*. Porque, en efecto, es el terreno de la interacción disciplinar el que parece colocarse en posición adecuada para suministrar respuestas renovadas al problema de la relación entre derechos y cohesión social.

Se trata, por tanto, de comprender la importancia que puede asumir la interdisciplinariedad como ámbito de acción de nuestra producción de saber, de considerar la apertura de una cantera de redefiniciones de los estatutos disciplinares dentro de las ciencias jurídicas y, en fin, de introducir en el orden del día el problema de la construcción de un circuito hermenéutico entre las ciencias jurídicas y las humanas y sociales. Abordar a fondo estos problemas significaría salirse del guion que estamos siguiendo, mas puede resultar beneficioso, a modo de cierre, detenerse brevemente en los tres puntos siguientes.

³⁸ S. LABATE, “La necessaria inattualità del fondamento”, pág. 238.

³⁹ A. SCHIAVELLO, “Diritti umani e pluralismo tra argomentazione e negoziazione”, *Ragione pratica*, 34 (2010), págs. 129-149.

VII.1. *Las razones de una perspectiva interdisciplinar*

La relevancia de una perspectiva interdisciplinar se basa en una primera constatación. El problema que hoy plantean los derechos no es solo el relativo a los contenidos sobre los que se vierte la protección jurídica que con ellos viene asegurada. No se trata solo de un problema de extensión del ámbito de acción de los derechos fundamentales; incluso antes de esto, se trata de resolver un problema de performatividad de los ‘derechos’ como instrumentos de tutela jurídica. Éstos, como hemos intentado explicar, no consiguen ya ejercitar plenamente aquella capacidad de *subsunción* de la realidad en los espacios de protección jurídica *previstos*, esto es, una capacidad que consiste en reducir la complejidad de la demanda de protección dentro de los espacios de protección jurídica prevista por el legislador, según las categorías y los estándares fijados por la doctrina jurídica.

Sin embargo, al mismo tiempo, en tanto juristas, nuestra aproximación y diagnóstico, nuestros instrumentos cognitivos en la materia, están fuertemente caracterizados por dicha configuración ‘subsuntiva’ de la tutela jurídica. De ahí la dificultad de razonar jurídicamente hoy en torno al problema de los derechos.

Tenemos, pues, necesidad de comprender *cómo* se produce tutela jurídica antes de poder decir *qué* se tutela con el derecho; tenemos necesidad de una *verificación de medios* para poder afrontar un debate sobre los *contenidos*. Esto implica un replanteamiento de los métodos y de la base epistémica de referencia para las ciencias jurídicas. Y es aquí donde se delinea la oportunidad de construir una plataforma interdisciplinar.

Se trata de un cometido nada sencillo, pues las ciencias jurídicas han definido históricamente sus propias identidades disciplinares específicas a partir de un proceso de emancipación del problema del diagnóstico cognoscitivo de lo social. Aquel nivel de reflexión que hemos indicado como “premisas del problema” y que hoy tenemos necesidad de incluir en la reflexión jurídica, es el mismo que, en el curso de los últimos dos siglos, ha sido paulatinamente expulsado de su campo de acción. El diagnóstico cognoscitivo de lo social se ha confiado a otras ciencias, como las sociales y humanas, y después, sobre todo, a la propia acción de la política.

Por el contrario, las ciencias jurídicas han continuado su evolución respectiva en torno al fuerte valor identitario y agregador de la dogmática⁴⁰. No se ha tratado solo de construir un saber conformado de conceptos y categorías, sino de hacerlo según una aproximación propensa a hipostasiar las configuraciones doctrinales y, por tanto, las formas jurídicas. La base axiológica sobre la que se ha puesto en marcha este camino, que ciertamente existe (y hace referencia a los valores liberales del Estado y del individuo), ha permanecido como telón de fondo y ha constituido un contenido implícito sin necesidad ulterior de ser verificado.

En la historia contemporánea ha habido ciertamente momentos de renovado acercamiento entre la plataforma de reflexión del jurista sobre los derechos y la dimensión social del problema de la tutela jurídica⁴¹. Pero se ha verificado bajo la presunción de aquella auto-delimitación. El programa por la igualdad ha permitido encerrar al discurso jurídico “en su propio campo”; ha puesto a su disposición la posibilidad de observar la sociedad, pero presuponiendo siempre que el problema de la tutela jurídica podía resolverse a partir de una dinámica de subsunción.

VII.2. *Un diálogo entre las ciencias jurídicas*

El paradigma formalista señalado ha caracterizado el proceso de construcción de las identidades disciplinares a lo largo del siglo XIX y de la primera mitad del XX, de un modo tal que han resultado definidas por diferencia, especializando métodos, categorías y temas, marcando fronteras y separaciones. Los modos de afirmar la autonomía de una disciplina jurídica cualquiera han consistido en lograr la autorreferencialidad y conseguir una autosuficiencia temático/metodológica. Razonar en términos de interdisci-

⁴⁰ Entre otros, cfr. P. CAPPELLINI, *Storia dei concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010, especialmente 155-62 y 239-48; Id., *Systema iuris*, Milano, Giuffrè, 1984-85, 2 vols.; A. M. HESPANHA, *A Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio*, Coimbra, Almedina, 2012, págs. 410-451; Id., *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, São Paulo, Annablume, 2013, págs. 223 ss.; J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts in rechtshistoriker Perspektive*, Hannover, 1988; Id., *Savigny-Studien*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2011; C. VANO, ‘*Il nostro autentico Gaio*’. *Strategia della scuola storica alle origine della romanistica moderna*, Napoli, ESI, 2000; H.-P. HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die ‘Begriffjurisprudenz’*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2004; T. HENKEL, *Begriffjurisprudenz und Billigkeit. Zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta*, Köln, Böhlau Wien, 2004.

⁴¹ Véase, entre otros, G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociale*; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*.

plinariedad significa, pues, romper estos cierres autorreferenciales. ¿Cómo es posible proceder en tal sentido?

Creo que el camino solo puede encontrarse aceptando un registro de verificación empírica, que plantee los problemas en su concreción y se desenvuelva para proporcionar soluciones válidas en relación a temas singulares de reflexión. Sin querer así proponer una síntesis abstracta del Método, lo que podemos hacer es verificar las condiciones de realización de un diálogo entre ciencias jurídicas a partir de un problema específico. Es necesario además imaginar el diálogo interdisciplinar no como mera ocasión de intercambio de informaciones y puntos de vista; debe convertirse, por el contrario, en una plataforma para construir interconexiones.

Cumple, pues, operar sobre cuatro vertientes: concentrar nuestra atención sobre temas de investigación situados en ámbitos temáticos que no puedan ser comprendidos sino a través de una integración de saberes en un marco auténticamente comunicativo y epistemológicamente complejo; afrontar estos temas a partir de las 'premisas' del problema (la verificación de los medios, el 'cómo' antes que el 'qué'); inquirirse sobre la función que en este marco puede desempeñar la propia disciplina; reflexionar sobre los límites del propio punto de vista disciplinar y sobre la función heurística de penetrar en otros campos del saber jurídico.

Sin profundizar en la cuestión de esta posible articulación del plano de la acción, añadamos solo que no se trata de decretar el fin de las diferentes disciplinas jurídicas. Antes al contrario, redescubriendo los campos comunes de interacción se trata de renovar la razón de ser de algunas separaciones disciplinares. Las especialidades pueden sobrevivir, e incluso se tornan útiles si se conservan los puntos de contacto entre las diversas disciplinas de modo que se posibilite la circulación de las ideas y de los resultados. El desafío interdisciplinar significa aquí, sobre todo, readquirir una capacidad dialógica entre ámbitos individuales del saber jurídico.

VII.3. Un diálogo con las ciencias sociales y humanas

La cuestión adquiere contornos de complejidad añadidos si entramos a considerar la relación entre ciencias jurídicas (en diálogo) y otras ciencias interesadas en el fenómeno jurídico. Múltiples son las ciencias humanas y sociales que se interesan por nuestro problema; cada una de ellas constituye además un sistema de saberes connotado por sus propias categorías, lenguaje y gramática. La *cuestión de cómo* pueda hacerse posible el diálogo no cabe resolverla, por tanto, en la economía del discurso que estamos

intentando desarrollar aquí. Pero puede resultarnos útil reflexionar conclusivamente aquí sobre el *por qué* hacer dialogar saberes tan diferentes con breves indicaciones ejemplificativas sobre la importancia de los saberes filosóficos para estudiar problemas jurídicos como el de los derechos y la cohesión social.

Estos pueden tener, a mi juicio, un valor relevante para la actualización del instrumental hermenéutico de los juristas y para una apertura de horizontes al menos respecto a cuatro aspectos temáticos que interesan a nuestro problema:

1. En lo que concierne a las categorías y a las concepciones de la *alteridad*: a este propósito, nosotros, los juristas, podemos encontrar en el debate filosófico⁴² una riqueza de categorías interpretativas que ignoramos, estando el derecho que pensamos todavía ligado fuertemente a la idea del sujeto único de derecho y al dispositivo de la igualdad como programa para su realización sustancial. Debe, por lo demás, recordarse, el estrecho vínculo del derecho moderno —que se ha desarrollado en torno al descubrimiento del individuo como destinatario de los derechos y de la racionalidad sistemática como paradigma de la estructuración del ordenamiento— con el *cogito* cartesiano⁴³.

2. En lo que concierne a las categorías y a las concepciones de las *interacciones humanas y sociales*: razonar sobre la alteridad significa asimismo razonar sobre las formas de la sociabilidad y sobre los principios de realidad y las praxis relacionales que las hacen posible. La filosofía nos suministra múltiples declinaciones del problema. Por ejemplo, la interculturalidad, la hospitalidad, la fraternidad, etc.⁴⁴, muestran cómo las dinámicas de interac-

⁴² Piénsese solo a título de ejemplo en E. LÉVINAS, *Umanesimo dell'altro uomo*, Genova, Il Melangolo, 1985; T. TODOROV, *Noi e gli altri. La riflessione francese sulla diversità umana*, Torino, Einaudi, 1991; J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, Torino, Feltrinelli, 2008; B. WALDENFELS, *Fenomenologia dell'estraneo*, Milano, Raffaello Cortina editore, 2008; A. SAYAD, *L'immigrato o i paradossi dell'alterità*, Verona, Ombre Corte, 2008. Para una exposición de síntesis, véase C. CANULLO, "L'estraneo che io sono", in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, EUM, 2012, págs. 297-312.

⁴³ Véanse sobre este particular las eficaces páginas de A. M. HESPANHA, *A Cultura Jurídica Europeia*, págs. 307-358, en particular 307-314; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976, págs. 133-190; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2013, págs. 493 ss.

⁴⁴ Siempre a título de ejemplos, *vid.*, entre otros, C. GALLI, "Cittadino / straniero / ospite", *Filosofia e Teologia*, 2 (1998), págs. 219-243; Jacques DERRIDA, *Sull'ospitalità*, Milano, B. C. Dalai Editore, 2000; F. STARA, "Il confine attraversato: etica dell'ospitalità ed esercizio dell'esclusione",

ción no tienen su correlato respectivo en el campo jurídico. Existe un espacio jurídico para la solidaridad, que indica no obstante un valor más que una interacción. ¿Hasta qué punto estas dinámicas pueden proyectarse sobre las configuraciones jurídicas? Se precisa abrir un diálogo para valorarlo.

3. En lo que concierne a las categorías y a las concepciones del *vínculo social*: de aquí también pueden venirnos sugerencias importantes acerca del problema de la *cohesión social*. En el fondo, la tutela de los derechos, como hemos observado, nace históricamente justo de una cierta declinación filosófica del problema de la cohesión social. Se trata en un cierto sentido de regresar a un diálogo actualizado con la filosofía para emanciparnos de esta configuración moderna.

4. En lo que concierne a las concepciones y a los caracteres de la *normatividad*: también en el terreno de las concepciones y de los caracteres de la normatividad puede resultar útil el diálogo interdisciplinar. La filosofía aprecia, de hecho, niveles de normatividad que están antes o fuera de la dimensión formalmente jurídica. Son normatividades que sin embargo exhiben un grado de vinculación entre los miembros de la sociedad no menos intenso que el de las normas jurídicas en sentido estricto. Y no me refiero solamente a las a pesar de todo relevantes intuiciones sobre la *norma disciplinar* o sobre *biopolítica*, que determinan espacios de regulación, a menudo globales, que tienen una incidencia muy fuerte en el acceso a derechos universales como los derechos humanos⁴⁵. Pienso también en aquella dimensión de la normatividad que gira en torno al problema de la diversidad cultural y de la relación entre *derechos y ética*, que podría hacer posible el desenvolvimiento de un discurso jurídico sobre la *multinormatividad*⁴⁶.

Son, por tanto, múltiples los terrenos en los que sería productivo abrir un diálogo entre ciencia jurídica y filosofía. Añádase además que en temas como estos también tendría obviamente una relevancia de primer orden el

en M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Ius peregrinandi*, págs. 167-182; Id. (a cura di), *La costruzione del pensiero e delle strategie interculturali*, Lecce, Pensa, 2014; A. M. BAGGIO, *El principio olvidado: la fraternidad en la política y el derecho*, Buenos Aires, Ciudad Nueva, 2009; Antoni M. Baggio et. al. (coords.), *Fraternidad y justicia*, Granada, Comares, 2012.

⁴⁵ Para una síntesis, véase R. M. FONSECA, “La fenomenología del potere tra legge e ‘norma’: un itinerario foucaultiano sulle dinamiche di esclusione nel diritto moderno”, en M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi*, págs. 149-64.

⁴⁶ Para una perspectiva histórico-jurídica, M. VEC, “Multinormativität in der Rechtsgeschichte”, en *Jahrbuch der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften*, Berlin, 2009, págs. 155-166; T. DUVE, “Global Legal History - A Methodological Approach”, en *Max Planck Institut for European Legal History Research Paper Series*, 2016-4.

diálogo con las ciencias sociales. Estudios en este campo han evidenciado la necesidad de poner en relación el discurso sobre los derechos y la pluralidad de las culturas⁴⁷ y cómo la identidad y la diversidad, lejos de ser contenedores estáticos y predefinidos respecto a las dinámicas sociales son en realidad el resultado de una interacción social entre individuos y grupos, de forma que las identidades de grupo son siempre relacionales y las prácticas de convivencia⁴⁸ constituyen el espacio en que suceden las relaciones entre los derechos y la cohesión social.

Se trata tan solo de breves apuntes sobre grandes cuestiones, en las que, como se decía al comienzo, un jurista puede indagar solo en sus estratos más superficiales. También por este motivo el desafío interdisciplinar representa una oportunidad, si se quiere avanzar en la comprensión jurídica del problema.

⁴⁷ B. DE SOUSA SANTOS, "Por una concepção multicultural de direitos humanos", *Revista de Ciências Sociais*, 48 (1997), págs. 11-32; Id. (org.), *Reconhecer para Libertar: os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003; S. COSTA, "Freezing Difference: politics, law, and the invention of Cultural Diversity in Latin America", en Aldo Mascareño, Kathya Araujo (eds.), *Legitimization in World Society*, Burlington, Ashgate, 2012, págs. 139-156; T. MAZZARESE (a cura di), *Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali*, Torino, Giappichelli, 2013; J. N. MAGALHÃES, "Los límites del multiculturalismo en sociedades multiculturales: formas de inclusión y exclusión", *Forum Historiae Iuris*, 18-VIII-2014.

⁴⁸ Véanse, por ejemplo, B. LATOUR, *Reassembling the Social: an Introduction to Actor-network-theory*, Oxford University Press, 2005; R. SAKRANI, "Convivencia: Reflections About its 'Kultur-bedeutung' and Rereading the Normative Histories of Living Together", en *Max Planck Institut for European Legal History Research Paper Series*, 2016-02; A. WIMMER, *Ethnic Boundary Making: Institutions, Power, Networks*, Oxford University Press, 2013; S. VERTOVEE (ed.), *Anthropology of Migration and Multiculturalism. New Directions*, New York, Routledge, 2009; Id. (ed.), *Migration and Social Cohesion*, Cheltenham, E. Elgar, 1999; F. GODICHEAU, P. SÁNCHEZ LEÓN (eds.), *Palabras que atan., Metáforas y conceptos del vínculo social en la historia moderna y contemporánea*, Madrid, FCE, 2015; TH. DUVE, "Diversidad cultural y protección jurídica - Perspectivas histórico-jurídicas", *Forum Historiae Iuris*, 18-VIII-2014.