

Globalización, Estado y Derecho

Por FRANCISCO JAVIER CABALLERO HARRIET

Catedrático de Filosofía del Derecho Moral y Política
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea
U.P.V. / E.H.U

La palabra de moda es globalización. Se trata de un concepto que lejos de renovar el internacionalismo vinculado a la ideología socialista pretende encerrar y consolidar el capitalismo de mercado único es decir el mercado producto del neoliberalismo. A falta de un final de la historia, como había vaticinado Francis Fukuyama hace algunos años, estamos asistiendo a un final de la geografía. Como dice P. Virilio: «Cuerpo fantasma, la Tierra ya no se extiende hasta donde se pierde la vista, se da a conocer en todas sus caras a través de una extraña claraboya. La repentina multiplicación de puntos de vista no es más que el efecto que anuncia la última globalización: la de la mirada, la del ojo único del cíclope que gobierna la caverna, esta caja negra que disimula, cada vez peor, la gran noche de la historia, una historia víctima del síndrome de la realización total»¹.

La formación del «espíritu capitalista»

La Revolución de 1789, si bien por los límites territoriales su desarrollo, en principio debiera suponer un acontecimiento socio-político de carácter nacional francés, lo cierto es que, por su trascendencia internacional, constituye el hecho histórico, referencia comúnmente

¹ P. VIRILIO, *¿Fin de la historia o fin de la geografía? Un mundo «sobre-expuesto»*, Le Monde Diplomatique, septiembre 1997, p. 35.

aceptada, que marca el final de la era estamental medieval y el alumbramiento simultáneo de la época burguesa moderna para todos los países de la sociedad occidental y que van a conformar el espacio del desarrollo del capitalismo entendido como «la utilización industrial racionalizada del capital y la organización racional del trabajo»², es decir, como nuevo modelo social.

Sin necesidad de remontarnos a los tiempos de la Roma Imperial, durante la época medieval, habían existido prácticas capitalistas realizadas por monopolistas y acumuladores de capital. Se trataba de conductas individuales «que cedían sin reservas a su hambre de dinero» y que «no eran en modo alguno representantes de aquella mentalidad de la que nació como fenómeno de masas, el “espíritu” específicamente moderno del capitalismo»³. Tal es el caso, de las prácticas comerciales y financieras de la familia de los Médicis en Florencia o las simplemente comerciales de los comerciantes holandeses, por citar algunas, en el siglo xv.

El orden económico capitalista tal y como lo define Max Weber, es decir, «como un cosmos extraordinario en el que el individuo nace y al que, al menos en cuanto individuo, le es dado como un edificio prácticamente irreformable, en el que ha de vivir y al que (igualmente, en tanto que individuo) le impone las normas de su comportamiento económico, en cuanto que se halla implicado en la trama de la economía», necesitó del surgimiento implantación y desarrollo previo de un nuevo sistema axiológico en la sociedad occidental europea y americana.

Este nuevo sistema de valores sobre el que se asienta lo que Weber llamó el «espíritu capitalista» llegó en el siglo xvi auspiciado por la

² Max WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, 1989, p. 57. Más adelante en la p. 78 precisa: «Se ha señalado como motivo fundamental de la economía el “racionalismo económico”: así, especialmente Sombart, en razonamientos felices y convincentes. Ello es exacto a condición de entender por racionalismo un crecimiento tal de la productividad del trabajo que hizo a este romper los estrechos límites “orgánicos” naturalmente dados a la persona humana en que se hallaba encerrado, quedando sometido todo el proceso de producción a puntos de vista científicos. Este proceso de racionalización en la esfera de la técnica y la economía influye también, indudablemente, sobre el “ideal de vida” de la moderna sociedad burguesa.»

³ *Ibidem*, pp. 52 y ss. dice: «Ya no es que en las épocas precapitalistas no se conociera el “impulso adquisitivo”, o no estuviera desarrollado (como se ha dicho con frecuencia), ni que la *auri sacra fames* fuese entonces –y aún hoy– menor fuera del capitalismo burgués que dentro de la esfera genuinamente capitalista, como imaginan muchos románticos. No es ahí, sin duda, donde radica la distinción entre el espíritu capitalista y el precapitalista: la codicia de los mandarines chinos, de los viejos patricios romanos o de los modernos agricultores resiste toda comparación. (...). Precisamente, este universal dominio de la falta más absoluta de escrúpulos cuando se trata de imponer el propio interés en la ganancia de dinero, es una característica peculiar de aquellos países cuyo desenvolvimiento burgués capitalista aparece “retrasado” por relación a la media de la evolución del capitalismo en Occidente.»

Reforma protestante⁴. Su asentamiento no fue fácil puesto que debió hacer frente a una conciencia medieval que participaba plenamente⁵ de la concepción determinista, inmovilista y trascendente del orden⁶ que, Agustín de Hipona había formulado en sus obras *De Ordine* y *Civitas Dei*.

Y precisamente, «de la concepción agustiniana procede toda la moral socio-política de los obispos carolingios, la noción de una ordenanza que la “sabiduría” puede discernir, estableciendo las justas relaciones de autoridad y sumisión entre los hombres⁷. Esta concepción

⁴ Recientemente P. DRUCKER, *La sociedad postcapitalista*, Bogotá 1996, pp. 28 y s., pone en duda la importancia de la «ética protestante» como fundamento del capitalismo diciendo que: «La teoría más conocida, que el Capitalismo fue hijo de la “ética protestante”, expuesta a comienzos de nuestro siglo por el sociólogo alemán Max WEBER (1864-1920), ha sido en gran parte desacreditada. Sencillamente no existen bases para sostenerla.» Estimo que P. DRUCKER podría, perfectamente, haber hecho la afirmación contraria. Desconozco cuales son las bases, puesto que no las especifica, a las que se refiere para desautorizar la teoría de Max WEBER.

⁵ Quizás el término no sea correcto puesto que como señala A. VON MARTIN, *Sociología de la cultura medieval*, Madrid, 1970, p. 60: «De hecho, hay importantes conexiones histórico-genéticas entre herejía y democracia...» Más adelante en las pp. 62 y ss. continua diciendo: «(...) el ideal religioso y ético del que arrancan el tipo monástico y el sectario no es concebido estamentalmente, sino considerado como obligatorio para todos en general, por lo que implica una visión del mundo “desde abajo”. De ahí que cuando este ideal se presenta en su pureza típica se congreguen en torno a él principalmente las capas inferiores, sin que deje de intervenir también el resentimiento propio de los oprimidos. En la medida en que la Iglesia es organización religiosa de señorío, es la secta movimiento religioso de oprimido. El movimiento sectario guarda relación con la ascensión de nuevas clases y capas sociales, con el desencadenamiento de la actividad en los estratos inferiores y en las ciudades (...) El auge de estas ideas revolucionarias (de las sectas), en cuanto fenómeno de conmoción, es expresión de un mundo conmovido en sus cimientos reales: determinados grupos sociales se separan del *corpus Christianum* de constitución estamental y dirigido por la Iglesia, porque por motivos sociales y religiosos ya no reconocen esa comunidad tal como es. Ahora bien: sobre esta comunidad y la aceptación de la misma descansa precisamente el mundo medieval».

⁶ G. DUBY, *Les trois ordres ou l'imaginaire du feudalisme*, París, 1978, p. 96, dice: «La palabra penetró tal cual en la patristica latina y fundamentalmente en los dos maestros de los que Gerard y Adalberon dicen estar principalmente inspirados, Gregorio y Agustín. Este desarrolla a lo largo de su obra el sentido abstracto, desde el *De Ordine* (“el orden es eso por lo que Dios llama a ser todo lo que existe”) hasta la “Ciudad de Dios”, donde el orden es, por una parte, entendido como la paz (la paz de toda cosa: tranquilidad del orden), por otra parte, como la vía que conduce hacia Dios (la virtud se define como *ordo amoris*, el amor según el orden).»

⁷ *Ibidem*, p. 96. En este mismo sentido A. VON MARTIN, *ob. cit.* p. 65, dice: «El hombre medieval, cuya conciencia no se halla en rebeldía contra su condición, sino unsono con ella, se siente miembro de un todo social graduado según magnitud de relaciones de dependencia, hasta el punto de que es éste el que da derecho a la existencia. Y así como el hombre medieval se sabe inserto en el organismo estamental, se sabe inserto también en la organización eclesiástica. (...) El orden del mundo terrenal se le presenta determinado por el orden supramundano, y la imagen que de este se forja sirve para justificar aquel. De ahí que la monarquía universal sea en lo político la réplica ideal del orden monoteísta del más allá; y la organización patriarcal del edificio social, o sea, su fundamentación en el poder del señorío y el sentimiento de amor, viene a ser una réplica del gobierno de Dios, padre amantísimo.»

del orden, que G. Duby consideró como «el fundamento sacralizado de la opresión»⁸, y que atraviesa la Edad Media estará en la base de la conformación de esa mentalidad y manera de comportamiento que el propio Max Weber denominó tradicionalismo»⁹. De ahí que la superación de esa visión cristiana de la existencia fuese el producto de un largo y continuado proceso¹⁰

La concepción cristiana que sustentaba la doctrina económica del «precio justo», la prohibición del préstamo con interés, y la idea del trabajo únicamente «como medio para ganar lo necesario para seguir viviendo»¹¹, dejó paso, no sin resistencia, a la implementación del «espíritu capitalista» como exponente singular de la total evolución del racionalismo explicable desde su posición ante los últimos problemas de la vida¹², que concibe el trabajo como absoluto fin en sí, es decir como profesión¹³. Este proceso de aprendizaje, es decir, de

⁸ *Ibíd.*, p. 96.

⁹ Max WEBER, *ob. cit.*, p. 63 dice: «Lo que Sombart llama sistema de la economía de satisfacción de las necesidades parece coincidir, a primera vista con lo que llamamos nosotros “tradicionalismo económico”». «La equiparación es exacta cuando se equiparan los conceptos “necesidad” y “necesidad tradicional”».

¹⁰ *Ibíd.*, p. 61.

¹¹ A. VON MARTIN, *ob. cit.* p. 51 afirma que: «La idea de la ética económica eclesiástica y la concepción eclesiástica de la sociedad vienen al encuentro de las necesidades económicas efectivas del orden social existente. Según esta doctrina pre-capitalista, las *divitiae* no son un *finis ultimus*, sino simples *instrumenta quaedam*, y el fin último de la economía consiste en asegurar la existencia de cada cual *secundum suam conditionem* (Santo Tomás): cada cual ha de poder alimentarse y subsistir, y ha de poder hacerlo en la medida adecuada a su estado; debe darse un orden en el que todos —como corresponde a su inordinación en el organismo colectivo— están atendidos.

¹² Max WEBER, *ob. cit.*, pp. 88 y ss. dice: «Lo absolutamente nuevo era considerar que el más noble contenido de la propia conducta moral consistía justamente en sentir como un deber el cumplimiento de la tarea profesional en el mundo. Tal era la consecuencia inevitable del sentido, por así decirlo, sagrado del trabajo o lo que engendró el concepto ético-religioso de profesión: concepto que traduce el dogma común a todas las confesiones protestantes, opuesto a la distinción que la ética cristiana hacía en *praecepta* y *consilia* y que como único modo de vida grato a Dios reconoce no la superación de la moralidad terrena por medio de la ascesis monástica, sino precisamente el cumplimiento en el mundo de los deberes que a cada cual impone la posición que ocupa en la vida, y que por lo mismo se convierte para él en profesión». Más adelante en las pp. 100 y 101 concretará: «Profesión es aquello que el hombre ha de aceptar porque la Providencia se lo envía, algo ante lo que tiene que “allanarse”; ésta es la idea que determina la consideración del trabajo profesional como misión, como la misión impuesta por Dios al Hombre, rasgo este que fue todavía acentuado en la evolución posterior del luteranismo ortodoxo.»

¹³ Algunos autores han querido situar en el florecimiento escolástico las bases del espíritu capitalista y, desautorizando esa tesis, A. VON MARTIN, *ob. cit.* pp. 118 y s., dirá: «Virtudes burguesas y económicas (como la aplicación o la laboriosidad) se ponderan por su valor en orden a metodizar y racionalizar las formas de vida; por cuya causa el teólogo y moralista católico F. KELLER y el economista W. SOM-BART pudieron hallar ya en el florecimiento escolástico las primeras raíces éticas del espíritu del capitalismo. No debe olvidarse sin embargo, que la burguesía urbana, cuyo espíritu se refleja en el tomismo, está aún penetrada de un radical senti-

«nueva culturización» de quienes participaban en el proceso productivo, estara íntimamente ligado a otro, más amplio, de evolución de la racionalización de la sociedad occidental en su conjunto. En ese mismo sentido, J. Habermas precisará que «la racionalización del mundo de la vida tuvo que alcanzar un determinado grado de madurez antes de que los medios dinero y poder pudieran quedar jurídicamente institucionalizados en este mundo. Los dos subsistemas que sobrepasan el orden político global de las viejas sociedades de clases o sociedades estamentales, es decir, la economía de mercado y el aparato administrativo moderno, destruyen primero las formas tradicionales de vida de la sociedad viejo europea»¹⁴.

En el ámbito económico, fue precisamente la pequeña y mediana burguesía emergente, en tanto se iba desintegrando la sociedad jerárquico-estamental medieval¹⁵, el terreno abonado para que la ética calvinista produjese una auténtica aculturación axiológica que propiciase la organización racional capitalista del trabajo industrial burgués. En este sentido Max Weber dirá que «en los albores de la nueva época, no fueron única ni siquiera preponderantemente los empresarios capitalistas del patriciado comercial, sino más bien las capas más audaces de la clase media industrial las representantes de aquella mentalidad que llamamos espíritu capitalista»¹⁶.

El «Reino de las Luces»

Si importante fue, para el nacimiento del «espíritu capitalista», la Reforma religiosa del siglo XVI, no lo fueron menos, para el asentamiento y materialización del desarrollo del capitalismo, el racio-

miento de solidaridad, por lo que sigue teniendo un estado de ánimo marcadamente conservador; más aún que la ciudad medieval, tierra adentro y artesana, que Santo Tomás tiene presente, permanece todavía muy vinculada a las condiciones de la vida agrícola y sus formas de vida sencilla; o sea, que pudo desarrollarse en ella (para servirnos de la distinción que hace SOMBART) el “espíritu burgués”, es decir, uno de los componentes del espíritu capitalista, pero no el otro, a saber: el “espíritu de empresa”.

¹⁴ J. HABERMAS, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, 1989, p. 420.

¹⁵ A. VON MARTIN, *ob. cit.* p. 68, señala que: (el hombre medieval cree que la estructura jerárquico-estamental es «natural» y querida por Dios, esta creencia constituye por su parte el elemento aglutinante de la sociedad medieval. Y esta clase de concepción del mundo desaparecerá en la misma medida en que los estamentos antes directores cesen de realizar una función – en la medida, pues, en que no resulten adaptados a las nuevas condiciones del contorno social (producidas en primer término por cambios en la economía)– y dejen de corresponderse la idea y la realidad, quedando reducida finalmente la idea a mera ideología.»

¹⁶ *Ibidem*, pp. 64 y ss., Max WEBER continúa diciendo: «Y en el siglo XIX, sus representantes clásicos no son los nobles *gentlemen* de Liverpool o de Hamburgo con el patrimonio comercial heredado de sus antepasados, sino los *parvenus* de Manchester, de Renania y de Wesfalia, procedentes de las más modestas capas sociales.»

lismo matemático clásico¹⁷ y su correlato jurídico-axiológico, el ius-naturalismo racionalista del siglo XVII y, especialmente, la Filosofía del siglo de las Luces.

La ruptura de la imagen medieval del mundo, como un cosmos teológico cerrado susceptible de ser abarcado en su conjunto, y la aparición, en el siglo XVII, de una nueva concepción abierta¹⁸ en la que el espacio y el tiempo no tenían límites, originó una enorme convulsión en el espíritu humano que cristalizó en un nuevo sentimiento cósmico y una nueva autoconciencia¹⁹ que le exigía, al individuo, reubicarse, a partir de su propia realidad individual, en el espacio de las magnitudes y los números.

Las nuevas condiciones históricas propiciadas por los grandes descubrimientos geográficos y científicos crearon, a su vez, nuevas necesidades para la expansión y el desarrollo de la economía. De entre ellas, la necesidad principal ser la reivindicación del valor del individuo como persona libre de ataduras estamentales²⁰ y por ende la proclamación de la libre iniciativa. En este marco se inicia el proceso de desarrollo de las teorías de la libertad espiritual y del derecho

¹⁷ DESCARTES, MALEBRANCHE, LEIBNIZ y SPINOZA sublimaron la perfección y el rigor en sus sistemas metafísicos a través de los cuales pretendían obtener el conocimiento filosófico. Teniendo como eje a la razón mantenían que ningún género de conocimientos de hechos tiene un valor similar a los que pueden obtenerse a través de lógica, de la matemática pura y de las ciencias naturales exactas.

¹⁸ E. CASSIRER, *Filosofía de la Ilustración*, México, 1972, p. 26, dice: «La estructura del cosmos no será únicamente vista, sino vista con transparencia. Y consigne esta forma de visión cuando el pensamiento matemático se dirige a él y le somete a su forma de análisis. Cuando Newton, con su cálculo de fluxiones, y Leibniz, con su cálculo infinitesimal, crean un instrumento universal para ese proceder, parecen mostrar, por primera vez en pleno rigor, la posibilidad de “concebir la naturaleza”.» El camino del conocimiento natural nos lleva a lejanías inciertas; pero su dirección está ya resuelta, porque el punto de partida y el de llegada no están determinados exclusivamente por la naturaleza de los objetos, sino por el modo específico y por las fuerzas específicas de la razón.

¹⁹ La ruptura del orden feudal, es decir, de las corporaciones medievales de la sociedad estamental en las que el hombre carecía de valor por sí y sólo contaba en cuanto miembro del grupo, propicia el descubrimiento del hombre como individuo y la de la conciencia de su dignidad como fuente de derecho.

²⁰ Algún autor como, por ejemplo A. VON MARTIN, *ob. cit.*, pp. 110 y 111, ha querido ver ya en la evolución del arte en el interior de la propia Edad Media un proceso de conquista de la conciencia individual: «La pujanza maciza y pesada, la estricta tesitura del estilo de un ser; lo sosegado, firme y compacto del estilo medieval del románico, es la réplica artística del estilo de vida de la vieja nobleza. En el verticalismo del gótico hay algo de ímpetu subjetivo, algo “faústico”, para hablar como SPENGLER; una agitada movilidad, una funcionalidad en vez de la anterior sustancialidad: todo lo cual es expresión de una primera arrancada dinámica de la sociedad, tal y como se anuncia con el advenimiento de la baja nobleza y prosigue luego con el desenvolvimiento de las ciudades, bajo el influjo del patriciado de los “linajes”. El tránsito del estilo en relieve de la plástica románica a la figura suelta –aunque todavía apoyada en la pared de la plástica gótica–, es expresión del incipiente tránsito de la conciencia individual a la conciencia comunitaria.»

natural racionalista ²¹ a través de las formulaciones de pensadores individuales tales como Grocio, Puffendorf, Locke, Tomasio, Wolf, Rousseau..., que irán siendo asumidas por las clases directoras de la sociedad y presentadas como las ideas de la época con validez universal.

Durante el siglo XVII, y más concretamente, a partir de la publicación de la obra *De iure belli ac pacis* de Hugo GROCIO, se establece un vínculo estrecho entre el derecho y la matemática que el desarrollo de las doctrinas iusnaturalistas racionalistas, a través de los conceptos de estado de naturaleza y contrato social, irá profundizando en aras de la afirmación del principio de libertad y de la persona humana como sujeto de todo derecho y fuente de toda ley, haciendo posible, también, el desarrollo de la corriente liberal.

Los constitucionalistas iusnaturalistas ingleses Milton, Sidney y Locke, representantes de la corriente liberal-democrática, constituyen un ejemplo claro de autores cuyo pensamiento es el fiel reflejo, por reacción, del efecto de la situación de la realidad social sobre una mentalidad. Locke con sus Dos tratados sobre el Gobierno, (también Milton con *Aeropagítica* y Sidney con sus *Discursos sobre el Gobierno*) alimenta el discurso intelectual liberal en su lucha contra el absolutismo de los Estuardo defendido por Filmer en *Patriarcha o el Poder natural de los Reyes* y proclama la declaración de derechos cuya conceptualización definitiva aparecerá en la obra política de Rousseau y, de forma expresa, en su *Contrato Social*.

Ciertamente, la idea de libertad sometida a consideraciones utilitarias ²², tal y como la concibe Locke, está muy lejos del concepto

²¹ El desarrollo del iusnaturalismo racionalista no estuvo exento de obstáculos como bien señala E. CASSIRER, *ob. cit.*, pp. 265 y s.: «La lucha para fundamentar el moderno derecho natural se lleva a cabo en este doble frente (frente al dogma teológico y el absolutismo del Estado). Lucha que tiene que enderezarse contra la concepción teocrática, contra la derivación del derecho de una voluntad divina, en definitiva irracional, inaccesible e impenetrable para la razón humana, y contra el Estado Leviatán». En ambos casos hay que hacer vacilar y derrumbar el mismo principio, «el principio de *stat pro ratione voluntas*». Calvino había apelado a este principio para mostrar que todo derecho se funda en último término en el poder divino; pero que es en sí mismo incondicionado y no está sometido a ninguna regla ni norma limitadora. El núcleo de la dogmática calvinista, especialmente el dogma central de la predestinación, reside en esta idea; la salvación y la condenación se incluyen en ella. No es posible preguntar por la razón y el mero preguntar significaría una presunción sacrílega y un levantamiento de la razón humana sobre Dios mismo. Es el poder absoluto de Dios quien ha condenado a la mayor parte de la humanidad mientras ha salvado a un pequeño grupo de elegidos; ambas cosas suceden sin razón alguna, en el sentido humano de la palabra, sin consideración alguna por el mérito moral. De esta problemática religiosa se ha destacado la problemática filosófica del derecho natural.

²² J. LOCKE, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, II, 6, Madrid, 1969, establece la diferencia entre libertad y licencia diciendo: «Pero, aunque ese estado natural sea un estado de libertad, no lo es de licencia; aunque el hombre tenga en ese estado una libertad sin límites para disponer de su propia persona y de sus propiedades, esa libertad no le confiere derecho de destruirse a sí mismo, ni siquiera a alguna de las criatu-

rousseauiano de la libertad entendida como valor universalista, inalienable, exigencia de la dignidad y de la personalidad humanas²³. No obstante, es una evidencia que Locke señala el camino a Rousseau, con la concepción del estado de naturaleza como un estado de completa libertad e igualdad «dentro de los límites de la ley natural»²⁴, y con la consideración de la persona humana como sujeto de todo derecho y, a la razón como medida de toda ley²⁵, para que, el autor de Ginebra, devolviese, el hombre, a su dimensión real, como totalidad integral²⁶.

A partir de esta premisa esencial, Rousseau, pudo establecer, el principio de la personalidad, fruto del más pleno concepto de libertad, como fundamento de la ética humanista cristalizada en la Declaración de Derechos de 1789²⁷ y, por extensión, del Derecho en el Estado de Derecho.

ras que posee, sino cuando se trata de consagrarla con ello a un uso más noble que el requerido por su simple conservación».

²³ J. J. ROUSSEAU, *Second Discours*, O. C., III, Ed. De la Pleiade, p. 142, identifica libertad y espiritualidad afirmando que «en la conciencia de esta libertad, particularmente, se muestra la espiritualidad del alma». En el *Contrat Social*, O. C., III, p. 356, dirá: «Todos nacen “hombres y libres”; su libertad les pertenece... renunciar a su libertad es renunciar a su calidad de hombre, a los derechos de la humanidad, inclusive a sus deberes... Una renuncia semejante es incompatible con la “naturaleza del hombre”.»

²⁴ J. LOCKE, *ibídem*, II, 4.

²⁵ J. LOCKE, *ibídem*, II, 6 dirá: «El estado natural tiene una ley natural por la que se gobierna, y esa ley obliga a todos. La razón que coincide con esa ley, enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones; ...»

²⁶ R. MONDOLFO, *Rousseau y la conciencia moderna*, Buenos Aires, 1962, p. 48 dice: «El principio de personalidad presupone dos condiciones: el desarrollo integral y la actividad libre. Condiciones íntimamente ligadas entre sí, porque sólo el hombre que representa en sí una totalidad espiritual es capaz de ser libre y sólo el hombre que desarrolla libremente sus actividades naturales es susceptible de convertirse en una totalidad integral.»

²⁷ E. CASSIRER, *ob. cit.*, pp. 276 y 277 cuestionando la conocida tesis de Jelinek respecto de la dependencia de la Declaración de la Asamblea Constituyente francesa de 26 de agosto de 1789, dirá: «Georges Jelinek, en su conocida obra sobre la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” sostiene la tesis de que no existe ninguna conexión histórica directa entre esa declaración, tal y como la estableció la Constituyente francesa del 26 de agosto de 1789, y las ideas fundamentales de los siglos XVII y XVIII. El modelo de tal Declaración estaría, más bien, en los *Bill of rights* norteamericanos, especialmente en la Declaración de Derechos del Estado Libre de Virginia del 12 de junio de 1776; pero, aun suscribiendo la tesis de Jelinek en su parte positiva –y la dependencia de la Declaración francesa de modelos norteamericanos es innegable y demostrable hasta el detalle–, no por eso se sigue la afirmación negativa mantenida por él. Porque las mismas declaraciones norteamericanas se hallan bajo la influencia dominante del nuevo espíritu iusnaturalista (...). Nuevas investigaciones sobre la declaración de Virginia muestran con claridad que las cuestiones de la libertad religiosa, si han desempeñado algún papel en la aparición de esta Declaración, ha sido, en todo caso, muy secundario. El círculo de las ideas a que corresponde la Declaración de la Constituyente y del que se ha desarrollado orgánicamente, desprendiéndose como fruto maduro, estaba ya cerrado mucho antes de que se pudiera pensar

Capitalismo, democracia, ciencia y liberalismo

A finales del siglo XVIII, tras «la revolución industrial» aparece la clase social de los capitalistas industriales. El industrial se integra en los altos niveles de la jerarquía social con los terratenientes, los financieros y los mercaderes, que le habían precedido en ese estatus por razones de nacimiento y sobre todo económicas.

Los componentes de esta nueva clase social tienen un origen campesino y surgen por una selección natural propiciada por el crecimiento económico en un clima sociocultural de dilución de los vínculos estamentales y proclamación de la individualidad, al que, el Siglo de las Luces, añadirá también la fe en la ciencia y en el progreso²⁸, haciendo posible el inicio de la materialización práctica del liberalismo político y económico.

Durante todo el siglo XIX se fueron estableciendo relaciones estrechas e incluso identificaciones entre el poder estatal burocrático-político y las nuevas élites socioeconómicas que resultaron decisivas para la consolidación del capitalismo organizado de finales del mismo. Uno de los precedentes de esta relación económico-política, por ejemplo en Gran Bretaña, es preciso situarlo en «la petición colectiva»²⁹ que realizaban los ciudadanos al Parlamento y que se consolidó como una práctica habitual. De esta manera, se hizo posible el establecimiento de lazos personales e incluso familiares entre el poder político y los empresarios y la intervención activa, de estos últimos, en los asuntos públicos en materia de fiscalidad, de derechos de aduana, de tratados de comercio y, eventualmente, para obtener leyes anti-obreras, tales como la que preveía penas de muerte por la ruptura de una máquina o aquella otra que prohibía las coaliciones obreras.

La presencia de los empresarios en los cargos de la alta política fue acentuándose y no resulta casual, por ejemplo, que, el industrial Sir Robert Peel, símbolo de la nueva clase, llegase a ser Primer Minis-

en una influencia de las *declarations of rights* norteamericanas.» Más adelante, en la p. 281 dirá: «Pero Condorcet (...) atribuye en especial a Rousseau el colocar los derechos del hombre entre las verdades que ya no se pueden olvidar ni dejarse arrebatar.»

²⁸ E. CASSIRER, *ob. cit.*, p. 19, dice: «Apenas si siglo alguno está impregnado tan hondamente y ha sido movido con tanto entusiasmo por la idea de progreso espiritual como el Siglo de las Luces. Pero se desconoce el sentido hondo y la médula misma de esta idea si se entiende el “progreso” tan sólo en el aspecto “cuantitativo” como una pura ampliación del saber, como un *progressus in indefinitum*.»

²⁹ M. FLAMANT, *Dynamique, économique de l'histoire. Deux siècles de progrès*, París, 1989, p. 55, cit. 33, dice que: «la expresión “grupo de presión” entre nosotros tiene un sentido peyorativo. No es así en Gran Bretaña. *Les pressure groups* o *interest groups* constituyen un engranaje del sistema a través del cual el electorado habla y responde al legislativo y al ejecutivo: el funcionamiento de este sistema está considerado como un garante de la libertad. Los grupos compiten para tener acceso a los *mass media* y al Parlamento: algunos se aseguran una voz en el Parlamento, lo que es una práctica aceptada con tal de que el diputado en cuestión no esconda lo que representa. De esta manera no equivoca al público».

tro y, durante su época ministerial, se llevase a cabo la reforma electoral inglesa de 1832, haciendo posible que el número de personas con derecho a voto aumentase³⁰, consolidando, de esta forma, el creciente poder de la burguesía industrial sobre el que se desarrollará, a partir de 1837 y hasta 1901 con la reina Victoria, la llamada «gran época victoriana», en la cual, Gran Bretaña, llegará a ser el banquero del universo.

En Francia, la Revolución de los Tres Días Gloriosos (27, 28 y 29 de julio de 1830) supuso la abdicación de Carlos X, la consiguiente proclamación de Luis Felipe como «rey de los franceses» y, con él, el ascenso al poder de la gran burguesía financiera e industrial, asentado sobre dos leyes fundamentales: la ley electoral que adecuó el sufragio censitario y aseguró el poder político³¹ y la ley de la guardia nacional que consolidó el poder material³².

No obstante, estimo que, si fuera preciso situar el momento en el que comienzan a fraguarse las bases formales de la fusión del poder político y el económico que cristalizó en la conquista del poder material por la gran burguesía como nueva clase social (que Tocqueville diferencia bien de la nobleza del siglo XVIII en el caso francés), habría que hacerlo en la Declaración de 1789 elaborada por nobles y burgueses.

Esta simbiosis entre las élites políticas y económicas encarnada en la burguesía industrial se prolongará hasta las primeras décadas del siglo XX en la totalidad de los países industrializados, haciendo posible, en el espacio temporal comprendido entre el último tercio del siglo XIX y la primera Gran Guerra Mundial, la llamada «Belle Epoque» en la que se materializó «una alianza, una armonía raramente encontrada después, entre el capitalismo, la democracia, la ciencia y

³⁰ M. FLAMANT, *ob. cit.*, p. 56, señala que los industriales son poderosos en su localidad; de esta manera aspiran a ejercer el poder político a escala nacional. Éste fue entre otros el caso del primer ministro Sir Robert Peel, símbolo de las clases nuevas. Perteneció al dominio de la anécdota —ella encantó a Balzac— que su hijo por el contrario, fue *tory* y se opuso a la reforma electoral de 1832, reforma que la revolución industrial había hecho necesaria y que consagró la potencia de la burguesía industrial. Es decir, la división de la sociedad en clases económicas tenía su reflejo inevitablemente en las oposiciones políticas.

³¹ J. LUCAS-DUBRETON, *La restauration et la monarchie de Juillet*, París, 1926, p. 199. Este autor afirma que por la ley electoral el censo de elegibilidad se descendió de mil a quinientos francos, el censo del electorado de trescientos a doscientos francos, a cien francos incluso para algunos ciudadanos: miembros del Instituto, oficiales en retirada; y el número de los electores ascendió a alrededor de ciento noventa mil para treinta y dos millones y medio de franceses, cifra del censo en 1831.

³² J. LUCAS-DUBRETON, *ob. cit.*, p. 159, dice, respecto de la consolidación del poder material por la guardia nacional, que «la guardia nacional que Carlos X había licenciado, fue reorganizada sobre nuevas bases. Encargada de defender la realeza y la Carta, de conservar o de restablecer el orden y la paz pública, se compuso sin embargo de todos los franceses de veinte a sesenta años. Las legiones nombraron ellas mismas sus oficiales, salvo los de las más altas graduaciones, cuya nominación quedó en manos del rey».

–last but not least– el liberalismo. Cada uno de estos elementos apoyaba, por sinergia, la acción de los otros». ³³

De las concentraciones empresariales a las multinacionales

A partir de 1875, los grandes países industrializados conocen una enorme expansión imperialista y, consecuentemente, el sistema económico liberal capitalista (librecambista o proteccionista, según el caso), con las instituciones características (grandes empresas, bancos, bolsas, patrón-oro) que ellos encarnan, se va generalizando a lo largo y ancho del mundo. Esta generalización, en la que hay que situar el origen de la actual «globalización económica», conllevará de forma paralela una enorme transformación, tanto en la estructura como en la forma de entender la empresa, puesto que el tradicional empresario individual ³⁴, dueño único de su empresa, va a tener la necesidad de integrarse en grupos, es decir, iniciar un proceso de concentración en forma de comités ³⁵, carteles ³⁶, o *trusts* ³⁷ sin que existiese, en principio, ninguna limitación de tipo jurídico por parte de los Estados al desarrollo de este proceso.

Este proceso de concentración abre paso a la definitiva internacionalización de los mercados al dictado de las leyes sobre la libre movilización del capital, al tiempo que desaparecen los obstáculos para el comercio. Tras la Segunda Guerra Mundial, la novedad más importante, en los países de economía de mercado, se produce cuando las empresas nacionales comienzan a organizarse de forma multinacional en la doble versión de «empresa multinacional internacional» o «empresa multinacional interna» ³⁸, constituyéndose en los actores de

³³ M. FLAMANT, *ob. cit.*, p. 123.

³⁴ M. FLAMANT, *ob. cit.*, p. 172, dice que, por ejemplo, las grandes empresas americanas son producto de éxitos individuales y familiares. Así, «estos éxitos extraordinarios llevan nombres de familia: Vanderbilt (por los ferrocarriles), Jay Gould (especulador universal), Carnegie (el acero), Dupont Nemours (los polvos y la química), Rockefeller (el petróleo).

³⁵ M. FLAMANT, *ob. cit.*, p. 154, dice que «el primero de los comités creados en Francia por ejemplo fue el “Comité des Forges” fundado en 1864 al que le seguirá el *Comptoir métallurgique de Longwy*, en 1836.

³⁶ M. FLAMANT, *ob. cit.*, p. 202, dice que «ningún país, como Alemania, ha dado tantas muestras, en el ámbito industrial, de una necesidad quasiautomática de unión y de disciplina. Entre los carteles, citemos los de las fundiciones, los aceros de las vigas, de los hilos laminados, de las grandes laminaciones, etc. (en el comienzo del siglo, la rama reciente de la electricidad, sólo dos grupos lo dominaban: Siemens y A.E.G. Es un caso interesante de duopolio)».

³⁷ M. FLAMANT, *ob. cit.*, p. 173, señala que algunos *trusts* fueron célebres; concernían: al petróleo, en 1884, siete personas dirigían 39 sociedades [...]; el Whisky (1887); el azúcar (agrupa el 85 por 100 de la industria); el acero. L'United States Steel Corporation, verdadero *trust*, fue fundado en 1901.

³⁸ N. REICH, *Mercado y derecho*, Barcelona, 1985, p. 321, reafirma que «desde la óptica de la República Federal alemana puede distinguirse entre empresas multina-

la internacionalización del capital y de los mercados, y protagonizando, de forma definitiva, el imparable proceso de reestructuración y de concentración de la economía, a la vez que implantan una situación de conflicto estructural que legitima poder hablar de «nuevo orden mundial».

De la mano de N. Reich podría decirse, al hilo de la tesis de la desigualdad de cobertura territorial entre Estado y empresas multinacionales, que «la situación de conflicto estructural con las unidades de carácter social y político, tales como las organizaciones de trabajadores o de consumidores, se produce por el hecho de que las empresas multinacionales pueden operar internacionalmente, mientras que la política y el Derecho encuentran sus límites en las fronteras del Estado». Para ratificar esta afirmación, Reich trae a colación la versión que Pausenbeger formula del conflicto estructural que subyace al fenómeno de la empresa multinacional cuando dice que «la crítica a las empresas multinacionales puede reducirse a su único argumento fundamental, que consiste en que estas formaciones permiten, por su dimensión y movilidad, la constitución de esferas de poder económico que se sustraen a las medidas de control de los Estados y, consecuentemente, pueden operar en un espacio libre de Derecho»³⁹.

A mediados de los años setenta, cuando se acentúa la concentración de capital (cuyo ritmo se acelerara en los años ochenta) y fusiones, a la vista del potencial de las empresas multinacionales y su peligro para la política coyuntural, la política de competencia, la política estructural y la política social del Estado, Helmut Arndt escribía: «Los grupos multinacionales no sólo son superiores a las demás empresas en su lucha por el poder, sino que poseen el poder suficiente para imponer su propia política frente a la política económica de los Estados en cuyo territorio operan. Las empresas multinacionales, cuya cifra de negocios y capital supera un determinado volumen, están en situación de ejercer su propia política económica internacional en un mundo caracterizado por el comercio y el libre tráfico del dinero. No sólo pueden desbaratar la política económica de un Estado, sino también de unidades superiores, como la Comunidad Económica Europea»⁴⁰.

Por tanto, el modelo de empresa multinacional, en la segunda mitad del siglo XX, se erige en instrumento fundamental de la

cionales extranjeras y empresas multinacionales internas. La empresa multinacional extranjera es aquella que tiene en el extranjero la sede de su órgano central y cuya actividad en el interior del país se canaliza a través de una sociedad filial. La empresa multinacional interna tiene su sede en el país y opera en el extranjero con la ayuda de sociedades filiales de primer y, eventualmente, de segundo grado».

³⁹ N. REICH, *ob. cit.*, p. 324.

⁴⁰ H. ARNDT, *Wirtschaftliche Macht, Ausschus für Arbeit und Soziales*, 1974, p. 53.

mutación del liberalismo keynesiano ceñido al marco del Estado-Nación en neoliberalismo, inspirado en la Escuela de Chicago, de ámbito internacional, o lo que es lo mismo, del capitalismo nacional, en el que el Estado planifica y dirige la economía en capitalismo salvaje global en el que los Estados se someten al dictado del mercado.

A principio de los años noventa, la red de empresas multinacionales fruto del proceso de concentración del capital estaba constituida por treinta y siete mil firmas, con sus ciento setenta mil filiales, que abarcaban más del 30 por 100 (en 1995) del producto interior bruto mundial. Sin embargo, como señala Frederic F. Clairmont, «el sitio del poder se sitúa en el círculo más restringido de las “doscientas primeras” [...] que son conglomerados cuyas actividades planetarias cubren sin distinción los sectores primario, secundario y terciario: grandes explotaciones agrícolas, producción manufacturera, servicios financieros, comercio, etc. Geográficamente se reparten entre diez países: Japón (62), Estados Unidos (53), Alemania (23), Francia (19), Gran Bretaña (11), Suiza (8), Corea del Sur (6), Italia (5) y Holanda (4)»⁴¹.

El mercado sobre el Estado

Las fusiones, reagrupaciones y alianzas empresariales, que en los últimos diez años se han incrementado a un ritmo del 15 por 100 anual, en las que los grandes bancos de inversión, los fondos mutualistas y los fondos de pensiones juegan un papel fundamental al amparo de justificaciones tales como liberalización, desreglamentación, privatización, mercado libre internacional, dan como resultado un complejo económico de estructuras de dominación totalitarias, que el sociólogo suizo J. Ziegler, ha calificado de mafiosas⁴² y que condicionan la política de los Estados.

En términos de teoría de los sistemas, el modelo sistémico, en el que el mercado y el Estado han funcionado como dos subsistemas entrelazados, obedeciendo a lógicas diferentes en el marco de un sistema global, en el que el primero estaba sujeto a una racionalidad de beneficio fundada en la autonomía privada de los individuos y en una esfera totalmente apolítica, y el Estado a la producción de decisiones vinculantes y ejecutorias, a través del Derecho y desde el poder, ese modelo sistemático ha hecho crisis como consecuencia de las contradicciones estructurales de nuestras sociedades, resultado de la incompatibilidad entre las exigencias funcionales de la

⁴¹ F. CLAIRMONT, «Hacia un gobierno planetario de multinacionales. Doscientas sociedades controlan el mundo», *Le Monde Diplomatique*, abril, 1997, pp. 8 y 9.

⁴² J. ZIEGLER, *El País*, domingo 4 de enero de 1998, p. 8, dice «No hay diferencia entre el capitalismo monopolista y la Mafia».

democracia política y las exigencias inherentes al desarrollo del capitalismo liberal.

A partir de los años setenta el Estado y el mercado constituyen dos subsistemas abiertos e interrelacionados en un sistema global, en el que el mercado impone de manera creciente y definitiva su lógica al Estado. Es decir, que de una relación sistemática, en la que dominaba la racionalidad formal del Estado, se ha pasado a otra relación, en la que el mercado está imponiendo su lógica sustantiva⁴³ sobre el Estado.

El modelo sistémico, en el que prevalecía la racionalidad formal, era útil para presentar la relación entre el Estado y el mercado durante los cien años transcurridos de 1870 a 1970. En ese modelo, el Estado se correspondía en Occidente con el Estado-Nación de las últimas décadas del siglo XIX y primeras del XX y cuyo deber era el de mantener las condiciones apropiadas para el crecimiento económico y la prosperidad social. Y también con el Estado-Nación, que a partir de la crisis del 29, y para salir de ella, se adjudica, siguiendo los dictados de Keynes, el deber de controlar la economía, y que finaliza en los años sesenta transformado en megaestado hacedor «apropiado» para todos los programas y todas las tareas sociales, es decir, como entidad social, como amo de la economía, como estado social, como estado benefactor.

Resulta ilustrativa la afirmación de Habermas cuando dice que: «el Estado de Derecho burgués se presenta cada vez más amenazado por la contradicción existente entre lo que quiere ser, de conformidad con la propia idea, y lo que realmente es»⁴⁴.

Hoy, el nuevo modelo de Estado (utilizo la expresión para la generalidad de los de la Sociedad Occidental) está en trance de superar la racionalidad formal para dar respuesta a las exigencias de una sociedad en profunda y radical transformación, que hace algún tiempo

⁴³ Las categorías, racionalidad formal y racionalidad material en Max WEBER están referidas al Derecho y la justicia. Participo de la tesis de que el Derecho moderno viene caracterizado por un crecimiento de lo material en detrimento de lo formal (lo que importa es que las cosas se hagan, no cómo se hagan). TEUBNER, en su teoría del Derecho reflexivo entiende la materialización como una «desdiferenciación regresiva, como una flexibilización de la circularidad básica del Derecho por referencias crecientes a la oportunidad política, máximas morales y utilidad económica». Este autor, TEUBNER, distingue tres clases de racionalidad del Derecho (racionalidad interna, racionalidad de la norma en la justificación de demandas de validez, y racionalidad del sistema en las diferentes acciones hacia la integración de la sociedad). Según TEUBNER, el Derecho formal se caracteriza en su racionalidad interna por una programación condicional. Prescribe y crea la estructura jurídica de una sociedad de mercado desarrollada. El Derecho material está orientado hacia la programación útil (el objetivo) y corrige los eventuales fallos del mercado. El Derecho reflexivo tiene una orientación procedimental. Su racionalidad contribuye a la integración de los subsistemas sociales y se refiere a la «autonomía regulada» (G. TEUBNER «Reflexive Law», *Law and Society Review*, núm. 19, p. 252).

⁴⁴ J. HABERMAS, *Capital monopolista y sociedad autoritaria*, Barcelona, 1973, p. 22.

abandonó el dogma: Estado = Sociedad Civil Global⁴⁵, y cambió el Estado por el Mercado⁴⁶, el Derecho del Estado⁴⁷ por las leyes del Mercado o, mejor dicho, vio cómo aquél se ponía al servicio de éstas⁴⁸.

En este sentido, Niklas Luhmann señala más concretamente que la racionalidad del mercado se contraponen al derecho del Estado intervencionista. E, incluso, al reflexionar sobre los derechos económicos fundamentales como institución, se muestra contrario a contemplarlos como garantías de la libertad, la justicia y la protección de la personalidad, tal como lo hace la teoría constitucional de corte liberal ampliamente difundida. La garantía de la propiedad —señala Luhmann— «tiene como función asegurar su papel de sujeto partícipe en el sistema de comunicación de la economía, puesto que, sin esa garantía, el sistema de comunicación no puede ser generalizado».

De ahí que el derecho concreto no goza de una protección jurídica inmediata, «sino únicamente de la oportunidad de mercado, y por ello no para garantizar la dignidad y libertad del individuo, sino para asegurar la capacidad funcional de una economía movida por el dinero»⁴⁹.

⁴⁵ La distinción entre Estado y sociedad civil se desarrolla en los primeros escritos decimonónicos de G. Hegel, Según Hegel, la sociedad civil es una fase intermedia entre la familia y el interés público del Estado. La sociedad civil que se identifica con la esfera social, se identifica a su vez con el Estado como esfera pública de interés común.

⁴⁶ D. OLIVENNES; N. BAVEREZ, *L'imperissance publique*, París, 1989, pp. 73, señala que: «se cambia de patristica»: Friedman destrona a Keynes en el panteón de los economistas. El Estado está en el ojo del ciclón: la política coyuntural y los gastos públicos son el principal factor de inestabilidad de una economía en equilibrio espontáneo, y las deducciones obligatorias tienen un efecto desincitativo. Es preciso, por tanto, reducir drásticamente la intervención pública y liberar las fuerzas competenciales. La defensa del mercado en el orden económico contra el Estado keynesiano pretende ser la hermana gemela de la defensa de la sociedad en el orden político contra el Estado estaliniano, el interés privado fundando el interés colectivo como la voluntad particular, la voluntad general. A la igualdad forzada de las condiciones, fuente de improductividad, se opone la igualdad de oportunidades, fuente de competición. A la economía dirigida, el libre juego de los intereses que asegura *ex-post* el equilibrio económico óptimo. Véanse, igualmente, A. MINE, *La máquina igualitaria. Crisis en la sociedad del bienestar*, Barcelona, 1987; G. HERUNET, *El pueblo contra la democracia*, Madrid, 1989.

⁴⁷ J. HABERMANS, *Capital monopolista y sociedad autoritaria*, Barcelona, 1973, p. 40, señala: «la norma jurídica liberal que era antes el fundamento de la existencia burguesa, en la actual fase de estrecha independencia de todos los sectores de la sociedad, no sólo no impide llevar a cabo al Estado social todas sus intervenciones, sino que bajo su protección los intereses privados organizados consiguen, a la inversa, ejercer una influencia sobre los órganos del Estado».

⁴⁸ W. STREEK, y P. SCHMITER, *Private Interest Government*, Londres, 1985, señalaban ya que el hecho de que las asociaciones de interés tengan una cada vez mayor protagonismo, afecta no sólo a la forma y funcionamiento del «Estado», sino también exige un replanteamiento del concepto de «mercado». Estos autores consideran que es preciso distinguir entre «mercados como procesos distintos del Estado en los que éste hace una función simplemente de apoyo, y mercados en los que el Estado es un actor».

⁴⁹ N. LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, 1983, p.120.

En definitiva, la evolución del fenómeno de las empresas multinacionales, con la Organización Mundial del Comercio como punta de lanza⁵⁰ y la consiguiente limitación de las estrategias estatales de control, dentro del proceso de internacionalización del mercado⁵¹, instrumentalizando la disparidad de las legislaciones nacionales, ha llevado consigo la imposición de su propia lógica normativa⁵².

Además, la deslocalización del mercado de capitales⁵³ y la generalización de los intercambios internacionales vacían de contenido las reglas estatales (fiscales, laborales, sanitarias...). La desreglamentación de los mercados (al hilo de las directrices de la Escuela de Chicago) activa esta evolución⁵⁴. Impotentes para frenar este fenómeno, los gobiernos no piensan más que en sacar partido para atraer hacia ellos los capitales flotantes.

Hay que añadir también la implantación de nuevas tecnologías (informatización y robotización) en el proceso productivo y el aumento de la competitividad, dando como resultado una forma de crecimiento económico en contradicción con la conservación de las condiciones medioambientales⁵⁵.

⁵⁰ M. KHOR, «Un gobierno mundial en la sombra. La O.M.C., punta de lanza de las transnacionales», *Le Monde Diplomatique*, mayo, 1997, p. 7, finaliza este trabajo diciendo que «A este ritmo, y en nombre del primado absoluto del comercio internacional, pronto los países no podrán controlar ni proteger nada. Ni la agricultura, ni los recursos naturales, ni los sistemas educativos, ni la salud, ni los medicamentos o la biodiversidad. A causa de las transnacionales de la industria y de las finanzas, la O.M.C., adosada a la O.C.D.E., está a punto de despojar a los países, y los ciudadanos, de los mínimos atributos de su soberanía».

⁵¹ N. REICH, *ob. cit.*, pp. 320 y ss.

⁵² F. ROHATYN, «What next?», en *New York Review of Books*, Nueva York, diciembre de 1987, pone de relieve el riesgo al que está sometido el sistema monetario mundial por razón de las modificaciones bruscas en los mercados financieros, así como en los flujos de capital, en el marco de los inestables mercados internacionales.

⁵³ N. REICH, *ob. cit.*, p. 320, afirma que: «Hay que citar como típico de la internacionalización de los mercados en la evolución del sistema capitalista el hecho de que los procesos de mercado están sometidos por completo al dictado de las leyes sobre la movilización del capital. Ello significa que progresivamente irán desapareciendo los obstáculos que el Estado de base nacional impone al desarrollo del capitalismo, equiparándose también la estructura de producción y de consumo de los distintos Estados.»

⁵⁴ A. GUNDER FRANK, *ob. cit.*, p. 286, señala que la transnacionalización del capital y la cada vez mayor competitividad internacional están provocando el surgimiento de nuevas formas de acumulación de capital.

⁵⁵ Algunos datos sobre la cuestión del deterioro del medioambiente como consecuencia de la contradicción existente entre el crecimiento económico y la conservación de las condiciones medioambientales, puesta de relieve en la última cumbre medioambiental celebrada en Kioto en 1997:

1. La temperatura global del planeta Tierra aumentó en este siglo en torno a 0,4 grados y se ha convertido en el más caluroso desde hace al menos mil seiscientos años.
2. Disminuyen de extensión las masas polares y se van retirando los glaciares.
3. Subida significativa del nivel de los océanos a causa de que el agua cálida es menos densa que la fría.

Y en el plano de los valores, al igual que la libertad, la igualdad, la fraternidad, sobre los que se asientan los dogmas fundamentales del principio de la generalidad de la ley, del reconocimiento de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y del establecimiento de la autonomía de la voluntad privada produjeron su «efecto imán», que sirvió para superar las estructuras feudales y dieron luz verde al Estado democrático, liberal clásico, hoy en el mundo Occidental⁵⁶, se van progresivamente vaciando de contenido y cediendo el testigo a la libertad controlada, al derecho a las diferencias, al individualismo narcisista⁵⁷ (el individuo deja de ser ciudadano para convertirse en consumidor) para ir creando el nuevo modelo, el modelo de la posmodernidad⁵⁸.

4. La primavera se ha adelantado dos semanas en el hemisferio norte.

5. El cambio climático guardaría relación directa con el aumento de las olas de calor, sequías, lluvias torrenciales, inundaciones y la extensión de la enfermedad tropical conocida como la malaria.

6. Aumentan las precipitaciones en las zonas de altas latitudes y disminuyen en las regiones meridionales y subtropicales.

7. De no tomarse medidas, la temperatura global podría subir en un siglo de 1,5 a 5 grados y el nivel del mar hasta medio metro. Una consecuencia sería el desplazamiento de 70 millones de personas empujadas por el hambre por la anegación de deltas y tierras bajas.

8. El dióxido de carbono (CO₂), principal ingrediente del efecto invernadero, permanece activo en la atmósfera durante siglo y medio, mientras que los aerosoles (industriales o de origen volcánico) que enfrían el clima sólo se mantienen varias semanas.

⁵⁶ M. DELMAS MARTY, *Raisonnement la raison d'état. Vers un Europe des droits de l'homme*, París, 1989, p. 494, prefiere concluir su trabajo con un cierto optimismo, (que no comparto) no exento de timidez en cuanto al papel que los derechos humanos van a tener en la construcción europea. DELMAS MARTY dice: «Al menos comienza a entreverse al hilo de las decisiones europeas y a veces nacionales la posibilidad de una armonización de Europa, que se desarrollaría alrededor de los derechos del hombre, en un verdadero pluralismo de las normas en sus tres dimensiones, de un orden dialógico, de un espacio heterogéneo y de un tiempo evolutivo. Única respuesta, quizás a la muy legítima y muy “derezonable” razón de Estado.» Participo de la postura de A. J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, París, 1991, p. 300 cuando señala que: «La elaboración de una Europa jurídica y posmoderna van a la par. La Europa jurídica solamente será posible si hace suyos pluralismo y complejidad que, desde el origen, estuvieron inscritos en su historia.»

⁵⁷ D. OLIVENNES, y N. BAVEREZ, *ob. cit.*, pp. 225 y 226; señalan: «El infantilismo actual que caracteriza las relaciones del individuo con el Estado –vividó simultáneamente como un fagocito insaciable o un refugio protector– se explica por esta nueva distancia de cada uno frente al interés general. Desde el momento en que la legitimidad individual sustituye a la solidaridad colectiva, una forma inédita de *soft rebellion* preside la organización de las relaciones sociales: es el reino del incivismo pasivo... No nos equivocamos en ello, oponer simplemente el reino del individuo al del colectivo es una visión sumaria. El individualismo de los nuevos tiempos consiste en realidad, más sutilmente, en pensar la colectividad simplemente de manera individual. Es decir, que la confrontación ya no se produce entre el uno y lo múltiple, sino entre lo universal y lo categorial [...] La «oscilación entre los valores individualistas y la constatación de la ingobernabilidad de las sociedades fundadas sobre estos valores está en el corazón de la contradicción de las democracias avanzadas.»

⁵⁸ J. F. LYOTARD, *La condición postmoderna*, Madrid, 1989, p. 35, prefiere hablar de «cambio de función de los Estados» cuando señala que: «El redespigue

Obsérvese que los valores absolutos preconizados por los filósofos de la Ilustración, que inspiraron los Estados liberales modernos, apoyados sobre la razón formal, han dado paso a valores relativos que inspiran los Estados neoliberales posmodernos, apoyados sobre la razón material.

Esto es cierto también para el campo de lo jurídico, donde las ideas neoliberales se extienden y conducen a opiniones políticas concretas al igual que por ejemplo el positivismo.

¿Qué pueden hacer el Estado y el derecho?

El espacio temporal que va aproximadamente de 1870 a 1970 arranca con la generalización y consolidación del modelo del Estado-Nación y finaliza, en terminología de Drucker, con el megaestado⁵⁹. Durante este tiempo, el Estado ha pasado de ejercer una simple función tutelar, es decir, de mantenimiento de la sociedad civil, a ser el protagonista de la estructuración y configuración de las relaciones sociales mediante la implementación de planes, políticas y programas. En esta transformación de las funciones del Estado, así como en la paralela extensión y ampliación del dominio de intervención⁶⁰, que ha llevado implícita la modificación de las condiciones de legitimación⁶¹, el Derecho se ha revelado como el instrumento fundamental del poder estatal capaz de funcionar como agente autónomo de control social desvinculado de cualquier sistema axiológico o consenso societal.

El poder político, concentrado en la burocracia gubernamental y ejercido por el Estado mediante el Derecho que Max Weber identifica con el tipo de pensamiento jurídico de racionalidad sustantiva, encuentra serias dificultades para explicar su legitimidad a través de la teoría pactista del derecho constitucional clásico, fundamentada en el consenso societal acerca del marco normativo en el que debe detentarse y ejercerse. Incluso, la dificultad aparece también cuando esa

económico en la fase actual del capitalismo, ayudado por la mutación de técnicas y tecnologías, marcha a la par con un cambio de función de los Estados.»

⁵⁹ P. DRUCKER, *La sociedad postcapitalista*, Bogotá, 1995, pp. 126 y ss.

⁶⁰ Sobre esta cuestión es clásica la obra de R. DELORME y C. ANDRE, *L'Etat et L'Economie, un essai d'explication de l'évolution des dépenses publiques en France 1870-1980*, París, 1983.

⁶¹ Sobre esta cuestión de la legitimación es de obligada consulta la ya clásica obra de J. HABERMAS, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu Ed., Buenos Aires, 1986. Además, a modo de ejemplo, sin pretender agotar el tema, dado que la literatura sobre la cuestión de la legitimidad es muy amplia, estimamos de interés: T. PARSONS, «Autoridad, legitimación y acción política», en C. J. FRIEDRICH, *La autoridad*, México, 1969; K. SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, 1971. También tiene interés la obra en cuya conformación han intervenido L. G. GABALDÓN, J. M. BRICEÑO GUERRERO, E. GÁMEZ, J. M. DELGADO OCANDO, T. HERNÁNDEZ, *Legitimidad y sociedad*, Caracas, 1989, que pretende ser «una tentativa conceptual y funcional de la legitimidad».

legitimidad pretende explicarse a través de la regla de Derecho como corresponde a un sistema estatal, en el que el tipo de dominación es el legal y su complejo normativo obedece a la racionalidad formal.

Hoy, es preciso tomar en cuenta la actividad de todo el sistema político-administrativo interpenetrado y condicionado por el sistema económico, que obedece no a una racionalidad formal sino sustantiva, y en el que, en el ejercicio del poder efectivo por los gobiernos, es más relevante el resultado de las medidas adoptadas que su posible legalidad e incluso regularidad⁶², por lo que la eficacia se constituye en criterio fundamental de legitimidad.

En este sentido, L. Baeck precisa que «las democracias occidentales contemporáneas basan su legitimación en su capacidad de gestión. La ideología que anima y sustenta las democracias occidentales es una ideología funcionalista de gestión. Según esta ideología es al sistema político (al Estado) a quien corresponde el papel de la organización de la sociedad en su conjunto [...] La responsabilidad del Estado en todos los campos «politiza» la economía, feudaliza de nuevo la sociedad civil [...] Las democracias han intentado combatir el desorden económico y social del capitalismo con un intervencionismo creciente. Pero esta intervención constante provoca, a su vez, la crisis del sistema político».

De ahí que la crisis del Estado Providencia no puede reducirse al fracaso en la consecución de objetivos tras la implementación de algunas políticas públicas ni a la proliferación de los efectos no queridos de la acción pública, sino que, como señala L. Baeck, «con un pragmatismo gestor, los regímenes democráticos y sus partidos no logran ya formular un proyecto de sociedad ni tampoco instrumentar un cambio social. Han perdido cualquier idea de auténtica emancipación. Y su gestión se limita sobre todo a evitar el conflicto social o la crisis económica [...] Pero atenuar y esquivar los conflictos sociales no significa gobernar»⁶³.

Frente a esta evidencia, los Estados democráticos occidentales asumen y practican sin confesar la idea de que «el mejor modo de salvar la democracia es limitar su ejercicio», es decir, utilizando las categorías de Ph. Gerard, entre la «democracia de desarrollo» o la «democracia de protección» optan por esta última, reduciendo al individuo-ciudadano, sujeto de derechos y libertades político-sociales, a individuo-consumidor, que vive la ilusión de la libertad en el mercado.

En la actualidad, las democracias occidentales podría decirse que no obedecen al modelo de auténticas democracias participativas, es

⁶² Sobre la cuestión resulta de interés ver la obra de Ph. GERARD, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Bruxelles, 1995.

⁶³ L. BAECK, «Ideologías, economía y democracia», en *¿Es gobernable la democracia?*, Caracas, 1993, p. 59.

decir aquella que, como bien señala G. Yepes, «pasando por una racionalización de la vida social, está asociada, no sólo a elecciones libres y a condiciones legítimas y transparentes para ejercer el derecho electoral, sino también al ejercicio pleno de la libertad, a la capacidad de resistir a la opresión, a la burocracia, al consumo excesivo y a la información masiva y masificante»⁶⁴. Las democracias occidentales han optado por un modelo de gobernar de control social, más autoritario, fundamentando su acción en la eficacia, recortando las libertades individuales, sublimando la seguridad y limitando la participación política para evitar la asunción de tareas excesivas de los gobiernos.

Esta tesis se complementa, como dice J. Leca, «con una propuesta neoliberal: la gobernabilidad se aseguraría mejor si el poder de regulación en el campo económico (pero no en el control social y en el orden público) fuese quitado al Estado y devuelto a los actores sociales que actúan en el campo del mercado; esto produciría dos ventajas: mayor flexibilidad por un lado y, por otro, exoneración de responsabilidades por parte del Estado ante demandas “irrealizables” por ser demasiado onerosas y contradictorias»⁶⁵.

En definitiva, se trata de la implantación del neoliberalismo que alumbró el Estado-mercado bajo las leyes abstractas del «orden espontáneo» de Hayek, es decir, de la autorregulación, en la que cada individuo sirve mejor al bien común en cuanto que su acción está guiada por el tipo ideal que Max Weber señala como acción racional de propósito, es decir, persecución de su propio interés. El complemento perfecto de este Estado-mercado es un sistema de control social, en el que la fuerza pública ejecute su poder a través, no ya del Derecho sino de la instrumentalización de los medios y medidas de control científico-técnico legitimados en base a la eficacia. De esta manera, el neoliberalismo supone la negación de la ciudadanía, porque, como señala J. Leca, «la ley del mercado ya no es la ley de la historia», sino un mecanismo ideológico desligado del sentido de la justicia⁶⁶.

Neoliberalismo y sistema penal

La ley del mercado, con su lógica propiamente económica basada en la competencia y la eficacia, materializa la «gran utopía neoliberal» como orden económico-político cuyo fundamento último es la violencia estructural del paro, de la precariedad y de la amenaza del despido, que implica que la condición del funcionamiento «armonio-

⁶⁴ G. YEPES BOSCAN, «Prefacio», *¿Es gobernable la democracia?*, p. 15.

⁶⁵ J. LECA, «Sobre la gobernabilidad», en *¿Es gobernable la democracia?*, p. 34.

⁶⁶ J. LECA, «Perspectivas democráticas», en *¿Es gobernable la democracia?*, p. 226.

so» del modelo microeconómico individualista sea un fenómeno de masas, esto es, la existencia del ejército de reserva de los parados ⁶⁷.

El resultado de la implementación del neoliberalismo como doctrina socio-político-económica y pretendida lectura científica de lo real, en palabras de Pierre Bourdieu, supone «no sólo la miseria cada vez mayor de las sociedades más avanzadas económicamente, el crecimiento extraordinario de las diferencias entre las rentas, la desaparición progresiva de los universos autónomos de la producción cultural [...] por la imposición intrusista de los valores comerciales, sino también y sobre todo la destrucción de todas las instancias colectivas capaces de contrapesar los efectos de la máquina infernal, a la cabeza de las cuales está el Estado (en su versión de Estado Social de Derecho) depositario de todos los valores universales asociados a la idea de lo público, y la imposición, generalizada en las altas esferas de la economía y del Estado, o en el seno de la empresa de un darwinismo moral que, con el culto del “triumfador” [...] instaura como normas de todas las prácticas la lucha de todos contra todos y el cinismo» ⁶⁸.

En definitiva, se trata de un cuadro en el que la inseguridad individual y social toma carta de naturaleza y se agudizan las desigualdades sociales al socaire de la emergencia de una nueva clase en la cima dominadora, que Denis Duclos llama la «hiperburguesía» ⁶⁹, que no se yustapone a las burguesías nacionales o regionales, sino que las reemplaza, y cuyo nuevo sistema de valores poco o nada tiene que ver con la ética protestante que Max Weber sitúa como fundamento del «espíritu capitalista». La «hiperburguesía», que desvaloriza la cultura cívica ⁷⁰, se va consolidando en un nuevo feudalismo, en tanto se asientan las redes tentaculares del entramado financiero y se materializa la «reclasificación» y la «recastificación» ⁷¹ social en un clima en el que no existe vestigio de justicia entendida como equidad, la mayor presencia del mercado llena el vacío dejado por la retirada de lo público, alimentando simultáneamente la segregación, la criminalidad y el desamparo de los más débiles. Por ejemplo, en Europa son ya casi dieciocho millones y medio el número de desempleados y cincuenta millones el de pobres ⁷².

El complemento necesario para la materialización de «la gran utopía neoliberal», tras la redistribución de tareas entre los diferentes

⁶⁷ P. BOURDIEU, «La esencia del neoliberalismo», *Le Monde Diplomatique*, marzo, 1988, p. 4.

⁶⁸ *Ibidem* p. 4.

⁶⁹ D. DUCLOS, «Nacimiento de la hiperburguesía», *Le Monde Diplomatique*, agosto-septiembre, 1988, p. 20.

⁷⁰ *Ibidem* p. 21.

⁷¹ D. DUCLOS, «Los crímenes de odio», como síntomas de una sociedad fragmentada, *Le Monde Diplomatique*, enero, 1998, p. 17.

⁷² I. RAMONET, «El ideal democrático perdido: refundar», *Le Monde Diplomatique*, mayo, 1997, p. 11.

«actores» sociales bajo el imperativo de la ley del mercado, es el llamado Estado mínimo, que encarna la democracia de protección, limitado funcionalmente a las tareas de control social.

En este mismo sentido, Loic Wacquant dirá que el neoliberalismo lleva emparejado «el superdesarrollo de instituciones que palián las carencias de la protección social (*safetynet*) desplegando en las capas más bajas de la sociedad una red policial y penal (*dragnet*) de mallas cada vez más cerradas. Pues, a la atrofia deliberada del Estado social corresponde la hipertrofia del Estado penal: la miseria y el desgaste de uno tiene como contrapartida directa y necesaria el aumento y prosperidad del otro»⁷³.

De ahí que la racionalidad intrínseca de esta decidida inclinación hacia lo penal, «lejos de contradecir el proyecto neoliberal de desregulación y debilitamiento del sector público, el ascenso del Estado penal (podría decirse en toda la sociedad occidental) viene a constituir como el negativo, en sentido reverso pero también revelador. Traduce, en efecto, la puesta en práctica de una política de criminalización de la miseria, que es el complemento indispensable de la imposición del salario precario y mal pagado, así como el replanteamiento –que le es concomitante– de los programas sociales en un sentido restrictivo y punitivo».

En definitiva, el derecho penal, lejos de ser simplemente una estructura normativa conformada por proposiciones jurídicas útiles cuya aplicación tiene por objeto devolver a la sociedad la normalidad tras la violación de una norma jurídica de obrar, se convierte, al igual que el Derecho en general, en instrumento autónomo de control y dirección de las conductas, que actúa sobre la sociedad desvinculado de la moralidad en aras de la implementación, en la sociedad-mercado, de la utopía neoliberal como ideología y cosmovisión.

En este sentido, Pascal Faucher, Presidente de la Asociación Francesa de Jueces para la aplicación de condenas (ANJAP) dirá que «la materia penal ha pasado de ser un asunto de técnicos a un instrumento de imagen política». Precisando aún más en esta metamorfosis que la materia penal está sufriendo con su paso de pretendida ciencia a instrumento político, Florence Reynal dirá que «incluso se ha transformado en objeto electoral. Para apoyar discursos que den seguridad, los responsables políticos de derecha o de izquierdas, temerosos de disgustar a una opinión pública a la que consideran poco inclinada a la clemencia, invocan índices de reincidencia alarmistas y extravagantes»⁷⁴.

Así pues, en la sociedad-mercado, todo el sistema penal en su conjunto esta orientado a sublimar la seguridad como uno de los primeros

⁷³ L. WACQUANT, «Del estado social al estado carcelario. El encierro de las “clases peligrosas” en Estados Unidos», *Le Monde Diplomatique*, agosto-septiembre, 1998, p. 22.

⁷⁴ F. REYNAL, «¿La cárcel como única solución?», *Le Monde Diplomatique*, agosto-septiembre, 1998, p. 24.

derechos humanos en detrimento de la libertad de la persona humana, que constituye el fundamento de los mismos y, por ende, la razón de ser del entramado punitivo. Se trata de un sistema penal en manos de un Estado que está al servicio del mercado para el que el individuo-sujeto no es el ciudadano dotado de derechos y libertades asentados sobre el principio de la personalidad al que deben reconocérsele principios como el de la «moratoria razonable», el del «proceso equitativo» o el de la «presunción de inocencia», entre otros, sino el sujeto de comportamientos panópticos —en expresión de Michel Foucault— resultado de la tecnoseguridad, respecto del cual, la «presunción de culpabilidad», o, cuando menos «de culpabilidad dentro de la duda razonable» se eleva a categoría de principio y que explica el creciente recurso a «la comparecencia inmediata», «la prolongación de la duración de las penas», «la multiplicación de los servicios privados de vigilancia» y, en definitiva, «la represión».

El neoliberalismo con su totalitarismo del mercado autorregulado que niega al hombre la libertad metafísica como ser humano en su calidad personal y consecuentemente la libertad política, supone, parafraseando a Sebastián Soler, cuando se refiere al totalitarismo político, «abrir una senda que, más pronto o más tarde, debe conducir a derogar preceptos constitucionales de valor primario: (puesto que en esta situación) el principio *nullum crimen sine lege*, el principio *cogitationis poenam nemo patitur* y el principio *nulla poena sine culpa* carecen de sentido y de valor»⁷⁵.

El resultado de la nueva sinergia entre las funciones de «captura» y de «observación» del aparato penal, por ejemplo en EEUU, el país paradigma del modelo neoliberal, es que existen más de cincuenta millones de «fichas criminales» (frente a los treinta y cinco millones de hace un decenio) sobre cerca de treinta millones de individuos, es decir, casi un tercio de la población adulta masculina del país a las que es preciso añadir la base de datos que el FBI acaba de activar conteniendo el código genético (ADN) de cientos de miles de delincuentes en abierta confrontación con el derecho a la privacidad. Podría decirse que después de los numerosos ficheros constituidos sobre la población criminalizada y las huellas electrónicas que deja el delincuente, las cámaras de vídeo enriquecen la transparencia del individuo por un seguimiento a partir de su imagen.

Y como elemento central, en sintonía con la racionalidad sustantiva del sistema penal neoliberal, se sitúa «la justicia negociada» o sistema de negociación de la pena, consistente en intentar convencer al acusado de que se declare culpable, ofreciéndole una condena menor de la que merece en base a los hechos relativos al caso y sus antecedentes penales, entendiéndose que las ventajas de negociación de la pena (rapidez, certeza e irrevocabilidad) justifican la reducción de

⁷⁵ S. SOLER, *Bases ideológicas de la reforma penal*, Buenos Aires, 1966, p. 80.

condena pasando a ser «una carga más leve para el sistema repressivo».

El fundamento de «la justicia negociada» está, en palabras del juez Rothwax, en el hecho de que «el castigo es un concepto mucho más democrático que la rehabilitación. El castigo dice que uno debe pagar por lo que hace. La rehabilitación dice que eres una persona mala, que estás enfermo y que nosotros podemos curarlo. Pero en la sociedad democrática no existe ese tipo de enfermedad o de curación. La sociedad democrática sólo insiste en que debes respetar la ley. Mientras respetes la ley eres libre de ser lo que quieras, quien quieras y de vivir como quieras. Son los sistemas totalitarios los que se centran en la rehabilitación y envían a la gente a hospitales psiquiátricos. La sociedad democrática, dice: no te exigimos nada en cuanto a tus ideas o a tu comportamiento, sólo que vivas dentro de la ley. Eso es todo lo que una sociedad democrática puede exigir a sus miembros y si no lo cumples recibirás tu castigo»⁷⁶.

De ahí que en el marco del sistema punitivo neoliberal carece de sentido sostener, como lo hacía Llewellyn al formular las funciones universales del Derecho, que la de resolución de los conflictos sirve el favorecimiento y solidificación de la vida del grupo. Y en menor medida cabe mantener la tesis de Harry Brademeier, que en el mismo sentido que Llewellyn, considera que la adecuada resolución de los conflictos, fruto del análisis de los casos a la luz de la conjugación armónica del sentimiento social de justicia y del servicio al bien común, es el elemento integrativo central del Derecho.

Hoy, en la sociedad autorregulada, parece resultar anacrónica la visión de que el sistema penal contribuye a la socialización de los valores básicos societales, elaborando concepciones de justicia y aplicándolas en las decisiones de casos, y que al mismo tiempo está implicado en la socialización de los ciudadanos, que han de aceptarlo y usarlo.

El derecho penal, como parte del sistema jurídico estatal, no es ajeno a la transformación que en las últimas décadas se está operando en éste, en el sentido de que transformado en regulación técnica es capaz de cualquier uso; y además al quedar exento de sus raíces sociales, queda disponible como mecanismo autónomo para el ejercicio del poder por el Estado moderno. El derecho penal, en la sociedad del mercado, pretende expresar y garantizar lo que Durkheim llama la solidaridad mecánica, pero, esta vez, no se trata de valores y comprensiones compartidos por los miembros medios de la sociedad, reflejo de la moral colectiva, como sucedía en la Edad Media, sino de la solidaridad mecánica, fruto de la imposición de los valores

⁷⁶ Declaración realizada por el Juez Rothwax (Juzgados de lo penal de Nueva York) en el documental titulado «La justicia negociada en Nueva York», producido por la BBC, 1993.

uniformizadores de la técnica en la nueva sociedad refeudalizada por el mercado.

En este sentido, puede decirse que el sistema jurídico en general y por ende el subsistema penal está en proceso de transformación de su racionalidad formal, incorporando, la material o sustantiva, como su nueva racionalidad. Son cada vez más los fenómenos que ilustran la gradual sustitución del Derecho como estructura formal de reglas por otro entendido como instrumento técnico de gobierno, conformado por mecanismos científico-técnicos de orden y de control social independiente del sentimiento real (no manipulado) de la comunidad.

Se trata, como señala Roger Cotterrell, de «una transición de una regulación basada en la comunidad, a un control administrativo tecnológico; en la medida en que aumentan los recursos tecnológicos de control, vigilancia y obtención de información disponibles por el Estado, junto con sus patentes problemas regulatorios, el derecho se va subordinando cada vez más al control administrativo «científico»; la «autonomía legal», y con ella la regla de derecho (entendida como dominación legal en el sentido de Max Weber), aparece así, como una fase relativamente breve en la evolución del control social»⁷⁷.

En definitiva, el asentamiento de la sociedad-mercado neoliberal, con su complemento del Estado penal, constituye una negación de la ciudadanía, «porque se niega a ver que un *telos* abstracto propiciado por “la ley de la historia” sofoca, al mismo tiempo, la libertad y el mismo sentido de la ley, reduciendo así a los hombres al estatus de las máquinas con fines preestablecidos»⁷⁸.

A modo de conclusión

Llegado este momento, estimo que es preciso establecer alguna conclusión sobre el futuro de la civilización capitalista, que, en los últimos tiempos, está siendo objeto de múltiples especulaciones.

Con frecuencia, proyectamos sobre el futuro nuestros propios fantasmas, olvidando que el análisis científico queda invalidado al introducir en él elementos subjetivos, es decir al contaminar los conceptos con nuestros propios prejuicios. Así, por ejemplo, sucede cuando manejamos el concepto «cultura». Muchas veces, ante la evidencia de su actual resurgimiento⁷⁹, suele ser objeto de satanización, normalmente, desde un posicionamiento dogmático adoptado sobre la base de un sistema axiológico y sociopolítico prefijado que coincide general-

⁷⁷ R. COTTERRELL, *Introducción a la Sociología del Derecho*, Barcelona, 1991, p. 147.

⁷⁸ J. LECA, «Perspectivas democráticas», en *¿Es gobernable la democracia?*, Caracas, 1993, p. 226.

⁷⁹ P. DRUCKER, *ob. cit.*, pp. 167 y ss., a este fenómeno de la vuelta a las culturas lo denomina como el «retorno al tribalismo».

mente con el llamado universalismo que implica la homogeneización moral de la humanidad a partir del hecho de que no solamente las personas tienen los mismos derechos sino también de que hay universales en el comportamiento humano que podemos determinar y analizar.

Así pues, algún autor, como I. Wallerstein, en su obra *El futuro de la civilización capitalista*, considera el hecho de que «La gente haya comenzado a buscar protección de diversos grupos», como algo peligroso. La búsqueda de su identidad por parte del individuo en la «cultura» o en las «culturas» es entendida por I. Wallerstein como una gran catástrofe con tres opciones, a saber, la opción Jomeini, la opción Saddam Hussein y la opción de las pateras.

Esta concepción de la «cultura», concepto «huidizo», como la define I. Wallerstein, no deja de ser simplista y, estimo que cuando menos incorrecta. Precisamente las culturas de los pueblos son el producto de la relación diaria del hombre con sus conciudadanos en un ámbito sociopolítico concreto, o, si se quiere de otra manera, el conjunto de «comprensiones compartidas» por un grupo acerca del mundo y de la vida. ¡Y nada hay más real que esto!

Es precisamente el *desideratum* del universalismo lo que constituye, a la luz de la experiencia de los últimos quinientos años, el verdadero concepto «huidizo», utilizando la terminología de I. Wallerstein⁸⁰. Es preciso aceptar que el regreso a las «culturas» es la respuesta del hombre a la decepción que ha supuesto la promesa de liberación y emancipación espiritual y material de la Reforma no materializada a lo largo de la civilización capitalista. Esta promesa hizo creer al individuo su condición de protagonista omnipotente y sujeto esencial de la Historia. Hemos visto a lo largo de la exposición que tal promesa no solamente no se ha cumplido sino que, al final de la aventura de cinco siglos desarrollada en el marco de la civilización capitalista, el hombre se encuentra tan encadenado como en el inicio. La única diferencia estriba en que, esta vez, no estará atado a unas estructuras resultado de un orden divino, sino, en su condición de individuo consumidor, a un marco ordenado por el nuevo «dios-mercado».

En este sentido, la vuelta a las «culturas» no puede entenderse como algo trágico e involutivo en el proceso de maduración y liberación del individuo a lo largo de la historia, sino como el regreso al depósito axiológico, en el que puede encontrar de nuevo su identidad perdida tras la ilusión frustrada por la no consecución de la libertad individual absoluta en un mundo en el que los valores universales, al final, resultaron ser las cadenas del mercado. Entiendo que la vuelta a las culturas no va a ser algo definitivo (una meta final), sino, simplemente, la posibilidad (¿quizá la última?) que el indivi-

⁸⁰ I. WALLERSTEIN, *El futuro de la civilización capitalista*, Barcelona, 1997, pp. 90, 91.

duo tenga de reidentificarse para iniciar la definitiva marcha hacia la libertad.

Hace algún tiempo, escribía, al hilo de la construcción de Europa, que «la nueva Europa será la Europa sin fronteras, la Europa de las culturas, asentada sobre el nuevo concepto de legitimidad, ya no político sino cultural, en sintonía con la realidad económica, que no tiene como premisas la universalidad y la uniformidad (abstractas), sino la pluralidad y las diferencias (reales)⁸¹.

Por tanto, el regreso a las «culturas» no es el resultado de la refeudalización, sino la respuesta a la misma. Es cierto que el final de la civilización capitalista, lo escribía ya hace unos años y lo reproducía en mi libro *Apuntes...*, no es otro que «el de una sociedad que se advina estructurada como un nuevo feudalismo no asentado sobre un sistema axiológico de corte metafísico, sino sobre imperativos hedónicos y seductores de corte materialista al dictado de las empresas transnacionales como nuevos señores feudales»⁸².

De ahí que, de las tres opciones hacia las que, finalmente, entiende Wallerstein, puede caminar la civilización capitalista en el futuro, una primera, un neofeudalismo; una segunda, una especie de fascismo democrático, y una tercera, un orden mundial más radicalmente generalizado, muy descentralizado y altamente igualatoria, descarto, al igual que él, la tercera opción. Las dos primeras, estimo, frente a Wallerstein, que no son alternativas, sino que se trata de opciones complementarias⁸³.

La crisis de la civilización capitalista se manifiesta además: con guerras provocadas que obedecen a intereses fundamentalmente económicos o estratégicos, con la emergencia de los fundamentalismos, con la tragedia de la represión en muchas partes del mundo, que pro-

⁸¹ F. J. CABALLERO HARRIET, *Apuntes para la Sociedad, el Derecho y el Estado de la postmodernidad*, San Sebastián, 1997.

⁸² F. J. CABALLERO HARRIET, *ob. cit.*, p. 151.

⁸³ Respecto a las fórmulas del futuro que I. WALLERSTEIN, *ob. cit.*, p. 94, entiende para la civilización capitalista, dice: «Una es una especie de neofeudalismo que reproduciría de un modo más equilibrado el desarrollo de los tiempos de desorden: un mundo dividido en soberanías parceladas, de regiones considerablemente más autárquicas, de jerarquías locales. Esto puede hacerse compatible con el mantenimiento, aunque probablemente no con el fomento, del nivel relativamente alto de tecnología. La acumulación incesante de capital ya no podría funcionar como la fuente principal de tal sistema, pero sería ciertamente un sistema desigualitario. ¿Qué lo legitimaría? Tal vez un retorno a la creencia en las jerarquías naturales. Una segunda fórmula podría ser una especie de fascismo democrático. Dicha fórmula implicaría una división del mundo en dos estratos, casi dos castas, una de las cuales, la de arriba, incorporaría tal vez a un quinto de la población mundial. Dentro de este estrato podría haber un alto nivel de distribución igualitaria. Basado en tal comunidad de intereses en el interior de un grupo tan grande habría fuerza suficiente como para mantener al restante 80 por 100 en la posición de un proletariado trabajador totalmente desarmado. El nuevo orden mundial que Hitler tuvo en mente era algo parecido. Fracasó, pero es que entonces se definió a sí mismo en términos de un estrato superior demasiado escaso.»

duce migraciones masivas, con el incremento del paro (más de cuarenta y un millones en las economías capitalistas «avanzadas») y el surgimiento del fenómeno de contestación, todavía no demasiado estructurado, del mundo de los sin empleo en Alemania y Francia, con la emergencia de nuevas formas de esclavitud con «modernas» formas de vasallaje, en el que mujeres, niños, inmigrantes y marginados son las principales víctimas en este final del siglo xx ¿Qué reflexión suscita, por ejemplo, que, en un contexto de crecimiento continuado como el de los Estados Unidos, a pesar de todo, continúa aumentando la pobreza? Son datos elocuentes que en un año el número de los muy pobres ha aumentado, en Estados Unidos, en seiscientas mil personas y el de los ciudadanos sin seguro médico en más de un millón.

El resultado final de todo esto como lo estamos viendo ya: el neo-feudalismo, como orden global similar al orden medieval descrito por Agustín de Hipona en *De Ordine*, está tomando carta de naturaleza y el totalitarismo democrático o democracia de protección va a ser el sistema político que lo complementa ¿A qué otra conclusión nos puede llevar la aprobación, por ejemplo por el parlamento alemán de la nueva Ley sobre las escuchas telefónicas, o la creación de ficheros de ADN para la población reclusa en Estados Unidos, o la pretensión de introducción de criterios de empresa privada para la estimulación de acciones policiales en España (como incentivos por detenciones)?

En definitiva, ya solamente puede hablarse de una única soberanía, entendida como poder superior, absoluta, ilimitada, a imagen y semejanza al dios medieval, que es la del mercado, especie de orden «supramundano», que determina el orden del mundo terrenal, en el que el Estado cumple el papel de «vigilante nocturno».

El resultado de todo esto, finalmente, es que, después de quinientos años, el «temor a la voluntad de Dios» se ha convertido en temor a las consecuencias no deseadas de la «voluntad del mercado».

¿Qué otro recurso queda al individuo que no sea el regreso a la cultura?

Parfraseando a Rousseau cuando exclama ¡volvamos a la Naturaleza!, creo que es pertinente hoy afirmar ¡volvamos a la Cultura!

La propuesta de Rousseau en el «Segundo Discurso (Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres)», ante la perversión a la que había llegado la naturaleza humana, hasta el punto de que resultaba irreconocible, es intimista. Rousseau compara la desnaturalización de la naturaleza humana con la estatua de Glauco, que por efecto de la erosión del mar de las tormentas se había convertido en un animal salvaje lejos de su condición de Dios.

El «volvamos a la naturaleza», supone la vuelta a la interioridad, a lo íntimo, para que, allí, el individuo se reencuentre consigo mismo, con su propia esencia y, a partir de ahí, pueda nacer Emilio como fruto de la pedagogía natural exenta de intereses o ideologías, para ser el sujeto de la sociedad político-democrática del Contrato Social.

«Volvamos a la cultura» es la propuesta actualizada del «volvamos a la naturaleza» rousseauiano. Se trata de nuevo del reencuentro, en cada cultura, con la identidad perdida por efecto de la erosión que sobre el individuo está produciendo el mercado.

El nuevo Emilio deberá ser el fruto de un proceso educativo dialéctico entre la realidad individual de los valores universales consustanciales a la naturaleza del hombre y la realidad social de la cultura de los pueblos.