

Pierangelo Schiera, Bartolomé Clavero *Del poder legal a los poderes globales. Legitimidad y medida en política*

ISBN 978-84-616-3223-7



9 788461 632237

36



Pierangelo Schiera Bartolomé Clavero

*Del poder legal a los poderes
globales. Legitimidad y
medida en política*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

PIERANGELO SCHIERA. (Como, 1941) enseñó historia del pensamiento político en las universidades de Bolonia (donde obtuvo la cátedra en 1975) y Trento. Profesor emérito de esta última universidad y Profesor visitante de varias universidades europeas, ha sido Fellow des Wissenschaftskolleg zu Berlin y ha ocupado una cátedra de excelencia en la Universidad Carlos III en Madrid. Desde 2002 preside la "Fondazione Roberto Ruffilli" en Forlì (Italia).

BARTOLOMÉ CLAVERO. (Madrid, 1947) es catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad de Sevilla con una vasta producción en los dominios de la historia constitucional española y comparada, la estructura territorial de España, la cultura jurídica europea, el derecho internacional y los derechos de los pueblos indígenas en las Américas. Entre otros libros, es autor de *Ama llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 2000; *Genocide or Ethnocide: How to Make, Unmake and Remake Law with Words*, Milán (Giuffrè) 2008; *El Árbol y la Raíz. Memoria histórica familiar*, Barcelona (Crítica) 2013.

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Celestino Pardo

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Alfonso Candau Pérez

Carlos Carnicer

Luis Fernández del Pozo

Jesús González Pérez

Vicente Guilarte

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Fernando Pantaleón

Antonio Pau

Juan José Pretel

Encarnación Roca

Carmen Tomás-Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

María Isabel de la Iglesia

*Del poder legal a los poderes
globales. Legitimidad y
medida en política*

Pierangelo Schiera
Bartolomé Clavero

*Del poder legal a los poderes
globales. Legitimidad y
medida en política*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2013 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Pierangelo Schiera, Bartolomé Clavero

I.S.B.N.: 978-84-616-3223-7

Depósito Legal: M-7158-2013

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

ÍNDICE

DEL PODER LEGAL A LOS PODERES GLOBALES. LEGITIMIDAD Y MEDIDA EN POLÍTICA (<i>Pierangelo Schiera</i>)	11
I.- Legitimidad, medida de la melancolía	11
1. El hombre que come	11
2. De la melancolía a la justicia	24
3. Justicia como forma histórica de la medida	36
II.- Entre <i>Governance</i> y <i>Government</i>	45
1. Historia constitucional y estructuras de gobierno	45

2. Estados y mercados: ¿pero con qué derecho?	57
3. Con la <i>governance</i> : más allá de las fronteras estatales	77
III.- Medida y administración	95
1. Un título "a medida"	95
2. Administración pública y ciudadanos	120
3. La medida de la administración	148
NACIONES UNIDAS Y PODERES GLOBALES ENTRE ORGANIZACIÓN DEL COMERCIO Y CIUDADANÍA CORPORATIVA (<i>Bartolomé Clavero</i>)	
	175
Introducción	175
I.- Organizaciones mundiales y conocimientos tradicionales	179
I.1. Un poco de prehistoria	179
I.2. Continuidad y revisión: la Organización Mundial de la	

Propiedad Intelectual entre la UNESCO y la Organización Mundial del Comercio	186
I.3. Conocimiento tradicional según el Comité Interguber- namental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore	192
I.4. Paradigmas actuales: del Convenio sobre la Diversidad Biológica a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	198
I.5. Unas reflexiones interlocutorias	207
II.- Empresas transnacionales y pueblos indígenas	215
II.1. Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo sobre Empresas Multinacionales	215
II.2. Normas sobre las Responsa- bilidades de las Empresas Transnacionales y otras Em- presas Comerciales	218

II.3. De los Diez Principios del Pacto Mundial a los Principios Rectores para <i>Proteger</i> , <i>Respetar</i> , <i>Remediar</i>	224
II.4. Del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	231
II.5. Principios sobre Derechos Humanos y Empresas contra Garantías de Derechos de los Pueblos Indígenas	240
II.6. Otras reflexiones interlocu- torias	258
III.- Conclusiones transitorias: ¿El rey está desnudo?	267

DEL PODER LEGAL A LOS
PODERES GLOBALES.
LEGITIMIDAD Y
MEDIDA EN POLÍTICA

*Pierangelo SCHIERA**

I. *Legitimidad, medida de la melancolía*

1. *El hombre que come*

"La crisis de los paradigmas epistemológicos de la modernidad comienza con la crítica de los ideales de la Ilustración (que en el pensamiento moderno parece su derivación), basados en el 'prejuicio' de querer evitar cualquier prejuicio". No por casualidad esa "deriva" comprende también la crisis de la medicina antigua, "que es un saber-poder basado en la capacidad de ver y establecer

* Catedrático emérito de Historia del pensamiento político en las Universidades de Bolonia y de Trento, profesor visitante de varias universidades europeas, Fellow des Wissenschaftskolleg zu Berlin y ha ocupado una cátedra de excelencia en la Universidad Carlos III en Madrid.

Desde 2002 preside la "Fondazione Roberto Ruffilli" en Forlì (Italia).

[Traducción revisada por Manuel Martínez Neira.].

relaciones en una totalidad no dada, sino construida como plexo relacional"¹.

Como aficionado, sucumbo ante el hechizo de la medicina antigua desde que –durante mis primeras reflexiones sobre el fascinante tema de la melancolía– conocí las observaciones de Jackie Pigeaud sobre la "psicopatología de los antiguos"². Además de poder construir sobre

¹ Son las palabras, respectivamente, del comienzo y casi de la conclusión de la Lección de F. De Sanctis, *Radici mediche della filosofia pratica nel pensiero antico*, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli 2009, pp. 48-49. Este primer capítulo representa la reelaboración de una Lección análoga que impartí en esa misma sede en junio de 2011.

² J. Pigeaud, *La maladie de l'âme. Etude sur la relation de l'âme et du corps dans la tradition médico-philosophique antique*, Belles Lettres, Paris 1981. En las pp. 10-13 aparece la clara referencia a la melancolía en relación con el dato, cultural y médico, del comer: "La maladie de l'âme vient de ce que nous avons un corps. Cette formule est vraie de bien des façons. Cela va de cette tristitia, de ce taedium vitae, de cette mélancolie où médecins, poètes et philosophes, Hippocrate comme Lucrèce, comme Cicéron et Sénèque ont leur mot à dire, et qui repose sur l'évidence douloureuse que nous sommes mortels, jusqu'à la définition plus technique, plus précise, de la maladie de l'âme comme manie ou ignorance chez Platon, ou comme passion chez les Stoiciens... L'homme relève de l'histoire (Heidegger). Il se définit dans l'histoire. Cette histoire c'est le passage de l'animalité à la civilisation, de la nature à la culture; et cette histoire a comme moteur la souffrance... la colique institutrice... L'homme, en mangeant, apprend qu'il est un être différent, un être de la différence... L'homme apprend, par son

ella una especie de *psychosociologie historique* que creo que es muy útil para comprender lo que sucede en el largo, larguísimo periodo dentro de bloques de civilización homogéneos³, lo que quiero establecer como punto inicial del tema de hoy es el valor semántico fundamental de "mi" melancolía como punto de unión, casi lógico, entre la medicina (como primerísima atención del hombre hacia sí

alimentation, qu'il est autre"; y para concluir estas partes de citas (p. 23): "La médecine et l'éthique ne se sont pas développées comme deux techniques indépendantes, elles sont liées profondément par une certaine conception de l'homme".

³ Véase: I.E. Drabkin, "Remarks on Ancient Psychopathology", *Isis*, 46 (1955) y F. Billacois, *Le duel dans la société française des XVI^e-XVII^e siècles. Essai de psychosociologie historique*, Paris 1986; pero, quizás, el mejor de todos, N. Loraux, *La cité divisée. L'oubli dans la mémoire d'Athènes*, Payot & Rivages, Paris 1997: que sostiene (p. 26) –partiendo de una especie de contraposición entre perspectiva histórica y antropológica en la reconstrucción para nosotros de la democracia ateniense– que los antropólogos están a favor de *la cité égalitaire du consensus*... mientras que para los historiadores es importante *la décision et le combat*...: de este modo, la primera se convierte en ideología necesaria para la segunda, contra la división (*stàsis*) que siempre la amenaza. Para después exponer sintéticamente su tesis (p. 38): "comme si la mémoire de la cité se fondait sur l'oubli du politique comme tel", que, al final, sirve para fundar el nuevo *politique*, lo que impide la *stasis*: en efecto (p. 39), "*politikòs est le nom qui sait acquiescer à l'oubli*". De manera más específica, sobre el nexa necesario entre psicología e historia, hay que ver el capítulo III "L'âme de la cité", pp. 59 ss.

mismo aislado de los otros animales y de los otros seres humanos) y la filosofía (segunda inmediata atención bajo una especie de observación del mundo –física/geometría– y del ser humano –ética/política–)⁴.

De la observación inicial –tomada de De Sanctis– me interesa la insistencia puntual en una realidad (que él llama totalidad) entendida como "plexo relacional", en el que se trata en primer lugar de "ver y establecer relaciones". El modo básico de establecer relaciones entre magnitudes diferentes dentro de un cuadro homogéneo es la medida⁵. Este es un criterio antiquísimo, con una fuerte connotación práctica, puesto que está relacionado con puntos fijos y permanentes de la naturaleza, tanto física (las parcelas de terreno que el

⁴ Pigeaud, *La maladie*, véase p. 124, remitiendo a Hipócrates (que vislumbra los síntomas en miedo y tristeza: *Aforisma* VI, 23) el origen del problema (por lo tanto, antes de que llegue el *Problema* XXX de la tradición peripatética), observa: "En somme, la mélancholie est la pointe la plus avancée de la réflexion médicale vers la philosophie".

⁵ M. Bontempi, *L'icona e la città. Il lessico della misura nei Dialoghi di Platone*, Vita e Pensiero, Milán 2006, aclara, desde la Introducción en la p. 23: "Y desde el simple uso lingüístico, la medida resulta un núcleo problemático que impone, por un lado, delimitar cualquier cosa en su peculiaridad y razón íntima y, por el otro, superar el carácter instantáneo particular del dato –que no es suficiente por sí mismo, no es una medida– para abrirse a una dimensión de plenitud, totalidad".

faraón en Egipto distribuía a sus súbditos, para después recaudar impuestos por ellas: pero ¡antes había que medirlas!) como psicológica (la necesidad que tiene el hombre de "conocer cómo comedirse"⁶). Vinculado así a signos concretos (*semeia*), capaces de ser identificados e interpretados y convertirse en iconos gracias a la imaginación, que es la fuente de la ciencia y del arte. Entre los signos y el icono, entre la geometría y la ética (por no decir la estética), la medida tiene una función importante en nuestra fase de civilización, acompañando, en mi opinión, el crecimiento de la dimensión individual humana en la dimensión societaria o incluso comunitaria en la que solamente la primera se puede mantener.

Me parece que esta es, en pocas palabras, la estructura que satisface la exigencia (o necesidad) que es la base de ese artificio institucional –y, por lo tanto, cultural– típicamente occidental que es la política. De manera igualmente estructural, mi intento de reconstrucción de la política como producto, pero sobre todo como respuesta a la melancolía originaria del "hombre que come", que se civiliza, insiste en la base del sufrimiento inducido por esta relación-medida entre individuo y comunidad (o incluso ambiente).

⁶ *Ibidem*, p. 24.

Añado solo que lo que mantiene en tensión la relación entre política y melancolía me parece que es, necesariamente, la medida, entendida en el doble sentido (pero cada uno único en sí) del control interno sobre sí mismo que cada "uno" debe ejercer continuamente, sobre todo en lo que respecta a sus relaciones con los demás, y del control externo que se ejerce sobre todos (por parte de la autoridad constituida) para que concreta y realmente esas relaciones con los demás se desarrollen de manera correcta, es decir, conforme y adecuada a las necesidades de todos, o sea, al bien común. El hombre debe ser "cuadrado", como decía Celso, poniendo en primer lugar la relación entre estética y medicina y quizás también entre Polícleto e Hipócrates⁷.

El mismo tema se encuentra, bajo forma de *homo tetragonus*, en el fresco del *Buongoverno* analizado por Maria Monica Donato, en Asciano, cerca de Siena⁸. Y desde aquí el paso

⁷ J. Pigeaud, "Homo Quadratus. Variations sur la beauté et la santé dans la médecine antique", *Gesnerus. Swiss Journal of the History of Medicine and Sciences*, 42 (1985), pp. 337-52, observa (p. 340): "Galeno concibe la crisis como mezcla, constituida por la igualdad entre los elementos, y sitúa a esta última como norma y como medida. Esta idea reguladora evoca el canon de Polícleto (el Doríforo), que Galeno cita aquí".

⁸ M.M. Donato, "Testi, contesti, immagini politiche nel tardo Medioevo: esempi toscani. In margine a una

es muy breve, y obligado, al gran ciclo *lorenzettiano*, sobre el que he ofrecido recientemente una lectura adicional precisamente en clave de la "medida", como síntesis del bien común, hecho de Paz, Justicia, Concordia y Templanza⁹. En el juego de la virtud (que solo es una pieza del juego más grande de la guerra entre vicios y virtudes que ha ocupado gran espacio en la experiencia didáctica, literaria, civil y política de la Edad Media¹⁰) en el que Ambrogio Lorenzetti representa su teatro

discussione sul Buon governo", *Annali dell'Istituto storico italo-germanico*, 19 (1993), pp. 305-355.

⁹ P. Schiera, *La misura del ben comune*, Macerata 2010.

¹⁰ Culmina en los maravillosos bajorrelieves de los pórticos de muchas iglesias románicas de Europa: véase, A. Katzenellenbogen, *Allegories of Virtues and Vices in medieval art from early Christian times to the thirteenth century*, Londres 1930. Véase también, M.W. Bloomfeld, "A Preliminary List of Incipits of Latin Works on the Virtues and Vices, Mainly of the Thirteenth, Fourteenth and Fifteenth Centuries", *Traditio*, 11 (1955), pp. 259-379 y S. Pfeiffenberger, *The Iconology of Giotto's Virtues and Vices at Padua*, Bryn Mawr College 1966. Pero no debe olvidarse el hecho de que también el ciclo *lorenzettiano* consta de tres partes (*Alegoría del Buen y del Mal Gobierno*) del que yo mismo suelo tener en cuenta solo las dos buenas, mientras que es necesario no olvidar nunca su tensión con la parte mala, sin la que se pierde gran parte de la sanción incluida en el proyecto-medida que Ambrogio pretende representar en conjunto. Importantes y precisas son las observaciones de M. Seidel, *Dolce vita. Ambrogio Lorenzetti's Porträt des Sieneser Staates*, Basel 1999.

político de Siena, precisamente la *temperantia* ocupa una posición central, a la izquierda del gran viejo del *Comune*, entre las dos virtudes "activas" de la *magnanimitas* y de la *iustitia*. Incluso siendo de por sí pasiva, puesto que se refiere a la fuente interna del comportamiento del hombre, esta se presenta como la más dinámica en el momento en el que alza triunfante una clepsidra y la señala con el dedo, como si quisiera decir que es el momento de activar la vida¹¹.

De forma parecida, e incluso con intenciones bastante más amplias y audaces, al principio del *Cinquecento*, Raffaello Sanzio y Alberto Durero firmaron dos de los mayores iconos de la medida occidental (junto con el Hombre de Vitruvio, Leonardo, Alberti y otros más): el primero intenta armonizar las doctrinas de Platón y Aristóteles en el fresco vaticano de la *Escuela de Atenas*¹²; el segun-

¹¹ W. Lynn jr, "The Iconography of Temperantia and the Virtuosity of Technology", en Th.K. Rabb/J.E. Seigel (eds.), *Action and Conviction in Early Modern Europe. Essays in Memory of E. H. Harbison*, Princeton 1969, pp. 197-219.

¹² Entre todos, señalo a K. Oberhuber, *Polarität und Synthese in Raphaels Schule von Athen*, Urachaus, Stuttgart 1983: un título que por sí solo remite a la presentación de la medida platónica de Milena Bontempi, mencionada anteriormente en la nota 6. Véase sobre todo el párrafo titulado *Eine Deutung des Freskos* en las pp. 55-63.

do, ofreciendo, por el contrario (en su famosa *Melancolia I*)¹³, la imagen más incisiva del hombre moderno, ángel afeminado, pero con una mirada dura debida a la impotencia a la que ha sido condenado el compás que sostiene inútilmente en la mano. Mientras que, en el fresco de Rafael, Arquímedes/Euclides todavía fascinaba con sus teoremas –con el compás en la mano– a un grupo de jóvenes discípulos, la clepsidra, que ya hemos encontrado en el fresco de Lorenzetti aparece, en el grabado de Durero, como muerta, colgada de la pared, inútil. Parece como si ya no hubiese necesidad de templanza. Y sin embargo, para cerrar rápidamente el tema será suficiente recordar que en alemán esa Virtud se llama *Mäßigung*, o incluso *Maße*, o *Mäßigkeit*, o *Maß*, que en español puede significar simplemente "medida"¹⁴.

¹³ También en este caso la literatura es muy extensa. Me limitaré a citar la obra más amplia y actualizada de P.-K. Schuster, *Melencolia I. Dürers Denkbild*, Gebr. Mann, 2 vols., Berlin 1991. Pero quisiera citar también una reciente interpretación de E. Scheil, "La Melencolia § I di Dürer e la Giustizia", *Scienza & Politica* (2008), pp. 89-107 (original en *Zeitschrift für Kunstgeschichte* 2007), que adecuadamente se encuadra en el debate sobre justicia y legitimidad que se hará en el texto.

¹⁴ J. Pieper, *Zucht und Maß: Über die vierte Kardinaltugend*, Kösel, München 1964⁹, realiza una lectura en sentido católico, pero no puede evitar remitir al gran papel que dicha práctica virtuosa tuvo en la Alemania "regulada" por la Reforma. Sobre esto es

El encuentro con el compás obliga a plantearse enseguida el problema de la "medida en matemáticas (*metron, metretós, symmetros, symmetria*)", en el sentido de ese espacio de conmensurabilidad cuyas primeras huellas nos llevan, de nuevo, a los diálogos platónicos: un ulterior espacio respecto a las matemáticas "puede, por tanto, ser trasladado a otras dimensiones de la realidad. Así, la 'medida' se revelará de esa forma noción capaz de *otras* representaciones lógicas, de *otros* nexos"¹⁵.

necesario ver la poderosa *Voz Zucht-oder züchtiges Wesen*, en el *Grosses Vollständiges Universallexikon Aller Wissenschaften und Künste*, editada por Johann Heinrich Zedler, Göttingen 1731-1754, que empieza así: "Bey dieser Gelegenheit hoffen wir nicht unrecht zu handeln, wenn wir unsern Lesern die in denen Beyfugen zur Hochfürstl. Sächsisch-Gothaischen Landes-Ordnung vom Jahre 1666 Lit. B. C. und D. p. 53 und ff. befindliche Verordnungen zur Beförderung guter Zucht und Ehrbarkeit mittheilen, welche in ihrem ganzen Zusammenhange also abgefasset sind: ... Eine wohlgemeinte, zur Christlichen Erbauung und heilsamen Aufnehmen guter Disciplin, Zucht und Erbarkeit zielende Vermahnung". Pero ya la breve palabra *Continentia* ofrecía una representación muy densa del significado que aquí estoy mencionando: "C., die Enthaltung, Mäßigkeit, Zucht. Daher wird gesagt: Der hat *Donum continentiae*, daß ist, er kan sich eines Dinges enthalten, er kan seine Adfecten zwingen, kan ohne Meid leben, und wird *Continenti* allezeit in venerischen und Liebes-Sachen, *Abstinencia* aber von der Mäßigung im Geld und Reichthum gebraucht".

¹⁵ Lo tomo del segundo capítulo del mencionado libro de Bontempi.

Sobre todo, me impresiona el vínculo entre "campo" y "papel" que los historiadores de las matemáticas crean para comprender ellos mismos y para explicarme a mí, profano, el sentido de esta extraordinaria *tékne* que las matemáticas han representado en el cuadro de las civilizaciones humanas. No digo que todo nuestro razonamiento deba reducirse al acto de usar una cuerda para medir un campo, pero es importante entender cómo, precisamente de ese gesto del agrimensor¹⁶, ha surgido después un sistema plasmado en papel, haciendo que la geometría de Euclides marcara de manera indeleble nuestro modo de pensar y de actuar¹⁷.

¹⁶ Sé –gracias al *Grande dizionario* de Battaglia *sub voce*– que Carena (II-87) habla de "escuadra de agrimensor, instrumento que sirve para realizar líneas rectas en el terreno y construir y reconocer ángulos rectos o semirrectos"; pero todavía mejor, a propósito de campo-papel: la tablilla de agrimensor, llamada también "pretoriana" porque la inventó Giuseppe Pretorio en 1576 "sobre la que, o mejor en un folio extendido y aplicado encima, el agrimensor o el ingeniero traza el plano, es decir, hace el dibujo regular de la superficie y de la figura de un terreno".

¹⁷ F. Conti/E. Giusti (eds.), *Oltre il compasso. La geometria delle curve*, Roma 1993, se remiten a las definiciones y a los postulados de los *Elementos* de Euclides, que "muestran en filigrana una correspondencia que no es total, pero sí sorprendentemente evidente, con las operaciones de los *arpedonapti*". Querría subrayar que en las portadas de los volúmenes que, a partir del siglo XVI, vuelven a poner en circulación el texto griego

Esto permite dar otro pequeño paso hacia la ampliación de nuestro concepto de medida a otros campos, a otras realidades de la vida, a otros papeles y, quizás, a otros sistemas. Aunque conviene no olvidar el aviso aristotélico:

Es necesario conformarse, cuando se habla de esos temas [*kala, dikaia, agata*], con demostrar la verdad de manera general y aproximada y, cuando se habla de cosas solo constantes y se parte de premisas del mismo género, sacar conclusiones del mismo tipo¹⁸.

Casi como consecuencia se produce la necesidad de que dicho equilibrio tenga una compensación, es decir, de observación-control-administración: lo que solemos llamar autoridad o incluso, de manera más sociológi-

y la traducción latina de los *Elementos*, existen muchas referencias iconográficas a Mercurio y a Minerva, uno protector del comercio y la otra de la ciencia; ambos quizás protectores, incluso juntos, de la incipiente "sociedad civil" (véanse las ilustraciones, *Ibidem*, pp. 79 ss.).

¹⁸ Tomado de De Sanctis, *Radici*, cit., pp. 16-17, que comenta a su vez. "Al contrario que las matemáticas, de las que hay que pretender demostraciones rigurosas, el arte político (cuya prestación fundamental es la justicia) elige y decide en la esfera de lo probable, que depende de premisas inconstantes y relativas al tiempo y al espacio que constituyen su vertiente *kairológica*. Véase: M. Vegetti, *Tra Edipo e Euclide. Forme del sapere antico*, Il Saggiatore, Milán 1983, donde se analiza "el perfil metódico de la *téchne*".

ca, poder, en el ámbito de lo que en *lato sensu* se considera política. Su pertinencia inmediata, si se quiere permanecer en el círculo virtuoso que nos ha conducido ya a la ética, no puede ser sino la legitimidad, al menos mientras sean plausibles los pasos del razonamiento realizados hasta este momento. Y si debemos mantener la duda platónica sobre la "efectiva posibilidad de la *téchne* de conseguir su objetivo", tenemos, así mismo, que dar crédito a su idea de que el buen *technico* también en política actúa en función de su competencia específica, prescindiendo a menudo tanto de la tradición como del consenso¹⁹. Sin embargo, para Platón (al igual que para Aristóteles) el criterio metodológico fundamental sigue siendo el hipocrático: vigilar (como debería hacer el buen médico) tanto la parte que debe curarse como el todo al que pertenece esa parte. Que una vez más es cuestión de medida: para que el sistema de

¹⁹ Otra vez De Sanctis, *Radici*, cit., pp. 51-52; he aquí el fragmento, que considero perfectamente pertinente y concluyente, del *Filebo* de Platón: "Si de todas las artes (*technon*) se separasen las ciencias del contar (*arithmetikein*), del medir (*metretiken*) y del pesar (*statiken*), lo que quedaría de cada una sería, por decirlo así, una cosa bien mísera... ni en cierto sentido es plena la música, ante todo... Ciertamente encontraremos en las mismas condiciones también la medicina (*iatriken*), la agricultura (*georgian*), la náutica (*kybernetiken*) y la estrategia (*strategiken*)".

relaciones sea factible siempre es necesaria la "medida".

2. *De la melancolía a la justicia*

El propio título de este capítulo evidencia desde el principio, en su dudosa cripticidad, el carácter provisional de los resultados de mis estudios, bastante antiguos, sobre el tema de la "melancolía en la política". Mientras que para nuestra primera edad occidental, yo diría desde el año Mil hasta la era de las Revoluciones, ya tengo algún resultado²⁰ y la rendija que ahora se me ha abierto sobre el pasado más antiguo me hace concebir buenas esperanzas; me resulta más difícil aplicar el tema tanto a nuestro momento actual como al futuro. Pero como yo creo que la investigación histórica –especialmente la histórica-constitucional– sirve precisamente para eso, es decir, para realizar discursos sobre el futuro, intentaré trasladar ese título y ese tema al presente.

Podría empezar diciendo que, actualmente, la antigua melancolía ya no existe. La que durante siglos ha consistido en un querer hacer y el miedo a no conseguirlo y que era

²⁰ P. Schiera, *Specchi della politica. Disciplina, melancolia, socialità nell'Occidente moderno*, Bolonia 1999.

una cualidad (iba a decir una virtud) de la *vita activa*, si no incluso de la genial, como se creyó durante el Renacimiento, pero que, con posterioridad, ha caracterizado la tensión entre pasiones e intereses gracias a la cual ha tenido éxito el capitalismo y con este (¿antes?, ¿después?) el Estado y la sociedad "modernos". Respecto a aquella melancolía, los hombres se han asociado con "disciplina", elaborando una "doctrina" del poder como sistema institucional y cultural (es decir, jurídico y simbólico) de órdenes dirigidas a favorecer, guiar, hacer crecer sus deseos de hacer y a limitar al máximo su miedo a no conseguirlo. Es decir, se ha instaurado un círculo íntimo (y desde el punto de vista de los resultados, en términos de racionalidad y eficiencia, virtuoso) entre melancolía y poder, que, en mi opinión, ha representado, gracias a la acción conjunta de disciplina y doctrina-instituciones, el paso al moderno poder estatal, basado en el concepto de legitimación-legitimidad²¹.

Por diferentes motivos, incluso de tipo histórico, esa melancolía ya no existe. Pero

²¹ P. Schiera, "Legittimità, disciplina, istituzioni: tre presupposti per la nascita dello Stato moderno", en G. Chittolini/A. Molho/P. Schiera (eds.), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia*, il Mulino, Bologna 1994, pp. 17-48.

yo quiero llegar rápidamente al presente y no puedo dedicar más tiempo a ese tema. Para ello, me remito a lo que nos enseñaron durante el siglo XX, antes, durante y después de los grandes experimentos totalitarios, los grandes utópicos contemporáneos, predominantemente de cultura británica: de Wells a Huxley y a Orwell. Por no hablar de Anthony Burgess y de sus réplicas cinematográficas, desde *Odisea en el espacio* de Kubrick, hasta *El árbol de la vida* de Malick, pasando por *Inteligencia artificial (A.I.)* de Spielberg²². Así, de manera sintética, haré referencia al "Gran Hermano" y al adormecimiento de las conciencias y al despertar del cuidado de los cuerpos que este ha sabido producir, convirtiendo la vieja tensión que he descrito²³ hasta ahora en un cualquier *fitness*.

²² G. Claeys, *Utopía. Historia de una idea*, Madrid 2011, en particular el capítulo 14: *Utopía, ciencia-ficción y cine. La última frontera*, pp. 188 ss. Por lo que respecta a Burgess, en sus novelas el tema central es el hombre amenazado por la violencia, víctima de condicionamientos ideológicos que limitan su libertad, oprimido por la máquina del Estado. Sobre el libro que más fama le ha dado (*La naranja mecánica* 1962, del que Kubrick hizo una película en 1971) él mismo escribía: "Si *La naranja mecánica*, así como *1984*, se cuenta entre las saludables advertencias literarias –o cinematográficas– contra la indiferencia, la sensibilidad morbosa y la excesiva confianza en el Estado, entonces esta obra tendrá algún valor".

Estando así las cosas, habrá que revisar el circuito que acabo de suponer, en términos de legitimación del poder. Este último ya no podrá legitimarse en función de su capacidad para responder a la originaria melancolía de los hombres, que ya no existe. La sustituirán entonces nuevas justificaciones, quizás relativas también al grado de adormecimiento/*fitness* ya mencionado.

Sin embargo, es necesario preguntarse si, por ese camino, no se está afirmando una realidad del poder capaz de prescindir de su misma legitimidad; si no se está entrando en una fase en la que la cuestión de la legitimidad del poder pierde valor. Lo que no significa simplemente hablar de poder ilegítimo sino que implica, de manera más perversa, la hipótesis de un poder que ya no necesita ser legítimo para subsistir. En efecto, será suficiente que este haga posibles, asegure y garantice prestaciones, por parte de los miembros de la comunidad, dirigidas a mantener e incluso a incrementar la productividad social sin perjudicar el efecto *fitness*/adormecimiento de cuerpos y mentes e incluso, si es posible, alimentándolo. Esto corresponde a los requisitos fundamentales del más reciente

²³ P. Schiera, "Totalitarismo", en R. Gherardi (ed.), *La política e gli Stati. Problemi e figure del pensiero occidentale*. Nueva edición, Roma 2011, pp. 93-106.

populismo, que representa en cierto modo la versión actualizada y pacífica del totalitarismo que acaba de transcurrir²⁴.

La visión de Giuseppe Duso, que escribe sobre estos mismos temas, es diferente:

mientras que, en la concepción del poder legítimo, los ciudadanos están completamente sometidos porque el poder al que hay que obedecer se entiende como el poder de todos, mediante la categoría de gobierno los gobernados adquieren un *status* político. En fin, paradójicamente, solo en esto se reconoce estar sometidos a un control que es imputable a otros, se posee acción política. *Pensar en el concepto de gobierno* implica la imposibilidad de reducirlo a la relación entre la actividad del gobernante y la pasividad del gobernado²⁵.

Me parece que nuestras dos visiones –la de Duso y la mía– son muy diferentes, pero solo porque proceden de puntos de vista diferentes. Sin embargo, quizás juntas pueden proporcionar una visión más amplia, estroboscópica, en la que la paradoja evocada

²⁴ M. Oudenampsen (ed.), *Open 20: The Populist Imagination. The Role of Myth, Narratives and Identity in Politics*, Nai Publishers 2000.

²⁵ G. Duso/A. Scalone (eds.), *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, Monza 2010, pp. 98 ss. Cito de la reseña de Sandro Mezzadra aparecida en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 40 (2011), pp. 1129 ss.

por Duso desaparece, puesto que, en la realidad de matriz racional del Occidente en crisis, la pasividad y la actividad del ciudadano se integran, anulándose entre sí y dejando poca perspectiva de avance de "lo Político".

Por otro lado –para volver a mis temas– si la melancolía "histórica" puede verse (al menos así la he visto yo) como la suma algebraica, o unión, de conocimiento (deseo crítico) y ansiedad (miedo incierto), el derrumbe tanto de uno como de otra por lo que sintéticamente he llamado Gran Hermano determina necesariamente el mencionado final de la melancolía a la que acabamos de aludir y la consiguiente aparición de un aparato de poder que ya no tiene necesidad de ser legítimo para ser aceptado, siendo suficiente su eficacia anestésica. O si la melancolía todavía existe (como a menudo me contestan, con datos y antidepresivos en la mano) esta ha perdido cualquier connotación de "potencia subjetiva" para adquirir la de la depresión de las masas, con amplitud y caracteres colectivos y ya no individuales y, por lo tanto, con efectos que contribuyen, junto con otros factores, a la degradación populista y totalitaria del poder, de la que somos testigos²⁶ desde hace aproxi-

²⁶ Ya he hablado (*Lo Stato moderno. Origini e degenerazioni*, Bologna 2004, p. 311) de "degeneraciones" respecto a la entidad política por excelencia de la

madamente un siglo: por eso una masa inerte y deprimida tiene una especial necesidad de guía, de *Führer*. Hay que preguntarse si, en este momento, vuelve a ser necesaria la remisión al conocimiento individual, como ya había supuesto Thomas Hobbes en el momento en que formulaba la primera y conocidísima propuesta de poder: *Leviathan*. Si fuese así, entonces estaríamos sin duda en presencia, como bien sabemos²⁷ de una individualización

Edad Moderna: el "Estado (moderno)". Sin embargo, es útil mencionar a Curi, según el cual "la constitución (democrática) en Platón no degenera (no existe *metabole*, sino metamorfosis); la *politeia* existe y permanece en la hendíadis bueno y malo: esta es la manifestación abierta del dos-en-uno. Extraigo la citación de De Sanctis, *Radici*, cit., pp. 31-32; pero querría añadir que quizás no se trata tanto de "dos-en-uno", cuanto de la banal consideración de que todo lo que existe está en proceso (*Werdung*) y, por ello, muta en una dirección que, si se asume la perspectiva de la "génesis" solo puede moverse en sentido opuesto, que es precisamente el de la *de-génesis*, que en español se llama *degeneración*. De F. Borghesi, "For the Good of All. Notes on the Idea of Concordia during the late Middle Ages", *Italian Poetry Review*, 5 (2010), pp. 215-238, citaría al respecto la bella expresión de Pico della Mirandola (*Oratio de hominis dignitate*: antes conocida como *Carmen de Pace*, o incluso *Elegantissima Oratio*): "No te he hecho ni celeste ni terreno con el fin de que tú, como árbitro y soberano artífice de ti mismo, te formasen y plasmases en la obra que prefirieses. Podrás degenerar en los seres inferiores que son las bestias, podrás regenerarte, según tu ánimo, en las realidades superiores que son divinas" (lo que nos lleva a la época de la primera Edad Moderna a la que habíamos llegado hace poco en el texto).

de la ética, pero también –y este me parece un tema nuevo aunque ya lo he introducido al hablar del origen melancólico del ordenamiento²⁸– de una especie de colectivización de la depresión: un doble impacto casi opuesto al que marcó, hace seis o siete siglos, la llegada de la modernidad, con la "individualización" de la melancolía (Burton) y la "socialización" de la ética (Lipsius).

Debido a la gran variabilidad de fenómenos que componen la constitución y consistencia del poder, surge la necesidad de volver

²⁷ R. Koselleck, *Critica iluminista e crisi della società borghese*, Bologna 1984; P. Schiera, "Sulla statualità moderna. Ricerca della felicità, disciplina delle passioni e melancolia: il paradosso del politico", en G. M. Chiodi/R. Gatti (eds.), *La filosofía política di Thomas Hobbes*, Milano 2009, pp. 7-29. Pero de la Introducción de Massimiliano Tomba a la *Kritik der Gewalt* (Roma 2010, p. 10) de Walter Benjamin, tomo la siguiente consideración: "La justicia no puede llevarse a ningún juicio subjetivo, aunque esté orientado por valores más o menos elevados, a partir del cual desaprobare o aprobar una determinada ley. Esta valoración moral ha sido neutralizada mediante el dispositivo liberal de la privatización de la opinión, de manera que, en la esfera privada, es posible condenar la actuación del gobierno pero no desobecer sus leyes".

²⁸ P. Schiera, "Melancolía y Derecho. La confrontación entre individuo y disciplina a favor del ordenamiento", en C. Petit (ed.), *Pasiones del Jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid 1997, pp. 115-160.

a estudiar este último en sus términos esenciales. Mi primera pregunta sería: ¿Es escandaloso pensar en la posibilidad concreta, histórica aunque también futura, de un poder para el que no se plantee el problema de la legitimidad? En otras palabras: ¿Desde cuándo y por qué ha surgido el problema de la legitimidad del poder, como factor previo –o incluso imprescindible– de la calidad de este último? Y en cualquier caso, ¿la legitimidad siempre ha sido la que conocemos? O incluso, ¿por qué Weber la ha situado en el centro de su sociología del poder? En definitiva, ¿para quién y a propósito de qué hablaba Weber de legitimidad?

El primer paso hacia una respuesta a estas preguntas es que los tipos ideales del poder legítimo no se acaban con los inventados (o descubiertos) por Weber. En consecuencia, se trata, en primer lugar, de buscar otros tipos de poder legítimo, pendientes de inventariar, pero que en el futuro sean más explicativos que los de Weber. Pero, al final, se trata de enfocar mejor, para someterla a una crítica radical, la relación entre legitimidad y legalidad, que desde hace dos o tres siglos representa el núcleo de la victoriosa ideología del Estado moderno, en la forma (en mi opinión, degenerativa) de Estado de derecho y social²⁹.

Sobre la "contaminación burocrática" del régimen democrático es famosa (pero también un poco vaga) la llamada de atención de Alexis de Tocqueville. Por lo que a mí respecta, merece la pena considerar, además de la segunda versión de la *Démocratie*, sobre todo *L'Ancien Régime et la Révolution*, y no para entrar en la discusión sobre la real capacidad democrática del pensamiento político del autor, sino para buscar en la misma huellas del cambio que precisamente se ha producido respecto al problema de la legitimidad en el traslado del poder que ha tenido lugar en esa situación.

Prueba de ello es la centralidad del criterio de legitimidad en la experiencia contrarrevolucionaria del Congreso de Viena. En la acepción francesa (Talleyrand) me parece que refleja la experiencia fallida de la *monarchie administrative* del tardío *Ancien régime*, pero posteriormente recuperada por Napoleón, una vez declarada "concluida" la Revolución: es decir, la formación del "ordenamiento" entendido como suma de *Constitution* y *Code civil*. Derechos del hombre y propiedad privada (esta última como

²⁹ En la nota 27 y H. Hoffmann, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlin 1992².

"medida" sintética de esos mismos derechos³⁰) son las dos bisagras de este ordenamiento sobre las que ha girado la puerta que nos ha llevado fuera de la edad moderna, introduciendo la "contemporánea".

Existe un nexo entre el final de la melancolía y la aceleración del tema y del estilo de vida de la socia(bi)lidad en la antropología cultural del siglo XVIII: "El espacio de la vieja melancolía, como signo/símbolo de la ambigüedad de la condición humana, también precisamente en su contradicción entre individualidad exasperada y dolorosa y necesidad (o utilidad) de la asociación, se reduce mucho" escribía entonces. Me preguntaba "¿Después, qué sucede?" Después, en mi opinión, salta el Estado como categoría general de organización política del modo como la había conocido el Occidente, desde la Edad Media hasta la Revolución francesa; como forma sintética de garantía, en el complicado entramado de sus elementos constitutivos, del orden y de la legitimidad. El Estado es sustitui-

³⁰ Aquí es adecuada la cita de Romagnosi que he sacado del *Grande Dizionario della Lingua Italiana* de Battaglia, s. v. Giustizia (Opere, Firenze 1832-36, vol. XVII, p. 232): "La 'igualdad' no expresa un derecho en sí mismo, sino más bien la 'medida' de un derecho: la igualdad es una idea relativa a una 'cantidad'".

do, en su función de homologación y regulación, por el ordenamiento jurídico³¹.

En otras palabras: el derecho produce legalidad, por medio del ordenamiento, que a su vez produce cada vez más derecho, incluso bajo forma de ciencia con la que la legalidad adquiere más peso y significado incluso teórico y sistemático, con el evidente resultado de convertirse en el motor principal de una nueva legitimidad. Esta última será, en el siglo XIX, la del Estado constitucional y de derecho. Derecho y organización se convierten, a partir del absolutismo maduro (o incluso ilustrado), en los dos elementos que mejor responden a la necesidad de constitución, a su vez satisfecha con las Cartas constitucionales, por la revolución. El ordenamiento que se deriva no es más que el sistema de relaciones entre determinados sujetos, establecido según un criterio unitario, general y abstracto. Dicho criterio lo proporciona el derecho, que se convierte en "medida" de la nueva legitimidad. En consecuencia, la legalidad es la nueva medida de aquel poder que en la edad revolucionaria ha perdido su principal centro de adhesión antropolítica: la melancolía.

³¹ P. Schiera, *Melancolía y Derecho*, cit. Versión italiana en *Specchi della politica*, cit., pp. 107-49, en concreto 128 y 133).

3. Justicia como forma histórica de la medida

La medida no solo es *modus*, unidad de medida de dimensiones externas, establecimiento de límites formales³², etcétera: es también algo que se refiere a la moral (a los *mores*). Esta es una cualidad fundamental de la esfera interna del hombre como conocimiento de sí mismo: en consecuencia, es también un metrónomo de la melancolía, como indicador constante del límite del hombre respecto a su excesivo deseo de realización. Si no existiese este sentido de medida interno, el hombre no sufriría ese "quiero, pero no puedo" que es la base de su comportamiento también social, con el resultado utilitario de comportamientos medianos, equilibrados y bien regulados³³. Estos son precisamente los comportamientos previstos y sancionados por la ley positiva, fijada en su conjunto al ordenamiento jurídico, dependiente a su vez de

³² Escribía en P. Schiera, "Introduzione" a F. Rella (ed.), *Forme e pensiero del moderno*, Milano 1989, p. 19: "'Moderno' –de modo, adverbio latín (como *hodiernus* de *hodie*, dicen todos los diccionarios)– indicaría, en un latín ya maduro, 'lo que es nuestro, ahora'. El Devoto encuentra también una *nuance* semántica que se remonta a *modus* e implica, pues, una valoración de 'exactitud', de 'adecuación', de 'medida'. No la dejaría de lado": ¡Después de 22 años, he vuelto a utilizarla!

³³ E. Münkler, *Mitte und Maß. Der Kampf um die richtige Ordnung*, Berlín 2010.

una norma fundamental que es la constitución o, en ámbito inglés, el *rule of law*.

En este momento me resulta muy grato, además de útil, volver a proponer la problemática de los dos "foros" de juicio de las acciones del hombre –el externo de la justicia y el interno de la conciencia– que Paolo Prodi ya ha convertido en *common discourse*³⁴. Además de la balanza (instrumento de medida y de comprobación estadística y técnico-científica) la Justicia exhibe –en el ya mencionado ciclo de Siena de Ambrogio Lorenzetti– otros atributos, empezando por la espada, hasta la cabeza cortada del condenado y hasta la horca que aporta seguridad³⁵. Dichos atributos re-

³⁴ P. Prodi, *Settimo non rubare. Furto e mercato nella storia dell'Occidente*, Bologna 2009, también con síntesis provocadoras, precedentes y subsiguientes, como por ejemplo: "VII: Non rubare. Il Decalogo nella genesi del mercato occidentale", en R. Lambertini/L. Sileo (eds.), *I beni di questo mondo. Teorie etico-economiche nel laboratorio dell'Europa medievale*, Porto 2010, p. 115 (de las que se han obtenido las citas en el texto); o incluso "Furto e mercato nella tradizione occidentale", en P. Prodi/G. Rossi, *Non rubare*, Bologna 2010. Pero después quizás hay un tercer "foro" intermedio entre el interno y el externo que es el del comportamiento social o de grupo, en el que no actúa solo la llamada interna a la moral/pecado y la externa a la norma/sanción, sino que tiene gran peso la convención, la moda, el *style of life*. Véase la obra de Pierre Bourdieu.

³⁵ Para el aspecto iconográfico véase O. R. Kissel, *Die justitia. Reflexionen über ein Symbol und seine*

miten a una idea de aplicación, administrativa, de justicia, que se encarna en lo que en alemán se llama *Maßnahme*. El resultado es la imagen de una justicia triangular, en cuyo vértice está la justicia como virtud cardinal (impresa, en el momento de su nacimiento, en el corazón del hombre-individuo) y en la base los dos ángulos de la justicia distributiva (estadística y preventiva) y de la conmutativa (punitiva y posterior). Si nos ponemos los lentes de la medida, aparece el mismo esquema triangular en el que al vértice autopoiético del "conócete a ti mismo" corresponden los dos ángulos de la medida como técnica de medida (decimos otra vez: estadística) y como autoridad de intervención en cada caso (decimos: poder como *Gewalt*, es decir, por *Maßnahme*³⁶).

Aquí estamos hablando de una justicia ya moderna, que se ha convertido de "nativa" en "dativa" y que, por tanto, pueden gestionar los hombres mediante técnicas que pueden enseñarse (*doctrina*) y aprenderse (*discipli-*

Darstellung in der bildenden Kunst, München 1997²; M. Stolleis, *Das Auge des Gesetzes. Geschichte einer Metapher*, München 2004; para el contenido histórico C. De Pascale, *Giustizia*, Bologna 2010. Sobre Lorenzetti véase P. Schiera, *La misura del ben comune*, Macerata 2010.

³⁶ Esto remite a la polémica, de Benjamin, sobre la norma como violencia; véase pp. 80 ss.

na) y dejan márgenes cada vez más pequeños a la duda y a la incertidumbre, como también al potente subrogado –lo "sagrado"– que desde siempre actúa en primer lugar contra dichos obstáculos. La técnica utilizada por excelencia para separar la justicia de lo sagrado (que, de hecho, en la definición de Ulpiano formaba parte del *ius publicum*) ha sido el derecho, en su versión cada vez más laica asumida durante la Edad Moderna. Como acabamos de ver, este es el problema de la legalidad con el que más se ha identificado siempre la justicia, asumiendo también poco a poco los contornos políticos de la legitimidad³⁷.

³⁷ A partir de la idea de Weber de que la re-legitimación es posible solo mediante una fractura legitimadora, es decir, mediante una acción (un *coup*) ilegítima (como habría ocurrido, en su opinión, para la ciudad medieval), hay que subrayar que el nexo legitimidad-legalidad está determinado históricamente, como todo lo que respecta a la convivencia humana (la "*società stretta*" como la llamaba el joven Leopardi). A pesar de que el tema de la legalidad se remonte al menos a la reutilización del derecho romano en las ciudades italianas de la Edad Media y después a su recepción también en otros lugares y a sus diferentes mezclas con la creciente (y quizás consiguiente) maduración de los derechos bárbaros (o a la *Ancient Constitution*), la legitimidad del poder ha permanecido durante mucho tiempo desvinculada del derecho, en el sentido al menos de que no se ha dejado aplastar por este último, aun utilizándolo cada vez más. Una demostración de ello es la epopeya del *ius publicum europaeum*, con particular referencia a la emergencia del

El poder puede definirse como el aparato (disposición de medios: ideales, materiales y personales)³⁸ a través del que se tiende –por parte de un individuo (líder) o de un grupo (clase hegemónica)– a hacer aceptar su propia pretensión de emitir órdenes que pueden ser obedecidas: es decir, destinadas con toda probabilidad a ser obedecidas por parte de aquellos a los que se dirigen. Los mecanismos de persuasión *ad hoc* han sido diferentes a lo largo de la historia: hemos visto que el más reciente y eficaz es el derecho, promotor y motor de legalidad. Eso ha funcionado mientras el círculo de los interesados podía satisfacerse en términos tanto de *liability* como de *accountability*, con los efectos de las órdenes obedecidas, puesto que –gracias al sistema electivo-parlamentario de la fase más estricta y operante del Estado de derecho– los propios interesados eran al mismo tiempo inspiradores y destinatarios tanto de las órdenes como de la forma, modalidad y control de la obediencia. La llegada de las masas ha perturbado mucho

derecho público: G. Dilcher/D. Quaglioni (eds.), *Gli inizi del diritto pubblico*; 3: *Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità*/Die Anfänge des öffentlichen Rechts; 3: *Auf dem Wege zur Etablierung des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne*, Bologna/Berlin 2011.

³⁸ La referencia a esta categoría desarrollada por Giorgio Agamben se tratará más ampliamente al final del capítulo III.

este equilibrio. No es solo historia de hoy, sino de antes de ayer: el totalitarismo se ha impuesto como vía rápida y segura para restablecer los contactos entre gobernantes y gobernados, con el ulterior atajo de la dictadura: un solo gobernante frente a una masa de gobernados³⁹.

Después de la Segunda guerra mundial, el restablecimiento de la legitimidad democrática se ha certificado –no solo en el mundo occidental– mediante nuevas Constituciones, generalmente de óptima concepción y elaboración, pero sinceramente no me parece que se pueda estar satisfecho con los resultados, porque, mientras tanto, las condiciones de calidad de la vida política –tanto internas como externas a los Estados– han cambiado mucho. El espacio y el tiempo de dicha calidad de la vida se han restringido y dilatado al

³⁹ Doy las gracias a Luca Cobbe por la siguiente cita de Emile Durkheim: "Las formas sociales que antes encuadraban a los individuos y servían así de almacén de la sociedad han desaparecido o están desapareciendo, sin que sean sustituidas por formas nuevas. No queda, por tanto, más que la masa fluida de los individuos. De hecho, el Estado mismo ha sido absorbido por ellos. Solo la máquina administrativa ha conservado su consistencia y sigue funcionando con la misma automática regularidad. Sin duda, la situación ya se ha dado a lo largo de la historia. Cada vez que la sociedad se forma o se renueva pasa por una fase análoga" (*Lezioni di Sociologia. Fisica dei costumi e del diritto*, Milano 1973, p. 107).

mismo tiempo, permitiendo expresar necesidades cada vez más amplias y profundas a una población cada vez más extensa de aspirantes a ciudadanos, es decir, de personas que piden o pretenden el disfrute o el goce de esos derechos que ya se han convertido en *commons* con valor universal y que ya no pueden considerarse simplemente medidas, o sea, productos para los diferentes grupos destinatarios de las limitadas órdenes legítimas (constitucionales) propias de los diferentes rangos, clases o naciones. Nos estamos dando cuenta de que no podemos limitarnos a exportar la democracia a los países que no la conocen o no la tienen, sino que es necesario adaptarse –por parte de todos los países democráticos del mundo– para aceptar democráticamente las solicitudes, pretensiones y expectativas procedentes de ciudadanos de otros países menos evolucionados, o incluso de estos últimos.

Estos nuevos términos de la cuestión confirman la superación del principio de soberanía al que estaba genéticamente vinculado el viejo Estado moderno y el sistema correspondiente, primero europeo y después internacional, de los países, así como el criterio de legalidad que ha sido su última forma de legitimidad. En esta fase, se expresa la nueva medida de *liability* y *accountability* a la que antes hacía referencia. Para el estudio de ésta, son necesarias otras tecnologías, además de la

jurídica, con el fin de dar una organización adecuada (proporcionada) al entramado cada vez más complicado y apremiante de necesidades y respuestas procedentes de todas las partes de la "sociedad del mundo": En síntesis, creo que éste es el significado que debe darse a la *global governance*.

II

ENTRE GOVERNANCE Y GOVERNMENT

1. *Historia constitucional y estructuras de gobierno*

Los traductores americanos de la obra principal de Otto Brunner, *Land und Herrschaft*⁴⁰, en 1992 la titularon en inglés *Land and Lordship. Structures of Governance in Medieval Austria*. En 1983 ya había aparecido una traducción italiana con el título: *Terra e potere. Strutture prestatali e premoderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*. Una breve comparación entre los dos títulos me resulta útil para

⁴⁰ *Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter* es el subtítulo de la obra en la primera edición de 1939, que, sin embargo, en la cuarta y definitiva de 1959, además de otras modificaciones y actualizaciones esenciales en el texto, lleva en la parte final la indicación más modesta de *Verfassungsgeschichte Österreichs*.

Este segundo capítulo reproduce, con pocas variaciones, una conferencia impartida por mí en la *Carl Friedrich von Siemens Stiftung* de Munich, en las "Werner Heisenberg Vorlesungen" de la *Bayerische Akademie der Wissenschaften* en junio de 2010.

introducir desde el punto de vista *begriffsgeschichtlich* el discurso que me dispongo a comenzar.

El término "estructura" está presente en ambos títulos, pero no aparece en el original, que por el contrario habla de *Grundfragen*: quizás los traductores de éste y del otro lado del Océano han entendido las "cuestiones fundamentales" de Brunner como estructuras. Para describir estas últimas, los americanos usan el término *Governance*, mientras que los italianos usan una formulación más libre, de tipo aparentemente cronológico, pero en realidad con un fuerte contenido sustancial, y hablan de "estructuras preestatales y premodernas". ¿Pueden considerarse lo mismo?

Antes de responder, es necesario hacer frente al punto más delicado, que se refiere al binomio que representa toda la obra de Brunner: *Land und Herrschaft*. A mí me parece que el primer término puede entenderse como "tierra/territorio" y el segundo como "poder/dominio". En efecto, creo que territorio y fuerza han sido hasta ahora los elementos fundamentales del mecanismo de organización de la convivencia humana, en la experiencia histórica del Occidente moderno, a partir de la Edad Media.

Otro historiador de la cultura alemana, pero alemán en lugar de austriaco, Gustav Schmoller, acuñó, antes que Brunner, la figura histórico-constitucional del Estado territorial (*Territorialstaat*): basado en el territorio, éste tenía otros contenidos fundamentales en el *Staatsgedanke*, por una parte, y en la *Organisation*, por otra.

El conjunto de factores brevemente descritos constituye lo que yo entiendo como *Government*⁴¹: algo que en sí no es fácil de definir aunque, desde el principio, puede ayudarnos Shakespeare, que en su *Measure for Measure* se expresaba así precisamente al principio de la acción, por boca del Duke of Vienna, dirigiéndose a su ayudante Escalus:

Of Gouernment, the properties to unfold,
Would seeme in me t'affect speech & discourse,
Since I am put to know, that your own Science
Exceedes (in that) the lists of all advice
My strength can give you...;

⁴¹ Propongo, como definición provisional de *government*, la siguiente: ese sistema de gobierno que se ha consolidado en la gestión de tendencia unitaria y centralizada, bajo una *rule of law*, de las necesidades administrativas (la precisión será útil en el capítulo III) de la colectividad de los ciudadanos situados en un territorio dado, de tipo nacional.

para posteriormente enumerar los elementos fundamentales de esta *Science of Government*:

The nature of our People,
Our Cities Institutions, and the Termes
For Common Justice...;

Y, por último, precisar que en cualquier caso Escalus posee ya, de todo ello,

Art, and practise⁴².

Este es el *Government*, como se desarrollará posteriormente en el gran movimiento europeo, mejor dicho, occidental del constitucionalismo, asumiendo por último las funciones, siempre queridas por nosotros, de Estado de derecho, con régimen democrático, mediante elecciones libres y de representación popular, gracias a una equilibrada división de los poderes dentro de la cual, en nombre de la soberanía del pueblo, predomina el poder legislativo⁴³.

⁴² *Measure, For Measure*, Actus primus, Escena primera.

⁴³ E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin 1981² y, de manera más general sobre el proceso a largo plazo: E. Rotelli, *Forme di governo delle democrazie nascenti 1689-1799*, Bologna 2005 y *Le Costituzioni di democrazia. Testi 1689-1850*, Bologna 2008; véase, además del mismo: *Amministrazione e*

Pero incluso antes, el principio sintético de todo el proceso es la doctrina y la praxis de la soberanía, que debe entenderse como el resultado de la históricamente determinada asunción, por parte de un señor predominante, de funciones de mando dentro de una comunidad que va organizándose en Estado, según las necesidades de la nascente sociedad civil-burguesa, gracias al apoyo técnico y operativo de un aparato cada vez más profesional de consejeros y funcionarios administrativos. Fue la soberanía la que hizo que el sistema político *Estado/Government* se organizase según el principio jerárquico, desde un centro hacia la periferia, en un vínculo esencialmente vertical entre mando y consenso⁴⁴.

Dicha verticalidad podría representar la marca del *Government*, mientras que, como se verá, me gustaría describir actualmente la

Costituzione. Storiografie dello Stato, Bologna 2007; mientras que sobre el amplio tema del constitucionalismo me remito a P. Schiera, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid 2012.

⁴⁴ Carl Schmitt, *Die Diktatur*, Berlin 1994⁷ contiene una peculiar presentación de la soberanía como "decisión sobre el estado de excepción", que se traduciría también en el modelo imperial al que Schmitt se refiere con su doctrina de la *Großraumordnung*, con la atribución a la entidad imperial de una especie de "monopolio de la decisión": véase: J. Rosatelli, "Gli imperi oltre gli Stati. Sul concetto di 'Reich' secondo Carl Schmitt", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XL (2010), p. 399.

Governance en los términos horizontales de participación y solidaridad, en una correspondencia no casual con la progresiva pérdida de peso de la soberanía⁴⁵.

Esta descripción mía de la manera en que vemos la situación actual nosotros, los modernos "doctores" de las diferentes ciencias sociales, está probablemente muy simplificada; pero viene confirmada por la crisis en que se encuentran los más importantes de esos doctores –los juristas–, comprometidos con el intento de salir de los principios dogmáticos –efectivamente muy caracterizados en sentido vertical– de la ciencia del derecho de la segunda mitad del siglo XIX y de la primera del siglo XX⁴⁶.

⁴⁵ Por el contrario, sobre la *governance* observa W. Streek, "Lo studio degli interessi organizzati: prima e dopo il passaggio del secolo", *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 7 (2006) n° 1: "Abandonando una perspectiva de poder público jerárquico y centrado en el Estado, la *governance* se refiere a la totalidad de los procesos y de los agentes implicados en el momento de la selección vinculante entre posibilidades alternativas, momento por lo tanto capaz de crear orden social". Esta precisión será útil al final del tercer y último capítulo.

⁴⁶ M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 4 Bde, München 1988-2012. Y también P. Schiera, "Die gemeineuropäische Geschichte des Verwaltungsrechts und seiner Wissenschaft", en *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol IV, *Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, edición de A.

A propósito del aspecto financiero y fiscal del desarrollo (*Entwicklung*) del Estado moderno, Gustav Schmoller hablaba en 1877, haciendo referencia a Lorenz von Stein, del inicio de una "época social de la historia del fisco", que él relacionaba directamente con el "Estado constitucional" finalmente activo también en Alemania. Sin embargo, precisaba enseguida que no necesariamente a una época "civil-burguesa" (*staatsbürgerlichen Epoche*) le seguía una "social" (*soziale Epoche*)⁴⁷. Mi opinión es que esto está ocurriendo precisamente ahora, ya no en ámbito local/nacional sino en ámbito global, como consecuencia de la crisis manifiesta del propio *konstitutioneller Staat*, que se basaba en un "acuerdo entre gobierno y pueblo" que desde hace mucho tiempo ya no existe. Pero sobre todo, a causa de la ampliación desmesurada de las necesidades administrativas de la sociedad del mundo, que –casi milenarísticamente– tiene que hacer cuentas con fenómenos degenerativos de la vida humana, y de la propia Tierra, que no admiten nada más que respuestas administra-

von Bogdandy/S. Cassese/P.M. Huber, Heidelberg 2011, pp. 399-424.

⁴⁷ "No necesariamente debe existir en la historia fiscal de cada país, del pasado o del futuro, una fase señorial, una burguesa-ciudadana y una social": G. Schmoller, "Die Epochen der preußischen Finanzpolitik", *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft*, 1 (1877), pp. 111 y 112.

tivas globales. Esto solo puede producir una recarga de politicidad en el mundo, como nueva demostración del hecho de que –si se interpreta correctamente– la administración está antes que la política y representa el núcleo esencial de lo político.

Desde ahora adelanto que es solo a partir de una fuerte regeneración de todo el problema de la administración cuando yo empiezo a esperar que se produzca un renacimiento también de la gran tradición política con la que la humanidad –gracias en especial a la contribución de Occidente– ha podido contar hasta ahora.

Así pues, un aspecto del problema reside en la degeneración de la última forma política que ha producido Occidente: el Estado moderno calificado como de derecho y constitucional. Esto lo confirma la insistencia con la que, desde varios lugares, se plantea la cuestión de la constitucionalización de los sistemas jurídicos que se han visto más afectados por la globalización de la sociedad del mundo. En concreto, me refiero al derecho internacional y al derecho administrativo: con la ulterior propuesta –y más sutil– de considerar el derecho público en su conjunto como material (dogmático y práctico al mismo tiempo) privilegiado para una internacionalización del constitucionalismo. Por ejemplo, se trabaja

con intensidad sobre la tensión creciente entre actos unilaterales (del poder) y autodeterminación (del individuo), basándose en el principio por el cual "La posibilidad de autodeterminación del hombre es el principio de fondo del derecho público, al menos en su tradición libertario-democrática"⁴⁸.

Una referencia kantiana que evoca el gran tema del "derecho justo", como recuerda también Dietmar Willoweit, hablando de Rudolf Stammler. Sin embargo, para este último la solución no había que buscarla en la dogmática jurídica o de las normas, sino en la misma "justeza de contenido" (*inhaltliche Richtigkeit*) del derecho; y el derecho se entendía a su vez como producto de las relaciones intersubjetivas; las cuales, por tanto, tenían que inspirarse en principios muy concretos:

La concordia y el comportamiento inspirado en la cooperación y la protección frente a la violencia son

⁴⁸ La investigación del *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* de Heidelberg está descrita en A. von Bogdandy/Ph. Dann/M. Goldmann, "Völkerrecht als öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance", *Der Staat*, 49 (2010), pp. 23-50. Volveré sobre el tema al final del capítulo III a propósito de Léon Duguit, para quien la autodeterminación parece consistir más en la solidaridad que en la libertad "garantizada".

las condiciones previas de todo ordenamiento jurídico.

Salvando de este modo el *dictum* kantiano según el cual

Es justa cualquier acción que –o bien la máxima según la cual– pueda hacer coexistir, en función de una ley general, el libre albedrío de uno con la libertad de cualquier otro⁴⁹.

Eso significa –utilizando mis palabras– que el derecho debe ser adecuado, es decir valer y ser ejercido de acuerdo con la medida, en el sentido de que no puede permanecer siempre igual, sino que debe variar según las condiciones históricas, como demostrarían entre otros los estudios de etnología jurídica y de la misma historia del derecho. En efecto, aquí pueden identificarse sistemas jurídico-normativos (es decir, dotados de "exactitud de contenido") de tipo extraestatal o preestatal. Esto me lleva a pensar que lo mismo puede suceder también en condiciones postestatales, es decir, también post-gubernamentales⁵⁰.

⁴⁹ D. Willoweit, "Der richtige Kern der Lehre vom richtigen Recht", *Juristen Zeitung*, 65 (2010) 8, pp. 373-379, aquí p. 378.

⁵⁰ Stammler había escrito en 1911 un ensayo con el título *Recht im staatslosen Gebiete*, donde hablaba de un *soziales Wollen* para una común *Zweckverfolgung*.

En las múltiples oscilaciones a las que está sometida la doctrina jurídica internacional al responder a los problemas de globalización causados por la obsolescencia de los Estados nacionales, surge, entre los temas principales, el –ya examinado en la primera parte– de la asimilación de la legitimidad a la legalidad: "Para ser legítimo, cualquier poder estatal necesita estar al mismo tiempo fundado y limitado por el derecho público"⁵¹.

Se sabe que este es uno de los fundamentos de la cultura de carácter constitucional occidental, pero es necesario preguntarse si representa el mejor camino para llegar a un acuerdo con las otras culturas implicadas en la globalización de la *governance* sin haber sido previamente influenciadas jurídicamente por Occidente: con ellos, sería conveniente mantener debates menos cerrados que los rígidamente contruidos según el método jurídico (*juristische Methode*) de la antigua tradición alemana-europea. Efectivamente, el verdadero problema consiste en identificar a los sujetos que participan en la determinación de esta nueva *governance* en proceso de

⁵¹ "Um legitim zu sein, bedarf jede staatliche Gewalt zugleich der Begründung und Begrenzung durch das öffentliche Recht": Bogdandy, *Völkerrecht*, cit., p. 24. Aquí se volvería a abrir el debate sobre Carl Schmitt, para quien el nexo entre legalidad y legitimidad es muy estrecho: H. Hofmann, *Legitimität gegen Legalität*, cit.

globalización: ¿individuos, instituciones privadas, empresas, Estados u otras instituciones públicas?

No me parece fácil encontrarlos sin una nueva imaginación que probablemente tiene que ir más allá de la perspectiva del derecho público e incluso también del derecho sin más o, mejor dicho, de la ciencia jurídica de aproximadamente los dos últimos siglos. El punto crucial reside en comprender las vías por las que transcurre el "ejercicio del poder (*Gewalt*) no del derecho (*Recht*) público internacional" y es fácil verificar que a la correspondiente *roadmap* se están aplicando, en el mundo global, atenciones e intereses heterogéneos: seguramente de tipo jurídico, pero también, y quizás primero, de tipo económico, social, político y comunicativo, según las innumerables facetas que presenta el *deus ex machina* de nuestro mundo "contemporáneo postmoderno" que todavía se denomina con el viejo término de mercado. Llegados a este punto, quizás el derecho público no es suficiente y tampoco lo es hablar de un derecho administrativo global (*Global Administrative Law*) con mayúsculas, incluso quizás "sin el Estado". Pero los juristas no se rinden fácilmente: si no es posible internacionalizar el derecho público, intentarán constitucionalizar el derecho internacional⁵².

2. Estados y mercados: ¿pero con qué derecho?

Primero quisiera echar otro vistazo a la relación entre estados y mercados en la que me parece que converge el desafío actual entre *Governance* y *Government*. El tema no es nuevo, ni siquiera en sentido jurídico. En 1931 Ernst Huber titulaba "Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat" su *Bonner Antrittsvorlesung*, en la que afirmaba que "Estado y economía han crecido juntos hasta formar un orden unitario".

Arriada la bandera liberal de la "capacidad de autorregulación de la sociedad", se asignaba al Estado una "función de garantía infraestructural", en la estela de la profecía de Walther Rathenau, según el cual la economía

⁵² Sobre el primer aspecto, véase S. Cassese, "Administrative Law Without State? The Challenge of Global Regulation", *New York Journal of International Law and Politics* (2005) p. 663, pero también de forma más general, E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin 2004. Sobre el segundo aspecto cito por ahora: Chr. Walter, "Constitutionalizing (Inter)national Governance", *German Yearbook of International Law*, 44 (2001), pp. 170-201; R. Macdonald (ed.), *Towards World Constitutionalism*, Leiden 2005; J.J. Heckman/R. L. Nelson/L. Labantingan (eds.), *Global Perspectives on the Rule of Law*, Londres/Nueva York 2010.

debía ser "*res publica*, cosa de todos"⁵³. Además de la dramática experiencia nacionalsocialista –en la que por otro lado las doctrinas de este tipo no jugaron un papel secundario⁵⁴– el círculo se reabría en la segunda postguerra con el *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* de Forsthoff de 1950, que volvía a atribuir al "Estado como mandante" la titularidad de la *Daseinsvorsorge der Bevölkerung*, como después orgullosamente sonará el título de un ensayo de 1963⁵⁵.

⁵³ "El Estado y la economía han crecido juntos para formar un ordenamiento unitario", como escribió en un discurso pronunciado inmediatamente después de la guerra: tomo la citación, como todo el razonamiento indicado a continuación, de H. Hugo, "Markt und Staat – res publica rediviva?", en S. Magiera/K.P. Sommermann (eds.), *Daseinsvorsorge und Infrastrukturgewährleistung. Symposium zu Ehren von Willi Blümel zum 80. Geburtstag*, Berlín 2009, p. 18.

⁵⁴ Véase una presentación literaria de gran efecto y penetración en la novela histórica de J. Littel, *Le benevole* (2006), Torino 2008; pero véase bajo el perfil histórico-jurídico, M. Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin 1974.

⁵⁵ Publicado en "res publica. Beiträge zum öffentlichen Recht", XII (Stuttgart 1963), pp. 33 ss. Mientras que en la Introducción al *Verwaltungsrecht* se reelaboraba la doctrina de Otto Mayer sobre la capacidad de rendimiento de la administración, el discurso de Forsthoff se abría ya a las perspectivas de la economía planificada, en una línea de pensamiento que se expresará completamente en el volumen *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland* de 1971, que ya había anti-

Después de los triunfos de la economía de tipo liberal-estatal en las décadas de 1950 y 1960⁵⁶, la globalización ha invadido los mercados, impulsándose mediante el desarrollo de las comunicaciones y transportes a nivel planetario y mediante la progresiva disminución de la Guerra Fría. Se han manifestado nuevos desplazamientos, así como nuevas fijaciones de los problemas infraestructurales de los que se acaba de hablar. Gracias a "una fusión transnacional excepcionalmente am-

cipado en el discurso de 1960 *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft* (Vortrag Eröffnung der "Universitätswoche für Rechtsanwälte" en Heidelberg, 7. Juni 1960, en *Neue Juristische Wochenschrift* 13, 1960, pp. 1273-1277).

⁵⁶ Por lo que respecta a Alemania, véase: J. H. Kaiser (ed.), *Planung III. Mittel und Methoden planender Verwaltung*, Baden-Baden 1968, con un importante ensayo de E. Forsthoff, *Über Mittel und Methoden moderner Planung* (pp. 21-38), que se relacionaría con las crecientes preocupaciones del propio Forsthoff sobre el destino del Estado de derecho, expresadas en dos trabajos: "Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung", *Der Staat*, 2 (1963), pp. 285-398 y "Von der Staatsrechtswissenschaft zur Rechtsstaatswissenschaft", *Studium Generale*, 21 (1968), pp. 692-704; eventualmente equilibrados a través de su importante contribución: "Technisch bedingte Strukturwandlungen des modernen Staates", en H. Freyer/J. Chr. Papalekas/G. Weippert (eds.), *Technik im technischen Zeitalter. Stellungnahmen zur geschichtlichen Situation*, Düsseldorf 1965, pp. 211-231. Es preciso recordar también que en los *Planungsstudien* a cargo de J.G. Kaiser, el vol. 7 (Frankfurt a. M./Berlin 1970, p. 191) es el de W. Blümel/E. Forsthoff, *Raumordnungsrecht und Fachplanungsrecht*.

plia de las economías nacionales" se ha abierto a los "actores privados el tráfico transfronterizo de los recursos": es decir, que "no ha hecho más que erosionar la fuerza de gestión del Estado, con el consiguiente e importante debilitamiento de la capacidad de imposición de los intereses públicos"⁵⁷.

Frente a esto, también un jurista como Hans Hugo, descendiente de la escuela de *Planung und Infrastruktur* de Forsthoff y Blümel, al final solo puede expresar un juicio metajurídico:

⁵⁷ Son palabras de H. Hugo, *Markt*, cit., página 18. No hay que olvidar que el uso en función de *governance* del término *Steuerung* ha desarrollado un importante papel en la definición terminológica y conceptual de nuestro campo: véase, como resultado final: R. Mayntz/A. von Bogdandy/S. Lütz, *Globale Strukturen und deren Steuerung*, Köln 2005, pero también F. Scharpf, *Föderalismusreform: kein Ausweg aus der Politikverflechtungsfalle?*, Frankfurt/M 2009. Sobre la prioridad del mercado se había construido también la primera fase de la integración europea: véase sobre estos problemas A. Arienzo, "Dalla corporate governance alla categoria politica della governance", en G. Borrelli (ed.), *Governance*, Napoli 2004, pp. 125-157, con una buena bibliografía. De una segunda fase de la integración europea habla L. Kühnhardt, *European Union – The Second Founding. The Changing Rationale of European Integration*, Baden-Baden 2010, según el cual la nueva fase de la Unión Europea se inspira en el estudio de su papel global en la época de la gestión de problemas también cada vez más globales.

También el Estado –¡Y quien podría saberlo mejor que nosotros, hijos del siglo XX!– puede perder de vista la justa medida. Pero esto es más un problema de la ética que del derecho, y esto vale tanto para el mercado como para el Estado⁵⁸.

Un criterio fundamental de esta medida es desde hace tiempo el bien común. Se trata claramente de términos genéricos⁵⁹ aunque detrás hay conceptos vitales, quizás capaces de permitirnos una síntesis.

Otro gran "doctor" del derecho público hace poco ha llamado la atención sobre una "cualidad" de la que en nuestra época la "regulación de los negocios públicos" no puede prescindir: la *governance* debe ser *good*, además de *global*, sostiene Peter Badura. ¿Cómo se traduce en la práctica esta cualidad? La novedad podría estar en una ampliación de la dimensión horizontal de la administración, con una mayor importancia de las funciones de participación y cooperación respecto a la tradicional de representación⁶⁰. Pero para ello

⁵⁸ Hugo, *Markt*, cit., página 24.

⁵⁹ P. Schiera, *La misura del ben comune*, cit.; *Misura*, Trento 2011.

⁶⁰ P. Badura, *Konzeptionen europäischer und transnationaler Governance in der Perspektive des Verfassungsrechts*, Baden-Baden 2010, que recuerda que la propia *Carta de los derechos fundamentales* de la Unión Europea (18. 12. 2000, artículo 41) habla expresamente de un "Recht auf guter Verwaltung".

–es decir, para trasladar el orden político-administrativo del eje de las ordenadas (jerarquía) al de las abscisas (participación)– es más útil corroborar el papel del Estado para una "regulación capaz de asegurar justicia, libertad y bienestar mediante el cumplimiento de tareas y competencias orientadas al bien común"

¿O bien concentrarse en la extensión a nivel planetario de esa misma función de regulación?⁶¹ A mí me parece que, si los temas predominantes son los de la regulación y la gestión, el verdadero problema es el de los sujetos a los que hay que atribuir la titularidad; a saber, en palabras de Badura, el "poder superior de coacción" (*hoheitliche Zwangsgewalt*). Eso significa volver al punto de partida de la soberanía, para buscar un punto de encuentro entre su sustancia estatal-interna –de *government* como yo sugiero– y la externa de *global governance*, como sugieren los nuevos doctores, predominantemente anglosajones, de relaciones internacionales.

⁶¹ La respuesta no admite dudas si se parte del presupuesto de la superioridad e irrenunciabilidad del Estado de derecho democrático: entonces, tiene razón Badura cuando celebra la "staatlich verfasste und politisch legitimierte Rechtsgemeinschaft". Pero ¿También tendrá razón al reducir el concepto de *governance* a una mera función "descriptiva y analítica", quitándole cualquier relevancia para una aplicación "normativa y dogmática"?

Según ellos, para definir la *governance* no es suficiente unir en la administración pública actores estatales y privados, y seguir asignando la gestión de esta última a un derecho administrativo estatal, a lo sumo renovado en su estructura de contenidos y procedimientos, pero todavía dependiente de las viejas funciones soberanas del estado legislador. Por el contrario, es crucial empezar por una nueva "localización" (*Verortung*) de los sujetos: es esta última la que debe ser reconocida como global. En esta, entre la pluralidad de los sujetos que la componen, los Estados pueden mantener una presencia incluso central; pero no en el sentido de que –como sostiene Badura– le corresponda todavía una "responsabilidad de ordenamiento de tipo normativo"⁶²; sino más bien según una modalidad segmentada, fruto de continuas separaciones de las competencias que el Estado nacional ha ejercido durante un par de siglos según el criterio unitario de la soberanía.

A mí me parece que el camino hacia un régimen de *governance* ha surgido, a lo largo del siglo XX, del entramado de guerra y paz que lo ha atravesado, a menudo llevando la máscara del totalitarismo. En la base de esa

⁶² *Ibidem* p. 29, y cita C. Franzius, "Governance und Regelungsstrukturen", *Verwaltungsarchiv*, 97 (2006), p. 186.

tendencia ha habido necesidades administrativas cada vez más amplias, dándole un significado y un contenido político además de administrativo, incluso en términos de respuestas normativas. Tanto esas necesidades como las correspondientes respuestas han ido asumiendo contornos que sobrepasan los de los Estados nacionales, hasta representar la nueva *Weltgesellschaft* que ha ocupado el lugar de la sociedad nacional-burguesa, que había marcado la crisis del absolutismo y abierto la era del liberalismo.

No es fácil mediar entre estas posiciones. Hace falta medida.

Hace falta una medida que al mismo tiempo sea multidisciplinar y *multilevel*. Pero antes que nada, hay que considerar la dificultad de anular la diferencia entre una visión de tipo unitario y jerárquico (la tradicional soberana, estatal-*governmental*)⁶³ y la de *governance*

⁶³ Es lo que confirma Badura, hablando de "Gewährleistungsstaat": existen ciertos "verfassungsrechtlichen Zielvorgaben" que condicionan cualquier posible desarrollo, descansando sobre la idea de una "Reservefunktion des Staates": Badura, *Konzeptionen*, cit., p. 21, que cita A. Voßkuhle, "Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (2003), pp. 266-307 y M. Ronellenfitsch, "Daseinsvorsorge und service d'intérêt

que, sin embargo, parecería ser de tipo autonómico, policéntrico y cooperativista –por lo tanto horizontal, como yo deseo– pero podría también asumir el carácter del dominio universal global⁶⁴.

général im Interventionsstaat", en S. Magiera (ed.), *Daseinsvorsorge*, cit. La conclusión de Badura no admite réplica, puesto que el encuentro entre las funciones del Estado y los fines privados siempre está desequilibrado a favor del primero, que por definición está "orientado al bien común", mientras que los privados están orientados solo al beneficio. Siendo verdad la última observación, solo queda preguntarse qué otra estructura "gemeinwohlorientiert" podrá existir, además del Estado debilitado de *government*, en la *global governance* que se va imponiendo y que requiere de nuevas y válidas estructuras de decisión e intervención.

⁶⁴ Me parece emblemático de esta orientación A. Peters, "There is Nothing more Practical than a Good Theory. An Overview of Contemporary Approaches to International Law", *German Yearbook of International Law*, 44 (2001), pp. 25-37, que no solo realiza un examen claro de las diferentes tendencias del derecho internacional, sino que ofrece también conclusiones metodológicas de gran lucidez. Incluso admitiendo que "A coherent constitutionalist approach to international law does not (yet) exist...", la autora incluye los estudios más *community-oriented* que *State-oriented* y por eso también orientados a reconocer "an international basic legal order", que se presenta casi como una *constitution*, inspirada no tanto en el principio de soberanía (jerarquía, fuerza) sino en el de *rule of law*: por lo tanto, "a common-good-oriented entity, representing a more communitarian than liberal concept". Quizás discursos muy generales y genéricos, pero que es preciso leer –en palabras de Peters– de acuerdo con una "methodological self-consciousness and reasoned eclecticism", en función de un "informal

En los títulos de las contribuciones que marcan el trabajo de los estudios a caballo entre relaciones internacionales y derecho internacional⁶⁵, la *governance* va adquiriendo un significado absorbente de diferentes casos que registran una superación de los límites de los viejos estados, determinando situaciones de soberanía limitada (*conditional sovereignty*). Este último carácter de soberanía limitada puede, sin embargo, atribuirse tanto a los viejos Estados (que están perdien-

criticism, which is in turn the *conditio sine qua non* of scholarship and of a functioning international civil society".

⁶⁵ Sin pretender ser exhaustivo, informo aquí de los "fascículos" dedicados por algunas grandes revistas a las nuevas fronteras del derecho internacional: *Stanford Journal of International Law*, 40 (2004), con el título *Balance of Power: Redefining Sovereignty in Contemporary International Law*; *Chicago Journal of International Law*, 1 (2000), con las Actas de la *AEI Conference. Trends in Global Governance: Do they Threaten American Sovereignty?* (que contiene el famoso ensayo de John R. Bolton, *Should we take Global Governance seriously?*); *German Yearbook of International Law*, 44 (2001) dedicado a *The Fight Against Global Terrorism. Self-Defense or Collective Security as International Police Action? Some Comments on the International Legal Implications of the "War Against Terrorism"* (donde precisamente está incluido el mencionado ensayo de Anne Peters, además del de Christian Walter, *Constitutionalizing [Inter]national Governance. Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, del que hablaré más adelante).

do su soberanía integral, que normalmente se hace derivar de la Paz de Westfalia de 1648) como a las nuevas agencias que, por el contrario, van ganando soberanía en niveles superiores e inferiores respecto a aquellos en los que la soberanía estatal se había confirmado. Esto equivale a decir que

lo que está cambiando es, en pocas palabras, la función del *government* en la *governance* y este cambio ha comportado problemas complejos en términos de democratización y *accountability*⁶⁶.

No es un hecho secundario que la nueva *human security* necesite dotarse de un "estándar de medida (*metric*) con el que poder atribuir magnitudes y prioridades": esta es la medida mencionada, anteriormente y de la

⁶⁶ B. G. Peters/J. Pierre, "Governance, Government, State", en C. Hay/M. Lister/D. Marsh (eds.), *The State. Theory and Issues*, Londres 2006, p. 209, que subrayan la "desviación de *government* a *governance*" y citan a Rhodes, "The New Governance: Governing without Government?", *Political Studies*, 44 (1996), pp. 653-667, quien propone el siguiente significado de *governance*: "self-organizing, interorganizational networks... [dirigidas a] complement markets and hierarchies as governing structures for authoritatively allocating resources and exercising control and co-ordination". Que después dichos *networks* se caractericen "by trust and mutual adjustment" es la razón por la que estos son capaces de resistir a cualquier intento de reanudación de *guidance* jerárquica por parte de los centros tradicionales del poder estatal.

que querría hablar. Una medida históricamente determinada, añadido, en la que pueda tomar cuerpo y encontrar expresión la unión en diferentes niveles –a menudo más altos, supranacionales, pero también más bajos, infraestatales– de las competencias de las que los Estados todavía son titulares, aunque de manera cada vez más dividida y no unitaria. De aquí nacen las redes que formarán el *New World Order*, si alguna vez surge y de verdad funciona⁶⁷.

Todos hablamos de *global governance* y estamos de acuerdo en que es necesario encontrar nuevas formas de regulación de las cosas públicas (vida en común, bien común, bienes comunes... pero también negocios)

⁶⁷ A.-M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton 2004, p. 12: a los dos *trends* de mutación *national/global* y de *government/governance*, añade un tercero: *unitary state/disaggregate state*, suponiendo (p. 15) "an order based on an intricate three-dimensional web of links between disaggregated state institutions". La ampliación me parece justificada por la mención que se hace desde diferentes campos de investigación social a la necesidad de mover la "métrica" de las nuevas necesidades globales: véase por ejemplo U. Beck, *Neuvermessung der Ungleichheit unter den Menschen*, Frankfurt am Main 2008; pero también T. Brühl/V. Rittberger, "From international to global governance: Actors, collective decision-making and the United Nations in the world of twenty-first century", en Rittenberg (ed.), *Global governance and the United Nations system*, Tokyo/New York/Paris 2001.

que, pasando por la participación directa de los interesados y la cooperación de las organizaciones implicadas (es decir, por ambas vías, superando el monopolio estatal de la representación institucional y de la administración pública), aseguren respuestas a las necesidades de la sociedad "g-localizada". Más allá de la utilización de términos grandilocuentes como *global constitutionalism* o *cosmopolitan democracy*, la tendencia general es la de no salir del propio ámbito disciplinario, a menudo considerado como la única posible trinchera de lo científico.

Habiendo tenido ya la ocasión de estudiar el impacto constitucional de la ciencia en el Estado moderno y, en concreto, en el "modernísimo" Estado imperial alemán de la última parte del siglo XIX, me surge una duda: ¿estamos seguros de que la próxima fase de reajuste constitucional (en dirección, como supongo, de *governance*) deberá o podrá tener todavía matriz científica? Había tenido ocasión, antes incluso, de utilizar la expresión "arte de gobierno" para indicar el modo de afrontar lo que para la época eran las nuevas necesidades del Estado absoluto⁶⁸: un

⁶⁸ P. Schiera, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bolonia 1987; y *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato. Il Cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano 1968.

término que después el efecto-Foucault ha vinculado a *gouvernementalité* y *bio-politique*. Pero no estoy seguro de que pueda repetirse tal cual la experiencia de entonces. Tengo la impresión y, al mismo tiempo, la esperanza de que es necesario algo nuevo para entender y acompañar esta nueva *governance* global, algo que vuelva a buscar en la profundidad de la transformación cultural actual, en direcciones capaces de asimilar todas las preocupaciones y las propuestas antiguas, pero lo más lejos posible de las reservas disciplina-rias y de la obsoleta separación entre ciencia y arte.

Son necesarios nuevos criterios para observar y medir el mundo, que no sean sólo nuevas unidades de medida, sino detectores e indicadores de valores y de finalidades de la acción del gobierno. Si esta es *governance* no debería valer solo por su intrínseco *fitness* o por la racionalidad fría y jerárquica de los fines a los que se aplica, sino que debería saber responder en términos de *accountability*⁶⁹. No existe otra palabra más

⁶⁹ No sé explicar mejor este concepto, ni traducirlo correctamente y todos, incluso los anglófonos, siguen preguntándome qué quiero decir: simplemente la necesidad/capacidad de rendir cuentas, por parte que quien posee la autoridad pública, de su actuación, de manera que se gane la confianza de los destinatarios de aquella. Términos relacionados son: en inglés *reliance*, *trust*,

utilizada actualmente en el campo de la *governance* global para mantener unidos y uniformar, en la aceptación de sus prestaciones y órdenes, los viejos y nuevos sujetos que la componen –públicos, semipúblicos, semiprivados y privados– y para explicar su presencia e incluso su legitimación. *Medida* (es decir, capacidad de adaptación y adecuación a la situación y, en especial, a las necesidades) y *accountability* (es decir, capacidad de mostrar, en todo momento, que la prestación realizada se mueve en el interés de los sujetos titulares de esas necesidades) me parece que se convierten en los dos anillos más fuertes de la cadena que une orden y obediencia, es decir, finalmente, del vínculo (de la cuerda en el viejo fresco de Siena de Ambrogio Lorenzetti) de la legitimación del poder.

No hay duda de que, en el momento actual, los economistas –más que los juristas de diferentes especialidades o los sociólogos–

confidence, faith; en alemán *Vetrauen, Zuverlässigkeit (Glaubwürdigkeit), Zuversicht*; en francés *confiance*; en español *confianza*. Véase F. Martínez Pérez, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid 2009, en el que el problema expuesto aquí se sitúa en los orígenes mismos del moderno Estado de derecho en España. Véase también M.J. Solla Sastre, *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, Madrid 2011.

son los que monopolizan la atención de los interesados en estos problemas. No tanto porque la ciencia económica se haya mostrado capaz de asegurar, después de las incertidumbres manifestadas frente a los eventos de estos últimos tiempos, alguna seguridad de predicción o incluso solo de interpretación sobre nuestro futuro, sino porque el índice más evidente de desagregación de los viejos Estados es la misteriosa esencia y dislocación de los mercados. La duda se refiere a su propia connotación: ¿Se consideran como simples espacios de acción económica, o bien como mecanismos autónomos de ajuste de dicha acción⁷⁰? ¿O incluso han pasados ellos mis-

⁷⁰ En este caso, los nuevos "actores" serían más bien las empresas multinacionales, a las que también se aplica el concepto de *governance*: véase el *Scientific Background on the the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in memory of Alfred Nobel 2009, Economic Governance, compiled by the Economic Sciences Prize Committee of the Royal Swedish Academy of Sciences*. <http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2009/ecoadv09.pdf>: "This year's prize is awarded to two scholars who have made major contributions to our understanding of economic governance, Elinor Ostrom and Oliver Williamson. In a series of papers and books from 1971 onwards, Oliver Williamson (1971, 1975, 1985) has argued that markets and firms should be seen as alternative governance structures, which differ in how they resolve conflicts of interest. The drawback of markets is that negotiations invite haggling and disagreement; in firms, these problems are smaller because conflicts can be resolved through the

mos a ser una figura unitaria y comprobable a la que pueda aplicarse personalidad política internacional? Pero la duda afecta de manera aún más íntima a su esencia: ¿Funcionan y valen estos todavía como mercados económicos en el sentido antiguo, o prevalece su función financiera o incluso la monetaria? En definitiva, ¿tienen que ver quizás con la constitución de nuevas soberanías?⁷¹

En cualquier caso, no se puede olvidar el intrínseco carácter histórico del fenómeno "mercado". Si, en efecto, para el Dumont de *Homo aequalis* éste fue el producto de la

use of authority. The drawback of firms is that authority can be abused".

⁷¹ Cito, por su concisa exactitud, una observación que me ha proporcionado mi amigo Renato Giannetti, de la Universidad de Florencia, sobre el actual problema del mercado: "La pérdida de la absoluta soberanía monetaria es un nuevo punto de inflexión que tiene dos consecuencias. La primera es la vuelta a una moneda como mero medio de pago de tipo renacentista; la segunda, la falta de fuerza de una moneda como mero medio de pago que se fragmenta en grupos más o menos grandes a escala local y global conectados mediante vínculos informales que pueden ir de la tribu a la asociación de familias y, dentro de ellos, del amo al criado, como diría Luigi Totaro. El Estado de derecho que conocemos es soberano en la administración, en el monopolio de la fuerza y de la moneda. Los grupos no sé dónde y cómo podrán encontrar la solución: arriba, controlando con las instituciones supranacionales la evolución de la economía, o abajo, en grupos de excluidos que se reorganizan alrededor de la política".

autonomía alcanzada por la riqueza mobiliaria, como "forma superior de la riqueza en general" y si a este se le puede incluso aplicar por analogía la definición aportada por Alfonso de' Liguori a la justicia conmutativa de derivación aristotélica, como "el valor de las cosas que corresponden a cada uno", es verdad que la palabra, pero también la realidad del mercado, han tenido una larguísima gestación de mil años, en conexión con la disolución de la relación entre religión, política y economía en el ámbito del llamado proceso de secularización⁷². Hasta que, con decisiva determinación histórica, al culminar la parábola del Estado moderno, Adam Smith supo desvincularlo de este último por motivos, puede decirse, "sentimentales", es decir, filosóficos y culturales al mismo tiempo. Gracias a la libertad de las acciones que se llevan a cabo en él, el mercado se convierte en un lugar de compensación automática (la mano invisible que gobierna la competencia perfecta) entre la búsqueda individual y egoísta del beneficio y el interés de toda la sociedad⁷³. De

⁷² Véase *supra* nota 34.

⁷³ Perdónenme por esta simplificación un poco trivial. En realidad, a mí me interesan mucho más las premisas y las implicaciones filosóficas del razonamiento de Smith, que implican en el discurso sobre la libertad de mercado las elecciones, morales y culturales de los individuos, de manera no separada de la condición social histórica en la que estos conducen su existencia. Rossi,

simple guardián (gracias a la ley) del mercado en hipotética libre competencia, el Estado de derecho se convirtió, con su capacidad de prestación administrativa (gracias también al empleo de justas medidas), en agente operativo del propio mercado, cargando con las necesidades administrativas que este último producía, pero a las que no podía responder directamente.

La historia del mercado es mitad historia del capitalismo y mitad historia del Estado moderno⁷⁴. Ambos han sabido renovar sus formas para perseguir un objetivo común, que

La rivoluzione, cit., p. 109, nota que la actual fase de desarrollo económico se caracteriza por la "tergiversación completa de muchas normativas de regulación del mercado que constituían el punto de equilibrio de la Revolución industrial, nacida y evolucionada en la competencia entre empresas".

⁷⁴ Además de los estudios pioneros de Ferdinand Braudel e Immanuel Wallerstein, es preciso decir que, mucho más que el Estado moderno, el capitalismo ha manifestado extraordinarias capacidades de adaptación, es decir, de determinación histórica. De esa manera, este prácticamente ha perdido la cualidad primaria de "modo de producción" para mostrarse completamente como "modo de enriquecimiento". Rossi sugiere que la revolución financiera actual está probablemente excediendo las capacidades político-organizativas expresadas hasta ahora en la forma de Estado, yendo al mismo paso que la transformación de la idea-praxis de mercado, pero presentando quizás, al final, los mismos aspectos de "separación" (que hemos visto o veremos) característicos de la actual crisis estatal.

quizás coincide, *lato sensu*, con el objetivo mismo de la convivencia humana, al menos de la occidental en su forma secularizada y moderna: el de *Wohl-Fahrt*, del bienestar de las personas. Dicho objetivo hasta ahora se ha realizado en sintonía, no solo ideológica sino también institucional, con otro principio, más antiguo y quizás también primario: el del *Gemein-Wohl*, el bien-común. Del cruce de los dos temas surgiría, algebraicamente, la noción de *Gemein-Fahrt*: es decir, de un camino común y quizás también con la participación y cooperación de los hombres en los diferentes "lugares y clases sociales" de su existencia. A este nuevo principio, parece estar orientada también la dinámica entre *governance* y *government* de la que estamos hablando. Lo indica así mismo la importancia creciente –en la doctrina y en legislación– de los *commons*, de los bienes comunes, como objetos/valores hacia los que orientar la acción colectiva o por los que la acción colectiva está determinada⁷⁵. Como también lo certifica el uso de instrumentos técnicos cada vez más refinados, porque no solo se traducen en medidas administrativas sino que también

⁷⁵ La referencia es de nuevo a E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge 1997. Que el tema es muy actual está demostrado también por la concesión a la autora del Premio Nobel de Economía 2009: véase nota 70.

pueden atribuirse a opciones y a compromisos en términos de valor, con tipo de interés político creciente⁷⁶.

3. *Con la governance: más allá de las fronteras estatales*

Para realizar cualquier viaje –sobre todo si es común– son necesarios instrumentos de medida variados que van desde la brújula a la guía. Conocemos ya los riesgos de las operaciones de masa, también cuando se realizan bajo apariencias democráticas. El siglo que acaba de concluir nos ha mostrado, tanto la solución totalitaria de la relación Estado/mercado, como la neoliberal del *big brother* a la *big society*, pasando por atractivos y también fallidos proyectos comunistas y corporativos. No puede decirse que, actualmente, nos falte experiencia para valorar las diferentes combinaciones. El material documental de que disponemos es enorme: se trata solo de leerlo e interpretarlo para evitar caminos que ya se han demostrado peligrosos y encontrar

⁷⁶ G. Capano/A. Lippi, "Gli strumenti di governo stanno cambiando? Aspetti teorici e problemi empirici", *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche* (2010), pp. 5-30, con buena bibliografía, de la que subrayo: P. Eliadis/M. Hill/M. Howlett (eds.), *Designing Government. From Instruments to Governance*, Montreal 2005 y L. M. Salamon, *The New Governance and the Tools of Public Action*, Washington 1989.

otros, adecuados y proporcionados a una realidad política global que hoy parece mucho más clara y definida que hace un siglo. En pocas palabras, se trata de entender qué sucede cuando el Estado (*government*) no consigue estar a la altura de las necesidades del mercado, que cada vez se cargan más de significados incluso sociales y políticos y exigen *surplus* de *governance*. Pero para hacer esto, no hay que subestimar las implicaciones –políticas y culturales– relacionadas con la expropiación por parte de los mercados de los rasgos constitutivos de la antigua soberanía estatal, haciendo especial referencia a la función financiera y monetaria⁷⁷.

Más allá de las amenazadoras evocaciones diplomático-periodísticas de la *guerre des monnaies*⁷⁸, es preciso preguntarse si los cambios descritos presentan algún denominador

⁷⁷ Los orígenes financieros del moderno Estado territorial, según Schmolter (nota 47) pueden combinarse fácilmente con la literatura de los años 60-70 sobre la *Fiscal Crisis of the State* (a partir de la obra de James McConnor de 1973). Es cruel el título de un artículo de la "Neue Zürcher Zeitung" del 22 de noviembre de 2011: "Menos soberanía como precio para los eurobonos".

⁷⁸ L.L. Jacque, *Guerre des monnaies, mythes et réalités. La fuite en avant des grandes économies*, en "Le monde diplomatique", número 681, 57, de diciembre de 2010; anticipado, entre otros, precisamente por I. Wallerstein, *Guerre des monnaies? Oui, bien sûr*, en

común sobre el que se pueda intentar construir una comprensión del futuro que no se reduzca a lamentarse porque el pasado fuera mejor o a la futurible y vana evocación de una *cosmopolitan democracy*⁷⁹. Creo que, incluso para entender el nuevo papel de los mercados, el mejor indicador es el de la "desagregación"⁸⁰. En efecto, también estos han perdido la función unitaria de síntesis de la riqueza económica de un país, de una población, de un Estado, para adquirir valores diferenciados, en términos de economía o incluso de divisa. Ya no existe certeza ni de los sujetos ni de las políticas y cada vez se hace más difícil entender la lógica de funcionamiento de este sector de organización del capitalismo internacional, que sin embargo en este momento representa la cara visible de la

"Mémoire des luttes", Commentaire N° 292, 1^{er} Novembre 2010, publié le 12 novembre 2010.

⁷⁹ En realidad, existe también una tercera solución, la del desastre, adecuadamente representada por el último libro de Elmar Altvater, *Der grosse Krach. Oder die Jahrhundertkrise von Wirtschaft und Finanzen, von Politik und Natur*, Münster 2010.

⁸⁰ Rossi, *La rivoluzione*, cit., página 134 escribe "La revolución financiera y la globalización han modificado, de conformidad con sus finalidades y exigencias, tanto los estatutos jurídicos de los mercados, dejándolos en buena parte sin reglas y, por lo tanto, sin estatuto, como la naturaleza y la disciplina de los protagonistas de los tráficó económicos, derribando completamente las estructuras tradicionales del sistema capitalista".

global governance en proceso. Hay quien pronostica que el proceso manifestará toda su carga de "potencial caótico" cuando desaparezca también la piedra angular de todo el sistema que hasta ahora ha sido el dólar de Estados Unidos, como moneda de referencia de los intercambios mundiales⁸¹.

Desagregación del Estado y desagregación del mercado no significa todavía que sea el fin del mundo. Significa solo que se están creando (ya se han creado) nuevas agregaciones⁸². Anticipar las primeras y prever las segundas es exactamente nuestra función, la de los estudiosos. Y, para poder realizar bien esa función, es necesario asumir un punto de vista lo más "descentralizado" posible, incluso respecto a las preferencias y competencias disci-

⁸¹ Wallerstein, *Guerre*, cit: "Il n'y a pas de devise aujourd'hui prête à remplacer le dollar comme monnaie de reserve. Dans ce cas, lorsque le dollar chutera, il n'y aura plus de monnaie de reserve. Nous serons dans un monde monétaire multipolaire. Et un tel monde est très chaotique et personne ne s'y sent à l'aise car les mouvements rapides et permanents des taux de change rendent très précaire toute prevision économique de court terme".

⁸² B. Arts/A. Lagendijk/H. van Houtum (eds.), *The Disoriented State: Shifts in Governmentality, Territoriality and Governance*, Springer Science + Business Media 2009. De quiebra y crisis habla, por otro lado, R. Posner, *The Failure of Capitalism*, Cambridge 2009 y *The Crisis of Capitalist Democracy*, Cambridge 2010.

plinarias (además de ideológicas) que se posean⁸³.

Pero si es así, se entra a la fuerza en una dimensión transnacional también común. Sin embargo, no mediante el abuso o la hegemonía y ni siquiera solo gracias al consolidado y privilegiado criterio occidental de la racionalidad⁸⁴. No seré yo quien abra un debate sobre

⁸³ Para retomar el tema del derecho, que durante un par de siglos ha regulado de manera dominante el sistema de relaciones anteriores al actual, Rossi, *La rivoluzione*, cit., p. 135, observa que la nueva *lex mercatoria* ha exaltado una alardeada "libertad contractual" respecto a la existencia de reglas jurídicas concretas. "Pero el contrato, situado en la base del mercado, muestra tantos problemas epistemológicos que puede considerarse un 'no lugar' del derecho, de manera que parece correcto afirmar que el capitalismo financiero de la globalización ha derrotado definitivamente, al menos por ahora, al derecho, de manera que, respecto a la nueva simulación de una *lex mercatoria*, la del Estado y la de los legisladores tradicionales ha parecido a M.R. Ferrarese como 'la extrema reserva apache del derecho propiamente entendido'".

⁸⁴ "La mise en question générale de la manière de gouverner et de se gouverner, de conduire et de se conduire, accompagne, à la fin de la féodalité, la naissance de nouvelles formes de rapports économiques et sociaux et les nouvelles structurations politiques... La 'raison d'état' n'est pas l'impératif au nom duquel on peut ou doit bousculer toutes les autres règles; c'est la nouvelle matrice de rationalité selon laquelle le Prince doit exercer sa souveraineté en gouvernant les hommes": M. Foucault, *Dits et écrits 1954-1988*, II: *Sécurité, territoire et population*, Paris 2001, pp. 445-449.

el papel de la medida en culturas diferentes a la nuestra, pero permítanme pensar que quizás, en torno a ese tema, podrían alcanzarse más resultados comunes que en temas de derecho o de economía. Siempre y cuando también nosotros, los occidentales, aceptemos dejar de lado la matriz positivista de nuestra forma de pensar y volvamos a ser un poco más radicales, recuperando, en especial para las cosas políticas y sociales, una idea de medida que empiece por el hombre, para después establecer sus relaciones con las cosas porque "To be radical is to grasp the matter by its root. Now the root for mankind is man himself"⁸⁵.

Esta idea de medida ya ha sido el emblema de grandes periodos, desde el humanismo hasta la revolución científica contemporánea, de Leonardo a Heisenberg. Es algo que se sabe, pero me gustaría al menos retomar la función desempeñada por el neoestoicismo al dictar la medida del comportamiento humano en la sociedad moderna. Pasando por el barroco "trágico" estudiado por Benjamin, se encuentra nuevamente un concepto de medida que, incluso a través de la acción de la Compañía de Jesús y su enorme efecto educa-

⁸⁵ K. Marx, "Ökonomisch-philosophischen Manuskripte aus dem Jahre 1944", en K. Marx/F. Engels, *Werke, Ergänzungsband*, 1. Teil, Berlin 1968.

tivo y disciplinario, ha forjado los espíritus de la naciente burguesía europea⁸⁶. Precisamente Benjamin permite, sin embargo, captar el otro y (en su contrariedad) concomitante aspecto de esta idea de medida en la experiencia política occidental, hasta la identificación propuesta por él de *Maßnahme* con *Gewalt*⁸⁷. Nosotros habíamos empezado, haciendo un comentario sobre Brunner, con la idea de *Herrschaft*: creo que una de las cuestiones cruciales de nuestra época es precisamente la oscilación entre las dos dimensiones políticas –la *Gewalt* y la *Herrschaft*– que hay que conciliar, incluso en clave de *global governance*, mediante la búsqueda de una justa medida.

Un constitucionalismo re-generado –como el que muchos persiguen, de una forma u

⁸⁶ W. Benjamin, *Ursprung des deutschen Trauerspiels* (1928), es una obra impregnada de aquel sentimiento que yo considero crucial para el nacimiento de la política en Occidente (véase también el capítulo I) y que por ahora resumo en la expresión "melancolía política".

⁸⁷ Me interesa mucho el nexo entre *Gewalt* (Benjamin 1921) y *Maßnahme* (Brecht 1930) pasando eventualmente por la relación que surgió en un cierto momento entre Benjamin y Schmitt. El tema, sin embargo, es demasiado complejo para poder afrontarlo aquí. Lo dejo para otra ocasión más oportuna, no sin antes aludir a la famosa carta de Walter Benjamin a Carl Schmitt, la cual, tachada en la primera edición de la correspondencia de Walter Benjamin, fue publicada por primera vez en 1974: véase *infra* nota 146.

otra— no puede dejar de medirse con la dimensión de masa que la política conoce desde hace más de un siglo. Es necesario ante todo preguntarse si, en el nuevo contexto, nuestra medida debe asumir solo las connotaciones dramáticamente totalitarias de las que fuimos testigos el siglo pasado o, por el contrario, perder el destructivo contenido de fuerza/ violencia para volver a asumir el de poder/ gobierno.

Entonces podría volver a entrar en juego una parte de este último que, hasta ahora, había permanecido en la sombra: el de la administración. Pero sería necesario separarla de su unión decimonónica con el derecho y conseguir que estuviera en disposición de reunirse con otra realidad que, al pasar del Antiguo régimen al Estado de derecho, ha sido, por decirlo de alguna manera, criminalizada: la policía. En un ensayo de 1966, Hans Maier preconizaba una posible reutilización de la *ältere Staatslehre* alemana para las necesidades de los nuevos tiempos⁸⁸.

⁸⁸ H. Maier, *Ältere deutsche Staatslehre und Westliche politische Tradition*, München 1966, p. 20, escribe sobre Veit Ludwig von Seckendorff palabras que no desentonarían en la pluma de un actual patidario de la *global governance*: "Unbekümmert um die Streitigkeiten der Publizistik über kaiserliche majestas und Landeshoheit, unbekümmert um alle Verfassungsfragen geht Seckendorffs Staatslehre einfach von der empirisch

Las distintas *Polizeyordnungen* que han acompañado el nacimiento de la Edad moderna no eran sino *Maßnahmen* (medidas); en la "gute Ordnung und Policey" de los cameralistas, el adjetivo *gut* desempeñaba una función equivalente a la que actualmente tiene *good* en la *global governance* invocada por la *World Bank*; es decir, la función de ponderada exactitud, que es un atributo de la medida a la que me estoy refiriendo. Esta última expresa, por definición, la fijación de una relación entre dos o más objetos: en particular –por lo que respecta a nosotros– entre un fin que hay que conseguir y un contexto en el que dicho fin se sitúa, tanto como punto de partida como de llegada. En estos términos, adquiere valor el problema de la exactitud, junto con el de justicia: donde la exactitud es también la de la geometría, que es la ciencia por excelencia tanto para Durero y su *Melancholia* como para Hobbes y su *Leviathan*. Y entonces la "justeza" de la intervención (de la norma, de la medida, pero también del libre comportamiento) no puede agotarse en su "justicia" en sentido jurídico (es decir, como mera obediencia a la ley), que es también su componente esencial, sino que debe incluir también la adecuación al fin; y el derecho justo de Stammler debe ser también adecuado, respec-

wahrnehmbaren, numerisch meßbaren Summe der staatlichen Tätigkeiten im *Teutschen Fürstenstaat* aus".

to a las relaciones intersubjetivas de las que es expresión. Para ello quizás puede ser útil la oscilación entre *government* y *governance* que se apoye en el nexo casi intraducible entre *Ge-WALT* y *Ver-WALT-ung*.

Esto equivale a decir que cada *government* procede de una *governance* capaz, por un lado, de dotarse de *Gewalt*, pero, por otro, también de subordinar esta última a la *Verwaltung*. De modo que, al final, se acabaría por reconocer que el *government* debe mucho a la *Verwaltung* y que solo el correcto uso –históricamente determinado– de esta última puede superar el *statu nascenti* de la *governance* y crear las condiciones para que la respuesta a las necesidades de los hombres y de los grupos humanos pueda ser mantenida bajo control por parte de estos últimos. Este sería un resultado muy importante, puesto que representa el elemento primordial del *government*, en los términos constitucionales insuperables de la legitimidad necesaria para que éste subsista.

El concepto de medida puede contribuir de manera decisiva a alcanzar y mantener el carácter virtuoso del círculo que he imaginado. El problema crucial es la adecuación. Para mí, ahora ésta se reduce a *Maß*, con su triple significado de: 1. conócete a ti mismo (¡y adáptate!); 2. conoce la realidad, estu-

diándola y midiéndola (¡y adáptate a ella!); 3. participa en los asuntos de la colectividad para asegurar las dos recíprocas adaptaciones apenas mencionadas y para controlarlas, sancionándolas cuando sea necesario. Para esta última finalidad es necesaria, en particular, la *Maßnahme*, orientada a preservar y "performar" una *Ordnung* que, sin duda, puede realizarse –y hasta ahora históricamente se ha realizado– predominantemente por medio del derecho. Pero es necesario evitar a toda costa que este último (tanto como ciencia y como legislación) se transforme en un "absolutismo jurídico"⁸⁹, pretendiendo el monopolio de la función de medida, tan deseada por mí.

Pero necesito un cierre menos arrogante para intentar responder, al menos parcialmente, a la tendenciosa pregunta "Eine neue Weltordnung jenseits staatlicher Souveränität?" de mi ponencia en Munich. La respuesta, obviamente, no puede ser sino positiva: no solo es posible, sino que es históricamente necesario e incluso inevitable que se instaure un nuevo orden de cosas, además de la soberanía estatal. Pero añadiría "si solo se desea", parafraseando una obra olvidada del mercantilista austriaco Philipp Hörnigk, que se pre-

⁸⁹ P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998.

sentaba a sí mismo en la portada de 1684 como un "amante del bienestar de las tierras de su Majestad imperial"⁹⁰. Evidentemente, la verdadera cuestión reside en una pregunta inmediatamente subordinada a la principal: ¿Cómo podrá suceder todo esto? Y ¿En qué medida los hombres –como individuos y como grupos– conseguirán participar en el evento⁹¹?

Se trata de entender de qué manera el *government* –que tenemos que reconocer que está en crisis y del que estamos llamados a salir, aunque solo fuera por su occidentalidad demasiado marcada– podrá equipararse a una nueva *governance*, capaz de cubrir globalmente tanto lo que está "más allá" (en dirección, por llamarlo de alguna manera,

⁹⁰ El título completo es: *Österreich über alles wann es nur will, Das ist wohlmeinender Fürschlag wie mittelst einer wolbestellten Lands-Oeconomie, die Kayserl. Erbland in kurzem über alle andere Staat von Europa zu erheben / und mehr als einiger derselben / von denen andern Independent zu machen. Durch einen Liebhaber der Kayserl. Erbland Wolfahrt. Gedruckt im Jahr Christi 1684.*

⁹¹ Me remito a lo que P.P. Portinaro, "Lo Stato nel laboratorio politico europeo", *Scienza & Politica*, 34 (2006), p. 7, me atribuye: "En función de este diagnóstico ha sido más razonable preguntarse si los conceptos de la política concentrada en el Estado pueden servir todavía para contribuir a escribir otra historia en la que Occidente será seguramente protagonista, pero ya no *dettatore-dittatore*, o si deberán actualizarse, mezclarse, hibridarse, quizás abandonarse y sustituirse".

global), como lo que está "más acá" (en el sentido de *local*) del Estado moderno y de la soberanía que le pertenece. Aquí me limito a proponer las tres variables que el tema que tratamos no puede evitar y que forman parte del bagaje crítico incluso de la ciencia física y han contribuido a la revolución que esta última ha conocido durante el último siglo y medio: se trata de tiempo, espacio y sujetos⁹².

⁹² Para la determinación espacio-tiempo del principio de soberanía a través de un concepto central para el razonamiento que estoy realizando como el de *police*, véase: M.D. Dubber/M. Valverde (eds.), *The New Police Science. The Police Power in Domestic and International Governance*, Stanford 2006, p. 5: "If police articulates temporalities and modes of governing, it also works to articulate spaces of governing". Es la temática espacio-tiempo actual ¿una contracción del tiempo que se disuelve en una ubicuidad espacial? ¿*Ubique sed nunc* en lugar *hic et nunc* del moderno? La idea general de que cualquier pareja de magnitudes observables genéricas, que no estén en condiciones de ser compatibles entre ellas, no se puedan medir simultáneamente si no a cambio de indeterminaciones es, en mi opinión, aplicable también a la investigación científico-social, en la que en realidad la pretensión de determinación de causas y efectos parece desde el principio mucho más problemática que en el campo científico-natural, en el que al menos el recurso a la experimentación artificial garantiza espacios seguros de investigación. Se trata no solo de problemas de medida, sino sobre todo de interconexión, de manera que los dos aspectos de la medida y del orden se sitúan rápidamente en primer plano cada vez que se quiere

Ya he mencionado el tiempo y el espacio al referirme al Estado territorial. No es preciso subrayar que el criterio fundamental de ambas funciones es la medida. La cual ha funcionado también como brújula para el comportamiento de los hombres en el Estado, guiándolos a la *Zweckrationalität* de la moderna *Vita activa*⁹³. Pero ahora todo esto parece estar en crisis, tanto para el Estado como para los individuos. Una crisis que quizás haya pasado de la física mecánica a la "política mecánica", sin que, mientras tanto, ninguno de los politólogos postweberianos haya entendido la urgencia de realizar una reflexión de tipo "cuántico" también en relación con la política⁹⁴.

Precisamente aquí se abre el debate sobre el tercer factor, el de los sujetos políticos.

afrontar el fundamento metodológico de cualquier investigación en nuestro campo.

⁹³ Se da por descontada la referencia a Hannah Arendt, cuyo libro (1958) en inglés se titula *The Human Condition*, mientras que en italiano se tradujo con el título *Vita Activa* (1964). Hay que tratar, al igual que acabamos de hacer en el caso de Benjamin, el nexo que aquel concepto tuvo después, en la crisis del siglo XX, con el tema candente del totalitarismo.

⁹⁴ El tema es muy antiguo, si también P. Slongo se lo atribuye a Montaigne, *Governo della vita e ordine politico in Montaigne*, Milán 2010, en concreto la p. 212.

Un caso que me parece ejemplar es el ocurrido en la isla de Lampedusa –que forma parte del Estado italiano, pero que está situada en el mar Mediterráneo, más o menos a mitad de camino entre Italia y Libia– el 19 de marzo de 2011. Un barco guardacostas italiano acababa de recoger a un centenar de hombres árabes (no puedo usar aquí la expresión ciudadanos, tratándose de fugitivos, exiliados, perseguidos políticos, bandidos, en busca de refugio, quizás incluso político) cuyo barco había naufragado mientras intentaba buscar asilo en Europa. El barco oficial de la Marina italiana estaba atracando para llevarlos a tierra cuando una numerosa representación de ciudadanos (esta vez sí lo eran: hombres y mujeres italianos residentes en la isla) protestó violentamente y obligó al barco a alejarse sin poder llevar a cabo su tarea.

En este caso, ¿quiénes eran los sujetos políticos? ¿Los marineros de la Marina italiana, los ciudadanos de Lampedusa o los exiliados –o simplemente migrantes– árabes? ¿O bien los verdaderos sujetos políticos eran los millones de europeos dispuestos a legitimar la intervención contra el dictador Gadafi, pero no a apoyar un compromiso común para acoger a los fugitivos de esa dictadura?

No estoy trivialmente moralizando, aunque es inevitable que la moral juegue un papel

importante en la redefinición de términos y categorías políticas como aquellas de las que estamos hablando. Quiero decir simplemente que una *governance* capaz de afrontar y gestionar en tiempo real las necesidades globales de la sociedad mundial deberá ser ante todo capaz de encontrar la medida para mediar –en el plano moral, filosófico y político– entre las diferentes clases de sujetos; pero deberá también ser capaz de aplicar medidas de intervención para resolver "a medida" situaciones de esa clase. La primera medida por sí sola no basta; pero tampoco las segundas son suficientes por sí mismas. Y en la composición de esos dos niveles de medida tendrán que intervenir diferentes competencias disciplinarias. No será suficiente el Derecho, en la formulación legislativa y de jurisprudencia que, por ejemplo, se ha aplicado en Italia (¡pero en otros países no ocurren cosas mejores!) con el recurso a la definición giuspenalista del delito de "inmigración clandestina", ordenado a formalizar el rechazo de los inmigrantes clandestinos en el mar.

La justicia, y aún más la justeza de los comportamientos, a menudo se reflejan, por desgracia, en actuaciones ineficaces que ofenden el decoro común. Al inicio de la Edad Moderna, Montaigne podía ocuparse libremente del "gobierno de sí mismo" ⁹⁵, aunque reconocía que estaba en deuda con aquellos

magistrados que le aseguraban una vida tranquila, manchándose ellos mismos las manos de sangre para impedir a los sinvergüenzas turbar la tranquilidad pública y, por tanto, también la suya, de estudioso y moralista. Hoy quizás ya no es así y si la gente no se preocupa de su propia basura, el mundo quedará enterrado debajo de ella.

Considero, pues, que la "medida de la medida", a la que tanto me he referido en mi texto, está precisamente en la capacidad que cada uno debe adquirir de gestionar de la mejor manera posible su propia basura⁹⁶, pensando también en los demás.

⁹⁵ Véase de nuevo Slongo, *Governo*, cit., pp. 229 ss. Este llamamiento nos invita a encontrar la regla, la norma, el valor o el imperativo de justicia que tienen necesariamente una forma general capaz de afrontar esta infinita diversidad, este "mar fluctuante de las opiniones de un pueblo o de un príncipe"

⁹⁶ I. Illich, *Elogio della bicicletta*, Torino 2008. Sobre estas cosas, sería útil la completa reflexión crítica del gran Maestro.

III

MEDIDA Y ADMINISTRACIÓN

1. *Un título "a medida"*

El título de este tercer capítulo es a primera vista muy pretencioso, ya que sintetiza un proyecto de investigación comenzado hace tiempo pero que todavía no ha finalizado⁹⁷. De aquí la necesidad de empezar justificando precisamente el título. Este no se refiere al análisis de una tendencia político-internacional que está a la vista de todos y que ya ha encontrado y encontrará muchos intentos de explicación en el campo del derecho internacional, de la historia de las relaciones internacionales y de la misma ciencia política⁹⁸.

⁹⁷ El de la medida ha sido el tema que he elegido para honrar la Cátedra de Excelencia que me ha sido asignada por la Universidad Carlos III de Madrid durante el semestre invernal 2011-2012. Una serie de seminarios preparatorios han culminado en una invitación por parte de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo a presentar una ponencia, cuya elaboración ha confluído en este tercer capítulo.

⁹⁸ Al tema está dedicado prevalentemente el segundo capítulo del presente ensayo, así como el ensayo de Bartolomé Clavero, en la segunda parte del volumen.

A mí lo que me interesa es partir de la constatación de la existencia de un cuadro global de distribución de los poderes en el mundo de hoy, con objeto de intentar elaborar un modelo de comprensión de lo que queda de lo político. Este es un término que se usa bastante poco en el léxico español y que, sin embargo, en Italia, desde los tiempos de mi traducción de Carl Schmitt⁹⁹, se utiliza mucho –incluso en el periodismo– en el sentido algo confuso de "autonomía de la política". Eso debería indicar, con la mejor intención, que es también la mía, la posibilidad real para los hombres de formar parte activa en la vida en común que llevan entre ellos, es decir, de actuar como ciudadanos de pleno derecho.

Cuando contrapongo en mi título general poderes "globales" a poder "legal" quiero referirme a dos cosas distintas y para mí igual de importantes.

– La primera es que tal como lo vemos hoy, el poder como realidad monolítica, unitaria y compacta (que sería el que tradicionalmente se refiere al Estado) poco a poco va siendo sustituido, en la experiencia común,

⁹⁹ C. Schmitt, *Le categorie del politico*, por G. Miglio y P. Schiera, Bologna 1972, en el que está traducido el famoso ensayo *Der Begriff des Politischen*, originariamente de 1927.

por una concepción del mismo que cuenta con diversos aspectos. Ello es consecuencia de la pérdida de significado del concepto de soberanía como marca de fábrica (y también medida histórica, como me gustaría decir desde ahora mismo) del Estado moderno. Pero también es señal de una renovada disponibilidad –hoy nueva para nosotros, pero antigua si se observa la historia constitucional europea desde su primer comienzo en la Edad Media– de pensar en el poder de manera plural.

– La segunda observación tiene un carácter aún más esencial. Contraponiendo legal a global como atributos del poder, quiero subrayar el hecho de que el poder legal no puede pretender nunca ser global si no es negándose a sí mismo y colocándose en una espiral totalitaria que ya conocemos y que no podemos aceptar. El poder legal es, por definición, limitado, si es verdad que es su misma legalidad lo que representa su legitimidad.

Por otro lado, también es verdad que los nuevos poderes globales no podrán agotar su consistencia en la sola dimensión jurídica (como ha ocurrido, en cambio, hasta ahora en el caso del poder legal), y necesitarán de *input* cognitivos y *output* aplicativos que cubran todo el arco de las necesidades sociales y comunes de una multitud cada vez más global. Ello impone recurrir a mecanismos de legiti-

mación más amplios y sofisticados que aquellos que el derecho ha podido proporcionar hasta ahora.

No se trata solo de cuestiones teóricas. Si nos hacemos concretamente la siguiente pregunta: ¿existen hoy "defectos de poder"?, es decir, ¿"carencias de las cualidades propias del poder estatal"?, la respuesta es fácil y positiva. Tales carencias se advierten: en primer lugar en términos de representación del Estado (tanto hacia abajo en las comunidades locales, como hacia arriba, en los distintos cuadros de referencia internacionales; pero sobre todo hacia el mismo pueblo soberano, representado en el Parlamento); en segundo lugar respecto a la capacidad que tiene el Estado mismo de poner en práctica sus propias medidas (aquí aparece de nuevo la palabra mágica que debería encontrar justificación al final de mi discurso), tanto a nivel de ordenamiento como de administración.

Para no abandonar el lenguaje común y persistir en el razonamiento concreto, trato de hacer una lista de las cualidades del Estado, no sacándolas de un tratado de derecho público sino del popular *Diccionario esencial de la lengua española*. Ese diccionario define "Estado" como "Forma de organización política, dotada de poder soberano e independiente, que integra la población de un territorio". O

también como: "País soberano, reconocido como tal en el orden internacional, asentado en un territorio determinado y dotado de órganos de gobierno propios"¹⁰⁰.

La que domina es, pues, como puede verse, la *soberanía*, aplicada a población y territorio mediante un gobierno. Sin embargo, es necesario contar también tanto con el reconocimiento internacional como con una articulación interna del Estado.

No se trata de cosas sin importancia. Lo demuestra, por lo que se refiere al primer aspecto, el gran debate político y científico que se lleva a cabo desde hace años, por ejemplo, precisamente en España: desde que, según la *Constitución* de 1978, "España es un Estado autonómico". Mientras tanto, por lo que se refiere al aspecto internacional, tenemos que preguntarnos si dicho reconocimiento ya solo depende de los *moods* de Moody's.

El concepto de soberanía fue sintetizado por Bodin hace casi cinco siglos (y pocos conceptos políticos han conocido una vida tan larga: así pues, no hay que extrañarse de que hoy esté en decadencia) como "la puissance absolue et perpétuelle d'une République...

¹⁰⁰ *Diccionario esencial de la lengua española*, Madrid 2006.

c'est-à-dire la plus grande puissance de commander". Se trata de un poder absoluto y perpetuo puesto que "n'est limitée ni en puissance ni en charge à un certain temps".

Tal síntesis era el resultado de una larga evolución que partía de la fórmula medieval del "rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator". Esta pudo realizarse solo cuando aquel "rex" (que para Maquiavelo era simplemente el "príncipe") encontró la justa medida con la cual aplicar la fórmula. Hablo de medida justo en sentido material, es decir, haciendo referencia a un territorio y a una población precisos y bien definidos.

Para Maquiavelo, el principio fundamental –por ser efectivo– del poder (del príncipe) consiste en saber mantener y si es posible aumentar "su" territorio. Para Bodin, el territorio es la realidad concreta sobre la que insisten los "plusieurs ménages" de los que está compuesta su *république*, que, al final, será nuestro Estado:

République est un droit gouvernement de plusieurs ménages, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine¹⁰¹.

¹⁰¹ Las definiciones que aparecen en el texto provienen ambas de los *Six livres de la République* (1576).

Elemento distintivo es aquí el carácter *droit* que debe tener el gobierno, compensando la *puissance absolue* vista anteriormente. Más allá de las *lois fondamentales du royaume*, acerca de las cuales el discurso sería demasiado largo, el "droit" se refiere probablemente a la pluralidad de los cuerpos y significa la medida con la cual la *puissance souveraine* se expresa y se ejerce respecto a ellos.

La primera parte de mi razonamiento se basa, pues, en el pensamiento de que la legalidad y la globalidad del poder son dos condiciones no conciliables entre sí. Porque, de otra manera, entraría en crisis el modo como Occidente ha pensado hasta ahora en la legitimidad del poder, es decir, en concreto: la función que en dicha legitimidad ha desempeñado el derecho, sobre todo en la dimensión de monopolio que ha asumido durante la fase más moderna del Estado. Así pues, debemos intentar hacer una previsión del futuro de nuestro bien común. En pocas palabras, creo que se trataría de hacer el esfuerzo de transformar el derecho de fuerza hegemónica y exclusiva de nuestra *res publica* en simple instrumento de esta última: en uno de los medios útiles para mantener unidas y hacer funcionar las cosas ("en común" precisamente) que forman la comunidad, incluso en presencia, eventualmente, de otros motivos

justificadores y legitimadores de esta última¹⁰².

Una perspectiva así no debe dar miedo. Al igual que desde hace tiempo se habla del final del *ius publicum europaeum* y se estudian sus comienzos en la Edad Media¹⁰³, del mismo modo se puede imaginar una posible decadencia de la función hegemónica de la ciencia del derecho entre las ciencias políticas que han guiado la última fase del desarrollo del capitalismo. Y pueden estudiarse los comienzos del predominio jurídico sobre otras ciencias sociales y del Estado (como las llaman los alemanes) para comprender mejor cuál será la evolución en un futuro próximo: me parece que éste es un deber preeminente de la misma Historia del derecho. Lo importante es no sacrificar, junto con la hegemonía de la "ciencia" del derecho, el "derecho" mismo en su función fundamental de técnica refinada de

¹⁰² Sobre el tema, véase P. Schiera, *La misura*, cit. No sería inútil aquí remitir a Juan Altusio, es decir, a una de las doctrinas pioneras del poder, situada a caballo entre la concepción medieval y la moderna, y por ello tan intrigante de nuevo hoy día, cuando la distinción entre las dos edades se encuentra en una gran crisis; véase en lo que a mí respecta P. Schiera, "Giovanni Altusio fra Stato e Costituzione", en E. Bonfatti/G. Duso/M. Scattola (eds.), *Politische Begriffe und historisches Umfeld in der "Politica methodice digesta" des Johannes Althusius*, Wiesbaden 2002, pp. 35-47.

¹⁰³ *Supra*, notas 37 y 46.

organización racional de lo social; lo cual podría suceder si insistimos en imponer nuestra visión del derecho y de los derechos al resto del mundo, sin prestar la atención debida a la gran transformación que se está produciendo actualmente, es decir, sin aquella conciencia crítica que en otros momentos de nuestra historia nos ha salvado de peligrosas involuciones.

Existe una palabra en italiano que expresa bien esta atención y es la palabra *misura*, un término polisémico que, como en otros idiomas europeos (*measure*, *mesure*, *Maß*) consigue aunar puntos de vista diferentes que van desde el interior del hombre (su "saber conocerse") hasta su dependencia externa de la autoridad (disciplinamiento social), pasando por la fundamental función de la observación de la realidad (tanto física como social) como base del conocimiento científico y de la práctica racional del hombre.

Me gustaría traducir esta *misura* usando la palabra española *mesura*, pero sé que no puedo, porque tendré que utilizar de todas formas también el término *medida*, más técnico y aplicativo y con menor contenido valorativo. Buscando el equilibrio entre estos dos conceptos, trataré de exponer mi punto de vista sobre este tema.

La crisis del Estado (moderno), proclamada hace más de un siglo pero confirmada cada día que pasa, nos obliga a buscar una nueva *misura*¹⁰⁴. Como ya he mencionado, utilizo el término junto con *medida* para comprender tanto el significado filosófico-moral como el práctico-administrativo. Sin embargo, el término *misura* no se usa mucho en español, me remite a otro vocablo que, por el contrario, tuvo en su momento un significado muy importante, incomparablemente superior al que se le dio en otras lenguas europeas: me refiero al término-concepto *ingenio*, entendido como el instrumento que, por naturaleza y por cultura, posee el hombre a fin de controlar la realidad¹⁰⁵.

Medida, en cambio, me parece que tiene un significado cercano al de *resolución*, que el citado *Diccionario* define primero como "Cosa que se decide" y después, de manera más técnica, como "Decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial".

¹⁰⁴ P. Grossi, "Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 61 (2011), pp. 1-22.

¹⁰⁵ Véase Juan Huarte de San Juan y su obra *Examen de ingenios para las ciencias* de 1575, "con sus tesis neuropsicológicas y psicofisiológicas sobre el nexo psicofísico y las relaciones mente-cuerpo" (Lo tomo de una Noticia preliminar de Mariela Szirko, aparecida en la revista Open Access "Electroneurobiología", 1996).

Además de esos dos significados, nos remite naturalmente al acto concreto del *medir*: usando instrumentos adecuados con unidades de medida establecidas de manera convencional, según las necesidades prácticas. En esta última variante de la medida –atribuida frecuentemente a Caín, algo que puede tener sentido si se tiene en cuenta la historia que sobre él ha escrito Saramago– como bien sabemos se ha basado durante mucho tiempo la estructura que sostiene la ciencia moderna, al menos hasta la época de su crisis reciente, que más o menos ha coincidido con la del Estado¹⁰⁶.

No pretendo hablar aquí de la cuestión filosófica –tanto en la calificación originaria de Platón como en la interpretación de la Alta Edad Moderna de Marsilio Ficino o de Justo Lipsio– ni de la cuestión experimental-cognitiva o de la estética que, desde Leonardo a Galileo, han abierto el camino a la ciencia y al arte modernos¹⁰⁷. Me gustaría tratar, en cambio, los aspectos más políticos del proble-

¹⁰⁶ W. Kula, *Las medidas y los hombres*, Madrid 1980; F. Jedrzejewski, *Histoire universelle de la mesure*, Paris 2002; J. Saramago, *Caín*, Madrid 2009.

¹⁰⁷ G. Olmi, *L'inventario del mondo. Catalogazione della natura e luoghi del sapere nella prima età moderna*, Bologna 1992; A. Battistini/G. De Angelis/G. Olmi (eds.), *All'origine della scienza moderna: Federico Cesi e l'Accademia dei Lincei*, Bologna 2007.

ma que propongo reunir en ese extraordinario valor de la vida pública organizada que es la Administración pública¹⁰⁸.

Para hacerlo, es necesario separar los tipos y el significado de esta última de los del Estado, traspasando también la nobilísima barrera del Derecho administrativo, que ha sido la forma mediante la cual el Estado de derecho del siglo XIX se ha apropiado de ella. Uno de los puntos clave de todo el proceso ha sido la afirmación en toda Europa¹⁰⁹ de distin-

¹⁰⁸ Entendiendo esta última no solo como mecanismo interno de funcionamiento del Estado, sino también como su motor de arranque, que ha servido –a lo largo de la historia– para encenderlo y hacerlo funcionar y como servirá probablemente –según una análoga necesidad histórica– para apagarlo y hacernos salir de él, hacia formas organizativas más adecuadas a los tiempos. Eso significa que, ya sin Estado, habrá que "instituir" una nueva relación entre la administración y la política. Desde mi punto de vista, debería ser posible transferir a la primera algunos elementos democráticos (de participación y representación, por ejemplo) que en la versión estatal de la democracia –que es también la de matriz más *rousseauuniana*, basada en la soberanía popular mediante el sufragio universal (véase Talmon, *Le origini della democrazia totalitaria*, Bologna 1967)– han estado concentrados en el momento legislativo. Podría iniciarse así una nueva fase constitucional. Véase G. Miglio, *Le origini della scienza dell'amministrazione* (1957), ahora reeditado, con mi Presentación en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 62 (2012), pp. 387-443.

¹⁰⁹ *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. IV, *Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, cit.

tas formas de tutela del ciudadano respecto a la Administración pública, a partir de la llamada jurisdicción administrativa, verdadera "solución de compromiso, una transacción, entre la garantía de los intereses y derechos de los sujetos individuales, por un lado, y los de la sociedad política, por otro". Si bien por una parte para el Estado de derecho "no hay interés general ni público fuera de la Administración", por otra es innegable que el verdadero protagonista de ese Estado es el "sujeto individual titular de derechos como unidad de medida de la relación jurídico-administrativa"¹¹⁰.

En el entramado de las dos perspectivas, se encuentra el fulcro del dualismo entre sociedad civil y Estado, que desde siempre representa el modo elegante utilizado por los alemanes para velar ideológicamente el carácter de clase que marcó el paso del antiguo régimen "estamental" a la dominancia "burguesa". No sé si se puede incluir en este discurso –en particular en lo que respecta a España–

¹¹⁰ F. Martínez Pérez, "De la pluralidad de fueros al fuero de la administración (1834-1845)", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 7 (2008), pp. 223-266, p. 230 [= *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*]. Sobre el tema véase también G. Bigot, "La responsabilità dell'amministrazione in Francia. Storia e teoria", *Scienza & Politica*, 42 (2010), pp. 21-45.

también la transición de la "pluralidad de fueros al fuero de la administración". Si ello comportó indudablemente un incremento general del nivel de garantía de cada uno de los ciudadanos respecto a la actuación de la administración, de ahí vino también un alejamiento del "foro de justicia" del hombre común, a favor de una elección de tipo nacional-liberal (o, como también me gusta decir, nacional-constitucional). Esa liberalización de las relaciones entre ciudadano y administración pública en el plano jurisdiccional estuvo acompañada, en el plano de la actividad administrativa, por un imponente incremento de procedimientos o *resoluciones* a nivel local, en forma de *medidas*, parientes no demasiado lejanos de las ordenanzas de la Policía (*Police*, *Policey*, *Policía*) del siglo XVIII¹¹¹. La referencia no es casual, porque en Alemania –el país por excelencia de la *Polizeiwissenschaft* pero también, poco después, del *Rechtsstaat*–

¹¹¹ H. Maier, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (Polizeiwissenschaft): ein Beitrag zur Geschichte der politischen Wissenschaft in Deutschland*, München 1966; P. Schiera, *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato. Il cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano 1968. Remito aquí al interés, incluso reciente, por la "ciencia de la policía española" a partir del trabajo de M. Baena del Alcázar, *Los estudios sobre administración en la España del siglo XVIII*, Madrid 1968, hasta J. Vallejo Fernández de la Reguera, "Concepción de la policía", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 7 (2008), pp. 115-144.

Robert von Mohl escribe en 1832 *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats* y Lorenz von Stein, poco después, intentará resolver todo con la *Verwaltungslehre*¹¹². Pero, en cambio, fue la ciencia del derecho la que triunfó también en el campo administrativo, aunque nunca consiguiera producir un código administrativo específico.

Me inclino a pensar que este es, precisamente, el nivel en el que hay que intervenir para abrir a los ciudadanos nuevos espacios de poder participativo, ya no solo tutelado jurídicamente, sino justificado desde el punto de vista político. Ahora, me gustaría retomar una reciente observación de Pio Caroni: a propósito del *Código civil* suizo de 1907, ha recordado que su mismo redactor, Eugen Huber, escribió inmediatamente después también un libro, pero no de "ciencia" sino, diría yo, de "doctrina jurídica", que debía servir a los ciudadanos para aprender a participar ellos mismos en la elaboración de las leyes (*legis-latura*)¹¹³. Yo no sé si esta invitación a la democracia directa hay que tomársela en serio (aunque ¡nadie puede dudar en serio de

¹¹² L. Von Stein, *Verwaltungslehre*, 8 vols., Stuttgart 1865-84.

¹¹³ El libro se titula *Erläuterungen* y apareció en 1907: P. Caroni, *Escritos sobre la codificación*, Madrid 2012.

la seriedad de los suizos!), pero me parece que coincide con el único fenómeno nuevo que está ocurriendo en política desde hace un tiempo y, ¡qué casualidad!, coincide también bastante con la conciencia adquirida, por parte sobre todo de las nuevas generaciones, de la globalización de la vida y de sus nuevas necesidades. Estoy pensando, obviamente, en las distintas formas de protesta, no violenta pero claramente organizada, de los indignados o de los *occupy* –desde Madrid a Nueva York, a Londres o Stuttgart– que me gustaría clasificar como "formas administrativas" de protesta y a la vez de participación, para llevar agua al molino que aquí estoy tratando de hacer que se mueva¹¹⁴.

Este de la Administración es el problema histórico, a menudo olvidado, del constitucio-

¹¹⁴ "Mimesis in politics is perfectly suited to the age of social networking. In Twitter we follow @occupyLSX with over 26000 followers is still the little brother of @occupywallstreet with over 152000" es una observación periodística, pero no tanto. En realidad, precisamente el mundo global está volviendo a proponer fenómenos de mimesis parecidos a los que acompañaron la aparición de "lo público" durante el siglo XVIII (E. Auerbach, *Mimesis, Dargestellte Wirklichkeit in der abendländischen Literatur* de 1946) pero a un nivel infinitamente más amplio que, sin embargo, se comprende muy bien si se compara con la enormidad del proceso tecnológico en el campo de la comunicación, en curso desde hace un siglo, pero sobre todo en los 30 últimos años.

nalismo. Ahí se condensa el *poder legal* del título de este tercer capítulo. Aunque el excesivo poder del ejecutivo del monarca absoluto fue de hecho lo que originó la necesidad de la Constitución, de la que surgió a finales del siglo XVIII la Revolución, en el siglo siguiente continuó la expansión de la intervención administrativa del Estado, incluso en su nueva forma "de derecho". Efecto de la modernización que comportó la Revolución industrial, por el contrario, representó muy pronto una amenaza de nueva servidumbre, como vio a tiempo Alexis de Tocqueville en la *Démocratie en Amérique II*, y como Max Weber puntualizó con la gran metáfora de la "jaula de acero" en las últimas páginas de su *Ética protestante*.

Haciendo de mecanismo de regulación de las relaciones entre sociedad civil y Estado, el constitucionalismo ha servido también de puente entre el Antiguo régimen y la monarquía constitucional¹¹⁵, uniendo en una única respuesta tres problemas diferentes:

¹¹⁵ P. Schiera, "Monarchia costituzionale o costituzionalismo monarchico? L'Europa del pre-1848", en G. Guazzaloca (ed.), *Sovrani a metà. Monarchia e legittimazione in Europa tra Otto e Novecento*, Soveria Mannelli, 2009, páginas. 41-55; "Die gemeineuropäische Geschichte des Verwaltungsrechts als Grundstruktur des modernen Konstitutionalismus", cit.; *El constitucionalismo como discurso político*, cit.

– el del absolutismo monárquico (en particular el francés, porque en Prusia, por ejemplo, no ocurrió lo mismo) para responder a las necesidades de crecimiento de la sociedad burguesa;

– el de la Revolución (en particular también la francesa) para responder de manera eficaz al cambio de legitimación que la misma sociedad pedía;

– y el de las fuerzas de la Restauración para reinstaurar (y tampoco aquí hay que olvidar el papel fundamental de la Francia representada por Talleyrand) de manera no solo diplomática sino también sistemática y, por decirlo así, metodológica el *status quo ante*.

De la suma de esos tres defectos surgió una gran fuerza, condensada en la idea-praxis de constitución.

En el sentido en que uso el término, la constitución no se identifica con las Cartas constitucionales aunque en parte, evidentemente, las dos cosas coinciden¹¹⁶. El fenómeno-

¹¹⁶ "A constitution is the set of the most important rules that regulate the relations among the different parts of the government of a given country and also the

no de las Cartas fue solo la especificación histórica, con respuestas también muy diferentes, de cómo había aparecido la necesidad de constitución que después triunfó en el siglo XIX en Europa¹¹⁷. Se trataba esencialmente de la necesidad de unidad del ordenamiento jurídico expresada por una nueva clase media productiva en vías de afirmación hegemónica¹¹⁸, para conseguir representar y

relations between the different parts of the government and the people of the country": es una definición muy simple, típicamente británica –o sea, pragmática y operativa– de A. King, *Does United Kingdom still have a constitution?*, London 2001, p. 1.

¹¹⁷ El fenómeno de las Cartas constitucionales y de la circulación de sus respectivos "modelos" en el mundo entero fue mucho más vasto y complejo de lo que pueda pensarse y saberse, como he podido verificar gracias a una investigación colectiva que he dirigido en Italia en los últimos años, sin poder dar todavía el debido resultado (véase, sin embargo, *El constitucionalismo*, cit.). Para una recopilación completa de cartas constitucionales véase D. Gosewinkel/J. Masing (eds.), *Die Verfassungen in Europa 1789-1949*, München 2006.

¹¹⁸ "A los intereses de esta clase responderían las transformaciones en el orden jurídico, constitucional y administrativo del periodo" Martínez Pérez, "De la pluralidad de fueros", cit., p. 230. A propósito de De Lolme, Clavero cita a P. Langford, *A Polite and Commercial People: England, 1727-1783*, Oxford 1989: título que retoma una expresión presente en los *Commentaries* de Blackstone, a cuyo propósito Clavero cita también a Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna 1976, así como a J.G.A. Pocock, *Virtue, Commerce, and History. Essays on Political Thought and History, chiefly in the Eighteenth Century*, Cambridge 1985.

defender sus intereses, desde los estrictamente económicos hasta su forma de vida, la seguridad social y el código de valores en que creer y según el cual comportarse. Pero el resultado importante fue que la nueva técnica utilizada ya no era la fiscal-tributaria-administrativa del Estado de policía sino la jurídica del Estado de derecho.

En su momento, Bartolomé Clavero señaló al ginebrino-inglés De Lolme como el principal teórico de este proceso de "juridificación"¹¹⁹. Mientras investigaba yo mismo sobre ello hace años, había registrado su sintonía con un movimiento europeo de ideas que, más allá del derecho, trataba de encontrar la razón de los cambios ocurridos, a fin de entender la nueva medida del tiempo. Con De Lolme están en consonancia, por ejemplo, tanto el otro gran ginebrino Sismondi como el alemán Dahlmann, uno de los Siete de Göttingen. Pero aquí no podemos profundizar más¹²⁰.

¹¹⁹ "Ya es curioso que una constitución textualmente inexistente como la inglesa pudiera recorrer Europa como si fuese algo literalmente tangible". El secreto está, para Clavero, en la capacidad de De Lolme de entender el derecho como vía maestra de la racionalización en curso. Por una parte "Era un momento fundacional y creativo. Había autores decididos y conscientes...", por la otra "...De Lolme toma el derecho inglés y engendra el derecho constitucional": Clavero, "Introducción", cit., p. 28.

En la práctica, sin embargo, el constitucionalismo hubo que aplicarlo a las cosas, traduciéndose en decisión. La constitución imponía la preeminencia del poder legislativo y la ciencia jurídica no se echó atrás: a partir del *Code civil* de Napoleón se inauguró la temporada de los "códigos". Pero en la vida concreta del constitucionalismo no tuvo menor peso la actividad de la administración. Baste recordar, limitándonos a Francia y a Napoleón, el desarrollo del *Conseil d'Etat*¹²¹.

¹²⁰ Cito brevemente de la Introducción a la primera edición de la obra, publicada en francés: "Mes lecteurs en général ne jugeront des principes que je pose que d'après leur rapport avec la nature de l'homme, considération qui est presque la seule essentielle"; es un buen comentario el de Clavero (p. 30): "No tenía por que ser una abstracción vacía. Había un contexto. Tras Hobbes y Locke, tras Berkeley y Hume, podía estar remitiendo a una antropología del individuo como entidad constitutiva de un orden social que así debiera conformarse a sus necesidades"; pero es más que eso, ¿se trata de una nueva medida, tanto interna como externa! En cuanto a Dahlmann, la referencia al término *Maß* en el título de su obra principal (*Die Politik, auf den Grund und das Maß der gegebenen Zustände zurückgeführt*, Göttingen 1835) no carece de significado. P. Schiera, "Dahlmann e il primo costituzionalismo tedesco", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIII (1984), pp. 383-406. Por la actualidad del tema: N. Chomsky/M. Foucault, *Human Nature: Justice versus Power*, en <http://www.chomsky.info/debates/1971xxxx.htm>.

¹²¹ Como conclusión del proceso revolucionario, Napoleón proclamó: "la constitution est fondée... sur les

En otro lugar, he sostenido que la progresiva sumisión de la administración al Derecho, tanto en la teoría como en la práctica, ha sido uno de los resultados más eficaces de la acción del constitucionalismo¹²². También se puede dar la vuelta al discurso para decir que el constitucionalismo fue el camino por el cual la administración superó el Antiguo Régimen, infiltrándose en los intereses de la sociedad civil y en las relaciones que de ello se derivaron. Fue la administración la que se sirvió del constitucionalismo, aprovechando su componente jurídica para revestir de legi-

droits serrés de la propriété, de l'égalité, de la liberté... Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée. Elle est finie". Una vez fijada la Revolución en la constitución, el poder constituyente se había "constituido" necesariamente: en su lugar volvían a tener valor, bajo nueva forma, los ingredientes de siempre del bien común y de la voluntad común, ahora expresados en los grandes principios revolucionario-constitucionales de la propiedad, de la igualdad y de la libertad: casi otros tantos poderes constituidos, en el lugar del originario y ya agotado (en la Revolución) poder constituyente.

¹²² P. Schiera, "Die gemeineuropäische Geschichte des Verwaltungsrechts", cit.; pero por lo que concierne también a España véase el volumen VII (2008) de los *Cuadernos de derecho Judicial* con los ensayos que contienen y con la hermosa introducción de Marta Lorente Sariñena, en las pp. 15-17, que comienza así: "La erección de un orden judicial destinado a resolver los contenciosos de la Administración –con mayúsculas– no puede identificarse con un simple segmento de la historia de las instituciones, sino con un transcendental capítulo de la historia de la cultura jurídica occidental".

timidad el peso de sus intervenciones. Así, pasó a un primer plano la tutela del ciudadano, mediante la jurisdicción administrativa o las otras fórmulas encontradas en el ámbito de la *rule of law*. Esa nueva "justicia" se ponía en práctica, en general, en la modalidad del derecho privado, como responsabilidad del Estado hacia una parte contraria, representada por el ciudadano que resultaba perjudicado por los efectos de un acto administrativo. Por ese camino, el constitucionalismo alcanzó su efecto más importante, reduciendo el peso del antiguo ejecutivo –contra el que había surgido– a una relación jurídica bilateral entre dos sujetos jurídicos: el ciudadano y el Estado, este último erigido él mismo en persona jurídica, titular de capacidad de actuar y de responsabilidad¹²³.

El resultado fue un espacio cerrado, con total cobertura jurídica, la del poder legal, pero ¿hasta cuándo? Solo hasta que los intereses y las necesidades privadas pudieron ser fácilmente traspasadas al sector público, sin riesgo de desviaciones y degeneraciones. Es decir, hasta que duró la dominación burguesa, la cual fue en realidad mucho más breve de lo que normalmente se piensa, a causa de la llegada de la civilización de masas. De ahí la respuesta de los fascismos, que tuvieron que

¹²³ P. Costa, *Lo Stato immaginario*, Milano 1986.

introducir soluciones totalitarias en la gestión (teóricamente corporativa) de los intereses públicos y privados. Después llegó el breve intermedio del neo-constitucionalismo democrático, hasta que –y es historia de nuestros días– los nuevos sujetos de la economía y de la política emergieron a nivel internacional con el nombre impreciso y también poco fiable de mercados.

Estos (y las instituciones que los representan de manera más o menos directa) son evidentemente los *poderes globales* a los que me refiero en el título. Son múltiples y a la vez ya no están satisfechos con el derecho vigente, como matriz de su existencia y de su acción. O bien pueden producir otros derechos nuevos, menos rígidos y vinculantes, más ágiles y operativos y capaces de determinar ese "tráfico auto-regulador internacional y global" contra el cual (mejor dicho: para medir y regular el cual) aumenta rápidamente la necesidad de una "science of regulation", de la que hablan los más actualizados expertos en estos asuntos. Los cuales ya no son solo juristas o solo politólogos, sino que tienden a ser verdaderos medidores o al menos teóricos de una nueva "medida internacional"¹²⁴. Lo

¹²⁴ Véase Beck, *Neuvermessung der Ungleichheit*, cit., y Picciotto, *infra* nota 155. Del tema se habla desde hace tiempo en todos los periódicos; véase, por ejem-

que hay que subrayar es el modo como estos diferentes actores y regímenes, cada vez más privatizados y globalizados, usan sus propias fuentes de ley, que están fuera de las esferas tanto de las legislaturas nacionales como de los tratados internacionales¹²⁵. Mientras algunos recurren a la distinción entre derecho "duro" y "blando" (*hard and soft*)¹²⁶, otros prefieren abandonar el asunto del vínculo integral del derecho global con las estructuras –tanto legisladoras como sancionadoras– de los viejos Estados. Eso significa ampliar el concepto de ley hasta comprender normas que están fuera de las fuentes del derecho, tanto de los Estados como del Derecho internacional y conlleva, al mismo tiempo, una reformulación de nuestro concepto mismo de "régimen". Aparece la idea de regímenes que "son el resultado de un proceso de autojuridificación de fragmentos de la socie-

plo, J.-P. Fitoussi, "Misurare la sostenibilità", *Il Sole 24 Ore*, n. 152, domingo 3 de junio de 2012, p. 41.

¹²⁵ G. Teubner, "Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism Beyond the Nation State", en P. Dobner/ M. Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010, p. 332. Pero también anteriormente: *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: L'emergere delle costituzioni civili*, Roma 2005; *Direito, Sistema e Policontexturalidade*, Piracicaba Sao Paulo 2005.

¹²⁶ M.A. Pollack/G.C. Shaffer, *When Cooperation Fails: The International Law and Politics of Genetically Modified Foods*, New York 2009.

dad muy diversificados"¹²⁷ y que parecen destinados a dar lugar a esferas sociales divergentes, las cuales, claramente, no representan más que niveles globalizados de elementos o "factores constitucionales" de los viejos Estados (como la economía, la tecno-ciencia, los *mass media*, la medicina, la educación y los transportes)¹²⁸.

2. Administración pública y ciudadanos

Una vez concluida la explicación del título de este tercer capítulo, ahora viene lo difícil, que es comprender de qué manera esta orientación que parece ya escrita¹²⁹ pueda ser, si no contrastada, al menos contrabalanceada por movimientos que muevan a los ciudadanos y los impliquen, volviendo a darles su condición de actores políticos. Sinceramente, no creo que esto pueda ocurrir todavía, es decir, que estos últimos puedan participar y tengan representación a nivel legislativo; aunque, obviamente, las instituciones correspondientes –parlamentos *et similia*– seguirán exis-

¹²⁷ A. Fischer-Lescano/G. Teubner, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", *Michigan Journal of International Law*, XXV (2004), pp. 1010-1012.

¹²⁸ Teubner, *Fragmented*, cit., p. 331.

¹²⁹ J. Saramago, *Caín*, cit.: "Al contrario de lo que suele decirse, el futuro ya está escrito. Lo que nosotros no sabemos es leer su página".

tiendo y además serán reformados y llegarán a ser más eficientes, porque de la historia, como del cerdo, no se tira nada. Así pues, no nos queda sino pensar en la recuperación, por la vía democrática, de la otra gran función política que es la de la administración, indiscutiblemente estructural para cualquier visión de la historia constitucional.

Como profano del Derecho, más atento al entorno político de los hechos jurídicos que a su intrínseca *technicality*, quisiera insistir en la dimensión social de la administración pública, recordando algunos puntos clave fijados en su momento por el gran jurista italiano Vittorio Bachelet. Se trata, por ejemplo:

- de la idea de la actividad de gestión de la administración pública como complementaria, o incluso superior, a la actividad del imperio;
- de la distinción entre actividad administrativa reguladora de la actividad de los privados y la de prestación de servicios;
- de la valorización del complejo de actividades de la administración más que de cada actuación en particular;

– de la misma identificación del campo de su actividad técnica como lugar privilegiado¹³⁰.

Son todos ellos momentos que ponen de relieve la necesidad de restablecer un nexo más auténtico, más sustancial e interno entre administración y constitución: la primera como forma viviente de la segunda. Quizás –como ya ha sucedido en la historia occidental moderna, pero no solo allí– pasa justo por la administración (por su estudio y su práctica) el camino capaz de conducir a aquella revitalización de la constitución cuya necesidad sentían con fuerza estudiosos como Bachelet y Tomás y Valiente.

Con la condición de que eso suceda partiendo desde abajo y recuperando, así, algo de la antigua cultura política y también cultural de los antiguos *fueros* –en España– y de lo que de similar ha existido durante mucho tiempo en la "vieja Europa"¹³¹. Por ese camino,

¹³⁰ P. Schiera, "Autonomie e coordinamento nella società dei servizi", en G. Amato/G. Marongiu (eds.), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Bachelet*, Bologna 1982, pp. 101-110. Ahora en P. Schiera, *Profili di storia costituzionale*, II, *Potere e legittimità*, Brescia 2012, pp. 191-198.

¹³¹ Otto Brunner hablaba, no en sentido despreciativo, de *Alteuropa*; véase R. Blänkner, "Spät-Alteuropa oder Früh-Neuzeit? Anmerkungen zur Otto-Brunner-

podrían restablecerse espacios de autonomía de los ciudadanos y de los grupos, haciéndolos participar en el procedimiento administrativo e iluminando con una nueva luz esa zona gris de la vida privada y pública de cada día, que no es tanto la de los grandes derechos inviolables –que por la gracia de Dios deberán permanecer siempre así– como la de las pequeñas medidas.

Solo que, para alcanzar verdaderamente ese objetivo, es necesario volver a la medida más grande (mesura), que es aquella que más arriba llamaba la medida interna del hombre, su *agudeza de ingenio*, es decir, esa misma *prontitud y facilidad* –me parece– que según José Antonio Maravall sirvió a Cervantes y a sus dos héroes errantes para desarrollar, bajo la forma de *contrautopía*, una de las críticas sociales más acertadas y al mismo tiempo más incisivas que el primer mundo moderno haya conocido¹³².

En otras palabras, habría que tratar de hacer nada menos que una transformación del tradicional constitucionalismo garantista (fundado sobre los derechos del hombre y sobre la

Tagung in Trient (19.-21. März 1987)", *Geschichte und Gesellschaft*, 13 (1987), pp. 559-564.

¹³² J.A. Maravall, *Utopía y contrautopía en el Quijote* (1948), Madrid 2005.

división de poderes, además de la supremacía del legislativo) en una especie de constitucionalismo administrativo.

¿Qué espacio queda, pues, entre el poder legal (*government*) del viejo Estado y los nuevos poderes de gestión (*governance*) del post-Estado? Queda el de los "espacios autonómicos". En el sentido de que cualquier sujeto, individual o colectivo, que sea *compos sui*, o sea, dueño de sí mismo, por estar dotado de medida propia (medura: la cual, a su vez, es una dote que debe acompañar a la libertad para calificarla¹³³) debería estar en condiciones de expresar y ejercer su capacidad de acción administrativa comunitaria. Esto atañe, obviamente, al nivel local más próximo a los sujetos interesados pero, gracias a las tecnologías de comunicación y de gestión de datos de hoy y de mañana, podría traducirse pronto en una red de situaciones simétricas capaces de hacer de contrapeso a los efectos invasores y devastadores de la globalización.

Anteriormente he citado a De Lolme, Dahlmann y Sismondi, todos ellos en busca de una medida "política" de su época, que ya no

¹³³ Véase *infra* página 147 ss. sobre Léon Duguit y el concepto de libertad solidaria, así como sobre Feliciano Benvenuti y el concepto de libertad activa.

podía ser la vieja medida de la "policía". Se trata de cosas que estudié hace muchos años y que pensaba haber dejado de lado definitivamente, pero pienso que el nuevo interés por la *governance* y la *globalisation* parecen proponer de nuevo antiguas cuestiones que se escapan a la lógica "omni-jurídica" de este Estado nuestro ya obsoleto. Y son cosas que, sin embargo, todavía se encuadran, en su significado material, en una lógica antigua, incluso pre-jurídica y quizás también post-jurídica, que es la de la administración. ¿Estará aquí el futuro de nuestro sistema político, del que se hablaba al principio?

Antes de intentar responder a esta pregunta, hay que establecer un nexo entre la *medida/resolución* del derecho administrativo y otras estructuras centrales del mismo como, por ejemplo, las del procedimiento administrativo o del servicio. El nexo ciertamente existe, así como es evidente que en ambos casos están en juego los ciudadanos. El problema es el de su implicación. ¿Es posible transferir el problema de la participación (y de la democracia) a este nivel, que es el nivel real de nuestra vida cotidiana? ¿Es posible, en definitiva, llevar el constitucionalismo, más allá de la *rule of law*, al plano de la administración pública? Y, repitiendo la pregunta que hemos hecho hace poco, ¿merece la pena

proponer y construir un discurso de "constitucionalismo administrativo"?

No solo para ser fieles al planteamiento basal de este ensayo, vuelvo a proponer la fórmula que considero actualmente más indicada para el estudio histórico-constitucional en el que necesariamente hay que encuadrar el problema. Se trata de la expresión binaria *governance vs. government*¹³⁴.

El gran economista e historiador alemán Gustav Schmoller (1838-1917), muy interesado con su *Verein für Socialpolitik* en la vida concreta y corriente del apenas fundado Estado nacional bajo forma imperial-federal (*Deutsches Reich*), acuñó hace unos 150 años

¹³⁴ Al tema está dedicada buena parte del capítulo II. Uso el término de expresión binaria para tratar de ser claro, pero no estoy seguro de conseguirlo, ya que a veces tiendo a sobrevalorar la ayuda de Wikipedia. Una expresión es un conjunto de elementos del lenguaje combinados entre sí (variables, operadores, etc.,) para realizar un determinado cálculo. En mi caso las variables son *governance* y *government*. Los operadores binarios son aquellos que funcionan como dos operandos. El operador binario en mi caso, creo que es *vs.*, que es una especie de síntesis de + e -, mientras que los operandos son las dos variables de arriba: *governance* y *government*. Por ejemplo, una expresión binaria podría ser la siguiente: suma = num.1 + num. 2; ésta usa el operador de adición que opera sobre los dos operandos, el num. 1 y el num. 2 De forma análoga funciona, me parece, mi expresión "governance vs. government = cambio constitucional".

la figura historiográfica del Estado territorial (*Territorialstaat*): basado en el territorio, éste tenía para él otros dos contenidos fundamentales en el *Staatsgedanke*, por una parte, y en la *Organisation*, por la otra¹³⁵.

El conjunto de estos factores constituye lo que yo entiendo por *government*, con la precisión de que los *Staatsgedanke* y *Organisation* de Schmoller deben ser de tipo liberal-constitucional, es decir, deben poder dar lugar a un *constitutional order* completo de su *public opinion*¹³⁶. El cortocircuito entre *public opinion* y *administration* (porque hasta ahora el contacto ha sido más bien defectuoso) podría incluso llegar a ser un circuito alternativo a la política tradicional, entendida como el *hardware* de nuestro sistema político, que es precisamente el *government*. Refiriéndose a la situación americana de finales del siglo XIX y tratando de sintetizar lo que dice el mismo Bryce, Vermeule observa que "the shifting state of public opinion has immediate

¹³⁵ *Supra* en las notas 47 y 77.

¹³⁶ A. Vermeule, "Government by Public Opinion: Bryce's Theory of the Constitution", *Harvard Public Law Working Paper* (2011): <http://ssrn.com/abstract=1809794> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1809794>. Vermeule considera *American Commonwealth* como el tercer gran trabajo sobre el "American Constitutional Order", después del *Federalist* de Publius y *La démocratie en Amérique* de Tocqueville.

and continuous political consequences"¹³⁷. Haciendo después una comparación con Carl Schmitt (que proponía una democracia sin elecciones, por aclamación), Vermeule escribe: "In some passages, Bryce outlines a series of quasi-historical stages in the evolution of opinion from its unconscious and passive into its conscious and active condition"; y el cuarto de esos *stages* sería el "Government by public opinion", el cual "in its fully developed form, arises when the force of public opinion bypasses electoral institutions, operating outside the formalized mechanisms of representative government"¹³⁸.

Seguramente estoy adelantándome demasiado, pero esto coincide en parte con mi idea de *governance* como el complejo aún no institucionalizado, dado que está en continuo devenir, de medidas gracias a las cuales una sociedad múltiple consigue expresar una propia capacidad de gobierno de sus necesidades (*¿Res publica?*, *¿auto-nomía?*) produciendo, gracias a sus miembros activos, formas de regulación de las relaciones que tienen lugar

¹³⁷ Vermeule, *Government*, cit., p. 4, Bryce había escrito en la p. 925: "Where the power of the people is absolute, legislators and administrators are quick to catch its wishes in whatever way they may be indicated, and do not care to wait for the methods which the law prescribes [i.e. elections]".

¹³⁸ Vermeule, *Government*, cit., p. 34.

en su interior, en particular la gestión de las nuevas relaciones que van surgiendo poco a poco por las nuevas necesidades que la dinámica histórica impone.

Incluso después de estos primeros intentos de definición, queda siempre el problema de la relación entre los dos términos de *government* y *governance*. Al tratarse de una expresión binaria, los dos términos están en relación entre ellos, y el operador que los mantiene en conexión (*versus*) no es ni un más ni un menos, ni un contra, sino que es una señal de interconexión e interdependencia. Quiero decir que no puede existir, en mi opinión, *governance* sin *government* como tampoco *government* sin *governance*. La relación entre los dos términos normalmente es fluida y cordial; pero cuando hay roces, surge la crisis, que se resuelve casi siempre con el atenuarse (a veces solo de forma aparente), mediante la "no percepción" de uno de los dos en favor del otro, hasta que se reconstruye un equilibrio. En nuestra fase histórico-cultural (e histórico-constitucional), es comprensible que sea el *government* el que obtenga beneficios, pero hay que recordar que siempre, en el *government*, hay también un nivel de *governance* que opera; lo mismo que no se debe creer que, cuando prevalezca esta última, el primero deba por fuerza no subsistir.

Ampliando el razonamiento, hay que considerar que esa relación no atañe solo a nuestro actual presente/futuro (como ya indican con inteligencia algunos intérpretes de las relaciones internacionales contemporáneas¹³⁹), sino que es posible encontrarlo también en el pasado, en el largo recorrido de la historia constitucional europea, siempre que sepamos comprender, con atención y prudencia, las diferentes combinaciones (o quizás también ya medidas) que esta ha propuesto en sus distintas fases.

Por la idea que me he hecho de esa relación diría que cada *government* proviene de una *governance* precedente. Y que esta última, como acabamos de ver, está, por una parte, dotada de *Gewalt* (es decir, de capacidad de imponer sus propias medidas) y por otra es también capaz de transformarla en *Verwaltung*, o sea, en una eficaz práctica operativa de administración. Es evidente que cuando esta última se ha cristalizado en procedimien-

¹³⁹ En la línea de los *assemblages* de que habla también S. Sassen, *Territorio, autorità y età, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano 2008. Véanse también mis observaciones en "Appunti, in forma di (rapsodica) rassegna, su misura (e contenimento)", *Scienza & Politica*, 44 (2011), pp. 41-52, así como "Da un antico caso occidentale di logistics (il commissario) a variazioni sul tema della global governance", *Scienza & Politica*, 45 (2011), pp. 7-23.

tos estables y ha adquirido formas convincentes, se entra en una fase de formalización que en el Estado de derecho ha asumido una connotación jurídica dominante, pero que, en otros contextos, podría tener caracteres diferentes. De aquí al surgir de un nuevo *government*, el paso es breve. De esta manera, al final, se acabaría por reconocer que el *government* le debe mucho a la administración y que solo el correcto uso –históricamente determinado– de esta última puede superar el *statu nascenti* de la *governance* y crear las condiciones para que la respuesta a las necesidades de los hombres y de los grupos humanos pueda ser tenida bajo control por parte de estos últimos.

Es un resultado de no poca importancia, ya que representa el núcleo del *government*, en los términos "constitucionales" –estos sí de verdad insuperables– de su necesaria legitimidad. El *government* necesita legitimidad; a la *governance* le basta la eficacia. El paso de una eficacia compartida a la petición de legitimidad señala el confín entre *governance* y *government* y está marcado por la "medida". Hablando del significado y la importancia de esta última terminaré dentro de poco el discurso. Pero antes es necesario que me explique un poco mejor.

Pueden surgir, de hecho, problemas de estructura, lo cual significa que cada vez que se produce el paso de viejo *government* a nueva *governance*, hay que contar con cambios en el equilibrio, hasta aquel momento consolidado, entre norma vigente y comportamiento obligado. En nuestra situación actual, en la que la marca dominante es todavía el Estado de derecho, el cambio se refiere a la capacidad de este último –es decir, del Estado/*government*– de estar detrás de la necesidad de fijar comportamientos "nuevos" –dictados por carencias históricas del momento– usando el "viejo" instrumento de la ley, entendida en su "imperio", es decir, como previsión general y abstracta de comportamientos debidos y contenida en disposiciones emanadas según las reglas constitucionales que fijan el funcionamiento del poder legislativo¹⁴⁰. Que tal capacidad está en crisis en muchos de los Estados que existen hoy día es algo que está a la vista de todos. Lo mismo que es una experiencia cotidiana la adopción de medidas que provienen de las autoridades más diversas (no solo del Estado, pues) con variable grado de eficacia y de validez jurídica¹⁴¹.

¹⁴⁰ F.J. Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid 2007.

¹⁴¹ Pero el tema es antiguo; véase para Francia P. Serrand, "Administrer et gouverner. Histoire d'une

Cuando llegan las *euroórdenes*¹⁴², estamos todavía sin duda en el ámbito del derecho pero, ¿todavía en el ámbito del derecho estatal? Para algunos el espacio de las medidas es el del derecho verdadero, aplicado caso por caso y, por tanto, "justo". Para otros la administración "produce" derecho bueno, dado que actúa a través de medidas. Y para otros la administración viene antes de la Constitución y es más importante que ésta.

Es un problema muy vivo y candente para el Estado de derecho, porque para éste la ley –y por encima de la ley la constitución– debe garantizar un trato igual para todos por parte de las autoridades, basándose en criterios que han sido aprobados por todos mediante el mecanismo de la soberanía popular que se expresa a través del sufragio universal y la representación parlamentaria. ¿Cómo podemos negarlo? ¿Pero es posible que, dos siglos más tarde, no pueda criticarse esta construc-

distinction", en *Jus Politicum. Revue de droit politique*, 4 (2011) "Science du droit et démocratie", <http://www.juspoliticum.com/Administrer-et-gouverner-Histoire.html>; para Italia F. Cammarano, "Tra Parlamento ed esecutivo: la cultura di governo dopo l'Unità", en A. Roccucci (ed.), *La costruzione dello Stato-nazione in Italia*, Roma 2012.

¹⁴² Es un buen término español para indicar las ordenanzas de la Unión Europea con pretensión de eficacia jurídica en los Países miembros.

ción de discurso a pesar de las infinitas pruebas de que éste no siempre, o más bien casi nunca, funciona como se ha descrito¹⁴³?

¿Es posible que no seamos capaces de inventar formas de participación más cercanas a las necesidades de la gente, así como a las "medidas" que hay que adoptar, pronto y bien, para responder a ellas? ¿Es posible que no podamos democratizar la administración sin pasar por los circuitos a menudo enredados o corruptos de la representación política? ¿Es posible que no puedan encontrarse métodos sencillos de participación de los ciudadanos en la administración misma –es decir, en la emisión de medidas– sin caer en el caos y en la confusión burocrática?

No sé traer aquí ejemplos de otras situaciones constitucionales –distintas del Estado de derecho y también del mismo Estado moderno– en las que estos problemas, aunque de otra dimensión y densidad, hayan encontrado soluciones más sencillas y operativas. Pero no olvidemos que en el Estado estamental (*Ständestaat*)¹⁴⁴, es decir, en la forma más

¹⁴³ M. Meccarelli/P. Palchetti/C. Sotis (eds.), *Le regole dell'eccezione*, Macerata 2011.

¹⁴⁴ El punto es controvertido y delicado. Por ejemplo, G. Miglio, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto Stato* (1981), Brescia 2007, p. 83, concluye con estas

genuina de absolutismo, las medidas del príncipe (también entonces en forma de ordenanzas) eran casi siempre el fruto de un acuerdo entre él (y sus consejeros) y los estamentos, basándose en complicadas transacciones jurídico-políticas de tipo predominantemente fiscal que siempre implicaban, sin embargo, el reconocimiento de antiguos privilegios o la concesión de otros nuevos. ¡Y los privilegios entraban con pleno derecho en el tejido jurídico-constitucional de aquella forma de Estado! Así como en las sociedades municipales de la Edad Media, la administración ciudadana normalmente fue formándose no desde arriba sino desde abajo, mediante el reconocimiento de las necesidades crecientes que aquellas sociedades poco a poco iban conociendo, con el crecimiento mismo de la vida pública. E incluso hay quien considera el Estatuto comunal (forma primaria de constitución escrita) como legislación de emergencia, en el que se dan reglas nuevas como

palabras: "el sentido en que se mueven los dos procesos de transformación me parece claro: desde el Este y desde el Oeste, desde los dos extremos, está en curso una misma reconstitución del 'Estado estamental'. El punto de llegada, en efecto, tiene muchas probabilidades de ser un sistema político dominado por la 'función pública difusa' y por el poder 'contratado'. (Este es el sentido de la confusa aspiración al 'pluralismo' presente hoy día en las ideologías, y también el significado —si es que lo tiene— del término 'euro-comunismo')".

respuesta a necesidades nuevas, para las que la respuesta –aún siendo tan nueva– del antiguo derecho romano ya no es suficiente.

Si pensamos en el momento actual –repito–, ¿cuántas son las ocasiones, de las que nos damos cuenta, en las que nuestros comportamientos individuales o colectivos están condicionados, si no determinados, por medidas que vienen de un espacio más amplio que aquel en que solemos movernos en nuestras vidas normales y que llamamos "global"? ¿Pero cuántas serán las otras ocasiones parecidas, que también se presentan, y de las que no nos damos cuenta porque proceden de nuestro contexto local más cercano?

Me parece evidente que, más allá de los mitos y de los dogmas de matriz jurídica, hay que empeñarse en encontrar y medir la existencia de momentos "auto-nómicos" –es decir, productores de normas– por debajo y por encima del Estado, pero, sobre todo, por encima y por debajo de la ley. Eso no significa que la ley haya perdido su imperio, sino solamente que también el imperio debe ser visto y gestionado de manera participativa y de autogestión, es decir, como un conjunto estructurado de posiciones y de instancias, desde las más pequeñas hasta las más grandes, en el que cada una tiene su función y la desempeña respetando y favoreciendo a todas

las demás. Hoy disponemos de técnicas de comunicación a distancia y de gestión de datos que permiten controlar situaciones extremadamente complejas y, sobre todo, acercar a los ciudadanos a sus cosas y las cosas a sus ciudadanos. Lo cual no puede funcionar solo para las compras *on-line*, sino que será también decisivo para llevar las medidas hasta casa y asegurar una administración a domicilio. Lo que cuenta es conseguir orientar estos cambios de equilibrio en la dirección de la "auto-nomía", entendiéndola en su característica más auténtica, que es la de verdadera democracia, de democracia directa. Eso significa la participación de los sujetos interesados en los procesos de decisión y de gestión de las necesidades, según una medida que va desde su estudio constante hasta la constante respuesta a las mismas. Pero eso presupone una medida ulterior (mesura), que es aquella interior de dichos sujetos-ciudadanos –tomados como individuos pero también en las respectivas comunidades a las que pertenecen– a trabajar juntos, de manera simbiótica, para el bien común¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Resulta aún impresionante la antigua definición de Althusius de la política "... unde symbiotiké vocatur"; véase el reciente trabajo de F. Ingravalle/C. Malandrino (eds.), *Il lessico della Politica di Johannes Althusius*, Firenze 2005 que ha precedido la edición en italiano de *La politica. Elaborata organicamente con metodo e illustrata con esempi sacri e profani*, edición de C.

Y de este modo hemos llegado finalmente al criterio que debería regular todas las vicisitudes que estoy describiendo quizás con demasiado entusiasmo. En mi idioma nacional, que es el italiano, al igual que en otras muchos idiomas europeos, el término *misura* –que he empleado hasta ahora con el significado español de *medida* (medición-disposición)– tiene también el significado de *mesura*, *templanza*, *ingenio*, *agudeza*, o sea, capacidad de conocerse y de medirse. Desde Sócrates en adelante –en nuestra civilización, pero quién sabe desde cuándo y desde qué civilizaciones diferentes de la nuestra– esta cualidad del hombre es crucial como carácter intrínseco de humanidad, es decir, de valor, de empeño, de deseos de hacer, de dignidad, de responsabilidad y de solidaridad.

La medida no es una función que actúa solo hacia arriba, sino también hacia abajo; no solo hacia el exterior, sino también hacia el interior. Es una función que quiebra un poco la visión antropocéntrica (con un destino necesariamente individualista) propia del Occi-

Malandrino/F. Ingravalle/M. Povero, Torino 2009. Pero hay que señalar, en particular, los trabajos de Giuseppe Duso, que desde hace tiempo, partiendo de Altusio pero con toda la atención crítica necesaria, está realizando un discurso actual sobre el federalismo, en una dirección con la que creo identificarme con estas reflexiones mías; véase *supra*, nota 25.

dente, porque induce a pensar en la existencia también de otros centros, respecto a los cuales es necesario tomar distancias (es decir, medir, medirse).

Por ejemplo, en el plano político del principio de soberanía (que, como se ha visto, es coesencial a la forma histórica del Estado moderno)¹⁴⁶ suele decirse que este correspondía al comienzo, en la Edad Media cuando el concepto empezó a existir, a la reivindicación de aquellos "señores" que podían permitirse *non recognoscere* a ningún *superiorem*. La crisis actual de aquella forma histórica, en cambio, se pone de relieve precisamente en el hecho de que ninguno de los viejos Estados

¹⁴⁶ D. Quagliani, *La sovranità*, Roma/Bari 2004. Cómo no recordar, sin embargo, la carta que Walter Benjamin escribe a Carl Schmitt (diciembre 1930) comentando el envío de su libro recién publicado *Ursprung des deutschen Trauerspiels* (Berlín 1928). Véase *supra* nota 87 y R. Gutiérrez Girardot, *Carl Schmitt y Walter Benjamin*, en *Cuadernos hispanoamericanos*, Salamanca 2001, pp. 61-78 que –además de ofrecer una buena interpretación del evento– da la siguiente traducción en lengua española de la carta: "Usted notará rápidamente cuánto le debe a usted el libro en su exposición de la teoría de la soberanía en el siglo XVII. Tal vez me permita además decirle que también de sus obras posteriores, ante todo de la Dictadura he deducido una confirmación de mis formas de investigaciones artístico-filosóficas por sus formas de investigaciones filosófico-constitucionales. Si la lectura de mi libro le hace comprensible este sentimiento, se ha satisfecho así el propósito de mi envío".

puede pretender "no" reconocer una autoridad fuera de ellos. Por otra parte –de modo inverso pero análogo al de entonces– tal crisis comporta que, para compensar los poderes globales, es necesario reconocer también poderes "inferiores" al nivel estatal, volviendo a dar, por tanto, peso y sustancia a las situaciones más próximas (y locales) a los sujetos operantes; los cuales, además, disponen ya de técnicas eficaces y difusas para crear círculos cercanos a ellos de interesados comunes, que a menudo terminan por ser los primeros sujetos que hay que *recognoscere*.

Con eso quiero decir que la operación del "darse cuenta" midiendo debe ser preliminar a cualquier búsqueda de nuevas formas democráticas, la cual se reduce a menudo a la elaboración de fríos e inútiles ejercicios de ingeniería constitucional, sin poder incidir en el nivel que he indicado más de una vez como nivel básico del constitucionalismo bien entendido: el de las necesidades. La acción del *recognoscere* es, en resumen, ciertamente preliminar a la construcción de aquella dimensión autonómica de la que hablo, que consistiría en la capacidad de producir derecho de forma autónoma (tanto dentro del cuadro de los ordenamientos jurídicos más altos o tradicionales) de grado inferior, es decir, de menor valor jurídico (en términos de

abstracción y de sancionabilidad) pero también de efectos muy eficaces.

Eso significa ya abandonar el criterio principal de referencia de cualquier discurso clásico de constitucionalismo, centrado en la participación del ciudadano en la más alta función legislativa. Si bien la conjugación de este aspecto se ha desarrollado esencialmente en términos de representación electoral, no han faltado intentos de fijar el objetivo de la democracia dirigida también a la legislación, como lo demuestra el caso suizo, que es, sin embargo notoriamente particular. En realidad, hasta ahora, la capacidad a la que me refería más arriba ha sido aplicada sobre todo a la función administrativa que ha ido desarrollándose en la fase final del Estado de derecho, asumiendo las formas de la *Selbstverwaltung*, del *Local Government* o del *Service public*¹⁴⁷. Por parte de los filósofos de la política el énfasis asumido por la administración pública entre el siglo XIX y el XX ha sido interpretado sobre todo en los términos en que la había criticado con fuerza Walter Benjamin, relacionándola con el tema de la *Polizey*, en el famoso texto *Zur Kritik der Gewalt*, escrito en 1921:

¹⁴⁷ L. Mannori/B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari/Roma 2004, además de la literatura citada.

Más bien, el "derecho" de la policía marca sustancialmente el punto en que el Estado, sea por impotencia, sea por los nexos inmanentes a cualquier ordenamiento jurídico, ya no es capaz de garantizar, mediante el ordenamiento jurídico, sus fines empíricos, fines que pretende alcanzar a toda costa [...] Al contrario del derecho, que reconoce en las "decisiones" determinadas en el espacio y en el tiempo una categoría metafísica, mediante la cual reivindica su propio derecho sobre la crítica, el análisis de la institución de la policía no se tropieza con nada sustancial. Su violencia, en la vida de los Estados civilizados, no tiene forma, su presencia es espectral, inalcanzable y difusa por todas partes¹⁴⁸.

El problema está presente también en el mundo americano, donde está dando lugar, desde hace algún tiempo, a un debate muy importante del que me limito a reproducir la observación de Christopher Tomlins, según la cual el nuevo interés por la *Police* comenzó con la nueva criminología de comienzos de la década de 1970, con el crecimiento de la idea de *social control* y con el formidable *efecto Foucault*¹⁴⁹, para llegar a la conclusión de que:

These developments were sustained and broadened by new ways of thinking about and writing political

¹⁴⁸ W. Benjamin, *Per la critica della violenza*, cit., pp. 77-78.

¹⁴⁹ G. Burchell/C. Gordon/P. Miller (eds.), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, Chicago 1991.

theory and the history of ideas, by innovations in legal history, by the confluence of history and the social sciences and doubtless by many other influences¹⁵⁰.

Es evidente que el universo de la *police* es distinto y más restringido e incisivo que mi concepto de *autonómico*. Es más, el primero evoca tintes autoritarios, mientras que el segundo se ilumina de democracia. Dubber proporciona un par de definiciones muy actuales y pertinentes¹⁵¹, pero después tiene que recurrir a Blackstone para concluir:

the patriarch's prudential wisdom is precisely the ability to decide, in the particular instance, which specific measure will best promote prosperity, order, and well-being, without being bound by strict lawlike definitions¹⁵².

¹⁵⁰ C. Tomlins, "Police: Genealogies, Discourses, Locales, Principles", en M.D. Dubber/M. Valverde (eds.), *The New Police Science*, cit., p. 254.

¹⁵¹ M.D. Dubber, *The Police Power. Patriarchy and the Foundations of American Government*, New York 2005 (véase la extensa reseña de Christopher Tomlins, en *Buffalo Law Review*, 53 [2005-2006], pp. 1215-1271), p. 4: "the regulatory power to take coercitive measures to ensure the safety and the welfare of the community"; p. 5: "Prevention and punishment are very different as logics of governance; 'police' is the middle term that links them".

¹⁵² Blackstone, *Commentaries*, Oxford 1769, vol. I, p. 162, que ha definido *Police* "as the fatherly concern to ensure the present order, future prosperity, and general well-being of the national household" pero también como "the internal ordering of the kingdom, contrasted with the

Es decir, de modo que –en mi opinión– los dos puntos de la *police* y de lo autonómico parecen reunirse en un solo concepto. Y es un concepto válido también a nivel internacional, si es verdad el uso que de la *police* hace Theodor Roosevelt con su doctrina de un *international police power*¹⁵³.

outward-looking of the war". Puede ser interesante recordar también que en el ensayo de Mariana Valverde, "Peace, Order, and Good Government. Policelike Powers in Postcolonial Perspective", en Dubber/Valverde (eds.), *The New Police Science*, cit., pp. 73-106, la autora observa que (p. 78) "One of the keystones of the Canadian constitution, section 91 of the *British North American Act* – the act that brought into being 1867 most of the components of the contemporary postcolonial Canadian state– states that the monarch has the full power to legislate, on the advice and consent of the Canadian Parliament, to ensure 'peace, order and good government in Canada'. Interestingly, from the police science point of view, some French-language constitutional texts use the term *administration* as a translation of good government".

¹⁵³ J.R. Holmes, *Theodore Roosevelt and World Order: Police Power in International Relations*, Washington 2005. Pero el interés norteamericano por la *police* en el plano político interno es mucho más antiguo, como demuestra también el libro de M.S. Salvadori, *L'Europa degli Americani. Dai padri fondatori a Roosevelt*, Roma/Bari 2005, que cita un texto de finales del siglo XIX de Woodrow Wilson, estudioso de la administración, en el que se elogia el modelo alemán de Bismarck. Por otra parte, también como Presidente de los Estados Unidos, Wilson elaboró y trató de poner en práctica una doctrina constitucional de tipo evolutivo que, según algunos críticos, estaba orientada a la instauración de una especie de *police-state*; véase J. Goldberg,

Así como antes me he referido al uso político-constitucional que Bryce hacía de la *public opinion*, del mismo modo quisiera volver ahora a aquellos años entre los dos siglos, en que otro gran jurista americano de la escuela de Chicago, Ernst Freund, comenzaba con estas palabras su texto fundamental sobre el *Police Power*:

The term police power, while in constant use and indispensable in the vocabulary of American constitutional law, has remained without authoritative or generally accepted definition. It is therefore proper to state at the outset, that the term will be employed in the following pages as meaning the power of promoting the public welfare by restraining and regulating the use of liberty and property...¹⁵⁴.

Liberal Fascism: The Secret History of the American Left. From Mussolini to the Politics of Meaning, New York 2008.

¹⁵⁴ E. Freund, *Police Power*, Chicago 1904 (reed. 1981), p. III, precisando que "The part entitled to the Public Welfare defines the conditions and interests which call for restraint or regulation", donde se evocan claramente esas "necesidades" de las que hablo desde el principio. La visión materialista de Freund es, de hecho, casi cínica: "The economic interests relating to the conditions of production and distribution of wealth constitute the debatable field of the police power..."; para concluir después el *Preface* con estas palabras: "The author will be satisfied if he has succeeded in making some contribution to the correct understanding of a branch of the law which yields to no other in importance and interest". Sobre la obra de Freund, véase O. Lepsius, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law: Amerikanische*

Para volver al amplio cuadro de la globalización, que es el más nos interesa aquí, no creo que se alejen mucho de este horizonte los esfuerzos en curso en el ámbito de los estudios de las relaciones internacionales para producir las que se definen como las "New Directions in Regulatory Theory"¹⁵⁵.

De hecho, también la globalización –como ya he dicho en este demasiado largo ensayo– encuentra en la administración su propio caldo de cultivo ideal. Esta expresa su extraordinaria dinámica mediante intervenciones rápidas y esenciales en el plano concreto de la gestión de los intereses que van siendo prevalentes en lo que se conoce como mercado. Es el terreno que ya he indicado varias veces de la medida, que también es aquel en que la prepotencia de los sujetos globales se enfrenta con las escasas capacidades residuales de los sujetos políticos tradicionales, a partir de los Estados "soberanos", que parecen haber cedido esta su antigua soberanía a sus respectivas "deudas".

Entwicklungen bis zum New Deal, Tübingen 1997, pero también Th. Adams/W. Kaufmann (eds.), *Germany and the Americas. Culture, Politics and History*, Santa Barbara 2005.

¹⁵⁵ *Special Issue* del *Journal of Law and Society*, 29 (2002); véase en particular S. Picciotto, *Introduction: Reconceptualizing Regulation in the Era of Globalization*, pp. 1 ss. y J. Braithwaite, *Rewards and Regulation*, pp. 12 ss.

¿Será posible seguir tratanto estos entramados, cuyo alcance y perspectiva resulta difícil percibir usando las viejas herramientas del derecho clásico? En cualquier caso, es necesario intentarlo, incluso a costa de decir y repetir cosas evidentes. De todas maneras, creo que el terreno privilegiado en el que hay que moverse es el del derecho administrativo, más que el constitucional o el internacional.

La verdad es que ya en pleno constitucionalismo "legislativo", desde mediados del siglo XIX en adelante, se produce un incremento complementario de presencia y actividad del ejecutivo. Eso tenía que ver también con la parte del normativo, tanto en la esfera más alta de la producción legislativa como en la esfera baja de las medidas¹⁵⁶. Pero sobre todo se amplía el campo de los contactos reales, concretos y particulares (es decir, no universales y abstractos, como aquellos referentes a la ley), entre la autoridad administrativa del Estado y la libre iniciativa privada de los ciudadanos. Eso ocurre a través de la miríada de actos y procedimientos administrativos de que se nutre la vida pública (pero también la privada) de los individuos-ciudadanos.

¹⁵⁶ C. Latini, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2005.

Justo es este el terreno en que, a mi juicio, el constitucionalismo ha dejado de aplicarse un poco y sobre el cual, en mi opinión, podría aún desarrollar sus indudables potencialidades democráticas. Por ese camino, los ciudadanos podrían conquistar otro importante espacio de libertad, desarrollando un grado más alto de dignidad, de responsabilidad y de participación en sentido comunitario. Del mismo modo, y recíprocamente, la comunidad podría enriquecerse con el gran valor de la solidaridad.

3. *La medida de la administración*

Este es el espacio en que el derecho administrativo puede contribuir a promover una revisión general –y quizás también transformación– del papel del derecho en la sociedad contemporánea.

Feliciano Benvenuti, por ejemplo ha llevado a cabo durante mucho tiempo su estudio del derecho administrativo en busca del "nuevo ciudadano"¹⁵⁷, siguiendo las huellas del "procedimiento [administrativo] como participa-

¹⁵⁷ Es también el título de uno de sus últimos escritos: *Il nuovo cittadino*, 1994, que abre quizás el camino a la expresión "ciudadano como árbitro", puesta en circulación por Roberto Ruffilli, uno de sus alumnos: R. Ruffilli/P.A. Capotosti, *Il cittadino come arbitro: la DC e le riforme istituzionali*, Bologna 1988.

ción y, por tanto, co-administración, por el cual la administración es justificada y legitimada"¹⁵⁸. Del "mito" de la administración (que fue fundamental para toda la vida del Estado moderno, desde la fase del absolutismo de su fundación hasta la fase evolutiva –o, como prefiero llamarla yo, de-generativa– de derecho) Benvenuti augura el paso a la realidad más prosaica y operativa de una administración "débil", que yo preferiría definir "ligera" o también "suave", en la que cambie la relación entre el modo de ser del poder y el de la participación, de manera que los administradores (autoridades) se conviertan en "mi-

¹⁵⁸ V. Domenichelli, "Rileggendo Benvenuti: l'attualità del pensiero di un maestro nel volume di Ettore Rotelli", *Amministrare*, 42 (2012), pp. 7-17. El volumen al que nos referimos es E. Rotelli, *Feliciano Benvenuti. Partecipazione e autonomie nella scienza amministrativa della repubblica*, Venezia 2011; pero véase también y sobre todo F. Benvenuti, *Amministrazione pubblica. Autonomie locali. Scritti degli anni dell'ISAP*, edición de E. Rotelli, Milano 2010, con la imponente *Introduzione* del mismo Rotelli, que lleva el título comprometedor: *Per una storiografia della scienza di Feliciano Benvenuti*, pp. 13-140. Cito de aquí, p. 73, el siguiente fragmento de Benvenuti: "la participación del ciudadano comporta la elevación del ciudadano a coadministrador, como dije después al conmemorar el centenario de las leyes de unificación de 1865, cuando comprendí que el procedimiento es en sustancia el modo para que la administración sea justificada frente al ciudadano. En otras palabras, el que participa en el procedimiento reconoce la autoridad, participa, pues, de la autoridad, se convierte en sujeto de la misma".

nistros del administrado, reconociendo los derechos del administrado en el mismo momento de la realización del acto administrativo". No es este el lugar para desarrollar argumentos tan técnicos. Me basta decir, por una parte, que Benvenuti y su escuela han trabajado mucho y todavía siguen haciéndolo sobre esta hipótesis de trabajo; pero por otra parte quiero recordar también que ésta tiene precedentes envidiables, entre los que desearía mencionar la tesis comunitaria y de carácter solidario de aquel gran jurista institucionalista que fue, a principios del siglo XX, el francés Léon Duguit.

Me interesa recordar a este último también para salir, de modo, por decirlo así, jurídico, del espacio muy formalizado y, por tanto, circunscrito de la ciencia del derecho. En efecto, Duguit da importancia a las "etapas de la morfología social, o más sencillamente, a los diferentes tipos de sociedades humanas que se han sucedido en la historia"¹⁵⁹. El centro de su atención está en el vínculo del hombre con el grupo al que pertenece, que constituiría un *prius* respecto a cualquier otra condición humana, como sostenía uno de sus maestros, Emile Durkheim, en la obra de

¹⁵⁹ Cito de L. Duguit, *Soberanía y libertad. Lecciones dadas en la Universidad de Columbia*, traducción y prólogo de José G. Acuña, Madrid 1924, p. 70.

1912, *Les formes élémentaires de la conscience religieuse*, donde se demuestra que el objeto originario de culto de muchas comunidades primitivas era el grupo mismo, bajo forma de *totem*. Que eso fuese consecuencia de la natural sociabilidad humana o efecto de la innata incapacidad del hombre para proveer por sí solo a sus necesidades aquí no tiene importancia¹⁶⁰; lo que cuenta es el hecho de que para esta importante corriente francesa de la ciencia social de principios del siglo XX, el grupo está antes que el individuo y, por tanto, cualquier razonamiento relativo a la libertad individual debe estar unido –si no subordinado– al criterio comunitario de la solidaridad.

A mí me parece que esta línea de lectura filosófica, o antropológica, no está en contradicción con la que anteriormente he avanzado de una posible recuperación en sentido democrático de la administración en su más específico arraigo local, que es el que creo que consentiría la valorización del sujeto como parte responsable en el procedimiento administrativo. Sería suficiente, por otra parte, profundizar en el discurso netamente jurídico de Duguit dirigido a las transformaciones del

¹⁶⁰ Véanse mis consideraciones sobre la melancolía como raíz antropológica de la política, en Schiera, *Specchi della politica*, cit. y en el primer capítulo de este ensayo.

derecho público, y del administrativo en particular, para confirmar esa impresión¹⁶¹.

También para Feliciano Benvenuti es allí donde hay que llegar, si se quiere "verificar", como decía Dante, el paso de mito a realidad de una democracia administrativa verdadera y sustancial¹⁶². En 1920-21, la opinión de Duguit era que el concepto solidario de la libertad se reducía a pocas palabras: "la libertad no es un derecho, es un deber". El deber del ciudadano de ser activo para sí mismo y para los demás. La libertad se transforma en función social, la cual se expresa mediante una regla de conduc-

¹⁶¹ Respecto a España, ya en 1924 se habían traducido en Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, Madrid: *La transformación del Estado, Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón, Las transformaciones del derecho público, el Manual del derecho constitucional, El pragmatismo jurídico*. Pero para constatar el persistente interés de la doctrina jurídica española, véase la reciente propuesta del apenas citado *Manual*, con el Estudio preliminar "La Teoría Jurídica de León Duguit" de José Luis Monereo Pérez y José Calvo González.

¹⁶² Todavía merece un recuerdo Duguit, *Soberanía y libertad*, cit., pp. 219-220: "En estas condiciones, el concepto individualista de la libertad debía tender a desaparecer, para dejar sitio a lo que llamo concepto solidario... el concepto solidario ocupa hoy un lugar preferente y aspira cada vez más a reemplazar al concepto individualista".

El pasaje de Dante referido es: "veder volea come si convenne / l'ímago al cerchio, e come vi s'*indova*" (en cursiva el término referido).

ta orientada al mantenimiento de la comunidad. Según Durkheim, la solidaridad puede ser mecánica o también orgánica¹⁶³; en cualquier caso debe ser capaz de poder modificar la relación entre sujetos y autoridad, mezclándose los términos y dando lugar así, para Léon Duguit, a la idea fundamental de *service public*, que él no se atreve a decir que haya entrado ya en la misma mentalidad americana, según la expresión del presidente Wilson. De todas maneras, para él se trata de un proceso imparable, en curso desde mediados del siglo XIX y coincidente con el crecimiento continuo de la actividad del Estado, es decir, de su intervención administrativa para responder al "sistema de las necesidades públicas". Al cual, sin embargo, como se ha visto, colaboran también los individuos en el ejercicio de su "libertad solidarista". Lo que hace la función de mediador entre los dos campos de solidaridad podría ser el fenómeno del sindicalismo, entendido como "la organización de esta masa amorfa de individuos" que ha sido el resultado del entramado entre revolución industrial y revolución política a partir del inicio del siglo XIX.

¹⁶³ *De la division du travail social* (1893) véase M. Ricciardi, "La forza della società: disciplina, morale e governo in Emile Durkheim", en L. Blanco (ed), *Dottrine e istituzioni in Occidente*, Bologna 2011, pp. 185 ss., y Luca Cobbe que también está trabajando en ese tema (*supra*, nota 39).

El análisis realizado por Duguit al final de la Primera guerra mundial era profundamente antimarxista; en ciertos aspectos, se puede pensar que ha sido fundamental en las propuestas de tipo corporativo que se han difundido en los regímenes fascistas, en particular en el fascismo italiano. Se trata, sin embargo, de ver si los ingredientes de esta lectura suya, considerados en sí mismos y desvinculados de la contingencia histórica de aquellos años de tendencia totalitaria, tienen todavía algo que decir hoy, en una necesaria clave antitotalitaria, si bien en presencia de tendencias globalizadoras y populistas que caracterizan nuestra época. Duguit habla de una modificación radical en la organización de la representación política, en sentido tanto proporcional (partidos) como profesional (sindicatos). Después, pasa a la división de los poderes, mostrando que esa división consiste en una constante colaboración entre Parlamento y Gobierno, bajo la mirada vigilante de los tribunales que pueden juzgar la constitucionalidad de las leyes. Pero el punto más interesante es el tercero que Duguit saca a la luz, señalando la protección prestada al individuo contra la acción administrativa del Estado, es decir, contra los desbordamientos del *service public*. No se admiten decisiones "individuales" por parte de una autoridad, fuera de los límites previstos y fijados por una disposición de ley. Se trata del principio de

legalidad, sancionado en Francia por la jurisdicción administrativa ejercida por el *Conseil d'Etat*. Son pensamientos un poco antiguos, evidentemente, pero que podrían recibir nueva luz por la revisión hoy día en curso de algunos conceptos de base, a partir del concepto de justicia.

El tema de la justicia sigue estando de actualidad incluso más allá de la perspectiva estrictamente jurídica, pero en términos más generales de un discurso político "cultural", es decir, en términos más constitucionales que institucionales, que quiere decir también en términos más materiales y sustanciales que formales¹⁶⁴. Eso podría significar además que la justicia ya no constituye solo el campo y la función de solución de problemas, con sentencias o decisiones, sino que es –está volviendo a ser– el campo y a la vez la virtud de saber plantear problemas, quizás de límite (*border*), convirtiéndose así ella misma en un concepto *borderline* capaz de activar nuevas prácticas, incluso al límite (*border*) del sistema legal y quizás en nombre de aquel pluralismo legislativo (o simplemente jurídico) que más de una vez hemos señalado como umbral necesario de superación del constitucionalismo

¹⁶⁴ Del buen libro de Carla De Pascale (*Giustizia*, cit.) a *The Borders of Justice*, edición de E. Balibar/S. Mezzadra/R. Samaddar, Philadelphia 2012.

"de derecho" del siglo liberal. Un concepto popular, de contradicción, como sostiene Ramadir Samaddar, y en muchos aspectos también revolucionario. Puede significar así mismo la vuelta a un concepto antiguo, en cierto modo conservador, que es el de la justicia-virtud. En su doble esencia de virtud pública (del príncipe) y privada (de los sujetos individuales) ésta representa, además de la función política que expresa desde siempre, la categoría medieval de *iuris-dictio* que antiguamente agotaba casi la legitimidad de la figura del rey-juez¹⁶⁵. No es solo para jugar con las palabras por lo que hablo para la Edad Moderna y en particular para la que se define como "época constitucional" de *iuris-fictio*¹⁶⁶. Con ello, me refiero al cómodo camino por el que se ha recurrido al derecho (a las *positiven Rechtswissenschaften*, como dice ya Hegel en un escrito juvenil de 1802¹⁶⁷) para resolver, tanto en el plano de la legitimación como en el de la aplicación, todos los aspectos del ejercicio del poder democrático.

Pero con la crisis del derecho, ¿dónde encontraremos la nueva medida de la justicia?

¹⁶⁵ P. Costa, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale 1100-1433*, Milano 1969.

¹⁶⁶ Iría aquí el reenvío a la *theory of fictions* de Bentham, tal y como sugiere Paola Rudan, cfr. *infra* nota 187.

¹⁶⁷ Cfr. *infra* nota 186.

Ciertamente, la justicia solo como "forma legal" corresponde (según Weber) a la libertad individual que acabamos de ver, ya criticada por Duguit, según Durkheim. Si, en cambio, se conjuga con igualdad, entonces la idea adquiere movilidad y puede efectivamente aspirar a convertirse en concepto-*border*, es decir, no simplemente marginal sino de transformación efectiva, operativa, revolucionaria. Una "*Justice out of History*", para parafrasear a Wendy Brown¹⁶⁸: una justicia, pues, capaz de "aligerar el peso del pasado sobre el futuro", como dice la misma Brown en la bella dedicatoria de su precioso libro; una justicia que actúe en los *margins*, para superarlos y dar la vuelta al *border*; una justicia, en fin, hija de otra idea de Estado, en la que quizás se podrá transplantar el complejo concepto árabe-turco-persa de *sahkar*, que parece equivaler al *conjunto* administración-gobierno-régimen y que creo que posee un sentido parecido al que yo le atribuyo a "constitución"¹⁶⁹.

En su larga, compleja y variada producción, Feliciano Benvenuti, para explicar la persistente "contemporaneidad" del derecho administrativo, recurrió a la bella fórmula de

¹⁶⁸ W. Brown, *La politica fuori dalla storia*, prefacio y edición de P. Rudan, Roma/Bari 2012.

¹⁶⁹ S. Ramaddar, *The Materiality of Politics*, 2 vols., London 2007.

la "naturaleza de la cosa", entendida como "la específica conformidad objetiva del problema administrativo del que hay que ocuparse"¹⁷⁰. Él observaba entonces la falta (la crisis) de la "realidad de una administración fundada sobre un modelo único, tanto por lo que se refiere a las estructuras, como por las características de sus actividades"¹⁷¹. Eso es lo que después le ha permitido afirmar que, desde un punto de vista organizativo,

está empezando a faltar el carácter monolítico de la administración y el de una burocracia que tenga funciones exclusivamente ejecutivas y de apoyo, dando a esta última, incluso dentro de la administración, un área protegida de autonomía de gestión, aun cuando tal autonomía no se manifieste en el exterior con actos que impliquen la responsabilidad de la institución.

Se asistiría, según él, al cambio del eje de gobierno de su tradicional posición

¹⁷⁰ Así la explica F. Cortese, "La dimensione stellare della cosa pubblica", *Amministrare*, 42 (2012), p. 30, que conjuga el concepto tanto en términos locales, con referencia a la montaña (F. Benvenuti, "Crisi dello Stato e problemi della montagna", *Diritto dell'economia*, 1993, pp. 557 ss.) como en términos globales, con referencia a Europa (F. Benvenuti, "La C.E.C.A. 'ordinamento sovrano'", introducción a *Ordinamento della Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, Padova 1961).

¹⁷¹ F. Benvenuti, *Nuovo Stato e crisi delle scienze politiche* (1994), ahora en Benvenuti, *Amministrazione*, cit., p. 625.

(napoleónico-militar) vertical a una horizontal "de división de tareas y de colaboración entre centros de decisión diferentes y ordenados entre sí en función de la disposición final, en la cual todos deben colaborar también". Pero el recorrido aún no se había completado hace veinte años, cuando nuestro autor escribía, aunque –son palabras suyas– "el cuadro que se presenta para el futuro es, en cambio, precisamente el desenredar esta maraña organizativa según los modelos privados de sociedades madres y sociedades hijas, o sea, de sociedades *holding* y de sociedades controladas, es decir, de sociedades en consorcio"¹⁷², con resultados de integración progresiva entre los dos principios de la eficiencia de la acción administrativa, por una parte, y de la participación de los ciudadanos privados en esa acción misma, por la otra.

Benvenuti liga abiertamente esta prognosis suya a "una exigencia que bien puede llamarse ideológica y que es la de permitir la asociación directa del ciudadano al ejercicio de los poderes administrativos", gracias a una concepción del derecho administrativo cada vez más alejada "del esquema de la relación auto-

¹⁷² *Ibidem*, pp. 626-627; véase Miglio, *Genesi e trasformazioni*, cit. Es a estos temas a los que está dedicada también parte del capítulo II de este ensayo mío.

ritaria para acercarse al esquema de la relación igualitaria"¹⁷³.

Hemos vuelto así, en cierto modo, al sostén de todo el discurso llevado a cabo hasta ahora, que consiste en la propuesta de alternancia entre *government* y *governance*, entendiendo esta última en sentido lato, como el intento de ampliar lo "constituido" a una perspectiva "constituyente" capaz de registrar los motivos de crisis y superarlos. Para conseguirlo, nos hemos dado cuenta de que quizás no es ni necesario ni útil recurrir a grandes visiones del mundo, ni siquiera a la

¹⁷³ Él declara, abiertamente, a ese propósito, la sobrevenida insuficiencia de una consideración solo jurídica del fenómeno administrativo: "la tradicional consideración de la administración bajo el perfil del derecho que la concierne, si bien conserva una suya lógica fundamental, sin embargo, no es suficiente para hacer comprender el fenómeno en su totalidad". *Ibidem*, p. 628. Pero añade también –que es lo que más me impresiona y me hace sentir en sintonía con el pensamiento de este Maestro que ha sido, transversalmente, también mío– "si en los momentos de calma, calma social, de parada de la marea de la historia, se puede dar por válida la sola interpretación con elementos sacados del interior del sistema, en los momentos de acelerada evolución, como los que nosotros estamos viviendo, la lectura interna ya no es suficiente: esa lectura puede conducirnos a errores respecto a los principios que se deducen de los valores de los que es portadora la sociedad en un determinado momento de su evolución". ¡Si esta no es historia constitucional en su sentido más pleno!

indicación de derechos inviolables y eternos. Lo que se ha hecho hasta ahora en esa dirección, basta y sobra. Parece que, en general, hay que trabajar para la construcción de una –o quizás más de una– dimensión horizontal. Eso debería facilitar la creación de un pluralismo de intenciones y de acciones al que el derecho mismo debería saber responder, poniendo en práctica las intuiciones felices –aunque un poco oscuras y sobre todo oscurecidas por las contingencias históricas de tendencia totalitaria respecto a las cuales fueron elaboradas– de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos¹⁷⁴.

Una indicación análoga parece provenir de la observación de las relaciones políticas, que están cambiando a ojos vistas. El bien común que ha representado durante muchos siglos la brújula del camino monocéntrico del Estado moderno cada día está más relativizado por la emergencia de "bienes comunes", que es como si hiciesen pedazos la unidad amenazadora y, a la vez, tranquilizadora del poder político (estatal) para favorecer elecciones y gestiones

¹⁷⁴ La referencia es a la famosa obra de Santi Romano, *L'ordinamento giuridico* (1917), sobre la cual véase F. Fontanelli, "Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations", *Transnational Legal Theory*, 2 (2011), pp. 67–117.

compartidas de los intereses en juego. Estos son, a menudo, simples y casi dados por descontados, tanto como para pasar desapercibidos a la red cognitiva de las distintas biopolíticas de aparato (el agua, el aire, el ambiente, la salud... hasta el hambre, la paz, la cultura). Hay quien habla incluso del conocimiento como bien común¹⁷⁵ y, de todas maneras, somos muchos los que subrayamos la obligación de preparar y hacer vivo un "discurso político" que esté promovido y guiado por "doctores" pero con sentido de responsabilidad nuevo, es decir, para abrir el conocimiento y no para cerrarlo en nombre de especializaciones y exclusivismos que ya no pueden sostenerse¹⁷⁶.

El discurso es orden, porque es razón aplicada (es decir, práctica); la razón es medida (que excluye e incluye, echa fuera y pone dentro, y, sobre todo, orienta al fin, proyecta, se convierte en ideología) de las cosas del mundo. La legalidad es solo una forma histó-

¹⁷⁵ C. Hess/E. Ostrom, *Understanding Knowledge as a commons*, Cambridge 2007; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma/Bari 2011.

¹⁷⁶ Véase el final del capítulo II de este ensayo, pero también Benvenuti, *Nuovo Stato*, cit., p. 652, que termina citando la invectiva de Lucas 11,52: "Ay de vosotros, doctores de la Ley, porque habéis quitado la llave del conocimiento, vosotros mismos no habéis entrado y se lo habéis impedido a los que entraban".

rica del mencionado proceso orden-discurso-razón. Incluso en términos modestamente "biopolíticos", la melancolía cumple su papel, mediando entre disciplina y saber¹⁷⁷, por lo cual podría decirse que la potencia (universal) se traduce en poder (político) gracias a la intervención de la disciplina sobre el cuerpo de cada uno de los hombres como individuos, reunidos en cuerpo social. En la Edad Moderna, la sintaxis de este ejercicio "retórico" no ha sido sino la ciencia, verdadera parábola del poder a partir de la utopía de Bacon¹⁷⁸.

Con lo que retomo mis razonamientos precedentes sobre la disciplina y la ciencia como factores centrales (constitucionales) de la historia occidental moderna¹⁷⁹, pero también refuerzo la convicción de que una nueva sintaxis –la del discurso– puede volver a poner en

¹⁷⁷ Me refiero a S. Natoli, *La verità in gioco. Scritti su Foucault*, Milano 2005, pero también a R. Esposito, "Malinconia e comunità", en B. Frabotta (ed.), *Arcipelago, Malinconia: scenari e parole dell'interiorità*, Roma 2001, pp. 158-68. Véase también P. Cappellini, "Der unheimliche Feind. Melancholia politica, terrore, diritto: il nemico totale come figura dell'*Inverted Totalitarianism*", en M. Ceccarelli/P. Palchetti/C. Sotis (eds.), *Le regole dell'eccezione*, cit., pp. 41-101, en particular la p. 44, nota 7.

¹⁷⁸ Para Natoli, por ejemplo, el incremento de la potencia humana que Bacon asigna al destino de la ciencia no es sino el reflejo de las prácticas de poder ya inscritas en el discurso científico de su época.

¹⁷⁹ Schiera, *Il laboratorio borghese*, cit.

marcha el mecanismo saber-poder, colocándolo en la base tanto de una renovación de la ciencia como de una recarga de la política, basándose en una sustancial y profunda confianza en el hombre y en su recuperada capacidad de medir (mesura, medida)¹⁸⁰. Quiero decir que, según mi idea, el discurso no consta solo de significantes, sino también de significados, sobre los cuales trata principalmente. Así, mi discurso no se reduce a orden constituido¹⁸¹, sino que aspira a ser siempre constituyente: quisiera estar al servicio de un poder dinámico, no estático, y contribuir a hacer este último "participado" y participante. Y lo que dé el tiempo a tal dinámica podría ser de nuevo, precisamente, la medida.

Para cerrar esta larga conclusión, es evidente que la medida de la dinámica hoy la marca el complicado proceso de la *governance*, que se refiere a un "purposive system of rules or normative orders apart from regularities

¹⁸⁰ A. De Benedictis (ed.), *Sapere e/è potere: Dalle discipline ai ruoli sociali*, vol. III degli Atti del convegno, Istituto per la Storia di Bologna, Bologna 1991.

¹⁸¹ F. Vitale, *Analisi del discorso* <http://www.culturalstudies.it/dizionario/lemmi/analisi_del_discorso_body.html> retoma la cuestión a la que debe responder el análisis del discurso, remitiendo a Foucault: "de qué modo, en las sociedades occidentales modernas, la producción de discursos a los que se ha atribuido un valor de verdad está ligada a los diferentes mecanismos e instituciones de poder".

(natural orders) emerging from unrestricted interactions of self-interested actors in a state of anarchy"¹⁸². Ello comporta que los actores reconozcan la existencia de determinadas obligaciones y se sientan obligados, por cualquier razón, a cumplirlas. Es precisamente la unión entre *order* e *intentionality* lo que produce *governance*; la cual incluye, pues, la existencia de un proceso político basado en la construcción de consenso para la aceptación de determinados programas de intervenciones¹⁸³.

Sin embargo, tal disponibilidad no es nueva en el tejido de la historia constitucional europea; es más, representa una trama fundamental que hemos definido normalmente como "disciplinamiento social"¹⁸⁴. El problema es el del eventual componente antropológico del disciplinamiento que para algún autor precede y prevalece sobre tiempos y modos de sus

¹⁸² T. Brühl/V. Rittberger, "From international to global governance. Actors, collective decision-making and the United Nations in the world of twenty-first century", en V. Rittberger (ed.), *Global governance and the United Nations system*, Tokyo/New York/Paris 2001.

¹⁸³ J.M. Rosenau, "Governance, Order and Change in World Politics", en Rosenau/Czempiel (eds.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge 1992.

¹⁸⁴ Schiera, *Specchi della politica*, cit.; P. Prodi (ed.), con C. Penuti, *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna*, Bologna 1994.

institucionalizaciones históricas. La figura del "apparatus" elaborada por Giorgio Agamben resume con eficacia esta lectura y tiene el mérito de intentar una sólida fusión entre la praxis disciplinante y la teoría relativa a la misma¹⁸⁵, apuntando al tema de la "positividad", en evidente cercanía también etimológica al "dispositivo" e indudablemente aplicable, con su bagaje de "beliefs, rules and rites", a la relación mando-obediencia. El concepto de positividad, como elemento histórico del devenir-realidad, estaría en el centro de la misma perspectiva de Hegel, de la que precisamente Foucault habría deducido y construido su idea de "aparato"¹⁸⁶.

¹⁸⁵ G. Agamben, *"What Is an Apparatus?" and Other Essays*, Palo Alto 2009: "The apparatus itself is the network that is established between these elements (discourses, institutions, buildings, laws, police measures, philosophical propositions etc.)"; eso posee siempre "a concrete strategic function and is always located in a power relation"; como tal aparece "at the intersection of power relations and relations of knowledge".

¹⁸⁶ Agamben sostiene que, según Foucault, para Hyppolite, la positividad de Hegel es lo "históricamente determinado". Considero interesante aquí remitir al escrito de juventud de Hegel, *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften*, publicado por primera vez en *Kritisches Journal der Philosophie*, edición de Friedrich Wilhelm Joseph Schelling y Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 2 (1802/1803) y sobre el cual véase E. Cafagna, "Diritto razionale e realtà del diritto. Le critiche

¿Que diferencia habrá con la *discipline* de Jeremy Bentham, resultante de "a set of practices and mechanisms (both linguistic and non-linguistic, juridical, technical, and military) that aim to face an urgent need and to obtain an effect that is more or less immediate"¹⁸⁷? La diferencia me parece muy

hegeliane alle teorie del diritto di Kant e di Fichte", en *Studi senesi*, 90 (1998), pp. 371-411, pero también, más en general, del mismo autor, "Libertà dell'autocoscienza e potere politico. Note sulla Fenomenologia dell'Enciclopedia delle scienze filosofiche di Hegel", en *Teoria politica*, 124 (1998), pp. 55-83.

¹⁸⁷ Es también Agamben que con estas palabras expresa la posición de Bentham, el cual precisamente escribe: "In speaking of logic as an art, according to the definition of the Aristotelians, I find myself obliged to add to the word art the word science. For the truth is that, howsoever clearly distinguishable in idea, the two objects, art and science, in themselves are not, in any instance, found separate. In no place is anything to be done, but in the same place, there is something to be known; in no place is anything to be known, but in the same place there is something to be done. To the presenting in conjunction with each other, as well as either of them without the other, the idea which the word art is employed to signify, and the idea which the word science is employed to signify, the Latin word *discipline* is correctly and admirably well adapted. Unfortunately, though so perfectly coincident in respect of its original, and so near to perfect coincidence in sound and appearance, yet in respect of its established, and, at present, customary import, the correspondent English word *discipline* presents no equal aptitude... Great, however, would be the convenience, strong the light, thrown upon the whole field of human power, if, instead of the composite and frequently

grande porque, mientras que para Bentham la adhesión utilitarista del individuo al mando es compartida y sentida, determina un momento ético, y el recurso a la disciplina estatal se hace solo para aquellos que, por falta de conocimiento y preparación, no entienden la razón "ética" de lo útil, en cambio, el aparato –del que Agamben subraya su origen sacral en la teológica *oikounomia*– se manifiesta como pura actividad de *governance*, privada de cualquier fundación en el ser. Como ya se ha mencionado, esta es solo "a set of practices". Por tanto, se convierte en *governance*, pero en sentido antropológico antes y más que en sentido constitucional: "Apparatus then is first of all a machine that produces subjectification, and only as such is it also a machine of governance". Una máquina autopoietica, que no tiene otro objetivo que no sea su propia replicación y la obtiene

perplexing locution art and science or science and art, the men of modern times could prevail upon themselves to employ the simple as well as classical term discipline, discipline would then be the name of the genus, art and science the name of the species included in it" (Bentham, *Logic*, ed. Bowring, VIII, pp. 218-219). Debo la indicación del pasaje de Bentham a Paola Rudan, que lleva tiempo dedicándose a nuestro autor (véase de la misma autora: "Governare la felicità. Riflessioni sulla rinuncia al contratto originario nel pensiero politico di Jeremy Bentham", en S. Chignola/G. Duso (eds.), *Storia dei concetti, Storia del pensiero politico. Saggi di ricerca*, Napoli 2006, pp. 63-117).

replicando (clonando, hibridando) sujetos cada vez más adecuados para tal replicación de actos de gobierno que sirven solo para ellos mismos; es decir, se justifican y se legitiman solamente sobre la base de su perfeccionamiento tecnológico.

The more apparatuses pervade and disseminate their power in every field of life, the more government will find itself faced with an elusive element, which seems to escape its grasp the more it docilely submits to it¹⁸⁸.

Para Agamben, la respuesta al robo de subjetividad realizado por el aparato debería ser quizás la de salir de la *governance*, en busca del *ungovernable*, para darle la vuelta al mecanismo de producción de la subjetividad sobre la que actúa el aparato. Una respuesta que puede relacionarse con aquella en términos de *justice*, vista anteriormente como derrumbe del *border*. Son empeños importantes, en un caso como en otro, grandes virtudes que hay que ejercitar, exigencia de tiempos

¹⁸⁸ El recurso al texto de Agamben, del que proceden las citas del texto, me ha sido facilitado por la presentación que de él han realizado los "graduating students of the MA Curating Contemporary Art at the Royal College of Art", en su publicación *Shadowboxing*: en tres *issues* sucesivas, cuatro artistas contemporáneos fueron invitados a responder a la pregunta "What is an Apparatus?", que Giorgio Agamben había planteado en su célebre escrito de 2006-2009.

históricos justos. Reduciendo el discurso a la administración, de la que quiero ocuparme aquí, sería menos difícil –pero quizás no menos revolucionario– poner en práctica el consejo de Benvenuti para un procedimiento administrativo "igualitario"¹⁸⁹.

Como ya he mencionado, la idea fundamental de Benvenuti se basa en el intento de dar mayor peso constitucional (o el peso constitucional que le correspondería) a la administración. Para mí, se trata –como ya he mencionado más de una vez– de transferir también a la administración los principios del constitucionalismo que hasta ahora se han referido casi exclusivamente a la función legislativa (en conjunto con soberanía popular/representación parlamentaria) y a aquella jurisdiccional. En general, se trata de empujes hacia una democracia sustancial, no solo fundada en el *dictum* de Montesquieu de la división de los poderes o en la ambigua máxima victoriana de la *rule of law*, sino, más bien, en la recuperación de responsabilidad que grava sobre los sujetos implicados en la acción administrativa, en paralelo con la autoridad estatal. Este es un modo concreto para transformar de pasiva en activa la subjetivi-

¹⁸⁹ F. Saitta, "Il procedimento amministrativo paritario nel pensiero di Feliciano Benvenuti", *Amministrare*, 41 (2011), pp. 457-474.

dad, sustrayendo la idea de ciudadanía y de identidad al vacío de las fórmulas para llenarlas de contenidos formulados y expresados (en adhesión o en contraste con la autoridad en la concreta acción administrativa) por sujetos portadores de intereses propios pero inmersos al mismo tiempo en el juego más amplio del interés colectivo, de la *res publica*¹⁹⁰.

Todo ello parece demasiado poco, respecto a las propuestas provenientes del más sofisticado análisis bio-político, pero merece la pena recordar que, de Montesquieu para abajo el poder –y también los poderes en plural– de transformaciones han conocido muchas, a partir de su refinamiento en funciones, que ha consentido a menudo el entramado entre partes diversas de los tres poderes tradicionales, en una perspectiva de renovación constitucional que no ha cesado de producir frutos, tanto en el plano práctico como en el teórico¹⁹¹.

¹⁹⁰ F. Saitta, "Cittadinanza, partecipazione procedimentale e globalizzazione (Appunti preliminari sulle funzioni dell'istituto partecipativo nell'era del diritto globale)", en *Codice delle cittadinanze*, edición de R. Ferrara/F. Manganaro/A. Romano Tassone, Milano 2006, pp. 331-36.

¹⁹¹ "Si la participación procedimental es también ejercicio de soberanía –escribe G. Carlotti, *La partecipazione procedimentale. Feliciano Benvenuti e la riforma delle legge n. 241 del 1990, Relazione al Convegno*

Para Benvenuti, en el centro de la experiencia histórica del derecho público está, más que el concepto kantiano de libertad¹⁹², el de participación; al menos en el sentido de que el principio indefectible de la libertad puede ponerse en práctica solo mediante la participación, en una línea que lo conduce a la propuesta de una "dem-arquía" en lugar de la "demo-cracia", con el implícito subrayado de responsabilidad subjetiva de cualquier actor individual o social implicado, que el nuevo término lleva consigo¹⁹³.

Si, por otra parte, *demos* significase de verdad, además de pueblo, también la unidad territorial básica en que la comunidad se constituye y se gobierna, entonces el término "demarquía" nos serviría para volver a aquella dimensión "local" donde tratar de "colo-

su "Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo", Roma 23 aprile 2008, in [www. giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)– entonces el fenómeno hay que examinarlo prioritariamente desde el punto de vista de sus fundamentos constitucionales". Por otra parte, la definición de los conceptos complementarios de función y de procedimiento administrativo había estado ya en el centro de la ponencia inaugural leída por Benvenuti en la Universidad de Padua en 1951.

¹⁹² Willoweit, *Der richtige Kern*, cit.

¹⁹³ F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia 1994. Es de nuevo evidente, en mi opinión, la analogía con Duguit: *supra*, pp. 147 ss.

car" la participación en los procedimientos para hacerla efectivamente practicable, siempre que esté garantizada la presencia y la incidencia del ciudadano en el núcleo decisonal en formación.

Desde los tiempos de la doctrina de Benvenuti, se ha avanzado poco en esta dirección, al menos en Italia. En otros lugares, se sigue hablando de democracia directa, tanto en el modo a menudo conservador de los más pequeños cantones suizos, como en aquel abiertamente antagonista y contestatario de los diversos movimientos de *Occupy*. Si es utopía, bienvenida la utopía. Lo importante es no considerarla simplemente fruto de una extensión a modo de mancha de aceite del estado de excepción, que no existe y no debe existir, si no se quiere salir de la historia misma del derecho y tirar, junto al agua sucia de una concepción superada del derecho, también al niño guapo y limpio en el que de nuevo se expresa la necesidad de orden que cualquier forma de vida comunitaria reclama. "Existe un modo culpable de habitar la ciudad: aceptar las condiciones de la bestia feroz". Con esta cita de Italo Calvino,¹⁹⁴ quiero concluir también mi reflexión, recordando

¹⁹⁴ Cita puesta por los editores en exergo a su Introducción al ya mencionado volumen *Le regole dell'eccezione*.

que, para ser y seguir siendo hombres, preferimos la libertad a las excepciones.

Pues al final –como siempre y como al comienzo– la libertad es el alimento primero del hombre "que come" y el último remedio, aunque nunca adecuado, de su originaria melancolía¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Véanse los capítulos primero y segundo de este ensayo.

NACIONES UNIDAS Y PODERES GLOBALES ENTRE ORGANI- ZACIÓN DEL COMERCIO Y CIUDADANÍA CORPORATIVA*

*Bartolomé CLAVERO***

Introducción

Los Estados ya no son lo que eran no tanto tiempo ha. Ni la sociedad internacional es lo

* *Siglas más utilizadas.* CDB: Convenio sobre la Diversidad Biológica; DDPI: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; GATT: Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (por la sigla en inglés); *IGC o IGC-GRTKF*: Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI (por la sigla en inglés); NNUU: Naciones Unidas; OIT: Organización Internacional del Trabajo; OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico; OMC: Organización Mundial del Comercio; OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; TK: Conocimientos tradicionales (por la sigla en inglés).

** Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones, Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas, Universidad de Sevilla: claver@us.es. He sido miembro del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas durante el trienio 2008-2010.

que ha sido hasta hace bien poco. Tal vez sea mejor decir que los Estados ya no son lo que se han creído ni la sociedad internacional lo que los mismos Estados se han figurado. Los Estados nunca han sido los únicos creadores ni operadores del derecho como han llegado a pretender ni el derecho de la sociedad internacional se ha reducido en momento alguno a un orden dependiente de la voluntad o la tolerancia de los Estados como igualmente se ha pretendido por parte de los mismos. Lo que resulta cierto es que tamañas ficciones llegaron a entronizarse en el campo del derecho formalizado por los propios Estados y que, en este mismo terreno que se entiende jurídico por formal, las cosas están cambiando dramática y aceleradamente. El derecho ya no es lo que era. Sus ficciones, por no decir sus ilusiones, ya no imperan a nuestras alturas tan fácilmente.

El constitucionalismo era hasta hace en efecto no tanto, cosa de Estados. Lo era la garantía contrastada de derechos y lo era el ejercicio regulado de poderes. Había derecho por encima de los Estados, pero no específicamente derechos ni estrictamente poderes en términos por igual de derecho. Hoy hay poderes y derechos supraestatales, incluso tendencialmente globales, no siempre, los unos como los otros, pasando por la venia implícita o por el reconocimiento explí-

cito de los Estados, por su tolerancia o por su voluntad. Hay mecanismos de garantía de derechos y de ejercicio de poderes, éstos además tanto constituidos sobre los Estados como formados al margen de los mismos. Lo que es más, hoy el propio constitucionalismo estatal está penetrado y permeado por derechos y poderes que se desenvuelven en espacios internacionales, ya regionales, ya globales. Cabe incluso preguntarse si la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos tienen sentados los cimientos de un orden constitucional global en desarrollo desde entonces, desde 1945 la Carta y desde 1948 la Declaración. En todo caso, el constitucionalismo de Estados ya no es lo que era¹.

Para reflexionar sobre derechos y poderes globales voy a ocuparme de dos casos concretos que me traigo entre manos, uno referente a las instituciones internacionales que inciden

¹ Rafael Bustos Gisbert, *La Constitución red. Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2005; Bardo Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009; Ignacio Gutiérrez, *De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional*, en Anne Peters, Mariano J. Aznar e I. Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 15-91.

en el ámbito sensible del conocimiento, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y el otro tocante al asunto no menos neurálgico del reto que plantean las empresas transnacionales de cara a los derechos humanos. Tienen ambos capítulos en común esto mismo de la problemática de creciente apertura de espacio y acelerada reserva de poderes a disposición de empresas fácilmente en conflicto y difícilmente en acuerdo con la predicación universal de los derechos humanos². Adopto un contrapunto que marca mi perspectiva, naturalmente el contrapunto normativo de los derechos humanos. A este efecto de contar con una piedra de toque, concreto más.

Tomo como referencia los derechos de los pueblos indígenas, que son naturalmente los mismos derechos humanos que los del resto de la humanidad, pero con una peculiaridad que les hace especialmente indicados al propósito de contraste con poderes internaciona-

² Los capítulos han sido respectivamente realizados para el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* y la *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*, ésta del Perú, donde se publicarán por separado. Los adapto, reduciendo el aparato de notas, en la medida precisa para la exposición del argumento. La versión más desarrollada se publicará en los *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 41, 2012.

les. Como no cuentan con Estado propio que ampare sus derechos en la práctica, dada esta razón de fondo aunque no suela así reconocerse, con lo que cuentan hoy en el orden internacional es con garantías propias y específicas de sus derechos humanos, éstos los comunes, valga la insistencia para prevenir, ya de entrada, equívocos. Los pueblos indígenas no constituyen desde luego un poder global, pero son hoy una presencia global que nos puede asistir a movernos en el escenario, si no a más. Vamos sin otro preámbulo al grano. Al final ataremos cabos o haré al menos el intento.

I. *Organizaciones mundiales y conocimientos tradicionales*

I.1. *Un poco de prehistoria*

Tras el Convenio para la Protección de la Propiedad Industrial, 1883, y el de la Propiedad Intelectual, 1885, se puso en pie la primera organización internacional encargada de dichos menesteres, los de defensa de la propiedad intelectual en su sentido más amplio que integra conocimientos industriales y en general todo el que pudiera tener un valor comercial. No es tan sólo ni principalmente *copyright*, derecho de autor o autora. Se trataba de las *Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété*

Intellectuelle, oficinas internacionales constituidas en 1893 bajo la fórmula de asociación en una sola unión de otras previas entre Estados con radio más limitado y estructura menos estable de lo que ahora intentaba alcanzarse. Limitada y potencialmente inestable seguía siendo la organización resultante pues congregaba sólo a Estados que se reconocían y relacionaban entre sí con reserva de su soberanía en un mundo de domino colonial ejercido sobre una buena parte de la humanidad a la que los mismos, los Estados, no le concedían pie de igualdad alguno.

Tal circunstancia repercute en la misma concreción de las categorías de bienes protegidos. Se trata no sólo de los propios, sino también solapadamente de bastantes ajenos, esto mediante la protección no sólo de la propiedad, sino también del poder colonial de acceso a los bienes y recursos de un resto amplio de la humanidad, por entonces una mayoría de la misma, para apropiación y explotación. Nada de esto, por supuesto, necesitaba que se especificase. Bastaba la reserva del derecho de admisión en el club de la organización bajo el principio de soberanía de los miembros, una soberanía no sólo metropolitana, sino también colonial, y mediante unas reglas de interestatalidad sustantiva, esto es de reciprocidad entre los Estados que implícitamente se reservaban los respectivos

poderes sobre colonias o también sobre sectores internos de humanidad con patrimonio cultural distinto y propio. En este contexto marcado por un colonialismo que hipoteca fuertemente todo el terreno nace la organización internacional de protección de la propiedad intelectual en sentido abarcador³.

Ahí que arrancamos en lo que puede considerarse una prehistoria, aunque la misma resulte que se sitúa en tiempos relativamente cercanos y que pudiera estar pesando todavía con severidad en la actualidad. Cuando, al cabo de unas cuantas décadas, la *World Intellectual Property Organization* u Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO u OMPI) que, procediendo en último término de aquellas *Bureaux* y guardando tracto, se formalizara en 1970, se integre en la constelación de las Naciones Unidas (NNUU) y así se constituya la actual agencia especializada suya, cuando esto acontece, los planteamientos de fondo no se revisan. A tales alturas, tras la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, y la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, 1960, esto es tras las

³ Laurelyn Whitt, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples: The Cultural Politics of Law and Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

adopción por NNUU de una política de descolonización que ahora, y no doce años antes, se entiende debida a imperativos del "derecho humano" de los pueblos "a la libre determinación", tras todo ello, podría esperarse otra cosa. Mas el caso es que la OMPI se integra en NNUU sin revisión de unas posiciones todavía procedentes de tiempos de colonialismo franco y pleno. Los derechos humanos, inclusive los de los pueblos como tales, parece que no tuvieran nada que ver con el asunto⁴. Sé que se arrastra un largo debate sobre la posibilidad de derechos humanos de carácter colectivos, pero me estoy limitando de momento a seguir el desarrollo habido por parte de NNUU.

Respecto a lo que aquí deba interesar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, esta norma global, establece sucintamente que "toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente" (art. 19). Dispone asimismo que "toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las

⁴ Laurence R. Helfer, y Graeme W. Austin, *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, aps. 1.4: "Historical Isolation of the Human Rights and Intellectual Property Regimes" y, para lo que sigue, 1.5: "Catalysts for the Expanding Intersection of the Human Rights and Intellectual Property Regimes".

artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten" y "derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora" (art. 27). ¿No falta algo? Falta el derecho humano a la propia cultura, a la cultura en la que la criatura humana se individualiza y socializa, un derecho que, de haberse registrado, hubiera sencillamente requerido el fin del colonialismo.

Sería, habría de ser, derecho a una cultura, cualquiera de las múltiples humanas, en la que por supuesto se contienen conocimientos, empíricos o elaborados, sobre recursos específicos del propio medio potencialmente beneficiosos para todo el conjunto de la humanidad. El régimen internacional imperante sobre propiedad intelectual suponía la situación diametralmente contraria de apropiación y explotación de recursos y conocimientos propios y ajenos por una parte de la humanidad en su beneficio exclusivo. El derecho a la cultura propia fue rechazado de forma más franca en los debates sobre la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio que corrió en paralelo a los de la Declaración Universal. Posteriormente, en 1960, la Declaración sobre la Concesión de Independencia a los Países y Pueblos Coloniales reconoció ciertamente, como expresión de

la libre determinación, el derecho a la cultura propia (art. 2), pero esto con el problema de aplicársele a poblaciones comprendidas dentro de fronteras establecidas por el colonialismo y no a los pueblos mismos, como ya con anterioridad había ocurrido, más o menos, en América.

Esa era sustancialmente la situación en 1970, cuando la OMPI se convierte en agencia de NNUU. El reconocimiento en 1966 del derecho de las llamadas minorías a la cultura propia por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 27) no suponía cambio de fondo, pues su protección se encomendaba a los Estados, aun con cierta supervisión de NNUU, y además el Pacto no había recibido aún las ratificaciones necesarias para entrar en vigor. En 1970 no había obstáculos sustanciales por parte de NNUU para la continuidad de un tracto colonial tras la descolonización. No existían en lo que toca a la propiedad intelectual en su sentido siempre más lato.

Conviene ilustrar cómo precisamente a través de un régimen de protección de propiedad la expropiación, una expropiación realmente sistemática y masiva, podía operar. Baste el ejemplo de las especies vegetales con virtudes terapéuticas, el de estos concretos recursos genéticos. El régimen de patentes y

registros internacional y estatal no reconocía el conocimiento empírico sobre virtudes terapéuticas de especies vegetales como un bien inscribible y protegible, sino tan sólo el principio activo extraído en laboratorio. La investigación antropológica financiada por los correspondientes intereses se hacía con el conocimiento empírico, la empresa farmacéutica se apropiaba con facilidad identificando el principio activo para embarcarse en su explotación no en beneficio exactamente de la humanidad entera y, aún menos, del sector cuyo conocimiento empírico así se expropiaba. Es la práctica a la que ahora se le llama en su alcance más general *biopiratería global*⁵.

⁵ Ikechi Mgbeoji, *Global Biopiracy: Patents, Plants, and Indigenous Knowledge*, Ithaca, Cornell University Press, 2006; Marceline Tonye Mahop, *Intellectual Property, Community Rights and Human Rights: The Biological and Genetic Resources of Developing Countries*, Nueva York, Routledge, 2010, cap. 5: "Incursion in the 'bio-piracy' debate: modern exploitation of biodiversity components of developing countries and community rights"; Tobias Kiene, *The Legal Protection of Traditional Knowledge in the Pharmaceutical Field: An Intercultural Problem in the International Agenda*, Münster, Waxman, 2011.

1.2. Continuidad y revisión: la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual entre la UNESCO y la Organización Mundial del Comercio

Por aquellos años de la limitada descolonización presidida por NNUU, Estados procedentes de la misma se incorporan a la organización internacional y a sus agencias, también a sus agencias, con toda la experiencia acumulada de padecimiento de colonialismo no sólo directamente político, social, económico y cultural, sino también mediante mecanismos menos francos como el del régimen de propiedad intelectual representado por la OMPI. Un primer remedio se muestra, más que insuficiente, insidioso. Que los Estados nuevos se incorporasen en pie de igualdad a organizaciones de Estados viejos manteniéndose las reglas ya establecidas no resolvía el problema, para los primeros, ni atajaba el negocio, para los segundos, de la sistemática expropiación de conocimiento y recursos mediante el régimen internacional de propiedad intelectual imperante.

En esta tesitura, frente a las previsiones de su integración en la constelación de agencias de NNUU, la OMPI se convirtió en el foro al que ese problema se trajo y en el que dicho negocio se cuestionó. Los Estados nuevos defendían derechos propios y, en casos tam-

bién, bastante más desigualmente, derechos de pueblos comprendidos dentro de sus fronteras. Por lo que depara el futuro de entonces, un presente hoy, tampoco olvidemos que los Estados surgidos de la descolonización no se identifican exactamente con pueblos en singular. Multitud de pueblos que no forman por sí Estados y que por regla general no se encuentran reconocidos como tales pueblos por los Estados establecidos tienen patrimonio propio de conocimientos, empíricos o elaborados, que pueden beneficiar por supuesto a toda la humanidad. No tenían dichos pueblos por entonces, hacia 1970, presencia alguna en el orden internacional.

Desde finales de los años setenta la OMPI encontró la simpatía y colaboración de alguna otra agencia de NNUU respecto a la puesta en cuestión, bien que todavía bastante tímida, del régimen internacional de propiedad intelectual. Fue sobre todo el caso precisamente de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la UNESCO. Se adopta por ambas, por ésta y por la OMPI, el concepto de *folclore* para el patrimonio de sectores humanos con cultura propia y sin Estado propio confiándosele a los Estados su protección. Así se acuerdan por estas dos agencias en 1982 unas *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit*

Exploitation and Other Prejudicial Actions o Disposiciones-Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, en forma de recomendación dirigida a los Estados. Tímidamente y todo, era el comienzo de un efectivo cuestionamiento de las fronteras impuestas por unos principios de reciprocidad interestatal en el reconocimiento y garantía de la propiedad intelectual, principios de una interestatalidad ya notablemente ensanchada pero distando muchísimo de cubrir la totalidad de sujetos colectivos con cultura propia y funcionando además sobre supuestos de valor económico y explotación comercial u otro provecho relictivo de la propiedad inscrita. El *folclore* desbordaba este escenario. Tanto la OMPI como la UNESCO siguieron comprometiéndose conjuntamente y por separado en esta otra dirección.

Los Estados que venían dominando en el orden internacional antes de la descolonización impulsada por NNUU, encabezados ahora por los Estados Unidos, reaccionaron ante la conversión de la OMPI y la UNESCO en foros donde se discutían cosas tan sensibles como el régimen de protección internacional de propiedad intelectual, industrial, comercial y demás. Esos Estados deciden llevarse el asunto a otra instancia internacional, la del

Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (AGAC) o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), que había sido constituida en 1947 al margen de NNUU e incluso en su contra, pues así se evitó que las mismas tuvieran una Organización Internacional del Comercio propia, y que en 1995 se convertiría en la Organización Mundial del Comercio (OMC) o *World Trade Organization* (WTO) acentuando su empeño por comprometer a todos los Estados en la elevación del mercado por sí mismo a especie de bien jurídico global por encima de la globalización misma de los derechos humanos promovida por NNUU⁶.

En las vísperas de este relanzamiento, se adopta por la inminente OMC un instrumento que venía gestándose desde 1986, el Acuerdo sobre los *Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* (ADPIC) o *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) a fin de dar continuidad al régimen internacional que estaba poniéndose en cuestión por la OMPI y por la UNESCO. Naturalmente propiedad intelectual va siempre y ahora sobre todo en el sentido comprensivo de la de valor industrial o comercial. Es el régimen que

⁶ Aun no acentuando los mismos extremos, Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 161-177.

seguía suponiendo la expropiación sistemática de conocimientos, constructos y artefactos de sujetos colectivos con culturas propias y sin Estado propio.

La OMPI y la UNESCO proseguían con cuestionamientos y con averiguaciones. Durante la década de los noventa organizaron misiones exploratorias por diversas latitudes para hacerse con información sobre culturas expuestas, dadas las insuficiencias de cobertura del régimen internacional de la propiedad intelectual en su sentido siempre más general. Al tiempo y con ello van estallando las costuras de la categoría de folclore y cobrando pujanza otras como la formada por el tándem conocimientos tradicionales/recursos genéticos, *traditional knowledge/genetic resources* (TK/GRs). He aquí una pareja, a primera vista extraña, hoy muy presente en el ámbito del derecho internacional⁷. En la OMPI es donde se produce el apareamiento.

⁷ Graham Dutfield, *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, Sterling, Earthscan, 2004; *Intellectual Property Rights and the Life Science Industries: Past, Present and Future*, 2ª ed. actualizada, Londres, World Scientific, 2009. Ante la primera edición se le achacaron al autor prejuicios antiempresariales: Philip W. Grubb, *A patently negative view of industry*, en *Nature Biotechnology*, núm. 21-12, 2003, pp. 1439-1440. Que el prejuicio acuse de prejuicio suele ocurrir y así ocurrirá con estas páginas, las mías.

En el año 2000, en el seno de la OMPI se constituye un órgano deliberativo y propositivo, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC-GRTKF)*⁸. Es intergubernamental, compuesto por delegados de Estados, pero muy abierto desde un comienzo a organizaciones interesadas, inclusive las indígenas, esto es las de gentes con culturas propias en territorios propios sin acceso a la constitución de Estados pese a la descolonización habida y que recurren a la acción internacional por la falta de confianza en los respectivos Estados para proteger sus conocimientos y recursos. Entre las instancias de NNUU, es en este foro donde se ha producido una interesante elaboración de la problemática, comprendida la definición de la categoría de conocimiento tradicional, no ciertamente por el desvelo de las delegaciones de Estados, sino por la aportación de organizaciones indígenas, de misiones sobre el terreno y de algún personal profesional del propio IGC⁹.

⁸ www.wipo.int/tk/es/index.html es el sitio del IGC-GRTKF.

⁹ Silke von Lewinski (ed.), *Indigenous Heritage and Traditional Knowledge: Genetic Resources*,

1.3. *Conocimiento tradicional según el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore*

En dicho año, el 2000, al acordarse la formación del IGC, se le hace expresamente el encargo de aclarar las categorías mismas que le prestan nombre, las de *recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore*. Luego, en 2009, se le añadirá el encargo de preparar un proyecto o una serie de proyectos de instrumentos internacionales para asegurar la protección efectiva de *GRs/TK/TCEs, traditional knowledge, genetic resources, traditional cultural expressions*, "RRGG, los CCTT y las ECT", los recursos genéticos, conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales, pero aquí ante todo nos interesa la dimensión categorial. ¿A qué viene la categoría de *conocimientos tradicionales* y por qué aparece vinculada a los recursos genéticos? La respuesta más elaborada la ofrece la Secretaría del IGC en sus informes sobre *Cuestiones relativas a la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folclore*, particularmente en el de 2002 acerca de *Los*

Traditional Knowledge and Folklore, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2008.

conocimientos tradicionales: definiciones y términos. Acudamos a su lectura¹⁰.

De entrada se nos dice que la categoría de conocimientos tradicionales hace referencia a "las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; así como las interpretaciones o ejecuciones; invenciones, descubrimientos científicos; dibujos o modelos; marcas, nombres y símbolos; información no divulgada; y todas las demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición que procedan de la propiedad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico". Sin embargo, lo del carácter *tradicional* debe enseguida comenzar a matizarse: "La expresión *basadas en la tradición* se refiere a los sistemas de conocimientos, las creaciones, innovaciones y expresiones culturales que se han transmitido generalmente de generación en generación; se considera generalmente que pertenecen a un pueblo en particular o a su territorio y evolucionan constantemente en respuesta a los cambios que se producen en su entorno". El doble uso del adverbio *generalmente* ya está insinuando que no siempre la

¹⁰ OMPI/GRTKF/IC/1/3: www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_3/wipo_grtkf_ic_3_9.doc. No cito el lugar concreto de los pasajes reproducidos porque se buscan y hallan fácilmente en las ediciones de sitios oficiales de Internet a las que se remite.

tradición es tradición, por lo que esta característica no puede ser la definitiva o exclusivamente definitoria. Lo que acto seguido se añade ha de resultar más decisivo. Se trata de conocimientos *que pertenecen a un pueblo en particular*, a un pueblo se sobrentiende que no constituye Estado. Como pertenencia viva de pueblos, los conocimientos llamados tradicionales *evolucionan constantemente* y se actualizan.

El documento de la Secretaría del IGC identifica conocimientos tradicionales: "los conocimientos agrícolas, los conocimientos científicos, los conocimientos técnicos, los conocimientos ecológicos, los conocimientos medicinales, incluidas las medicinas y los remedios conexos; los conocimientos relacionados con la diversidad biológica". Son conocimientos empíricos de valor *científico* o *técnico* en general y desde luego, ante todo, para el propio pueblo. Entre conocimientos *agrícolas, ecológicos, medicinales y relacionados con la diversidad biológica*, ya tenemos indudablemente *recursos genéticos* como objeto de las pertenencias culturales de los pueblos sin Estado. Dentro de los conocimientos dichos tradicionales también se sitúa ahora el *folclore* "en forma de música, baile, canción, artesanía, dibujos y modelos, cuentos y obras de arte". La categoría que quiso ser comprensiva, ahora ha de reconocerse que

representa un elemento más de otra más bastante amplia. Hay todavía otros: "elementos de los idiomas", como los nombres de personas y de sitios, símbolos y otros bienes culturales, comprendidos los muebles o más tangibles. "Quedarían excluidos de esta descripción de los conocimientos tradicionales los elementos que no se deriven de la actividad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico, como los restos humanos, los idiomas en general y otros elementos similares del *patrimonio* en un sentido amplio". La categoría de *conocimientos tradicionales* no se confunde con la de *patrimonio intangible* que estaba al tiempo elaborándose en el seno de la UNESCO.

Conforme avanza el informe, la característica definitoria de los conocimientos tradicionales deriva, desde su formación mediante tradición, a la pertenencia de pueblo: "Otra característica de los conocimientos tradicionales es el sentido de identidad que confieren a la comunidad. Los conocimientos tradicionales son para sus titulares un medio de identificación cultural, de manera tal que su preservación e integridad se vinculan con la preservación de las distintas culturas *per se*". Se apunta entonces la posibilidad de que la definición misma se replantee en la dirección que reclaman las gentes afectadas: "Una definición de conocimientos tradicionales podría

incluir asimismo un elemento que respondiera al derecho reivindicado por los grupos indígenas, las comunidades locales y otros titulares de conocimientos tradicionales, de determinar por sí mismos lo que constituyen sus propios conocimientos, innovaciones, y prácticas, y el modo en que deben definirse". Se trata de patrimonio cultural de colectivos humanos, por lo que el entendimiento de éstos mismos no debiera soslayarse. Es derecho suyo, aunque haya dificultad para definirlo en las categorías dadas del orden internacional y de los Estados: "Si bien existe una resistencia a la noción de *titularidad* como tal, particularmente si es considerada como titularidad individual o privada, puede existir un sentido de conexión que incluya la titularidad comunitaria o colectiva, y la responsabilidad en relación con la protección y la custodia". Por experiencia propia, esto es por conocimiento tradicional, los colectivos afectados en general rechazan que los Estados estén en condiciones de hacerse cargo de esa custodia y esa protección.

Respecto a la cuestión tan problemática como decisiva de lo que se llama *titularidad*, la propuesta del informe es más bien elusiva: "La relación puede expresarse por medio de una identidad comunitaria que contribuye a definir la tradición en la que se generan y transmiten los conocimientos". ¿Qué es la

identidad comunitaria en términos operativos de reconocimiento, garantía y ejercicio de derechos? ¿En qué queda un concepto de *tradición* que dicho sujeto comunitario puede *definir*? Y la *generación y transmisión de conocimientos*, ¿cómo se reconoce, garantiza y ejerce? Los interrogantes intentan concretarse a los efectos prácticos de la protección internacional cualquiera que pudieran ser las respuestas teóricas. La situación dada no convence por el papel decisivo que le sigue confiriendo a los Estados: "La tendencia ha consistido en dejar en manos de las autoridades nacionales la determinación específica de los límites de la materia objeto de protección y que la terminología en el plano internacional se utilice principalmente para expresar una tendencia común en materia de política", no, cabe añadirse, en el campo del reconocimiento y la garantías de derechos, como si NNUU no se hubiera a estas alturas acreditado en dicho terreno. Intenta también el informe definir criterios posibles de la *tendencia común en materia policía*, pero éstos no salen de la imprecisión. En todo caso, la categoría de *conocimientos tradicionales* la tenemos.

I.4. Paradigmas actuales: del Convenio sobre la Diversidad Biológica a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La OMPI no es el único espacio del orden internacional donde el asunto se trata. Tampoco lo es el trío desigual que forma al efecto con la UNESCO favorable y la OMC adversa. Ocurre en bastantes foros desde los años ochenta del siglo pasado, y esto tampoco porque de parte de los Estados constituyentes de NNUU vinieran iniciativas, sino por la presión constante de representantes indígenas ante cuantas instancias internacionales puedan entender de sus reclamaciones. Desde dicha década, a partir de la creación de un ya extinto Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas para asesorar a la también ya desaparecida Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, se ha desarrollado una presencia creciente de organizaciones indígenas ante los foros internacionales e incluso dentro de ellos, como sea el caso del Foro Permanente del Consejo Económico y Social para las Cuestiones Indígenas o del Mecanismo de Expertos del Consejo de Derechos Humanos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Uno de los temas que así se han hecho vivos globalmente es el de las deficiencias del orden internacional sobre propiedad intelectual en su más amplio sentido a los efectos de garantía

de los derechos de los pueblos indígenas y similares sobre su propia cultura, inclusive conocimientos que pudieran ser beneficiosos para la humanidad toda. Aunque las tendencias doctrinales todavía dominantes en el derecho internacional o también, por cuanto le afecta, en el constitucionalismo pretendan ignorarlo, desde los años noventa se viene produciendo un replanteamiento significativo de la posición jurídica de dichos pueblos en un escenario que sigue siendo de Estados.

No es necesario que hagamos una visita a todos los foros internacionales donde cuestionamientos y propuestas de parte indígena se han hecho presentes interesando a la cuestión de la propiedad intelectual. Voy a ir directamente de un momento todavía bastante anclado en el pasado a otro que abre nuevas perspectivas de futuro. Me refiero, en primer lugar, al Convenio sobre la Diversidad Biológica que se acordara en Río de Janeiro en 1992 (CDB o CBD) y, en segundo lugar, a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que se adoptara en Nueva York en 2007 (DDPI o DRIP). Por medio existen, interesando de diversa forma a la propiedad intelectual de conocimientos tradicionales, convenios y recomendaciones de la UNESCO, propuestas en la OMC, directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS o WHO), algún convenio de la Organización para la

Alimentación y la Agricultura (FAO)...; de poco antes, de 1989, procede un convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT o ILO) que igualmente le interesa¹¹. Todo ello es por supuesto relevante, pero creo que puede bastarnos con ese par de miradas, una al pasado que es presente, la que se encierra en el CDB, y otra al futuro que debiera ser actualidad, la que augura la DDPI. Comencemos por el planteamiento del CDB acerca de *TK/GRs*, de los conocimientos tradicionales en su relación con los recursos genéticos.

El CDB se muestra de entrada apreciativo del papel de los colectivos indígenas en la conservación y custodia de la biodiversidad con todos los conocimientos y recursos que ello pueda deparar a la humanidad: "Las Partes Contratantes (...) Reconociendo la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovacio-

¹¹ De interés para todo el contexto hasta finales de los ochenta, Luís Rodríguez Piñero, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

nes y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes", proceden. Lo hacen al respecto sobre dicha base que considera los *conocimientos tradicionales* sobre unos *recursos biológicos* como un valor cuyos *beneficios* se deben *compartir equitativamente* por parte de las *comunidades locales* y las *poblaciones indígenas* que los poseen. Tal participación con el conjunto de la humanidad se contempla y regula en el cuerpo del CBD de esta guisa: "Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, (...) con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente" (CDB, preámbulo y art. 8j).

En ningún momento se reconoce derecho alguno en sentido estricto a los grupos humanos que tienen conocimiento y manejo de los

recursos biológicos del caso. Es en cambio el Estado quien ve ratificada su competencia de disposición tanto normativa como económica, ahora, de ratificar el Convenio, con el compromiso internacional, *en la medida de lo posible y según proceda*, de contar con la *aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas* y de procurar que estos sujetos colectivos, los que se dicen *indígenas y locales*, participen *equitativamente* de los *beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas*. Al escenario tradicional de un orden de concurrencia de Estados reservándose soberanía y poderes se añaden así, no reconocimiento y garantía de derechos, sino compromisos un tanto laxos para contrarrestarse los efectos de expropiación sistemática de *comunidades* humanas con cultura propia y sin Estado propio o ni siquiera, que el CDB contemple, algún régimen internacionalmente garantizado de autogobierno que capacitase a las respectivas *comunidades* para la defensa de derechos propios y la representación de los propios intereses. Ni derecho comunitario de dominio ni algún derecho político se reconocen. En el foro periódico de las Conferencias de las Partes del CDB se ha desarrollado un fuerte cabildeo indígena que vigila las previsiones del artículo 8j, pero los planteamientos de

derecho o de carencia del mismo son los dichos. El CDB no se reforma.

Entre los instrumentos internacionales, un planteamiento muy distinto encontramos al cabo de tres lustros, en 2007, gracias a la DDPI. Su texto se ha venido negociando en diversas instancias de NNUU durante más de dos décadas con representantes indígenas, lo cual redundaba claramente en el resultado. La DDPI reconoce ante todo el derecho de *los pueblos indígenas* al autogobierno como expresión de un derecho a la *libre determinación* respecto a los asuntos propios (arts. 3 y 4). A esto se añade que, para aquellos que les trascienden y les afectan, el Estado regularmente, y sobre todo en algunos casos como los tocantes a recursos, ha de contar con el *consentimiento, libre, previo e informado* de dichos pueblos (arts. 10, 11, 19, 28, 29 y 32). La DDPI tiene además para NNUU y para los Estados, según sus propios términos, un valor normativo en grado desconocido por otros instrumentos internacionales que reciben la denominación de *declaración*: "Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración"; "Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en par-

ticular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia" (arts. 38 y 42). Es un rasgo notable que se explica por la participación indígena a todo lo largo del proceso de debate y acuerdo.

Entre los derechos de los pueblos indígenas registrados en la DDPI figura por supuesto, visto lo dicho, el referente a propiedad intelectual. El asunto hace acto de presencia desde el preámbulo: "La Asamblea General (...) *Considerando* que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente" declara en su cuerpo articulado que "Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho

patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales", por todo lo cual "conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos" (art. 31). Ya no se trata de un compromiso laxo, sino de una obligación estricta para los Estados dado que ahora de lo que se parte es del reconocimiento expreso del derecho de *propiedad intelectual sobre conocimientos tradicionales y recursos genéticos*, comprendidos los humanos.

La forma de llevar a la práctica tal reconocimiento en el ámbito internacional se encuentra en buena parte ya en manos de agencias especializadas de NNUU, sobre todo si los Estados, como resulta usual, no lo asumen por sí mismos. El reto principal se le plantea a la OMPI, que habría además de recuperar competencias sustraídas por la OMC y, pues también es el caso, por el CDB. El encargo de preparar instrumentos internacionales para la protección de *GRs/TK/TCEs*, recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales, con la revisión a fondo del régimen internacional de la propiedad internacional que habría de implicar, ya se encuentra encomendado en el seno de la OMPI al IGC, como está dicho. De parte indígena se ha fijado muy claramente la postura de no aceptar ningún instrumento que no

parta del reconocimiento de los derechos de los pueblos y de la necesidad de *consentimiento libre, previo e informado* para el acceso a sus recursos. El rechazo del modelo CDB es inequívoco por parte indígena: "El (o los) instrumento(s) legal(es) internacional(es) no podrá(n) declarar ni de ninguna otra forma dar a entender que los Estados miembros de la OMPI sean titulares o beneficiarios de la utilización de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y recursos genéticos"¹².

A tenor del valor normativo de la DDPI con su efectivo requerimiento de *consentimiento libre, previo e informado*, debería adoptársele como base, pero no se está procediendo así en la OMPI por parte de su IGC. Las agencias de NNUU se resisten en general a atenerse al mandato contenido en el citado artículo 42 de la DDPI. Algunas, como la OMC y el Banco Mundial, lo que promueven es cierta extensión del régimen dado de la propiedad intelectual a los conocimientos que se dicen tradicionales, posibilitando así su participación global, sin enfrentarse con el

¹² www.coica.org.ec/sp/noticias/dnoticias.php?id=162: *Declaración de los Pueblos Indígenas al 18º Comité Intergubernamental*, 2011, principio quinto, en el sitio de la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica. El documento no lo encuentro en el sitio de la OMPI.

problema de su inadecuación por la identidad que le prestan a pueblos determinados, ni con el de la resistencia de éstos, no tanto a que se compartan, como a que la globalización implique explotación comercial y, por ende, privatización aun compartiéndose beneficios. Naturalmente que existen grupos dispuestos, pero esto no representa la posición general, como se refleja, sin ir más lejos, en la DDPI. El reto actual para las propias NNUU es el de reducir la ancha brecha de su inejecución.

1.5. *Unas reflexiones interlocutorias*

En un planeta depredado, con mengua galopante de recursos, la existencia remanente de importantes espacios de diversidad biológica y natural constituye un precioso tesoro para la supervivencia digna y próspera de la humanidad. Es una riqueza cuyo valor se redobla por la razón de que en esos espacios no sólo existe bio y otra, valga la expresión, naturodiversidad, esto segundo por añadir recursos minerales y energéticos, sino también diversidad cultural, conocimiento y manejo humanos del conjunto y de buena parte de los elementos¹³. Es el conocimiento y el ma-

¹³ Johanna Gibson, *Community Resources: Intellectual Property, International Trade and Protection of Traditional Knowledge*, Aldershot, Ashgate, 2005, cap. 6: "The Cultural Diversity in Biodiversity".

nejo que se dicen indígenas o también tradicionales por provenir de una larga experiencia de vida colectiva en el respectivo medio naturodiverso. Constituye una ciencia empírica de inestimable valor constante para quienes la poseen y potencial para la humanidad toda. Hay posiciones que pretenden convertir esta ciencia en bienes globales o *global commons* sin reconocer derecho estricto a sus generadores y sin ofrecer garantías de información ni autonomía para la entrada en negociación y eventual prestación de consentimiento, queriéndose poner así tal ciencia a disposición en teoría de la humanidad y en la práctica de empresas comercializadoras de todo lo patentable¹⁴. La categoría de los bienes comunes globales no es tan inocente y bondadosa como, por la impresión de solidaridad que desprende, suele presumirse. Ya hemos visto cómo, frente a las mismas NNUU, la OMC quiere imponer el mercado cual si fuere bien jurídico global.

¹⁴ Michael F. Brown, *Who Owns Native Culture?*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, con su continuidad viva en internet: web.williams.edu/go/native. Baste para contraste de visiones Keith Aoki, *Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection*, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 6-1, 1998, pp. 11-58: "questions about the limits of nation-state and the market are more important than ever" (p. 11).

Subrepticamente se identifica el beneficio humano con el beneficio empresarial tal y como si el mercado mundial fuera, sin posibilidad de cuestionamiento, el bien global progenitor o tutor de otros bienes globales, de otros *global commons* tan sustanciales, aunque intangibles, como la paz, la justicia, la salud, el medioambiente, la seguridad y el desarrollo realmente humano sin depredación de la naturaleza. Así tiende hoy a entenderse que opera como bien global el mercado aun en el caso en el que como tal, como progenitor o tutor de bienes globales, no se le presente y aunque no dé muestras tangibles de que pueda por sí alcanzar tales bondades. Para sentarse la presunción, basta con que, como es usual, no se le cuestione ni se le intente someter a condiciones de fondo y a funciones más que de forma, o basta también con que se aborden los *global commons* como si sólo fueran los físicos no comercializables en su integridad, bien que lo sean parcialmente o también de forma indirecta, esto es la atmósfera, el espacio exterior, el ciberespacio, los océanos y no mucho más, dejando más abierto todo el resto. Ampliando el concepto de bienes globales o *global goods*, hay agencias de las Naciones Unidas que, en la línea de la OMC, consideran el mercado bien jurídico global junto al conocimiento y la información sin cualificación alguna, esto como si toda la problemática que está debatiéndose en la OMPI

no existiera en absoluto. A lo más, en relación a *public goods*, a lo *global* se suma lo *local*, pero identificándose esto con lo estatal como si los Estados representasen a pueblos y a todos los pueblos¹⁵.

Cuidando las formas, pues no el fondo, no se sitúa lejos de esa pretensión la posición del CBD de 1992. Ya parte en su preámbulo de la consideración de su objeto como *global common* sin más mediación que la de los Estados que se conciertan: "Las Partes Contratantes (...) Afirmando que la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad. Reafirmando que los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos"... Suele destacarse su aprecio por el valor de los conocimientos de comunidades sobre la biodiversidad propia y su recomendación de que se les compense con equidad la globalización de los mismos, pero todo esto se hace en el escenario de un derecho internacional o, mejor dicho,

¹⁵ Nancy Birdsall y Robert Z. Lawrence, *Deep Integration and Trade Agreements. Good for Developing Countries?*, y Joseph E. Stiglitz, *Knowledge as a Global Public Good*, ambos, el primero en una sección sobre *Market Efficiency*, en Inge Kaul, Isabelle Grunberg y Marc A. Stern (eds.), *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, Nueva York, Oxford University Press–United Nations Development Program, 1999, pp. 128-151 y 308-325 respectivamente.

interestatal cuyos principios y reglas no se alteran. Es al Estado al que se le asigna el poder de disposición sobre dicho conocimientos y la capacidad para compartirlos con el conjunto de la humanidad. El escenario del mercado opera en la trastienda. En ningún momento se plantean reglas para que la disposición por el Estado del conocimiento de comunidades no caiga finalmente en manos de empresas que, digámoslo así, los reprivaticen y esto ahora para la explotación de valor en el mercado. Es un contexto en el que las posiciones de la OMC acerca de la propiedad intelectual en su sentido amplio prevalecen netamente sobre las que intenta abrirse paso en la organización específica de las NNUU, la OMPI Y están notoriamente prevaleciendo ante la DDPI. Todo esto es lo que define el paradigma imperante, un paradigma generado por el derecho internacional tradicional. No lo cambia que se abran posibilidades de patentar conocimientos tradicionales como vía para su comercialización, como tampoco que se arbitren otras fórmulas para la participación en beneficios.

Si se reconocen los conocimientos tradicionales sobre recursos genéticos y ponen en marcha mecanismos para su salvaguardia y aprovechamiento con participación en beneficios de quienes los han heredado y tienen actualizados, ¿dónde reside el problema?

Reside en el paradigma precisamente. Por mucho que llegaran a reconocerse los conocimientos tradicionales en todos los casos, por mucho que todos los Estados aceptasen en serio el reconocimiento, por mucho que se estuviera sin excepción practicando la participación de las comunidades en beneficios, aun con todo esto de lo que se estamos hoy ciertamente lejanísimos, el problema seguiría residiendo en el paradigma. Es el paradigma del derecho internacional dado, no diré del vigente porque presta oídos sordos a la DDPI con todo su valor normativo.

El paradigma que puede llamarse indígena es otro. Regresemos al informe del IGC-*GRTKF* de la OMPI acerca de *Los conocimientos tradicionales: definiciones y términos*. El mismo no nos sitúa ante comunidades que se aferren a la propia tradición por distinguirse de una forma insolidaria respecto a todo el resto de la humanidad o que así, por decirlo de este otro modo, se nieguen a participarle *global commons*, bienes globales. El mismo calificativo *tradicional* que parece caracterizarlas se relativiza de observarse su forma de entender y manejar la tradición. Se mantiene actualizada según requiere la propia experiencia a la par que, para evitarse su quiebra, se cuida el tracto. La propia identidad se juega en ello, una identidad que sustenta la aspiración de mantener una autonomía

hacia dentro y una capacidad de decisión hacia el exterior. A ello ha de sumarse que, por regla general, la identidad se extiende a la naturaleza en términos de simbiosis. Por decirlo también de ese otro modo, el paradigma indígena entiende que los recursos genéticos y otros naturales no pueden ser objeto de apropiación puesto que forman parte de la misma naturaleza que comprende a la humanidad y que, por lo tanto, no cabe que su participación o conversión en *global commons* se haga de forma que acabe tornando sus conocimientos sobre recursos en bienes empresariales produciendo beneficios. No hay oposición a la participación en beneficios, sino a la producción de beneficios a través del mercado.

La DDPI traduce pasablemente a términos de derechos el paradigma indígena. En este lenguaje jurídico resulta que cada *pueblo indígena* es sujeto de derecho sobre sus *conocimientos tradicionales* respecto a *recursos genéticos*. Para el acceso exterior a los mismos, el sujeto es el árbitro. Los pueblos indígenas podrán exigir garantías no sólo del respectivo Estado, sino también internacionales, para la subsistencia y el desarrollo material y cultural propios según las propias necesidades y aspiraciones. Y podrán poner condiciones sobre la forma de participación de sus conocimientos y recursos, sobre el modo

de su globalización en suma. El poder de decisión ya no radica de derecho en el Estado, ni siquiera con el añadido de la obligación de participar beneficios. Ahora los Estados están obligados a reconocer y garantizar dicha autonomía indígena hacia el interior y hacia el exterior de cada pueblo.

¿Son los conocimientos tradicionales sobre recursos genéticos *global commons*, bienes globales? Según y como, sería mi respuesta, o bien, como decían los escolásticos vetustos, *secundum quid et non simpliciter*. La simpleza generalizada según la cual, porque deban ser bienes globales por su potencial beneficioso para toda la humanidad, han de globalizarse por las buenas, nadie en el mundo del derecho dice que por las malas, es una posición interesada, una posición que responde a intereses de Estados y de empresas, no de pueblos o comunidades o ni siquiera de humanidad. Ni en teoría ni en la práctica la globalización mediante la complementariedad de Estado y mercado en exclusiva garantiza justicia ni equidad. Como sujetos de derechos y no como objetos de políticas, han de concurrir otros agentes, entre ellos y en primer lugar los pueblos y las comunidades con la riqueza de esos conocimientos que se llaman tradicionales.

Hay una expresión más bien cínica que he escuchado en medios académicos de Estados Unidos para referirse a la serie de nuevas categorías en el campo de la propiedad intelectual y especialmente a la trinidad *GRs/TK/TCEs*, recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales: "the field formerly known as folklore", el campo antes conocido como folclore, parafraseándose evidentemente, no voy a negar que con gracia, el nombre póstumo en vida de un famoso cantante: "the Artist Formerly Known as Prince", el artista antes conocido como Prince. Hay todavía quienes añoran viejos tiempos, esos tiempos de un colonialismo resistente con fuerza a la descolonización, cuando se quería encerrar en la categoría de *folclore* una materia e incluso a una parte de la humanidad que rebasa el nicho.

II. *Empresas transnacionales y pueblos indígenas*

II.1. *Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo sobre Empresas Multinacionales*

"En los decenios de 1960 y 1970, las actividades de las empresas multinacionales (EMN) fueron objeto de grandes debates. A raíz de ellos, se desplegaron esfuerzos para

establecer instrumentos internacionales destinados a reglamentar la conducta de las EMN y a fijar las condiciones que han de regir las relaciones de las EMN con los países huéspedes, sobre todo en el mundo en desarrollo", así arranca la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de 1977¹⁶. Fue elaborada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo aprobándose a finales de noviembre de dicho año y manteniéndose desde entonces con sus propios mecanismos de supervisión y actualización. *Tripartita* es cualificación referente al dato importante de constituir una declaración formal conjunta de las tres partes constituyentes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la gubernamental, la empresarial y la sindical. Participación indígena no hay a pesar de que esta agencia ya venía ocupándose de asuntos indígenas.

Nada se decía por entonces, en 1977, sobre la incidencia de dichas actividades empresariales multinacionales respecto a pueblos indígenas, pese a ser en efecto asunto de preocupación para la propia OIT desde tiempo

¹⁶ Con enmiendas efectuadas en 2000 y 2006: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_emp/-emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf, sigla del original que no adoptaré.

atrás, conduciéndole finalmente a la adopción, en 1989, del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169), un tratado que se abre a la ratificación de los Estados. Es un instrumento que registra derechos de tales pueblos, pueblos a los que pueden fácilmente afectar las actividades empresariales contempladas por la Declaración Tripartita. No obstante, las sucesivas actualizaciones de ésta, la última de 2006, siguen sin atender el caso. Cabría entender que, por ser partes constitutivas de la OIT, empresas y sindicatos habrían de quedar vinculados al Convenio 169 aunque el respectivo compromiso no se formalice mediante el procedimiento de ratificación propio de los Estados, pero tal no es la lógica del orden internacional. Tampoco se efectúa la conexión entre derechos de pueblos del Convenio 169 y responsabilidades de empresas de la Declaración Tripartita. Ésta, en su versión actual, toma entre sus términos de referencia la 169, pero no el 169, una Recomendación sobre política de empleo de 1984, pero no el Convenio sobre pueblos indígenas de 1989.

Estamos ante duplicidades características del sistema internacional en el seno de la constelación hoy constituida por las NNUU, por esta organización sustancialmente intergubernamental, esto es entre Estados.

Pese a la peculiaridad de ser una agencia tripartita, la OIT ha adoptado la óptica de las instituciones en exclusiva intergubernamentales, en cuya virtud se entiende que son tan sólo los Estados quienes se comprometen en el ámbito internacional y que es a través de los mismos y por los mismos como debe comprometerse a otras entidades. Resultados de esto es la opacidad o el punto ciego que se produce respecto a la acción transnacional de las empresas que desbordan a los Estados. Con todo ello, las instituciones internacionales pueden mantener un doble discurso para caras distintas de un mismo asunto; en el caso, sobre las responsabilidades empresariales de una parte y sobre derechos respecto a las actividades de las empresas de otra. Veremos que en el mismo seno de las instituciones centrales de las NNUU lo propio ocurre.

II.2. Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales

En 2003, la entonces Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que era organismo formado por expertos y expertas y en consecuencia, para la óptica de las NNUU, subordinado a instancias intergubernamentales, en concreto a la Comisión de Derechos Humanos, que era a su vez por entonces subsidiaria del Consejo Eco-

nómico y Social, elaboró unas Normas sobre la Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos, entendiendo que esto formaba parte de su cometido que con anterioridad, antes de 1999, más particularmente se había definido como de *prevención de discriminaciones y protección a minorías* y ahora, en 2003, era de *promoción de derechos*. No lo entendieron así las instancias intergubernamentales pues se abstuvieron de darle curso ulterior a la propuesta impidiendo que ascendiera hasta la Asamblea General y fuera adoptada como una norma internacional de derechos humanos. En todo caso, aunque abortadas de raíz, dichas Normas merecen un recordatorio. Ayudan al menos a seguir situándonos. Luego consideraremos si merecerían hoy rescatarse¹⁷.

De corporaciones *transnacionales* y de *otras* empresas más se habla. Las hay no transnacionales que siguen la misma pauta de desbordamiento del marco de los derechos humanos con la connivencia en su caso de los respectivos Estados. Se trataba de comprometer a aquellas y a éstos. La propuesta de Normas tomaba como punto de partida una constatación elemental: las empresas tienen

¹⁷ www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a389702baa023990c1256d59004814a4?Opendocument.

"la obligación de respetar los principios y normas generalmente reconocidos que se enuncian en los tratados de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales". En su virtud, esto es lo que establece el artículo primero: "Los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos consagrados en la legislación internacional y nacional, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, incluso velando por que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respeten los derechos humanos. Dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen la obligación de promover y proteger los derechos humanos consagrados en el derecho internacional y en la legislación nacional, incluidos los derechos e intereses de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar".

Los miembros de las NNUU son los Estados y ellos son quienes contraen primariamente obligaciones y responsabilidades cuando se adoptan instrumentos normativos de derechos humanos, pero los derechos humanos, si son derechos, valen frente a cualquier agente, como en el caso frente a las empresas, igualmente obligadas a respetarlos; y si son humanos, corresponden a todos, como a *los*

pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, según especifica dicho mismo artículo primero para recalcar la especial obligación que tienen entonces, por esa vulnerabilidad, tanto los Estados como, desde luego, las empresas. En el artículo segundo se abunda: "Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales garantizarán la igualdad de oportunidades y de trato, como se dispone tanto en los instrumentos internacionales y la legislación nacional pertinentes como en las normas internacionales de derechos humanos, con el fin de eliminar toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, nacionalidad, origen social, condición social, pertenencia a un pueblo indígena, discapacidad, edad...". Por decirlo brevemente, las empresas tienen responsabilidades de respeto a los derechos humanos; a los Estados corresponde la obligación de exigir esas responsabilidades. Porque sean transnacionales y desborden a los Estados, no por ello las empresas pueden escapar a sus consiguientes obligaciones.

Aquellas normas abortadas intentaban abrirle un espacio no meramente pasivo, no sólo como objeto de protección, a la humanidad indígena entre otros agentes: "Además de las partes directamente afectadas por las actividades de las empresas comerciales, podrán ser *partes interesadas* aquellas partes que

resulten afectadas indirectamente por las actividades de las empresas transnacionales u otras empresas comerciales como son los grupos de consumidores, los clientes, los gobiernos, las comunidades vecinas, los pueblos y las comunidades indígenas, las organizaciones no gubernamentales, las instituciones crediticias públicas y privadas, los proveedores, las asociaciones comerciales y demás" (art. 22). No parece que pudiera haber sido de otro modo¹⁸. En el seno de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, la que recibe en 1999 el apellido de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, ya se había elaborado el proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI) que comenzaba por considerarles como sujetos de derecho. La Subcomisión no se sustraía a esta consideración. Quienes se sustrajeron y defraudaron fueron las instancias intergubernamentales de las NNUU.

¹⁸ David Weissbrodt y Muria Kruger, *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, en *American Journal of International Law*, 97-4, 2003, pp. 901-922. Retengamos el nombre de David Weissbrodt, miembro de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías-Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos desde 1996 a 2003.

En las NNUU ya se estaba promocionando otro planteamiento frente a la propia noción de los derechos humanos como derechos y como humanos, como títulos de validez consiguientemente universal o, como suele decirse entre juristas, *erga omnes*, vinculantes para todas y todos, empresas incluidas junto a los Estados. Las mismas Normas de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos hacían referencia: "Teniendo en cuenta las normas enunciadas en la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales (...). Conociendo también la iniciativa de las Naciones Unidas denominada Pacto Mundial en que se reta a los dirigentes empresariales a *adoptar y promulgar* nueve principios básicos en la esfera de los derechos humanos...", proceden a su propuesta. Frente a posiciones más débiles, como ésta del Pacto Mundial que enseguida tratamos, el inspirador y principal impulsor de las Normas, David Weissbrodt, profesor de derecho internacional de los derechos humanos de la Universidad de Minnesota, a quien ya hemos citado, se cuidaba de fundamentarlas en el derecho de los derechos humanos. Las personas cuentan.

II.3. *De los Diez Principios del Pacto Mundial a los Principios Rectores para Proteger, Respetar, Remediar*

De las referencias citadas de las Normas, ya conocemos la Declaración Tripartita. Conviene ahora ocuparse de la otra, la del Pacto Mundial, porque estaba ya introduciendo otro planteamiento bien distinto. El Pacto Mundial se lanza por las NNUU en el año 2000 respondiéndose a la misma preocupación ante los efectos del desbordamiento de los Estados por la transnacionalización de las empresas en relación con los derechos humanos¹⁹. La clave está dicha: *adoptar y promulgar* por parte de *los dirigentes empresariales* sus propios *principios* respecto a *los derechos humanos*, entendiéndose desde luego que van a responder a los patrones del derecho internacional. No se trata de declarar la vinculación de las empresas al cuerpo normativo de los derechos humanos, responsabilizando al efecto a los Estados, sino de proponer a las primeras que, según pautas y modos que las mismas empresas acuerden, se comprometan con el respeto y la garantía de los derechos humanos, y esto a los efectos ante todo de crear un "marco de acción encaminado a la construcción de la legitimación social de las corporaciones y los

¹⁹ www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/index.html.

mercados", de legitimar internacionalmente lo uno y lo otro, la empresa y el mercado, de lograr este sintomático objetivo²⁰. Es la vía por la que el Pacto Mundial pretende estar construyendo nada menos que una *ciudadanía corporativa* de ese alcance global. *Voluntariamente* respecto al compromiso internacional es el término modal que más se repite. Entre los mencionados *nueve principios básicos*, en realidad diez, no hay nada en absoluto sobre derechos de pueblos indígenas. El decálogo se completó con un compromiso contra la corrupción²¹.

Un principio que en algo pudiera colateralmente interesar a los pueblos indígenas es el octavo: "Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental", caso por supuesto de que tales pueblos se resignasen a ser elementos del medioambiente y no sujetos de derecho. Pudiera interpretarse que los dos primeros principios cubren los derechos de los pueblos indígenas en especial tras la DDPI, la Declaración pertinente que ya conocemos y

²⁰ Georg KELL y John Gerard RUGGIE, *Global markets and social legitimacy: The case of the Global Compact*, en *Transnational Corporations*, 8-3, 1999, pp. 101-120. Retengamos también el nombre del segundo, el de John Ruggie.

²¹ www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los_Diez_Principios.html.

a la que habremos de retornar: "Las Empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos universalmente, dentro de su ámbito de influencia"; "Las Empresas deben asegurarse de que sus empresas no son cómplices de la vulneración de los derechos humanos". Sin embargo, lo de *universalmente* se entiende en estos medios de intereses corporativos como excluyentes de garantías no universales de derechos universales, como las que precisan los pueblos, las comunidades y las personas indígenas. Y esos *deben* se formulan siempre en este contexto bajo la clave de la *voluntariedad*, lo que basta para privar ya de entrada a los *derechos humanos*, a todos ellos, de su categoría y de su vigor en cuanto que tales²². No nos dejemos llamar a engaño. A efectos prácticos poco importa que la operación se haga de buena fe, para ir encauzando a las empresas por la senda de los derechos humanos, o de mala fe, para ayudarles a eludirlos. El caso es que no se admite la vinculación estricta y que cabe que se facilite el fraude solapado. No se trata de meras suspicacias, como todavía veremos.

²² J.G. Ruggie, *Business and Human Rights: The Evolving International Agenda*, en *American Journal of International Law*, 101-4, 2007, pp. 819-840.

En este punto conviene volver a personalizar. John Ruggie, a quien se viene citando, profesor de derechos humanos y asuntos internacionales en la Universidad de Harvard, jugó un papel relevante en el planteamiento del Pacto Mundial. Con posterioridad, viéndose lo que el invento podía dar de sí, el Secretario General de las NNUU, Kofi Annan a la sazón, le eligió como su Representante Especial para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales, cargo que ha desempeñado entre 2005 y 2011²³. El año pasado, 2011, Ruggie culminó su mandato trayendo ante el Consejo de Derechos Humanos, encargo mediante, unos Principios para la puesta en práctica de su Informe, de 2008, *Proteger, Respetar, Remediar: Marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*. Entre los verbos del título no se dice que reconocer derechos ni, aún menos, garantizarlos o, todavía mucho menos, repararlos conforme estrictamente todo ello, tanto el reconocimiento como la garantía y como la reparación, a la entidad de su categoría en cuanto que derechos humanos. Contribuía al cortocircuito del enfoque de las Normas de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

²³ www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home.

No obstante, algún detalle ha tenido el Representante Especial Ruggie con los pueblos indígenas, pues hace en ocasiones mención a su existencia, esto que el decálogo del Pacto Mundial evita cuidadosamente. Los ha venido ubicando entre los sectores vulnerables de la sociedad a fin de reducirlos a objeto de protección, no tratándolos nunca, ni siquiera tras la DDPI, como sujetos de derecho. En el Informe *Proteger, Respetar, Remediar* los pueblos indígenas sólo comparecen incidentalmente en una nota sin mayor efecto. En su último Informe ya aludido, el de 2011, normativamente titulado *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para "Proteger, Respetar, Remediar"*, ha de prestar a los pueblos indígenas una atención más específica. Lo hace impidiendo hasta el final la posibilidad de que se les tome en consideración como sujetos de derechos propios que puedan obligar a las empresas.

En concreto, Ruggie plantea que, por vía de *asesoramiento*, se ha de *aconsejar* a las empresas sobre "los métodos adecuados, incluida la debida diligencia en materia de derechos humanos" para "tratar eficazmente las cuestiones de género, vulnerabilidad y/o marginación, reconociendo los problemas específicos de los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, reli-

gias o lingüísticas, los niños, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias". Registra la existencia de instrumentos de las NNUU sobre "los derechos de los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, los niños, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias", pero sin especificar ni distinguir y para regresar a términos de protección sin derechos específicos. Señala que hay casos de "obstáculos legales" que pueden afectar a las empresas: "cuando los derechos humanos de ciertos grupos, como los pueblos indígenas y los migrantes, no reciben el mismo nivel de protección jurídica que los de la población mayoritaria", como si no pudieran tener más derechos ni más garantías que los reconocidos y las suministradas por el Estado. Los unos y las otras de sujetos indígenas brillan por su ausencia en el *Marco* y los *Principios* de las NNUU sobre *Derechos Humanos y Empresas*, en los definidos por el Representante Especial.

En 2011, el Consejo de Derechos Humanos no sólo ha recibido el último Informe del Representante Ruggie dando por concluido el ejercicio de su mandato, sino que también ha resuelto instituir un Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas

Comerciales para que, ante todo, "promueva la divulgación y aplicación efectiva y global de los Principios Rectores". Dicho Grupo, según la misma resolución del Consejo de Derechos Humanos, ha de organizar y dirigir un Foro sobre las Empresas y los Derechos Humanos, foro abierto a "representantes de los pueblos indígenas" entre otros agentes, lo cual, especialmente lo de la representación indígena, por sí y por cuanto aún hemos de considerar sobre derechos de estos pueblos, puede que todavía cambie significativamente la suerte del Marco y de los Principios. En todo caso, el planteamiento de Ruggie, con su efecto nugatorio para los derechos de los pueblos indígenas, marca hoy la perspectiva de las NNUU en el capítulo más general de los derechos y las empresas. Ya se toma como el escenario dado²⁴. A ello habrá de volverse para discutirlo con el conocimiento de causa que aún falta y ahora sigue.

²⁴ Radu Mares (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.

II.4. *Del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*

El futuro del orden internacional sobre las relaciones entre derechos humanos que vinculan a los Estados y empresas transnacionales que los desbordan no está sin embargo definitivamente marcado por la obra de Ruggie gracias a otra razón de peso. Paralelamente a todo lo visto viene desarrollándose en el seno de la constelación de las NNUU un paradigma distinto en atención precisamente a los pueblos indígenas y sus derechos. El impulso principal ha venido de un Convenio de la OIT, su Convenio 169, un tratado que desde 1989 propone a los Estados una agencia especializada de las NNUU y que en principio sólo vincula a aquellos determinados que lo ratifican, pero Convenio que ha logrado y mantiene un valor bastante superior. Comienza a definir resueltamente ese otro paradigma en términos normativos, lo que además, para el caso de las Américas, viene siendo potenciado por el sistema interamericano de derechos humanos²⁵.

²⁵ L. Rodríguez Piñero, *El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas*, en Mikel Berraondo (ed.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 153-203,

El Convenio 169 no es en rigor un tratado de derechos humanos, pero lo es sobre derechos de los pueblos indígenas, derechos que las propias NNUU ha venido luego a considerar, con la DDPI, a la que acto seguido volveremos, derechos estrictamente tales, humanos. Y compromete a los Estados en unos determinados procedimientos a guisa de garantías para los propios derechos sustantivos que el Convenio registra. Se trata del procedimiento de consulta y el procedimiento de participación, el uno como el otro constituyendo derechos en sí mismos para el pueblo y deberes por ende para el Estado. ¿Y para las empresas? También para éstas el Convenio 169 trae directrices en conformidad con los derechos sustantivos y los derechos procedimentales. Para las relaciones de los pueblos indígenas con empresas interesan ante todo, como garantías, los procedimientos, el de consulta y el de procedimiento, unos procedimientos que en principio sólo concierne a los pueblos y al Estado, dejándose a las empresas para un momento ulterior, tras evacuarse la consulta. La primera y ya importante garantía es la de excluir de entrada que aquellas empresas que buscan acceso a recursos de territorios indígenas se relacionen con los correspondientes pueblos directamente,

disponible también en Internet: www.ibcperu.org/doc/isis/9002.pdf.

sin mediación y garantía de consulta por parte del Estado²⁶.

El Convenio 169 cuida la concreción de requisitos para las garantías. Los Estados deben practicar la consulta con los pueblos indígenas respecto a todas las "medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente"; tienen que hacerlo con "sus instituciones representativas", con las que los pueblos tengan o con las que se doten autónomamente, no con las que los Estados decidan o instituyan; así como han de "establecer los medios" y "proporcionar los recursos necesarios" a dicho fin, esto es "para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos", los indígenas. La consulta ha de conducirse "mediante procedimientos apropiados" y "de buena fe", debiendo responder a "la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". Los Estados quedan obligados no sólo a *consultar* a las *instituciones representativas* de los pueblos indígenas y a proveer los recursos necesarios para su mantenimiento, sino también a "establecer los medios" para que "puedan participar libremente" y "a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole

²⁶ www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm.

responsables de políticas y programas que les conciernan" (art. 6).

Respecto a lo que pueda más específicamente interesar a actividades empresariales en territorios indígenas, el Convenio registra un principio esencial: "Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural", a cuyo efecto estos pueblos, los pueblos indígenas que tienen *el derecho de decidir sus propias prioridades de desarrollo* en cuanto que tales pueblos, "deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente"; más aún, "en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan" pueblos indígenas, "el mejoramiento" de sus "condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación (...) deberá ser prioritario", esto mismo de *prioritario* en conformidad ha de entenderse con las *prioridades* propias, no con las del Estado (art. 7).

El Convenio todavía especifica más: "Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos"; "los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan" (art. 7 también). Por una parte, los estudios de impacto social, cultural, espiritual y ambiental, no sólo sobre esto último, de los proyectos de desarrollo, como por ejemplo para las concesiones de acceso a recursos en territorios indígenas a favor de empresas extractivas, han de realizarse *en cooperación con los pueblos* respecto a todo lo que pueda interesarles. Adicionalmente, las políticas medioambientales en cuanto afecten a pueblos indígenas habrán de plantearse y llevarse a cabo *en cooperación* con los mismos. ¿Se necesita por parte indígena asesoramiento técnico para participar en estudios de impactos y políticas de desarrollo? Ya está dicho que los Estados han de proveer los medios sin interferir en las decisiones de los pueblos indígenas.

La DDPI sigue en esa misma línea abierta por el Convenio 169 potenciando tanto dere-

chos como, lo que no es menos importante o lo resulta bastante más, procedimientos de garantía²⁷. Lo que comienza potenciando es a los mismos pueblos como sujetos de derecho internacional en su virtud. La DDPI es una norma de derechos humanos. Fue adoptada bajo tal concepto en septiembre de 2007 por la Asamblea General de las NNUU conteniendo disposiciones vinculantes para ellas mismas y para los Estados, como ya nos consta: "Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración" (art. 38); "Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia" (art. 42). *En consulta y cooperación con los pueblos indígenas* debe ponerse en práctica la DDPI, un instrumento de derechos humanos que especialmente potencia el *derecho al consentimiento* de los pueblos indígenas en cuanto que derecho *a la libre determinación* en general y, en particular, *a determinar y elaborar las prioridades y estrategias*

²⁷ daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement.

para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos, de las tierras, territorios y recursos indígenas (arts. 3 y 32.1).

Reforzándolo siempre, la DDPI califica repetidamente al *consentimiento* como *libre, previo e informado*: "Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo" (art. 32.2); "Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado" (art. 19). Es el Estado quien debe garantizar respecto a la consulta su carácter previo a cualquier decisión que pueda afectar a pueblos indígenas, su ejercicio por los mismos en condiciones de libertad, lo que significa *autonomía* (art. 4), y con plena información a disposición de la parte indígena.

El *consentimiento* es exigencia que la DDPI reitera por activa y por pasiva, por reflexiva y por perifrástica (arts. 10, 11, 19, 28, 29, 32...), detallando casos en los que el mismo ha de ser absolutamente imprescindible; así, por ejemplo, algunos en los que fácilmente pueden incurrir las empresas extractivas como el de *desplazamiento* o *traslado*, o el de almacenamiento o eliminación de *materiales peligrosos* (arts. 10 y 29.2). El requerimiento es en todo caso de carácter, por principio, general. Los pueblos indígenas tienen *derecho a la reparación* siempre que "las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma (...) hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado" (arts. 28.1). El consentimiento es por ende necesario. Y la participación no es una obligación, sino igualmente un derecho y, como tal derecho, optativo por principio: "Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado" (art. 5). *Si lo desean* es por supuesto la clave de *libre determinación* que fundamenta para la DDPI todos los derechos de los pueblos indígenas que registra (art. 3 citado).

¿Qué ocurre si se trata de *recursos* en territorios indígenas que los pueblos indígenas no hayan *poseído u ocupado o utilizado*? ¿Y si son los del subsuelo, aquellos en los que se interesan las empresas extractivas? ¿Y si los mismos se encuentran reservados constitucionalmente al Estado? El Convenio 169 admite este supuesto: "En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos...", procede lo dicho, la *consulta con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento*: "Los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras", dice el Convenio (art. 15.2); "Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o

utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso", dice la DDPI (art. 27).

No puede decirse que, entre Convenio y DDPI, el derecho internacional sobre derechos de los pueblos indígenas tenga previstos todos los supuestos. Falta por ejemplo uno tan sensible ante la presión de las empresas como el de los pueblos que ejercen su derecho a la libre determinación manteniéndose en aislamiento voluntario. En todo caso, hay principios y reglas suficientes para abordar todos los supuestos.

II.5. *Principios sobre Derechos Humanos y Empresas contra Garantías de Derechos de los Pueblos Indígenas*

Quien haya leído atentamente hasta este punto imagino que no dará crédito a sus ojos. ¿Cómo las NNUU pueden llevar al mismo tiempo e impasiblemente dos agendas tan contradictorias sobre el mismo asunto y ninguna de ellas oculta, ambas abiertas, bien a la vista? Ciertamente es que han discurrido por cauces distintos. La agenda de los pueblos indígenas se lanza y desarrolla en instancias de derechos mientras que la agenda de las empresas se plantea y progresa por otras vías. También es cierto que en momentos decisivos los caminos confluyen sin que colisionen y sin que se

miren a la cara. E igualmente resulta cierto que a estas alturas andan las agendas confundidas en detrimento precisamente de la propia de los pueblos indígenas, la de sus derechos.

La agenda de los derechos de los pueblos indígenas comenzó a fraguarse en el ámbito de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, vino a concretarse por una agencia de las NNUU especialmente atenta y sensible con los derechos, la OIT, y llegó a culminarse por las instancias de derechos humanos hasta la aprobación de la DDPI por la Asamblea General en septiembre de 2007²⁸. La agenda de las empresas se cocinó en otras instancias menos específicas de derechos e incluso en momentos a espaldas no sólo de las unas, sino también de los otros, de los derechos mismos. Fue en el ámbito de la Secretaría General de las NNUU donde se organizó el Pacto Mundial y donde se situó al Representante Especial para la Cuestión de los Derechos Huma-

²⁸ Stephen Allen y A. Xanthaki (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights on Indigenous Peoples*, Oxford, Hart, 2011, donde se contiene un buen capítulo sobre el valor normativo de la DDPI y su transcendencia potencial para el orden internacional de los derechos humanos, pp. 304-326: Jérémie Gilbert y Cathal Doyle, *The Requirement to Obtain Free, Prior and Informed Consent: Natural Evolution or Groundbreaking Development?*

nos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales. Ni lo uno ni lo otro se ubicaron en el ámbito propio de este tipo de instancias, especialmente de la segunda, el de, en tiempos, la Comisión o, luego, el Consejo de Derechos Humanos. En todo caso ha sido éste, el Consejo de Derechos Humanos, el que, por una parte, da el definitivo espaldarazo al proyecto de DDPI en su ascensión final hacia la Asamblea General y, por otra parte, respalda el Marco y los Principios de *Proteger, Respetar, Remediar* erigiéndolos en guía directiva para el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales²⁹.

Sobre la profundidad de la contradicción entre las agendas no creo que quepan muchas dudas, aunque cierto es que usualmente, aun de apreciarse diferencias, no se resaltan tanto ni de tal modo³⁰. Basta sin embargo con

²⁹ Para sopesarse el monto y alcance de instrumentos internacionales que comprometían a las empresas a las alturas del encargo de Annan a Ruggie que lleva a este resultado, R. Mares (ed.), *Business and Human Rights: A Compilation of Documents*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004. En su aplicabilidad a las empresas seguiría insistiendo D. Weissbrodt, *International Standard-Setting*, pp. 376-379. Radu Mares es de la posición contraria además de asesor consecuente de empresas extractivas, como todavía comprobaremos.

observar objetivos. Una agenda, la de derechos humanos y empresas, intenta neutralizar a la otra, la de los derechos de los pueblos indígenas. No se trata de que ésta sea desiderativa y aquella, operativa, pudiendo la segunda, según pretende, ir preparando el terreno para que la primera resulte factible. Cabe pensarse por supuesto de buena fe que, ante las resistencias tanto de los Estados como las empresas a la hora de las políticas y los proyectos, la DDPI debe rebajar su perfil de norma imperativa y reducirse a una formulación de objetivos finales abriéndose paciente-mente paso a través de la constelación de las NNUU antes de llegar al mundo a ras de tierra, el de las víctimas. Si la buena fe se le presume a las empresas, a los Estados y a las instancias internacionales como si así además se cubriera, sin los pueblos indígenas, la totalidad de los sujetos principales concernidos, la política comprensiva y gradual parece desde luego preferible al derecho riguroso y vinculante³¹. Mas con todo esto no

³⁰ Nina SEPPALA, *Business and the International Human Rights Regime: A Comparison of UN Initiatives*, en *Journal of Business Ethics*, 87, sup. 2, 2009, pp. 401-417, que es número monográfico sobre corporaciones multinacionales y derechos humanos.

³¹ R. Mares, *Defining the limits of corporate responsibilities against the concept of legal positive obligations*, en *The George Washington International Law Review*, 40-4, 2009, pp. 1157-1217; *Business and*

se recorre otro camino hacia un mismo fin, sino que se abre una senda hacia un horizonte bastante más incierto y, con toda seguridad, distinto.

La hoja de ruta marcada por *Proteger, Respetar, Remediar* es todavía otra diversa, pues ni siquiera utiliza la brújula de la DDPI. La agenda de los derechos de los pueblos indígenas se formula en términos normativos vinculantes con las garantías bien efectivas de la consulta y la participación bajo la regla del consentimiento. Los Principios Rectores de *Proteger, Respetar, Remediar* enseñan en cambio a hacer oídos sordos a los derechos de los pueblos indígenas: pues son vulnerables, todo lo que necesitan es protección por parte del Estado y no en modo alguno derechos ni, aún menos, garantías o, todavía menos, determinación propia sobre *prioridades y estrategias para el desarrollo*. Para esto, el desarrollo, están las empresas a las que, según *Proteger, Respetar, Remediar*, se les debe asesorar, y no obligar, a fin de que respeten derechos universales de forma que les sirva para ignorar garantías específicas de derechos como los propios de los pueblos indíge-

Human Rights after Ruggie: Foundations, the Art of Simplification and the Imperative of Cumulative Progress, en el mismo (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, 169-192.

nas. Tras la DDPI, *Proteger, Respetar, Remediar* representa el desafío más frontal contra tales garantías. Otras instancias internacionales están buscando mecanismos todavía más sutiles para obviar los derechos de los pueblos indígenas o más bien, pues nominalmente los aceptan, sus garantías, lo decisivo desde luego a efectos prácticos.

Como hemos visto reiteradamente, todas las instancias de las NNUU están obligadas al cumplimiento de la DDPI, pero hay tres específicas para esta materia, dos del Consejo de Derechos Humanos y una del Consejo Económico y Social. Las primeras son la del Relator Especial y la del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y la tercera, la del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Las tres han asumido expresamente el compromiso con la DDPI y las tres están abiertas a aportación indígena, pero hay una que se singulariza porque es la única instancia a la que explícitamente se le encomienda la promoción de la DDPI³². En este punto conviene volver a personalizar. Quien recibe dicho encargo, el actual Relator Especial, es James Anaya,

³² unsr.jamesanaya.org/esp/docs/docsonu/2010_hrc_res_15_13_sp.pdf. Para el Foro y para el Mecanismo, www.un.org/esa/socdev/unpfii/es y www.ohchr.org/SP/Issues/PIndigenas/EMRIP.

profesor de Derecho y políticas de derechos humanos en la Universidad de Arizona, una primera autoridad internacional en esta materia de derechos de los pueblos indígenas³³. Se encuentra en las mejores condiciones para afrontar la contradicción entre agendas a favor lógicamente de los derechos de los pueblos indígenas en este apartado tan neurálgico y problemático de las actividades empresariales. Resulta difícil pensar en alguien más capacitado que James Anaya para contrarrestar desde dentro de la constelación de las NNUU el poderoso lobby empresarial que no es difícil adivinar detrás de la iniciativa del Pacto Mundial³⁴.

La cuestión de *las empresas transnacionales* la plantea el Relator Anaya desde su primer Informe ante el Consejo de Derechos Humanos en 2008 "debido al impacto que tienen en las actividades y la vida cotidiana de los pueblos indígenas", señalando que las mismas, las empresas, "tienen una importante responsabilidad de respetar y promover los derechos y los principios de la Declaración", la DDPI³⁵. En el de 2009 se produce una

³³ S.J. Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005.

³⁴ Subhabrata Bobby Banerjee, *Corporate Social Responsibility: The Good, the Bad and the Ugly*, en *Critical Sociology*, 34-1, 2008, pp. 51-79.

aparente incongruencia. Remite confiadamente, como testimonio positivo de "la expectativa de que las empresas observen esas normas (de derechos humanos) en sus respectivas esferas de influencia", al "Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*", asumiendo incluso que "el derecho internacional no impone directamente a las empresas la responsabilidad de respetar los derechos humanos". Entiende que son ellas mismas, las empresas, quienes por iniciativa propia, mediante la adopción de *códigos de conducta*, han de asumir el compromiso con los derechos³⁶.

El Relator Anaya pone ejemplos de autorregulación empresarial que se encuentran realmente bajo mínimos en lo que toca a derechos de los pueblos indígenas. Entendiendo además que a las empresas lo que les falta es *comprensión* del derecho y no voluntad de respetarlo, en Informe del mismo año

³⁵ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2008_hrc_annual_report_sp.pdf.

³⁶ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2009_hrc_annual_report_sp.pdf.

2009 a la Asamblea General reitera el Relator Anaya que se ofrece para *asesoramiento* tanto a las mismas empresas como a los Estados y también a los pueblos indígenas u otros agentes. A efectos prácticos, el enfoque ha dejado de ser el de los derechos de estos pueblos³⁷. Que las empresas "tienen una importante responsabilidad de respetar y promover los derechos y los principios de la Declaración", la de los Derechos de los Pueblos Indígenas, es principio que ha seguido también reiterando el Relator Anaya, pero la cuestión no reside ahí, sino en los medios para alcanzarse el objetivo y, principalmente, dado su mandato, en las garantías con las que cuentan los pueblos indígenas, vinculando a los Estados, para que esa responsabilidad empresarial pueda realmente sustanciarse.

Entre el primer y el segundo Informe al Consejo de Derechos Humanos, en las posiciones del Relator Anaya se produce, si no un giro, una clarificación de postura por influencia directa del Representante Ruggie y en su dirección. No hay recapacitación ulterior. En su último Informe hasta el momento ante el Consejo de Derechos Humanos, el de 2011, un giro de tuerca se produce. Su alineamiento ya es inequívoco: "La labor del Representante

³⁷ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2009_ga_annual_report_sp.pdf.

Especial de Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, que ha culminado en el establecimiento del marco para *proteger, respetar y remediar* y de los Principios Rectores para su aplicación, ha contribuido aún más a fomentar la sensibilización respecto de las repercusiones de las operaciones comerciales en los derechos humanos. El marco y los Principios, que el Consejo de Derechos Humanos hizo suyos (...), proporcionan una base aún más firme para seguir avanzando en la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de las actividades empresariales". Y la tuerca se aprieta. Tales Marco y Principios constituyen para el Relator Anaya la *estructura normativa básica*, el orden jurídico fundamental, al propósito. No lo sería definitivamente entonces la DDPI³⁸.

A aquellos, el Marco y los Principios, les acaba así confiriendo el Relator Anaya un valor normativo que no le reconoce en cambio a la DDPI pese al propio mandato de promocionarla. La minusvaloración personal de la segunda le facilita la sobrevaloración institucional, como Relator, de lo primero³⁹.

³⁸ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2011-hrc-annual-report-a-hrc-18-35_sp.pdf.

³⁹ S.J. Anaya, *¿Por qué no debería existir una*

No hay precedentes en las NNUU para un paso de tamaño alcance, un paso que otorga valor normativo a un mero informe de un relator, dígasele representante, por encima de un instrumento de derechos humanos adoptado como tal por la Asamblea General⁴⁰. El acuerdo del Consejo de Derechos Humanos asumiendo el Informe de Ruggie y erigiéndolo en término de referencia para el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales no parece que justifique el paso. Puede ser un paso en falso para el Relator sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pero con todos los visos de que, en la coyuntura actual de reticencias de los Estados, reservas de las empresas e incluso resistencias de las agencias de desarrollo de las propias NNUU ante la DDPI, puede de momento asentarse. Por ahora, es el triunfo del Pacto sobre las Normas, de la política sobre el derecho, de las empresas sobre los derechos⁴¹.

Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas?, en Álvarez, N., Oliva, J. D., y Zúñiga, N. (eds.), *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, pp. 37-50.

⁴⁰ www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Mandate, el mandato del Representante Especial en el que tampoco hay base para conferirle un valor normativo al Marco y los Principios.

⁴¹ Andreas Rasche y G. Kell (eds.), *The United Nations Global Compact: Achievements, Trends and*

En 2008, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas se dirige al Representante y al Relator para que estudiaran "cuáles son las actividades de las empresas transnacionales que pueden constituir una violación de los derechos inmanentes enunciados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas"⁴². Ha de decirse que el segundo, Anaya, y no el primero, Ruggie, respondió con diligencia poniendo pronto en marcha un estudio sobre el impacto humano de las *Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos*. Hasta hoy no se ha concluido, pero se cuenta con algún anticipo comprometido, que con razón se aprecia⁴³. Sin embargo, no se anuncia un cambio de fondo porque se observe más específicamente el asunto, incluida para su estudio una encuesta que se dirige por igual a todas las partes concernidas, ni siquiera principalmente, conforme a protocolo acorde con la DDPI, a los pueblos indígenas y sus organizaciones. El adelanto se incluye en el mismo Informe del 2011 en el

Challenges, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, prólogo de Ban Ki-moon.

⁴² daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/338/84/PDF/N0833884.pdf?OpenElement.

⁴³ Por ejemplo, otramerica.com/radar/anaya-proyectos-extractivos-socavan-la-libre-determinacion-de-los-pueblos-indigenas/624.

que adopta *Proteger, Respetar, Remediar* como término normativo de referencia.

Las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos parecen definitivamente desahuciadas. Resultan suplantadas por el Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar*. De *requiem* se ha hablado⁴⁴. ¿Es así? El Relator Anaya no se ha planteado ciertamente rescatarlas. En ninguno de sus informes de los tres años que median entre el Marco y los Principios plantea cuestión a su respecto. En el futuro puede hacerlo, pues el Consejo de Derechos Humanos ha dirigido el mandato de *promover la divulgación y aplicación* de los mismos al nuevo Grupo de Trabajo, no al Relator Especial, como tampoco al Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, igualmente dependiente de dicho Consejo. Y, como está dicho, el Grupo habrá de trabajar con un Foro en el que pueden participar representantes indígenas. Por su parte, el Foro Permanente para las

⁴⁴ Sascha-Dominik Oliver Vladimir Bachmann y Pini Pavel Miretski, *Global Business and Human Rights: The UN 'Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights' – A Requiem*, 2011, disponible en ssrn.com/abstract=1958537.

Cuestiones Indígenas no tiene por qué adoptar las posiciones del Relator Especial. Es en este contexto tan abierto en el que se ha llegado a esa precipitada conclusión de que el Marco y los Principios constituyen la *estructura normativa básica* en lo que interesa a los pueblos indígenas ante las actividades empresariales que les afectan.

En su último Informe ante la Asamblea General, de 2011, el Relator Anaya pretende que se está en vías de alcanzar un "consenso en torno a la responsabilidad de las empresas en relación con los derechos humanos" sobre las bases de *Proteger, Respetar, Remediar*. Al menos tiene el detalle de no mencionar a los pueblos indígenas como partícipes en ese presunto consenso. Un tal *consensus* es fácil de presumirse y figurarse, según viene de hecho haciéndose⁴⁵, cuando así se elimina la presencia activa de sujetos de derecho internacional como lo son, tras la DDPI, los pueblos indígenas, no en cambio, ni antes ni ahora, las empresas. Entre Representante Ruggie y Relator Anaya las cosas funcionan tal y como si la DDPI no existiera ni siquiera a los efectos de considerarles *parte* en el asunto neurálgico de los derechos humanos y

⁴⁵ Deborah Leipziger, *The Corporate Responsibility Code Book*, Sheffield, Greenleaf, 2ª ed. revisada, 2010, concluyendo con *An emerging consensus*.

las empresas, algo que, como vimos, estaba claro, incluso antes de la DDPI, para las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales elaboradas por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos que se están queriendo dar por irremisiblemente desahuciadas.

La comunicación con los pueblos indígenas no se tiene como preferente caso de plantearse. En el mandato del Relator Especial se comprende naturalmente dicha comunicación, que atiende. En su último Informe a la Asamblea General el Relator Anaya concede a los pueblos indígenas entrada tras la referencia al consenso, a aquel consenso para el que no los toma en cuenta. Los considera objeto obligado de reconocimiento por parte de las empresas conforme al derecho internacional y no al derecho de cada Estado⁴⁶. Bien que un mínimo para una instancia de las NNUU, es un tanto positivo, como otros que vienen a continuación, pero siguen los pueblos indígenas sin aparecer en la posición que les corresponde según la DDPI, más o menos junto a los Estados, como sujetos de derecho en el ámbito internacional ambos, también los pueblos indígenas después de la DDPI, pero en todo caso, sin lugar a dudas, por delante de

⁴⁶ unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2011-ga-annual-report-sp.pdf.

las empresas. A la hora de la verdad, el derecho internacional de referencia para el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no es el representado por la DDPI. Hay más. Entre las garantías frente a posibles atropellos de derechos vitales de los pueblos indígenas por parte de industrias extractivas se tiene también la de un derecho penal internacional que el Relator Anaya también viene eludiendo⁴⁷.

¿Todo anda entre dos profesores o, mejor dicho, tres, como los tenores? Son David Weissbrodt, John Ruggie y James Anaya: Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales; *Proteger, Respetar, Remediar*, y Derechos de los Pueblos Indígenas. Las Normas partían de que las empresas han de estar vinculadas a los derechos humanos y los Estados ser los garantes de esa vinculación. Cuando entró en funciones de Representante Especial, Ruggie distorsionó el planteamiento de las Normas por descargar del peso de sus obligaciones a las empresas. Presentó a las primeras como si pretendieran convertir a las segundas en sujetos de derecho internacional sindicables ante

⁴⁷ clavero.derechosindigenas.org/?p=8791, impresa la versión íntegra en B. Clavero, *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América indígena*, Copenhague, IWGIA, 2011, pp. 250-262.

las NNUU. En vano ha insistido Weissblodt en que Ruggie ha construido un maniqueo falseando el planteamiento de las Normas. De poco igualmente vale que las empresas transnacionales de hecho actúen como sujetos internacionales sin las responsabilidades correspondientes de grado superior⁴⁸. Aun con el falseamiento de partida o precisamente por el mismo, la agenda de Ruggie se impone. En el ámbito académico de este debate clave entre profesores, Anaya no ha terciado.

Los aportes de dos de los tres tenores resultan influyentes, representativos y complementarios. Las instancias mayores de desarrollo, como el Banco Mundial y el Programa de las NNUU para el Desarrollo, están rindiendo tributo retórico a la DDPI al tiempo que acuñan fórmulas y arbitran mecanismos

⁴⁸ D. Weissbrodt y M. Kruger, *Human Rights Responsibilities of Business as Non-State Actors*, en Philip Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 315-349; A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, pp. 76-80 y 195-270 (con ulterior información y diverso tratamiento sobre los documentos aquí vistos con anterioridad a *Proteger, Respetar, Remediar*); Lisbeth Segerlund, *Making Corporate Social Responsibility a Global Concern: New Construction in a Globalizing World*, Londres, Routledge, 2010; Ananya Reed, Darryl Reed y Peter Utting (eds.), *Business Regulation and Non-State Actors: Whose Standards? Whose Development?*, edición anunciada en Routledge, 2012.

para eviscerarla reproduciendo un escenario que sigue seriamente afectando a los derechos de los pueblos indígenas y sus garantías. A estos mismos efectos, el paradigma Ruggie resulta insuficiente, pues no cubre el flanco del registro de los derechos de los pueblos indígenas neutralizándose al tiempo sus garantías, como la del consentimiento, no ignorándose por supuesto los derechos sustantivos en el caso del Relator Anaya.

Hay todavía una diferencia entre los dos tenores respecto a los pueblos indígenas. Ruggie ignora llanamente derechos mientras que Anaya afirma derechos y relaja garantías. Con esto, su respaldo al Marco y los Principios de *Proteger, Respetar, Remediar* les imprime una plausibilidad de cara a los pueblos indígenas de la que por sí solos originalmente carecen. La sintonía del dueto es lo que puede imprimir operatividad al Marco y a los Principios por encima y a pesar de las garantías de los derechos de los pueblos indígenas acuñadas por el propio derecho internacional⁴⁹.

⁴⁹ clavero.derechosindigenas.org/?p=11142, sobre el caso actual del Perú, donde está cobrando fuerza de posición oficial sustancialmente, aunque así no se presente, el paradigma Ruggie en su versión Anaya. Para recientes introducciones a la situación peruana, Margarita Benavides, *Industrias extractivas, protesta indígena y*

II.6. *Otras reflexiones interlocutorias*

"He elegido la voz de responsabilidad en lugar de la de deber porque la mayor parte del derecho internacional no se aplica directamente a las empresas", manifiesta John Ruggie en una reciente entrevista⁵⁰. Es el punto de

consulta en la Amazonía peruana, en *Anthropologica. Revista del Departamento de Ciencias Sociales* (Pontificia Universidad Católica del Perú), 28, suplemento 1, *Industrias extractivas y sociedad rural*, 2010, pp. 263-287; Javier Aroca Medina, *El dilema de los pueblos indígenas frente a las industrias extractivas*, en *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*, 1-1, 2011, pp. 175-195; Alberto CHIRIF, *Pueblos indígenas amazónicos e industrias extractivas*, Lima, CAAAP-CEAS (Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica-Comisión Episcopal de Acción Social), 2011.

⁵⁰ *Business Ethics. The Magazine of Corporate Responsibility*, entrevista con John Ruggie, octubre 2011: business-ethics.com/2011/10/30/8127-un-principles-on-business-and-human-rights-interview-with-john-ruggie ("I chose the word responsibility, rather than duty, because for the most part international law doesn't apply directly to companies"). Véase también su prólogo a un volumen de la serie propagandística *United Nations Intellectual History Project*: Thomas G. Weiss y Ramesh Thakur, *Global Governance and the UN: An Unfinished Journey*, Bloomington, Indiana University Press, 2010, pp. XV-XX, insistiendo en la imagen del orden internacional como estatocéntrico o intergubernamental sin alcance directo a actores como las empresas salvo éstas respecto al acceso a litigiosidad en defensa propia y a iniciativas de compromisos voluntarios. A dicha misma serie pertenece Tagi Sagafi-nejad y John H Dunning, *The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to*

partida del Pacto Mundial y, ahora, del Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar* que han rehabilitado la regla anterior a los derechos humanos de que sólo los Estados son sujetos de derecho internacional cuando hoy lo somos todos los individuos y además, junto a los Estados, los pueblos indígenas. ¿Es que, como sujeto internacional de derechos humanos, yo tengo sólo la responsabilidad y no el deber de respetar los de todo el resto de la humanidad? Si me dedico a actividades que desbordan a los Estados atropellando derechos humanos, ¿no se me deberá someter, en la medida que así sea, a mecanismos internacionales? Pongamos que se trate de empresa transnacional afectando a pueblo indígena, en cuyo caso no admitir otra posibilidad de protección de los correspondientes derechos que la de remitirse al Estado, ¿no equivale a enervar garantías sustrayéndoles la principal, la del derecho a la autonomía reconocido internacionalmente como forma de libre determinación con requerimiento consiguiente de consulta y consentimiento? Y no distingamos, para la reacción internacional, entre actividades transnacionales legales o ilegales, lícitas o ilícitas, según lo fuere la empresa. Si atenta contra derechos humanos,

es ilícita cualquier actividad de empresa por muy legal que sea ésta⁵¹.

El punto de llegada de las NNUU en 2011 es el punto de partida de la *Organisation for Economic Cooperation and Development* u Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD u OCDE) en 2000. Este club exclusivo de Estados, con reserva rigurosa del derecho de admisión, club que intenta establecer condiciones en defensa del mercado como valor prioritario no sólo para sus miembros, sino también para el resto de la humanidad, ya revisó una década antes sus *Guidelines for Multinational Enterprises*, Directrices para Empresas Multinacionales, para registrar el respeto a los derechos humanos en términos precisamente de recomenda-

⁵¹ En la entrevista referida, John Ruggie entiende que esa *mayor parte del derecho internacional* inaplicable directamente a las empresas se encuentra la de los derechos humanos con una excepción, la de obligación estricta ante el derecho internacional de no incurrir en graves violaciones de derechos humanos por crímenes contra la humanidad, un supuesto que Ruggie no es el único en soslayar precisamente respecto a pueblos indígenas (B. Clavero, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words*, Milán, Giuffrè, 2008), aparte esto de que los Estados Unidos, cuyo derecho pone Ruggie de ejemplo, no reconoce la correspondiente jurisdicción penal internacional. Por lo pronto, las compañías Estadounidenses transnacionales quedan exentas.

ciones no vinculantes. A estas alturas, en la edición de 2011, ya se encuentra introducida la referencia a derechos de los pueblos indígenas con la consiguiente falta de compromiso efectivo⁵². La OCDE no es una organización global, pero quiere tener un alcance global. Igual que la OMC, no guarda relación orgánica constitutiva ni sobrevenida con las NNUU. Comparten actualmente la pretensión de atenerse por adhesión voluntaria al derecho internacional de los derechos humanos, el mismo homenaje de la hipocresía a la virtud que ahora caracteriza al Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar* de las NNUU.

La falacia común a las posiciones de la OMC, la OCDE y del Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar* es la de confundir interesadamente entre ser miembro de las NNUU y contraer obligación con el derecho internacional de los derechos humanos que las mismas declaran; entre asumir el compromiso de garantizar estos derechos y estar vinculado a los mismos. Lo primero compete a los Estados; lo segundo alcanza a todas y todos, individuos y entidades de todo tipo, las empresas naturalmente no exclusive. Con tamaña falacia, está creándose en el mismísimo seno de las NNUU un régimen de

⁵² www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf.

excepción a favor de intereses empresariales. Mejor sería decir por supuesto que se está intentado crear ese Estado de excepción. Ni Principios del Representante Especial ni Informes del Relator Especial constituyen derecho. El Convenio de la OIT y la DDPI de las NNUU sí lo hacen. Estos y no aquellos son derecho. Aquí y no allí se tiene el régimen internacional de unos derechos de pueblos frente a unos intereses de empresas dado el caso usual de que se contrapongan y colisionen.

La cuestión está abierta. Tampoco es que vaya a resolverse entre tenores y por mayoría de dos contra uno, Ruggie y Anaya contra Weissbrodt. Los pueblos indígenas pugnan sobre el propio terreno, con los Estados y por ámbitos internacionales⁵³, aun sin contar con instancias que realmente les representen en la constelación de las NNUU. Las hay abiertas a participación, ninguna basada en

⁵³ www.gobernabilidaddemocratica-pnud.org/archivos/ponencia_indigenas_e_industrias_extractivas.pdf, por ejemplo: Caucus de Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, *Seguimiento de Recomendaciones sobre los Pueblos Indígenas y las Industrias Extractivas del Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas*, 2011. Para el planteamiento de una Red Global de Pueblos Indígenas e Industrias Extractivas: www.escri-net.org/news/news_show.htm?doc_id=871981&attribLang_id=13441.

representación estricta salvo la de los Estados. NNUU sigue siendo constitutivamente intergubernamental. Es organización formada por Estados y con peso creciente de intereses económicos transnacionales convertidos con todo en verdaderos poderes globales.

Por si fuera poco, los pueblos indígenas se encuentran con que también han de pugnar con expertos y expertas internacionales comprometidos con la defensa de intereses empresariales invocando de continuo y en vano los derechos humanos no raramente además en nombre de los mismos, como si tuvieran la representación de una ciudadanía global, la *ciudadanía corporativa* que predica el Pacto Mundial, una ocurrencia que, como la de responsabilidad social, cosecha éxito desde luego por los mismos medios de intereses empresariales⁵⁴. Bajo unos bonitos conceptos se encubre la exención corporativa de la vinculación común a ordenamiento y, más particularmente, a las garantías de derechos.

⁵⁴ Andreas Georg Scherer y Guido Palazzo (eds.), *Handbook of Research on Global Corporate Citizenship*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008; Jesús Conill, Christoph Luetge y Tatjana Shönwälder-Kuntze (eds.), *Corporate Citizenship, Contractarianism and Ethical Theory: On Philosophical Foundations of Business Ethics*, Farnham, Ashgate, 2008; Ingo Pies y Peter Koslowski (eds.), *Corporate Citizenship and New Governance: The Political Role of Corporations*, Dordrecht, Springer, 2011.

Igualmente se vela el modo de erigir subrepticamente a empresas transnacionales a la posición de sujetos del orden internacional en el marco del Pacto Mundial, lo que es en el seno de las NNUU, suplantando y defraudando a otros, como a los pueblos indígenas sin ir más lejos.

¿Es éste, el de suplantación y defraudación, el modelo de *asesoramiento* encarecido desde instancias de las NNUU competentes en materia indígena? No necesariamente desde luego. Hay ejemplos a la vista en tal dirección⁵⁵, pero no tienen por qué marcar la pauta. En todo caso, ese es el mensaje que reciben las empresas sin verse contradichas por pregonarlo en forma incluso de propaganda comercial⁵⁶. Las NNUU y los Estados por separado

⁵⁵ Radu Mares, el autor de *Defining the limits of corporate responsibilities against the concept of legal positive obligations* y de *Business and Human Rights after Ruggie*, y editor de *Business and Human Rights: A Compilation of Documents* y de *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, uno de los principales voceros de *Protect, Respect, Remedy*, ha sido asesor de compañías mineras operantes en el Perú en los tiempos de las políticas más agresivas contra los derechos de los pueblos indígenas, entre 2008 y 2009, considerándolo además como un dato positivo para su currículum: www.rwi.lu.se/institute/staff/cv/rmcv.pdf.

⁵⁶ Véase el ejemplo de General Electric mediante su buscador: www.ge.com/search/index.jsp. La entrada

se muestran conniventes. Éstos, los Estados, siguen asumiendo mediante el voto o mediante la ratificación, instrumentos internacionales de derechos humanos con reservas implícitas compartidas en la práctica por las mismas NNUU. Baste, sin ir tampoco más lejos, el ejemplo de la DDPI. Para defraudar sus promesas, por mucho que pretenda atenderseles a niveles de políticas ordinarias, basta con la impasibilidad habitual de las constituciones de Estados ante compromisos internacionales que alcanzan al orden constitucional. Las instancias competentes de NNUU suelen aplaudir, dado el caso, esas políticas ordinarias sin plantear cuestión respecto a la inadaptación de un orden constitucional de valor normativo superior.

Tal y como están las cosas, al menos logramos alguna conclusión. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen por supuesto las responsabilidades definidas en el Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar*, quién lo duda,

de la entrevista citada con Ruggie se congratula de la buena acogida de su trabajo por empresas transnacionales significadas, comenzándose por Coca Cola y prosiguiéndose por General Electric. Tras su paso por las Naciones Unidas, John Ruggie ha sido contratado por un bufete transnacional con fuerte carga de intereses empresariales (www.foleyhoag.com).

pero no con las implicaciones que ahí, en esos informes, se presumen. Respecto a los pueblos indígenas, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen además las obligaciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos, esto es al respecto la DDPI, la Declaración que las instancias específicas de las NNUU –Foro Permanente, Mecanismos de Expertos y Relator Especial– deben hacer valer frente a la operación del Marco y los Principios atentatoria contra derechos no sólo de los pueblos indígenas.

Frente a confusión, Declaración, la DDPI por supuesto. Frente a suplantación, derecho, no su tergiversación por intérpretes. Ciertamente es que el desorden internacional y los desórdenes locales no están comunicados entre sí; que el orden internacional es un universo tan conflictivo como el del orden doméstico; que el derecho internacional no puede suplir las deficiencias de los ordenamientos de Estados. Puede asistir desde luego, sobre todo si el derecho internacional de los derechos humanos lo hacen suyo sus sujetos reconocidos, los pueblos indígenas tras la DDPI en el caso. La confusión es en definitiva superable, pero no sin los pueblos.

III. *Conclusiones transitorias: ¿El rey está desnudo?*

¿Hay un constitucionalismo internacional rigiendo el despliegue de derechos y poderes que venimos contemplando? Lo visto tan sólo es una cicatera muestra de toda la constelación de instituciones que hoy forman las NNUU y otras organizaciones concurrentes en un ámbito internacional presuntamente sujeto a ordenamiento jurídico, pero puede que sea una muestra, si no representativa, al menos significativa. NNUU no abarca todo el entramado de orden internacional, pero constituye indudablemente el astro rey de este firmamento. He ahí entonces la pregunta. ¿Tiene NNUU Constitución? No lo digo en el sentido de que cuente con normas que la funden y más o menos la rijan, sino en el de si tiene un ordenamiento que defina unos principios y establezca a su luz unas instituciones. Si hablamos de constitucionalismo, los principios han de ser derechos a los que sirvan, promocionándolos y garantizándolos, las instituciones. Subrayo esto porque sigue imperando la mentalidad de que las exigencias constitucionalistas se tienen con los Estados por separado, no con sus asociaciones, como con la mayor de todas, las NNUU, donde poderes globales se ejercen por Estados reunidos, los Estados mismos al cabo.

Así formulada la pregunta sobre un constitucionalismo internacional, parece ciertamente excesiva, no diré que improcedente. En el caso de NNUU, sólo con abuso de lenguaje se puede decir que la Carta fundando instituciones y la Declaración Universal de los Derechos Humanos estableciendo principios forman, complementándose, una Constitución. Baste con señalar que los desenvolvimientos institucionales que hemos contemplado no tienen base en la Carta y que las garantías de derechos humanos que nos han ocupado, las referentes a pueblos indígenas, tampoco tienen su fundamento en la Declaración Universal. Y no sólo es cuestión de que pueda producirse a sus espaldas el desenvolvimiento de derecho internacional por parte de NNUU. El problema de partida ya reside en que la Carta no mira a los derechos humanos porque los invoque. Dicho de otra forma, la erección de unas instituciones internacionales como poderes globales no se destina constitutivamente a la garantía de los derechos humanos. Luego se hacen intentos de vincular lo uno con lo otro incluso en serio, no sólo a efectos de legitimación de instituciones por invocación de derechos, pero, si ya en origen hay poderes internacionales en la misma órbita de las NNUU que no responden a función de promoción y garantía de derechos, el juego ulterior del derecho supraestatal permite la salida a escena de más

poderes globales, si no enteramente sobrevenidos, finalmente legitimados y entronizados internacionalmente.

Ahí está el caso elocuente de la OMC, la Organización Mundial del Comercio flanqueando a las NNUU. Nació a su margen para impedir que las mismas se hicieran cargo. Cuando, conforme avanzaba una descolonización ciertamente limitada, nuevos Estados iban incorporándose a las NNUU, aquellos que habían dominado en tiempos plenamente coloniales reciclan su posición de dominio marcando distancias de algunas de sus agencias, como la OMPI y la UNESCO, e imponiendo sus reglas desde organizaciones que no se integran en las mismas, como la OMC. A continuación, cuando los derechos humanos van tomándose progresivamente en serio con la amenaza que este desarrollo normativo supone para el dominio de origen colonial ahora crecientemente solapado, esos mismos sectores crean un espacio de excepción en el seno de las NNUU para blindaje de las empresas transnacionales, las que también ven protegidos sus intereses por mano de la OMC y de la OCDE. Se trata del Pacto Mundial con su continuidad a través del mecanismo especial sobre derechos humanos y empresas que persigue el descompromiso encubierto de las segundas para con los primeros. Si se mira no sólo a los poderes estatales

e interestatales, sino también a los intereses empresariales transnacionales, se entiende mejor una historia que procede de tiempos anteriores a las NNUU, de unos tiempos netamente coloniales.

Conviene mirar a esta prehistoria para medir el alcance del asalto de las empresas transnacionales al orden internacional y, desde dicha posición, a los Estados por separado. Del colonialismo directamente procede, si no el mismo transnacionalismo empresarial, su vocación transfronteriza. Con los derechos humanos ahora por bandera, considerando derecho humano incluso el derecho al desarrollo en singular, a una forma de desarrollo cuyo fondo no se cuestiona porque se le añadan cualificaciones como la de sostenible o la de humano, las empresas transnacionales siguen comportándose como si el derecho internacional debiera estar a su servicio, en lo que, tal y como están hoy las cosas, no puede decirse que se equivoquen mucho. Baste mirar a Estados cuyas Constituciones están ahora a la altura del derecho internacional de los derechos humanos, inclusive respecto a las garantías internacionalmente requeridas para los derechos de los pueblos indígenas, como sea el caso del Ecuador y el de Bolivia por América Latina y cuyas políticas económicas se desvían de la dirección constitucional por la presión continua de poderes empresariales

principalmente transnacionales, unos poderes que en la práctica desbordan no sólo a los Estados, sino también a las instancias de las NNUU, inclusive las competentes en derechos humanos en general y en derechos de los pueblos indígenas en particular. Los Estados de base de las empresas transnacionales no es raro que pongan su política exterior a su servicio. A menudo, las propias agencias de desarrollo de la órbita de las NNUU, como lo sean el Banco Mundial y el Programa para el Desarrollo, sirven de cauce más que de freno a los mismos poderes empresariales de carácter transnacional.

La OIT, la Organización Internacional del Trabajo, cuenta con una Constitución, con una norma constitutiva así denominada. Ya nos consta su peculiaridad como organización tripartita, formada por tercio estatal, tercio empresarial y tercio sindical. Desde tiempos plenamente coloniales, pues la OIT se fundó en 1919, viene ocupándose de asuntos concernientes a indígenas. En ningún momento, ni siquiera tras la adopción del Convenio 169, el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Coloniales en Países Independientes, se plantea un cambio de Constitución a los efectos de sumar a sus tres constituyentes originarios la constituyencia indígena sobrevenida por virtud, más que del Convenio 169, de la DDPI. Requiere la OIT a los Estados que cuenten con

los pueblos indígenas no aplicándose a sí misma la regla. Por mucho que se hable, ya desde el Convenio, en términos de derechos, sigue aplicándose un criterio de ascendencia colonial y, desde luego, nada constitucional, el de definirse y aplicarse políticas desde instancias internacionales sin la participación debida de los pueblos afectados, de unos pueblos ya reconocidos como sujetos internacionales en un grado que no comparten ni empresas ni sindicatos. Que puedan ignorarse los derechos de esos pueblos en el momento de contemplarse responsabilidades de las empresas transnacionales, como hemos visto que también ocurre en el seno de la OIT, no va entonces a extrañar. Por doquier encontramos ininterrumpido y solapado el tracto colonial.

Los propios derechos humanos han venido sufriendo el lastre colonial. Su descolonización puede decirse que en rigor se produce o, mejor, arranca, no con la adopción de una política descolonizadora limitada por NNUU en 1960, sino con la DDPI, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en 2007. La misma se encuentra con una situación en la que hay poderes globales blindados que afectan neurálgicamente a la factibilidad de las garantías de esos determinados derechos. Más que intereses políticos, son económicos los que priman, no todos los

intereses económicos ni todos los intereses empresariales por supuesto, sino aquellos de alcance transnacional que se resisten a plegarse a derechos humanos y, muy particularmente, en todo lo que toca a pueblos indígenas por cuanto que éstos les estorban para el acceso a recursos inexplorados y a conocimientos sobre los mismos. No se trata de intereses legítimos, sino de los que, al lesionar derechos humanos, resultan ilegítimos por mucho que las empresas concernidas sean legales.

No es cuestión de poderes globales de hecho, sino de poderes globales de derecho, como ahora, para las NNUU, las empresas transnacionales. Con el invento de la ciudadanía corporativa transnacional por arte del Pacto Mundial, las mismas se convierten en sujetos internacionales por encima y, de llegar el caso, en contra de sujetos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, los pueblos indígenas. Ni para sus sujetos natos, los individuos, todos los de la humanidad, se ha concebido una ciudadanía global por las NNUU. También sería improcedente, pues su constituyencia, faltando los pueblos indígenas, no es universal, pero la ocurrencia de la ciudadanía corporativa es aún más deletérea. No olvidemos que el Pacto Mundial se constituyó expresamente con los derechos humanos no como objetivo, sino como instrumentos para legitimar

internacionalmente empresas y mercado. No es otra la visión de *Proteger, Respetar, Remediar*.

Por la vía regular de desenvolvimiento del derecho internacional de los derechos humanos había venido a afrontarse el reto de las empresas transnacionales que desbordan a los Estados afectando a tal categoría de derechos, lo que se había a su vez cortocircuitado por la vía menos regular del Pacto Mundial y su pretensión de una llamada ciudadanía corporativa transnacional generando el espacio para poderes globales de carácter económico al abrigo de obligaciones estrictas con los derechos. Esta otra vía menos regular, Representante Especial del Secretario General de las NNUU mediante, conduce a la suspensión de hecho del valor normativo de instrumentos internacionales de derechos humanos, como lo sea no sólo la DDPI, a favor de intereses empresariales transnacionales. Para todo constitucionalismo, por garantía de los principios y prevención de la arbitrariedad, las formas son importantes. Que la DDIP haya seguido la trayectoria regular de elaboración de normas de derechos humanos en las NNUU y que el proceso de entronización de las empresas transnacionales haya sido más expeditivo, evitando en particular la deliberación colegiada de instancias de expertos y expertas como la antigua Subcomi-

sión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, no es un dato meramente formal.

En 2006 se produjo en NNUU una reforma institucional en materia de derechos humanos. Su organismo intergubernamental específico se eleva de rango. Lo que había sido una Comisión de Derechos Humanos subsidiaria del Consejo Económico y Social se transforma en Consejo de Derechos Humanos ya no subordinado. Más capacitado, sigue siendo una instancia puramente intergubernamental, formada en exclusiva por representantes de Estados. Al tiempo se instituye como organismo técnico, de expertas y expertos, el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, con un perfil en cambio bastante inferior al de la instancia precedente, esto es la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos que a su vez había sucedido a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. La instancia que así desaparece había sido el organismo más dinámico en el desarrollo del derecho internacional de derechos humanos. Ahora el nuevo Consejo de Derechos Humanos se encuentra más apoderado que su antecesora, la Comisión. Puede hacer más fácilmente cosas como dar el espaldarazo a la DDPI para a continuación cortocircuitarla con su respaldo al programa de derechos humanos y empresas

transnacionales. Hay por aquí, desde 1945, toda una historia todavía por hacer.

Toda esta historia, la vista, basta para poner de manifiesto la fragilidad del presunto constitucionalismo internacional aunque fuere en ciernes. No es sólo ni principalmente débil por la reserva de soberanía en manos de los Estados como si ellos todavía constituyesen los principales poderes globales; tampoco porque las NNUU naciesen presididas por Estados vencedores de una guerra prácticamente mundial con intereses coloniales y empeño por mantener el colonialismo, arrastrando hasta hoy un lastre⁵⁷. Nada de esto

⁵⁷ Como arranque de esa historia por hacer, Mark Mazower, *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, Princeton, Princeton University Press, 2009; Samuel Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press, 2010. Como historiador del derecho que académicamente soy, concluyo las notas con este deseo de historia. Ya he registrado la existencia de un programa de historiografía para uso del delfín, promovido por las propias NNUU, el del *United Nations Intellectual History Project* (www.unhistory.org), proyecto que resulta tan inapropiado como la promoción de historias nacionales por instancias de Estados, universitarias u otras. Lleva publicados cerca de veinte volúmenes, a los que han de sumarse los que independiente promueven las mismas agencias, como, por ejemplo, el Programa de las NNUU para el Desarrollo. Sobre éstas y otras dificultades para la historiografía que interesaría del derecho internacional sustantivo, el de los derechos

parece lo esencial al menos para la aparición de poderes globales en manos de empresas transnacionales desbordando tanto a los Estados como al orden internacional. Hay condiciones y causas más recientes y más directas. Entre la OMC o la OCDE que escapan a las NNUU y el espacio confluyente abierto en éstas mismas a partir del Pacto Mundial, se han generado condiciones para la entronización de poderes globales de carácter directamente económico bajo la cobertura de un orden internacional que predica derechos humanos.

Fragilidad patente en el funcionamiento orgánico de las NNUU lo resulta desde luego el espectáculo visto de un individuo creando, como arconte universal, derecho sobre las relaciones entre derechos humanos y empresas transnacionales a favor además en teoría de los primeros y de hecho de las segundas. Sin embargo, esto mismo no tiene explicación sino en función de los intereses empresariales transnacionales que mueven el Pacto Mundial y su prosecución por vía menos regular o realmente irregular de desarrollo

humanos, B. Clavero, "Cláusula colonial en el derecho internacional y alguna otra contrariedad para la historia de los derechos humanos", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 40, 2011, pp. 1061-1098, en especial pp. 1080-1098.

normativo de los derechos humanos en el seno de las NNUU. Que el Consejo de Derechos Humanos, organismo en exclusiva intergubernamental, revalide la operación puede llamar la atención, pero tampoco extrañar mucho.

Todo se hace en nombre de los derechos humanos, aunque sea en su contra, más todavía, por supuesto, si es a favor. El énfasis suele ser inversamente proporcional, pronunciado si se actúa a la contra y sólo corriente de guardarse consecuencia. Con todo, el tránsito entre las Naciones Unidas predicando derechos y las empresas globales ejercitando poderes dista mucho de haberse consumado ni tiene trazas de conseguirse expeditivamente. ¿Concluimos con nuevas máximas? Contra globalización de poderes, no antiglobalización, sino globalización de derechos, globalización de derechos humanos que ya de por sí contienen los contrapesos precisos, los contrapesos de derechos de pueblos no necesariamente identificados con Estados.

Contra globalización todavía limitada de poderes, globalización ya íntegra de derechos. Las corporaciones transnacionales han conquistado un espacio de exención al costo de aceptar los derechos humanos como ideario, manteniéndolos por ahora a raya. Los derechos humanos tomados en serio y no

como cobertura legitimadora son hoy posición más genuina de las NNUU, posición que puede y debe contrarrestar poderes y reconducir procesos. En fin, tan sólo es el rey entronizado quien está desnudo.

