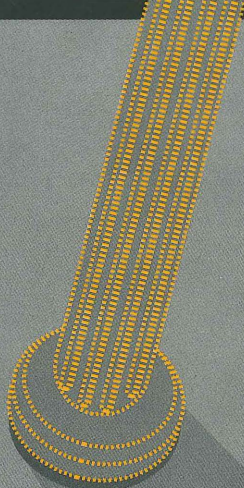


Eduardo Hernando Nieto



Deconstruyendo la legalidad

Ensayos de teoría legal y teoría política



Pontificia Universidad Católica del Perú
FONDO EDITORIAL 2001



Fundación Academia
Diplomática del Perú

Eduardo Hernando Nieto se desempeña como profesor de Teoría del Derecho y Teoría Política en la Facultad de Derecho y en la maestría de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y como profesor de Ciencias Políticas en la Academia Diplomática del Perú. Asimismo, es docente en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en el Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN), y profesor visitante en el Instituto Bartolomé de las Casas del Cuzco.

Doctorado en Filosofía por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y con una maestría en Teoría Social y Política por la Universidad de East Anglia (Norwich - Inglaterra). Recientemente ha publicado por esta misma casa editorial el libro *Pensando peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*. (Lima: PUCP, 2000)

DECONSTRUYENDO LA LEGALIDAD:
ENSAYOS DE TEORÍA LEGAL Y
TEORÍA POLÍTICA

EDUARDO HERNANDO NIETO

**DECONSTRUYENDO LA LEGALIDAD:
ENSAYOS DE TEORÍA LEGAL Y
TEORÍA POLÍTICA**



Pontificia Universidad Católica del Perú
FONDO EDITORIAL 2001



Fundación Academia
Diplomática del Perú

Primera edición: febrero de 2001

*Deconstruyendo la Legalidad: Ensayos de Teoría Legal
y Teoría Política*

Diseño de Carátula: Enrique Ottone

Copyright © 2001 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad
Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18 San Miguel.
Telefax: 460-0872. Teléfonos: 460-2870, 460-2291, anexos 220 y 356.
E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Fundación Academia Diplomática del Perú. Av. General Pezet 1905,
San Isidro. Teléfonos: 264-0175, 264-1160. Fax: 264-1513
E-mail: postmaster@adp.edu.pe

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio total o
parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal: 1501052001-0380

Derechos reservados
ISBN: 9972-42-383-2

Impreso en Perú – Printed in Peru

A Fernando Fuenzalida
Vollmar, maestro y amigo

Índice

Introducción	11
--------------	----

Primera Parte: La deconstrucción del derecho moderno

1. ¿Existen los Derechos Naturales?	17
2. ¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?	43
3. Los Estudios de Crítica Legal frente al Derecho Civil y los contratos	65
4. ¿Justicia Discursiva o el retorno de la Torre de Babel?	91
5. Entre la excepción y la regla: El Decisionismo Jurídico frente a la Escuela de Frankfort	121

Segunda Parte: La deconstrucción de la política moderna

6. ¿Por qué la Economía de Mercado es anticonstitucional?	147
7. Patriotismo de la Constitución: ¿Más de lo mismo?	173
8. ¿Qué pasa con la Ciencia Política?	203
9. ¿Y ahora quién podrá salvarnos?: ¿la Sociedad Civil o la Sociedad Anónima?	213
10. Las teorías democráticas hoy ¿Cuál de ellas garantiza la libertad, la igualdad y la virtud?	239

Notas sobre los textos

277

Bibliografía General

279

Introducción

Constantemente somos testigos de cómo en los ambientes jurídicos y políticos se viene reconociendo la presencia de distintos problemas que intentan ser resueltos sea, por ejemplo, con una reforma de la administración de justicia o con una reestructuración del aparato público; aunque es bien cierto también que tales propuestas se edifican sin mayores análisis o cuestionamientos a las estructuras que ellos mismos pretenden modificar.

En este sentido, se trataría entonces de acciones terapéuticas que no apuntan al fondo del problema sino a la superficie, y esto simplemente porque se sigue asumiendo como válidos los postulados centrales del derecho y de la política moderna, a saber, la síntesis de la libertad y de la igualdad, la neutralidad frente a los valores, la autonomía de la voluntad y, por supuesto, el progreso material leído en términos económicos.

Sin embargo, si aún el grueso de los juristas y de los políticos siguen pensando en estos términos, no es menos cierto reconocer el hecho de que cada vez es mayor el número de académicos que están siendo más duros y cáusticos con este tipo de postulados y que intentan todo tipo de malabares a fin de salvar el proyecto de la modernidad como se puede desprender, por ejemplo, de los últimos textos de John Rawls o Jürgen Habermas.

La serie de ensayos que aparecen en esta colección, escritos en los últimos cuatro años, ciertamente se hallarán dentro del marco de la crítica al derecho y a la política moderna; pero, a diferencia de la gran mayoría de críticos, no pretendemos rescatar ningún proyecto

teórico del derecho o de la política moderna —para nosotros ya peridos y fracasados— sino que vamos a desmenuzar con paciencia y entusiasmo las múltiples incoherencias del Estado de Derecho y del Liberalismo.

Ahora bien, queremos dejar en claro que esta tarea —casi diríamos una labor de disección— no tiene por objetivo el santificar el nihilismo o la anarquía. Al contrario, nuestro interés en este enfoque tiene que ver más bien con el rechazo que experimentamos ante estas corrientes contemporáneas que, asociadas inclusive con el pragmatismo, solo sirven para mantener la anomia, el abuso del poder y la desigualdad, y para alejar a la *virtud* del mundo de la ciudad.

En otras palabras, la vigencia de la teoría legal moderna y la teoría política —en especial, el liberalismo— han tenido como efectos inmediatos la atomización social, la crisis de la vida política y la violencia estructurada, precisamente los demonios que ellos mismos pensaban conjurar y que se identificaban, ora con esa imagen caricaturizada de la justicia antigua y su administración Cadí, relatada por Weber, ora por las inicuas y arbitrarias jerarquías sociales del medioevo o la impredecibilidad de las decisiones soberanas durante el barroco.

Por supuesto que los argumentos que sostendremos en todos estos artículos se encargarán de demostrar que ninguno de los principales objetivos propuestos por el proyecto jurídico político moderno han alcanzado los fines prescritos y pero aun, ni siquiera han sido capaces de aproximarse a ellos. Inclusive, se podría afirmar también que en muchos casos han producido mayores contradicciones al moverse estas teorías bajo parámetros abstractos lejanos al ámbito práctico operativo donde se ubican tanto el derecho como la política.

Estos ensayos, entonces, están dirigidos a plantear una serie de importantes críticas a la coherencia teórica del derecho y a la política moderna, apelando al término «deconstrucción» en su sentido más puro y estricto, es decir, como un concepto que relativiza la jerarquía y supremacía de ciertos términos dentro de la teoría legal y la teoría política cartesiana.

Así pues, partiendo de un principio tan elemental para la legalidad como el de los derechos subjetivos, abordaremos inmediatamente la

crítica a los modelos de la eficacia económica representados por el análisis económico del derecho.

Seguidamente, y sin compartir necesariamente todos sus puntos de vista, sustentaremos las discrepancias de los estudios de crítica legal con respecto del derecho formal. Por último, nos referiremos a las posibilidades reales de la legalidad argumentativa propuesta por Perelman y Habermas para salvar las contradicciones de la teoría moderna y a cómo, al final, el modelo decisionista podría inclusive tener mejores «argumentos» que la tan promocionada legalidad deliberativa.

La segunda parte de este libro se concentrará en las instituciones políticas y el liberalismo, lo cual implica que nos ocupemos de la economía libertaria y sus fallidas propuestas distributivas, el vano intento del liberalismo para constituir una cultura política o sus debilidades para asumir el desafío del pluralismo contingente. En este sentido, preguntarnos por el propósito de la Ciencia Política se entiende como una muestra más de nuestro escepticismo frente a las ciencias formales y al modo como tal aproximación distorsiona el significado de la política y nos aleja de la búsqueda del mejor régimen político, esto es, de la Filosofía Política.

Para finalizar, hemos dejado a dos de los más importantes temas que se debaten recientemente en todos los espacios públicos y también privados, a saber, el retorno de la sociedad civil y de la democracia que impregnan todos los contextos y que pretenden convencernos de lo equivocado de las críticas a la modernidad y de las alternativas que existirían con la presencia de la sociedad civil y de la democracia discursiva. Sin embargo, nosotros nos mantendremos firmes en nuestra postura pesimista frente a lo que realmente significa, por ejemplo, la sociedad civil y también las dificultades que tendrían todas las teorías democráticas en su propósito por conseguir sus objetivos.

Esperamos, como dijimos al inicio, que todos estos ensayos sirvan para tomar conciencia de que los problemas que enfrentamos no son de fácil solución y que, por lo tanto, la primera tarea que tenemos pendiente los académicos y, por qué no también los políticos, sea la

INTRODUCCIÓN

de fijar objetivos concretos y reales que a su vez sean respaldados con principios sustantivos. Esto significa, entonces, que reemplacemos a la ciencia con la filosofía y nos aboquemos a la noble tarea de la vida política y la aproximación a la justicia.

Lima, febrero de 2001

PRIMERA PARTE:
LA DECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO MODERNO

Capítulo 1

¿Existen los derechos naturales?

1. Introducción

Wilhelm Dilthey decía que el hombre no podía tener naturaleza, sino únicamente historia.¹ Esta afirmación, que en el siglo XVIII parecería una herejía, quizá hoy sería una opinión no del todo descabellada.

Ciertamente, nuestro sentido común nos dice que si los derechos naturales (hoy más conocidos como derechos humanos) fuesen realmente naturales, no habría ninguna necesidad de demostrarlos. Asumirlos como tales, llevaría consecuentemente a invalidar la razón de ser de innumerables documentos que han intentado dilucidar sus fundamentos desde diversas ópticas. Consideramos, por lo tanto, que esta asunción es medianamente cierta y que en ella radican gran parte de las debilidades teóricas de las tesis sobre los derechos naturales.

Para demostrar lo que afirmamos, estudiaremos en esta primera parte la historia del término *derechos naturales*, a través de lo cual demostraremos su origen artificial. Este tipo de análisis ya ha sido abordado en varios trabajos, como los de Javier Hervada,² Michel

¹ DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las Ciencias del Espíritu*. México: Fondo de Cultura Económica, 1945.

² HERVADA, Javier. *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. Pamplona: EUNSA, 1987.

Villey³ o Richard Tuck⁴ (en especial el tercero), que nos han brindado una muy detallada historia de su creación y han concluido que tanto *derecho*,⁵ (entendido como derecho subjetivo) así como el agregado de *natural*, son palabras que poseen raíces propias, cuyo nacimiento es posible ubicar, por consiguiente, en un tiempo y espacio determinados del devenir humano. Hacia ese espacio nos dirigiremos (de la mano de estos autores y algunos otros más), para probar el carácter *no natural* de estos derechos y conducirnos a la segunda parte de este ensayo que analizará las incoherencias de su estructura que, según pensamos, los descartan como construcción teórica. Dicha falta de coherencia se debe, en último término, al modo ficticio en el que se creó su nombre lo cual se muestra en la insoluble aporía de los conflictos de derechos.

Finalmente, quiero dejar en claro que el término que estoy manejando en relación a estas libertades subjetivas, léase *derechos naturales* no tienen relación con el concepto *derecho natural* —del que soy un seguidor— al que entiendo de la misma manera como lo hizo Aristóteles en el mundo clásico, Santo Tomás en el siglo XIII y, más contemporáneamente, Leo Strauss⁶; es decir, como un marco metafí-

³ VILLEY, Michel. *Compendio de filosofía del Derecho*. Pamplona: EUNSA, 1979; Michel Villey. «La genese du droit subjectif chez Guillaume d'Occam». *Archives de Philosophie de droit*, 9, vol 13, n.º 1964.

⁴ TUCK, Richard. *Natural Right Theories*. Cambridge: Cambridge UP, 1981.

⁵ VILLEY, Michel siguiendo la definición clásica del Derecho, (to dikaiion) entiende que es un objeto, una cosa, una proporción entre cosas repartidas entre personas. Por lo tanto, estaríamos ante una acción humana destinada a repartir bienes de manera equitativa. Esta definición separa nitidamente el campo del Derecho y el de la Moral (la Justicia particular y la Justicia general, respectivamente, en términos aristotélicos) y, por ende, los derechos naturales (potestades morales) sencillamente no tendrán cabida dentro del estudio del derecho. Véase VILLEY, Michel. Ob. Cit., pp. 78-82.

⁶ STRAUSS, LEO. *Natural Right and History*. Chicago: The Chicago UP, 1950. Véase también STRAUSS, LEO. *What is Political Philosophy?* Chicago: The U of Chicago P, 1959. Para una exposición y crítica del pensamiento de Strauss véase FERRY, Luc.

sico —y por ende trascendente— que debemos seguir si es que queremos vivir dentro de un orden ético y con sentido.

2. Haciendo un poco de historia

Si quisiéramos hurgar en las fuentes de los derechos individuales, está claro que debemos retroceder hasta el Renacimiento, aunque si intentáramos ser más precisos habría que remitirse incluso a la Baja Edad Media. Así lo dice Michel Villey en su *Compendio de la Filosofía del Derecho*, donde incluso enumera a las tres fuerzas responsables de la creación del Derecho Subjetivo, a saber: el Cristianismo, el Humanismo y el Nominalismo.⁷ Ciertamente, a esta afirmación podría muy bien añadirse que la elaboración del Derecho Subjetivo va a la par del nacimiento del sujeto cartesiano, aunque según Villey el Derecho Subjetivo como tal ya estaría delineado en el siglo XIV, vía la Escuela Nominalista de Ockham, es decir, doscientos años antes.

El desconocimiento dentro del mundo clásico y el alto medioeval, de cualquier noción de Derecho Subjetivo, es un hecho corroborado por importantes filósofos. El célebre filósofo liberal Sir Isaiah Berlin, hablando sobre los orígenes de las libertades individuales en su ensayo *Two Concepts of Liberty*», anotaba que «parece haber escasa o ninguna discusión sobre la libertad individual como un ideal político consciente (como opuesto a su existencia actual) dentro del mundo antiguo; Condorcet ya había remarcado que la noción de *derechos individuales* estuvo ausente de las concepciones legales de los romanos y griegos; esto parece regir igualmente para los judíos, chinos y todo el resto de civilizaciones que han salido a la luz. La presencia de este ideal ha sido la excepción antes que la regla, incluso en la más re-

Filosofía Política vol 1. El derecho: la nueva querrela de los antiguos y modernos. México: Fondo de Cultura Económico, 1991.

⁷ VILLEY, Michael. Ob. cit., vol. I, pp. 145-51.

ciente historia de Occidente».⁸ Por su parte, otro prestigioso historiador de la filosofía política clásica como Sir Moses Finley, aludiendo al sentido del derecho (libertad) que los griegos manejaron, apuntaba que «la libertad significaba el gobierno de la ley y la participación en el proceso de decisiones políticas, *no la posesión de derechos inalienables*»⁹ (el énfasis es mío).

Por otro lado, ya en tiempos napoleónicos Benjamin Constant había mencionado que la libertad de los antiguos era fundamentalmente una participación en el gobierno de la *polis* y esto no tenía ninguna relación con las libertades o derechos modernos entendidos como facultades morales individuales. De aquí ciertamente Berlin derivaría su famosa distinción entre libertad positiva (entendida como auto-gobierno o *selfmastery*, en sus palabras) y libertad negativa (ausencia de coerción física).

No se necesita ciertamente ser un erudito tampoco para saber que el individuo, como hoy lo conocemos, es por de más un fenómeno que empieza con el Renacimiento y la Reforma Protestante, tiempo en el que se produce esa quiebra del orden teleológico metafísico que caracterizó a Occidente durante el período aristotélico-tomista.

Como hemos indicado, Michel Villey hacía explícita mención al Nominalismo (junto con el Cristianismo Agustino y el Humanismo del Renacimiento), como a una de las filosofías que iniciaron la propagación del individualismo vía las tesis del franciscano Guillermo de Ockham (1300-1349). Sin embargo, Ockham, más que un defensor de los derechos individuales *stricto sensu*¹⁰ fue más bien una

⁸ BERLIN, Isaiah (ed.). BERLIN, Isaiah, «Two Concepts of Liberty». *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford UP, 1969, p. 129.

⁹ FINLEY, M.I. *Democracy Ancient and Modern*, Londres: The Hogarth Press, 1985, p. 116.

¹⁰ Creemos que vale la pena aclarar que Villey se equivoca cuando menciona a Ockham como el padre de los derechos individuales ya que, siendo Ockham un franciscano, sus creencias apuntaban más bien hacia una comunidad ideal en la cual no existiese la propiedad privada —sociedad comunista— y esto obviamente lo alejaba

suerte de *deshacedor metafísico*, en tanto el Nominalismo implicaba justamente el descrédito de los conceptos o ideas universales que por su propia naturaleza eran conceptos metafísicos. En el contexto social esto aparecía como una desacralización y pérdida del significado de la realidad ya que la Filosofía Okhamiana no era otra cosa que un escepticismo frente a la metafísica (léase Dios) que fue el primer paso para la creación del sujeto moderno.

Durante la Baja Edad Media diversos acontecimientos históricos muy vinculados al terreno político corroborarán con ejemplos concretos el desarrollo del Nominalismo. Principalmente ello se muestra con el progresivo debilitamiento de la estructura imperial (Sacro Imperio Romano Germánico), lo cual, como veremos, facilitará la realización de los derechos individuales entendidos como libertades o *libertas* personales, vale decir, como demandas (morales) subjetivas.

El Sacro Imperio Romano en este período empieza a sufrir el hostigamiento de las comunidades del norte de Italia, quienes fueron las primeras en acabar con el régimen feudal, dando paso a la creación de las ciudades o burgos. Esto aconteció básicamente en Lombardía y Toscana y en otros lugares donde un sector social en crecimiento, los comerciantes burgueses, comenzaron a percibir al Imperio y a su organización político-espiritual como un obstáculo para sus actividades mercantiles. Por otro lado, en este tiempo aparecerán también las universidades que, destinadas a la divulgación del conocimiento entre los profanos, devendrán más adelante en instrumentos políticos para este emergente estamento social. La carrera jurídica, por su parte, estaba ya para el siglo XV en pleno apogeo. Los juristas del norte de Italia, entonces, empezarán a hacer popular el uso de la palabra *libertas* (libertad) en su afán por buscar los medios apropiados para separarse del Imperio y legitimar sus pretensiones. Ciertamente el Código de Justiniano decía que se debía obediencia al *Princeps* (emperador),

de los derechos individuales, en tanto estos estaban vinculados a la idea de propiedad privada o, mejor dicho, a la propiedad que aún no era materialmente percibida (demanda de propiedad). Sobre este punto véase TUCK, Richard. Ob. cit., pp. 2224.

y esto implicaba que si los juristas burgueses querían cambiar el orden de las cosas tenían que empezar primero por transformar el *Digesto* (es decir, el derecho).

El primer jurista en tomar tal determinación fue Bartolus de Sassoferrato (1314-1357), tarea continuada luego por su discípulo Waldo. Bartolus fue estudiante y profesor en la Universidad de Bologna y se propuso reformar el Derecho Romano para ponerlo al servicio de las ciudades:

Él abandonó la tradicional asunción de los glosadores que señalaba que cuando la ley estaba fuera de conexión con los hechos sociales, estos debían de ajustarse para satisfacer una interpretación literal de la ley. Él, al contrario, hizo su precepto básico que, allí donde la ley y los hechos coalicionan, era la ley la que debía de colocarse de acuerdo a los hechos.¹¹

Según Bartolus, también las ciudades italianas contenían hombres libres, quienes tenían la capacidad para crear leyes del modo que les conviniese. Todos estos argumentos nos muestran cómo se venía minando la validez del orden natural, entendido como mandato divino universal, en favor del particularismo expresado por el modelo republicano de la Baja Edad Media y del Renacimiento.

Como se observa, existe una importante corriente de pensamiento que emprende la tarea de acabar con el llamado «orden natural querido por Dios» (en palabras de san Agustín), y que alcanzará su apogeo unos años más tarde dentro del escepticismo renacentista de un Alciato, Connan o el mismo Michel de Montaigne.¹² Todos estos he-

¹¹ SKINNER, Quentin. *The Foundations of Modern Political Thought*. Cambridge: Cambridge UP, 1978, vol. I, p. 9.

¹² FRANCIS, Connan por ejemplo, tratando de desacreditar al derecho natural decía en 1540 que: «El *ius naturale* se refiere al hombre solitario, llevando su vida en el campo con su compañera y sus niños. Pero desde que es llevado por la naturaleza a la sociedad de otros hombres y a asociarse con ellos, él gradualmente se aventura a salir, y deviene envuelto en relaciones, primero con amigos, luego con vecinos y

chos, por su lado, llevarán finalmente a estos hombres del Renacimiento a afirmar que la moral recién se inicia con el florecimiento de las ciudades (civilización).

Recapitulando, es interesante subrayar que el Renacimiento, como toda gran tradición, reunió en su interior diversas corrientes, siendo una de las más importantes la corriente escéptica y antinatural que provocará alejamiento de la naturaleza, aunque relativo (como apreciaremos al producirse el retroceso del Escepticismo con la Ilustración). El nacimiento del Escepticismo Nominalista fue fundamental para la concreción de la Modernidad y de las libertades subjetivas, pues éste quebró el orden metafísico que regulaba la sociedad (imperio universal). Por otro lado, el hecho de plantear reclamos de autonomía (*libertas*) implicaba ya una percepción diferente de lo que era el sentido antiguo de la palabra libertad. (Al asociársela con reclamos morales.)

Ahora bien, paralelamente a estos cambios filosóficos hay también una transformación en el plano de los conceptos, específicamente en lo que significa la palabra *ius* (derecho), que va a sufrir desde fines de la Edad Media hasta el siglo XIX. una serie de interpretaciones y de cambios radicales. En primer lugar, el *ius* será por un lado entendido como el sinónimo de *uso* y, por el otro, de *dominium* (propiedad). Ambas percepciones, por cierto, iniciarán una ruptura con lo que normalmente se comprendía por *ius*, es decir, justicia, y más específicamente, justicia particular.

El *ius* antiguo era lo que los griegos entendían por *to dikaion*, es decir, el arte o la técnica (*techne*) de distribuir o restituir cosas (*res*) entre los hombres de acuerdo a principios de equidad.¹³ Aristóteles,

eventualmente a través del comercio con el resto de la raza humana [...] Todos pues estuvieron ansiosos de abrazar el *ius* que es llamado *gentium*; éste se distingue del derecho natural en que se refiere al hombre como animal prudente y astuto, hay que admitirlo, pero que cuando está en su casa no es más diferente de las bestias. El primero se refiere al hombre racional y sabio, y completamente comprometido con los otros hombres [...] ». TUCK, Richard. *Ibid.*, p. 37.

¹³ VILLEY, Michel. *Ob. cit.*, pp. 78-82.

en el libro V de la *Ética a Nicómaco*, asociaba al derecho con la justicia particular, y esta distribución de bienes que hacía la técnica jurídica podía darse, bien en base a una igualdad aritmética (la llamada justicia conmutativa), o también vía una igualdad geométrica o proporcional (la justicia distributiva).¹⁴ De lo anterior se desprende claramente que cuando los antiguos hablaban de derecho siempre se estaban pensando en una acción o acto de reparto o restitución. De modo que el Derecho Clásico no tenía relación con la conciencia de los hombres,¹⁵ ni con la utilidad, ni mucho menos con la búsqueda de la verdad. Está claro entonces que el campo de la moral humana (es decir, *el deber ser* del comportamiento de los hombres) era completamente ajeno al terreno del *ius* o derecho. No obstante esta clara diferenciación, las cosas comienzan a cambiar desde la Baja Edad Media y las fronteras terminan por encontrarse. El acercamiento del derecho y la moral van así casi de la mano con la expansión del Escepticismo Estoico, del Catolicismo Agustino y del Neoplatonismo del Renacimiento, todo lo cual comienza a cargar de tintes morales a la palabra *ius*.

En esta línea de acercamiento entre el *ius* y la moral, poco a poco se perderá el significado del término *derecho*, entendido como una acción, para verse ligado más bien a términos como *dominium* (propiedad), *uso*, *libertas*, *demanda*, y por último, *facultas* (que es como ha llegado a nuestros días, es decir, como derechos subjetivos o individuales).

Esta distorsión en la palabra derecho tiene mucho que ver con el desarrollo de la propiedad privada, lo que obviamente nos indica que el nacimiento de la propiedad privada va a estar inseparablemente ligado al nacimiento del sujeto moderno, y viceversa.

La confusión se inicia incluso con los juristas romanos, que pese a mantener la noción de *derecho* como cosa justa (*ius res*) también

¹⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Buenos Aires: El Ateneo, 1950, libro V.

¹⁵ Esto sería para Aristóteles el objeto de la justicia general, es decir, de la búsqueda de la virtud (moral).

van a comenzar a referirse al *ius* de manera algo ambigua; incluso Ulpiano (de la generación posterior a Gayo) decía, por ejemplo, haciendo referencia al usufructo, que «el *ius* de usar la cosecha sólo puede ser atribuido al hombre que ejerce el usufructo; el *dominus* no lo tiene en tanto que quien goza de la propiedad de algo no tiene un *ius* separado para usar y disfrutar de lo que él produce». ¹⁶

Evidentemente, el significado que aquí se da al término *ius* no era exactamente el de la técnica de restitución o distribución de objetos. Luego empezaría a asociarse más claramente la palabra *ius* con el término *dominium*, al tiempo que *dominium* devenía también en una suerte de *ius* público; esto ya cuando el Estado (emperador Adriano) comenzó a otorgar tierras de su *dominium* para que pudieran ser colonizadas, creando así derechos de propiedad sobre quienes recaía el beneficio. ¹⁷

Sin embargo, es pertinente recalcar que cuando Gayo o Ulpiano hablaban de *ius* no estaban pensando precisamente en demandas individuales sobre bienes inexistentes (reclamos morales), sino que estaban tratando más bien sobre procesos de distribución de bienes en los cuales, una vez culminado el proceso, cada quien tenía que recibir lo que le correspondía, es decir, su *ius*. El problema con estas sentencias romanas fue que a fines del Medioevo se empezó a traducir este *ius* no como el resultado justo de un proceso judicial sino como una demanda de un individuo. Esta conexión entre *ius* y demanda sería fundamental para la formación de los derechos subjetivos, pues a partir de ahora se podría argüir también la existencia de *ius* sobre bienes que todavía no se poseían (el famoso *ius ad rem*).

¹⁶ TUCK, Richard. Ob. cit., p. 10.

¹⁷ TUCK, Richard. Ibíd., p. 11. Sobre esto dice el mismo Tuck que: «Como *ius* era ahora algo que uno poseía como resultas de una relación con el Estado, sea público o del emperador, ergo el *ius* había devenido en algo mucho más parecido a un moderno derecho *in rem*, esto es, un derecho indeterminado oponible a todo el mundo, a diferencia de un derecho *in persona*, oponible sólo contra determinados individuos».

Azzo, la cabeza de la Escuela de Bologna, cien años después de Irnerius, hablaría con justeza del *ius* como de la demanda (*meritum*), al comentar un pasaje de Ulpiano que hacía referencia al *ius* que le corresponde a cada persona.¹⁸ Acursio, otro glosador de la Escuela de Bologna, al hacer la diferencia entre propiedad (*dominium directum*) y usufructo (*dominium utile*), sin embargo, mencionaría a ambos como formas de *dominium* lo cual sería vital para etapas futuras.

En este período se va a producir un enfrentamiento dentro del Catholicismo, relacionado con el tema del uso y disfrute de los bienes materiales: mientras que la Orden Franciscana (de la que Ockham era miembro) señalaba que todos los bienes creados por Dios eran para todos los seres humanos (*ergo*, descartaba la idea de uso o propiedad privada), santo Tomás, en respuesta a esta posición radical de los franciscanos, indicará en la *Secunda Secundae* que:

Nosotros podemos considerar un objeto material de dos modos. Uno que es con respecto a su naturaleza y que no yace dentro del poder humano, sino únicamente con el poder divino, al cual todas las cosas obedecen. El otro es con respecto a su uso. Y aquí los hombres tienen *dominium* natural sobre las cosas materiales, porque a través de su razón y voluntad puede él usar los objetos materiales para su propio beneficio.¹⁹

Santo Tomás, obviamente, se estaba refiriendo al *dominium* como uso y disfrute, el cual para este tiempo era también una forma de propiedad y, por consiguiente, las palabras de Santo Tomás podían entenderse como *propiedad*, o *dominium natural*; es decir, como *derechos naturales*.²⁰ Sin embargo, será el canciller de la Universidad de París, Jean Gerson (1362-1428) quien, a través de su libro *De vita spirituali animae*, lanzará la primera definición clásica de *derecho natural*:

¹⁸ TUCK, Richard. *Ibid.*, p. 14.

¹⁹ SANTO TOMAS. *Summa Theologica*, 2a 2ae, 66. I. Citado por Richard Tuck.

²⁰ TUCK, Richard. *Ob. cit.*, pp. 20-24.

Ius es una *facultas* o poder disposicional apropiado para alguien y en concordancia con los dictados de la recta razón [...] esta definición incluye *facultas* o poder, desde que muchas cosas están de acuerdo con la recta razón que no cuentan como *iura* de aquellos que los tienen, como las penas de los condenados o los castigos para los hombres mortales. Ni decimos que nadie tiene el *ius* de dañarse entre ellos mismos, aunque esto no está lejos de lo que dicen las sagradas escrituras sobre las ordenanzas de la divina providencia, como en el pasaje I de Reyes acerca del *ius regis*, etc. Y decimos que los demonios tienen el derecho de sancionar a los condenados. La definición incluye *disposicional*, desde que muchas cosas autorizan a alguien a hacer en concordancia con la recta razón, [...] como un pecador mortal tiene la *facultas*, o poder para merecerse la vida eterna; pero no es una *facultas disposicional*, o como normalmente decimos, no está en concordancia con la justicia presente [esto es, el pecador tiene la capacidad pero no la actual habilidad *disposicional* para ser merecedor de la salvación] [...]. Quiero decir que una entidad tiene *iura*, definida en este modo, equivalente a aquellas cualidades positivas que constituyen su identidad y por ende su benevolencia. De este modo, el cielo tiene el *ius* de llover, el sol de brillar, el fuego de arder, una golondrina a fabricar su nido, y cada criatura a hacer lo que es natural para ella. La razón de esto es obvia: todas estas cosas son apropiadas para estos seres siguiendo los dictados de la recta razón, de otra manera ninguna sobreviviría. Así el hombre, aunque pecador, tiene *ius* para muchas cosas, como otras de las criaturas dejadas a sus propias naturalezas [...]. Este análisis del *ius* está modificado por los teóricos políticos, quienes usan el término solamente de lo que acomoda a las criaturas usando su razón». ²¹

Este paso dado por Gerson será trascendental pues, como afirma Tuck, jamás el *ius* había sido asociado con el término *libertas* o *facultas*. *Libertas*, para el mundo romano (y para todo el mundo clásico en general) tenía, como vimos, un carácter natural (teleológico); es decir, era el autogobierno de los ciudadanos, mas nunca se hizo referencia a la libertad como una facultad moral. Partiendo de esta asociación, se podía empezar a hablar de *ius natural* como una capa-

²¹ GERSON, Jean. *Oeuvres Completes*, II, París: P Glorieux, 1962, pp. 141-142. Cita-
do también Richard Tuck. Ob. cit., pp. 25-26.

cidad —moral— de demandas individuales que, en el caso de la propiedad, podían ser oponibles a terceros.²²

El movimiento contrarreformista de los doctores dominicos y jesuitas durante el siglo XVI, siguió también con esta definición dada por Gerson pues, por ejemplo, el mismo Soto definía *dominium*, como «la *facultas* y *ius* de alguien sobre algo».²³ Y si bien es cierto que dentro del Neo-Tomismo los derechos estaban limitados por las leyes de la naturaleza y de Dios, lo esencial era que, para este tiempo, tanto para los católicos como para los protestantes ya se había perdido completamente el significado original de la palabra *derecho*.

Con referencia a los sucesos en el plano histórico, hay que decir que la corriente humanista (que, como hemos visto, se presentaba escéptica y contraria a la naturaleza) poco a poco también comenzaba a perder terreno frente a una nueva corriente naturalista. De hecho, el impulso a esta corriente tenía sus orígenes en una recuperación de la Filosofía Aristotélica (tanto entre católicos como protestantes). Uno de los más importantes voceros de este nuevo pensamiento sería el jurista holandés Hugo Grotius (1583-1643), quien a pesar de que aparentemente intentase distanciarse del Aristotelismo de su tiempo va a presentar una tesis en la cual la noción de universalidad de la naturaleza va a ser la clave y en la cual Grotius ingeniosamente unirá las teorías escolásticas con las humanistas.

Era cierto que no había propiedad privada en último término en el estado de naturaleza (como decían los escolásticos); los escolásticos estaban equivocados en pensar que había un dominio natural idéntico en carácter al dominio civil. Pero los humanistas estaban también equivocados en negar cualquier derecho bajo el orden natural: había una sola clase de derecho que podría ser denominado como *dominium* por similitud o analogía. El hombre natural era el sujeto de derechos. Por

²² TUCK, Richard. Ob. cit., p. 26

²³ TUCK, Richard. *Ibid.*, p.48.

otra parte, los derechos que poseía, aunque no eran estrictamente derechos naturales, no eran categóricamente distintos.²⁴

Así pues, quedaba claro que Grotius estaba ya razonando prácticamente como lo harían años más tarde los filósofos ilustrados y los defensores de los derechos naturales.

Estos hechos, por cierto, no eran nada gratuitos, pues tenían mucha relación con los asuntos políticos de la época; en tanto muchos juristas protestantes, como el mismo Grotius (particularmente en su obra *De Iura Pradea*), o como Althusius antes que él, fueron hombres de leyes que, a semejanza de los juristas italianos de la Baja Edad Media, intentaban a través de la normatividad jurídica atacar y acabar con el régimen político existente (en su caso, el absolutismo). El famoso derecho a la resistencia contra los tiranos,²⁵ sería así la punta de lanza de estos hombres de leyes contra la situación política de su tiempo.

Así pues, y para legitimar esta pretensión,²⁶ era necesario que se recuperase el sentido de la naturaleza (entendida como universalidad), lo que finalmente resultaría en el pensamiento iusnaturalista y posteriormente en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII y en la constitución de los derechos de los hombres y los ciudadanos.

²⁴ Tuck, Richard. *Ibid.*, p.61.

²⁵ Para ver las tesis de los enemigos protestantes del Absolutismo siempre son recomendables los clásicos trabajos de NEVILLE FIGGIS, John. *Studies of Political Thought from Gerson to Grotius, 1414-1625*. Cambridge: Cambridge UP, 1923, y de SABINE, George H. *A History of Political Theory*. Nueva York: Holt, Rinehart and Winston, 1961, pp. 372-606.

²⁶ Ciertamente no todos los iusnaturalistas fueron enemigos del Absolutismo, como por ejemplo Pufendorf o el mismo Grotius en su famoso *De Iura Belli*. Dadas las condiciones de guerra civil resultaba evidente que la paz era lo más ansiado y era también obvio que era precisamente la existencia de los derechos lo que finalmente ocasionaba el estado de guerra y por lo tanto, había que ponerle ciertos límites vía el Estado. Aquí radicaban las razones de este absolutismo iusnaturalista. Otro claro ejemplo es el *Leviathan* de Hobbes.)

En esta línea de reflexión, se empezará a expresar todo lo jurídico y lo político vía el lenguaje del Derecho Natural y el de los Derechos Subjetivos, aunque curiosamente surgirán al interior de este pensamiento tantas corrientes como pensadores existían. Y si bien es cierto que en un inicio todos aceptaron que el primer derecho natural era el de la supervivencia, éste se presentó de maneras diversas. Así, mientras Hobbes planteará la realización de este derecho y sus derivados vía una suerte de contrato que acabe resumiendo todas estas voluntades libres en una sola,²⁷ Locke nos propondrá el establecimiento de un contrato que permita amalgamar estas libertades (anulando así la posibilidad de que cada uno intente hacer justicia por mano propia) y los derechos de propiedad, evitando si, el tener que concentrarlos en una única voluntad.²⁸

Pero tanto en uno como en otro se hallan ya reflexiones en términos de individuos con conciencias propias y que por el hecho de ser tales tenían las potestades de reclamar ciertos beneficios y acciones en su provecho.

Por otro lado, como de lo que se trataba era de acabar a toda costa con el pluralismo y la atomización ocasionados por las guerras religiosas, era evidente que todas estas demandas debían elaborarse de manera universal. En consecuencia, la Ilustración del siglo XVIII y los derechos individuales debían revestirse, por utilidad práctica, con ropajes metafísicos (aunque ciertamente ya no se creyese en ningún tipo de revelación o saber trascendente); es decir, tenían que ser oponibles a todo el mundo.

No mucho tiempo después, y bajo estas banderas levantadas por los filósofos y juristas iusnaturalistas, las revoluciones burguesas se encargarían de graficar toda la gama posible de libertades humanas y

²⁷ HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Ed. C. B. Macpherson. Harmondsworth, Middlesex: Penguin, 1968, capítulo XVII,

²⁸ LOCKE, John. *Two Treatises of Government*, Ed. Peter Laslett. Cambridge: Cambridge UP, 1986, segundo tratado, capítulos 2, 3 y 4.

civiles; vale decir, los derechos naturales, que muy bien podrían resumirse en estas famosas palabras de Paine:

Derechos naturales son aquellos que corresponden al hombre por el mero hecho de existir. De esta índole son los derechos intelectuales o derechos de la mente y también aquellos derechos de actuar, en cuanto individuo, para su propia comodidad y felicidad, siempre que no lesione los derechos naturales de los otros. Son derechos civiles aquellos que corresponden al hombre por el hecho de ser miembro de la sociedad. Todo derecho civil tiene por base algún derecho natural preexistente, pero cuyo disfrute personal no está suficientemente asegurado en todos los casos. De esta índole son los que se relacionan con la seguridad y protección.²⁹

De aquí en adelante la historia ya es harto conocida y no vale la pena repasarla. Sólo habría que agregar a estos derechos civiles y políticos heredados de la Revolución francesa el nacimiento de los derechos económicos y sociales que acompañarían el desarrollo del llamado Estado de Bienestar y que recibirán su patente de curso con la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el año de 1948, vía la Organización de las Naciones Unidas.

Una vez que quedaron reconocidos estos derechos, sin embargo, se tendría que producir su inevitable fragmentación, lo cual se explica en parte dado a que sus raíces procedían del Individualismo o Atomismo Filosófico de Descartes, Locke y Kant. De este modo, estos derechos subjetivos que ya no querían ser reconocidos por todos como derechos naturales, por la carga metafísica que esta palabra encerraba, perderán progresivamente la definición que los impulsaba a jerarquizarse como libertades o derechos básicos frente a las libertades o derechos secundarios,³⁰ ora a unificarse en un solo gran derecho,

²⁹ PAINE, Thomas. *Los derechos del hombre*. México: Fondo de Cultura Económica, 1944, p.61.

³⁰ RAWLS, John. *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1972; y *The Basic Liberties and their Priority*. Cambridge: Cambridge UP, 1982.

como era el caso del derecho a la igualdad defendido por Dworkin (*equal concern*),³¹ o a la propiedad (*self-ownership*), presente en Nozick (teoría del entitlement o del justo título),³² o a la libertad igual para todos, como sostenía el profesor Hart,³³ o que simplemente los impulsaba como acompañante de un mercado que se generaba y regeneraba espontáneamente, como en el caso de Hayek.³⁴

Finalizado este sucinto relato de la historia de los derechos naturales, es tiempo ya de abocarnos a analizar las más importantes teorías contemporáneas sobre las éticas basadas en derechos individuales (sean reconocidos como naturales o no), para comprobar finalmente si son o no capaces de sustentar teóricamente dichos derechos, lo que a la larga serviría para legitimar o no su actual existencia.

3. El problema de los conflictos entre derechos

Como señalé en la primera parte, la Ilustración y el Iusnaturalismo, amparándose en la Teología, intentaron, vía los derechos individuales de aplicación universal, frenar la anomia gestada en las guerras religiosas producidas el siglo anterior. En medio de esta situación, el abogar por libertades inherentes a todos los seres humanos aparentemente restituía el orden perdido, y por el modo como fueron planteados estos derechos podía pensarse también que se estaba ante una novedosa ética. Sin embargo, el entusiasmo por la razón y por el mito del progreso no impedían ver un problema que años después minaría las bases mismas de los derechos naturales. Este problema se

³¹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth, 1977, y *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós, 1994.

³² NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Basil Blackwell, 1974.

³³ HART, H. L. «Are there any Natural Rights?», reeditado en Quinton, Anthony. *Political Philosophy*. Oxford: Oxford UP, 1967.

³⁴ HAYEK, F.A. *The Constitution on Liberty*. Londres: Routledge, 1960.

encontraba en el hecho de que, a diferencia de los resultados de los intercambios del mercado, las relaciones entre derechos individuales (fundamentalmente en el caso de los derechos o libertades negativas) conformaban una relación de suma cero o negativa; es decir, que si una persona perdía un derecho o libertad, no ganaba nada a cambio, simplemente desaparecía su derecho. Por consiguiente, se podía decir que en una relación de derechos subjetivos entre personas, jamás podía pensarse en la existencia de un equilibrio. Había, pues, derechos que se perdían y estos no siempre eran transferidos a otra persona sino que en ciertas situaciones podían incluso pasar al activo de una sola persona que tenía la hegemonía del poder (una dictadura, por ejemplo), con lo cual podía ocurrir también que todos pudiesen compartir la pérdida.

En síntesis: el gran problema de los derechos naturales no era otro que el de los conflictos de libertades o derechos que surgían —estos sí— de su propia naturaleza ontológica y que hacían imposible que se pudiese dar un intercambio equitativo al momento de su realización. Muchas de las mentes ilustradas —Kant y Mill incluidos— subestimaron este grave problema y esperaron que en algún momento se pudiese conseguir el equilibrio, vía el desarrollo de la razón. Lamentablemente esa razón autónoma, tan exaltada por ambos, nunca se presentó tan homogénea como hubiesen querido que fuese y más bien se mostraba ambigua y relativa.

Ya en pleno apogeo iusnaturalista nunca existió un acuerdo sobre el significado de los derechos naturales. Mientras que para Hobbes el Derecho Natural era un mandato de Dios constituido por un derecho a la autopreservación³⁵ y que no implicaba ninguna obligación frente a los demás (la única obligación era debida a Dios), para

³⁵ HOBBS, Thomas. *Leviathan*, capítulo XIV, p. 189. «The Right of Nature, which Writers commonly call Jus Naturale, is the Liberty each man hath, to use his own Power, as he will himselfe, for the preservation of his own Nature; that is to say, of his own Life; and consequently, of doing any thing, which in his own Judgement, and Reason, he shall conceive to be the aptest means thereunto».

Locke, que aceptaba el mandato de preservar la vida, las obligaciones de la ley natural tenían que incluir deberes hacia los demás;³⁶ ergo, se trataban de unos derechos *de recepción*.³⁷ Sin embargo, entre este derecho de libre acción que preconizaba Hobbes, y el de recepción de Locke, había claramente distancias importantes a pesar de que ambos paradójicamente estuviesen hablando de derechos naturales. De esta manera, quedaba claro que la razón natural moderna no tenía un único mecanismo para percibir los derechos individuales.

Ciertamente, tanto Hobbes como Locke fueron lo suficientemente sabios como para no hablar de derechos naturales en plural; es decir, como para evitar hacer referencia a una pluralidad de derechos que ineludiblemente tendrían que provocar colisiones entre ellos mismos.

Para salvar este peligroso obstáculo, el modelo de los derechos naturales tenía que sustentarse necesariamente en un único derecho, del cual debían desprenderse los demás en una suerte de orden jerárquico (sistema). Lamentablemente, ya desde sus inicios —como acabamos de ver— hubo serias contradicciones para determinar cuál podría ser este derecho matriz, o en qué consistía finalmente.

En el transcurso de la historia de los derechos naturales podríamos decir que fueron tres los grandes derechos paraguas o matrices que se abocaron a la tarea en mención: el primero, el derecho a preservar la vida humana (iusnaturalistas clásicos); el segundo, el derecho a la

³⁶ LOCKE, John, capítulo 2. Op. cit., «Mas aunque este sea un estado de libertad, no es, sin embargo, un estado de licencia. Pues aunque, en un estado así, el hombre tiene una incontrolable libertad de disponer de su propia Persona o de sus posesiones, no tiene, sin embargo, la libertad de destruirse a sí mismo ni tampoco a ninguna criatura de su posesión, excepto en el caso de que ello sea requerido Por un fin más noble que el de su simple Preservación. El estado de naturaleza viene una ley de naturaleza que lo gobierna y que obliga a todos; y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla, que siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones [...]».

³⁷ El término es empleado por D. D. RAPHAEL en RAPHAEL, D D. (ed.). «*Hurman Rights, Old and New*». *Political Theory and the Rights of Man*. London: Mac Milton, 1967.

igualdad (vinculado íntimamente a los revolucionarios políticos), y el tercero, el derecho a la libertad (más afín con el desarrollo del Liberalismo contemporáneo y sus posiciones radicales de neutralidad).

Siguiendo este análisis, es obvio que para demostrar la validez de los derechos naturales por lo menos uno de los principios nombrados debía ser cierto; vale decir, que aparte de ser evidente *per se*, tendría que servir para evitar el conflicto de los derechos subsidiarios, amén de servir eficazmente para derivar derechos de él mismo.

En relación al primer derecho, es decir, al de la vida, primero habría que decir que este se mostraba intuitivamente como el más atractivo, pues para muchas personas sólo una mente irracional o enajenada podría rechazar este principio. Sin embargo, si actualmente el hedonismo y toda suerte de placeres materiales hacen sumamente atractiva a la vida (por lo menos visualmente), estos mismos hechos no ocurrían en la antigüedad ni en la Edad Media. Para un hombre del Medioevo la vida humana simplemente era un camino necesario para un fin mucho más valioso: la vida trascendente (la verdadera vida, o *la vida más que vida*). De esta manera, durante cientos de años en la historia de la humanidad y para muchas culturas aparentemente de lo más disímiles, la vida humana jamás fue entendida como un fin en sí mismo sino más bien como un medio para otra vida. Este derecho natural a la vida, por lo tanto, no podía presentarse como un derecho natural ahistórico, y sí como una cosmovisión de un tipo humano especial que surgió en los burgos europeos desde fines de la Edad Media, se desarrolló en el Renacimiento y alcanzó su esplendor en la Modernidad.

Por otro lado, si sostuviésemos que este derecho natural matriz —como lo llamo— se presenta como una gran alternativa para resolver los conflictos entre derechos, estaríamos haciendo una afirmación falsa, pues es justamente el derecho natural el que se presta en mayor medida para el estallido de antagonismos, como nos lo recuerda bien el estado hobbesiano de naturaleza (la guerra de todos contra todos). Al tomar como premisa que cada ser humano tiene un mismo derecho a la vida, se estaría partiendo de una posición conflictiva en sí misma ya que esto implicaría que existen tantos derechos como seres

humanos, dado a que ninguna persona ha encontrado aún la fuente de la eterna juventud. Por lo tanto, las desavenencias estarían a la orilla del camino. Otra de las limitaciones del principio del derecho a la vida se revelan cuando varios individuos demandan, con la misma urgencia, un medio escaso que la preserve y se debe optar por uno de los individuos, aplicando el principio utilitarista. Es el caso de la necesidad de transplantar un riñón a una niña, a un anciano o a un delincuente en el que se debería escoger a la niña (que todavía tiene mucho por vivir) frente al segundo (que ya vivió mucho) o frente el tercero (que no merece vivir). Al hacerse esta elección evidentemente se violaría también el sacrosanto principio de la autonomía moderna: «Cada ser humano es un fin en sí mismo». Finalmente el derecho a la vida nos deja en la más grande ambigüedad. ¿En qué consiste este derecho? ¿En llevar una vida plena con los medios requeridos para satisfacer nuestros deseos, o simplemente en el poder mantener latiendo nuestro corazón gracias a un respirador artificial en un hospital? La neutralidad que preconiza el Individualismo Moderno deja lamentablemente sin respuesta estas preguntas. De aquí se desprende por lo tanto que, mientras no sea definido claramente, el derecho natural a la vida no puede servir para extraer otros derechos de este gran principio, lo cual hace inviable este derecho natural a la vida. Si hay un derecho natural, este debe entonces dirimirse entre el derecho a la igualdad y el derecho a la libertad.

Veamos primero el derecho natural a la igualdad, que, como mencionamos, es por sí mismo un derecho moral mas que político, y por lo tanto se le podría vincular muy bien con los movimientos revolucionarios de los siglos XVIII y con los del siglo XX (corrientes marxistas y socialistas). No sería exagerado tampoco ligarlo con la democracia, aunque este es un tema que escapa al alcance de este ensayo.

Asimismo, si nos atenemos a la definición de *justicia particular* que da Aristóteles en su *Ética a Nicómaco*, observaremos que la define como una igualdad, igualdad aritmética en el caso de la justicia conmutativa, e igualdad geométrica en el caso de la justicia distributiva. Con ello queda presente que desde la antigüedad la idea de la igualdad ha estado íntimamente ligada a la justicia y con ello muy

bien podría sustentarse que es precisamente la igualdad el derecho fundamental de todos los seres humanos.

En épocas más recientes quizá uno de los que más han abogado por este principio sea Ronald Dworkin,³⁸ quien sostiene que el único derecho que merece el nombre de tal es el principio de *equal concern* (igualdad) pero que sin embargo, debe ser entendido dentro de la más completa neutralidad respecto a lo que se considera una buena vida (cosa que lo coloca en oposición a Aristóteles y a todos los autores clásicos).

En otras palabras, su principio de *equal concern* apuntaría más bien a proporcionarles a los seres humanos los bienes materiales más indispensables que les permitiesen realizar el plan de vida que desearan.

En base a este derecho fundamental (Dworkin no menciona, por cierto, de derecho natural, aunque realmente el modo como se presenta esta tesis sea igual a cualquier otra de los derechos naturales) se aceptaría que existen evidentes desigualdades entre los seres humanos (los activos negativos, como sería una minusvalía o una falta de talento, por mencionar dos), planteando por consiguiente que esto debía ser evitado vía una política de distribución (habla de seguros, que en la práctica estarían constituidos por tributos y bienes sociales) que trataría de colocar a las personas en las mismas condiciones.

Sin embargo, hablar de distribución implicaría, por ejemplo, el obligar a utilizar las ventajas naturales de unos en favor de otros, y ¿acaso esto no vulneraría la dignidad de quienes no desean compartir sus riquezas naturales con quienes no las poseen?³⁹ No parecería así que fuese muy natural este derecho a la igualdad, en tanto estaríamos ante una forma forzada de igualdad.

³⁸ HAMPSHIRE, Stuart (ed.). *Public and Private Morality*. Dworkin, Ronald «*Liberalism*», 1978 y también en DWORKIN, Ronald. *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona: Paidós, 1994.

³⁹ De hecho, este sería el argumento central de la tesis libertaria de Robert Nozick en contra de las teorías distributivas de Dworkin y de Rawls.

La abstracción que acompaña al moderno derecho a la vida también está muy presente en las tesis que tratan del derecho a la igualdad. La igualdad que menciona Dworkin consiste en darles recursos a todas las personas para que realicen su proyecto de vida, pero también en la sociedad jerárquica y estamental del Medioevo se tenía en consideración que cada grupo humano debía contar con los recursos materiales suficientes para realizar su *telos* dentro del orden social al que pertenecía. ¿Aceptaría Dworkin que aquí estaba presente el principio de *equal concern*? No, seguramente, pero si aplicáramos su definición es obvio que en la sociedad medieval, como también en un estado marxista ideal, se podría hablar del principio de *equal concern*. De modo que este derecho natural a la igualdad se caracterizaría de manera distinta por personas diferentes en lugares y espacios distantes, con lo cual tampoco podría demostrarse su carácter ahistórico. Parecería así una creación individual —en este caso, de Dworkin— que pretende garantizar una neutralidad dentro del Sistema de Mercado (modelo liberal) a través de la igualdad que intenta lograr.

Sobre la posibilidad de que este principio permitiera derivar otros derechos, evidentemente sí lo podría hacer aunque, por tratarse fundamentalmente de derechos positivos (en el caso de Dworkin, aquellos que requieren de una acción directa del Estado, vía derechos sociales y económicos), las colisiones serían abundantes ya que nosotros no podemos adentrarnos en las conciencias de los hombres para conocer realmente cuáles son los bienes que se necesitan para tener la vida que desean. Al inmiscuirnos violaríamos su intimidad y ocasionaríamos más problemas que los que pretendemos resolver (¿qué pasaría si lo que pensamos que alguien desea no es lo que realmente quiere?); aún más, al apoyarnos en esta igualdad cuasi obligada y en estos derechos positivos, tendríamos necesariamente que incrementar la lista de derechos subsidiarios *ad infinitum* (pues los deseos de los hombres no tienen límites), dejando así más puertas abiertas para futuros conflictos. La búsqueda de la igualdad, como la historia lo demuestra, ha causado más desgracias que las propias desigualdades que existen. De manera que el derecho fundamental o natural a la

igualdad tampoco nos sirve para legitimar una teoría de derechos naturales.

El último derecho natural que nos toca analizar es el derecho a la máxima o igual libertad para todos los hombres. En el primer caso, quien aboga por este derecho fundamental es John Rawls y su primer principio es el de la Teoría de la Justicia. En el caso del derecho natural a igual libertad, el defensor es el recordado filósofo del derecho H. L. Hart.

El primer problema que suscita el hacer alusión a un derecho a la libertad es que esta no puede ser definida fácilmente. Como dijimos en la primera parte, hay una nítida distinción entre lo que significa una libertad positiva y una libertad negativa. El profesor Berlin, en otro célebre ensayo ya citado («*Two Concepts of Liberty*»), afirmaba que mientras la libertad positiva se identificaba con la capacidad de autonomía y de actuar (es decir, una libertad para hacer algo), la negativa simplemente implicaba una ausencia de coerción (libertad de hacer). Ahora bien, mientras que la primera podría conducirnos al utilitarismo y al Estado de Bienestar (con lo cual se podría tomar a las personas como medios para fines de otras personas), la segunda podría muy bien desembocar en un Libertarianismo puro (o política *new right*) que mantuviese desigualdades inaceptables. Esto a las claras nos indicaba que, lejos de haber un acuerdo en torno a los modernos conceptos de libertad, existían entre ambos, puntos irreconciliables que solamente servirían para producir mayores conflictos en su interior.

Ciertamente, este derecho a la libertad ha sido el más invocado por los liberales porque se presta para conseguir su máximo anhelo; vale decir, alcanzar la neutralidad requerida a fin de que cada persona realice la vida que quiera sin ningún tipo de interferencia, salvo que afecte este igual derecho de su semejante (la famosa sentencia popularizada por J. S. Mill). No obstante, mientras el mismo concepto de libertad es asunto de discusión, con el de la distribución de la libertad las cosas se vuelven aún más oscuras. Como indiqué, Rawls, en el *Primer principio de la libertad*, afirmaba que «cada persona ha de tener un derecho igual a la libertad básica más amplia,

compatible con una libertad similar para todos.⁴⁰ Lo que subyace bajo esta afirmación es que para Rawls la libertad era más o menos una suerte de bien corpóreo que podía ser materia de un análisis cuantitativo y de una distribución física. Sin embargo, ¿cómo es posible medir el grado de libertad que se tiene?

En un agudo ensayo crítico, Onora O'Neill⁴¹ llegó a la conclusión de que no es posible hablar ni de igual o máxima libertad porque no se puede identificar fácilmente conjuntos de libertades compatibles máximas y compararlas entre sí. Teniendo frente a mí a la libertad de información, a la libertad de inviolabilidad, a la libertad de privacidad y a la libertad de expresión (todas ellas derivadas del derecho a la libertad), ¿cómo se podría saber cuál de estas tres libertades maximiza a la libertad en su conjunto?

Es obvio que en algún momento la libertad de prensa puede entrar en conflicto con la libertad de privacidad o de residencia. En este caso ninguno de los que defienden la primera nos dice con qué instrumento debemos contar para saber cuál maximiza la libertad. Nuevamente, la única solución parecería ser el uso de la fórmula utilitarista (caracterizada justamente por valorizar lo matemático o cuantitativo), que paradójicamente es lo que la Teoría de la Justicia (en el caso de Rawls) pretendía superar.

Ciertamente, el derecho fundamental a la libertad —como en el caso de la igualdad— tendería también, por su propia naturaleza, a expandir derechos subsidiarios, con lo cual se extenderían las posibilidades de conflictos futuros. Pero lo más grave de todo esto es que quienes afirman tal derecho lo hacen buscando mantener la neutralidad; vale decir, evitando comprometerse con cualquier valor (de hecho, Rawls y Hart mencionan que las libertades no tienen contenido), y, por lo tanto, se haría aún mucho más difícil poder encontrar un razonamiento que permitiera resolver un conflicto de derechos creados

⁴⁰ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Ob. cit., p. 60.

⁴¹ O'NEILL, Onora. «The Most Extensive Liberty». *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1980.

por este mismo derecho *matriz*. En otras palabras, una libertad tal, vaciada de contenido y sentido, no podría justificarse ni mantenerse en pie por sí misma.

En el caso del principio de igual libertad (sostenido por Hart), tratándose de libertades negativas, (que son las menos propensas a crear conflictos, por cierto) siempre nos referiríamos a relaciones entre libertades que suman cero (o que son negativas) y, por ende, nunca podrían ser correlativas y equitativas, y como bien afirma John Gray, siempre habría quien perdiese su libertad sin recibir nada a cambio. En virtud de lo afirmado, el principio de igual libertad sería irrealizable en la práctica.⁴² Nunca todos podrían gozar de igual libertad al mismo tiempo y esto quebraría la tesis de Hart y del único derecho natural a gozar de igual libertad. Como sucede con el derecho fundamental o natural a la igualdad, el de la libertad no resulta mejor y posee tanto o más problemas que el derecho a la igualdad y que el derecho natural a la vida.

Realizado el análisis de rigor, creemos que queda manifiesta la imposibilidad de identificar estos tres derechos claramente; su carácter histórico y relativo, y esencialmente, que la afirmación de ninguno de ellos es capaz de evitar el conflicto entre derechos, el cual constituye el mayor problema a resolver por las teorías políticas y éticas que sustentan derechos naturales o fundamentales como principios básicos.

Así pues, una vez descartada la inoperancia de estos principios matrices —o paraguas, como los hemos denominado— hay quienes tratan solamente de derechos naturales básicos o pragmáticos y evitan problemas metafísicos, de aclaración y definición de conceptos abstractos (verbigracia, la vida, la igualdad y la libertad). Lo más sencillo resulta recurrir a la elaboración de una lista de derechos que se consideran básicos y que ciertamente serían derechos bastante concretos y realizables. Quizá el autor más conocido en trabajar

⁴² GRAY, John. «Liberalism and the Choices of Liberties». *Liberalisms, Essays in Political Philosophy*, Londres: Routledge, 1989, p. 145.

desde esta perspectiva sea el propio Rawls,⁴³ quien da así un vuelco a su primer principio de la Teoría de la Justicia, para presentarnos ahora los derechos básicos que toda persona racional y razonable elegiría. Lamentablemente esto en nada favorece a una propuesta que intenta evitar los conflictos de derechos, pues al carecerse de un principio eje se coadyuvaría para que los problemas de esta índole medraran; más aún, esto nos conduciría al Relativismo, que ha sido siempre el enemigo mortal del derecho natural y de la ética (que deben de ser absolutos y universales). Por último, el pretender presentar un listado de derechos esenciales siempre sería un acto arbitrario que colocaría derechos que no son compartidos por todos o dejaría en el tintero derechos reclamados por muchos.⁴⁴ Finalmente, una serie de derechos básicos, no resolvería el problema que se presenta con la necesidad de optar por uno de ellos, en caso de desacuerdo.

Este último cambio de Rawls implica ciertamente una claudicación en la defensa de los derechos naturales o del derecho natural pues al tiempo que los presenta advierte que únicamente corresponden a una sociedad particular ⁴⁵(en su caso, la democrática norteamericana de fines de siglo).

De modo que el Relativismo, sustentado por la realidad contingente y reconocido por toda la Filosofía Postmoderna, se reconoce nítidamente como inevitable, lo cual hace imposible sustentar cualquier teoría de derechos naturales o fundamentales. En conclusión: no existe hoy manera de defender una teoría que sustente tesis de derechos naturales o derechos humanos.

⁴³ Me refiero fundamentalmente a su *The Basic Liberties and their Priority*. En español: *Sobre las libertades*. Barcelona: Paidós, 1990.

⁴⁴ En este sentido, por ejemplo, Gray critica a Rawls el haber dejado de lado al Derecho de Propiedad en su lista de derechos básicos y haber incluido a los Derechos Políticos. *Liberalisms, Essays in Political Philosophy*. Ob. cit., pp. 156-157.

⁴⁵ Sobre estos cambios radicales de Rawls véase RAWLS, John. «Justice as Fairness: Political not Metaphysical». *Philosophy and Public Affairs*, 14, 1985, pp. 223-251. Y más recientemente su libro *Political Liberalism*, Nueva York: Columbia UP, 1993.

Capítulo 2

¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?

1. La Filosofía y la naturaleza del provecho personal

La Filosofía, como decía Allan Bloom,¹ emergió tarde en la historia humana y era todavía nueva en tiempos socráticos. No formaba parte del mundo de la ciudad ni del mundo de la familia; menos aún, se vinculaba al mundo de los dioses y era por eso, materia de odios y burlas. La mejor prueba de ello, fue sin duda la ejecución de Sócrates por parte de la democracia ateniense, que percibía en la Filosofía una corriente de pensamiento peligrosa que supuestamente subvertía los valores de la *polis* y la religión ancestral.²

¹ BLOOM, Allan (ed.): BLOOM, Allan. «*The Political Philosopher in Democratic Society: The Socratic View*» *Giants and Dwarfs, Essays 1960-1990*. Nueva York: Simon and Schuster, 1990, p.106. Allan Bloom, filósofo político de la Universidad de Chicago, falleció en 1992.

² Desde la perspectiva del filósofo, la verdad había sido olvidada y por eso se intenta recuperarla a través de la Filosofía. Quienes no eran filósofos pensaban que se movían realmente en el mundo de la verdad, pero, desde la perspectiva de los filósofos, esto era simplemente un error o un juicio desde la caverna. En este sentido, los políticos y sacerdotes, guardianes del orden y la tradición de la *polis* en esos momentos, en realidad eran defensores de una tradición ya superada y por eso surge esa rivalidad entre ellos y los filósofos o, lo que es lo mismo, entre la Política, la Teología y la Filosofía.

Desde un principio, sin embargo, estuvo claro para los filósofos que la Filosofía no podía ser otra cosa que « la manera de transformar las *opiniones* en *conocimiento*»,³ que era precisamente el modo cómo se inventó. La Filosofía por lo tanto buscaba la verdad y lo bueno que se representaba por el conocimiento.

El mundo de las opiniones (*doxa*), en el que vivían quienes no eran filósofos, reunía, en cambio, un conjunto de falsedades, medias verdades o distorsiones de la verdad que expresaban una concepción a su vez particular y relativa, y no colectiva y absoluta. Esta última característica produciría, por cierto, un orden basado en la individualidad y la neutralidad, muy distinto al estado buscado por la Filosofía.⁴ Ahora bien, la Dialéctica era el mecanismo a través del cual la Filosofía y el filósofo se expresaban, y quizá donde mejor se apreciaba este modo de pensamiento y las diferencias entre la opinión y el conocimiento, o entre lo relativo y lo absoluto, era a través de los diálogos platónicos.

Hiparco o el Aprovechador, por ejemplo, un diálogo platónico no demasiado difundido, nos pone en el contexto de una conversación

³ STRAUSS, LEO. «*What is Political Philosophy?*». *What is Political Philosophy? and Other Essays*. Chicago: Chicago UP, 1988, p.11: «La Filosofía es esencialmente no la posesión de la verdad. El carácter distintivo del filósofo es que *él sabe que no sabe*, y que esta vista hacia nuestra ignorancia lo induce a buscar con todas sus fuerzas el conocimiento».

⁴ La Filosofía nace con la crisis de la *polis* manifestada en la expansión de la *opinión* y el olvido del *conocimiento*, oponiéndose abiertamente a las creencias u opiniones de los individuos, que por ser creencias no forman parte del conocimiento ni de la verdad. Sin embargo, es menester mencionar que los filósofos eran muy conscientes de que las creencias eran importantes para la Política porque mantenían unida a la ciudad, y por lo tanto, difundir la Filosofía dentro del espacio de la ciudad, llevaban en sí el peligro de sembrar la duda y el escepticismo dentro de la *polis* (lo que, por cierto, llevó a los filósofos a escribir esotéricamente y a hablar y discutir Filosofía solo entre sus discípulos). Con el paso del tiempo, sin embargo, este cuidado de los filósofos dejará de lado, y los llamados *filósofos de la Ilustración* intentarán llevar la Filosofía a la ciudad, propagando y sembrando la duda en la esfera política. Lo cual servirá para asentar todas las corrientes individualistas y neutrales de la Modernidad, agudizando, por otro lado, los conflictos sociales.

entre un filósofo (Sócrates) y una persona que actúa desde el terreno de la opinión. El tema es el del provecho personal; esto es, la acumulación desmedida del sujeto *maximizador* de beneficios.⁵

Como todo diálogo platónico, Hiparco partía de preguntas esenciales: ¿qué cosa es el aprovechamiento? y ¿quienes son los aprovechadores?

La primera pregunta establecía claramente que el significado del término *provecho* podía ser variable o, por lo menos, que Sócrates entendía por *provecho* algo muy distinto a su compañero, lo cual establecía la diferencia entre las almas de ambos.⁶

Para el acompañante, aunque no lo dice directamente, el provecho debía medirse en dinero y en lo que esto representa; es decir, sería equivalente al sentido que tiene el provecho en nuestras sociedades comerciales. Esto se revelaba al final del diálogo cuando se identificaba la extracción social del acompañante quien era representante del sector más bajo de la República (La clase que ama el dinero, diría Sócrates).

En un inicio, el compañero de Sócrates le dirá que una persona que *ama el provecho* es aquél «que piensa que tiene mérito el producir una ganancia de las cosas que carecen de valor». ⁷ Esto es rebatido por Sócrates que prueba que quien buscaba el provecho, no pensaba exclusivamente en aprovecharse de las cosas que carecían de

⁵ En realidad, la palabra que utiliza Platón para referirse al *aprovechador* o *aprovechado* es *philokerdes*, que significa el que *ama ganar* o el que *ama la ganancia*. Por otro lado, Hiparco fue el hijo del tirano ateniense Pisístrato. Se dice que aquel tomó la tiranía tras la muerte de su padre (527 AC) y gobernó hasta que fue asesinado, tras lo cual la tiranía pasó a su hermano Hippias. Más adelante trataremos de relacionar el concepto *philokerdes* o *aprovechador* con la racionalidad instrumental y con el moderno concepto de *consumidor*.

⁶ BLOOM, Allan. Ob. cit., p.108.

⁷ PLATÓN, «*Hipparchus or the Profiter*», traducido por Steven Ford, reimpresso en: *The Roots of Political Philosophy: Ten Forgotten Socratic Dialogues*, editado por Pangle, Thomas. Itaca: Cornell UP, 1987. También incluida en *Giants and Dwarfs*, de Alan Bloom, Ob. cit., 225b, p. 94.

valor sino de todas las cosas,⁸ ya que todas estas podían ser materia de aprovechamiento para él, pues obviamente nada que careciese de valor podía producir algo. Era verdad, por otro lado, que si manteníamos la primera definición, era factible pensar que alguien mediante argucias podría hacer creer que algo no tenía valor cuando en realidad sí lo tenía. El provecho era opuesto a la pérdida y por lo tanto, el provecho era algo bueno en relación a la pérdida.

Esto mismo, sin embargo, iba a ser desafiado por Sócrates afirmando que el provecho no podía circunscribirse a obtener algo más de lo que uno invertía. Por ejemplo, si alguien era invitado a una fiesta en la cual asistía para comer y bailar sin tener que pagar (lo cual podía aparentemente ser definido como un provecho), pero la comida le caía mal y se enfermaba, evidentemente se tendría que deducir que el permanecer sano antes que haber ido a la fiesta era más provechoso que el haber ido a la fiesta, y que el provecho no requería de obtener cualquier posesión.⁹

Así también, si uno invertía la mitad de una medida de oro y obtenía a cambio el doble en plata, ¿podía ser entendido esto como un provecho? Por cierto que no.¹⁰ Esto a las claras demostraba que el provecho tenía que ver necesariamente con el valor absoluto y por eso, menos cantidad de oro podía equivaler en valor a una mayor cantidad de plata, «el valor, entonces, era lo provechoso, fuera pequeño o grande y lo carente de valor era lo que no traía provecho».¹¹

Por ende, quedaba también claro para Sócrates que el provecho debía provenir de algo bueno y no malo, porque si venía de algo malo entonces no podía ser considerado provecho,¹² y por lo tanto, se podía deducir de ello la inexistencia de un provecho decente y

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.* 231b, p.102.

¹⁰ *Ibid.* 231d, p.103.

¹¹ *Ibid.* 231e.

¹² *Ibid.* 232b, p.103.

otro indecente. En síntesis: «todos los provechos, pequeños o grandes, eran buenos»,¹³ y todas las personas decentes deberían aspirar a este tipo de provecho.

Desde la Filosofía, por lo tanto, la idea del provecho siempre estaba orientada por un fin o un propósito bueno, y esta noción implicaba finalmente que el provecho tenía relación con lo sustantivo (valor o mérito) y no con lo material o cuantitativo, implicando además una mejoría que aproximaba a los hombres a *la buena vida*, que no era otra cosa que la realización de su naturaleza humana.¹⁴

El provecho, como lo entendía el interlocutor de Sócrates, sin embargo, distaba mucho de ser un verdadero provecho, porque justamente descartaba la relación del provecho con lo bueno y reivindicaba así mismo una posición cuantitativa y acumulativa de su significado.

Recurriendo a un mentado refrán del saber popular que dice que «lo barato sale caro», concluimos que el provecho no depende de la obtención de un beneficio inmediato para sufrir posteriormente un perjuicio, ni mucho menos tiene relación con cálculos matemáticos que pudiesen brindarnos la idea de un incremento patrimonial, o evitar un perjuicio en el patrimonio.

Derrotado en la confrontación dialéctica, sin embargo, *el sofista aprovechador* aguardará pacientemente su tiempo para reaparecer con fuerza en los tiempos modernos, a partir de la obra hobbesiana y de los modernos epígonos de Hiparco, con los economistas y abogados forjadores de una alianza denominada *Análisis Económico del Derecho*.¹⁵ Como en los tiempos de la crisis de la *polis* antigua, el espíritu de Hiparco atacará nuevamente.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Cfr. MACINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica, 1987.

¹⁵ El Análisis Económico del Derecho, como veremos más adelante, no será otra cosa que el intento por aplicar ciertas reglas de la Microeconomía Liberal en el campo del Derecho a partir de fines de los años sesenta. Fue fundado sobre la base de la creencia en la capacidad racional de los seres humanos para discernir el mejor modo de obtener beneficios materiales, vale decir, en su manera adecuada para reali-

2. ¿Quién es el maximizador?

Thomas Hobbes (1588-1679), además de haber sido uno de los filósofos que más contribuyeron en el proceso de construcción del Estado Moderno y de las teorías absolutistas destacó así mismo, por describir de una manera excepcional las cualidades que empezaban a acompañar al hombre moderno, al sujeto racional que buscaba ya no fines trascendentes sino que utilizaba su razón en un sentido instrumental que le servía para buscar los mejores recursos a su alcance, a fin de poder sobrevivir en un medio en el que los bienes escaseaban. De modo que para él, la razón no era sino cálculo; esto es, la capacidad de sumar y restar, y ésta se empleaba de acuerdo al modelo inductivo de la Ciencia Moderna, que partiendo de lo particular y concreto, buscaba algún tipo de ley.¹⁶

Según Hobbes, el ser humano poseía una naturaleza que respondía a estímulos, y gracias a estos estímulos, era que el hombre podía convertirse en un ser móvil. Estos estímulos, según él, eran básicamente dos: el apetito o deseo, y la aversión. En este sentido, el filósofo de Malmesbury mencionaba que «lo que los hombres desean se dice también que lo aman y que odian aquellas cosas por las cuales tienen aversión».¹⁷

Lo bueno, obviamente, era lo que nosotros deseábamos, y lo malo aquello que rechazábamos. Sin embargo, como el cuerpo humano

zar elecciones individuales. Los trabajos más relevantes en los inicios del Análisis Económico del Derecho son los siguientes: POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, cuarta edición. Boston: Little Brown, 1950; POLINSKY, Mitchel. *An Introduction to Law and Economics*, segunda edición. Boston: Little Brown and Company, 1989; COOTER, Robert & Thomas ULEN, *Law and Economics*. Nueva York: Harper Collins, 1988. Para una revisión más actual del Análisis Económico del Derecho véase de KATZ, Avery Wiener. *Foundations of Economic Approach to Law*. Oxford: Oxford UP, 1998.

¹⁶ HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Madrid: Sarpe, 1984, cap. V, pp. 58-59. En este texto en particular estamos usando una edición en español.

¹⁷ *Ibíd.*, cap. VI, p.68.

cambiaba y se transformaba siempre, también los deseos y las aversiones se modificaban con el paso del tiempo, y dependían de la naturaleza particular de cada ser humano.¹⁸

Ahora bien, lo que más destacaba en la personalidad de los hombres era sin duda su perpetuo e incesante afán de poder, el cual solamente concluía con la muerte. Sin embargo, lo más grave era que la única manera de mantener este poder era adquiriendo siempre bienes nuevos.¹⁹ Al compartir estas características los hombres estaban en igualdad de facultades, teniendo en cuenta además que cada hombre era capaz de matar al otro aunque paradójicamente cada uno pensaba que nadie era superior a sí mismo.²⁰

Como decía entonces Hobbes: «de esta igualdad en cuanto a la capacidad se deriva la igualdad de esperanza respecto a la consecución de nuestros fines. Esta es la causa de que si dos hombres desean la misma cosa, y en modo alguno pueden disfrutarla ambos, se vuelven enemigos [...]».²¹

De esto entonces se derivaban tres causas de discordia entre los hombres: la competencia, la desconfianza y la gloria.²² La primera de estas causas impulsaba a los hombres a atacar para procurarse un beneficio, la segunda para lograr seguridad y la tercera para ganar reputación.²³ No obstante, estas características conducían a los hombres a un estado de guerra o conflicto permanente, lo cual podría llevarlos a la muerte. Por consiguiente, este temor a la muerte movía a los sentimientos humanos hacia la búsqueda de la paz al tiempo que existía también un anhelo por llevar una vida cómoda y confortable.

¹⁸ *Ibíd.*, p.69.

¹⁹ *Ibíd.*, cap. XI. p.110.

²⁰ *Ibíd.*, cap.XIII. p.134.

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*, p.135.

²³ *Ibíd.*

Era en este momento cuando intervenía la razón, que sugería las normas pertinentes para garantizar la paz, vía el mutuo consenso.²⁴

Este modelo no era otro que el modelo burgués que después sería perfeccionado tanto por los filósofos vinculados a la Ilustración escocesa (como Hume o Adam Smith), como también por aquellos cercanos a la Filosofía utilitarista, como James Mill o Jeremy Bentham.

Precisamente, entre estos autores encontraríamos las bases del análisis económico o economista de la sociedad que posteriormente será llevado al campo de la Política y del Derecho.

En el caso específico del Análisis Económico del Derecho, Adam Smith estudiaría, por ejemplo, los efectos económicos de la legislación mercantilista, pero será Jeremy Bentham quien dará el verdadero impulso a este enfoque, al preocuparse por el análisis económico de la legislación que no tenía relación con lo comercial sino que más bien se ocuparía de asuntos penales y de responsabilidad civil, entre otras cosas.²⁵

Siguiendo la descripción de la naturaleza, hemos presentado el análisis hobbesiano. Bentham estaría de acuerdo en señalar que la naturaleza humana se enfrentaba a dos amos: el dolor y el placer, y por eso afirmaría que la vida humana podía circunscribirse exclusivamente al cálculo entre estos, el mismo que debería brindar un superávit de placer frente a un déficit de dolor.²⁶ En este sentido, para los

²⁴ *Ibíd.*, p.138.

²⁵ ROEMER, Andres. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p.6.

²⁶ BENTHAM, Jeremy. *A Fragment of Government and Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. W Harrison (ed.). 1960, p. 125. Citado por Roemer. *Ibíd.*, p. 7.

Al respecto podemos traer a colación una reciente sátira literaria escrita por el teórico político Steven Lukes quien, describiendo un régimen que vive bajo los preceptos utilitaristas, llamado *Utilitaria*, dice:

«Sin duda sería demasiado prematuro relatarte mi sensación de cómo es la vida en este lugar, pero estoy impresionado por su aparente buena organización y eficiencia y por la naturalidad con que consideran estas cualidades todos aquellos que he conocido hasta el momento. Parece haber un extraordinario sistema de bienestar social

utilitaristas los seres humanos tenían que convertirse en instrumento o herramienta de cálculo, lo cual desde su punto de vista podía ser muy ventajoso en el caso del Derecho Punitivo o Sancionador.

Así pues, como se entendía que las personas eran *maximizadoras* racionales de intereses, el control penal podía manejarse a través del establecimiento de un conjunto de sanciones (o *precios*) cuya severidad dependía de la probabilidad de que estas se aplicaran. Por lo tanto, un delito de difícil sanción, por su dificultad en detectarse, debía tener un castigo más severo en relación a delitos que se detectaban fácilmente. En conclusión, teniendo en cuenta estas premisas, el hombre racional debía de abstenerse de delinquir si es que hacía sus cálculos de manera adecuada, pues de otro modo sufriría perjuicios gratuitamente.

El planteamiento fundamental era, por lo tanto, que el sujeto moderno era por naturaleza un sujeto calculador que aplicaba la dialéctica costo/beneficio a fin de reducir el dolor e incrementar la riqueza. Por lo tanto, el Análisis Económico del Derecho se fundaba en la eficacia, que debía medirse sobre la base del incremento de la productividad, lo cual se podía advertir en el modo como los hombres racionales agregan beneficios mientras tratan de reducir los gastos.²⁷

en cuanto a sanidad y educación, y parece existir un especial interés por el bienestar de los ancianos. He observado algo muy extraño: el idioma utilitarista parece curiosamente deficiente, y ciertas palabras y conceptos son sencillamente desconocidos». LUKES, Steven. *EL Viaje del Profesor Caritat o las desventuras de la Razón*. Barcelona: Tusquets, 1997, pp. 80 – 81.

Posteriormente, el personaje principal descubrirá que esas palabras que olvidan los utilitaristas tienen relación con los sentimientos, es decir, con todo aquello que hace que los hombres se diferencien de las máquinas calculadoras o las computadoras.

²⁷ POLINSKY, Mitchel. *An Introduction to Law and Economics*. Boston: Little Brown and Company, 1989, p. 7.

3. El análisis económico del derecho

Con el desarrollo de la Escuela Realista en Norteamérica a inicios de los años 30, que enarbolaba el Individualismo Metodológico y rechazaba el Legalismo y los análisis jurídicos casuísticos, y que asimismo se ocupaba fundamentalmente de demostrar la eficacia del Derecho antes que por resaltar su validez, poco a poco la idea tradicional del Derecho Positivo comenzaría a ser socavada, desdibujándose también esa imagen del Derecho como ciencia autónoma perfectamente delimitada e identificada. Esto daría pie a una interpretación mucho más extensa que incluiría un conjunto de elementos y razones provenientes de distintos campos del conocimiento. A partir de entonces, tanto la Política, como la Moral y la Economía fueron consideradas las áreas más cercanas al Derecho Moderno.

Por otro lado, siendo Estados Unidos una sociedad plural, culturalmente hablando, además de altamente industrializada, era evidente que estos factores tenían que aparecer con fuerza dentro del terreno judicial. No obstante, el método jurídico tradicional, en parte por su conservadurismo y lentitud y en parte por su particular esencia, era incapaz de seguir el paso de estos *avances políticos y económicos* propios de un país desarrollado.

Más aún, para muchos empresarios y economistas el modelo legal tradicional producía resultados que económicamente hablando podían ser perjudiciales, inclusive para quienes pudiesen haber obtenido un fallo favorable en las Cortes.

Por ello, a inicios de los años 60 un puñado de importantes profesores de Derecho de *prestigiosas* universidades norteamericanas (Harvard, Yale, Princeton, etc., esto es, de universidades provenientes de la llamada Evy League), decidieron adoptar las herramientas utilizadas por los economistas para poder aplicarlas al campo jurídico y de este modo hacer más efectivo el Derecho al configurar así un modelo adecuado para el nuevo avance económico. La herramienta escogida sería entonces la Economía Neoclásica (Microeconomía), esbozada por los economistas de Chicago como Frank Knight, Aaron

Director, Milton Friedman y por supuesto Friedrich Hayek, tenaces enemigos del New-Deal y todos los proyectos intervencionistas.²⁸

Por ende, los primeros intentos de Análisis Económico había que buscarlos en las leyes corporativas (empresas), en la tributación federal, y en las leyes contra los monopolios luego de lo cual se pasaría posteriormente al terreno del Derecho Penal e inclusive al Constitucional.²⁹

La idea fundamental era la de aplicar las ventajas de los modelos económicos a las acciones humanas, teniendo en cuenta, como lo decía Richard Posner (uno de sus principales voceros), que « los seres humanos eran *maximizadores* racionales durante todas, o casi todas las interacciones sociales».³⁰

Ahora bien, ese sujeto *maximizador* racional no estaba vinculado con el modelo planteado por Sócrates en el Hiparco, que buscaba su provecho orientado al Bien, sino más bien se relacionaba con el mismo aprovechador criticado severamente en este diálogo.

Evidentemente, un sujeto *maximizador* era aquél que era capaz de elegir de manera adecuada, teniendo en cuenta los criterios de producción eficiente señalados por la Microeconomía; esto es, establecer un nivel determinado de rendimiento con el menor costo combinado de gastos,³¹ lo cual significaba que la firma (o la persona) ya no podía producir a menor costo.³²

Teniendo en cuenta estos criterios y sabiendo que «el problema de la Economía era la asignación de medios escasos entre fines alterna-

²⁸ SCHEUERMAN, William. «*The Rule of Law at Century's End*». *Political Theory*, vol. 25, n.º 5, 1997, p. 754.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ POSNER, Richard. «*The Law and Economics Movement*». *American Economic Review*, n.º 1, 1987, p. 3. Citado por William Scheuerman.

³¹ COOTER, Robert y Thomas Ulen. *Law and Economics*. Nueva York: Harper Collins, 1988, p. 17.

³² *Ibíd.*

tivos o en competencia»,³³ había que pensar también en una eficiencia en la asignación:³⁴

La eficacia en la asignación, describía un equilibrio en la distribución de bienes y servicios entre los consumidores individuales. Una distribución particular de bienes puede ser una asignación eficiente si no es posible redistribuir los bienes a fin de hacer por lo menos mejor a un consumidor (en su propia estimación) sin empeorar a otro consumidor (nuevamente en su propia estimación).³⁵

Esto sería además el ideal de la llamada Welfare Economics (Economía de Bienestar) que supuestamente pretendería sintetizar la eficiencia con la equidad.

El Análisis Económico, por lo tanto, pretendía alcanzar esta eficiencia en cualquier controversia jurídica. Esto podía llevarnos inclusive a obviar las resoluciones judiciales, sin perjuicio a nuestra productividad y eficiencia pues, gracias al teorema de Coase,³⁶ podíamos saber que, en aquellos casos donde las negociaciones no fueran costosas, la resolución judicial era irrelevante y los efectos producidos por las partes en litigio podían seguir siendo los mismos. En otras palabras, se podía concluir que las leyes no tienen mayores efectos cuando las partes en litigio mantienen relaciones de regateo. Esto podía verse a través de un ejemplo bastante citado en los textos generales del Análisis Económico:

³³ BUCHANAN, James. *What should economist do?* Indianapolis: Liberty Fund, 1979, p. 20.

³⁴ Y en este punto es donde la Economía intentaba hacerse más humana preocupándose no solo en la productividad sino también en su distribución. Evidentemente habrá quienes solo optarán por la eficiencia a secas mientras que existirán otros que, si bien le darán la preferencia a la eficiencia, no dejarán de prestarle atención a la distribución, aunque esta quedará subordinada a la primera.

³⁵ COOTER Robert y Thomas Ulen. Ob. cit., p. 18.

³⁶ COASE, Ronald. «*The Problems of Social Cost*», *Journal of Law and Economics*, n.º 1, 1960.

Una fábrica emite humo que ensucia las ropas de una lavandería en el vecindario. Supongamos que la lavandería inicia una acción legal para detener esta acción; dependiendo de las evidencias que se presenten en la corte, el caso se puede resolver de dos modos. Si la corte entiende que se está violando el derecho de la lavandería a no ser dañada por el humo de la fábrica, entonces la corte debe dar los pasos apropiados para detener la polución que ocasiona la fábrica. Sin embargo, si la corte decide que no hay delito en la acción de la fábrica (porque quizá, la fábrica estaba primero en el vecindario; la lavandería «fue entonces donde el daño»), la corte puede, por lo tanto, desestimar la queja de la lavandería sin remedio ¿Será afectada la eficiencia de la producción de la fábrica o de la lavandería de acuerdo a la opción que tome la corte?³⁷

Evidentemente, para los seguidores del Análisis Económico que empleaban teorema de Coase, el resultado judicial sería irrelevante si es que se lograra una negociación entre las partes (ambas, perfectamente racionales) que produzca una mejoría concreta y cuantificable para todos.

De modo que si empezamos a cuantificar el problema entre la fábrica y la lavandería, la segunda, por ejemplo, se vería perjudicada por la contaminación en unos 10,000 soles que sería el costo que tendría que pagar por los daños sufridos, y la fábrica, a su vez, si fuese obligada por la corte a detener la contaminación, tendría que hacer un desembolso equivalente a 20,000 soles, costo requerido para detener la contaminación y resarcir los daños. En este sentido, el Análisis Económico buscará una tercera vía que impida el pago de 10,000 por parte de la lavandería, si obtiene una sentencia negativa; o en su defecto, que deje de lado el pago de los 10,000 soles que debería cancelar la fábrica en el supuesto de que la corte entienda que se está violando el derecho de la lavandería a no ser contaminada.

Supongamos ahora que puedan darse situaciones adecuadas para la negociación privada a bajo costo y que pueda construirse esa tercera vía, señalando que la fábrica pague cierta suma a la lavandería, la misma que podría ser de unos 14,000 soles. Esto facultaría a la fá-

³⁷ COOTER, Robert y Thomas ULEN. Ob. cit., p. 4.

brica a seguir produciendo, y de paso seguir contaminando —y lo más importante—, a reducir el monto de sus gastos de 20,000 a 14,000. Por su parte, la lavandería no sólo se resarcirá del daño producido por la polución de la fábrica, sino que también podría obtener un plus o extra de 4,000 soles. Este tipo de solución produciría al final un beneficio evidente para ambas partes, al tiempo que descartaría de plano los efectos de la resolución judicial cualquiera que haya sido pues, «bajo la asunción de que existen bajos costos de negociación, la fábrica continuará contaminando no importa si la ley favoreció al contaminado dándole el derecho a no serlo o le brinda al contaminador el derecho para contaminar».³⁸

Planteados así los hechos del caso y la solución que proporciona el Análisis Económico, resulta claro el énfasis en la eficacia y la productividad que deja de lado cualquier elemento normativo o vinculado al concepto de validez del orden legal. Si el Derecho intenta mediar entre los conflictos particulares, entonces la mejor solución no es la que otorga la razón a una de las partes, sino aquella que posibilita la conclusión del litigio vía la negociación de la solución más eficaz, desde una posición cuantitativa o productiva según lo entienda de la razón económica.

Así pues, los aportes del Análisis Económico pronto superarían los lindes de la responsabilidad y el daño y comenzarían a ser propuestos en los distintos ámbitos del Derecho, inclusive llegando hasta al Derecho Público y al Derecho Constitucional.³⁹ Para ello, se ampararían en la contundencia de sus resultados, deseables desde cualquier punto de vista por cualquier sujeto racional y *máximizador*; es decir, por cualquier *aprovechador* como el que discutía con Sócrates en el Hiparco.

³⁸ *Ibíd.*, pp. 5-6.

³⁹ Cfr. BELLAMY, Richard y DARIO CASTIGLIONE (eds.). *Constitutionalism in Transformation, European and Theoretical Perspectives*. BRENNAM, Geoffrey y Alan HAMLIN. «*Economical Constitutions*». Oxford: Blackwell, 1996, pp. 194-207.

4. ¿Por qué no debemos elegir el análisis económico del derecho?

Después de hacer este viaje imaginario sobre los orígenes de la Filosofía, la aparición del sujeto moderno (el sujeto racional, calculador y portador de la razón instrumental o *zweckrationalität*), y el desarrollo del llamado Análisis Económico del Derecho, vamos a presentar algunos argumentos que respondan a la pregunta planteada y que sirvan, *mutatis mutandis*, para desalentar a quienes, si bien comparten como nosotros la crítica al modelo de la validez esgrimido por el Positivismo y todas sus variantes, consideren alentador y atractivo el Análisis Económico del Derecho, sin embargo. Al hacer esto, debemos dejar en claro que nuestra opción se aproximará mucho a lo dicho en su momento por Sócrates y la tradición filosófica, lo cual nos alejará evidentemente de las bases teóricas del Análisis Económico que justamente se sitúa, como lo dijimos anteriormente, dentro del arquetipo del aprovechador o *maximizador*.

Si quisiéramos hacer un listado de buenas razones por las cuales el Análisis Económico no es aceptable habría que comenzar por las premisas o postulados que le dieron nacimiento.

El Análisis Económico, como lo mencionamos ya, deriva sus fundamentos de la perspectiva racionalista e individualista procedente del contexto anglosajón. Esto significa que *el punto de Arquímedes* de esta teoría no es otro que el Atomismo Político o Individualismo Metodológico,⁴⁰ en el que se entendía que la parte (individuo) era anterior al todo (sociedad) y por ende lo antecedía y determinaba.⁴¹ Por lo tanto, este enfoque partía, como sus mentores lo decían, del hom-

⁴⁰ Para una explicación y crítica de este postulado. Cfr. TAYLOR, Charles. «Atomism». *Philosophy and the Human Sciences, Philosophical Papers 2*. Cambridge: Cambridge UP, 1985.

⁴¹ Es más, se podría decir que en realidad el sujeto en este modelo está completamente separado de la realidad, aunque los autores individualistas sostengan que el Atomismo no puede establecerse sobre la base de una ruptura radical. Cfr. LUKES, Steven. «Methodological Individualism reconsidered». *The Philosophy of the Social Explanation*. Oxford: Oxford UP, 1973.

4. ¿Por qué no debemos elegir el análisis económico del derecho?

Después de hacer este viaje imaginario sobre los orígenes de la Filosofía, la aparición del sujeto moderno (el sujeto racional, calculador y portador de la razón instrumental o *zweckrationalität*), y el desarrollo del llamado Análisis Económico del Derecho, vamos a presentar algunos argumentos que respondan a la pregunta planteada y que sirvan, *mutatis mutandis*, para desalentar a quienes, si bien comparten como nosotros la crítica al modelo de la validez esgrimido por el Positivismo y todas sus variantes, consideren alentador y atractivo el Análisis Económico del Derecho, sin embargo. Al hacer esto, debemos dejar en claro que nuestra opción se aproximará mucho a lo dicho en su momento por Sócrates y la tradición filosófica, lo cual nos alejará evidentemente de las bases teóricas del Análisis Económico que justamente se sitúa, como lo dijimos anteriormente, dentro del arquetipo del aprovechador o *maximizador*.

Si quisiéramos hacer un listado de buenas razones por las cuales el Análisis Económico no es aceptable habría que comenzar por las premisas o postulados que le dieron nacimiento.

El Análisis Económico, como lo mencionamos ya, deriva sus fundamentos de la perspectiva racionalista e individualista procedente del contexto anglosajón. Esto significa que *el punto de Arquímedes* de esta teoría no es otro que el Atomismo Político o Individualismo Metodológico,⁴⁰ en el que se entendía que la parte (individuo) era anterior al todo (sociedad) y por ende lo antecedía y determinaba.⁴¹ Por lo tanto, este enfoque partía, como sus mentores lo decían, del hom-

⁴⁰ Para una explicación y crítica de este postulado. Cfr. TAYLOR, Charles. «Atomism». *Philosophy and the Human Sciences, Philosophical Papers 2*. Cambridge: Cambridge UP, 1985.

⁴¹ Es más, se podría decir que en realidad el sujeto en este modelo está completamente separado de la realidad, aunque los autores individualistas sostengan que el Atomismo no puede establecerse sobre la base de una ruptura radical. Cfr. LUKES, Steven. «Methodological Individualism reconsidered». *The Philosophy of the Social Explanation*. Oxford: Oxford UP, 1973.

bre autónomo y racional que iba a llevar adelante un «contrato social» que significará maximizar sus intereses. El supuesto era, por lo tanto, un estado de igualdad de condiciones naturales que hacía que todos los seres humanos compartieran una misma forma de razón que los conduciría a elegir los medios más pertinentes para llevar adelante sus fines particulares (razón instrumental) los mismos que, como lo había adelantado Hobbes, tenían como primer objetivo la supervivencia. Obviamente, esta manera de pensar, que respondía a una forma histórica de pensamiento,⁴² aparece ahora como la manera racional de actuar, tildándose de irracional cualquier conducta o acción que responda a otras motivaciones.⁴³

Si por un lado los hombres poseían la razón, su característica más importante no era otra que la capacidad de elección (autonomía) de cada uno de ellos. Así, yo no era un ser humano porque Dios lo había querido o porque existiera alguna razón trascendente para ello, sino que lo era porque tenía la capacidad de elegir y mis elecciones serían siempre correctas si es que fuesen elecciones racionales. De modo que, podríamos deducir que toda elección racional era una buena elección y para que la elección fuese racional debía de minimizar los gastos y maximizar las ganancias.⁴⁴

Actuar de este modo suponía que el hombre fuese capaz de analizar cualquiera de sus acciones según estos preceptos matemáticos, como si fuese una máquina programadora o calculadora. Por otro

⁴² Cfr. FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1996.

⁴³ Como por ejemplo la llamada *wertrationalität* o *acción racional* de acuerdo a valores, como la conducta de un creyente. Curiosamente, Max Weber, quien analiza profundamente estas conductas desde la perspectiva sociológica, se encarga también de subrayar que este tipo de acción, de acuerdo a valores o fines, es también una conducta racional.

⁴⁴ Esto, sin embargo, produciría la primera paradoja dentro de este pensamiento, pues resultaba claro que la autonomía no era tal, en tanto que solo podíamos actuar autónomamente y ser libres si es que lo hacíamos de manera racional. ¿Podía ser definida esta situación como autónoma y libre?

lado, era necesario que tuviese establecido también un conjunto de preferencias que deberían ordenarse de acuerdo a lo estipulado por los principios de *maximización* (es decir, que si alguien tenía una preferencia digamos no lucrativa o no cuantitativa, tal preferencia debía de situarse en el escalafón más bajo dentro de su *conjunto* de preferencias). Pero, ¿podían demostrarse estas premisas?, ¿poseían los seres humanos una computadora en su cerebro?, ¿qué tan cierto era esta descripción de la naturaleza humana racionalista cuando parecería que las personas se mueven más por impulsos y sensaciones antes que por fríos cálculos matemáticos, como aparentemente lo hacía Jeremy Bentham?, ¿acaso muchos de nuestros compatriotas no trabajan para gastar su dinero inmediatamente y no para ahorrar o acumular a pesar de que puedan tener buenos ingresos?, ¿no es la *productividad* una característica más afín a las religiones protestantes⁴⁵ y a los pueblos anglosajones⁴⁶ que a la religión católica y las tradiciones andinas e hispanas mayoritarias en nuestro país? Evidentemente el modelo del Atomismo, habiendo sido originado por la Modernidad, apuntaba a lo universal y abstracto, lo cual lo convertía en destructor de la cultura imperante.⁴⁷

Esto último implicaba dejar de lado las particularidades y características culturales de los pueblos hacia los cuales se dirigía la ley. En este sentido, el Análisis Económico debería de estar en capacidad de

⁴⁵ WEBER, Max. *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*. Madrid: Sarpe, 1984.

⁴⁶ SPENGLER, Oswald. *Prusianismo y Socialismo*. Buenos Aires: Ediciones Nacionales y Extranjeras, 1935.

⁴⁷ La expresión hace referencia al origen del Estado de Derecho que sostiene que estos valores son relativos ya que tienden a lo particular y concreto, y por eso la Norma Fundadora o Norma Básica es siempre universal y abstracta. He tomado esta expresión de: CAYGILL, Howard y Alan SCOTT. «*The Basic Law versus the Basic Norm? The Case of the Bavarian Crucifix Order*». En: *Constitutionalism in Transformation*. Ob. cit.

demostrar que lo universal y abstracto está por encima de lo particular y concreto.⁴⁸

Otra premisa también barajada por esta perspectiva tenía relación con el privilegio concedido a la elección autónoma por encima de la ausencia de elección; esto es, que quien era dueño de su destino y de sus elecciones, estaba y quedaba siempre en mejores condiciones que aquél que no fuese capaz de tomar las riendas de sus decisiones. Por eso, si alguien rehuía a asumir su capacidad de aprovechador y *maximizador* estaba condenado al fracaso. Pero, ¿era esto cierto? Recientemente, se ha discutido mucho el tema en el campo de la Teoría Política y constituye un punto importante a rebatir por quienes se niegan aceptar el Individualismo Metodológico.⁴⁹

Supongamos que una persona ha pensado desde el colegio en ser abogado y para eso comienza a relacionarse con personas de ese ámbito, decide que va a estudiar en la mejor facultad y que va a ser un buen abogado y, por tanto, dejará sus planes particulares hasta que consiga tener una buena posición económica. Finalmente, consigue estudiar y egresar de esa facultad con muy buenas calificaciones y, gracias a sus contactos cultivados por años, encuentra un buen trabajo, lo cual lo pone ya en camino de desarrollar planes más particulares; como, por ejemplo, el matrimonio. Por último, se casa con la persona elegida y vive una vida tranquila y feliz. Imaginemos ahora otro joven que cuando sale del colegio no sabe qué cosa estudiar y que no se anima a hacerlo hasta que su padre lo obliga a ingresar a un instituto, donde estudia sin entusiasmo hasta que un día un amigo lo lleva a una exposición de fotografías y esto lo impresiona al punto de ponerse a estudiar fotografía; encuentra después por ese mismo

⁴⁸ Y en este contexto no se podía decir que el Análisis Económico disientía del Positivismo tan criticado por aquella corriente, porque el Positivismo también partía de una ley universal y abstracta.

⁴⁹ Nos referimos a los autores vinculados al pensamiento político comunitarista que responde a los argumentos atomistas, aseverando que el individuo no puede ser anterior a la sociedad porque esta le brinda las posibilidades y las facultades para elegir.

amigo un trabajo en un periódico y lo envían en comisión fuera del país donde hallará una colega de la cual se enamora y termina casándose siendo también feliz. De todo lo dicho, ¿podemos afirmar que la vida del abogado que fue producto de las elecciones racionales es mejor que la vida del fotógrafo, fruto exclusivo del azar? Evidentemente no, la realidad concreta es que ambos obtuvieron en este caso resultados análogos con y sin elecciones, lo cual demuestra que el privilegio que le da el Análisis Económico al tema de la elección racional carece de sustento fáctico.⁵⁰

Hemos demostrado ya las debilidades teóricas de los supuestos de fondo y de base del Análisis Económico (el sujeto racional *maximizador* y autónomo), veamos ahora qué problemas podrían suscitarse a otro nivel de análisis más concreto y real. Para ello será menester retornar al caso citado de la fábrica y la lavandería.

En el caso propuesto, existe un litigio que parece poder ser cuantificado para producir así una solución matemática deseable para cada una de las partes. Estaríamos aparentemente ante un conflicto denominado *más o menos*, que no podría producir una suma de cero (vale decir, que una parte gane todo a costa de la derrota del otro) sino un triunfo compartido. El esquema del caso se muestra bastante convincente, pues como vimos, este permitiría mantener la productividad de cada parte sin que ninguna se perjudique por el daño. Esta solución podría encontrarse, por lo tanto, sobre la base de la negociación de las partes, quienes obviamente serían *aprovechadores racionales*. En principio, habría que decir que se trataría de un problema de Derecho Privado entre partes autónomas e individuales, pero inmediatamente se nos viene a la mente un problema que comienza a manifestarse cada vez con más frecuencia y está asociado con el propio paradigma moderno que creó la dicotomía privado-público.

¿El conflicto entre una fábrica que contamina la ropa de una lavandería puede ser un asunto privado?, ¿son los modernos conflictos

⁵⁰ La base del ejemplo la hemos extraído de BELL, Daniel. *Communitarianism and its Critics*. Oxford: Oxford UP, 1993, pp. 4-5.

entre derechos asuntos exclusivamente privados?, ¿acaso una fábrica sólo contamina las ropas de una lavandería?, ¿no estaría contaminando también el aire de esa comunidad y, con el correr del tiempo, reduciendo las expectativas de vida de esa población? Si las partes deciden arreglar su asunto como lo manda el Análisis Económico podría evitarse un perjuicio para la fábrica y la lavandería, pero ¿es que la fábrica y la lavandería se hallan en medio de un páramo como se hallaba la casa de la familia Ingalls⁵¹ esto es, *in the middle of nowhere*? Nada se encuentra en el aire y por lo menos este caso, tan recurrente en los textos o manuales de Análisis Económico, nos vincula a un problema que evidentemente puede perjudicar a terceros, lo cual nos conduciría a señalar que no estaríamos ante un conflicto del tipo *más o menos* sino más bien ante un conflicto del tipo *uno u otro*, en donde el *uno* lo constituirían la fábrica y la lavandería que se ponen de acuerdo para no sufrir perjuicio y el *otro* serían todos aquellos habitantes de la comunidad perjudicados por la polución, el ruido y tráfico de los camiones y la mala calidad de los productos, habida cuenta de que sus dueños, como buenos *maximizadores*, buscarán alcanzar el mínimo de calidad a fin de reducir sus costos. Los conflictos modernos entre derechos, para lamento de los epígonos de la técnica económica, siempre van a derivar en una situación del tipo *uno u otro* y no de la clase *más o menos*, como equivocadamente pensaban, porque los derechos conllevan una carga sustantiva o valorativa que no es posible cuantificar (la libertad y la igualdad no pueden materializarse; es decir, no puede haber más o menos libertad). Por ende, lo que se presentaba como una solución eficiente dentro del Análisis Económico del Derecho, solo podía serlo para los *agentes privados* (fábrica y lavandería), pues solo ellos serían los ganadores frente a los terceros que serían los perdedores.

En sus orígenes, se podía decir que el Derecho se movía sobre la base de los criterios de la distribución justa (buena) porque el Derecho no se relacionaba con derechos individuales (abstracciones) sino

⁵¹ Recordada serie de la televisión norteamericana.

con el reparto o distribución de cosas materiales entre personas según criterios aritméticos o geométricos, como por ejemplo la partición de una herencia o el pago de tributos;⁵² es decir, buscaba dar a cada uno su parte. La distribución *más o menos*, por ello, tenía cabida aquí, pues nos movíamos —repito— en una esfera real y concreta ya que la materia podía partirse y repartirse. En el caso de bienes inmateriales (derechos), sin embargo, no cabría la partición, sino que el bien entero (el derecho) tenía que ir para una parte o para la otra. El Análisis Económico, pensaba que se hallaba bajo este supuesto del Derecho Clásico, pero evidentemente no era así, pues hablaban sobre casos relacionados a conflictos entre derechos (derecho a contaminar de la fábrica frente al derecho de la lavandería a no ser contaminado). La cuantificación por lo tanto, no era dable, y los resultados que obtuviesen tendrían que corresponder necesariamente a la esfera del *uno u otro*, como el caso analizado.⁵³

Demostrado esto, podemos afirmar que es un error sostener que el Análisis Económico puede configurar un orden superior en la tarea de concluir de manera armónica los problemas jurídicos y que, al contrario, al estar basado en el Individualismo, su único objetivo es enriquecer a unos a costa de empobrecer a otros (según la lógica del modelo *uno u otro*), al tiempo que la productividad y la eficiencia se encargan de depredar lo poco que queda virgen y puro en la naturaleza y en la sociedad.

Parecería pues que hoy los ecos del *aprovechador* se oyen aún más fuertes que en el tiempo de los Sofistas, lástima que este mundo maltrecho no sea capaz de engendrar un Sócrates nuevamente.

⁵² Cfr. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Libro V.

⁵³ Por eso es que, en el contexto norteamericano, quienes responden las tesis del Análisis Económico del Derecho, es decir, la corriente de los *Estudios de Crítica Legal* (*Critical Legal Studies*), sostienen que ellos sólo buscan la eficiencia o la eficacia económica mas no la eficiencia política, que justamente se movería bajo la premisa de *más o menos* y no de *uno u otro*. Para un análisis del mismo se puede ver el ensayo «*Los Estudios de Crítica Legal frente al Derecho Civil y los contratos*», que aparece en esta edición.

Capítulo 3

Los Estudios de Crítica Legal frente al Derecho Civil y los contratos

1. Introducción

Imaginamos que hace algunos años atrás sería inusual encontrar un artículo de Teoría Legal y más aún de Crítica Legal dentro de un libro dedicado al análisis de los contratos contemporáneos. Sin embargo, los cambios que han venido dándose dentro de la Teoría Jurídica en los últimos tiempos han sido enormes y entre esos cambios se advierte, por ejemplo, la pérdida de autonomía del Derecho,¹ fenómeno que se repite también dentro de las ramas del mismo² que hace que se tenga que relacionar todas las perspectivas existentes. De no hacerlo se caería dentro de una mirada parcial y relativa lo cual no sería lo más aconsejable dentro de una dinámica académica.

¹ «Existe menos confianza en la autonomía de la profesión, especialmente en la rama académica de la misma, en donde, las perspectivas sobre el Derecho que se efectuaron fuera de él han sido las más influyentes. Economistas, teóricos políticos, psicólogos e inclusive, críticos literarios, están escribiendo sobre el Derecho con suficiente autoridad como para que llamen la atención de los abogados y sean respondidos». POSNER, Richard. *The Problematics of Legal and Moral Theory*. Cambridge, Mass.: Harvard UP, 1999, p. 191.

² Cfr. TRAZEGNIES, Fernando De. *Postmodernidad y Derecho*. Lima: ARA editores, 1996.

El gran cambio que se está manifestando, por ende, apunta entonces en primer lugar a reivindicar el espacio social o sociológico frente al formalismo legal que caracterizó el Derecho Moderno. En este sentido, se esgrime diversos argumentos que indican las limitaciones del Formalismo y su mecánica de la validez³ ya que no están capacitados para responder los desafíos planteados desde el contexto de la eficacia⁴ dada su abstracción, producida al separarse del plano político o social; su neutralidad, al escindir la moral de las normas jurídicas, y por supuesto, su idealismo que es una secuela lógica de la ideología que dio nacimiento al Derecho Moderno, que es evidentemente la Ilustración y el Racionalismo.

Este artículo forma parte, por lo tanto, de la crítica al Formalismo que es también el modo como se plasmó el Derecho Moderno, y tratará sobre el campo más clásico de esta disciplina, es decir, el del Derecho Civil y sus dos postulados centrales: la noción de *autonomía de la voluntad* y el concepto de *contrato*. Dentro de este esquema trataremos de demostrar con argumentos que no solo provienen de la Teoría Crítica Legal sino también de la Tradición Postmoderna o Postestructuralista, las frágiles estructuras teóricas sobre las que descansa el Derecho Moderno y el Derecho Civil, lo cual pensamos que obliga a los estudiosos a volver a formular sus postulados centrales. Claro está, siempre y cuando el Derecho Civil pretenda ser más que una serie de reglas formales al servicio de unos cuantos y se convierta en una disciplina que busque distribuir cuantitativamente y cualita-

³ Realizada a través del conocido silogismo que aun se trabaja en cursos introductorios denominados usualmente *Ciencias Jurídicas*

⁴ Nos referimos al Realismo Jurídico que se inicia, según se dice, con los nueve puntos que propuso Llewellyn y que consistían, entre otras cosas, en la consideración del Derecho como un continuo fluir, la concepción del Derecho como un medio para alcanzar fines sociales y que avanza a un ritmo más lento que la realidad, el divorcio entre el deber ser y el ser, la desconfianza hacia las reglas y conceptos jurídicos tradicionales, la evaluación del Derecho en función a sus efectos, entre otras. Cfr. PÉREZ LLEDÓ, Juan. *El Movimiento de Critical Legal Studies*. Madrid: Tecnos, 1996, pp. 241-242.

tivamente bienes entre personas, es decir, que persiga la realización de la justicia sustantiva.

2. Las Contradicciones del Derecho Formal: los estudios de crítica legal

Dentro del Derecho Moderno, sin duda alguna, fue la vía de la validez la que más contribuyó a la generación de esta nueva perspectiva jurídica. El Formalismo Jurídico se centraba en describir la naturaleza del Derecho⁵ y le daba legitimidad a su sistema en función a un reconocimiento que nació al interior de la ideología liberal que trataba por todos los medios de despersonalizar las normas jurídicas a fin de despojar al Derecho de cualquier contenido arbitrario o injusto.⁶

El origen del Formalismo Jurídico tiene relación con la oposición al Decisionismo Jurídico (*voluntas*) que encarnaba más bien una voluntad política. Por ende, no podía ni predecirse las reglas ni tampoco se podía estar a salvo de sufrir cualquier tipo de injusticia a manos de quienes detentaran la capacidad de crear las leyes. En otras palabras, el Estado de Derecho y su Derecho Formal nacían para crear un orden de seguridad que fuese capaz de mantener autónomas a todas las voluntades individuales sin que sufrieran ningún tipo de coerción exterior.

⁵ Nos referimos a la Ciencia Jurídica o Positivismo Jurídico

⁶ Sin duda, las dos más conocidas fórmulas positivistas de la validez han sido las teorías legales de Hans Kelsen y el Positivismo moderado de Herbert L. A. Hart. Véase al respecto KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Berkeley, California: U of California P, 1967; KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1949 y HART, Herbert L. A. *The Concept of Law* Oxford: Clarendon Press, 1961.

No vamos a profundizar en la crítica al Formalismo pues ya existen muchos textos que lo hacen como puede ser el caso de la crítica al Positivismo kelseniano que realiza SCHMITT, Carl. *Teología Política, Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveranität Romantik*. Munich: Duncker & Humblot, 1925, o la crítica al

En este sentido, es el Derecho Civil el que lleva la delantera dentro del Derecho Moderno⁷ al encargarse de regular las situaciones privadas más sensibles como los contratos, las promesas, la propiedad o la propia familia; es decir, todo aquello que uno podía encontrar por ejemplo en un texto pionero en lo que significa el Derecho Moderno y el Estado Moderno como el *Leviathan* de Hobbes y sus *laws of nature* o leyes de la naturaleza⁸ y que apuntaban a garantizar la libertad individual evitando el conflicto de todos contra todos y creando también un orden seguro y pacífico.

De hecho, como decía el conocido teórico de la Escuela de Crítica Legal, Roberto Mangabeira Unger en *Conocimiento y Política*,⁹ la Teoría Liberal del Estado, se fundamentaba en el hecho de que no existían esencias morales y que los valores eran relativos y subjetivos y esta idea hacía del Mercado y la Democracia el único escenario posible para la existencia de una sociedad liberal. Quizá siguiendo al

Neo-Positivismo de Hart en DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977. Por cierto, las críticas más radicales vendrán de las posiciones realistas que plantearán tanto el Análisis Económico del Derecho (*Law & Economics*) como los Estudios de Crítica Legal (*Critical Legal Studies*)

⁷ Es más, es el Derecho Civil el que contribuye decididamente en el Proyecto de Modernización, como lo atestiguan la labor de los juristas pioneros que emprendieron la tarea de codificación en América Latina, entre ellos, Andrés Bello en Chile, Dalmacio Vélez Sarsfield en Argentina y Manuel Vidaurre en Perú. Este último, al justificar su proyecto mencionaba: «El Estado será dichoso y permanecerá tranquilo cuando sean seguras las propiedades, fáciles y honestos los modos de adquirirlas».

Citado por Trazegnies, Fernando de. *Postmodernidad y Derecho*. Ob. cit., p. 30.

⁸ HOBBS, Tomas. *Leviathan*. Ob. cit., cap. XIV. Las leyes de la naturaleza que obligan en el foro interno mandan buscar la paz, renunciar a nuestra libertad negativa, cumplir con nuestras promesas, ser honestos y razonables y tener buena fe entre otras cosas, vale decir, se enfoca en los requisitos imprescindibles para la vigencia del Derecho Civil. Evidentemente el Derecho Civil partirá del supuesto de que las leyes de naturaleza no solo se cumplen en el foro interno sino también en el foro externo. Veremos, más adelante si esto es así y si no se trata más bien de un fundamento idealista y abstracto que sustentó el Derecho Civil y la idea del progreso.

⁹ UNGER, Mangabeira, Roberto. *Conocimiento y Política*. México: FCE, 1985.

mismo Unger se podría mencionar que lo que hacía el Formalismo era establecer un nuevo esencialismo que estaría ubicado en las mismas palabras que serían entonces el único objeto de interpretación de los jueces.¹⁰

Sin embargo, tal perspectiva liberal empezaría a sufrir los efectos del idealismo exagerado que le dio nacimiento y también de su rigurosidad científica que lo convertía en dogmático y ajeno a todo cambio o modificación. Así, su realidad se vería desbordada por distintos fenómenos sociales muy concretos como la Democracia de Masas y el desarrollo del Capitalismo que agudizaron la división del trabajo y las diferencias sociales¹¹ y que se dirigieron directamente contra los dos postulados centrales del Legalismo; a saber, la igualdad ante la ley y el carácter predecible de las normas de Derecho.

De esta manera, esta visión de la validez jurídica era mellada a medida que se demostraba que sus reglas, generales y abstractas, estaban completamente separadas de la realidad social, por lo cual empezaban a perder su legitimidad. Dicha legitimidad, se manifestaba no solo en el incumplimiento de las normas sino también en la imposibilidad material de llevarlas a la práctica; más aun cuando, como decían los críticos del Formalismo -verbigracia los realistas jurídicos, la marcha acelerada de la sociedad dejaba desfasada rápidamente toda norma.

¹⁰ BOYLE, James (ed.). *Introducción a Critical Legal Studies*. Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 1992, pp. XIV y XV.

¹¹ Nosotros hemos escrito al respecto, en «*Entre la Excepción y la Regla: El Decisionismo Jurídico frente a la Escuela de Frankfort*». Véase el cap. 5 de la presente edición.

Se puede consultar también de SCHEUERMAN, Will. *Between the Norm and the Exception: The Frankfort School and the Rule of Law*. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1997. y SCHEUERMAN, Will. *Carl Schmitt, The End of Law*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield publishers, 1999. Obviamente quien inaugura este tipo de reflexión crítica fue el gran sociólogo alemán Max Weber. Véase WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México: FCE, 1974.

Quien desarrollaría la crítica más radical a esta perspectiva formal y liberal, sin embargo, sería la llamada Escuela de los Estudios de Crítica Legal, (Critical Legal Studies) una importante rama escindida del Realismo anglosajón¹² y que en poco tiempo se convertiría en el gran enemigo del Derecho Civil entre otros pues empezará abogando por una sociedad radicalmente más igualitaria y también tratando de quitar todos los velos de abstracción con el que fue recubierto el Legalismo Liberal Moderno.

Sus inicios, se pueden rastrear ya desde los años 70 cuando un grupo de profesores de Derecho vinculados ideológicamente al Marxismo y al Funcionalismo, pero también grandes conocedores de la obra sociológica weberiana, empezaron a juntarse llegando a celebrar una conferencia en la Universidad de Wisconsin (Madison) en Mayo de 1977. Entre los que se reunieron en ese momento habían profesores literalmente despedidos de la Universidad de Yale como David Trubek, Richard Abel pero también otros profesores y jóvenes estudiantes de Harvard y la misma Wisconsin como Duncan Kennedy, Robert Mangabeira Unger, Morton Horwitz, Thomas Heller y Mark Tushnet entre otros.¹³

Muchos de ellos, estaban ya dentro de un movimiento denominado Derecho & Sociedad (Law & Society Movement) que buscaba comprender esta disciplina como fenómeno social. En este sentido, los Estudios de Crítica Legal (de aquí en adelante ECL) serían una radicalización y articulación del movimiento anterior. Ahora bien el movimiento de ECL¹⁴ no solo se presentaba como una nueva crítica

¹² MC COUBREY, Hilaire y Nigel D. White. *Textbook on Jurisprudence*. 2.^a ed. Londres: Blackstone, 1996, p. 213.

¹³ Esta historia es relatada con mucha profundidad en PÉREZ LLEDÓ, Juan. *El movimiento Critical Legal Studies*. Ob. cit., 51-160.

¹⁴ La literatura sobre los ECL es abundante e incluye muchos libros y artículos. Para tener una dimensión de los alcances de los ECL se recomienda el citado texto de Juan Pérez Lledó, el compendio de artículos que reúne los principales ensayos del movimiento de James Boyle y el manual de KELMAN, Mark. *A Guide to Critical Le-*

al Formalismo sino que inclusive ponía en tela de juicio, sus propias raíces, como lo eran los programas de estudio universitarios, que deberían ser modificados a fin de no seguir legitimando una disciplina diseñada por unos cuantos con la idea de sostener una ideología determinada y mantener de este modo su status de poder.¹⁵

Desde los inicios del movimiento, resultaba claro que su principal oponente era la denominada Psicología Liberal que estaba constituida, como mencionaba Unger, por una dicotomía entre la razón y el deseo aunque lo que hacían los autores liberales era manifestar la armoniosa relación que existía entre ambos. Evidentemente, este tipo de críticas partían del supuesto de que tanto la razón como el deseo producían más bien una antinomia¹⁶ tras de la cual mal podría nacer

gal Studies. Cambridge, Mass: Harvard UP, 1987. Entre los textos del movimiento destacan HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. Oxford: Oxford UP, 1992; TUSHNET, Mark. *Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*. Cambridge, Mass: Harvard UP, 1988 y más recientemente, *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton UP, 1999; MANGABEIRA UNGER, Roberto. *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*. Nueva York: The Free Press, 1976 y *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, Mass: Harvard UP, 1986 del mismo autor y, por último, KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication*. Cambridge, Mass: Harvard UP, 1997.

¹⁵ Cfr. KENNEDY, Duncan. *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. A Polemic Against the System*. Cambridge, Mass.: Afar, 1983.

Se entiende que este va a ser el argumento central dentro de los ECL y también en este punto se advertirá su relación con el Marxismo al ser definido el Derecho Moderno prácticamente como una falsa conciencia. Después veremos esto con más detalle a través del concepto de *reificación* (objetivar cosas que solo existen en la abstracción). Como dice Peter Gabel, «se entiende por reificación a una distorsión del significado que ocurre en la comunicación [...] cuando *reificamos* extraemos una abstracción de un orden concreto y confundimos lo abstracto con lo concreto. Cfr. GABEL, Peter. «*Reification in Legal Reasoning*». *Research and Sociology*, vol 3, 1980, pp. 25-51. Publicado también en *Critical Legal Studies*, editado por James Boyle.

¹⁶ UNGER, Roberto M. *Conocimiento y Política*. Ob. cit., p. 36.

En la segunda parte de este ensayo profundizaremos más en esta antinomia que es crucial para deslegitimar la base de la Teoría Contractual y la libertad de la voluntad.

un derecho armónico y viable. Más bien, por el contrario, las propias contradicciones que salían a la luz dentro del Liberalismo serían trasladadas al campo del Derecho Liberal aunque sin embargo, los teóricos legales del Formalismo ignorarían tal contradicción.

De este modo, pronto van a destacarse un número importante de contradicciones dentro del modelo formal de la validez,¹⁷ entre las que podemos citar, en primer lugar, la que existe entre el compromiso hacia reglas mecánicas con el modo apropiado para resolver los conflictos.¹⁸ En el caso americano se percibía tal contradicción, por ejemplo, en los conflictos entre reglas y estándares. Duncan Kennedy resaltaba en esta línea el Individualismo latente en el Pensamiento Liberal, que se manifestaba con la generación de reglas apropiadas y precisas que se contrastaban con las nociones de *colectivismo* o *altruismo*.¹⁹

La colisión que se producía era así el enfrentamiento entre lo formal y lo sustantivo. Por el lado de lo formal, teníamos las reglas generales deducidas lógicamente, definidas y administrables de modo sencillo, y por el lado sustantivo, teníamos a los estándares que daban lugar a decisiones más arbitrarias y discrecionales,²⁰ pues como decía Kennedy: «Un estándar, hace referencia directamente a uno de los fines sustantivos del ordenamiento jurídico [...]. La aplicación de un estándar exige que el juez descubra los hechos de una situación particular, y que los evalúe en términos de los fines o valores sociales encarnados por el estándar».²¹

Ejemplos, de estándares podían encontrarse en conceptos como los de *buena fe*, *razonabilidad*, *abuso del derecho*, *enriquecimiento*

¹⁷ Estas contradicciones se analizan en KELMAN, Mark. *A Guide to Critical Legal Studies*. Cfr. Caps. 1-3.

¹⁸ *Ibid.*, p. 3.

¹⁹ MCCOUBREY, Hilaire y Nigel D. WHITE, *Textbook on Jurisprudence*. Ob. cit., p. 220.

²⁰ PÉREZ LLEDÓ, Juan. *El Pensamiento de Critical Legal Studies* Ob. cit., p. 307.

²¹ KENNEDY, Duncan. «*Form and Substance in Private Law Adjudication*». *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976, pp. 1685-1778. Citado por PÉREZ LLEDÓ, *Ibid.*

indebido, libre voluntad, capacidad de juicio, o bien común que tenían una ambigüedad que los legalistas parecían no advertir aunque evidentemente también ventajas con relación a las denominadas reglas de derecho. Estas reglas poseían virtudes como la potestad de frenar la discrecionalidad pero tenían, no obstante, grandes contradicciones como su ámbito de aplicación ya que por tratar de ser sumamente precisas, pecaban por amplitud o estrechez.²² Por el contrario, los estándares poseían mucha flexibilidad, lo que permitía evaluar mejor a cada caso en particular, sin poseer así la rigidez del mecanicismo formal. Obviamente, como ya se había dicho, el precio que se debía pagar era el de la discrecionalidad y el de la mayor imprecisión.

En el fondo, lo que podríamos deducir de toda esta polémica, era que las reglas y los estándares representaban en el fondo la disociación entre el Individualismo (relacionado con las reglas) y el Colectivismo (relacionado con los estándares). Quizá, el pasaje más citado dentro de los ECL, también del mismo Kennedy, expresaba la complejidad de tal antinomia:

[...] la meta de la libertad individual es al mismo tiempo dependiente e incompatible con la acción coercitiva colectiva que es necesaria de lograr. Otros (la familia, amigos, burócratas, figuras culturales, el Estado) son indispensables si vamos a devenir en personas auténticas - ellos nos proveen de lo que necesitamos y nos protegen en momentos cruciales contra la destrucción. [...] Pero al mismo tiempo, esto que nos protege, el universo de todos (la familia, amigos, burócratas, figuras culturales, el Estado) nos amenaza con el aniquilamiento y nos urge para generar formas de fusión que es más negativa que positiva.²³

²² PÉREZ LLEDÓ, Juan. *El Pensamiento de Critical Legal Studies*. Ob. cit., p. 308.

Se puede apreciar un ejemplo de indeterminación o imprecisión de las reglas cuando se restringe la edad para celebrar contratos a partir de los dieciocho años con el fin de garantizar la seguridad del consentimiento. Esto, sin embargo, puede significar también una aplicación modificada de la regla e inaplicarla para quienes no alcanzan la edad pero ya son maduros o descartar a quienes tienen la edad pero son inmaduros.

²³ KENNEDY, Duncan. «*The Structure of Blackstones' Commentaries*». *Buffalo Law Review*, n.º 28, 1979, pp. 211-212.

La tensión entre el individuo y la colectividad, entre el egoísmo y el altruismo se convierte así en la piedra de toque del Legalismo y al mismo tiempo en su talón de Aquiles, la cual se puede apreciar, por ejemplo, en las tesis subjetivistas y objetivistas que enfrentan al Derecho Penal con el Derecho Internacional.²⁴ Más críticamente aún, se muestra en el Derecho Civil y la Ley Contractual, en donde gracias a la libertad de contratar —que sustenta un orden legal capitalista— podríamos recalar en el indefenso individuo que puede ser objeto de abusos por una compañía o un individuo más poderoso y en donde los conceptos altruistas como la coacción y la influencia indebida podrían quedar subordinados al primero.²⁵

Kennedy entiende, por lo tanto, que el altruismo niega al juez la potestad de actuar discrecionalmente y que por ende es importante sopesar los valores de las personas y la tendencia moral de sus actos. Esto permitiría que los jueces decidan (adjudiquen), «como si fuesen una persona dentro de la sociedad en vez de que como un individuo».²⁶ Pero, como acabamos de ver, el problema radicaba en que la antinomia dentro del modelo liberal del Derecho se resolvía siempre en favor del individuo. Ahora bien, la segunda contradicción, que encontraban los ECL dentro del Formalismo tenía relación con la contradicción

[...] entre el compromiso hacia una noción de tradición liberal que señala que los valores o deseos son arbitrarios, subjetivos, individuales e individualizantes mientras que la razón o los hechos son objetivos y universales y el compromiso al ideal que nosotros podemos *conocer* objetivamente verdades sociales y éticas (a través del conocimiento objetivo de la verdadera naturaleza humana) o a la esperanza que uno puede trascender la distinción usual entre lo subjetivo y lo objetivo al buscar la verdad moral.²⁷

²⁴ McCoubrey, Hilaire y Nigel White Ob. cit., p. 221.

²⁵ Ibid.

²⁶ Kennedy, Duncan. «Form and Substance in Private Law of Adjudication». Ob. cit.

²⁷ Kelman, Mark. Ob. cit., p. 3.

Se entiende por ello que esta segunda contradicción atacaba de lleno el fundamento del Legalismo como es el Positivismo y la separación entre normas y valores. Sin embargo, lo que es claro también al momento de la aplicación del Derecho Moderno es que este en realidad presupone la existencia de verdades objetivas y asume finalmente valores específicos, lo cual obviamente contradice la afirmación inicial de que el Derecho no es valorativo porque es formal y liberal. Por supuesto, el problema de fondo estaría relacionado con el hecho de que los liberales no perciben que detentan también una ideología (constituida por diversos valores) y que en consecuencia el Derecho Formal posee también las mismas características ideológicas.

Duncan Kennedy por ejemplo, resaltaba tal oposición al referirse al talante ideológico del Estado de Derecho y el modo como las reglas en realidad siempre se originaban por y con una finalidad ideológica:

[...] las reglas de derecho —los contenidos formales de un sistema legal— afectan la conducta que es buena o mala, correcta, equivocada, o indiferente: y justa o injusta, todo de acuerdo a la posición ideológica de uno mismo. Los liberales y los conservadores ven las leyes sobre huelgas, aborto, apoyo estatal a las artes y miles de asuntos más de este modo.²⁸

De esta manera entonces, Kennedy propondrá al final más que una clasificación de las reglas una clasificación de los motivos ideológicos por las que nos interesamos en ciertas reglas particulares.²⁹ Por último, en cuanto a la tercera contradicción, esta se presentaría:

[...] entre el compromiso hacia un discurso intencionado, en el cual la naturaleza humana es vista como el producto de una voluntad individual autodeterminada, y el discurso determinista, en el cual las actividades de los sujetos nominales no merecen ni la aprobación ni la con-

²⁸ KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication*. Ob. cit., pp. 57-58.

²⁹ *Ibid.*, p. 58.

denación porque simplemente son consideradas el resultado esperado de las estructuras existentes.³⁰

Así pues, esta contradicción colocaría en jaque a la propia noción de *autonomía* pues sopesaría la intencionalidad con el determinismo. En los ECL tanto lo consciente como lo inconsciente utilizan una descripción intencional y determinista que puede apreciarse, por ejemplo, en el Derecho Penal. El discurso intencional se orienta a la libertad de la voluntad mientras que el determinista alude a la presencia de estructuras que se manifiestan en términos amorales, lo cual hace difícil por ejemplo la condena de ciertos actos.³¹

Los liberales pueden decir que existe un espacio de libertad pero también un espacio de restricción, y que ambos son fácilmente identificables. No obstante, los ECL señalarán que la línea de frontera resulta prácticamente indefinible. Por ende, resulta inexacto decir que sabemos cuándo es apropiado aplicar un análisis determinista y cuándo es un análisis intencional.³²

Como ya habíamos mencionado, será en áreas como en el Derecho Penal y el problema de la culpa donde podrá verse tal contradicción, y será legítimo formularse la siguiente pregunta. ¿son los delincuentes moldeados por su psicología o por las condiciones sociales? En ese sentido, ¿no cabría responsabilizarlos por sus actos?, o simplemente, ¿todos son actos plenamente voluntarios y de modo intencional con lo cual las sanciones graves como la pena de muerte podrían ser coactivas? Todo esto nos llevará a tener serias dudas con respecto a la seguridad de la voluntad lo cual, como observaremos más adelante, será también relevante en lo que toca a la crítica al Contractualismo.

Sintetizando, podemos apreciar que los ECL intentan desafiar la unidad del Legalismo y, más importante aún, su pretensión de con-

³⁰ KELMAN., Mark. Ob. cit., p. 3.

³¹ Ibid., p. 86.

³² Ibid., p. 87.

vertirse en una verdad coherente, racional, justa y deseable para cualquiera. En este sentido, y siguiendo los postulados del Pensamiento Postmoderno o Postestructuralista, la Crítica Legal buscará *deconstruir* el Formalismo Jurídico que es la base del Derecho Moderno y del Derecho Civil. Tal *deconstrucción*, toma características especiales cuando se trata del razonamiento legal y de la autonomía legal.

Continuará así el desarrollo de las tesis originalmente marxistas que niegan la existencia de tal razón legal y la sustituyen por fuerzas deterministas que presentan al Derecho como un reflejo de las fuerzas económicas, es decir, ponen el acento en las fuerzas externas que influyen substantivamente en las decisiones judiciales. Ahora bien, no se tratará en este caso de un Marxismo ortodoxo en el que todo se explica en términos económicos ya que se tomarían en cuenta principalmente los resultados legales en elecciones de índole político y de valores.³³

En el contexto legal anglosajón por ejemplo, la influencia del precedente legal *stare decisis* dentro del razonamiento legal queda desmitificada por la Escuela de Crítica Legal que consigue demostrar que los jueces al momento de resolver sus casos aplican los precedentes según sus preferencias ideológicas o valorativas, sin mencionar que también existen precedentes ambiguos y poco claros.³⁴ De hecho, no existe un caso que pueda ser resuelto sin acudir a los valores y a las elecciones políticas y quizá, así como se recurre a la normatividad positiva para justificar decisiones judiciales cuya respuesta se tiene de antemano,³⁵ del mismo modo el uso de los precedentes puede ser otro recurso para *legitimar* las decisiones de los magistrados frente a lo que no es sino la expresión de sus propias voluntades.

³³ MCCOUBREY, Hilaire y Nigel D. WHITE. *Textbook on Jurisprudence*. Ob. cit., p. 219.

³⁴ KAIRYS, D. (ed.). KAIRYS, D. «*Legal Reasoning*». *The Politics of Law: A Progressive Critique*. Nueva York: Pantheon Books, 1982, pp. 11-17.

³⁵ Este es el argumento esencial del Realismo Jurídico

Por todo ello, el Derecho Formal se convierte así en una mitología que en la realidad carece de existencia.

2. Una visión crítica de la teoría contractual y la deconstrucción de la autonomía individual

Como hemos mencionado reiteradamente, es la figura del contrato la que mejor describe el contexto del Derecho Civil pues se trata de un concepto que reúne todas las características del Derecho Moderno como son la autonomía de la voluntad, el consentimiento y el acuerdo final que, siguiendo la pauta de la racionalidad moderna, buscará producir una ventaja o sumatoria positiva para todas las partes. Asimismo, formarán parte de la Teoría Contractual ciertos principios del Derecho (estándares) que se requieren como fundamento para la eficacia de los mismos como, por ejemplo, la buena fe, la obligación de respetar la palabra empeñada (*pacta sum servanda*) o la proporcionalidad de las obligaciones de las partes.

Por otro lado, no podemos soslayar que eran precisamente las relaciones contractuales las que definían a la Modernidad y las sociedades atomistas, como ya lo mencionaba desde hace muchos años atrás la Sociología. Ferdinand Tönnies sostenía, por ejemplo, que las sociedades modernas eran fruto del contrato mientras que las comunidades antiguas lo eran del status.³⁶ Así pues, si la Modernidad no era otra cosa que la aparición de la autonomía individual y del sujeto de poder, se entendía fácilmente el nexo con el Derecho Civil; esto es, con el Derecho de la ciudad y con las relaciones que nacían dentro del espacio en el que se ligaban a las cosas con las personas. Igualmente, tampoco podía dejarse de lado el hecho de que el contrato era el elemento central del Mercado y la Economía Capitalista ya

³⁶ TÖNNIES, Ferdinand. *Community and Asociation*, Londres : Routledge & Kegan Paul, 1955.

que sus obligaciones emanaban del libre consentimiento, es decir de la elección.

Pero, si bien es cierto que los miembros de los Estudios de Crítica Legal reconocían esta realidad de la Modernidad, discrepaban abiertamente de las bondades y ventajas del nuevo ordenamiento legal. Podíamos ver, por ejemplo, que la imagen del contrato creaba, como se dice, una ilusión de una sociedad bien ordenada, en la cual el Derecho aparecía como un oasis de justicia alejado completamente de la contaminación del poder, de los asuntos turbios de la Política y obviamente de los conflictos de valores y de interés. Es decir, que el contrato nos llevaba a trascender los espacios arbitrarios e inseguros de la Política y la Moral los que podían ser más bien propios de estadios pre-legales o primitivos.³⁷ En este sentido, se entendía que el Derecho Moderno encarnaba a la razón en tanto que el poder representaba lo irracional y lo que se mueve por las emociones, valores o pasiones.³⁸

³⁷ McCoubrey, Hilaire y Nigel White. Ob. cit., p. 227.

Se entiende que el Derecho Moderno y su gobierno de las leyes representa la seguridad frente al desamparo que reina en el mundo que no es gobernado por normas positivas y que puede ser definido como un mundo aun primitivo. Esto se percibe claramente en un texto positivista clásico como *El Concepto del Derecho*, de H. L. A. Hart en el cual se menciona que las obligaciones coercitivas que caracterizan al mundo anterior al Positivismo (llamado por él como el mundo de las reglas primarias) requieren de un nuevo conjunto de reglas (positivas) necesarias para que se asegure el orden y la paz (llamadas por él *reglas secundarias*) y por ende si bien su definición de lo que es el Derecho implica la unión de las reglas primarias con las secundarias en el fondo le da un status especial a las reglas secundarias por emanar de la razón. Véase Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961, 77-96.

³⁸ Por ejemplo el gran teórico liberal Isaiah Berlin, señalaba que la característica de la racionalidad (en este caso presente en el Derecho) estaba emparentada con la Libertad Positiva y podía ser el germen de corrientes intolerantes o paternalistas. Paradójicamente, el Derecho Moderno y su Teoría Contractual pretendería defender lo inverso al paternalismo y a la intolerancia. Citado de Berlin, Isaiah. «*Two Concepts of Liberty*». *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford UP, 1969

Sin embargo, también, las relaciones contractuales hacían parecer inexorable el destino de la humanidad dentro del Capitalismo y el Mercado, al presentar como un hecho consumado a las relaciones sociales bajo los marcos del Contractualismo y la generación de obligaciones no naturales. Se decía entonces que si los contratos representaban una fórmula justa y equitativa para todos, entonces, como los contratos configuraban la base del Mercado, el Mercado produciría resultados justos y que podrían ser universalizados. Los ECL evidentemente afirmarían también que todos estos supuestos serán ideológicos y por eso se encargarán poco a poco de demostrar sus equivocaciones y sus exageraciones citando el concepto de la *reificación* y afirmando que el Derecho Civil no es sino una ficción que carece de las ventajas que sus defensores afirman.

En realidad, la *reificación* estaba asociada a ciertas imágenes de seguridad y control que buscaban todas las personas o grupos dentro del mundo moderno y que podían nacer, por ejemplo, de la idea de que el orden legal proponía un mundo agradable y confiable que alejaba a muchas clases sociales de la alienación de sus experiencias cotidianas. «Así, como el pensamiento legal reprime, también reasegura; este es, por decir, el super ego de la conciencia pública a un nivel de interpretación social».³⁹ Por lo tanto, como añadía también Peter Gabel, uno podía pensar en el Derecho como un medio de control social, de una cerca o barrera que brindaba protección.⁴⁰

Una buena síntesis de los alcances de la crítica de los ECL al Contractualismo podíamos hallarla en un reconocido —y ya citado— artículo de Duncan Kennedy titulado «*Form and Substance in Private Law Adjudication*».⁴¹ Así pues, en lo concerniente a la formación del contrato se percibía mecánicamente que no existía ninguna obligación para ninguna parte a menos que se ofreciese alguna propuesta

³⁹ GABEL, Peter. «*Reification in Legal Reasoning*». Ob. cit., p. 26

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ KENNEDY, Duncan. «*Form and Substance in Private Law Adjudication*». Ob. cit.

y se comunicase la aceptación de tal ofrecimiento (sea una promesa recíproca o una obligación total). Ahora bien, estaba claro también que las partes, antes de la celebración del acuerdo, han venido negociando dentro de ciertos principios que son obligatorios como el estándar de la buena fe. De lo contrario se haría uno acreedor a una sanción por el daño producido al actuarse sin este requisito de la buena fe. No obstante, inmediatamente aparecía una interrogante en el sentido de que no existía un modo claro de determinar en qué momento se violaba o no la barrera de la buena fe.

Esto nos conducía de nuevo a la gran contradicción entre las reglas y los principios (*rules versus standards*) y parecería ser muy convincente el argumento de que no habría manera de superar esta contradicción. Por ejemplo, si hablamos de malicia (que también podría caber en el ámbito del Derecho Penal) tendremos aquí también otra situación ambigua que podría ser usada por cualquiera de las partes en litigio y que sería así difícil de demostrar.⁴² En realidad, la base de la efectividad de los contratos recaía en su fundamento que debía ser altruista para que pudiese tener sentido y realizar sus objetivos de beneficiar a todas las partes por igual. Tales elementos altruistas no eran otros que las doctrinas «del error, fraude, tergiversación, ocultación, persuasión, coacción, abuso o desproporción, buena fe, enriquecimiento injusto, alteración sustancial de las circunstancias, entre otras».⁴³ Sin embargo, estos argumentos inmediatamente se oponían al individualismo subyacente en la Teoría Contractual, sustentada en el principio de la autonomía de la voluntad, la presunción de que las partes son competentes para suscribir cualquier acuerdo y obligarse recíprocamente, y la sujeción estricta a lo acordado que quedaba testificada a través de signos convencionales, que crudamente se remitía al aforismo de *que lo que se expresa en el contrato es la voluntad contractual* (lo que no está en el contrato no está en este

⁴² KELMAN, Mark. «*Interpretative Construction in the Substantive Criminal Law*». *Stanford Law Review*, 33, 1981, p. 599.

⁴³ PÉREZ LLEDÓ, Juan A. *El Movimiento de Critical Legal Studies*. Ob. cit., p. 276.

mundo, recitaba un viejo proverbio del Positivismo Legal que —recuerdo ahora— repetía un antiguo profesor de Derecho Mercantil).

Una vez que teníamos este panorama todo quedaba resuelto aparentemente pues las bases altruistas dentro del Derecho Civil no tenían otro objeto que el de moderar los intereses de las partes y frenar así su racionalidad y voracidad.

No obstante, también estaba claro que las bases altruistas aparecían más bien como excepción antes que como regla y, como señalaba Pérez Llegó, eran defensas de carácter extraordinario que demandaban una demostración especial y una justificación concreta estando basadas en la protección del interés público (*public policy*).⁴⁴

Ahora bien, si los contratos se generaban desde la fuente de la autonomía kantiana, no podíamos pensar en los contextos (que son heterónomos) más que como excepciones, ya que estos (cargados de valores, creencias, costumbres o ideologías) alterarían y distorsionarían la manifestación de la voluntad. Sin embargo, si bien el Derecho Civil dejaba claro que incluía a las excepciones destinadas a la protección de la sociedad en su conjunto, también resultaba evidente que dentro de una economía de mercado las excepciones estaban subordinadas a la decisión de las partes individuales y, por ende, la supuesta armonía entre el Individualismo y el Altruismo más bien tenía que leerse como una subordinación de la sociedad a las voluntades individuales en procura de la eficacia del Mercado.⁴⁵

⁴⁴ Ibid. p. 277.

⁴⁵ Esta sería la línea radical del Liberalismo que podría vincularse por ejemplo al *Law & Economics* o las teorías de académicos como Nozick, Posner, Bork o Epstein y que sin embargo, han venido siendo morigeradas en los últimos años desde perspectivas liberales más afines a la excepcionalidad y a lo social. Dichas corrientes, sin pretender renunciar a la autonomía, precisamente consideran sumamente relevante las obligaciones sociales y también señalan que la mejor manera de proteger la autonomía y el pluralismo es realizando elecciones razonables, siendo buenos ciudadanos y tolerantes frente a otras elecciones razonables. Cfr. al respecto las tesis perfeccionistas del filósofo del Derecho de la Universidad de Oxford Joseph Raz en: RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford

Por cierto, a los defensores del Mercado no les convenía prescindir de las excepciones pues, si todo apareciese como arbitrario o como la mera instrumentalización de la justicia de Trasímaco,⁴⁶ la propia existencia del Mercado estaría *a fortiori* en abierto peligro.⁴⁷ Por lo tanto, la idea central que comenzaba a perfilarse en la Teoría Contractual tenía que ser la del beneficio mutuo y la de la neutralidad de la institución. Los contratos se gestaban, como dijimos, en un espacio alejado de lo social y de lo político, y esto implicaba, por último, que se trataba de una institución justa en la que no intervenían estos elementos distorsionadores. Es más, precisamente la idea de la neutralidad presente en toda la teoría contractual revestía al Derecho Moderno de tales virtudes y esto obviamente hacía del Derecho Civil el aliado más apropiado y seguro del Liberalismo.⁴⁸

UP, 1986 y *Ethics in the Public Domain, Essays on the Morality of Law and Politics*. Oxford: Oxford UP, 1994.

Nosotros mismos hemos escrito reiteradamente sobre la vocación rapaz y egoísta del Mercado. Consultar en este volumen: «¿Por qué la Economía de Mercado es anticonstitucional?» y «¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?».

⁴⁶ Personaje de la *República* de Platón que define la justicia en términos de Poder, «justicia es lo que decide el más fuerte». En: PLATÓN, *La República* Libro I, 338 c. Madrid: Aguilar, 1963, Libro I, 338 c

⁴⁷ «La no aplicabilidad de la letra del contrato sobre la base de consideraciones altruistas, paternalistas, de equidad, etc., puede defenderse no como una interferencia en sí, sino como una promoción de los propios fines de la libre contratación en un sistema de Mercado, entendiendo la idea misma de *libre consentimiento* de forma distinta y más amplia que la típica concepción individualista clásica (la visión *arms length*). PÉREZ LLEDÓ, Juan. Ob. cit., p. 277.

⁴⁸ El Liberalismo, se basa fundamentalmente en el principio de autonomía y para la supervivencia de este principio es necesario el pluralismo. Sin embargo, es necesario advertir que existen dos perspectivas dentro del Liberalismo: una, que radicaliza la autonomía al punto de demandar una estructura neutral frente a los valores, como lo sostendrían Hayek o Nozick y otra no neutral, que podría ser perfeccionista como en el caso de Raz, o republicano, como podría ser para Sandel. Cfr. SANDEL, Michael. *Democracy's Discontent, America in Search of a Public Philosophy*. Cambridge,

Sin embargo, el problema esencial, como afirmaban los teóricos del ECL, era que se creaba una imagen ficticia de la realidad: «[...]la ley contractual sirve a la función ideológica para reforzar la concepción que la ley es neutral, autónoma, que no puede ser desafiada y que es el producto de un análisis razonado».⁴⁹

Prácticamente, se podría decir que se asume la presencia de los contratos como un hecho natural e inexorable al extremo de concebirlos como si hubiesen existido siempre. Pensar lo contrario sería irracional. En esta definición, sin embargo, ciertamente quedaban fuera de la órbita de los contratos cuestiones de justicia social y distributiva que podrían desestabilizar la burbuja sobre la que se construyó la Teoría Contractual.

Así pues, ¿cómo podía entonces hablarse de igualdad entre las partes si en el plano social predominaban siempre las desigualdades y diferencias de poder?, ¿podría decirse, por consiguiente, que el contrato fue y es un instrumento del poder? De estas mismas preguntas por ende, ¿acaso no se podría concluir que la Teoría Contractual solo sirve para legitimar estructuras de desigualdad dentro de la sociedad contemporánea y reforzar así el *status quo*?

La abstracción y la peligrosidad de esta perspectiva se mostraba, por ejemplo, en que absurdamente se podía colocar bajo los mismos principios a los contratos laborales y a la contratación masiva que usa el Mercado con relación a los consumidores. Esto solo era posible si es que se abstraía al Derecho de la Política pero, como no era viable, todo resultaba arbitrario e irreal.⁵⁰

Sí es verdad, no obstante, que algunas de las críticas presentadas por los ECL también podían ser sujetas a la crítica e inclusive llegar hasta ser *desinfladas* por su talante ideológico, (léase Marxismo, Neomarxismo o Postmarxismo) no todo los argumentos contra la

Mass.: Harvard UP, 1997. También del mismo autor *Liberalism and its Critics*. Oxford: Blackwell, 1984.

⁴⁹ McCoubrey, Hilaire y Nigel White. Ob. cit., p. 227.

⁵⁰ Ibid., p. 228

Teoría Contractual podían ser fácilmente respondidos. En este sentido, podríamos dirigirnos todavía hacia otro elemento relativo al interior de la Teoría Contractual; a saber, la concepción de la autonomía y la elección individual que en los últimos años ha sido materia de todo un proceso de *deconstrucción*⁵¹ que implica, por ejemplo, deshacer la relación cartesiana entre sujeto y objeto o entre voluntad y naturaleza. Por eso, aquella famosa imagen del sujeto racional calculador que sabe perfectamente lo que desea o necesita⁵² y que es el fundamento del *Law & Economics* o de la *Public Choice*, resulta poco convincente pues esta posición parte del supuesto —ahora rechazado— de que el sujeto está firmemente asentado en su razón y

⁵¹ Esta es una de las palabras más utilizadas no solo por el Pensamiento Postmoderno sino también por los ECLA. A pesar de lo que se pueda suponer, no es más que un análisis crítico e inteligente de las contradicciones que se encuentran en los conceptos modernos y que tiene por objetivo deslegitimar las certezas y verdades sobre las que se asientan distintas teorías modernas, incluyendo las certezas jurídicas como podrían ser por ejemplo la certeza de la intencionalidad de las partes contratantes o la certeza de la elección racional frente a la elección irracional. En: PÉREZ LLEDÓ, Juan. *El Movimiento de Critical Legal Studies*. Ob. cit., p.183.

⁵² Ciertamente el texto *Leviathan* de Thomas Hobbes es uno de los primeros trabajos que nos conectan con este arquetipo que, sin embargo, ha sido objeto de durísimas críticas en los últimos años, como la que suscitó el caso de la inconsistencia de las preferencias de los consumidores, como menciona por ejemplo el economista y Premio Nobel de Economía Amartya Sen. Véase SEN Amartya. *On Ethics and Economics*. Oxford: Basil Blackwell, 1987. Este demuestra que en la selección de preferencias existen diversos ingredientes que no tienen relación con el bienestar individual exclusivamente, como son las consideraciones de agencia, simpatía o compromiso. Asimismo sostiene que podrían tratarse de juicios éticos. Véase SEN, Amartya. «Rational Fools: A Critique of Behavioral Foundations of Economic Theory». *Philosophy and Public Affairs*, 6, 317, 1977 o NUSBAUMM, Martha. «Flawed Foundations: The Philosophical Critique of (a particular type of) Economics». *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, n.º 4, 1997. Sin mencionar, por último, todo el aspecto de la imposibilidad de tener una completa y fidedigna información (no distorsionada) antes de realizar cualquier elección como lo afirma RAMSEY, Ian (ed.). «Rationales for Intervention in the Consumer Marketplace». *Consumer Protection. Text and Material*. Londres: Weildenfeld and Nicholson, 1984.

su voluntad y que además está en un plano de superioridad frente a los objetos. Precisamente, la *deconstrucción* postmoderna fundamentalmente a través de la obra de Jacques Derrida,⁵³ ha recalcado la relatividad de tal supuesto:

La técnica *deconstruccionista* parte de la identificación de «oposiciones jerárquicas» en el pensamiento, y de subsiguientes «inversiones» provisionales de dichas jerarquías, para investigar qué ocurre cuando el término subordinado pasa a ser el privilegiado, para sin perder nunca de vista que la nueva prioridad puede a su vez ser invertida usando la misma técnica (no se trata de establecer un nuevo punto de partida).⁵⁴

Ciertamente, estas jerarquías emanarán constantemente en todo el pensamiento occidental como puede ser el caso de la primacía que se le dio a la expresión oral frente a la escritura, a la razón sobre el sentimiento, a lo presente sobre lo ausente, a lo expreso frente a lo tácito, o a lo central frente a lo periférico, por citar sólo algunos ejemplos conocidos. Lo que dirá Derrida será que no hay razones que justifiquen la preferencia de un extremo sobre el otro y que el status de privilegio que damos a una parte sobre la otra es mera fantasía.⁵⁵ De manera que, si nosotros privilegiamos a la regla sobre la excepción por qué no suponer lo inverso como razonable, es decir, que la

⁵³ DERRIDA, Jacques. *Of Grammatology*. (De Gramatología) Baltimore: Johns Hopkins UP, 1976 y *Writing and Difference*. (La Escritura y la Diferencia) Londres: Routledge and Kegan Paul, 1978. También, se puede revisar NORRIS, C. *Deconstruction: Theory and Practice*. Londres: Methuen, 1982 y para una idea más general del Postmodernismo y la Deconstrucción, LYOTARD, Jean Francois. *The Postmodern Condition*. Manchester: Manchester UP, 1986; SARUP, Madan *An Introductory Guide to Post - Estructuralism and Postmodernism*. Hertfordshire: Harvester Wheatsheaf, 1993 y de GILLIAN, Rose. *Dialéctica del Nihilismo, la idea de la Ley en el pensamiento postestructuralista*. México: FCE, 1990.

⁵⁴ PÉREZ LLEDÓ, Juan Pérez. *El Movimiento de Critical Legal Studies*. Ob. cit., p. 184.

⁵⁵ *Ibid.*

excepción pueda ubicarse por encima de la regla. En el fondo, Derrida sostendrá que estas elecciones jerárquicas serían siempre arbitrarias, destruyendo el privilegio de las jerarquías construidas a partir del predominio de la Filosofía Moderna y su razón.

Volviendo entonces al plano de la teoría contractual existe un conocido artículo de Teoría Legal que emprendió la tarea de *deconstruirla* usando las herramientas derridianas. Este texto escrito por el profesor Jack Balkin,⁵⁶ es importante entre otras cosas porque propone un método para analizar y *deconstruir* (acabar con las jerarquías) los conceptos jurídicos, y también porque se presenta como una importante herramienta para interpretar de modo distinto el lenguaje jurídico. El profesor Balkin se propone, por ejemplo, evaluar la Teoría de la Intencionalidad⁵⁷ dentro del Derecho de contratos.

Continuando la tradición de la *Metafísica de la Presencia* dentro de la Teoría Contractual se dice que hay siempre una primacía de la manifestación explícita de la voluntad sobre la manifestación implícita y por eso siempre las manifestaciones implícitas (como por ejemplo subir a un taxi) se explican en función a las explícitas (es la conducta la que se toma como signo de la intención).⁵⁸ La Teoría Deconstruccionista, sin embargo, puede perfectamente invertir la jerarquía. Así alguien puede subir a este vehículo sin la intención de pagar y por eso no es razonable suponer que es la intención la que crea la obligación. «Es más, incluso en el caso de las promesas explícitas, podemos dudar de que sea la intención la fuente de su obligatoriedad (si alguien le dice al camarero *prometo pagar mi consumo*,

⁵⁶ BALKIN, Jack. «*Deconstructive Practice and Legal Theory*». *Yale Law Journal*, vol. 96, pp.743-786. 1987». Este artículo se puede hallar también en la red internet en la siguiente dirección: file://A:decprac1.htm

⁵⁷ A través de los argumentos P.S Atiyah, que no es precisamente un *deconstruccionista*.

⁵⁸ Este ejemplo es tomado del texto de PÉREZ LLEDÓ, Juan. Ob. cit., p. 189-190.

pero no tiene intención de pagar, no por ello queda exento de responsabilidad)».⁵⁹

Se dice entonces que el privilegio de la manifestación explícita sobre la implícita se da porque la explícita representa la intención de obligarnos, es decir, la intención concreta y real, ¿pero es esto realmente así? En definitiva, parece que no hay manera de conectar la obligación con la intención sea explícita o implícita y por ende no habría tampoco manera de obligar por ejemplo al contratante fraudulento ya que, como señala Balkin, la presencia de la intención del promitente no crea la obligación moral. Resumiendo, podemos tener aquí dos perspectivas que serían válidas, la primera, la tradicional que privilegia la intención y la otra que podría ser aquella que no considera factible tal relación entre intención y obligación y que más bien se centraría en la promesa implícita que justificaría la obligación en una teoría sustentada en el efecto, vale decir, en el beneficio o enriquecimiento injusto o en la confianza y expectativa justificada del destinatario de la promesa.⁶⁰

3. Conclusión

Si hay alguna conclusión que sacar de esta gira forzada y sin embargo ligera alrededor de los ECL y del Pensamiento Postestructuralista es que la Teoría de los Contratos como ha sido enseñada en los últimos años ya no puede ser la misma. Demasiada agua ha pasado debajo del puente y estas nuevas corrientes han terminado por socavar completamente los antiguos pilares de la Teoría Contractual dentro

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Se puede observar también que cada teoría tiene apoyo en la historia occidental, así la Teoría de la Intención se la puede vincular con el predominio de la perspectiva individualista a partir del siglo XIX, en tanto que la Teoría del Efecto, (léase beneficio/confianza) se sostiene en normas sociales de carácter altruista. Cfr. PÉREZ LLEDÓ, *Ibid.*, p. 191.

del Derecho Civil como la utopía de la sumatoria positiva⁶¹ (que alimentó el apego hacía el Contractualismo por parte de las inmensas masas de trabajadores asalariados a pesar de sufrir ellos directamente los efectos de la subordinación social, moral, política y económica), la supuesta libertad de las partes contratantes, y por último, la autonomía del sujeto o contratante que mediante sus elecciones racionales no solamente contribuirá a su bienestar sino que también servirá con su acción al bienestar de toda la colectividad. Veremos qué nos deparará muy pronto la Teoría Civilista cuando los propios miembros de esta disciplina, vale decir, los civilistas asuman y respondan a las severas y sagaces críticas planteadas.

⁶¹ Fundamento de la Teoría de la Negociación, que nos dice que en un contrato *todos somos ganadores*.

Capítulo 4

¿Justicia Discursiva o el retorno de la Torre de Babel?

1. Introducción

El modo como los hombres modernos entienden el sentido del Derecho y el de la Democracia ha venido transformándose radicalmente en los últimos años. La crítica inicial a la Justicia Formal,¹ (léase Positivismo) como también a la Democracia Representativa, plasmada en los procedimientos que servirían para elegir a nuestros gobernantes gracias al artificio de las elecciones generales,² es tan poderosa

¹ Las críticas al Formalismo Jurídico partieron de la Sociología y se introdujeron en el espacio de la Teoría del Derecho a través del llamado Realismo Jurídico que daría nacimiento posteriormente a las corrientes del Análisis Económico del Derecho y de los Estudios de Crítica Legal. Para conocer los inicios de la crítica al Positivismo en Norteamérica se recomienda el texto de WHITE, Morton. *Social Thought in America, the Revolt against Formalism*. Boston: Beacon Press, 1970. En relación a los Estudios de Crítica Legal véase adicionalmente: MANGABEIRA UNGER, Roberto. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, Mass: Harvard UP, 1986; KELMAN, Mark. *A Guide to Critical Legal Studies*. Cambridge, Mass: Harvard UP, 1990 y KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication*. Cambridge, Mass.: Harvard UP, 1997.

² En realidad, estamos mezclando dos formas de Democracia: la Representativa y la llamada Electoral o Elitista. La primera está más bien vinculada al mundo del Derecho Constitucional y abreva de las tesis de John Locke, como de la de los pa-

actualmente, que el hecho de seguir manteniendo el viejo esquema parece ya una tozudez digna de un calvinista o una temeridad más propia de un inconsciente. Y si bien es verdad que el espíritu calvinista y el temerario nos rodean por todos lados, es también cierto que hay una importante cantidad de académicos y de políticos y juristas que han notado las debilidades de estas propuestas, planteando una alternativa capaz de superar los inconvenientes y las debilidades del Formalismo —tanto en el orden jurídico como en el político—. De esta manera se han podido mantener firmes los postulados del Estado Moderno y del Derecho que postulan la unidad entre la autonomía individual y la vida social o en común.

Las diversas corrientes de la Modernidad tomaron rutas distintas para lograr este objetivo esencial. Sin embargo, todas podían presumir que las vías planteadas aspiraban a que los individuos, utilizando su razón instrumental,³ pudieran realizar sus planes de vida libremente y sin causar conflictos; lo cual, en última instancia, era un medio para alcanzar la seguridad y la paz social. Todas estas corrientes afirmaban que la aparición del concepto de autonomía reduciría los conflictos ya

dres fundadores de los Estados Unidos y los enemigos del *Ancien Régime* en Francia. La otra propuesta está más bien cercana a la *Nueva Democracia* planteada por el economista y teórico político austríaco Joseph Schumpeter, quien en su *Capitalismo, Socialismo y Democracia*. Madrid: Orbis, 1983 establece que la Democracia no es sino el método que sirve para escoger a nuestros gobernantes en una suerte de competencia en la cual todos tenemos la posibilidad de postular. De esta definición se podrá extraer esa conocida analogía entre la Política y el Mercado y así podremos decir que los electores no son sino consumidores que buscan el producto (candidato) más adecuado para sus fines dentro de un espacio abierto (Mercado).

³ La razón instrumental es lo que caracteriza a la voluntad de poder que nace con el sujeto moderno (autónomo) y justamente este sujeto es autónomo en la medida que él es su propia ley y él establece su propio camino. Entonces, como consecuencia de esta libertad de elección que posee, el individuo buscará así los medios más adecuados para conseguir sus fines. Esto se aprecia en la naturaleza calculadora que portará este sujeto moderno a la cual se conocerá como *racionalidad instrumental*. Ver HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Harmondsworth, Middlesex: Penguin, 1985, parte 1.^a, cap. V.

que hasta antes de su irrupción existían sistemas políticos y jurídicos arbitrarios y abusivos que, por estar basados en la coerción, (léase poder) incrementaban la violencia y las contradicciones.⁴

Las ideas que acabamos de describir corresponden al arquetipo burgués, caracterizado por su pavor ante la muerte y el dolor —dejando de lado el arcaico temor a Dios⁵—, cuyo combustible no puede ser otro que el hambre por consumir⁶ buscando así la felicidad y el placer.⁷ Sin duda, para lograr todos estos objetivos, dicho sujeto requería de la máxima libertad posible y de la neutralidad frente a los fines que permitirían escoger sus valores —para que estos no fueran impuestos ni por la Sociedad ni por el Estado— pudiendo así vivir plenamente su esencia humana⁸ y ser dignos.

⁴ Pensamos en los argumentos de los filósofos modernos que rechazaban tanto la noción de *naturaleza* como la de *revelación* pues consideraban que estas verdades objetivas encubrían en realidad cosmovisiones subjetivas que, constituyendo una suerte de *falsa conciencia*, servían para legitimar formas de dominación y de arbitrariedades, las mismas que generaban conflictos. Un ejemplo son las guerras religiosas emprendidas por los cruzados o las guerras entre católicos y protestantes durante los siglos XVI y XVII. Véase MANENT, Pierre. *An Intellectual History of Liberalism*, cap. 1 Princeton, Nueva Jersey: Princeton UP, 1995, pp. 3-9.

⁵ HOBBS, Thomas. *Leviathan*. «The Passions that encline men to Peace, are Fear of Death». Ob. cit., parte 1, caps. XII, XIII, XVII, p. 188

⁶ Como sería el caso de LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el gobierno Civil*. Madrid: Alianza, 1990, cap. V, pp. 55-75. En cuanto a la descripción del hombre lockeano como un hombre impulsado por el hambre, véase: MANENT, Pierre. *An Intellectual History of Liberalism*, Ibid., p. 45.

⁷ BENTHAM, J. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Nueva York, 1948.

Hoy quizá por la devaluación de la moral utilitarista hablaríamos más bien de confort a secas.

⁸ Extrañamente son pocos los textos modernos que se han preguntado por lo que significa el hombre, pues de alguna manera esta pregunta lleva consigo la inquietud por el sentido que se puede hallar inclusive en *el propio término naturaleza*. Como los modernos entienden que *la naturaleza es impersonal* mal podría preguntarse por

Sin embargo, si tanto estos propósitos como el medio para conseguirlos (la razón) eran alabados desde el siglo XVIII en adelante, los escasos logros conseguidos por este tipo de racionalidad a lo largo de estos años y las instituciones que ella constituyó han obligado a los herederos de la Modernidad a replantear sus estrategias; vale decir, que manteniendo los objetivos antes expresados, empezaron a diseñar nuevos mecanismos que pudiesen ser capaces de salvar el Proyecto Moderno.⁹ En este sentido, hacen su aparición dos filósofos que empezarán a trabajar dentro de una suerte de nueva racionalidad¹⁰ que supuestamente estaría emparentada con la racionalidad práctica de los antiguos, teniendo como base también a la dialéctica. De este modo, gracias a la obra de Chaim Perelman y Jürgen Habermas,¹¹ se

la naturaleza del hombre o el sentido objetivo del hombre. Si existen realmente sentidos, estos solo pueden ser subjetivos.

Para una respuesta a esta interrogante sobre el sentido objetivo del hombre se recomienda de MANENT, Pierre. *The City of Man*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton UP, 1998 y de GAUCHET, Marcel. *The Disenchantment of the World: A Political History of Religion*. Princeton, NJ: Princeton UP, 1998.

⁹ La mejor definición del propósito de este proyecto y lo que implica aún sigue siendo el ensayo de KANT, Immanuel. «¿Qué cosa es la Ilustración?». *Filosofía de la Historia*. México: FCE, 1979.

¹⁰ Se denominará a esta nueva racionalidad la *racionalidad comunicativa o discursiva*.

¹¹ Se puede ver la obra de PERELMAN, Chaim y L. OLBRECHTS - Tyteca, *La Nouvelle Rhétoric. Traité de l'argumentation*. Paris, 1958. 2.^a ed., Bruselas, 1970. En español, *Tratado de la argumentación. La Nueva Retórica*. Madrid: Gredos, 1989; Asimismo, *Lógica Jurídica y Nueva Retórica*. Madrid: Editorial Civitas, 1980; *El Imperio retórico, retórica y argumentación*. Santa Fe de Bogotá: Norma, 1997.

En cuanto a Jürgen Habermas, se puede consultar, HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, 2 Vols. Buenos Aires: Taurus, 1989; *Teoría y Praxis*. Tecnos: Madrid:1987; *The Philosophical Discourse of Modernity*. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1989; *Conciencia moral y acción comunicativa*. Barcelona: Planeta, 1994; *Between Facts and Norms*. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1998.

Es menester indicar que en realidad quien está más cerca de la razón práctica aristotélica es Perelman pues Habermas, si bien apela a un razón comunicativa, se

estaría proponiendo el antídoto pertinente para poder superar el problema del poder y de la arbitrariedad que necesariamente se generaría con los postulados formalistas tradicionales (que implicarían, por ejemplo, en el campo del Derecho, el soslayar a las personas del poder de solucionar sus desacuerdos sometiendo al mandato de la ley y acatar un fallo que en la mayoría de casos sería contrario a sus intereses precisamente por ser actores pasivos) y en el caso político, los problemas que surgirían por las limitaciones propias del sistema representativo que aislaba también al ciudadano común y corriente de la decisión política y más específicamente de la creación de la ley.

Por lo tanto, si queremos reivindicar la legitimidad práctica de los modernos sistemas políticos y de justicia, necesitamos dotar al abstracto Formalismo —que como vimos estaba asociado a las viejas prácticas modernas— de elementos concretos y particulares que vuelvan a conectar al hombre con la ley y con el Gobierno. La mejor manera que se ha hallado es la fórmula de la eficacia legal y política del discurso directo que nos conduciría hacia la superación de la dictadura de la Ley Positiva y propondría un espacio nuevo para la argumentación y la racionalidad de las decisiones de Derecho al tiempo de borrar también la figura del poder político creador de un sistema de mando y obediencia que se alejaba de ese famoso *reino de los fines* propuesto por uno de los forjadores del Liberalismo y la Modernidad como lo fue Kant.

Así pues, en este ensayo trataremos de presentar las bases de la racionalidad discursiva a través del pensamiento de Perelman y Habermas, observaremos el modo como aparece enlazado al Derecho y la Política en un intento por corregir los defectos del Positivismo y expondremos también la manera como se viene expandiendo desde

ubica dentro de un marco universal que se sostiene en una razón teórica al estilo kantiano. Así pues : «Habermas y sus seguidores acusaban al Neo-Aristotelismo, con sus nociones de *ethos* y *phronesis*, de hacer dependiente a la moral de las contingencias de la vida social, y por ende, de renunciar a la tarea de la moral que es la de implementar principios morales como los kantianos». BEINER, Ronald. *Philosophy in a Time of Lost Spirit*, Toronto: Toronto UP, 1997, p. 83

distintas perspectivas. Pondremos también especial énfasis en las ventajas de este modelo con respecto al Formalismo aunque, a nuestro modo de ver, no logrará tampoco salvar el proyecto del Derecho y la Política Moderna que quedará condenado por su propia incapacidad para resolver los problemas que supuestamente debía superar.

2. La nueva retórica de Chaim Perelman

Nacido en Varsovia pero educado en Bélgica y profesor por muchos años en la Universidad de Bruselas, Chaim Perelman ha sido uno de los principales académicos abocados en recuperar los aspectos argumentativos perdidos por el Positivismo Jurídico. Haciendo inicialmente una investigación sobre el análisis lógico de los juicios de valor concluyó que estos no pueden basarse en observaciones empíricas (Naturalismo) ni tampoco en cualquier tipo de intuición y, por ende, todos los principios elementales de cualquier sistema normativo serán arbitrarios.¹² No obstante, tratando también de superar las comprobaciones empíricas y la deducción lógica empezará desde los años cincuenta a elaborar una teoría de la argumentación y de la fundamentación racional¹³ que puedan sustentar afirmaciones o negaciones valorativas. Dicha teoría escrita con L. Olbrechts-Tyteca en 1958, titulada *La Nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation (La nueva retórica. Tratado de la argumentación)* busca recuperar la antigua retórica utilizada por Aristóteles, Cicerón y Quintiliano para darle empero un sentido lógico-sistémico. Este no era, sin embargo, solamente un intento por revivir a Aristóteles sino de ir más allá, de acuerdo con los nuevos conflictos y desafíos. Su filosofía se dirigió en principio contra:

¹² ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 156.

¹³ *Ibid.*, p. 157.

- la creencia en verdades absolutas o dogmas que eran usados tanto por ideólogos de izquierda como de derecha.
- el relativismo moderno en teorías de política, valores, derecho y moralidad, descartando varios tipos de Positivismo y Pragmatismo (por ejemplo, cuando los juicios de valor deben ser arbitrarios, porque escapan la evaluación científica).¹⁴

Así pues, desde un inicio Perelman se oponía a la crítica que nos conducía al relativismo, pero no aceptaba tampoco que la lógica formal se usase para fines dogmáticos y por eso dejaba en claro la gran distinción entre lo *racional* y lo *razonable* con lo que comenzaba a diferenciarse de Descartes que consideraba que en un conflicto entre dos personas había siempre una parte que estaba correcta y otra que estaba equivocada. Perelman sugería, más bien, la posibilidad de que, en realidad, ambas partes podían tener la razón y que esto podía demostrarse a través de un proceso de deliberación y argumentación.¹⁵

Evidentemente, la idea del diálogo podía convertirse en la gran herramienta que superase las conclusiones naturales que sucedían a un conflicto y que arrojaban resultados llamados de sumatoria cero (término prestado de la economía); es decir, un ganador y un perdedor. La inclusión de la categoría de *razonabilidad* completaba las limitaciones de la lógica formal que era puramente racional¹⁶ y esto

¹⁴ MANELI, Mieczyslaw. *Perelman's New Rhetoric and Philosophy and Methodology for the next Century*. Dordrecht: Kluwer Academic, 1994, p. 111.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Así pues, Perelman planteaba una clara distinción entre una argumentación y una demostración formal:

«En primer lugar, el hecho de que en una demostración los signos utilizados deben estar desprovistos de toda ambigüedad, contrario a lo que sucede en la argumentación que se desarrolla en una lengua natural en la que la ambigüedad no está excluida por anticipado. En segundo lugar, porque la demostración correcta es una demostración conforme a reglas que son hechas explícitas en los sistemas formalizados. También —y es en este punto en el que insistiremos— porque el *status* de los axiomas, de los principios de los que se parte, es diferente en la demostración y en la argumentación.

abría nuevas oportunidades para trascender las evidentes limitaciones de las sumatorias ceros en el campo del Derecho. Se podría decir que lo que buscaba Perelman era la posibilidad de complementar la lógica formal, mas no sustituirla.¹⁷ En ese sentido:

[...] la diferencia entre el razonamiento Perelmaniano y el de sus predecesores, especialmente los positivistas y los pragmatistas, descansa en una extensiva noción de pluralismo y diálogo. El diálogo, en su filosofía, deviene no solamente un mero intercambio de ideas, sino una categoría social que faculta a una inacabable competición de argumentos que servirán para establecer la mejor solución en una situación y en un punto de tiempo determinado.¹⁸

Perelman consideraba, por lo tanto, que las controversias referentes a los valores no podían ser resueltas de modo apremiante por las disciplinas formales y requería de una racionalidad que pudiese ser adaptada a los razonamientos prácticos.¹⁹ Ahora bien, una discusión basada en argumentaciones razonables por parte de cada una de las partes —pues las buenas razones pueden darse en un sentido y en otro— podía tornar a estas discusiones en inconmensurables. «Por eso se trataba de establecer un modelo reglamentado de discusión, en el cual los argumentos pudiesen ser intercambiados de modo no apremiante (no se trata de demostraciones formales) y que debía de acabar en un lapso de tiempo determinado».²⁰

En una demostración matemática, los axiomas no están en discusión; sea que los consideremos como evidentes, como verdaderos, o como simples hipótesis, casi no nos preocupamos de saber si son o no aceptados por el auditorio». PERELMAN, Chaim. *El Imperio Retórico*. Ob. cit., p. 29.

¹⁷ ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 158.

¹⁸ MANELI, Mieczyslaw. Ob. cit., p. 112.

¹⁹ HAARSCHER, Guy. «*La Justice Perelmanienne, le droits de l'homme et le dialogue*». *Perelman's New Rhetoric*. Ob. cit., p. 21.

²⁰ *Ibíd.*

La discusión que le interesaba a Perelman, no era exactamente la discusión entre litigantes o entre el abogado y su cliente sino la que planteaban los postulados de Aristóteles en la Retórica, entre un auditorio y un orador.²¹ Por eso, uno de los conceptos básicos en su tesis era el concepto del *auditorio*,²² el lugar por excelencia de la argumentación, en la medida que esta no pretendía deducir las consecuencias de ciertas premisas «sino producir o acrecentar la adhesión de un auditorio a las tesis que presentan a su asentimiento».²³ Ahora bien, para conseguir la adhesión del auditorio todo orador debería ser capaz de asimilar su discurso al pensamiento del auditorio²⁴ ya que una misma afirmación podía ser entendida de una manera por un auditorio y de otra manera opuesta por un auditorio diferente. Como la argumentación pretendía una influencia directa en el auditorio, el que podría modificar sus opiniones si es que era convencido por el orador, era entonces requisito importante que el último tuviese cierto prestigio frente a los oyentes y pudiese expresarse en el momento adecuado.²⁵ Al respecto, Perelman mismo se preguntaba:

¿en qué consiste esta adaptación, que es una exigencia específica de la argumentación? Esencialmente en que el orador no puede escoger como punto de partida de su razonamiento sino tesis admitidas por aquellos a quienes se dirige.

En efecto, el fin de la argumentación no es como el de la demostración, el probar la verdad de la conclusión partiendo de la verdad de la premisa, sino transferir a las conclusiones la adhesión concedida a las premisas. Si no quiere correr el riesgo de fracasar en su misión, el ora-

²¹ PERELMAN, Chaim y L. OLBRECHTS-TYTECA. *La Nouvelle Rhétoric. Traité de l'argumentation* Bruselas: Editions de l'Institut de Sociologie, 1970, pp. 40-46.

²² De hecho, el auditorio universal sirve para diferenciar la argumentación de la demostración, esto es, de la demostración lógica.

²³ PERELMAN, Chaim. *El Imperio Retórico*. Ob. cit., p. 29.

²⁴ PERELMAN, Chaim. *Ibíd.*, p. 43; ALEXU, Robert. Ob. cit., p. 158.

²⁵ PERELMAN, Chaim. Ob. cit., p. 31.

dor no deberá partir nunca sino de premisas que gocen del beneficio de una adhesión suficiente.²⁶

Para hacer esto había que distinguir entre argumentos referidos a lo real, como los hechos, las verdades, las presunciones y los argumentos que se refieren a lo preferible, los valores, las jerarquías, y los lugares comunes.²⁷ Dichos hechos y verdades aparecen como elementos objetivos reconocidos por todos y en ese sentido no habría obligación de reforzar la adhesión del público.²⁸

En cuanto a las presunciones, si bien éstas no se presentaban como fijas si eran capaces de brindar información suficiente para un juicio razonable ya que en una presunción hay una sensación de continuidad y de normalidad. Por ejemplo, como citaba Perelman, podíamos tener como presunciones «la presunción de que la calidad de un acto manifiesta la calidad de la persona que lo realiza; la presunción de la credulidad que hace que nuestro primer movimiento sea el de acoger como verdadero lo que se nos dice; la presunción de interés, según la cual concluimos que todo enunciado que se nos comunica presumiblemente nos interesa; la presunción referente al carácter sensato de toda acción humana».²⁹ Sin embargo, no había que soslayar que una presunción, o lo que es lo mismo, una noción de normalidad, podía cambiar de acuerdo al contexto y finalmente a lo que se entendiera por normalidad de lo cual las partes podían sacar distintos provechos según su conveniencia.

Antes de ver cual era el significado de los valores, la jerarquía y los lugares comunes, había que hacer una mención a las cualidades

²⁶ *Ibíd.*, p. 43.

²⁷ Este concepto de *lugar (topoi)* pertenece a la *Retórica* de Aristóteles. Los lugares comunes vendrían a ser afirmaciones generales que se refieren a lo que se presume es de más valor en un lugar, mientras que los lugares específicos se refieren a lo que se prefiere en dominios particulares. *Ibíd.*, p. 53.

²⁸ *Ibíd.*, pp. 45-46.

²⁹ *Ibíd.*, p. 47.

del auditorio. El auditorio que manejaba Perelman era fundamentalmente un auditorio universal que solo podría ser persuadido por argumentos racionales.³⁰ Sin embargo, si bien él tomaba como fundamental la universalidad del auditorio, en realidad el auditorio era universal solo para quien lo reconociera como tal, ya que si alguien no le reconocía tal característica, aparecía como un particular y, como decía un crítico de Perelman, esto reducía el papel normativo de su tesis pues dicho papel era solo una norma para quien lo aceptaba como norma.³¹

Ahora bien, junto con este mismo concepto de la universalidad del auditorio aparecían también dos distinciones importantes que se planteaban entre el persuadir (*persuadre*) y el de convencer (*convaincre*), o lo que es lo mismo, entre la eficacia y la validez.³² Así pues, «los argumentos que encuentran el acuerdo en el auditorio universal son válidos, mientras que los que solo son aceptados por el auditorio particular son eficaces»,³³ ya que quien solo pretende impactar al auditorio particular buscará únicamente persuadir, en tanto que el que se dirige al auditorio universal, perseguirá siempre convencer.³⁴ Sin embargo, es pertinente mencionar que muchas veces resultaba difícil el trazar una separación tajante entre la eficacia y la validez.

Normalmente, aquellas premisas que se referían a lo real podían pretender una validez de orden universal. En cambio los valores, las jerarquías y los lugares (*topos*) solo podían hallar un consenso en un auditorio particular.³⁵ Esta posición, sin embargo, sería de alguna ma-

³⁰ PERELMAN, Chaim y L. OLBRECHTS – TYTECA. *La Nouvelle Rhétorique*, p.87.

³¹ ALEXY, Robert. Ob. cit., p.162.

³² *Ibíd.*, p.164.

³³ PERELMAN, Chaim. *La Nouvelle Rhétorique*. Ob. cit., p. 613-4.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ ALEXY, Robert. Ob. cit., p.165.

nera modificada en sus trabajos posteriores, donde reconocía que algunos juicios de valor podían llegar a conformar a un auditorio universal:

Los juicios de valor en la medida que son controvertidos, han sido considerados por los filósofos positivistas como desprovistos de toda objetividad, contrariamente a los juicios de la realidad sobre los cuales, gracias a la experiencia y a la verificación, el acuerdo de todos sería posible. Al contrario, los juicios de valor no servirán de centro de unificación sino de grupos particulares; por esta razón difícilmente se podrá argüir, sin petición de principio, sobre la objetividad de los valores. Pero, ¿existen valores universales admitidos por todos, tales como: lo verdadero, el bien, lo bello, lo justo? ¿En este caso no habría una contradicción con lo anteriormente dicho, puesto que estos valores son objeto de un acuerdo del auditorio universal? De hecho, estos valores son objeto de un acuerdo universal en la medida en que permanecen indeterminados desde el momento en que uno trata de precisarlos, aplicándolos a una situación, o a una acción concreta, los desacuerdos y las oposiciones de grupos particulares no tardan en manifestarse.³⁶

En este sentido, la fuerza de los valores universales radica en que juegan un papel importante en la argumentación al ser útiles para la presentación de los valores particulares y de hecho todo acuerdo particular buscará siempre universalizar sus conclusiones.³⁷ En cuanto a los valores en sí, habría que mencionar que estos podían ser valores abstractos y también valores concretos. Sin embargo, siempre latía la posibilidad de un enfrentamiento entre ellos y cabe mencionar que esta relación podía variar pues mientras que para los filósofos clásicos los valores concretos (como la amistad) debían subordinarse a los valores abstractos, (la verdad por ejemplo) para los filósofos modernos como Montaigne o Erasmo los valores concretos estaban por encima de los abstractos.

Sin embargo, como el mismo Perelman agregaba, la argumentación tenía que contar con jerarquías tanto concretas como abstractas,

³⁶ PERELMAN, Chaim. *El Imperio Retórico*. Ob. cit., p. 49.

³⁷ *Ibíd.*, p. 50.

y homogéneas como heterogéneas.³⁸ Esto significaba que lo que él buscaba no era optar por unas u otras sino conseguir una suerte de síntesis. Aquí quizá gravitaba uno de los grandes aportes de Perelman pues normalmente se descartaba los valores en función de que no podían ser objetos de certezas precisamente por la pluralidad de los mismos y también por lo inútil e inconmensurable del debate entre quienes planeaban su jerarquía absoluta de una u otra manera. Este era el caso de aquellos que pensaban que la justicia debía ser superior a lo útil o viceversa. Teniendo en cuenta este escenario, el Derecho Moderno y más específicamente la lógica jurídica, habían dejado de lado cualquier discusión axiológica que nos llevaría siempre a un fin subjetivo que haría del Derecho un acto de arbitrariedad.

Así pues, según la lógica jurídica, los valores no respondían a la verdad o a lo real y eran solo apariencia, ilusión u error. Aún más, llevaban siempre el estigma del conflicto que surgiría entre ellos. Mas, ¿era cierto el hecho de que en un conflicto de valores la parte derrotada perdería su valor? Evidentemente no, pues el valor seguiría siendo el mismo (inclusive podría reforzar su estima) y por ende no sería adecuado a ojos de Perelman el colocar como perdedor a aquella parte que no logró persuadir al auditorio.

Continuando con la presentación de la tesis de Perelman, aún no hemos dicho nada sobre la manera en la que el auditorio —sea universal o particular— generaba criterios de validez. Al respecto, habría que indicar que quien se convertía en el orador debería de dejar de lado las afirmaciones que él mismo no creía o aceptaba pues él también formaba parte del auditorio. Aquí debía imperar siempre la seriedad y la franqueza.³⁹

Quien actúa con parcialidad, supuesto que sea sincero, convence sólo a aquellos entre los cuales él se encuentra. Quien quiere convencer a todos, debe ser imparcial. Esto presupone que él presenta también los

³⁸ *Ibíd.*, p. 52.

³⁹ ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p.168.

respectivos contraargumentos. La regla que rige es: *Auditur et altera pars*. A este principio de imparcialidad referido al orador le corresponde de la exigencia, referida a las discusiones, de que todo hablante tenga derecho a introducir cualquier argumento.⁴⁰

Asimismo, el concepto de auditorio universal nos llevaba también a la idea de que quien deseaba convencer tendría que generalizar sus opiniones para que pudiesen ser aceptadas por cualquiera.

Toda argumentación estará dada desde un principio en función a lo que el propio auditorio posea, sea un auditorio particular o universal. Esto significa que el auditorio no estará *flotando en el aire* sino que tendrá que tener un contexto histórico y social.⁴¹ Pero este punto puede ser harto preocupante si es que deseamos construir un consenso o un acuerdo. ¿Podremos hallar así una respuesta correcta que sea universal? se preguntan con razón algunos de sus críticos.⁴² Sin embargo, la argumentación racional de Perelman puede recuperar su fuerza si es que pensamos en el concepto de *inercia (inertia)*. Tal principio se sustenta en el hecho de que si una idea es aceptada una vez, esta no podrá ser rechazada a menos que exista un motivo claro para ello.⁴³ Esto se convierte así en un soporte a la Jurisprudencia y la Ética Moderna pero esto no significa que todo aquello que ya es, deba seguir siendo⁴⁴ sino que solo aquel que duda o critica debe de dar las razones por las cuales hace esto. Así pues, «con ello queda notablemente limitado el campo de la exigencia de justificación. No es necesario justificarlo todo sino sólo aquello en lo que se duda con razones».⁴⁵

⁴⁰ Ibíd., p. 169.

⁴¹ Ibíd. Después veremos cómo este ingrediente histórico - social niega la universalidad que pretende afirmar la tesis de Perelman.

⁴² Ibíd., p. 171.

⁴³ PERELMAN, Chaim. *La Nouvelle Rhétorique*, p. 144.

⁴⁴ Lo cual le da al Derecho un tinte de conservadurismo.

⁴⁵ ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 171.

Sin dudas, esta tesis que Perelman llamó retórica o argumentativa, ha sido vista como un importante intento para elaborar una teoría razonable de la interpretación del Derecho que permita así superar las contradicciones dogmáticas de las tesis subjetivistas (o relativistas) y objetivistas de las teorías de la interpretación jurídica. Por eso se puede extraer de todo lo dicho, que la apuesta de Perelman es por la elaboración de una teoría racional y razonable de los derechos humanos y la interpretación del Derecho, sin tener que referirse al *derecho natural*, los dictados de la razón o los *derechos divinos*. Por ende, «la propuesta perelmaniana presenta argumentos razonables en favor de distintos valores sociales basados en la experiencia histórica de la humanidad, sin dejar estas reflexiones al dominio de lo arbitrario y los juicios casi *a priori* de los teólogos, de los dogmáticos *et tutti quant*». ⁴⁶

Habiendo finalizado la presentación de la naturaleza del pensamiento perelmaniano terminaremos con la segunda tesis discursiva —la de Jürgen Habermas y sus seguidores— y analizaremos desde nuestro punto de vista cuáles son los principales problemas y limitaciones que se presentan en las tesis discursivas tanto en el plano jurídico como en el político.

3. El diálogo en el terreno político: La democracia discursiva

Dentro de la misma línea planteada por Perelman y su intento de hacer razonables los resultados del Derecho Moderno y de superar gracias a la argumentación el dogmatismo de la Lógica Jurídica (racional) y el Positivismo, en el terreno político también se ha producido un interesante desarrollo teórico. Dicho desarrollo, como mencionamos en la introducción, podría originarse en la obra de Jürgen Habermas y ha tenido una importante secuela en el ámbito académico anglosajón, haciendo ya muy visible el tema de la Democracia

⁴⁶ MANELI, Mieczyslaw. Ob. cit., p. 113.

Discursiva o *Dialogante*⁴⁷ y sus explícitas ventajas en relación a los otros modelos de Democracia.⁴⁸

En este sentido, es de destacar que este proyecto de Democracia Discursiva apelaría aun a los valores del mundo moderno, lo que en el plano de la moral deberían leerse como una propuesta de principios universales dirigidos a configurar un sistema de valores homogéneos ya que nos referimos a sujetos racionales y libres, y por ende iguales.⁴⁹ Sin embargo, sabemos también que el desarrollo de las teorías basadas en principios de racionalidad instrumental no han llegado a producir sociedades igualitarias y que satisfagan el principio de la dignidad debido a que esta racionalidad está ligada, por un lado, al cálculo individual y al poder, que no son los más indicados para construir un sistema moral, y por el otro, a la razón teórica y no a la práctica. Más bien, es la llamada *razonabilidad* la que puede adecuarse mejor a la razón práctica, lo cual además implicará despojarla de ese matiz egoísta que le hace difícil moverse en el terreno público y moral y también le da un talante menos absolutista o dogmático.

Así pues, Jürgen Habermas y sus seguidores desearon de alguna manera mantener hasta donde fuera posible la fórmula de la razón práctica (que en el terreno moral nos preguntaría por ejemplo ¿cómo debemos comportarnos si queremos ser buenos ciudadanos?) pero

⁴⁷ Pensamos en trabajos como los de FISHKIN, James. *Democracy and Deliberation*. Nueva Haven: Yale UP, 1991; BENHABIB, Seyla. *Democracy and Difference, Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton University Press, 1996; GUTMANN, Amy y DENNIS THOMPSON. *Democracy and Disagreement*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1996; SANTIAGO NINO, Carlos. *La constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

⁴⁸ Sobre los modelos de Democracia, ver de HELD, David. *Models of Democracy*. Stanford, CA: Stanford UP, 1987. Estos modelos serían el de la Democracia Representativa, el modelo de la Democracia Elitista, el modelo de la Democracia Sustantiva y, en la actualidad, el modelo de Democracia Deliberativa.

⁴⁹ Al respecto, véase de RAWLS, John. *La Teoría de la Justicia*. Oxford: Oxford UP, 1971.

despojándola de su contenido comunitario o teleológico,⁵⁰ pudiendo así unirla al concepto de *autonomía individual* y llamando a este ejercicio teórico como razón comunicativa,⁵¹ es decir, la razón moderna que evitará rozarse con el poder y con la fuerza y que resolverá las contradicciones entre la libertad y la igualdad. A este respecto Habermas menciona lo siguiente:

La razón comunicativa difiere de la razón práctica primero y ante todo en que ya no se adscribe al actor individual o a un macrosujeto a nivel del Estado o de toda la sociedad. En vez de esto, lo que hace posible la razón comunicativa es el medio lingüístico a través del cual las interacciones son hiladas juntas y se estructuran las formas de vida. Esta racionalidad se inscribe en el telos lingüístico del entendimiento mutuo y forma un ensamblaje de condiciones que faculta y limita al mismo tiempo. Quienquiera que haga uso de un lenguaje natural para comprenderse con un destinatario en el mundo es requerido para tomar una aptitud y obligarse ella misma hacia ciertas presuposiciones. Al buscarse alcanzar un entendimiento, los usuarios del lenguaje natural deben asumir, entre otras cosas, que los participantes persigan sus metas discursivas sin reservas, que ellos atañan sus acuerdos al reconocimiento intersubjetivo de demandas criticables de validez, y que están listos para emprender las obligaciones resultantes del consenso y relevantes para las siguientes interacciones.⁵²

Así pues, estaba claro que para Habermas la razón comunicativa no era una fuente inmediata de prescripciones. Ya que esta tenía un contenido normativo solamente en tanto los individuos comunicantes debían obligarse a presuposiciones pragmáticas de una clase crítica,⁵³ la razón comunicativa buscará entonces una validez sin tener en cuenta elementos sustantivos que orienten directamente conductas prácticas y, en todo caso, las obligaciones que nazcan dependerán y valdrán en

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Ob. cit., p. 3.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² *Ibíd.*, p. 4.

⁵³ *Ibíd.*

función a que hayan sido originadas mediante este proceso abierto (público) de deliberación.

Yendo ya a un terreno práctico y hablando sobre el Sistema Democrático, la Ética Discursiva pondría sus cimientos en el proceso de gestación de la opinión pública y la formación de la voluntad pero sin menospreciar el papel de la Constitución que se convierte en una respuesta consistente con las demandas de configuración de la opinión pública y la voluntad individual, es decir, que sirve para institucionalizar tales demandas.⁵⁴ Se podría decir, inclusive que la Democracia Deliberativa descansaría —según Habermas— más que en una ciudadanía muy activa, en la institucionalización de los procedimientos y las condiciones de la comunicación,⁵⁵ como lo veremos luego.

Por eso, esta teoría del discurso fluye dentro de las relaciones intersubjetivas y tiene como escenario el cuerpo parlamentario y las redes sociales informales que se dan dentro de la Sociedad Civil. De modo que «la formación informal de la opinión pública genera *influencias*, las cuales son transformadas en *poder comunicativo* a través de los canales de las elecciones políticas; y el poder comunicativo, a su vez, es transformado en “*poder administrativo*” por medio de la legislación».⁵⁶ Finalmente también la Democracia Discursiva —basada como vimos en la razón *dialogante*— puede actuar como medio de racionalización de las decisiones administrativas.⁵⁷ Como sabemos, la administración por su propia naturaleza tiende a la burocratización y también al decisionismo. En este sentido, el discurso impone condiciones que pueden servir para evitar el anquilosamiento y las decisiones arbitrarias, fruto justamente de las características inherentes a su función. La opinión pública no puede gobernar

⁵⁴ Véase BENHABIB, Seyla. *Democracy and Difference*. HABERMAS, Jürgen. «*Three Normative Models of Democracy*». Ob. cit. p. 27.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 28.

⁵⁷ *Ibíd.*

directamente pero si podría orientar las direcciones que tomaría el poder de la administración pública.⁵⁸ Así pues:

Habermas sostiene que el discurso práctico está constituido por interacciones comunicativas a través de las cuales los participantes coordinan sus comportamientos argumentando a favor o en contra de diferentes reclamos de validez con la finalidad de obtener un cierto consenso acerca de ellos. El principio que opera como puente no es un mero requerimiento gramatical o una demanda de consistencia sino que involucra una demanda de imparcialidad. Este estipula que una norma moral es válida siempre que gane la aceptación de las personas. Habermas sostiene que cuando argumentamos para convencer a otros, necesariamente presuponemos el principio de universalización entendido como imparcialidad.⁵⁹

El diálogo deviene así en un antídoto contra el poder y canaliza mediante la negociación y la discusión un sin fin de exigencias y de discursos morales, políticos etcétera que se llevan adelante mediante reglas imparciales. No se trata entonces de cumplir acuerdos o principios prefijados o preestablecidos sino de producir una nueva voluntad que tendría que poseer ciertamente los mejores argumentos.⁶⁰

Por ende, si quisiéramos brindar una definición más precisa de esta nueva forma democrática habría que decir, como Seyla Benhabib afirma, que ésta:

[...] es una condición necesaria para conseguir legitimidad y racionalidad con respecto al proceso de elaboración de una decisión colectiva dentro de una política, de tal manera que las instituciones de esta política estén totalmente de acuerdo que lo que se entiende por el interés de todos resulte de procesos de deliberación colectiva conducida racionalmente y con imparcialidad entre individuos libres e iguales.⁶¹

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 29.

⁵⁹ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Ob. cit., p. 158.

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Three Normative Models of Democracy*. Ob. cit., p. 24.

⁶¹ BENHABIB, Seyla. «*Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy*», *Democracy and Difference*. Ob. cit., p. 69.

La idea básica de esta perspectiva se constituye entonces en relación a que las normas (de conductas o de acuerdos institucionales) puedan ser válidas, lo cual significa que tales normas emanan de un proceso de deliberación público que obligará a todos los participantes en la discusión.

Como menciona Seyla Benhabib, habría que citar algunas reglas específicas con respecto al funcionamiento de la Democracia Deliberativa como, por ejemplo, que la participación en tal deliberación se rige por reglas de equidad y de simetría y esto hace que cualquiera tenga el derecho a expresarse, ser escuchado, preguntar, etc.; también cualquiera tendría el derecho a refutar la agenda propuesta para la deliberación, y finalmente todo participante podría argumentar en relación a los procedimientos pactados para el diálogo.⁶² Tales procesos de deliberación deben de basarse, por lo tanto, en el juego limpio y la imparcialidad y son ciertamente beneficiosos para la racionalidad del proceso de decisión colectiva, ya que se entiende que se trata de una nueva información que se va a impartir, en tanto que ninguna persona puede conocerlo todo y saber cómo perciben el resto a la Moral y a la Política. En este sentido se puede llegar a la conclusión que «la deliberación es un proceso para estar informado».⁶³

Una perspectiva *deliberativa*, por lo tanto, es capaz de proveer una estructura para sustentar argumentaciones morales y políticas que se encuentran en desacuerdo que podrá ser superado gracias a la li-

Por su parte NINO, Carlos Santiago, en el ya citado *La Constitución de la Democracia Deliberativa* señala que «el diálogo es el mecanismo a través del cual la Democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales». Ob. cit., p. 202.

También, Joshua Cohen, en su artículo *Procedure and Substance in Deliberative Democracy*, menciona que «el concepto de Democracia Deliberativa se organiza alrededor de un ideal de justificación política. De acuerdo a este ideal, la justificación del ejercicio colectivo del poder político debe proceder sobre la base de un razonamiento público entre iguales». en *Democracy and Difference*, editado por BENHABIB, Seyla. Ob. cit., p. 99.

⁶² *Ibíd.*, p. 70.

⁶³ *Ibíd.*, p. 71.

bertad y la oportunidad unidas a la reciprocidad, la publicidad y la responsabilidad.⁶⁴ Todas estas ideas no hacen sino destacar el aspecto político⁶⁵ que estaría detrás de esta formulación y no es por azar que un teórico político como C. B Macpherson haya dicho que el diálogo contribuye enormemente a la consolidación de los lazos comunales y también a reforzar las virtudes ciudadanas que pueden generarse precisamente a través del discurso⁶⁶ y del modo como este aproxima a la partes. Sobre este punto, ya filósofos como Jean Jacques Rousseau y más contemporáneamente Hannah Arendt habían destacado el papel esencial del lenguaje para poder acercar a los individuos y de este modo reducir no solo el conflicto sino la violencia y la agresividad.⁶⁷

Ahora bien, esta Teoría Deliberativa normalmente va a ser confrontada con la llamada concepción democrática basada en intereses⁶⁸ que considera que la Democracia no es sino un mecanismo que sirve para expresar nuestras preferencias que después quedan plasmadas en un voto.⁶⁹ La crítica que se plantea a este procedimiento es que es totalmente individualista —léase privado— en tanto que descansa en demandas *parroquiales* y entiende también que las demandas de los otros siempre serán distintas que las de uno. Utilizando entonces la razón instrumental cada individuo calculará qué es lo mejor para la realización de sus fines y no necesitará tratar de objetivizar su verdad particular sobre los hechos políticos.⁷⁰

⁶⁴ GUTMANN, Amy y Dennis THOMPSON. *Democracy and Disagreement*. Ob. cit., p. 199.

⁶⁵ Pensamos evidentemente en la definición de política entendida como comunidad o *polis*.

⁶⁶ NINO, Carlos Santiago. Ob. cit., p. 142.

⁶⁷ Véase ROUSSEAU, Jean Jacques. *Ensayo sobre el origen de las Lenguas*. Bogotá: Norma, 1993 y ARENDT, Hannah. *La Condición Humana*, Barcelona: Paidós, 1993

⁶⁸ Véase BENHABIB, Seyla. *Democracy and Difference*. YOUNG, Marion Iris. *Communication and the Other: Beyond Deliberative Democracy*. Ob. cit., p. 120.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 121.

El modelo de la Democracia Deliberativa, por lo contrario, crea un auditorio de ciudadanos dispuestos a hablar públicamente sobre problemas colectivos, fines y por cierto también ideales:

En un discurso abierto y libre los otros evalúan y desafían estas afirmaciones y estas razones. Los participantes se cuidan de dar buenas razones en vez de malas razones, argumentos válidos antes de los inválidos. Propiamente hablando los interlocutores desapruaban las malas razones y los discursos que no son coherentemente articulados, e ignoran los devaneos retóricos y emocionales. Discerniendo las demandas y los argumentos de los participantes en la deliberación ésta no termina sino hasta que la *fuerza del mejor argumento* los obliga a aceptar una conclusión.⁷¹

Manteniendo entonces los parámetros de los procedimientos neutrales se entiende que la Democracia Deliberativa funcionará de manera adecuada cuando se tiene una robusta Sociedad Civil⁷² que busca no el poder en sí mismo sino adquirir influencia, lo cual es ciertamente distinto,⁷³ enfatizando siempre el hecho de que toda la influencia de la opinión pública debe ser tamizada por canales y filtros de procedimientos institucionalizados con los cuales solamente podría transformarse la influencia de la opinión pública en poder comunicativo,⁷⁴ acto que deberá de tener lugar en espacios como el parlamento o la propia administración de justicia.⁷⁵

Se colige de todo lo dicho entonces que el carácter de publicidad es esencial en la consolidación de este tipo de Democracia. De hecho,

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² Tal Sociedad Civil solo podría darse según los defensores de la Democracia Deliberativa dentro de una cultura política liberal y dentro de una vida racionalizada. Véase HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Ob. cit., p. 371.

⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Ibíd.*

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ Nótese en este caso como la Democracia Deliberativa supera el normativismo del Positivismo Jurídico y llega a tener influencia en las decisiones judiciales.

esto fuerza a las autoridades y a oficiales a justificar sus decisiones y políticas frente a los ciudadanos;⁷⁶ ese es el sentido que adopta también la palabra *accountability* —tan ligada a la democracia discursiva— que podría ser traducida como *responsabilidad*, esto es, como un derecho de los ciudadanos frente al Estado y evidentemente frente a otros ciudadanos, ya que en un forum deliberativo, cada uno es responsable (*accountable*) ante todos. Sin embargo, es importante dejar constancia que la responsabilidad universal⁷⁷ es en la práctica muy difícil de realizar y hasta en el plano práctico, también sería complicada su vigencia por las limitaciones de la representación política.⁷⁸ Por ejemplo, en nuestro sistema político al tratarse de congresistas que representan a la Nación sería complejo precisar cuáles serían las obligaciones frente a un universo abstracto e indefinido que los ha elegido.⁷⁹ Quizá desde este punto de vista comiencen a aparecer ya problemas concretos que no solamente hagan dura la tarea por llevar a la praxis el concepto de la *responsabilidad* y que tendrá que derivar finalmente al problema de la propia Democracia Deliberativa en el plano político y el de la nueva retórica en el caso del Derecho. En la última sección de este artículo aclararemos a qué nos referimos.

⁷⁶ GUTMANN, Amy y Dennis THOMPSON. Ob. cit., p. 114. Aunque es cierto que también se dice que la Democracia Deliberativa podía ser alentada por el secreto, como lo citaba el padre fundador de los Estados Unidos, James Madison, al mencionar que «Ninguna constitución jamás se hubiera adoptado por la Asamblea Constituyente si los debates se hubiesen hecho públicos». Sin embargo, esto era refutado por Jefferson. Ob. cit.

⁷⁷ Nótese también este problema en el caso del *auditorio* de Perelman que inicialmente tiene pretensiones de universalidad.

⁷⁸ GUTMANN, Amy y Dennis THOMPSON. Ob. cit., p. 127.

⁷⁹ De hecho, el término *nación* no nos dice nada ni puede permitirnos identificar cualidades, deseos, valores o necesidades.

4. ¿Discusión en medio de la Torre de Babel?

Luego de esta *tour de force* alrededor de la razón comunicativa, presente en las obras de Perelman y Habermas y en sus seguidores, vamos a auscultar desde nuestra propia óptica las principales debilidades de estas propuestas a fin de determinar si son o no capaces de superar las críticas que se han realizado al Derecho y a la Política Moderna y de esta manera salvar los logros de la Modernidad.

Dicen los autores liberales que la realidad política contemporánea muestra a las sociedades como plurales y tolerantes pero que sin embargo van a tener que enfrentar una serie de respuestas hostiles desde los sectores fundamentalistas quienes, defendiendo distintas religiones, ideologías y hasta géneros, van a hacer difícil la existencia de una sociedad plural. En este sentido, se invoca a la *imaginación pluralista* para exorcizar los demonios del Fundamentalismo aunque a veces no se percibe el hecho de que esta sociedad plural y tolerante también presenta vicios y puede lucir como fundamentalista.⁸⁰

Lo concreto en estos momentos es que tanto las Sociedades Post-industrializadas como las que están en vías de industrialización se caracterizan por ser multiculturales (o multiideológicas se existiese el término) y por mantener en su seno diversas creencias y valores, como resultado de la implantación de una ideología como el Liberalismo que se caracteriza por su talante agnóstico y que sostiene como una única verdad la carencia de verdad, esto es, que reivindicando la autonomía individual, considera que cada ser humano por el hecho de ser un ser humano racional y libre está capacitado para decidir por sí mismo, sin que nada ni nadie obstaculice sus decisio-

⁸⁰ Esto es lo que refiere el teórico político postmoderno CONNOLLY, William, en *The Ethos of Pluralization*. Minneapolis: Minnesota UP, 1995 y que intenta en este trabajo reformular la llamada *imaginación plural* a través de la generalización del Pluralismo. Cfr. Introducción.

nes,⁸¹ a menos, claro está, que su acción pueda poner en peligro la libertad del otro.⁸²

Con estas premisas en la mano pensamos, en primer lugar, que existiría un gran problema en la constitución del auditorio universal que reivindicaba Perelman, por ejemplo, ya que no se trataría de un auditorio que abarcara a una única tradición⁸³ sino uno gigantesco, en el que confluirían tradiciones liberales, musulmanas, puritanas, católicas, pragmáticas, escépticas, comunitarias, metafísicas, entre otras, esto es, un gran mosaico cargado de contrastes y donde toda esta diversidad no plasmarían el armónico y bello símbolo de un radiante arco iris sino, todo lo contrario, nos remitiría a los oscuros momentos de la construcción de la Torre de Babel, es decir, al caos y al desorden.

Si Perelman declaraba que el orador debería adaptarse al auditorio y si nuestro orador de turno tuviese que ser un ferviente seguidor del Análisis Económico del Derecho, creyente en la eficacia económica del *óptimo de pareto*, lector empedernido de Richard Posner y además abogado de una entidad dedicada a la protección al consumidor, dirigiéndose digamos a un auditorio conformado por jubilados de un ministerio público y que en su juventud pertenecieron a sindicatos marxistas, ¿cómo podría darse esa adaptación del orador al auditorio teniendo también presente que la tesis perelmaniana recomienda adicionalmente honestidad e imparcialidad al defender el orador sus puntos de vista ante el auditorio?, ¿cómo puede sustentar el orador

⁸¹ De nuevo, recordamos al gran *maître à penser* del Liberalismo, Immanuel Kant.

⁸² En este punto es donde John Stuart Mill coincide con Kant para sentar las bases del Liberalismo Político.

⁸³ Estamos usando el término *tradición* en el sentido que lo utiliza Alasdair MacIntyre, esto es, no solo como un movimiento coherente de pensamiento que tiene sus premisas básicas y que gracias a estas es capaz de resolver los conflictos que se dan al interior de la propia tradición, sino también como un pensamiento que identifica a un grupo de personas que son conscientes de el, teniendo también en claro hacia dónde se dirige. Ver MACINTYRE, Alasdair. *Whose Justice?, Which Rationality?* Londres: Duckworth, 1988.

sus argumentaciones, si su premisa de partida no es sino la libertad negativa, esto es, el Mercado como espacio libre de cualquier coerción, y en este caso, libre de cualquier política paternalista distributiva? ¿Cual sería entonces el punto de partida para iniciar una discusión o un debate teniendo a este orador frente al mencionado auditorio? ¿cómo va a convencer el orador a su público que parte de una premisa opuesta a la suya que sería la premisa de la distribución justa?. En este supuesto, ¿bastaría que el orador esgrimiese cifras hablando de crecimiento económico, de incremento de las inversiones, de la confianza que debemos tener hacia nuestros técnicos, o de lo bonito que se ve nuestra ciudad con sus nuevos centros comerciales y su telefonía celular? Finalmente, ¿deberíamos suponer, como diría Perelman, que tanto el orador como el auditorio podrían tener ambos la razón?

Es evidente que el problema de fondo descansa en que el auditorio no podrá adherirse a la premisa del orador porque ha palpado en carne viva la falsedad de la misma. Los miserables sueldos que recibe, tras hacer largas colas en los bancos una vez al mes, no alcanzan para ningún tipo de vida digna; más aun, cuando ese ingreso podría inclusive ser el único sustento para una familia cuyos miembros más jóvenes están desempleados. La realidad vivida día a día demuestra al auditorio que el Mercado no ha mejorado su situación económica y que por lo contrario podría decirse que la ha empeorado. Cabe preguntarse, entonces, si solo el auditorio tiene la razón. Este entiende que dentro de su tradición, que apela a una distribución justa, el Mercado no le sirve y en este sentido podría decirse que esta en lo cierto. Por su parte, el orador del ejemplo vive una realidad completamente distinta: es exitoso, muy bien remunerado, y todo esto se lo debe al Mercado y a la Libertad de Comercio, y seguramente en ese momento la tradición del auditorio sería una tradición equivocada que deberá ser cambiada. En el ejemplo que retratamos, Perelman no se equivocaría al indicar que las dos partes tienen *razones razonables* para defender sus puntos de vista. Lamentablemente, este hecho no resuelve ninguna controversia y, por el contrario, solo demuestra que el proyecto de la nueva retórica y la argumentación no es viable. Por último, la pregunta impostergable sería, ¿como podría construirse un

consenso entre este auditorio y el orador luego de entablar un debate abierto entre ambos?

Lo que podemos deducir de todo esto, es que el mundo contingente está estructurado por un conjunto de auditorios, cada uno de los cuales defiende a una tradición particular. En este sentido, sería una tarea ociosa el pretender dirigirnos a un auditorio universal (no olvidemos que el mismo Perelman decía que dependía del auditorio el considerarse particular o universal). Tal pluralidad de tradiciones tiene además la peculiaridad de proponer cada una de las premisas fundacionales que son opuestas o antitéticas. En otras palabras, se trataría así de una sociedad de Babel en la medida de que no existe un lenguaje clave que permita la conversación racional y razonable entre las partes. Evidentemente, todos podemos aspirar a la realización de la justicia pero, en las circunstancias en que vivimos, la justicia ya no es ese concepto concreto y material que era para Aristóteles y los griegos. La justicia es en estos momentos un concepto demasiado abstracto y genérico como para poder definirlo en el mundo práctico o real. Así pues, al tratarse de un concepto general e indefinido podrá ser individualizado *al gusto del cliente*. La justicia no significará lo mismo para una feminista que para un moderno iusnaturalista o *a fortiori*, para un iraquí que vive en Bagdad y que es bombardeado diariamente por los aviones norteamericanos. En el caso de nuestro ejemplo, tampoco será igual la noción de justicia que baraja nuestro abogado versado en el Análisis Económico del Derecho que los términos en que los jubilados la entienden.

La gran debilidad del enfoque de Perelman —lo cual también es válido para la Democracia Deliberativa de Habermas y Cia— está ciertamente en el punto neurálgico de su tesis, esto es en el lenguaje. Un lenguaje se define como un conjunto de señales que dan a entender una cosa. Es, entonces, un medio de comunicación y para tal efecto utiliza signos que son reconocidos como válidos por todos los que lo comparten. Por esa razón, cuando escribimos el signo: *perro*, una persona que conoce las claves del lenguaje español sabrá que nos estamos refiriendo a un mamífero de cuatro patas, que ladra y que puede morder, pero para alguien que ignora nuestro lenguaje, será

una mera palabra o quizá un simple sonido. Por cierto, una persona puede aprender muchos lenguajes pero siempre pensará en un solo idioma que será el que la defina. También es cierto que pueden usarse distintos signos o sonidos para definir un mismo objeto (*perro* en español, *dog* en inglés o *hund* en alemán) y esto no será un gran problema pues nosotros podemos contar en cualquier momento con la realidad del objeto, lo cual permite la comprensión y hace posible el diálogo y el consenso entre lenguajes distintos. ¿Pero que pasa cuando no tenemos el correlato físico u objetivo como acontece cuando manejamos conceptos como *libertad*, *justicia*, *distribución* o *igualdad*? En estos casos, las diferencias de lenguajes jamás podrán ser superadas como en el ejemplo del perro, lo cual hará imposible la realización de un acuerdo. Definitivamente, mientras no se acepte que estos términos (*justicia*, *libertad* etc.) sean verdades objetivas, cada quien lo definirá de acuerdo a su lenguaje particular, lo que significará simplemente el plantear un diálogo inconmensurable e ilimitado⁸⁴ en medio de una inmensa e imponente Torre de Babel. En un escenario así cualquier intento retórico o argumentativo estará condenado a fracasar.

En lo que se refiere a la Democracia Discursiva dijimos ya que esta adolece de los mismos problemas que demuestra Perelman, agudizados quizá por las expectativas de universalidad que persigue la Democracia Deliberativa como directa herencia de la tradición moral generada en el siglo XVIII. Pero si en este caso se da también el problema insuperable del lenguaje podríamos agregar otros elementos que la descartarían con mayor contundencia. Por tratarse de un perspectiva que está más bien cercana a la Política, esto significa que tiende hacia las decisiones colectivas y que parte por eso de problemas colectivos relevantes para todos. Como seguidora de la racio-

⁸⁴ Este concepto de la *inconmensurabilidad de los debates contemporáneos* lo tomamos también de Alasdair MacIntyre, quien es quizá el filósofo moral que mejor describe el estado de los conflictos morales en el mundo moderno. Véase MAC INTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica, 1987, pp.21-23.

alidad política del Humanismo y el Igualitarismo, se supone que la Democracia Dialogante sería capaz de conseguir la auténtica identidad entre gobernantes y gobernados pero sin mancillar la libertad individual, esto es, sin tener que pasar por los supuestos totalitarios de un Jean Jacques Rousseau, que inclusive obligaba a las personas a ser libres e iguales siguiendo los dictados de la voluntad general.⁸⁵

Sin embargo, en este caso, también se generarán situaciones que desvanecerán el mito habermasiano de *las condiciones ideales de la comunicación* pues lo que no ha tomado en cuenta la Democracia Deliberativa es que no basta con saber el lenguaje para entrar a las discusiones públicas sino que es preciso saber expresarse correctamente. Esto significa que no cualquier persona podrá ser un orador o un interlocutor a menos que esté lo suficientemente educada y capacitada para articular un lenguaje coherente y que pueda ser comprendido por todo el público. Esto evidentemente, pone en dificultades a la gran mayoría de personas que por carecer de educación y de lecturas suficientes no podrán dirigirse de manera apropiada en cualquier espacio público. En este sentido, esta es una realidad que deberá tenerse muy en cuenta al momento de intentar plasmarse una Democracia Deliberativa, que es realmente un grave problema en sociedades poco desarrolladas o con limitaciones educativas como la nuestra. Pero supongamos que se logra franquear esta barrera y se consigue así constituir una sociedad de personas muy educadas que podrán ser capaces de generar discursos ordenados y de utilizar las palabras pertinentes. ¿Podría ahora llevarse adelante la discusión?. Lamentablemente para los defensores de la Democracia Deliberativa la respuesta sería *No*, porque aún cuando quiénes antes no podían expresarse adecuadamente superasen ahora ese problema, nada aseguraría de que el auditorio les prestase atención. Los prejuicios contra determinados grupos o contra distintas minorías harían que estos no tuviesen la atención que sí podrían suscitar por ejemplo representantes de las mayorías o del *establishment*. Así pues, en medio de la Socie-

⁸⁵ ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Contrato Social*. Madrid: Sarpe, 1985, cap.VI.

dad Norteamericana un palestino por más educado que sea no tendría la misma recepción que pudiese obtener un anglosajón educado inclusive en la misma universidad que estudió el palestino. En síntesis, las diferencias que se plasman en la política contingente y los prejuicios que existen hacen que la condiciones del debate descansen en una quimera, la de un diálogo entre hombres verdaderamente iguales y libres.⁸⁶

Pensamos que luego de haber expuesto de modo general los argumentos que avalan a la Justicia Deliberativa según sus artífices y sus continuadores y de haber presentado también de manera práctica y gráfica los problemas concretos que genera dicha apuesta teórica, quedan entonces demostradas y justificadas las enormes dudas que produce en nosotros este sucedáneo de la racionalidad instrumental. En este sentido, es justo decir que siguen sosteniéndose en pies de barro los fundamentos teóricos de la Justicia Moderna.

⁸⁶ Esta argumentación la hemos desarrollado con más profundidad en nuestro libro: *Pensando Peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la Democracia Deliberativa*. Lima Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

También resulta muy útil el artículo de SANDERS, Lynn M. *Against Deliberation*. *Political Theory*, vol. 25, n.º 3, 1997, pp. 347-76.

Capítulo 5

Entre la excepción y la regla: El Decisionismo Jurídico frente a la Escuela de Frankfort

1. Introducción

Durante el período de la República de Weimar¹ entre la Primera y la Segunda Guerra Mundial, y en medio de una enorme crisis del Estado de Derecho, se desarrolló en Alemania un importante debate entre quienes abogaban por el Decisionismo Jurídico y quienes, aceptando la crisis del Derecho Positivo, aún consideraban relevante los aportes del *Rechtsstaat* o Estado de Derecho. Sin embargo, lo interesante de todo esto es que ambas tendencias coincidían en un punto: el modelo

¹ Inaugurado con la Constitución de 1919 que era una adaptación de las tesis liberales de Wilson y se orientó hacia la necesidad de construir un nuevo orden social tras la Revolución de 1918. En este propósito se intentó configurar un sistema valorativo universal a pesar de los intentos de Hugo Preuss (encargado de la redacción de la carta constitucional) que trató de hacer de la Constitución un simple plan orientador y de organización. Primó en dicho proyecto el pensamiento del demócrata Friedrich Neumann quien decidió elaborar a profundidad estos valores universales, lo cual haría bastante problemática la vigencia de tal intento dado el pluralismo político que en ese momento existía en Alemania y que ahora se veía impulsado por las ventajas que daba el desarrollo propuesto por Neumann.

Véase NEUMANN, Franz. *Behemot, Pensamiento y Acción en el Nacional Socialismo*. México: FCE, 1983, pp. 25-37.

del Estado de Derecho no podía por sí solo superar las demandas planteadas por la sociedad y esto resultaba un síntoma evidente de que algo en él no marchaba bien.

Ante esta situación, no obstante, las respuestas serían distintas mientras que los partidarios del Decisionismo —entre los que destacaba con luz propia el constitucionalista y teórico político Carl Schmitt— invocaban una superación total del Racionalismo Jurídico hasta que cesase el estado de emergencia.² Los representantes de la primera generación de la llamada *Escuela de Frankfort* o *Teoría Crítica*, en especial Otto Kircheimer y Franz Neumann,³ apuntaban más

² Entre sus obras principales traducidas al español podemos citar, *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983; *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1994; *Teología Política*. Buenos Aires: Struhart & Cía., 1985; *El Concepto de «lo político»*. Madrid: Alianza, 1991; *El Leviathan en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*. Buenos Aires: Struhart & Cía., 1990; *Interpretación europea de Donoso Cortés*. Madrid: Rialp, 1952; *La Dictadura*. Madrid: Alianza, 1985, *Legalidad y Legitimidad*, Madrid: Aguilar, 1971; *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del jus publicum europeo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

Es por demás conocido el interés por la obra de Carl Schmitt y para una referencia a las líneas centrales de su pensamiento se puede revisar nuestro ensayo «*Carl Schmitt y los desafíos al Estado Constitucional*» en *Pensamiento Constitucional*, n.º 3, 1996. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

³ De KIRCHHEIMER, véase, entre otros trabajos: *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton UP, 1961; *Politik und Verfassung*, Frankfurt: Suhrkamp, 1964; *Politics, Law and Social Change: Selected Essays of Otto Kircheimer*, Nueva York: Columbia UP, 1969; *Punishment and Social Structure*. Nueva York: Columbia UP, 1939; y *Social Democracy and the Rule of Law*. London: Allen y Unwin, 1987. Asimismo, se pueden revisar libros de Franz Neumann como *Behemot: The Structure and Practice of National Socialism*. Nueva York: Oxford University Press, 1944. Existe traducción al español de este libro, realizada por el Fondo de Cultura Económica. (1943): *The Democratic and Authoritarian State*. Herbert Marcuse (Ed.). Nueva York: The Free Press, 1957, y *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*. Leamington: Berg, 1986.

Kircheimer y Neumann estuvieron afiliados al Instituto Neo-Marxista de Investigación Social en Frankfort, teniendo una relación más o menos cercana con Max Horkheimer, Herbert Marcuse y Theodor Adorno. Dicho Instituto se trasladaría más

bien a la modificación del Estado de Derecho Liberal para procurar superar las contradicciones y las desigualdades que venía produciendo y lograr así una Democracia Postcapitalista sustentada, sin embargo, aún por el Estado de Derecho y la razón legal.⁴

Típicamente, el Estado de Derecho y su formalismo legal se dirigen fundamentalmente a guiar la acción del gobierno, la política pública y las decisiones judiciales, reforzando de este modo el auto gobierno de la comunidad y por supuesto la Democracia. Vía la predictibilidad, regularidad, el cálculo, publicidad, coherencia y claridad, la ley formal era capaz —al menos en teoría— de hacer viable la participación general en los asuntos de gobierno. Sin embargo, un hecho importante comenzaría a diezmar estos fines y tal evento empezará a perfilarse justamente en el período de la República de Weimar.

Tal acontecimiento sería el nacimiento del Estado de Bienestar contemporáneo que trajo consigo una enorme expansión del aparato administrativo, lo cual abriría nuevos espacios en la relación público-privado lo cual contribuiría a socavar la ley formal y la calculable acción normativa estatal.⁵

Ciertamente, todas las instituciones de gobierno dentro del Estado de Bienestar han tenido y tienen enormes competencias y esto significa de hecho *discrecionalidad* pues la naturaleza del Estado de Bienestar lo hace funcionar mediante mandatos particulares y concretos

tarde a los Estados Unidos (New School of Social Research en New York) y sus ideas serían difundidas en las Universidades de Columbia y en la ya citada New School of Social Research. Ambos tuvieron participación dentro del Partido Socialdemócrata alemán (SPD), organizando seminarios y también apoyando al partido con asesorías jurídicas en el área laboral.

⁴ SCHEUERMAN, William E. *Between the Norm and the Exception, the Frankfurt School and the Rule of Law*. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1997, p. 98.

Es menester mencionar que para la elaboración de este ensayo usaremos ampliamente este monumental trabajo sobre el rol de estos pensadores al interior de la Escuela de Frankfurt. Sin embargo, vale la pena mencionar también que no coincidiremos con las conclusiones del autor.

⁵ SCHEUERMAN, William E. *Ibíd.*, p. 3.

dejando fuera la universalidad o generalidad de las normas propias del modelo normativo formal.

Siguiendo los clásicos postulados de Max Weber, la acción estatal moderna se sustentaba en reglas generales convincentes o también llamadas leyes formales que ponían un marco de seguridad legal para los ciudadanos frente a la *discrecionalidad* del poder. No obstante, como el mismo Weber señalaba, la irrupción de esta suerte de explosión democrática que se manifestó en el Estado de Bienestar, y su dinámica de exigencias y demandas sociales que requerían de la intervención continua de la administración, produjo la llamada *deformalización* o *substanciación* del aparato político⁶ a tal punto que esto ponía en peligro la autonomía y la libertad individual que supuestamente garantizaba el modelo racional del gobierno de las leyes.

La influencia del pensamiento weberiano a este respecto será importante y así tanto Carl Schmitt⁷ y, por intermedio de éste, sus alumnos Kirchheimer y Neumann,⁸ reconocerán las limitaciones del Estado de Derecho que podrían explicarse con más precisión por las siguientes razones:

- a) la sobrecarga de la legislatura por las demandas para regularizar una compleja sociedad moderna, b) una restricción en la interpretación por parte de la administración de justicia que se da por la vaguedad de los enunciados generales y sus múltiples interpretaciones, y c) aisladas e

⁶ GREGG, Benjamin. *Comentarios a: «Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law»*. *Political Theory*, vol. 26. n.º 2, 1998, pp. 237-244.

⁷ La influencia de Weber en la obra de Schmitt ha sido largamente reconocida. Véase, por ejemplo, la introducción al texto *Law as Politics, Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, editado por David Dyzenhaus, Durham: Duke UP, 1998 y también en el mismo libro el ensayo de Robert Howse, *From Legitimacy to Dictatorship - And Back again, Leo Strauss's Critique of the Anti-Liberalism of Carl Schmitt*. También el reciente texto *Carl Schmitt's Critique of Liberalism, against Politics as Technology*. Cambridge: Cambridge UP, 1997.

⁸ SCHEUERMAN, William E. Ob. cit., p. 5. Ambos fueron alumnos de Schmitt en la década de los treinta.

impermeables élites privadas corporativas ejerciendo extensivas y pobremente definidas cuotas de poder público.⁹

Esto provoca que precisamente Otto Kichheimer señale que «la ley contemporánea se halle entre la norma y la excepción» lo que generará que los asuntos públicos se discutan como si fueran individuales o excepcionales¹⁰ y así el auge de la decisión vía la *deformalización* disminuirá las posibilidades del control democrático y convertirá a la administración pública en una nueva forma de dictadura.

Para contrarrestar estos demonios del Decisionismo —encarnado como veremos en el modelo de la excepción de Carl Schmitt— los miembros de la Escuela de Frankfort intentarán mantener la eficacia del Estado de Derecho, siendo conscientes de que el desarrollo de las democracias de masas así como el monopolio del Capitalismo deforman el orden legal del Estado de Derecho,¹¹ pero que pese a esto es imprescindible que toda sociedad democrática requiera de cierto grado de predictibilidad legal para alcanzar una deliberación no coercitiva. Todas estas dimensiones novedosas en el plano político actual no deben dejar de contar entonces con una sólida base legal que sustente así la acción política.

Sin embargo, luego del análisis de ambas perspectivas trataremos de demostrar la poca viabilidad de la Teoría Crítica para poder manejar el problema de la excepción en medio de un mundo como el actual, en el que han recrudecido las causas que han venido erosionando el Estado de Derecho desde los tiempos de Weimar —a pesar de la supuesta superación del Estado de Bienestar—. Estas se van a manifestar en constantes demandas de reivindicaciones particulares de

⁹ GREGG, Benjamin. Ob. cit., p. 238.

¹⁰ SCHEUERMAN, William E. Ob. cit., p. 294, nota 7.

¹¹ De hecho, ambos se orientan hacia el individuo particular y por eso no pueden trabajar bajo la base de una teoría general como la del Estado de Derecho. Las demandas particulares siempre aparecerán como excepciones a la regla. Véase GREGG, Benjamin. *Ibíd.*, p. 239.

distintos grupos culturales, religiosos, o ideológicos¹² al tiempo que el Capitalismo Especulativo —ahora camuflado bajo el paraguas de la globalización— ha seguido su expansión debilitando también las bases del Derecho Formal,¹³ como los mismos representantes de la Teoría Crítica así lo reconocían. Por último, no podremos dejar de destacar ciertos errores de la propia Teoría Crítica con respecto a las supuestas certezas que produciría el modelo formal del Estado de Derecho, un ideal que evidentemente se origina con el dogmatismo del Pensamiento Científico Moderno.

En cuanto al significado de la excepción para Schmitt y el modo como intenta este resolver el problema, pensamos primero que él acierta ampliamente al destacar las debilidades del modelo formal; más aun, su análisis en el contexto de Weimar es totalmente pertinente en el momento actual. No obstante, con respecto a las críticas de las que él ha sido objeto, trataremos de defender una posición particular con respecto a su obra y esta tiene relación con su Decisionismo Jurídico que será considerado no como un fin en si mismo (como lo plantean sus críticos que lo han comprendido equivocadamente) sino como un medio para restaurar el orden y el balance adecuado entre la excepción y la regla, perdido precisamente por andar de un extremo hacia el otro siendo este al final el trascendental aporte del Decisionismo Jurídico de Schmitt.

2. La naturaleza teológica de la excepción y la regla en el pensamiento Schmittiano

Quizá, el primer interés que mostró Carl Schmitt en el campo de la Teoría Política fue hacia los teóricos llamados decisionistas o realis-

¹² Al respecto véase el ensayo: «Patriotismo de la Constitución: ¿más de lo mismo?», incluido en el presente libro.

¹³ Esto se demuestra también en el auge del Análisis Económico del Derecho. Véase nuestro artículo «¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?», incluido en la presente edición.

tas y entre ellos los autores más relevantes fueron sin dudas Maquiavelo, Hobbes y Donoso Cortés. Todos ellos tenían un factor en común, es decir, una pesimista apreciación de la naturaleza humana según la cual ningún hombre podría comportarse de modo solidario a menos que existiesen incentivos para él o en su defecto tuviésemos que recurrir a la coerción para obligarlos a comportarse como tendrían que hacerlo.

Asimismo, tales autores resultaban interesantes ya que introducían un elemento determinante en el debate político y jurídico, vinculado con la relatividad que acompañaba a cualquier definición de verdad dentro de un orden imperfecto y mutable. Este orden, según las tendencias teológicas de filósofos como Hobbes o Donoso, podía obedecer a los efectos devastadores del pecado original y la caída de la naturaleza humana, que hacían frágil cualquier fundamento de certeza.

En este sentido, Schmitt solo continuará con esta tendencia, la misma que se apreciará por ejemplo en su famosa definición del concepto de lo político «la distinción entre amigos y enemigos»¹⁴ y donde el enemigo tiene o, mejor dicho, asume dimensiones metafísicas en la medida de que la propia guerra (el contexto de la relación amigo-enemigo) está basada en oposiciones metafísicas y la metafísica es inevitable.¹⁵ «Carl Schmitt encierra el centro de su pensamiento en la oscuridad porque el centro de su pensamiento es la fe. El centro es la fe en Dios convertido en hombre en un evento histórico de una magnitud infinita y única [...]»¹⁶ y por lo tanto, dentro de este esquema de aceptación de la revelación y la fe, el enemigo adoptará características trascendentales ya que su existencia garantizará la se-

¹⁴ SCHMITT, Carl. *El Concepto de lo Político*. Ob. cit.

¹⁵ MEIER, Heinrich. *Carl Schmitt and Leo Strauss, the Hidden Dialogue*. Chicago: Chicago UP, 1995, p. 62.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 68.

riedad de la vida y «[...] pobre de aquél que no tenga enemigos pues el mismo Dios será su enemigo en el Juicio Final».¹⁷

Desde esta perspectiva que asume Schmitt y que se sustenta en la fe en la revelación, se entiende entonces que el hombre es por naturaleza malo porque él mismo se ha liberado de la tutela divina y esto implica desdeñar la soberanía divina. El Pecado Original se da entonces por que el hombre decide vivir por su cuenta usando su razón independientemente; es decir desobedecer.¹⁸ Al hacerlo, estará obviando los mandamientos de Dios y la propia revelación pues, como decía Schmitt —siguiendo las máximas esgrimidas por el jurista y teólogo Tertuliano— nosotros estamos obligados a algo no porque sea bueno sino porque Dios lo ordena.¹⁹

La figura de Dios, por lo tanto —y *mutatis mutandis* la del soberano y la del juez²⁰— estará dotada de omnipotencia ya que ninguna ley lo podrá obligar ni nada podrá ir contra su voluntad, la que podrá ejercer en cualquier momento, llamando a esta intervención como

¹⁷ SCHMITT, Carl. *Ex Captivitate Salus*. Colonia, 1950, p. 90. Citado por Heinrich Meier, Ob. cit., p. 71.

¹⁸ MEIER, Heinrich. *The Lesson of Carl Schmitt Four Chapters on the Distinction between Political Theology and Political Philosophy*. Chicago: Chicago UP, 1998, pp. 84-85.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 92. Esta es la naturaleza de la llamada Teología Política que surge de alguna manera por la existencia de un quiebre en la naturaleza que elimina o reduce las posibilidades de la razón. En este sentido, esta posición que desarrolla Schmitt es fruto natural de un estado de necesidad que se ha generado precisamente por desobedecer la ley de Dios, y la consecuencia más clara de asumir este esquema es que debemos contar siempre con la presencia de la voluntad en medio de la naturaleza. Por ende, si asumimos que existen en el orden de la naturaleza leyes que la regulan, la voluntad —que esta al margen de las leyes— podrá romper el orden natural de las mismas y será vista como una excepción a la regla. En otras palabras y como veremos más adelante, el problema de la excepción al orden legal —y el que fuere— siempre tendrá orígenes teológicos.

²⁰ MC CORMICK, John. *Carl Schmitt's Critique of Liberalism, against Politics as Technology*. Ob. cit., p. 212.

una excepción a la regla.²¹ Por consiguiente, «[...] lo que caracteriza a una excepción es principalmente su ilimitada autoridad, que significa la suspensión de todo el orden existente».²²

Dentro de todo orden legal el concepto de la excepción estará asociado con el concepto de lo político y así como Dios es un actor permanente en la vida humana, del mismo modo el soberano y la política vivirán siempre al lado de lo legal:

La excepción aparece en su forma absoluta en una situación en la que las prescripciones legales que pueden ser válidas se manifiestan. Cada norma general demanda una estructura normal de vida para que pueda ésta aplicarse. La norma requiere un medio homogéneo. Esta efectiva situación normal no es una mera «presuposición superficial» que un jurista puede prescindir; esta situación pertenece a lo inmanente.²³

Esta es la base del Decisionismo schmittiano que deriva su significado de su polémica con el Normativismo puro de Hans Kelsen.

Schmitt argüirá que la norma en sí misma es insuficiente y solo deviene en actual por una decisión y una interpretación. La decisión no es sólo una pura emanación y aplicación de la norma, sino que contiene su propia función específica. Como tal, la validez jurídica de una decisión no depende en una manera absoluta sobre la corrección normativa de la decisión. Hay falsas decisiones que a pesar de su falsedad, devienen jurídicamente válidas.²⁴

Este Decisionismo estaría relacionado fundamentalmente con la capacidad de un soberano para mantener la paz y el orden en medio

²¹ «Soberano es aquel que decide la excepción». Cfr. SCHMITT, Carl. *Political Theology*. Cambridge, Mass: The MIT press, 1988, p. 5.

²² SCHMITT, Carl. *Ibid.*, p. 12.

²³ *Ibid.*, p. 13.

²⁴ SCHWAB, George. *The Challenge of the Exception, an introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 & 1936*: Westport,, Connecticut: Greenwood Press, 1989, p. 45.

de un espacio caótico²⁵ pues, como decía Schmitt, no existía norma aplicable al caos.²⁶ Esto era sin dudas un desafío al Positivismo kelseniano quien consideraba que el Derecho era en esencia un sistema de normas.²⁷ De acuerdo con Schmitt, sin embargo, cada norma presupone una situación normal pero esta norma devenía inútil en una situación en la que ya no existe normalidad, y por ende se podía colegir que el orden legal no descansaba en una norma sino en una decisión.²⁸

De hecho, la excepción no podía incluirse en la norma ni ser codificada previamente en una ley a pesar de que se refiriera a algo concreto como un caso de extremo peligro. De allí que fuese la excepción la que hiciese relevante la figura del soberano (para precisar con detalle cuando nos encontrábamos en este estado) y que además el propio concepto de soberanía existiese mientras la figura de la excepción perdurase.²⁹

Esta posición decisionista se debía fundamentalmente al talante teológico de las tesis schmittianas y el rol que jugaba Dios como soberano del mundo y su acción directa y constante sobre su creación. El mundo no podía convertirse en una máquina perfecta que marchaba por su cuenta y se autoregulaba³⁰ lo cual ciertamente perfilaba la figura de un Dios despreocupado de su creación, sino que requería constantemente de su presencia ora a través del milagro en el plano propiamente teológico, ora por la excepción en el plano político o en el plano legal. Tal excepción era así mismo fundamental para confirmar la existencia de la regla pues:

²⁵ Ibid.

²⁶ SCHMITT, Carl. *Political Theology*, Ob. cit., p. 13.

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: EUDEBA, 1960.

²⁸ SCHMITT, Carl. Ob. cit., p. 10.

²⁹ SCHMITT, Carl. Ibid., pp. 6-7.

³⁰ Como lo pensaban los Deístas y los Racionalistas del siglo XVIII, cuyos herederos ahora son los defensores del Mercado y la Globalización y el orden espontáneo que trae armonía y felicidad y que recusa cualquier forma de Decisionismo.

[...] la excepción es más importante que la regla, ya que la regla no prueba nada y la excepción lo prueba todo: no solo confirma la regla sino también su existencia, que deriva solo de la excepción. En la excepción el poder de la vida real irrumpe tras la corteza de un mecanismo que ha devenido entorpecido por su repetición.³¹

Este decisionismo político o judicial, por cierto, no se asociaba con el decisionismo que estaba presente en las monarquías absolutistas sino que era simplemente la realidad legal que significaba que las normas debían de ser expresadas y ejecutadas. Precisamente este elemento personal del Derecho era el que quedaba soslayado dentro de las perspectivas positivistas que habían considerado que la Jurisprudencia no estaba relacionada ni con la Política ni tampoco con la Sociología.³²

Por eso, el mismo Schmitt se sorprendía de que el Positivismo actuará de esa manera negando su propia naturaleza,³³ es decir, rechazando los *hechos* y la realidad, ya que en este caso

[...] el hecho es que siempre e inexorablemente, existirá un acontecimiento inevitable e impredecible para el cual no existirá ningún plan: la excepción no puede ser circunscrita fácticamente y ni se puede hacerla coincidir con una norma previa... de hecho, reta una codificación general.³⁴

Ahora bien, el hecho de que Schmitt considerara como sumamente relevante a la realidad, convertía paradójicamente a su tesis en mucho más racional que la propuesta positivista, dado a que si bien le

³¹ Schmitt, Carl. *Ibid.*, p. 15.

³² Mc CORMICK, John. *Ob. cit.*, pp. 214-215.

³³ El Positivismo como método científico se genera con las corrientes filosóficas empiristas y, por lo tanto, considera como verdadero solo aquello que puede ser constatado por nuestros sentidos. Por ejemplo, afirma que solo se puede tener certezas sobre hechos mas no sobre valores que no pueden ser corroborados de manera fáctica u objetiva.

³⁴ Mc CORMICK, John. *Ibid.*, p. 224.

asignaba un rol preponderante a la excepción dentro de su propuesta, tampoco quería prescindir de la regla y de encontrar de algún modo resultados científicos.³⁵ En otras palabras, Schmitt reconocía que un sistema basado exclusivamente en mandatos concretos debía de contar con ciertas reglas generales (razón) que se manifestaran en tiempos de paz pero lamentablemente el proyecto de la Ilustración había eliminado de raíz todo aquello que pudiese ser imprevisible y al hacerlo había creado un falso escenario en el cual supuestamente ya se había abolido lo excepcional (mandato) y se restauraba el reino de la felicidad y el progreso.³⁶ Los hechos futuros le darían la razón a Schmitt y su inquietud por reivindicar el elemento teológico de la Política y el Derecho.

3. Los fundamentos sociopolíticos de la excepción Weberiana

Como habíamos adelantado, uno de los primeros en abrir la crítica al Formalismo fue el sociólogo alemán Max Weber quien había empezado a desarrollarla gracias a un pormenorizada descripción del mundo moderno, el mismo que se caracterizaba precisamente por la sistematización legal:

Un derecho puede ser *racional* en muy diversos sentidos, de acuerdo con las diferentes direcciones de racionalización seguidas por el desen-

³⁵ Ibid. Para Schmitt entre la regla y el hecho concreto había una brecha que era mediada por la decisión del juez. Ibid., p. 209.

³⁶ Evidentemente esta perspectiva schmittiana la hereda de las concepciones críticas a la racionalidad moderna que alimenta el pensamiento de la Revolución Conservadora en Weimar. Véase de MOHLER, Armir. *Die Konservative Revolution in Deutschland, 1918-1932*, Darmstadt, 1972 que, como veremos, también tendrá gran influencia en la Teoría Crítica. Cfr. de HORKHEIMER, Max y Theodor W. ADORNO, *Dialéctica de la Ilustración*. Madrid: Trotta, 1994. Como veremos en la segunda parte de este ensayo, Max Weber será influenciado por la crítica a la racionalidad instrumental de la Revolución Conservadora y esta, a su vez, repercutirá en Schmitt, Neumann, y Kirchheimer.

volvimiento del pensamiento jurídico. Primeramente, en el sentido del proceso mental más simple en apariencia: *la generalización*, que en este caso significa reducción de las razones determinantes de la solución del caso especial a uno o varios *principios*, los *preceptos jurídicos* [...]. De acuerdo con nuestra manera actual de pensar, la tarea de la sistematización jurídica consiste en relacionar de tal suerte los preceptos obtenidos mediante el análisis que formen un conjunto de reglas claro. Coherente y, sobre todo, desprovisto en principio, de lagunas, exigencias que necesariamente implica la de que todos los hechos posibles pueden ser subsumidos bajo alguna de las normas del mismo sistema, pues, de lo contrario, éste carecería de su garantía esencial [...] un derecho es *formal* cuando lo jurídico material y lo jurídico procesal no tienen en cuenta más que características generales, *unívocas*, de los hechos.³⁷

El Formalismo Jurídico entonces, sobre la base de las generalizaciones de las reglas abstractas, absorbería a los hechos concretos y esto permitiría al sistema legal moderno funcionar como una máquina racional.³⁸ De hecho, tal sería su principal característica que lo distinguiría de sistemas legales arcaicos como los que acompañaban a la denominada Justicia *Cadí*³⁹ que no obtenía resultados en función a juicios ló-

³⁷ WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México: FCE, 1964, pp. 510-511.

³⁸ MC CORMICK, John. Ob. cit., p. 208.

³⁹ WEBER., Max. Ob. cit., p. 732.

«Este tipo de procedimientos tiene sus antecedentes directos en los procesos judiciales, donde las partes en conflicto se someten al juicio de una autoridad tradicional, que sustenta su fallo en los principios de la tradición, en preceptos religiosos o en su propio entendimiento (*Justicia Cadí*). Sin embargo, una de las peculiaridades de los procedimientos que se desarrollan junto al Estado Moderno es que el tribunal basa sus juicios en un sistema de normas jurídicas generales. Las decisiones jurídicas aparecen como la *aplicación* de un precepto general a un hecho particular. Para ellos se requiere de una sistematización del Derecho». Cfr. SERRANO GÓMEZ, Enrique. *Legitimización y racionalización, Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado*. Barcelona: Anthropos, 1994, p. 57. Para un desarrollo de la Sociología del Derecho y sus implicancias para la Filosofía del Derecho y la Teoría Política, véase LUHMANN, Niklas. *A Sociological Theory of Law*. Londres: Routledge, 1985.

gicos sino en base a tradiciones arcaicas, ritos etc. Esto nos llevaba a plantear un modelo de validez que se derivaba de los normas abstractas que estaban vaciadas de contenido y de allí podíamos derivar en un modelo de *tecnología legal* en el cual la validez se daba porque las proposiciones eran semánticamente lógicas mientras que se presumía que tales normas serían obedecidas por las personas.⁴⁰

Una vez presentadas las características del Derecho Moderno, Weber se lanzaba a describir lo que tipificaba al Occidente Moderno y esto era la racionalidad instrumental y el progreso. No obstante, si bien Weber reconoce que existen progresos, entendidos como un perfeccionamiento del aspecto técnico en diversos campos de la práctica social, esto no implica que la humanidad avance hacia una situación de armonía y reciprocidad universales. Por el contrario, Weber destaca que el desarrollo técnico presupone que los riesgos a los que se enfrentan los hombres son mayores. Conforme la técnica avanza, no solo crece la posibilidad de superar problemas sociales tradicionales, también aumenta la capacidad de dominación y destrucción de los hombres.⁴¹ En este sentido, la Teoría Crítica asumiría también esta posición bastante pesimista frente a lo conseguido por la Modernidad y su razón calculadora, debido a que esta razón calculadora o instrumental, debido a que objetivaba todo y al hacerlo construía relaciones de dominación entre el sujeto que tenía el poder de objetivar y el objeto que sufría la dominación de quien lo había sometido a ese estado.⁴²

Este talante negativo del proceso de modernización que describía Weber aparecía nítidamente en el conocido texto *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*⁴³ en el que la reforma protestante revelaba lo que a sus ojos era el excesivo formalismo del Catolicismo

⁴⁰ MC CORMICK, John. Ob. cit., p. 209.

⁴¹ SERRANO GÓMEZ, Enrique. *Legitimización y racionalización, Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado*. Ob. cit., p. 66.

⁴² HORKHEIMER, Max y Theodor ADORNO. *Dialéctica de la Ilustración*. Ob. cit., p. 131.

⁴³ WEBER, Max. *La Ética Protestante y la Ética del Capitalismo*. Barcelona: Orbis, 1985.

que exageraba en los ritos y dogmas extrasubjetivos, reivindicando más bien el criterio interno, el mismo que paradójicamente estructurará una sociedad formalista y totalitaria que estará configurada por el Capitalismo, la Ciencia, la Técnica y por supuesto la Burocracia.⁴⁴

«La más dinámica concepción del cristiano dentro del Protestantismo como una *herramienta* de la voluntad divina suplanta la estática concepción católica de los cristianos como meros recipientes de la gracia divina».⁴⁵ Esto llevará también al Protestantismo a una actividad frenética para confirmar materialmente su salvación, la que podrá percibirse en la acumulación de riqueza como signo inequívoco de la predestinación. Lo que va a acontecer es que se va a dar un rechazo a todo aquello que pueda estar vinculado a la Metafísica y *supersticiones* católicas y esto no hará sino consolidar un modelo ascético que estará más bien destinado a legitimar un orden técnico que será explicado también en términos empíricos.⁴⁶

Tal orden técnico afirmará un sistema altamente racionalizado que Weber definirá como moderno,⁴⁷ el mismo que iniciado con la Reforma Protestante llegará a desarrollar toda su capacidad durante la Ilustración que culminará así este *desencantamiento del mundo*⁴⁸ —que será precisamente esta objetivación del mundo y la naturaleza— y que también será asumida por la propia escuela de Frankfort.⁴⁹ La técnica y la razón formal estarán detrás del Estado Moderno y también esto será apoyado por el desarrollo del Capitalismo. Sin embar-

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ MC CORMICK, John. Ob. cit., p. 38.

⁴⁶ Ibid., p. 39.

⁴⁷ WEBER, Max. Introducción a sus *Ensayos sobre la Sociología de la Religión*, vol. I. Madrid, 1973

⁴⁸ El mismo que será producido por la racionalidad formal que es la razón que acomoda los medios a los fines que el sujeto libremente elija. Cfr. WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Ob. cit.

⁴⁹ HORKEIMER, Max y Theodore ADORNO. Ob. cit., p. 59.

go, el prescindir de la racionalidad material (aquella que trabaja en base a valores colectivos y que de alguna manera sería el elemento de incertidumbre o de excepcionalidad) sería algo altamente peligroso — inclusive contrario al propio desarrollo económico⁵⁰ — en la medida de que el Estado formal requerirá de una legitimación que no podrá venir de la formalidad (validez formal abstracta) sino que tendrá que provenir desde los valores reales de las personas,⁵¹ es decir, tendrá que alejarse de cierto modo del sustento racional pues esto nos conduciría de regreso al poder y la dominación (como se ve en el caso de la administración y la burocracia) los mismos que, por cierto, iban a ser trascendidos por el proyecto ilustrado de la Modernidad.⁵² No obstante, esto

⁵⁰ Max Weber señalaba que el sistema capitalista requería de la racionalidad formal y también material para mantener el desarrollo económico, y que una racionalidad material pura no podría hacer avanzar la economía, sin embargo, Franz Neumann, en *Behemot, Pensamiento y Acción en el Nacional-Socialismo* procurara demostrar que no sería imposible Weber, aseguraría el desarrollo capitalista en medio de un sistema legal que solo fuese racional material y sustentaría tal afirmación en la supuesta relación entre el Capitalismo y el nacional —socialismo en Alemania que representaría según Neumann un modelo completamente alejado de la racionalidad formal—.

⁵¹ Aquí es donde se incluye el tipo de legitimidad carismática que se sustenta en la figura del líder que puede aglutinar a todas las voluntades individuales y de este modo evitar la dominación burocrática que estaría acechando tras este proceso de racionalización formal. Cfr. SERRANO GÓMEZ, Enrique. Ob. cit., pp. 87-88. Recientemente se ha mencionado que esta respuesta del líder carismático que propone Weber fue asumida también por Schmitt y eso significó de algún modo una variante entre su tesis de *La Dictadura* y la tesis que sostiene en *Teología Política*. Véase de Mc CORMICK, John. *The Dilemmas of Dictatorship, Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers, en Law as Politics, Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Ob. cit., p. 225.

⁵² Lo que significa *au fond* esta crítica es que la legalidad formal no puede eliminar las sombras del poder y la dominación pues la razón que lo crea finalmente se encuentra también dentro de la historia y no en una esfera trascendente, que justificaría la existencia de normas universales.

«La teoría de Weber sobre la racionalización trata, precisamente, de demostrar que la razón no es una instancia ajena al devenir histórico, sino una entidad inmersa en él, que adquiere una pluralidad de contenidos en los distintos contextos sociales, culturales e históricos. Por tanto, la legitimidad de la legalidad reside en el consenso

no significaría para Weber que entonces sería dable retornar a criterios racionales tradicionales o materiales pues la realidad no permitiría legitimar tales sistemas y esto hará finalmente que Max Weber situé su empeño teórico en un punto intermedio entre la excepción (donde se introducirá la legitimidad) y la regla (razón formal), el cual se conseguiría con la aparición del líder carismático y su capacidad de decisión.

4. La respuesta de la teoría crítica y los intentos por superar el problema de la excepción

Si hay algo relevante en los aportes de la primera oleada de la Escuela de Frankfort esto son sus argumentos en favor de que el Capitalismo excesivo podría ser frenado por el Estado de Derecho lo cual serviría también para defender de cierto modo al Estado de Bienestar vía lo que podría llamarse un Estado Social de Derecho.⁵³ Tal Estado estaría destinado, como mencionaba por ejemplo Neumann, a buscar una positiva igualdad social y económica que sería esencial a toda democracia y en este sentido tal Estado estaría destinado a una fusión entre los derechos clásicos con el Socialismo Reformista.⁵⁴ Esto significaba que tanto Kirchheimer como Neumann buscaban ir más allá de la supuesta (o no tan supuesta) contradicción entre la legislación social y la ley formal,⁵⁵ a fin de establecer un orden político que fuese capaz de respetar a los seres humanos como fines en sí mismos.

sobre la validez del contenido de esta última; pero ya que dicho contenido es variable, el único criterio racional que nos permite sustentar la crítica racional a las diversas creencias en la legitimidad “fe en la legalidad” es la propia noción de consenso y los procedimientos ligados a ella».

SERRANO GÓMEZ, Enrique. Ob. cit., p. 110.

⁵³ NEUMANN, Franz. *Behemot, Pensamiento y Acción en el Nacional Socialismo*. Ob. cit., p. 66.

⁵⁴ SCHEUERMAN, William E. *Between the Norm and the Exception*. Ob. cit., pp. 58-59.

⁵⁵ Esto podría ser el caso por ejemplo de la legislación social del *New Deal* que combatió la depresión económica en los Estados Unidos.

Sin embargo, tanto Neumann como Kirchheimer entenderán la importancia que tiene la excepción y el proceso de *deformalización* que esta ha generado dentro del ordenamiento legal moderno, pero al mismo tiempo también serán conscientes de los peligros que estarían detrás de la pura excepción y que no serían otros que las facultades discrecionales que se estarían entregando al magistrado o soberano según fuese el caso. Así pues, Neumann en su conocido trabajo sobre el Nacional-Socialismo resaltaba las relaciones de este movimiento ideológico con la excepción pura y más claramente con quien para él era el principal artífice del Decisionismo Jurídico, Carl Schmitt:

El Decisionismo se basa en una doctrina de la naturaleza de la Política, extraña aunque extraordinariamente atractiva, y se parece mucho al sindicalismo revolucionario de Georges Sorel. La Política afirmaba Schmitt, es la relación existente entre amigo y enemigo es alguien a quien hay que acabar por exterminar físicamente. En este sentido toda relación humana puede convertirse en política ya que todo adversario puede convertirse en enemigo susceptible de exterminación física.⁵⁶

La tesis schmittiana prescindía según Neumann de cualquier fórmula deliberativa o *dialogante* y de hecho reconocía así que la voluntad democrática era siempre *dialogante*. «Una comunidad genuinamente democrática descansa obviamente sobre elecciones o decisiones, pero en contraste al Existencialismo Normativo schmittiano, el ideal normativo democrático esta basado en una acción reflexiva y auto restringida».⁵⁷

⁵⁶ NEUMANN, Franz. Ob. cit., p. 65

Ciertamente hay que comprender que Neumann al escribir esto defiende una posición política y Schmitt se encuentra precisamente en la orilla opuesta. En este sentido se entiende que Neumann exagera y distorsione el significado del concepto de lo político de Schmitt, el mismo que no se basa en el aniquilamiento sino en la disuasión o neutralización del enemigo ya que se trata de un enemigo público (*hostis*) y no privado (*inimicus*).

⁵⁷ SCHEUERMAN, William E. Ob. cit., p.204.

La crítica de la primera generación de la Escuela de Frankfort al pensamiento schmittiano radicaba en que él —y de alguna manera Weber también— había rechazado categóricamente al Derecho Formal para dar espacio a un soberano o legislador decisionista y esto podía significar una renuncia a los conceptos de igualdad y neutralidad que había alimentado al Pensamiento Ilustrado y al Estado de Derecho.⁵⁸ Sin embargo, como habíamos mencionado, tanto Neumann como Kirchheimer consideraban que era factible salvar al Estado de Derecho (y su neutralidad y predictibilidad) sin eliminar tampoco al Estado de Bienestar (asociado a la igualdad pero también al Decisionismo que mencionaba Schmitt) y los beneficios que este podía producir para la Comunidad y la Democracia.

Si el Derecho Formal había nacido para asegurar la igualdad real de las personas y esta igualdad comenzaba a ser socavada por el avance del Capitalismo⁵⁹ y las crecientes injusticias que este producía entonces era inevitable la aparición del Estado de Bienestar si es que queríamos seguir aspirando a la igualdad. Tal Estado de Bienestar, no obstante, como ya lo habían anunciado Weber y Schmitt, tenía que estar del lado de lo excepcional y discrecional y esto rompía el

⁵⁸ Ciertamente, no solo Schmitt y Weber vieron con temor los peligros de la *deformalización* del Derecho (y por eso invocaron respuestas decisionistas) sino también teóricos como el mismo Friedrich Hayek quien pensaba que los resultados de la *deformalización* eran peligrosos pero peor eran las soluciones que se planteaban y por eso rechazaba de plano cualquier intento por establecer un Estado de Bienestar —que era como él decía el camino a la servidumbre—. Él creía más bien que estas contradicciones se resolverían a través de la utopía del Mercado. Cfr. HAYEK, Friedrich. *The Constitution of Liberty*. Londres: Routledge and Kegan, 1976; *Law, Legislation and Liberty*, vols. 1-3 Londres: Routledge and Kegan, 1973; *The Road to Serfdom*. Londres: Routledge and Kegan, 1976

⁵⁹ Como lo mencionaba Max Weber, el Derecho Formal nacerá de la oposición al Legalismo particular que podía estar representado, por ejemplo, por los estamentos medievales y en ese sentido estará asociado al Capitalismo burgués orientado hacia el Mercado y la estructuración de la burocracia administrativa. Cfr. al respecto, de TRUBEK, David. *Max Weber on Law and the Rise of Capitalism*, y Sally Ewing, *Formal Justice and the Spirit of Capitalism: Max Weber Sociology of Law*, en *Law and Society Review*, vol. 2, n.º 3, 1987.

esquema formal. Parecía entonces que se llegaba a una paradoja en la que la naturaleza del Derecho Formal se deshacía (*deformalizaba*) con la arbitrariedad de las políticas públicas pero al mismo tiempo el Derecho Formal asociado al Capitalismo y la Burocracia Neutral desnaturalizaba los fines del Estado de Derecho, en especial el del principio de la igualdad, en la medida de que ni los oficiales ni los burócratas eran elegidos públicamente ni podían ser materia de emplazamiento para que justificaran sus decisiones.⁶⁰

Pero la Escuela de Teoría Crítica no estaba de acuerdo en pensar que siempre que se hablaba del Estado de Bienestar y las políticas sociales tenían que asociárselas con la creación constante de normas personalizadas y con grandes burocracias. Un Estado de Bienestar podría estar basado en reglas transparentes y en normas legales formales y calculables y esta tendencia empezaba a ser compartida inclusive por distintos teóricos, no necesariamente provenientes de la cantera de la Teoría Crítica.⁶¹

Se podría decir, por ejemplo, que una ley que afirmara que cada ciudadano debería de recibir cada fin de mes determinada cantidad de dinero, poseería más coherencia que una norma que dijese que el Presidente tiene la facultad de intervenir para regular los precios y los salarios y que tal potestad podría ser derivada a cualquier agencia u organismo de gobierno.⁶² Así pues, en este nuevo universo político, habría soluciones no solo para los inconvenientes del Estado de Bienestar, sino también para los problemas que causaría la administración pública que no debería llevarnos a un orden que multiplica las demandas legales y que posee también un conjunto de expertos destinados a

⁶⁰ GREGG, Benjamin. Comentarios a *Between the Norm and the Exception*. Ob. cit., p. 238.

⁶¹ SCHEUERMAN, William E. Ob. cit., p. 213.

Por ejemplo un programa de políticas sociales basado en reglas generales que garanticen un ingreso mínimo, podía minar las fuerzas de la burocracia y su *discrecionalidad*.

⁶² *Ibid.*, p. 214.

solucionar tales exigencias sino, como diría Kirchheimer, habría que revitalizar el gobierno de la ley por intermedio de una base de participación popular y que al mismo tiempo sirviese para legitimar el propio Estado de Bienestar.⁶³

La propuesta de Neumann y Kirchheimer se concentraba, por lo tanto, en la formación de un Estado Social de Derecho, y como vimos, ellos podrían estar pensando en un tipo de modelo que sobre la base de normas generales pudiese llevar a cabo determinadas políticas sociales sin que se tratase tampoco de reglas demasiado generales que hiciesen inútiles a estas normas o dejarasen distintas áreas sociales y económicas sin regular, contribuyendo así al fracaso de las políticas sociales. No había pues necesidad de renunciar al Estado de Derecho para habilitar un Estado de Bienestar ya que «[...]si los servicios sociales podían producirse para satisfacer el consumo de la masa, los procedimientos legales que los acompañarían también podrían ser producidos».⁶⁴

Detrás de este intento por superar el problema planteado al Legalismo Formal por la Democracia de Masas y el Capitalismo quedaba, sin embargo, flotando en el ambiente un sabor extraño, a saber, la supuesta perfección del Derecho Formal y su capacidad de resolver conflictos y constituir así una sociedad bien ordenada. La Teoría Crítica en este punto era fiel a la tradición ilustrada y consideraba que las reglas formales no requerían de mayores aspavientos ni cavilaciones para demostrar su eficacia *per se*. Es decir, que solo se necesitarían reglas determinadas para sortear todos los problemas planteados —léase conflictos— y así los jueces tendrían ante ellos reglas claras, sin ambigüedades, y fácilmente interpretables. Definitivamente, la Teoría Crítica estaba segura de que la vaguedad nos llevaba al Despotismo: «El Derecho es el lenguaje del poder estatal, y si el uso de

⁶³ Ibid., p. 222.

⁶⁴ KIRCHHEIMER, Otto. *The Rechtsstaat as Magic Wall*, en *The Critical Spirit: Essays in Honor of Herbert Marcuse*, editado por Barrington Moore. Boston: Beacon, 1967, p. 435.

este lenguaje es confuso o poco claro, lo más probable es que sea utilizado por cuerpos subordinados o cuasi públicos del Estado (administradores, jueces, unidades corporativas dominadas por momentos por grupos privados bien organizados)».⁶⁵

Pero, ¿qué tan cierta podía ser esta afirmación que señalaba que el Derecho Formal impedía la indeterminación legal? En realidad, la idea de la superación de la excepción por parte del Estado de Derecho era ciertamente un resabio del Pensamiento Moderno y más específicamente de la ciencia jurídica, ya que es sabido que el propio Hans Kelsen había dejado de lado la soberanía (el elemento de excepcionalidad) dentro de lo que significaba el Derecho como sistema normativo.⁶⁶

Mas, lo que resultaba verdadero también era el hecho de que la indeterminación existía en cualquier sistema legal⁶⁷ y esto podía verse a través de tres ejemplo concretos:

1. Normalmente surgen casos para los cuales no existen reglas precisas ni tampoco existen precedentes para su solución. En relación a ellos, el juez no tendrá ninguna alternativa más que la *discrecionalidad*⁶⁸ a pesar de que se pueda decir que él podría recurrir a la analogía o la lógica. Esto, en todo caso, no garantiza la validez de la resolución.⁶⁹

⁶⁵ SCHEUERMAN, William E. Ob. cit., p. 144.

⁶⁶ SCHMITT, Carl. *Political Theology*, Ob. cit., pp. 14 y 18.

⁶⁷ Esta reflexión la he tomado del comentario de texto de Benjamin Gregg al libro de SCHEUERMAN, William. Ob. cit., p. 240.

⁶⁸ Quien sostiene de cierto modo la existencia de estas zonas de penumbra y de alguna manera reivindica la capacidad discrecional de los magistrados es HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho Buenos Aires: Abeledo Perrot*, 1990. Dicha tesis va a ser refutada por Ronald Dworkin en *Los Derechos en Serio* Barcelona: Ariel, 1989.

⁶⁹ Un reciente trabajo que intenta recuperar el valor de analogía es el texto de Cass Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: Oxford UP, 1996.

2. Se pueden detectar formas de inconsistencia en los sistemas legales sustentados en principios. Es decir, que podría haber una colisión entre los principios, lo cual solo podría resolverse con una meta-teoría que sin embargo estaría establecida sobre la base de un principio indeterminado (ejemplo Kelsen).
3. Las normas pueden tener diversos propósitos, y si tenemos un situación empírica nueva para la cual la norma podría servir también, podemos sembrar una indeterminación en caso de que los propósitos sean contradictorios.

Evidentemente estos son solo algunos de los muchos puntos que podrían mencionarse en relación a la indeterminación del Derecho Formal y es un hecho que dentro de la Filosofía del Derecho y la Sociología del Derecho contemporáneos ya nadie puede sostener que el Derecho Formal constituye un conjunto de reglas sólidas y definidas. En este sentido, parecería un exceso el sugerir que las reglas formales estarán en una posición de superioridad frente al Decisionismo que por lo menos reconoce que no es neutral y que adicionalmente tendría la ventaja de que no lleva sobre sus ojos la *venda* que si porta el Derecho Formal para poder actuar de manera impersonal y abolir así la arbitrariedad.

Sabemos, sin embargo, que esa *venda* no representa otra cosa que el estado de abstracción y generalidad sobre el que descansa el Derecho Formal que no es capaz de tomar en serio a las personas y sus valores. La Teoría Crítica en un primer momento reconoció la importancia de las personas y sus valores (lo indeterminado, esto es, lo excepcional) y buscó responder a ellos pero a través de la *venda* del Estado de Derecho. Al hacerlo, pensaron poder mantener a las instituciones del Estado de Derecho Distribuidor con todos sus personajes, como los burócratas, los jueces, etc., etc., pero controlados por la ley formal. Sin embargo, siempre quedaba flotando en el ambiente la idea de que un Estado Social de Derecho no podía funcionar con una *venda* en los ojos pues, en el mismo ejemplo citado en el que bastaba, por ejemplo, una sola norma general que determinase un ingreso mínimo, no se podía satisfacer la realidad política plagada de indivi-

duos distintos y con necesidades también variadas. Se daba el caso también que no se hiciesen distinciones entre el jubilado enfermo, el policía en actividad o el empleado soltero que podía recibir inclusive hasta compensaciones por gastos de escolaridad. Todos estos casos deberían ser tomados de manera separada y eso implicaba un acto de voluntad (decisión) desprovista de cualquier venda que ocultase tal realidad y que produjese resultados injustos. En otras palabras, quedaba sembrada la duda en torno a la posibilidad de crear un Estado de Bienestar dependiente de las reglas formales.

Finalmente, pensamos que el modelo de Schmitt (aquel que prescindiría de la venda) estaría en mejores condiciones de superar los problemas contemporáneos que cada vez más demuestran encontrarse en un contexto excepcional y explosivo, y en tal situación, lo más recomendable sería resolverlos de manera concreta y particular.⁷⁰ Si la regla formal se ha excedido *comiéndose* literalmente a la excepción, el Decionismo Jurídico deberá de restablecer el equilibrio entra la excepción y la regla.

⁷⁰ Inclusive un filósofo del Derecho Liberal como Cass Sunstein sostiene que ya es hora de que el Derecho abandone las abstracciones y se dedique a resolver sobre casos concretos, reconociendo así que los magistrados no pueden actuar como filósofos. *Ibid.*, p. 4.

**SEGUNDA PARTE:
LA DECONSTRUCCIÓN DE LA POLÍTICA
MODERNA**

Capítulo 6

¿Por qué la Economía de Mercado es anticonstitucional?

1. Introducción

Ciertamente, el tema de la relación entre la Economía y el Derecho ha sido normalmente tratado, ora desde la óptica del economista práctico y ducho en los análisis cuantitativos, ora por los juristas también más prácticos que teóricos quienes absorbían o delimitaban lo económico a lo legal.

En este sentido, vamos a empezar este ensayo señalando enfáticamente que este trabajo no será escrito desde la perspectiva usual del abogado constitucionalista o del economista sino desde la visión de la Teoría Política, asumiendo entonces una acepción determinada de lo constitucional, a saber, *lo constitucional no como exclusivamente legal sino como Político por sobre todas las cosas*.¹

Así pues, entendiendo que lo Político es equivalente a lo constitucional, trataremos de demostrar que la Economía denominada Neo-

¹ Para una exposición de las diferencias entre el Estado de Derecho y el Estado Político véase nuestro ensayo *Carl Schmitt y los desafíos al Estado Constitucional*, aparecido en *Pensamiento Constitucional*, Año III, n.º 3, Pontificia Universidad Católica, Lima-Perú, 1996, en el que se aclaran los límites de las constituciones liberales inspiradas en el pensamiento kantiano y las ventajas de las constituciones denominadas políticas desarrolladas por el constitucionalista alemán Carl Schmitt.

Liberal en nuestro país o Libertaria (Libertarian) en el mundo anglosajón, deudora en un primer término de las ideas centrales de la Ilustración escocesa de Adam Smith y² David Hume,³ y representada más contemporáneamente por economistas y pensadores políticos como Milton Friedman,⁴ James Buchanan,⁵ F. A. Hayek⁶ y Robert Nozick,⁷ se halla en una manifiesta oposición al sentido y propósito de nuestra Constitución. Esto implica, en pocas palabras, que los fines establecidos en su artículo primero, en el que aboga por la vida y dignidad de la persona humana, jamás podrían ser realizados si es que decidiéramos llevar a la práctica —como parecería que ocurre actualmente— los postulados matrices del Neoliberalismo. En otras palabras, al llevar adelante un análisis de los componentes teóricos de la Economía de Mercado de la llamada Escuela Austríaca, nos encontramos paradójicamente con propuestas que además de ser contrarias en sí mismas, serán opuestas al mismo *telos* del Estado de Derecho de matriz Kantiana o más aun, resultarán en propuestas inaceptables

² SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. Oxford: Clarendon Press, 1976. Traducción, *La Riqueza de las Naciones*. Madrid: Aguilar, 1961.

³ HUME, David. *Treatise on Human Nature*. Oxford: The Clarendon Press, 1888. Edición en español, *Tratado de la Naturaleza Humana*. Buenos Aires: Orbis, 1984; *Investigación sobre el Entendimiento Humano*. Bogotá: Norma, 1992.

⁴ FRIEDMAN, Milton. y ROSE FRIEDMAN, . *Free to Choose*. Nueva York: Harcourt Brace Jonavich, 1980. Edición en español: *Libertad de elegir*. Barcelona: Orbis, 1983.

⁵ BUCHANAN, James y GORDON TULLOCK, *The Calculus of Consent*. Ann Arbor: Uof Michigan P, 1962.

⁶ HAYEK, F. A. *The Constitution of Liberty*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1960. En español: *Los Fundamentos de la Libertad*. Madrid: Unión Editorial, 1978; *Law, Legislation and Liberty*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1982. En español: *Derecho, Legislación y Libertad*. Madrid: Unión Editorial, 1985.

⁷ NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Basil Blackwell, 1974. Edición en español, *Anarquía, Estado y Utopía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

para la fundamentación de conceptos políticos tan vitales y necesarios como el del bien común o el del bienestar general.⁸

Sin pretender, por cierto, un análisis económico, en las siguientes páginas trataremos de fundamentar las razones por las que nos vemos tentados a presentar afirmaciones tan categóricas, y por ende, aguardamos también que se medite con detenimiento las conclusiones que obtengamos.

Por último, queremos hacer hincapié en el hecho de que no es por azar que no estemos mencionando en ningún momento el manido término de la inconstitucionalidad, habida cuenta de que nuestro intento y nuestra crítica no tiene relación con lo legal (léase Positivismo) sino con lo sustantivo y con los fines políticos que persigue una constitución y el rol que debe de cumplir lo económico en este propósito. Por lo tanto, señalar que estamos ante un corriente económica que es a nuestro criterio anticonstitucional, no supone otra cosa que afirmar que el Neoliberalismo de los últimos años está en manifiesta contradicción con el sentido político de nuestra Constitución y se orienta más bien a subvertir el espíritu de la misma.

2. De la fábula de las abejas al orden espontáneo

Definitivamente el Comercio y los mercados no aparecieron con la Modernidad. Desde que se consolidaron las sociedades humanas, el trueque en primer lugar y más tarde la moneda misma,⁹ constituyeron los medios más adecuados para el intercambio de bienes. En este

⁸ Este no es el lugar para sustentar la necesidad de conceptos de esa índole pero sin duda lo haremos en su momento pues lo consideramos esencial para desafiar de manera contundente los argumentos liberales.

⁹ La aparición de la moneda está, más bien, ligada a una división del trabajo más compleja y que en primer lugar se vinculaba con las actividades realizadas. Más tarde se uniformaría estas monedas con los metales, particularmente con el oro.

SEDILLOT, Rene. *Historia del Oro*. Barcelona: Bruguera, 1975, pp. 128-220.

sentido, un mercado podía ser cualquier lugar donde se pudiese realizar esta clase de actividades que estaban íntimamente ligadas a la vida de los seres humanos.

Este espacio estaba destinado a cubrir una determinada función dentro del orden social y a facilitar la vida de los ciudadanos sobre la base de un intercambio justo, comportamiento que Aristóteles definió como Justicia Particular, es decir, aquella relación en la que uno obtenía un bien que necesitaba (por ejemplo naranjas) a cambio de entregarle a quien lo poseía, algo equivalente a lo brindado (por ejemplo limones o papas).¹⁰ Sin embargo, ya desde el siglo XVIII —y quizá un poco antes— lo que siempre había sido un tipo de comportamiento creado, elaborado o inventado por la razón humana, se transformaría radicalmente en un sistema moral que, proveniente de las canteras del naciente Atomismo Político,¹¹ desbordaba paradójicamente a la voluntad y a la razón humana para afirmar valores universales, en un sistema que lejos de ser político escoraba más bien por el lado del individualismo *desencarnado*,¹² soslayando así la intencionalidad de las elecciones humanas y colocando a los hombres en un plano de real incertidumbre.¹³

¹⁰ En síntesis, una Relación de Mercado o Intercambio se sustentaba en la igualdad de lo intercambiado y nunca podía implicar un beneficio de una de las partes a cargo de un perjuicio del otro. Esto no sería entonces una relación de Sumatoria Cero (Zero Sum) que es, por ejemplo, la característica central de las relaciones entre derechos individuales.

¹¹ TAYLOR, Charles. *Atomism*, en *Philosophy and the Human Sciences*, *Philosophical Papers* 2. Cambridge: Cambridge UP, 1985.

¹² El término es usado por SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge UP, 1982 y hace referencia al individuo kantiano que se construye en base a una separación de su contexto o realidad y que literalmente se encuentra sin ningún tipo de fundamentos y apoyos. Punto de Arquímedes.

¹³ Esta afirmación que a primera impresión parecería equivocada, habida cuenta de que la definición contemporánea de Mercado establece justamente lo contrario, es decir, que el Mercado moderno es el lugar donde se satisfacen los intereses, deseos y necesidades individuales, no tiene en realidad sólidos argumentos pues a pesar de

El camino para llegar a este estado de cosas no fue corto; se produce dentro de un proceso que se vislumbraba desde fines del Renacimiento con la conformación del estamento burgués y de la denominada Civilización¹⁴ que empieza, por ejemplo, a identificar en la acumulación de riqueza un signo inequívoco de predestinación,¹⁵ eliminando así el de rechazo hacia el lucro que, como se sabe, fue muy mal visto en el mundo antiguo y condenado durante la Edad Media donde la caridad debía ser practicada por los grandes espíritus y señores, en tanto que la usura y el afán de riqueza eran más bien asociados a las capas más viles y bajas de la *Respublica Christiana*.¹⁶

los postulados epistemológicos del Mercado, la naturaleza de los seres humanos sería quizá tan desconocida como la propia realidad que ellos mismos tildan de incognoscible y si aseguramos esto con tanta certeza, ¿Con qué fundamento podríamos aseverar que es posible conocer el aspecto interior de las personas, es decir, que cada uno de nosotros pudiera estar en capacidad de conocer sus necesidades, sus deseos y sus fines?

Ahora bien, por influencia del Liberalismo y su necesidad por impulsar el concepto de igualdad, este fue ubicado en la noción de ELECCIÓN individual, es decir, que todos los seres humanos seríamos iguales en la medida que todos tenemos la capacidad de realizar elecciones pero esto quedaba más bien como un punto ideológico antes que como una verdad científica.

¹⁴ Para una descripción de este proceso se puede revisar de SOMBART, Werner. *El Burgués*. Madrid: Alianza Universidad, 1986 y de ELÍAS, Norbert. *El Proceso de la Civilización*. México: Fondo de Cultura Económica, 1987. De hecho, este también es el periodo en el cual se comienzan a levantar las instituciones políticas modernas. Véase al respecto de SKINNER, Quentin. *The Foundations of Modern Political Thought*. Cambridge: Cambridge UP, 1978.

¹⁵ Para un análisis de la influencia de ciertas doctrinas protestantes en la formación del espíritu moderno siempre es recomendable el texto de WEBER, Max. *La Ética Protestante y el espíritu del Capitalismo*. Madrid: Sarpe, 1984.

¹⁶ Recordemos sin ir muy lejos que ya desde *La República* de Platón se recomendaba separar a los guardianes de sus bienes y en *Las Leyes* se ubicaba a su ciudad ideal dentro de la tierra para evitar que fueran tentados por el lujo y el intercambio desmedido. Asimismo, el temor de Platón y Aristóteles hacia la Democracia iba más bien por el lado de la falta de educación y de valores del *demos*.

Citado por HORNE, Thomas. *El Pensamiento de Bernard Mandeville*. México: Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 139.

En esta perspectiva, se comienzan a generar distintas corrientes que se centran fundamentalmente en la producción y acumulación de bienes como signo de prosperidad, al tiempo que se empieza a indagar por las causas que originan que una sociedad sea más próspera que otra. En este terreno y algunos años antes que naciera el denominado padre de la Economía Liberal, Adam Smith (1723-1790) con y su *Wealth of Nations*, el hasta ese entonces desconocido médico holandés afincado en Inglaterra, Bernard Mandeville, (1670-1733) sentaría las bases *morales* de este nuevo sistema que tendería a asegurar la paz y la prosperidad de los países que ya buscaban acomodarse dentro del naciente Sistema Capitalista. Ciertamente, el siglo XVIII además de habernos traído el Racionalismo francés y la fe en el progreso, fue también rico en propuestas morales.

Concluido definitivamente el sistema ético que proporcionaba la seguridad del Tomismo y del Derecho Natural, tras las guerras religiosas de los siglos anteriores, y establecida así la dicotomía entre lo político y lo moral, se requería hallar sucedáneos que mantuviesen unidas a las sociedades.¹⁷ Eso se podía lograr únicamente a través de un sistema de valores que se acomodaran al *Zeitgeist* y al contexto de la Europa secularizada e individualista. Una primera aproximación axiológica fue aquella impulsada por el espíritu puritano que aseguraba que había una inflexible conexión entre el pecado privado y el bien público. Esta idea se hallaba bastante difundida y aseguraba que el vicio alimentaba el quiebre del orden social:

Vicios tales como el orgullo, la envidia y la ambición podían hacer que un hombre tratara de dejar la posición que le correspondería por aspirar a algo superior para lo que no estaba preparado. Otros vicios podían afectar el orden social desde la dirección opuesta: el lujo, el juego o la ebriedad podían arruinar la fortuna de una familia noble.¹⁸

¹⁷ Esto significaba que el quiebre de la *Respublica Chistiana* había creado una situación de anomia política.

¹⁸ HORNE, Thomas. *Ibid.*, p. 26.

El ocio también era repudiado pues se veía como un serio perjuicio para el progreso material de la Sociedad¹⁹ al tiempo que se creía que una sociedad viciosa también podía ser materia de algún tipo de castigo divino, como había acontecido con Sodoma y Gomorra.²⁰ En síntesis, el vicio privado, no era otra cosa que un egoísmo que se manifestaba en ciertos tipos de comportamientos que contribuirían necesariamente a crear un clima de conflicto y de luchas intestinas. La historia era, además, muy rica en ejemplos de cómo el libertinaje de los magistrados había liquidado a las ciudades Estado y al propio Imperio Romano. Por último, una comunidad impulsada por el crimen y la degradación solo serviría para justificar un régimen absolutista que aparecería entonces como el gran pacificador y como una necesidad inevitable.²¹ Por consiguiente, era preciso articular un sistema moral muy rígido que fomentase la virtud frente al vicio, el trabajo frente al ocio o el altruismo frente al egoísmo.

Mandeville, no obstante, va a ser el primero en señalar que esta posición era completamente errónea y que conduciría inevitablemente a la pobreza y a la disolución de la comunidad. Utilizando la licencia de la sátira y de la fábula escribiría un folletín²² que daría pie para su obra más conocida, es decir, *The Fable of the Bees or Private Vices, Publick Benefits*²³ (La fábula de las abejas, o vicios priva-

¹⁹ Es interesante ver cómo con la Modernidad comienzan a cambiar los significados de las palabras. Así el término latino *otium* no correspondía a un tiempo libre o a un *dolce far niente* sino más bien a un estado de contemplación y recogimiento opuesto a lo que significaba el movimiento *negotium* o trabajo. El ocio se asociaba entonces a la contemplación pura del sabio. Véase «*L'affaiblissement des Mots*». *L'arc et la Massue* de Julius Evola, Puiseux:Pardes, 1983, pp. 47-48.

²⁰ HORNE, Thomas. Ob. cit., p. 27.

²¹ Ibid., p. 29.

²² El folleto en mención es *The Grumbling Hive: or, Knaves Turn 'd Honest* y se vendió de manera clandestina en 1705 siendo reimpresso en la Fábula de las Abejas en 1714.

²³ Citamos aquí la edición de KAYE, F.B. *The Fable of the Bees*. Oxford: At the Clarendon Press, 1924. Reedición: Indianapolis: Liberty Fund, 1988. Edición en español, *La Fábula de las Abejas*, México: Fondo de Cultura Económica, 1981

dos, beneficios públicos). En este folleto se dejaba claramente establecido que eran justamente los vicios privados los que habían producido la riqueza de la Inglaterra de su tiempo y que eran además estos vicios —que dicho sea de paso siempre habían existido— los que habían coadyuvado al engrandecimiento comercial, así «[...] mientras que el lujo empleaba a un millón de pobres y el abominable orgullo a un millón más: La propia envidia y la vanidad eran los ministros de trabajo; su favorita locura, la veleidad en la comida, el mobiliario y el vestido, ese extraño vicio ridículo, fue convertido en la rueda misma que movía el comercio».²⁴

Una sociedad como las de las abejas —que en realidad era la sociedad inglesa— entonces, empezaría a sufrir estragos si es que la vanidad comenzaba a disminuir, produciéndose por ejemplo una disminución en las ventas de quienes expendían vestidos o aromas. Si la gente se comportaba de manera virtuosa, los abogados, los policías y los magistrados quedarían sin trabajo. En fin, toda la industria sucumbiría si las necesidades de las personas menguaban o desaparecían.²⁵ Finalmente, si la gloria tampoco les importaba ya, rápidamente dismantelarían su ejército para sufrir una invasión en poco tiempo.²⁶

Los hombres eran, como lo decían también en ese entonces pensadores como Montaigne o Hobbes, irremediablemente egoístas pero, mientras que esa situación era para Montaigne motivo suficiente para

²⁴ «Whilst Luxury Employ'd a Million of the Poor, and odious Pride a Million more: Envy it self, and Vanity, Were Ministers of Industry; Their darling Folly, Fickleness, In Diet, Furniture and Dress, That strange ridiculous Vice, was made The very Wheel that turn'd the Trade».

«*The Grumbling Hive, or Naves turn'd Honest*» en *The Fable of the Bees*. Indianapolis: Liberty Fund, 1988 p. 25.

²⁵ «As a Pride and Luxury decrease, so by degrees they leave the Seas. Not Merchants now, but Companies remove whole manufactories. All Arts and Craft neglected lie; Content, the Bane of Industry, Makes them admire their homely Store, And neither seek nor covet more». *Ibid.*, pp. 34-35.

²⁶ *Ibid.*, p. 32.

derivar en un escepticismo que acentuaría el individualismo, para Hobbes esta realidad sólo se podría superar a través de la creación de un Dios Mortal (*Leviathan*) que subsumiera todas las voluntades aisladas a fin de evitar una guerra de todos contra todos.²⁷ Por el contrario Mandeville, así como Adam Smith y todos aquellos seguidores de esta visión individualista del mundo, aseveraban que el egoísmo que caracterizaba a todas las criaturas humanas no era nada que tuviese que ser condenado. Por el contrario, era precisamente este egoísmo el que movía y cohesionaba a las sociedades haciéndolas progresar de una manera jamás vista en la historia de la humanidad. Por lo tanto, si queríamos disfrutar de los beneficios que brindaba la emergente economía liberal, no deberíamos interferir en el campo de los hábitos y las costumbres humanas sino más bien dejar que estos se manifestaran libremente y sin control; de este modo, quedaba asegurado el bienestar de la *Colmena*.

Adam Smith, uno de los más importantes representantes de la denominada Ilustración escocesa se encargaría de desarrollar estas ideas de una manera más profunda aunque sin cambiar la esencia del pensamiento mandevilliano. Así, para él estaba claro que no era por la benevolencia del carnicero, el cervecero o del panadero, que aguardábamos nuestra cena, sino que esto se producía básicamente cuando cada uno de nosotros pretendía satisfacer nuestro interés particular (*self-love*).²⁸

En este sentido es que aparecería la famosa sentencia Smithiana *de la mano invisible*, cuando se discutía sobre las barreras al comercio internacional, afirmando al mismo tiempo que era mejor para el empresario invertir en su mismo país que afuera, porque uno conocía mejor las leyes y a la gente de su propia realidad a la par que favorecía la creación de empleo para sus compatriotas:

²⁷ HOBBS, Thomas. *Leviathan*, editado por C.B Macpherson. Harmondsworth: Penguin, 1968.

²⁸ SMITH, Adam. Ob. cit., pp. 26-27.

Al preferir soportar la industria doméstica antes que la extranjera, él solo busca su propia seguridad; y al dirigir la industria de tal modo que lo que produce debe ser del mayor valor, intenta satisfacer únicamente su propio provecho, pero él es aquí llevado como en otros casos por una mano invisible para promover un fin que no era parte de su intención [...] al perseguir su propio interés él frecuentemente promueve el de la sociedad más efectivamente que cuando lo buscaba promocionar realmente. Nunca he sabido que han causado mucho provecho quienes realizaron actividades comerciales por el bien público.²⁹

Así pues, esta mano invisible —denominada Mercado— en realidad se convertía en un ente encargado de la distribución de bienes entre las personas que ya para ese entonces actuaban dentro de los parámetros del Individualismo (político y metodológico). Ahora bien, ya que se trataba de un órgano *invisible* no podía comprometer la libertad de las personas, con lo cual cumplía con el primer requisito de la Modernidad (autonomía) y en segundo lugar aseguraba el bien común, anhelo que, originado en un contexto anterior, (Edad Media) aún se manifestaba firme durante el siglo XVIII. No obstante, como se percibe en la actualidad, el argumento de la mano invisible era menos que controvertido pues averiguar qué tan cerca trabajan en beneficio nuestro el Mercado y su mano invisible, es probablemente el tema más importante que se debate entre los economistas contemporáneos.³⁰

No obstante, quién estableció realmente las bases últimas del Sistema Libertario no fue otro que el Profesor austríaco F.A. Hayek, (1899-) quien, desde sus primeros trabajos, estaría ya preocupado por el rol del conocimiento en la economía capitalista y en la economía de las ideologías socialistas.

Hayek observaba que el principal problema económico estaba en la coordinación de los distintos planes individuales, cada uno de los

²⁹ Ibid; Libro IV, Cap.II, p. 456.

³⁰ HARGREAVES, Shaun. et al. , *The Theory of Choice*. Oxford: Blackwell, 1992, p. 180.

cuales utilizaba un conocimiento privado que era manejado de manera exclusiva. La solución a esta interrogante podía hallarse en el sistema de Mercado pues cada agente, actuando según su propio interés, respondía a las señales de los precios que a su turno reflejaban la información mantenida por todos los agentes. El Mercado, por lo tanto, debía verse como un proceso que descubría y distribuía información que antes era desconocida. En último término, esto implicaba una crítica acre a la Economía de Planificación llamada también Socialismo de Mercado.³¹

En su primer trabajo, *The Road to Serfdom* Hayek advertía ya que un sistema de economía planificada, al ignorar los valores de las personas, terminaba sofocando la libertad individual y acabaría irremediablemente en un sistema totalitario.³² Para él existían dos modos de organización social: en primer lugar se hallaba el *orden espontáneo* que, como ya lo adelantaba en *The Road to Serfdom*, se suscitaba en una sociedad no autoritaria, en la que el poder crece de forma espontánea y se autogenera. En este contexto el poder se basa en reglas generales que tienen que ser obedecidas y que aparecen a través de una selección natural. En segundo lugar, existía un *orden construido*

³¹ Ob. cit., p. 324.

³² «The *social goal*, or *common purpose*, for which society is to be organised, is usually vaguely described as the *common good*, or the *general welfare*, or the *general interest*. It does not need much reflection to see that these terms have no sufficiently definite meaning to determine a particular course of action. The welfare and the happiness of millions cannot be measured on a single scale of less and more. The welfare of a people, like the happiness of a man, depends on a great many things that can be provided in an infinite variety of combinations. It cannot be adequately expressed as a single end, but only as a hierarchy of ends, a comprehensive scale of values in which every need of every person is given its place. To direct all our activities according to a single plan presupposes that every one of our needs is given its rank in an order of values which must be complete enough to make it possible to decide between all the different courses between which the planner has to choose. It presupposes in short, the existence of a complete ethical code in which all the different human values are allotted their due place». HAYEK, F. A. *The Road of Serfdom*. Londres: Routledge, 1944, pp. 42-43.

que se asumía debía de tener algún propósito o fin como un todo. Por otro lado, se pensaba que la intervención podía contribuir a lograr su propósito.³³ Identificado ya por los griegos, había sido denominado por ellos como *kosmos* y se oponía al orden creado artificialmente por los hombres denominado *taxis*.³⁴

El orden espontáneo Hayekeano, si bien procedía de una confluencia entre las filosofías de Hume y Kant, la escuela austríaca fundada por Menger³⁵ y un evolucionismo social de raíz Darwiniana,³⁶ podíamos decir que era bastante semejante a la mano invisible de Adam Smith pues sostenía como Mandeville y Smith que los hombres al pretender actuar de manera altruista y al colocar sus valores como rasero para medir los valores de los otros, estaban atentando contra la libertad y la dignidad de quienes estarían tratando de ayudar. En este sentido, llegaríamos a producir un daño que no era ciertamente nuestra intención y tendríamos que concluir que era más beneficioso preocuparnos por nosotros y nuestras familias antes que por los demás.³⁷

³³ BELLAMY, Richard (ed.). *Theories and Concepts of Politics*. BANKOWSKI, Zenon. «*Social Justice and Equality*». Manchester: Manchester UP, 1993.

³⁴ HAYEK, F.A. *Law, Legislation and Liberty*, vol 1, *Rules and Order*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1973, p. 37.

³⁵ Carl Menger (1840-1921) fue el fundador de la escuela austríaca. En el campo económico esta escuela sostenía la teoría subjetiva del valor, que implicaba que el valor de los objetos dependía exclusivamente de la preferencia de los agentes. No existía entonces un valor objetivo en las cosas, como lo aseveraban J. S. Ricardo y Marx. Esta tesis sería continuada por F. Von WIESER (1851-1926), su colega Ludwig von Misses (1881-1973) y obviamente por el propio F. A. Hayek.

³⁶ Para una extensa información en torno a los antecedentes del pensamiento Hayekiano véase, de GRAY, John. *Hayek on Liberty*, Oxford: Basil Blackwell, 1984, pp. 12-55. Otro estudio importante sobre el Profesor Hayek es el texto de KUKATHAS, Chandran. *Hayek and Modern Liberalism*. Oxford: Oxford UP, 1989.

³⁷ HAYEK, F. A. *The Constitution of Liberty*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1960, pp. 78-79.

De hecho, el Mercado Hayekiano estaba en permanente evolución y discriminaba o eliminaba a quienes no eran aptos para asimilarse a este orden.³⁸ Además, este orden incluía a todas las asociaciones humanas como la familia, la empresa o la corporación, por lo cual cabría utilizar el término de *gran sociedad*, y entre sus más importantes componentes destacaba el gobierno.³⁹ Ahora bien, dentro de la *gran sociedad* hallábamos por supuesto al Mercado o *Catalaxia*, que se configuraba como un sistema que no tenía un fin en particular y que podía tener tantos fines como personas estuviesen envueltas en él. Así, sirviendo los múltiples e inconmensurables propósitos de sus miembros, estos aparecían reconciliados en el resultado final, asegurando así la libertad y el interés general.⁴⁰

En síntesis, el orden espontáneo restringía severamente el radio de acción de la razón en favor de una realidad que actuaba por su cuenta y que justamente producía resultados en la medida que no existiera dicha interferencia. Sin embargo, para que esto se mantuviese era imprescindible alearlo con otro tipo de herramienta. Este instrumento sería el Estado de Derecho, que tenía por función mantener el flujo del mercado sin que sufriese algún tipo de menoscabo.

3. Economía de mercado y estado de derecho

El Mercado Hayekiano si bien contaba con un importante componente que estaba fundamentado en las denominadas libertades negativas, esto es, en la ausencia de coerción para que cada individuo pu-

³⁸ En realidad el orden espontáneo resultaba de los elementos individuales, adaptándose ellos mismos a circunstancias que directamente afectaban solamente a algunos y que en su totalidad no necesitaban ser conocidos por nadie.

HAYEK, F.A. *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 1, p. 41.

³⁹ HAYEK, F. A. *Ibid.*, pp. 46-47.

⁴⁰ HAYEK, F. A. *Law Legislation and Liberty*. vol 2, *The Mirage of Social Justice*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1976, pp. 109-111.

diese realizar sus planes de vida,⁴¹ también recurría a otro elemento que era necesario para la supervivencia del primero. Este elemento no era otro que el Estado de Derecho que ofrecía una defensa del orden liberal bajo fundamentos racionales.⁴² Para asumir la defensa de la libertad negativa implícita en el orden espontáneo, Hayek necesitaba contar con un fundamento tan racional como el de *Rule of Law*, que implicaba a su vez una serie de reglas de juego y de instituciones que tendrían que asumir valores determinados (la libertad por sobre todas las cosas) y que al ser una construcción humana, deberían apelar evidentemente a la razón.

Hayek entendía a este Estado de Derecho como un instrumento que impediría que el gobierno ejerciera coacción ante los individuos, excepto cuando se hiciese cumplir una ley conocida. Este se constituía así en un límite a los poderes públicos. Esta ley no era estrictamente una norma jurídica pero sí una norma sobre lo que la ley debería ser, una suerte de doctrina meta-legal o un ideal político.⁴³

El Estado de Derecho apuntaba así a configurar un sistema en el cual las normas jurídicas deberían ser universales, es decir, reglas generales y abstractas además de ciertas; conocidas, y establecidas para todos por igual (sin hacer discriminaciones).⁴⁴ Estos argumentos que constituirían los fundamentos del *Rechtsstaat* (Estado de Derecho) pronto fueron objeto de críticas bastante importantes.⁴⁵ Sin embargo, no solamente la realidad política desafiaba los conceptos centrales

⁴¹ GRAY, John. «Hayek on Liberty». *Liberalisms Essays in Political Philosophy*. Londres: Routledge, 1987, p. 90.

Sobre la definición de Libertad Negativa y Positiva ver de BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford UP, 1968.

⁴² BELLAMY, Richard. *Liberalism and Modern Society*. Cambridge: Polity, 1992, p. 222.

⁴³ HAYEK, F. A. *The Constitution of Liberty*, *Ibid.*, pp. 205-206.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 208-214.

⁴⁵ Se puede ver por ejemplo SCHMITT, Carl. en *Politische Theologie*. Hellarau: Job Hegner, 1923 y *Die Geistesgeschichtliche des heutigen Parlamentarismus*. Berlin: Duncker und Humblot, 1923

del Estado de Derecho, sino que en este caso había serios problemas para armonizar la racionalidad del esquema de Rechtsstaat con la espontaneidad del Mercado hayekiano que justamente apelaba a lo contrario: reprimir la racionalidad como único recurso para asegurar la vigencia de una comunidad libertaria. En otras palabras, para que la teoría hayekiana tuviese éxito, tendríamos que demostrar que esta relación entre el Mercado y el Estado de Derecho sería factible. Lamentablemente, para el Profesor Hayek este sería el punto débil de su propuesta pues como señalan importantes críticos, Hayek no fue capaz de demostrar en ningún momento que dicha relación era manejable.

Si el objeto de la teoría creada por Hayek era, como él repetía constantemente, asegurar la libertad negativa, su vocación libertaria tenía a su vez connotaciones normativas que a la hora de fundamentar su visión de libertad se vinculaban más bien a una visión positiva de libertad. Esto lo llevaría en un primer lugar a condenar la coacción externa de acuerdo a los fundamentos kantianos pues no se podía permitir que nadie se convirtiese en instrumento de los fines de otra persona. No obstante, a continuación expresaba él mismo que la coacción no podía ser evitada porque este era el único mecanismo para asegurar la libertad.⁴⁶ Había pues una coerción legítima (la coacción abstracta del Estado de Derecho) y una ilegítima, siendo la coacción legítima aquella que no limitaba la libertad. En este sentido, «[...] el argumento de Hayek se acercaba mucho al dogma central de la concepción de libertad positiva, a saber, que nosotros solo somos libres cuando obedecemos a la voluntad general, y de aquí que lo que Hayek denominaba *verdadera ley* no podía limitar la libertad».⁴⁷

Ahora bien, si bien es cierto que esta libertad negativa podía acomodarse al orden espontáneo, en la medida que este aparentemente no intervenía en el radio de acción del individuo, y que además evitaba el choque o conflicto de derechos, la otra concepción de liber-

⁴⁶ BELLAMY, Richard. Ob. cit., p. 226.

⁴⁷ Ibid., p. 224. Además al alegar la existencia de una represión legítima y otra no tanto, lo que estaba haciendo era una diferenciación, y dicha distinción violaba el principio de no intencionalidad del Mercado.

tad, es decir la positiva, (derecho para actuar) evidentemente era una propuesta sustantiva que requería de diversas acciones que eran ciertamente voluntarias y previsibles. Por otro lado, la libertad positiva motivaba un choque constante entre libertades o derechos en competencia, es decir, era opuesta al orden espontáneo.

Por último, el Estado de Derecho, pese a plantearse como un orden formalista y neutral, requería necesariamente de recursos e instituciones que derivaban finalmente en obstáculos coactivos que atentaban contra la propia naturaleza de la libertad negativa, pese a haber nacido para salvaguardarla. Con ello se demostraba que la libertad negativa no podía mantenerse químicamente pura al llevársela a la práctica social. En otras palabras, los intentos de compatibilizar la filosofía de Hume (que más bien nos vinculaba con la libertad negativa y quizá con una forma de utilitarismo indirecto) con la propuesta kantiana de autonomía (libertad positiva) parecían estar destinados al fracaso, en la medida de que era imposible derivar una noción sustantiva como la de autonomía de una propuesta utilitarista, como lo afirmaba con gran lucidez John Gray:

[...] el error de Hayek no yacía en utilizar con una concepción normativa de libertad, sino en intentar derivar el derecho para actuar de un argumento completamente consecuencialista. En la teoría de Hayek un hombre poseía un derecho a actuar cuando sus acciones eran gobernadas por un sistema de reglas que conducía al bien común [...].⁴⁸

Sin embargo, estas reglas que apuntaban a satisfacer una utilidad colectiva, necesitaban a su vez toda una serie de derechos de bienestar que la noción de orden espontáneo era incapaz de soportar ya que su fortaleza y ventaja residía en su carácter neutral e involuntario.

Finalmente y como colofón a los argumentos expuestos, cabría cuestionar también la *direccionabilidad* del orden espontáneo que, según debería desprenderse de la lectura de Hayek, tendría que concluir en un Estado de Derecho que reafirmase el valor *libertad*. Si se

⁴⁸ GRAY, John. Ibid, p. 97.

supone que estábamos ante un mecanismo involuntario e impredecible, ¿qué varita mágica o bola de cristal haría señalar a Hayek que el orden espontáneo de la realidad acabaría necesariamente en un Estado de Derecho? Evidentemente Hayek nunca pudo dejar de realizar una propuesta normativa (esto es, presentar al Estado de Derecho como un valor *per se*) y esto solo acentuaría las incongruencias y la incompatibilidad entre el Mercado espontáneo y el Estado Constitucional de raíz kantiana.

4. El Neoliberalismo y la disolución de lo constitucional

Dijimos en la introducción que el motivo central de este ensayo era demostrar algunos supuestos resultados que el Mercado Libertario proveería para satisfacer, a su vez, principios esenciales defendidos por el texto constitucional, especialmente el artículo primero de la Constitución que abogaría por el concepto de dignidad y de la defensa de la persona humana.

Ahora bien, si bien es verdad que la constitución no hablaba directamente de la Economía de Mercado,⁴⁹ (art. 58) no es menos cierto que tampoco se oponía a esta visión política y económica y por el contrario, en una serie de artículos subsiguientes, establecía normas que avalarían decididamente una Economía Neo-liberal.⁵⁰ En este sentido, habría que afirmar además de todo lo dicho que la Constitución peruana mezclaba dos visiones de Mercado que eran entre si in-

⁴⁹ El texto constitucional se refiere a la Economía Social de Mercado que no sería equivalente a la Economía de Mercado Libertario, sino más bien sería una propuesta deudora de la escuela de Friburgo y que no comulgaría con la visión del Mercado como un orden espontáneo. En todo caso y asumiendo que la Constitución fue un pacto entre diferentes corrientes ideológicas, se entiende que ella recoja propuestas contrapuestas e incompatibles entre sí.

⁵⁰ Nos referimos particularmente a los artículos 60, 61 y 65. Por ejemplo el artículo 61 establece a la letra: «El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limita y el abuso de posiciones dominantes o monopolios».

compatibles: una sustentada en derechos positivos o de bienestar y que apelaba a la realización de políticas destinadas a velar por la salud y la educación de la población, y la otra basada en derechos negativos que se orientaba a la protección de la libre competencia y los derechos subjetivos. No pretendemos esta vez estudiar este tipo de relación. No obstante, lo que sí deseamos hacer es analizar con detenimiento los presupuestos y resultados de la Economía Neo-liberal —que es la que se halla en plena actividad en nuestro medio— y apreciar, sobre todo, si estos realmente son capaces de cumplir con los objetivos y el *pathos* de nuestro texto constitucional. En otras palabras, nuestro propósito en este momento será el de demostrar que de seguirse con cuidado los postulados de la Economía de Mercado, no se podría satisfacer la esencia de la Constitución, a saber, garantizar la vida y la dignidad de la persona humana, y que al contrario, su ejercicio práctico no solamente conduciría a mantener o a empeorar los niveles de vida de la población sino que en un futuro próximo pondría en serios riesgos la supervivencia del Estado o lo político al generarse una cosmovisión individualista y que repudie las normas sociales. (perjudicando aún más el concepto de dignidad).

Así pues, si los argumentos que a continuación exponremos resultan ciertos no solamente será evidente la peligrosa relación entre el Mercado Libertario y la Constitución sino que *a fortiori* habría que pensar con detenimiento sobre la posibilidad de encontrar una salida distinta que pueda ser más afín con el texto constitucional.

A pesar de las serias dudas que produce el análisis teórico del proyecto hayekiano estudiado en el capítulo anterior, se entiende que existen dos argumentos fundamentales que abogarían en favor de la Economía Libertaria y que asegurarían el progreso material y una distribución más prudente y neutral de los bienes producidos por los ciudadanos, asegurándose al mismo tiempo la realización del artículo primero de la Constitución y del espíritu de la misma. Estos argumentos serían en primer lugar el hecho de que el Mercado Libertario, gracias al efecto de goteo, (*trickle down effect*) produce constantemente bienes que en un primer momento pueden ser de difícil adquisición para la mayoría de las personas. Esto no ocurrirá así siempre

sino que con el correr del tiempo, serán bienes asequibles para todos. Por otro lado, el Mercado además de garantizar la autonomía individual al fundamentarse en la libertad negativa, permitiría el crecimiento económico; la inventiva, y en términos generales, el progreso y el bienestar general. Veamos, en primer término, el caso del famoso Efecto Goteo y su relación con los bienes posicionales.

Si se acusa al Mercado Neo-Liberal de beneficiar exclusivamente a quienes poseen bienes para intercambiar, esta afirmación es rechazada de plano por el Efecto de Goteo que afirma que estos intercambios a la larga van a beneficiar a todos al abaratare los costos de los bienes que en un inicio no van a poder ser adquiridos por quienes cuentan con menos recursos pero que, gracias al avance tecnológico que estimula el Mercado y las producciones en masa, rápidamente comenzarán a perder precio y así serán fácilmente adquiridos por quienes poseen menos poder adquisitivo. Podemos advertir este fenómeno, por ejemplo, en bienes como los televisores a color, las refrigeradoras y últimamente las computadoras y los teléfonos celulares que son consumidos cada vez más por un mayor número de personas pues sus precios descienden día a día. Además este tipo de bienes dentro de este efecto de goteo no perjudica a nadie pues el hecho que yo tenga un televisor y mi vecino tenga otro, no disminuye en nada el precio y el valor de mi bien.

Ahora bien, dentro del Mercado no todos pueden ser bienes muebles como los mencionados pues existen también los llamados *bienes posicionales* que, como se señala, no pueden ser consumidos continuamente sin alterar el valor de aquellos que los consumen. El valor de estos bienes dependen del factor de que solamente pueden ser gozados por unos pocos pues al expandirse en su uso éstos perderán su valor.⁵¹

Un *resort* privado en una playa paradisiaca puede ser un buen ejemplo de este tipo de bien, pues precisamente su valor radica en

⁵¹ Debo esta explicación al Profesor Raymond Plant en *Modern Political Thought*. Oxford: Basil Blackwell, 1991, pp. 95-96 y al trabajo de Fred Hirsch, *The Social Limits to Growth*. Londres: Routledge, 1977.

que se trata de un lugar tranquilo, libre de turistas bulliciosos y, por consiguiente, muy limpio y cómodo. Sin embargo, gracias al efecto *trickle down*, y cuando los empresarios de turismo encuentran una futura y atractiva inversión en ese lugar, rápidamente se convertirá en un bien de consumo masivo y perderá las características de paz y sosiego que la hacían atractiva para quienes estaban en capacidad económica de viajar allí. En síntesis, en este tipo de situaciones el efecto de goteo sería sencillamente perjudicial para todos.

Se podrá esgrimir que, en último término, este tipo de problemas dañarían más a quienes tienen más y por lo tanto en nada desdecirían los beneficios del Mercado que apuntarían a satisfacer a las grandes mayorías. Sin embargo, ¿que pasaría si utilizamos otro tipo de bienes posicionales que no estuvieran vinculados necesariamente a los más ricos, como por ejemplo la educación? La educación es un bien posicional que cuando se masifica pierde su valor original. Pensemos en una buena universidad que posee un número adecuado de alumnos y profesores que a su vez poseen cualidades de excelencia obtenidas a través de un riguroso proceso de selección. Muy pronto, la calidad de la universidad la va a convertir en un objeto deseado, con lo cual dicha institución, por la presión del Mercado, tenderá a incrementar el número de sus alumnos. Para atender dicha demanda, se contratará aceleradamente a catedráticos de menor nivel y evidentemente los nuevos estudiantes tampoco podrán ser seleccionados de manera adecuada en tanto el tamiz se ensanchará. Al hacerse más *democrática*, gracias al Mercado que abaratará los costos, los buenos profesores y los buenos alumnos no se sentirán cómodos y emigrarán a otras universidades que inmediatamente se crearán para cubrir la necesidad de quienes tienen dinero para pagar una educación de élite y quienes se encontrarían más cómodos en una universidad no masificada sin tener, por ejemplo, que dictar clases y corregir exámenes para doscientos alumnos. Por su parte, los pobres que gracias a los beneficios del efecto de goteo entrarían finalmente a esta prestigiosa institución, se encontrarían pronto con una sorpresa desagradable: el famoso y laureado centro de estudios solamente lo será en el recuerdo pues ya la situación habría cambiado radicalmente y dicha entidad ya no brindaría

los servicios anteriores con lo cual los pobres seguirían recibiendo la misma educación mediocre y masificada, en tanto que, quienes si tuviesen recursos, simplemente se cambiarían de universidad y no sufrirían ningún contratiempo.

En conclusión, en los casos de los bienes posicionales como la educación o la salud podríamos sustentar sin dudar que el Mercado no contribuiría en nada al mejoramiento de la calidad de vida de las grandes mayorías⁵² y que por el contrario, serviría para alimentar falsas expectativas y frustraciones de quienes pensarían que van a recibir un buen servicio médico o una buena educación que por ejemplo sería el trampolín adecuado para su progreso material.⁵³

En cuanto al segundo argumento, es decir, aquel que señalaba que el Mercado Libertario era el único sistema que permitiría el desarrollo económico y el avance de la tecnología de las sociedades humanas al tiempo que incrementaría el bienestar general, en realidad se trataría más bien de una aseveración ideológica e idealista antes que real.

Si bien es cierto que los países que implementaron primero este tipo de sistemas obtuvieron resultados satisfactorios en un inicio, (pensamos en el Reino Unido y en los Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo) no es tan cierto aquello de que sólo en países con sistemas económicos neo-liberales se produjeron este tipo de éxitos económicos. Japón, por ejemplo, que empezó un despegue económi-

⁵² También dentro del campo de la educación para nadie es un secreto que la competencia por los puestos de trabajo dentro del Mercado se ha convertido en una cacería por títulos y grados en la medida en que cada vez más es imprescindible contar con una maestría o un doctorado para obtener una plaza dentro del restringido mercado laboral. Aquí nuevamente el efecto de goteo no servirá pues para estudiar afuera y obtener un postgrado es imperioso contar con una buena cuenta bancaria y si es en dólares mucho mejor. Así cuando un pobre con mucho esfuerzo pueda optar gracias al efecto de goteo por una maestría, ésta ya no valdrá lo mismo que valía cuando alguien con recursos la obtuvo anteriormente.

⁵³ Pensamos en los miles de abogados-taxistas, ingenieros-taxistas o contadores-taxistas que pueblan nuestras atiborradas avenidas y que no son otra cosa que los efectos de una causa que tendría que ver con la puesta en marcha de la Economía Libertaria.

co impresionante tras la segunda guerra mundial, nunca se rigió por los postulados del Mercado Hayekiano pues su propia cultura le hacía rechazar el *orden espontáneo* y más bien entendía que la economía debía de progresar a través de articular una mística específica en el trabajo que hacía de las empresas e industrias apéndices de la vida familiar. En otras palabras, es decir, prolongaba las relaciones privadas a la esfera del trabajo, convirtiendo a ambas en una auténtica unidad.⁵⁴ Este tipo de economías desarrolladas básicamente en los países orientales desmentía entonces el argumento liberal de que únicamente en un país con una apertura del sistema económico a los designios de la mano invisible se podía asegurar el progreso material y el avance de la técnica. Por último, podíamos mencionar también el caso de la ex-Unión Soviética en la cual, a pesar del evidente fracaso de su modelo de Economía Planificada, se pudo producir una tecnología militar y espacial igual o inclusive en algunos casos superior a la tecnología de esa índole producida en los países liberales de Occidente. De modo que, si a los soviéticos se les podía acusar de ser incapaces de producir una buena lavadora o un buen auto, no se podía decir lo mismo de una ojiva nuclear o un caza-bombardero.

Sin embargo, era precisamente en los temas de fondo del Mercado donde los argumentos del Mercado hayekiano se hacían más endebles, vale decir, los puntos que se dirigirían a la realización del *telos* constitucional y que tenían como fin último la defensa de la dignidad de las personas, la garantía de su vida y su bienestar general. ¿Podríamos aguardar estos fines una vez que el Mercado Neo-Liberal estuviese funcionando de manera perfecta? Para importantes académicos

⁵⁴ Sobre esta perspectiva de la economía japonesa en oposición a la visión Libertaria del Mercado se recomienda sobremana el último libro de Francis Fukuyama, *llamado Confianza*. Buenos Aires: Atlántida, 1996, en el que se establece las diferencias entre las economías de sociedades con altos grados de confianza, como Japón o Alemania, por ejemplo, y las de bajo nivel de confianza como Estados Unidos e Italia, entre otras, vinculando el desarrollo económico no al Neo-Liberalismo sino al grado de confianza que exista.

micos e intelectuales contemporáneos⁵⁵ la respuesta, no deja pie a dudas, definitivamente no.

Es un hecho que los que beneficieren directamente de este sistema siempre serán un grupo social determinado,⁵⁶ lo cual estaría ya violando el principio moderno de la dignidad que no acepta diferencias en el trato. Pero más aún, el desarrollo del modelo hayekiano a escala planetaria esta produciendo cambios importantes en la propia naturaleza, llegándose a afirmar con certeza de que la ecología y el bienestar de la tierra no podría quedar en manos del orden espontáneo. Si bien es cierto que para su protección se puede utilizar mecanismos como los impuestos para quienes contaminan el medio ambiente o creando derechos de propiedad en espacios naturales, «es tonto, sin embargo, suponer que solo las instituciones del Mercado pueden proteger íntegramente el medio ambiente: No existe una solución del Mercado, hasta donde sabemos, que pueda resolver el problema del efecto Invernadero».⁵⁷ La globalización y la apertura de los Mercados ha producido tal depredación en los últimos años que ya el tema del medio ambiente no puede ser ajeno a ninguna agenda política, y por ende se estaría aceptando explícitamente que este sería *un problema político y no económico*.

De todo lo expuesto, se deduce también una pregunta evidente: ¿Cómo podríamos defender la vida y la dignidad de las personas si el espacio donde se desarrollan las actividades humanas se extingue y aparece ya exangüe ante una tecnología que además de ser un fruto de la Economía Neoliberal es por sobre todas las cosas un producto de la racionalidad cartesiana y de la Modernidad? La respuesta ten-

⁵⁵ Para esta parte de nuestro análisis nos vamos a valer en parte de las opiniones de GRAY, John. *Beyond the New Right, Markets, Government and the Common Environment*. Londres: Routledge, 1993 y de GOLDSMITHS, James. *La Trampa*. México: Plaza y Janés, 1995.

⁵⁶ GOLDSMITHS, James. *Ibid.*, pp. 38-40.

⁵⁷ GRAY, John. *The Moral Foundations of Market Institutions*. Londres: IEA, 1992, p. 74.

dría que conducirnos a una conclusión radical: El sistema económico actual no estaría en capacidad de proteger la dignidad y la vida bajo ningún punto de vista.

Finalmente, el problema del Mercado Neoliberal sería aún más agudo contemplado a la luz de los propósitos políticos que subyacen a toda constitución democrática. El gran peligro de la economía actual estriba en que soslaya cualquier forma de florecimiento personal dentro de una comunidad, es decir, que al alentar las relaciones humanas efímeras —como son todas las relaciones comerciales—, lo que hace es desalentar las relaciones que tienden a perdurar —esto es, las relaciones familiares y políticas— y, por lo tanto, contribuye así a fragmentar la sociedad creando *esa sociedad de extraños*⁵⁸ que es la característica de los estados contemporáneos. Si asumimos entonces la definición de lo constitucional como una suerte de guía o mapa de un proyecto nacional, (con lo cual nuevamente reaparece su forma política) este proyecto tendría que sucumbir ante el mercado espontáneo que solo contribuiría a reforzar el espacio privado y a desdibujar así el espacio natural de lo constitucional con los consiguientes efectos que han sido mencionados de manera general en este trabajo.

5. Conclusiones

Como lo indicamos en la introducción, nuestro esfuerzo en esta oportunidad ha estado abocado a conocer los orígenes y propósitos de un sistema económico que, recogido por el texto constitucional, apelaba a la realización de sus objetivos como ingredientes esenciales para la plasmación de los ideales políticos de la constitución.

De acuerdo a esto, se debería entender que, de aplicarse de manera adecuada los principios de la Economía Neoliberal, tendríamos que aguardar con certeza una aproximación clara y concreta al ideal de la dignidad humana y la preservación de la vida. Es evidente que

⁵⁸ Michael Sandel es quien acuñó esta frase.

ninguna constitución puede pretender la realización plena de estos postulados. Sin embargo, pese a tratarse de ideales, lo que si es dable exigir es que por lo menos los instrumentos que se utilicen tiendan a ellos.

Tras un análisis del Pensamiento Libertario hemos comprobado que sus argumentos centrales además de ser contradictorios con la propia noción de Estado de Derecho (lo cual al final quizá no sería tan relevante), no producen ningún tipo de beneficio ni mejora en las condiciones de vida de las personas. Todo lo contrario, parecería que su aplicación estaría produciendo los efectos inversos, es decir, que los niveles de vida de la mayoría de las personas estarían disminuyendo paulatinamente —inclusive en los países desarrollados— y lo que es más grave aún, estaría contribuyendo a alimentar una política de competencia que haría ver a nuestros vecinos con desconfianza y como potenciales enemigos.

Por último, el reconocimiento por parte de uno de los nombres más cercanos a la tradición libertaria como el profesor F. A. Hayek de que el *orden espontáneo* mal que bien requeriría de la intervención humana (nos referimos al Estado de Derecho) no haría sino afirmar que lo económico no puede imponerse a lo político y en este sentido es posible pensar seriamente en un sistema económico que siendo un producto inventado por los seres humanos sea entonces materia de control y dirección de acuerdo a las circunstancias y a las necesidades de la comunidad. De otro modo, los ideales que mueven y articulan el texto constitucional seguirán siendo lo que hasta ahora son, meros ideales traicionados.

Capítulo 7

Patriotismo de la Constitución: ¿Más de lo mismo?

1. Introducción

Cuando Rousseau en el capítulo VII del libro II de *El Contrato Social* se refería a la labor del legislador en su tarea por construir un nuevo orden legal, nos llamaba la atención sobre las dificultades que encontraba para edificar la flamante institución:

Celui quid ose entreprendre d'instituer un peuple doit se sentir en état de changer, pour ainsi dire, la nature humaine; de transformer chaque individu, qui par lui-même est un tout parfait et solitaire, en partie de d'un plus grand tout dont cet individu reçoit en quelque sorte sa vie et son être [...].¹

En este sentido, el objetivo de una acción reformadora implicaba, en primer término, la utilización de un lenguaje común que evitase los malos entendidos y posibilitase la comprensión del vulgo y, principalmente, que evitase las generalizaciones de sus objetos puesto que los proyectos de gobierno deberían encontrarse al alcance de los

¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du Contrat Social*. Paris: Éditions Moutaigne, 1943, libro II, cap. 7, p. 180.

«El que se atreve a iniciar la tarea de instituir a un pueblo debe sentirse en condiciones de transformar por así decirlo, la naturaleza humana; de transformar cada individuo, que por él mismo es un todo perfecto y solitario, en parte de un todo mayor, del cual recibe en cierta manera la vida y el ser».

individuos particulares que estaban siempre interesados en las cosas cercanas a ellos.² En consecuencia, había que trabajar en la constitución de una concepción política que lograrse persuadir y convencer a la gente de las bondades y sobre todo de la coherencia del nuevo sistema, llegando a establecer una suerte de *Espíritu Social* que pudiese legitimar el reciente Estado.

No obstante, la tarea no era nada sencilla. Por el contrario, plasmar preceptos universales y por lo tanto necesariamente abstractos pero que al mismo tiempo pudiesen ser, como decía Rousseau, cercanos a los hombres, (es decir, particulares) era una labor muy delicada, propia de un Dios y no de los hombres.

Ahora bien, lo que quedó claro en la historia constitucional fue que los hombres de la Ilustración emprendieron esta obra cuasi divina y como consecuencia iniciaron la *construcción* de una cultura constitucional que tendría que reemplazar a una cultura política y a un orden moral perimido que, como sabemos, respondía en términos generales a las fórmulas del Derecho Natural y se expresaba en una estructura política denominada *Respublica Christiana* hasta que, con el Pensamiento Humanista y la Reforma Protestante, termina por diluirse. La irrupción del Estado Absolutista deberá tomarse, en consecuencia, como un espacio de interregno en el que comenzará a gestarse el nuevo estado político.

Siguiendo las líneas de pensamiento y los consejos de Rousseau, la nueva cultura política debería instituir un *espíritu social* que pudiese convertirse en el elemento de cohesión y de legitimidad del naciente orden. Sin embargo, los consejos de Rousseau lamentablemente no fueron tomados demasiado en cuenta hasta muy recientemente, cuando el creciente desencanto entorno al proyecto de la Modernidad y del Estado de Derecho ha hecho recordar a sus defensores algunos de los consejos dados por el filósofo suizo. De allí que un conocido filósofo político y del derecho alemán haya usado una frase acuñada dentro de la tradición constitucional alemana después de la Segunda

² Ibid., p. 184.

Guerra Mundial denominada *Patriotismo de la Constitución*,³ para referirse justamente al espacio moral y cultural que debería establecer el sistema legal moderno, a fin de reforzar su credibilidad y llegar a constituir realmente un sistema legítimo y universal y que al mismo tiempo sirva para reforzar las identidades particulares.

Sin embargo, a pesar de lo afirmado por Habermas y sus seguidores;⁴ pensamos que la fórmula del *Patriotismo de la Constitución*, no logrará realmente comprender la naturaleza del *espíritu social* rousseauiano, y en este sentido, caerá en serias contradicciones. En otras palabras, consideraremos en este trabajo que la misión emprendida por el *Patriotismo de la Constitución* lejos de poder convertirse en un salvavidas y esperanza para la supervivencia del proyecto universal del Estado de Derecho servirá para desnudar las carencias e impudicias del Proyecto Liberal Moderno encarnado por el Estado de Derecho. En consecuencia, trataremos de demostrar que el gran problema de esta cultura constitucional radica en su excesiva abstracción de la realidad y en la imposibilidad de que con su premisa fundacional sea factible hallar una síntesis entre lo universal y abstracto con lo particular y concreto —que era lo que demandaba Rousseau— lo cual servirá finalmente para entender las serias precariedades teóricas y prácticas del moderno Derecho Constitucional y las trabas que esta pueda colocar a cualquier intento por interpretar la normatividad constitucional.

Por último, las limitaciones, no sólo se deberán al *idealismo trascendental* que amparará dicho proyecto sino también paradójicamen-

³ Nos referimos a HABERMAS, Jürgen. Cfr. «*Patriotismo de la Constitución en general y en particular*», en *La necesidad de la revisión de la izquierda*. Madrid: Tecnos, 1991, edición original: *Die nachholende Revolution. Kleine politische Schriften VII*, (Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1990 y más recientemente: *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1998 (1996).

⁴ Pensamos por ejemplo en autores como COHEN, Jean L. y Andrew ARATO quienes en esta línea habermasiana se han abocado a brindar elementos para consolidar el proyecto de cultura política moderna, en su caso a través del concepto de Sociedad Civil. Cfr. *Civil Society and Political Theory*, Cambridge, Mass: The MIT Press, 1994.

te al conjunto de tradiciones morales que intentó fusionar, sin tomar en cuenta que en casi todos los casos se trataban de tradiciones contrapuestas.⁵ La incoherencia al final se tuvo que manifestar en la impresionante cantidad de teorías políticas y jurídicas que buscaban resolver todas las contradicciones del modelo liberal y que en definitiva solo contribuyeron a agudizar más las debilidades del intento.

2. La cultura constitucional del Estado de Derecho

En los últimos años y más específicamente, a raíz de la crisis del Modelo Constitucional engarzada dentro del proceso de pérdida de la legitimidad de la Modernidad, se comienza a indagar concretamente sobre la naturaleza axiológica y ontológica del Estado de Derecho. Esta preocupación, a primera vista podría ser algo absurdo, teniendo en cuenta que, en sentido estricto, el Modelo Constitucional es un modelo teórico formal más que sustantivo. De hecho, el Modelo Constitucional Moderno (kelseniano para ser más específicos) incuriría en la falacia del paralogismo, es decir, hacer referencia a algo que solo puede existir en el espacio y el tiempo pero que se presenta como si estuviese libre de estas condiciones.⁶ En este sentido, la visión que servía de base al proyecto se elaboraba dentro del mismo reino de la libertad o autonomía (trascendencia) asegurando así que no se contaminara con ninguna norma o ley de la naturaleza y por ende permitiendo establecer un modelo propiamente jurídico (entendiendo lo jurídico como autónomo y por ende puro).

El propósito de este fundamento también llamado *Grundnorm*, o *Norma Fundadora o Base* no era entonces otro que el de garantizar

⁵ Quien mejor destaca la incoherencia de este propósito moderno sigue siendo hasta ahora, MAC INTYRE, Alasdair. *Tras la Virtud*. Barcelona: Crítica, 1987.

⁶ CAYGILL, Howard y Alan SCOTT. «Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives». En *The Basic Law versus de Basic Norm? The Case of the Bavarian Crucifix Order*. Richard Bellamy y Dario Castiglione (eds.). Oxford: Blackwell, 1996, p. 99.

la existencia de un sistema neutral que facultase a cada individuo el mantener su libertad y elegir así sus planes de vida. Se trataba evidentemente de un modelo kantiano que partía de un sujeto racional abstracto que era el sujeto de elección. Por lo tanto, las dos características básicas de esta norma primaria tenían que ser las de la universalidad y la de la inmunidad de esta al tiempo. (lo cual justificaba el precepto constitucional moderno de la *igualdad ante la ley* y la atemporalidad del orden legal).

La Norma Fundante era, por lo tanto, el punto inicial (punto de Arquímedes) dentro de una cadena de normas a las cuales aquella les otorgaba su existencia a través del precepto de la validez.⁷ De esta manera, la validez o legalidad positiva se transformaba en la clave para entender el *pathos* del nuevo orden político. Sin embargo, el origen del modelo era en definitiva científico o positivo, lo cual lo convertía en un modelo descriptivo que buscaba explicar el funcionamiento del sistema antes que en un modelo normativo o prescriptivo que debería indicar la manera de operar del mismo y el porqué de su existencia.

Sin embargo, a pesar de su naturaleza científica y técnica, el modelo constitucional moderno no podía dejar de lado que su objeto de estudio lo constituían los hombres en sociedad y, más específicamente, las conductas de los hombres en sociedad. En esta línea de reflexión parecía inevitable que se llegase necesariamente a conclusiones normativas o prescriptivas pues de otra manera no podría tener ninguna injerencia con su objeto de estudio (es decir, el deber ser de las conductas humanas). Esto, por cierto, anunciaba ya una primera ruptura o contradicción con el espíritu científico que emanaba del concepto de *Norma Fundante* pues el modelo constitucional moderno había sido originado históricamente por una ideología⁸ que no era otra que

⁷ Cfr. KELSEN, Hans. *The Pure Theory of Law*, Berkeley, California: U of California P, 1967.

⁸ Estamos tomando una definición filosófica de ideología lo que implica decir que una ideología es simplemente una cosmovisión, esto es, una *re - presentación o imagen del mundo*. Es evidente, entonces, que las revoluciones del siglo XVIII llevaban

la ideología de las revoluciones del siglo XVIII, es decir, la Revolución norteamericana y francesa respectivamente. Por ende, la Constitución no podía ser vista como un simple marco que permitía a los individuos seguir sus propias elecciones de vida sino como un proyecto normativo definido.

Quizá esta relación haya sido destacada recién en los últimos años como lo demuestra, por ejemplo, esta afirmación de un conocido teórico legal del liberalismo:

El propósito de un texto constitucional debe ser no solo el de estructurar un gobierno sino el de construir un sistema político, uno que pueda guiar la formación de una constitución mayor, una *forma de vida* que sea conducente a la Democracia Constitucional. Si va a florecer la Democracia Constitucional, sus ideales deben de alcanzar más allá de los acuerdos formales de gobierno y ayudar a configurar, aunque no necesariamente en la misma vía o a la misma extensión, la mayoría de los aspectos de la vida de las personas.⁹

Así pues, la moderna Teoría Legal Liberal está segura en reconocer que «las instituciones de las constituciones liberales tienen un mayor y profundo rol principal, que es el de trabajar para modelar todas las formas de diversidad a lo largo del tiempo». ¹⁰ Por ello, la Constitución debe estar en capacidad de formar el modo como la gente usa su libertad, y de apoyarla asegurándole que la libertad es lo que realmente quieren: enseñarles a los hombres a ser libres y no obligarlos a serlo, como quería Rousseau.¹¹ Así, quedaba claro que

en sí, una *weltanschauung* específica, un proyecto de vida colectiva. Cfr. HEIDEGGER, Martin. *La Epoca de la Imagen del Mundo*. Santiago de Chile: Ediciones de los Anales de la Universidad de Chile, 1958.

⁹ MACEDO, Stephen. «Civil Law, Common Law, and Constitutional Democracy» en *The 19th Tucker Lecture*, *Louisiana Law Review* vol. 52, n.º 1, 1991, p. 129

¹⁰ MACEDO, Stephen, «Transformative Constitutionalism and the Case of Religion» en *Political Theory*, vol. 26, n.º 1, 1998, p. 58.

¹¹ Sin embargo, es pertinente notar que esta perspectiva de Macedo que nos conduce a una suerte de *liberalismo cívico* o a una *ciudadanía liberal* y que considera que

para el moderno Constitucionalismo, la línea formalista inaugurada por Kelsen tenía que ser descartada.

Ahora bien, volviendo al pasado y para reforzar la afirmación de que el Constitucionalismo no podía ser positivo o científico sino normativo o ideológico, bastaba solo con dirigirse a la famosa *Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano*, realizada por la asamblea nacional de Francia en 1789 que declaraba, entre otras cosas, que los hombres nacían y permanecían libres e iguales en derechos (art. 1º); que el fin de toda asociación política era la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles y que esos derechos incluían el de la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (art. 2º); que la libertad consistía en poder hacer todo lo que no dañe a otra persona y que los límites a los derechos solo podían ser establecidos por ley (art. 4º), o de pronto, afirmaciones de gran fuerza como la expresada en el citado artículo 16, que a la letra señalaba que « toda sociedad, en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes *no tiene Constitución*»¹² (el énfasis es mío).

Por ende, la ideología o cultura política de la moderna Constitución estipulaba que sin representación, sin derechos y sin división de poderes, no podía hablarse de la existencia de un orden legal.¹³ Más recientemente, un filósofo del Derecho como Ronald Dworkin sostenía que

lo primero es la libertad aunque la Política no pueda ser reducida a esta ha sido catalogada por otros autores liberales como una posición comunitaria más que liberal. Cfr. FLATHMAN, Richard. «It all depends [...] on how one understands liberalism». A Brief Response to Stephen Macedo, en *Political Theory*, vol. 26 n.º1, 1998, pp. 81-84.

¹² Para una lectura de estos principios y sus comentarios por uno de sus defensores véase de PAINE, Thomas. *Los Derechos del Hombre*. México: Fondo de Cultura Económica, 1944, pp. 101-105.

¹³ BELLAMY, Richard. «The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy». En *Constitutionalism in Transformation...* En este ensayo sin embargo, Bellamy plantea una crítica al predominio de los derechos con respecto a los otros dos elementos lo cual implica finalmente subordinar y considerar la relatividad de los elementos políticos latentes en estos.

estos principios —identificados como liberales— que abogaban por la libertad de expresión y contra la censura; por una mayor igualdad económica; por la igualdad entre las razas o por la despenalización de las ofensas morales, debían de contemplarse como los elementos constitutivos centrales a todo ordenamiento constitucional liberal.¹⁴

El argumento en favor de los derechos individuales se colocaba así como el fundamento moral que desafiaba la neutralidad de las bases formales del modelo constitucional y que mal que bien vinculaba al Constitucionalismo con el moderno concepto de ideología. Pero, a pesar de todo, se trataba de una ideología *sui generis* que no solo representaba el carácter dogmático de la razón teórica (lo cual haría bastante rígida a la cultura constitucional) sino que se perfilaba como una ciencia positiva en todo el sentido de la palabra; es decir, que siguiendo el paso a la Ciencia Moderna, tenía que prescindir de las cualidades de los objetos (en este caso seres humanos) para poder efectuar generalizaciones. En consecuencia, los conceptos que alimentarían a esta ideología constitucional tenían que ser necesariamente conceptos generales y abstractos que consideraban a los hombres como iguales porque, al estar estos desprovistos de propiedades, no existía nada que pudiese diferenciarlos o distinguirlos. Esto significaría en el futuro un *handicap* insuperable para los defensores de la cultura constitucional pues los problemas políticos y la misma naturaleza de la política reivindicaban siempre lo particular y diferente como inicialmente lo harían notar los primeros críticos del paradigma liberal.¹⁵

¹⁴ Véase DWORKIN, Ronald. «Liberalism». En *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass: Harvard UP, 1985, p. 121. También en *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1977.

¹⁵ De aquí que con mucha razón y lógica el gran intelectual reaccionario del siglo XIX Joseph de Maistre señalase en relación a la Constitución de 1795 que «como la de sus antecesores está hecha para el hombre. Ahora bien, no existe *el hombre* en el mundo. Yo he visto, en mi vida, a franceses, a italianos, a rusos, etc., de igual modo yo sé por Montesquieu, que se puede ser *persona*: pero en cuanto al hombre como tal, yo declaro nunca haberme topado con él en mi vida; si existe yo no lo co-

Recientemente, sin embargo, no han faltado quienes han argumentado que la cultura del Estado de Derecho no era precisamente una ideología liberal¹⁶ y que tampoco se estructuraba sobre la base de criterios ambiguos o abstractos. Por ejemplo, la teórica política francesa Blandine Kriegel, discípula de Michel Foucault, en su libro *The State and the Rule of Law*¹⁷ defendía lo que ella denominaba una suerte de Socialismo Legal, brindándole a la cultura constitucional un talante social demócrata que serviría para legitimar la afirmación de que el Estado de Derecho llevaba necesariamente consigo todo un bagaje axiológico y normativo (coincidiendo en esto con los teóricos liberales como Dworkin o Macedo).

Para llegar a esta afirmación, nos conducía por la historia del Legalismo que ciertamente llevaba consigo en sus inicios una carga ontológica muy distinta a la actual. Como sabemos, el Liberalismo Contemporáneo cuestiona el Estatismo y lo considera como una fuente de arbitrariedades y despotismo. Sin embargo, revisando la historia del Individualismo, encontrábamos autores como Hobbes y Bodin quienes habían defendido precisamente lo contrario; esto es, habían enfatizado siempre la presencia del Estado como la principal garantía de la libertad y de los derechos individuales. Así pues, el texto de Kriegel buscaba reivindicar la presencia del Estado, contraponiéndose así al Liberalismo neutral que se encontraba bastante distante del origen del moderno Individualismo y su moral basada en

nozco», lo cual ratificaba la imposibilidad práctica de utilizar categorías abstractas en el terreno político.

DE MAISTRE, Joseph. *Considerations sur la France*. Lyon: J.B Pélagaud et Cie, 1850, p. 88.

¹⁶ Es decir, que no pertenecía a la tradición ideológica liberal sino a otra tradición ideológica que sería la social demócrata y que de alguna manera tenía más elementos normativos que los que se podría encontrar en el Liberalismo Clásico. Sin embargo, no hay que perder de vista que la Social Democracia es también una ideología individualista.

¹⁷ *The State and the Rule of Law*. Princeton, NJ: Princeton UP, 1995.

derechos subjetivos.¹⁸ Según el autor, por último, el dejar de lado al Estado y más específicamente a su poder por el solo temor de que podíamos caer en el autoritarismo era un peligro mayor pues este desconocimiento era justamente el causante del Despotismo, al no existir manera de proteger las libertades ya que resultaba patente que quien mejor estaba capacitado para tal tarea, es decir, la protección de las libertades individuales, era el mismo Estado.¹⁹

También en esta línea de preocupación por el destino y futuro del Estado de Derecho, encontramos el trabajo editado por Michel Rosenfeld de la Escuela de Leyes de Cardozo, titulado *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*²⁰ en el que se trataba de discutir el futuro de las ex - Repúblicas Soviéticas y la necesidad de reestructurar el orden político. Este texto se centra en justificar la fórmula del Estado de Derecho, como el medio más adecuado para lograrlo, refutando la crítica a este modelo efectuada por la ideología marxista.²¹ Por cierto, esto no será obstáculo para desarrollar en algunos casos una visión del Estado de Derecho que se asocie, por ejemplo, a la visión conservadora de Hayek, en la que no se puede separar la *Rule of Law* de la propiedad privada, llegando al extremo de invocarse la configuración de una constitución que proteja fundamentalmente las libertades negativas, oponiéndose así a las tendencias que abogaban por un Estado de Bienestar.²²

¹⁸ SCHEUERMAN, William E. «The Rule of Law at Century's End». *Political Theory*, vol. 25 n.º 5, 1997, p. 742.

¹⁹ *Ibid.*, p. 743.

²⁰ *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Durham, NC: Duke UP, 1994.

²¹ Obviamente la crítica marxista señalaba al Estado de Derecho como un instrumento de dominación elaborado por los dueños de los medios de producción. Sin embargo, la Unión Soviética se constituiría también como un Estado de reglas positivas, es decir un Estado de Derecho.

²² SCHEUERMAN, William E. *Ob. cit.*, p. 746.

En la naturaleza de las discusiones contemporáneas encontramos, por lo tanto, argumentos morales que abogaban ora por una fórmula de libertad negativa, ora por una defensa de la libertad positiva.²³ En el primer caso, la autonomía se describía como la ausencia directa de interferencias dentro de una esfera de protección del individuo necesaria para la realización de elecciones, en tanto que en el segundo, se tenía una definición de autonomía que podía ser relacionada con el ejercicio práctico de las libertades en función a las decisiones del mismo sujeto, (autogobierno) siendo un concepto de ejercicio antes que de oportunidad. Sin embargo, lo que estaba claro era que cada uno de estos conceptos se dirigía a la configuración de un tipo particular de derechos subjetivos (derechos civiles, en el caso de la libertad negativa, y derechos políticos y sociales, en el caso de la libertad positiva) y lo más importante, que cada uno de ellos constituía también una ideología particular, la ideología libertaria ligada a la libertad negativa y las ideologías liberal y socialdemócrata, enlazadas con las libertades positivas. En síntesis, ambas perspectivas establecerán las bases de la *Cultura Constitucional* y desafiarán así el talante científico y formal del Constitucionalismo.

Hasta aquí hemos tratado de demostrar que el Modelo Constitucional nació como una mixtura aparentemente antitética entre el Positivismo de la Ciencia Formal y la ideología del Individualismo. A la postre, la antítesis no fue superada y lo que ocurrió fue la constitución de un modelo eminentemente ideológico o cultural. En la segunda parte de este ensayo nos aproximaremos a uno de los más recientes intentos por perfilar una solución a la antinomia citada que no aceptará la superación del modelo formal abstracto sino que tratará de llegar a un feliz acuerdo entre lo formal y lo sustantivo. Esta será la fórmula del Patriotismo de la Constitución, esbozada por el filósofo-

²³ La mejor discusión sobre este tema sigue siendo el ensayo de BERLIN, Isaiah. «Two Concepts of Liberty» en *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford UP, 1968, pp. 118-72. También está el texto de MAC CALLUM, G.C. «Negative and Positive Liberty», *Philosophical Review*, 76, 1967 y más recientemente GRAY, John «On negative and positive liberty» en *Liberalisms, Essays in Political Philosophy*. Londres: Routledge, 1989.

fo alemán Jürgen Habermas. En la tercera y última parte nos encargaremos de demostrar las incoherencias de la apuesta habermasiana y, sobre todo, destacaremos también las razones por las cuales pensamos que cualquier intento por construir una cultura constitucional pura (en este caso entendiendo lo puro como lo alejado de lo formal) desde la ideología liberal también estará condenada a fracasar.

3. El Patriotismo de la constitución de Jürgen Habermas

En la introducción a su última obra sobre la Democracia y el Estado de Derecho,²⁴ el ahora ya retirado profesor de Filosofía de la Universidad de Francfort, Jürgen Habermas, declaraba enfáticamente que «ante la influencia de una comprensivamente secularizada política, un estado constitucional no puede ser establecido y sostenido sin una democracia radical».²⁵ La invocación a una democracia radical enmarcada dentro de una normatividad constitucional establecía a las claras las características valorativas que deberían desprenderse del ordenamiento legal moderno y que, en el caso de Habermas, se ligaba estrechamente a un modo de vida particular que no era otro que el modo democrático (y más específicamente el de una democracia radical).

Sin embargo, Habermas reconocía la pérdida de legitimidad del sistema constitucional tradicional dentro de los contextos contemporáneos en los que, por ejemplo, las personas desconfían de los tribunales o los votantes sienten y presienten que sus votos no influyen en las decisiones políticas y por ende, el aspecto normativo de la constitución se evapora y «entonces el derecho deviene en un instrumento de control de conductas y el proceso democrático se convierte en un espectáculo engañoso y auto-engañoso».²⁶

²⁴ *Faktizität und Geltung. Between Facts and Norms*, 1996. Ob. cit.

²⁵ *Ibid.*, p. 13.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. Entrevista. En CARLEHEDEN and René Gabriëls, «An Interview with Jürgen Habermas». *Theory Culture & Society* Volume 13, Number 3 August 1996, p.2.

La idea que tenía Habermas sobre lo que debía ser la Democracia Radical, por cierto, no estaba reñida del todo con el modelo tradicional alimentado por la ideología de las revoluciones de los siglos XVIII y XIX que quedaba estipulado —aunque de modo formal— en el proyecto del Estado de Derecho aunque ciertamente complementado con su famosa tesis de la ética discursiva o comunicativa y el debate público:

Yo tomo a las constituciones democráticas como la suma de todos los proyectos que la legislatura, la judicatura y la administración abordan cada día; su continuación implícitamente genera los conflictos que se dan en la esfera pública. Al mismo tiempo, tenemos que alejarnos de nociones comunes, incluyendo la idea de que la Democracia Radical tiene que tomar la forma de un autogobierno socialista. Solamente un estilo de Democracia concebida en los términos de una teoría de la comunicación es factible dentro de sociedades altamente complejas. Aquí uno tiene que invertir la relación de centro y periferia. En mi modelo, el peso de las expectativas normativas es llevado a cabo primeramente por los tipos de comunicación que entran en juego en la Sociedad Civil, que aflora fuera de una esfera privada que permanece intacta, y por el fluir del proceso de comunicación en una activa esfera pública que está enmarcada dentro de una cultura política liberal.²⁷

La visión habermasiana, como aparece ahora en *Between Facts and Norms*, se completaba con una imagen de un modelo de *compuerta* en el cual todo orden constitucional debía basarse en un sistema de centro y periferia, así:

[...] para que los ciudadanos puedan influenciar al centro, esto es el parlamento, los tribunales y la administración pública el fluido de la comunicación que nace en la periferia tiene que pasar a través de la «compuerta» de los procedimientos democráticos y constitucionales. En los procesos políticos, el derecho es el medio de transformar la comunicación en poder administrativo.²⁸

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid., p.3.

El Estado de Derecho, desde este punto de vista, lejos de ser un documento escrito que incluye normas generales y abstractas es, en primer lugar, un marco de instituciones políticas que deberían ser las generadoras y formadoras de la opinión pública y de una ética pública —forjada en la sociedad civil— lo cual garantizaría a su vez la legitimidad del sistema.²⁹ Ahora bien, estos acuerdos políticos deberían darse dentro de la esfera pública que representaba en el plano formal un lugar de igualdad, aunque en el plano real era evidente apreciar que el poder se hallaba distribuido de modo desigual atendiendo a diferencias de género, cultura, o clase. En este sentido, cabría interrogarse también si es que la tesis habermasiana estaba preparada para superar este problema del Formalismo.

Habermas, a este respecto, consideraba que sí y para eso contaba con el gran aliado del denominado *Patriotismo de la Constitución* que intentaba de este modo una síntesis entre lo abstracto y universal de la normatividad formal del Estado de Derecho y lo particular y concreto (eficacia y legitimidad), otorgada por el espíritu nacional que alimentaba también a cada constitución moderna. Por otro lado, esta síntesis también se manifestaba en relación al tema de los derechos, pues invocaba también una relación e integración entre los derechos cívicos o colectivos y los derechos humanos o individuales.

²⁹ Sin embargo, esta posibilidad de la ética pública forjada ora por una representación, ora por una deliberación colectiva ha sido objeto de distintas críticas que van desde las posiciones antiliberales de SCHMITT, Carl. *Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Berlin: Duncker & Humblot, 1979. Traducción al inglés. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1985; pasando por los teóricos comunitaristas como Walzer, Taylor, Sandel o Lasch y también desde el realismo italiano más recientemente ZOLO, Danilo. *Democracy and Complexity*. Cambridge: Polity Press, 1992, quien por ejemplo señala que: «Una concepción real de la Democracia debe de hecho abjurar de cualquier definición de «ética pública» usada, como en Rawls, para designar a un modelo antropológico, que designa necesidades, establece valores comunes y encuentra derechos universales. Y debe en contrario, reconocer sus propias limitaciones y su propia contingencia radical y dejar así a otras esferas —cultura, arte, música, amistad, amor, estudio científico, y aun las creencias religiosas— la investigación en torno a los fines últimos y la promoción de valores». Ibid. p. 180. En la última parte de este ensayo volveremos sobre este punto.

Durante la controversia en relación a la identidad de los alemanes y el problema surgido tras la caída del muro de Berlín, es que se empieza a hablar por primera vez sobre el llamado Patriotismo de la Constitución en general y en particular. Dicha discusión había sido avivada anteriormente por la disputa de los historiadores y el avance de corrientes neo-historicistas que evidentemente reivindicaban la soberanía particular, el modo de ser específico de los alemanes que, por cierto, era o podía ser soslayado por un ordenamiento legal tan abstracto como el ordenamiento constitucional. Sin embargo, los temores y desconfianza hacia este Historicismo o Tradicionalismo —como lo denominaba el propio Habermas— aparecían inmediatamente cuando se hacía referencia al Nacionalismo Romántico, la Segunda Guerra Mundial y más concretamente, a Auschwitz y las cámaras de gas.³⁰

Si el tema del Nacionalismo y el Historicismo quedaban vedados por los hechos concretos de la propia historia alemana, sin embargo, era cierto también que la abstracción de la naturaleza kantiana del Estado de Derecho era insuficiente para construir un sistema normativo en el plano político. En consecuencia, había que encontrar un concepto que pudiese amenguar la abstracción de la *Norma Base o Fundadora* —es decir, un concepto que encontrase sus límites en los postulados de la Democracia Universal y los derechos humanos— sin caer empero en el particularismo radical del Historicismo y su fruto más conspicuo, a saber, el Nacionalismo.

El término acuñado para tomar por las astas al desafío fue entonces el del *Patriotismo de la Constitución*. Sin embargo, cabría inmediatamente preguntarse si este concepto no significaba realmente la

³⁰ Normalmente, el tema del Nacionalismo ha sido tocado por autores liberales con ciertos prejuicios y se ha hecho referencia a la *especie* del Nacionalismo como si este fuese realmente todo el *género* atribuyéndole a esta *especie* adjetivos como los de irracional, violento o sectario o, en otros casos, señalando que este Nacionalismo irracional correspondía al Oriente, en tanto que el nacionalismo Occidental era racional y liberal.

Para una excelente explicación de estas lecturas en torno al Nacionalismo, véase el reciente trabajo de MILLER, David. *Sobre la Nacionalidad*. Barcelona: Paidós, 1997, p. 15-32.

renuncia a la identidad nacional e histórica³¹ sustituyéndola entonces por una identidad práctico-formal. A este respecto, Jürgen Habermas respondía lo siguiente:

[...] la identidad de una persona, de un grupo, de una nación o de una región es siempre algo concreto, algo particular (aunque siempre ha de satisfacer criterios morales). De nuestra identidad hablamos siempre que decimos quiénes somos, quiénes queremos ser. Y en esta razón que damos de nosotros se entretajan elementos descriptivos y elementos evaluativos. La forma que hemos cobrado merced a nuestra biografía, a la historia de nuestro medio, de nuestro pueblo, no puede separarse en la descripción de nuestra propia identidad de la imagen que de nosotros nos ofrecemos a nosotros mismos y ofrecemos a los demás y conforme a la que queremos ser enjuiciados, considerados y reconocidos por los demás.³²

El Patriotismo de la Constitución implicaba, por lo tanto, el reconocer cierta identidad pero estaba claro que esta debía entenderse dentro de un Estado Liberal:

[...] para nosotros, ciudadanos de la República Federal, el Patriotismo de la Constitución significa entre otras cosas, el orgullo de haber logrado superar duraderamente el Fascismo, establecer un Estado de Derecho y anclar este en una cultura política que, *pese a todo, es más o menos liberal*.³³ (el énfasis es mío)

³¹ Esta perspectiva que dejaba de lado la expresión de una voluntad política histórica se oponía abiertamente a la tesis schmittiana que establecía que la constitución se generaba «por un único momento de decisión del poder constituyente “por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia”. Este acto constituye la forma y modo de la unidad política cuya existencia es anterior».

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982, p. 43.

³² HABERMAS, Jürgen. *La Necesidad de la revisión de la izquierda*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 215.

³³ *Ibid.*, p. 216.

Lo que se puede desprender de estas afirmaciones de Habermas es que nos hallaríamos ante una suerte de identidad postnacional que estaría cristalizada en una cultura constitucional que se fundaría en torno a los principios universales del Estado de Derecho y por cierto, de la Democracia. Dicha identidad postnacionalista estaría además muy presente en el resto de estados nacionales europeos que pasaron también por las mismas experiencias.³⁴ En este sentido, fenómenos como;

[...] la integración europea, las alianzas militares supranacionales, las interdependencias en la economía mundial, las migraciones motivadas por situaciones económicas, la creciente pluralidad étnica de las poblaciones, y también el adensamiento de la red de comunicación, que ha agudizado *en todas partes* la percepción de, y la sensibilidad para, la violación de los derechos humanos, la explotación, el hambre, la miseria, las exigencias de los movimientos nacionales de liberación, etc. Esto conduce, por un lado, a reacciones de miedo y defensa. Pero, simultáneamente, se difunde también la conciencia de que ya no hay alternativa alguna a las orientaciones valorativas universalistas.³⁵

En medio de este escenario —calificado por diversos teóricos y filósofos como postmoderno—, se apreciaban, sin embargo, las perspectivas universalistas heredadas de la Revolución francesa pero que en la actual situación aparecían más bien matizadas por el multiculturalismo y la tolerancia que impedían así la universalización de nuestra propia identidad (como podía desprenderse quizá del universalismo del siglo XVII demasiado eurocéntrico). La idea que defendía Habermas, por lo tanto, era la de un Cosmopolitismo que debía de respetar las distintas tradiciones culturales existentes en el mundo contemporáneo.

En síntesis, la tesis habermasiana implicaba un respeto a los valores del Estado de Derecho y la Democracia pero también el convencimiento de que ambos debían adecuarse de modo tangencial a cada

³⁴ Ibid., p. 217.

³⁵ Ibid. p. 217-218.

realidad histórica sin caer en el Relativismo ni el Nacionalismo.³⁶ Sin embargo, ¿cómo era posible encontrar este punto medio entre lo absoluto y lo relativo? , ¿cómo era factible hablar de una patria universal y particular al mismo tiempo?, ¿cómo ser un buen hombre y un buen ciudadano?³⁷ Es más, ¿cómo defender una constitución cuyos fundamentos están fuera de la naturaleza y la experiencia y no son sino conceptos abstractos y no políticos? A todas luces, la propuesta de Habermas era en definitiva una fórmula ideológica que intentaba satisfacer todas las críticas planteadas a la cultura constitucional moderna y producir un modelo coherente y legitimado por el consenso del discurso público, pero, ¿estaría el filósofo de Francfort en capacidad de hacerlo?

En la última parte de este ensayo trataremos de demostrar las limitaciones del proyecto del profesor alemán, las cuales no le permitirán consolidar una cultura constitucional, hecho que no hace sino darle la razón a quienes, como nosotros, piensan que las fórmulas práctico-formales establecidas inicialmente por la formulación kelseniana (de evidente raíz kantiana) del Modelo Constitucional del Estado de Derecho quedaban descartadas inclusive por aquellos mismos considerados como sus seguidores.

4. Las contradicciones del «Patriotismo de la Constitución» y la crisis de la cultura constitucional liberal

Hasta ahora, hemos demostrado que el proyecto del Estado de Derecho, por presentarse como un modelo formal y abstracto no podía

³⁶ Ibid., p. 219.

³⁷ Pregunta que atormentaba al romántico francés Jean Jacques Rousseau y que en realidad, como menciona Karl Löwith, sería la característica de todo el pensamiento político y la cultura occidental de la Modernidad. Cfr. *De Hegel a Nietzsche*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1958.

mantener por mucho tiempo tales características.³⁸ De hecho lo que aconteció fue que finalmente fue desafiado por el plano real y contingente (político) que, por sus propias características, tenía que sustentarse en las diferencias y el reconocimiento;³⁹ esto es, por lo particular y concreto.

Ahora bien, quedaba también establecido que antes de la irrupción del Estado de Derecho en Occidente, existía lo que se puede denominar una cultura política que en principio estaba regida por el Derecho Natural y por instituciones políticas jerárquicas y corporativas incorporadas a la fórmula de la *Respublica Christiana*. Sin embargo, la Modernidad y la aparición del concepto de autonomía trastocan todo este mundo plural y diferenciado (político), produciendo entonces algo así como una *deconstrucción* cultural que liquidará toda la cultura política anterior. Ciertamente, esta *deconstrucción* es la que va a llevar a cabo el Estado de Derecho oponiendo a la jerarquía estamental, la igualdad ante la ley (igualdad formal) mientras que frente a la dependencia ante la autoridad imperial o pontificia impondrá la autonomía y la libertad individual.

A pesar de no reconocer el carácter cultural, moral y político de su empresa, el Estado de Derecho presentará definitivamente un talante ideológico que pensamos se ha hecho aún más patente en los últimos años,⁴⁰ precisamente por la pérdida de legitimidad del modelo original. Pero, el hecho de que los teóricos políticos y constitucionalistas liberales admitan ahora que están embarcados en un proyecto

³⁸ Ya en la primera parte de este ensayo habíamos dejado en claro que el Estado de Derecho, era fruto de una ideología y en ese sentido quedaban claras sus perspectivas cognitivas antes que prácticas.

³⁹ Como establecía la conocida definición de política de Carl Schmitt, es decir, la distinción entre amigos y enemigos. SCHMITT, Carl. *El Concepto de lo Político*. Madrid: Alianza, 1991, p. 56.

⁴⁰ Pensamos no solo en el caso de Jürgen Habermas que trabajamos en este momento sino también en el caso de John Rawls. Véase al respecto nuestro ensayo, «*De la Teoría de la Justicia al Liberalismo Político: John Rawls y el fracaso de la Justicia Procedimental*». *Derecho-PUC*, n.º 50,

de creación de una cultura constitucional —como en el caso de Habermas y su Patriotismo de la Constitución—, no implica que el proyecto sea bueno *per se* o que simplemente requiera un mero *mise au point*. Por ende, en las siguientes páginas nos encargaremos de demostrar los problemas que tendría que superar una cultura constitucional liberal (habermasiana en este caso) y al hacer esto expondremos las debilidades de cualquier intento en este sentido.

Como ya lo hemos recalcado, la fórmula del Estado de Derecho, era la fórmula de la universalidad y la abstracción, es decir, proponía la neutralidad establecida en el procedimiento y la forma, a fin de no comprometerse con ningún valor o visión particular de bien que pudiese violar la autonomía individual. La propuesta, por lo tanto, se dirigía a construir una cultura neutral que facultase a cada individuo a realizar su forma o plan particular de vida sin interferencias (libertad negativa) aunque siempre respetando los planes de vida de los demás a menos que tales proyectos los afectasen directamente y les causaran algún daño (según la típica propuesta de John Stuart Mill). Este era el gran fundamento teórico del Estado de Derecho y en él se basaba la cultura constitucional que pretendía instaurar. Al mismo tiempo, quedaba también pendiente de resolver el desafío de la relación entre la libertad y la igualdad presente también desde los primeros momentos de vida del modelo constitucional⁴¹ pues, si bien es verdad que la fórmula del Estado de Derecho era la de la igualdad ante la ley, las demandas de igualdad necesitaban materializarse y en este punto era precisamente donde se producían los enfrentamientos con la libertad. En este caso, habría que tomar en cuenta por ejemplo que la igualdad, por recurrir a lo *igual material* o concreto para realizar su naturaleza, podía estar más próxima a la Política (a lo empíricamente real) en tanto que, la libertad de alguna manera mantenía ese espíritu ideal y abstracto que podía engarzarse mejor con el proyecto universal y formal del Estado de Derecho siendo así compati-

⁴¹ Sino recordemos el manido slogan de la Revolución francesa de la Igualdad, Libertad y Fraternidad.

ble con las tesis jurídicas de la Ciencia Jurídica Positiva (de allí el nexo entre el Liberalismo y el Estado de Derecho).

Como el proceso de *deconstrucción* de la cultura política era largo, en un primer momento pasaron desapercibidos los problemas entre lo universal y lo particular o entre la libertad y la igualdad. Sin embargo, a medida que resultaba evidente la desaparición de la anterior cultura política, se requería que el Estado de Derecho demostrase su capacidad de constituir una cultura política, esto es, un conjunto de preceptos normativos que sintonizaran con la moral y costumbres de los ciudadanos, y que, en base a esta relación óptima, se fundamentase una legitimidad que hiciese ocioso el uso de la coerción. En otras palabras, se hacía necesario que los preceptos del orden constitucional tuviesen contacto directo con los deseos, necesidades y aspiraciones de los individuos de carne y hueso (no seres abstractos o *desencarnados*) o con las corporaciones al interior de la comunidad o de la denominada Sociedad Civil, (grupos de identidad). En ese sentido, la pregunta inevitable caía por su propio peso: ¿estaba la *Norma Base* o Fundadora del Estado de Derecho, en la capacidad de responder a las demandas políticas?, y si esto era así, ¿podría ser capaz de delimitar y jerarquizar las pretensiones políticas teniendo en cuenta que no era factible el satisfacer a todas las demandas al mismo tiempo?, en síntesis, ¿podía establecer el Estado de Derecho una cultura política?

Recientemente, un caso constitucional en Alemania llamó la atención a juristas, teóricos e inclusive a políticos. Se trataba de una pugna entre una Corte Constitucional (para ser más precisos, la Corte de Baviera), y la Corte Federal Alemana. El asunto o *affair* fue conocido como *el caso del Crucifijo*. De acuerdo a una ordenanza de los colegios primarios de Baviera, se mencionaba que en cada escuela se debería colgar un crucifijo.⁴² Pero una familia que profesaba las creencias de la Antroposofía (enseñanzas del esoterista Rudolf Steiner) demandó el retiro del crucifijo del aula de sus menores hijos alegando

⁴² Recordemos que la zona de Baviera en Alemania es eminentemente católica.

que el hecho de contemplar a un ser sufriendo en una cruz (un cuerpo humano agónico) además de ser contrario a sus ideas atentaba contra la formación espiritual y moral de sus hijos.

El caso fue rechazado por el Tribunal bávaro pero la apelación les fue favorable en la Corte Federal a pesar de que el colegio ofreció reducir el tamaño del crucifijo y también colocarlo en un lugar más discreto.

Los argumentos de la Corte de Baviera estaban de acuerdo con la Constitución de Baviera de 1946 que intentaba dotar de valores cristianos a la comunidad, por lo que las escuelas no solo debían transmitir conocimiento sino edificar el carácter en base a valores morales y en función a una reverencia a Dios,⁴³ aunque es menester anotar que como toda constitución liberal también ella contemplaba y garantizaba la libertad religiosa. Tales derechos empero eran garantizados aun con más fuerza por la Constitución Federal o sea por la Norma Básica o Fundadora. Amparados en estas normas, los padres de familia aspirarán a defender su libertad negativa frente a lo que sería una imposición coercitiva de una religión externa y ajena a sus creencias.

A primera vista, lo que podemos advertir es que existe un conflicto evidente entre la norma particular de Baviera, y la norma universal de la República Federal, es decir, una oposición entre los elementos culturales de la primera y los elementos neutrales —liberales de la segunda—. Por otro lado, si detenemos nuestra vista podremos advertir inclusive algunas contradicciones al interior del propio texto legal Bávaro que también llevarían a la misma tensión aunque en menor grado.

Siguiendo los postulados de su constitución, la Corte Bávara tendrá que defender las libertades positivas de la mayoría de los bávaros. Sin embargo, es en este punto precisamente donde cometerán un gran error que a la larga facultará a la Corte Federal a rechazar la argumentación de

⁴³ Para conocer los argumentos del caso y los alegatos legales con más detalle, véase, el ya citado ensayo de CAYGILL, Howard y Alan SCOTT. «The Basic Law versus the Basic Norm?». Ob. cit.

la Corte Bávara al tiempo de demostrar las serias contradicciones que se plantean en los actuales momentos entre lo cultural y político frente a lo abstracto y jurídico.

Así pues, la corte constitucional de Baviera mencionará que el crucifijo no representa a ninguna religión en particular y que se trata meramente de un símbolo universal de la tradición occidental. En tales circunstancias, mal se podría decir que se estaba llevando a cabo una acción proselitista que pretendía vulnerar las libertades negativas —con respecto de la religión— de la familia demandante:

Con la representación de la cruz como el ícono del sufrimiento y señoría de Jesucristo [...] los demandantes quienes rechazan tal representación son confrontados con una cosmovisión en la cual el poder formativo de la creencia cristiana es afirmada. Sin embargo, no por esto ellos son llevados a un constitucionalmente inaceptable conflicto religioso-filosófico. Las representaciones de la cruz confrontadas de esta manera no son —como las oraciones en la escuela— la expresión de una convicción religiosa ligada a una confesión específica. Ellas son un objeto esencial de la tradición general Occidental-Cristiana y propiedad común del círculo cultural Occidental- Cristiano.⁴⁴

Como podemos advertir, el error se centraba en que mientras que por un lado defendían la importancia de su cultura y tradición, centrada en el Cristianismo, a continuación señalaban que el símbolo del crucifijo era un símbolo neutral y por ende no tenía por qué ofender a los antropósofos. Así, a la Corte Federal solamente le bastó con esgrimir el convincente argumento de que el Cristianismo y el crucifijo pertenecían a una tradición particular y no universal y como consecuencia de este razonamiento, dentro de un orden constitucional liberal —como el defendido por la Constitución Federal—, sería este caso una clara violación a la libertad negativa (en el terreno religioso obviamente) de la familia demandante, por lo que se ordenaba el retiro de los crucifijos de todas las escuelas públicas de Baviera. Por último y para reforzar lo dicho por la Corte Federal, se tomaba tam-

⁴⁴ Ibid., p. 96.

bién en cuenta el creciente pluralismo cultural que se estaba manifestando en Alemania y que obligaba a una interpretación minimalista de las normas legales mandadas por las constituciones regionales, (Länder) como la contemplada por la misma Constitución de Baviera y su protección al Catolicismo. El Pluralismo, por lo tanto, colocaba un freno a las interpretaciones y obligaba al cumplimiento de ciertas disposiciones creadas previamente.

Con todas las complejidades que han emanado de este caso y que hemos visto de modo superficial habría que comenzar a preguntarse entonces, entre otras cosas, ¿cómo es que Jürgen Habermas pretendía construir su *Pacotismo de la Constitución*?, ¿cuál era la patria a defender? ¿la de los bávaros o las de las familias antropósofas o los ahora más de moda dianéticos?, ¿cómo se podía hablar entonces de una constitución que defendiera tanto a lo cultural como a lo universal?, ¿es que acaso la Constitución de la *Norma Básica* no era aún demasiado abstracta para poder establecerse como una cultura política? Y, si esto es así, ¿no sería ya un hecho el admitir el fracaso del Estado de Derecho en su propósito de convertirse en una cultura política con todas las implicaciones que esto lleva consigo?

La noción de *Pacotismo de la Constitución*, en realidad, parece no contemplar casos tan simples como el del *affair* del crucifijo. Quizá su creador subestimó este tipo de problemas que evidentemente no pueden solucionarse con el diálogo o la deliberación (recordemos que en el caso del crucifijo no se aceptó la reducción del tamaño ni su colocación en un lugar menos visible, lo cual podría haber sonado razonable). El problema esencial quizá radique entonces en la atemporalidad en la cual se encuentra la *Norma Básica* que en consecuencia no le permita atisbar los cambios producidos al interior de las sociedades y las constantes grietas que se generan en el espacio político precisamente por fenómenos como las migraciones constantes, o por la apertura y relajación de los vínculos comunales que determinan cambios frecuentes de religión y la constitución de sociedades altamente fragmentadas.⁴⁵

⁴⁵ Este es un rasgo típico de las sociedades contemporáneas como lo menciona el antropólogo Fernando Fuenzalida quien entiende que las características de la bús-

Además de los intentos realizados por Habermas para alcanzar una cultura constitucional que no fuera por demasiado abstracta, irrelevante, ni por demasiado concreta, totalitaria y peligrosa, recientemente tanto Russell Hardin⁴⁶ como Will Kymlicka⁴⁷ han tratado también de construir una teoría liberal que no soslaye el elemento nacional (cultura) y que sirva como crítica a los teóricos románticos y neohegelianos quienes se encargaron en muchos casos de apuntar estas carencias de la teoría liberal y su falta de relación con lo político.⁴⁸

En principio, debemos tener en cuenta que de acuerdo a los postulados del Estado de Derecho, este había sido creado para la protección de las libertades individuales y no mencionaba nada en torno a libertades o derechos colectivos. Pero las críticas contra esta carencia⁴⁹ inmediatamente implicaron una respuesta por parte de autores como Habermas, Hardin y Kymlicka.

En el caso de Hardin, considera él que es posible conciliar el interés individual con los intereses grupales. Si bien es verdad que un orden que intente reconocer a distintos grupos puede hacer que se genere una lucha por conseguir un mejor reconocimiento entre las distintas

queda espiritual del mundo actual se deben fundamentalmente a: «la pérdida de la condición adscriptiva de la afiliación religiosa, la avanzada condición nihilista del paradigma cultural de Occidente y la concurrencia simultánea de creencias contradictorias en un mismo mercado». *Tierra Baldía*. Lima: Australis, 1995, p. 49.

⁴⁶ HARDIN, Russell. *One for All: The Logic of Group Conflict*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton UP, 1995.

⁴⁷ KYMLICKA, Will. *Multicultural Citizenship*. Oxford: Oxford UP, 1995. Edición en español, *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996.

⁴⁸ Básicamente se trata en ambos casos de una defensa del Liberalismo frente a los embates de los autores *comunitaristas* que obviamente se encargarían de destacar los enormes vacíos dejados por el Estado de Derecho y su proyecto universal que no tomaba en serio el factor cultural y político y al hacer esto se descartaba asimismo como proyecto moral y de legitimidad social.

⁴⁹ Ya al inicio de este ensayo mencionamos que la crítica a esta perspectiva meramente formal había comenzado con el pensamiento reaccionario como con Donoso Cortés, de Maistre y en los últimos años se ha retomado por el pensamiento *comunitarista*.

identidades y de hecho una norma de exclusión normalmente trasciende las normas universales.⁵⁰ Es a través también de esta norma de exclusión o de diferencia que se puede regular un conflicto entre los intereses de un grupo central con los intereses de un grupo periférico,⁵¹ una guerra civil así normalmente se manifestará entonces por la carencia de reglas de exclusión. La existencia de esta normativa, por ello, podría ser incluida dentro de un orden constitucional y servir también para garantizar la identidad del grupo al tiempo que se seguirá manteniendo también la legitimidad del orden constitucional.

Will Kymlicka quizá desarrolla con más profundidad este intento de enlazar los derechos individuales con los derechos colectivos. Para conseguir esto, él establecerá dos criterios que servirán en principio para proteger los derechos colectivos pero que a la larga también contribuirán a la defensa de los derechos individuales. Los dos criterios serán conocidos entonces como el de las restricciones internas y el de las protecciones externas:

Debemos distinguir entre dos tipos de reivindicaciones que un grupo étnico o nacional podría hacer. El primero implica la reivindicación de un grupo contra sus propios miembros; el segundo implica la reivindicación de un grupo contra la sociedad en la que está englobado. Se puede considerar que ambos tipos de reivindicaciones protegen la estabilidad de comunidades nacionales o étnicas, pero que responden a diferentes fuentes de inestabilidad. El primer tipo tiene el objetivo de proteger al grupo del impacto desestabilizador del *disenso interno* (por ejemplo, la decisión de los miembros individuales de no seguir las prácticas o las costumbres tradicionales), mientras que el objetivo del segundo es proteger al grupo del impacto de las *decisiones externas* (por ejemplo, las decisiones políticas y económicas de la sociedad mayor). Para distinguir estos dos tipos de reivindicaciones, denominaré a las primeras *restricciones internas* y, a las segundas *protecciones externas*.⁵²

⁵⁰ HARDIN, Russell. Ob. cit., p. 141.

⁵¹ Ibid., p. 134.

⁵² KYMLICKA, Will. *Ciudadanía Multicultural*. Ob. cit., p. 58.

La posición de las restricciones internas implican ciertamente una relación intragrupal que apuntan a salvaguardar las tradiciones internas de una comunidad, como podría ser el caso de mantener la tradición de casarse solo con miembros de su grupo, en tanto que, las protecciones externas podrían más bien referirse a relaciones intergrupales y en consecuencia tenderían a defender a una identidad frente a otras identidades o grupos existentes.⁵³ Desde el punto de vista liberal, parecería ser que las restricciones internas pudiesen implicar una violación a las libertades individuales, como cuando se quiere obligar a contraer matrimonio a una mujer que de pronto no desea hacerlo con nadie del grupo —lo cual motivaría por ejemplo las protestas de grupos feministas— o quizá cuando se imponen ciertas conductas que podrían restringir ciertas libertades como la obligación de usar ciertas vestimentas o practicar ciertos ritos que pudiesen ser vistos como incompatibles con la dignidad del hombre racional moderno. En este sentido, las protecciones externas podrían ser más compatibles con un Estado de Derecho que las restricciones internas.

Normalmente un grupo o colectividad puede reivindicar tres derechos fundamentales: el derecho de autogobierno, los derechos poliétnicos y los derechos especiales de representación.⁵⁴ Sin embargo, como el mismo Kymlicka lo menciona, estos tres derechos pueden servir en la práctica tanto para expresar restricciones internas como también para realizar protecciones externas.⁵⁵ La idea, no obstante, es justificar una tesis que pueda garantizar, como dijimos, los derechos individuales sin renunciar a las libertades comunales y por ende tendría que hablarse de estos dere-

⁵³ Ibid., p. 60.

⁵⁴ Ibid., p. 61.

El autogobierno confieren poderes a unidades políticas que son más pequeñas para que sus pretensiones no sean desestimadas por las mayorías. Los derechos poliétnicos dan protección a prácticas religiosas y culturales que no están contempladas ni son protegidas por el Mercado o el Estado de Derecho. Los derechos especiales de representación, como su nombre lo indica, brindan la posibilidad de participación en las decisiones políticas a las minorías.

⁵⁵ Ibid., p. 61.

chos de ciudadanía —así los llama él— desde la posición de las protecciones externas antes que desde las restricciones internas.

De acuerdo a todo lo dicho, Kymlicka está seguro de que las tesis tradicionales de los derechos humanos no son suficientes para garantizar las libertades comunales. Es decir, no basta con que la Constitución proteja la libertad de asociación para que las asociaciones se mantengan con vida sino que requerirían, por lo menos, la existencia de algunos derechos poliétnicos y de gobierno que, dicho sea de paso, serían coherentes con la justicia liberal.⁵⁶

Ahora bien, a pesar de todo lo atrayente que pueda ser la propuesta de Kymlicka, habría que considerar en primer lugar qué tan factible es el hecho de separar a las restricciones internas de las protecciones externas. Aún más, sería también justo preguntarse en este momento si es que, en el hipotético caso de que fuese posible tal separación, esta sería suficiente para mantener con vida a una comunidad con la mera presencia de ciertos derechos entendidos desde la posición de la protección externa, en otras palabras, ¿alcanzarían las protecciones externas para reivindicar una identidad? Más bien, todo indicaría que las restricciones internas serían más relevantes para la comunidad. Las protecciones externas, aún solo el hecho de reconocerlas, implicarían el afirmar el fracaso del intento de crear una teoría liberal que defienda lo particular y concreto.⁵⁷

⁵⁶ Ibid., p. 152.

⁵⁷ Por ejemplo si queremos hablar efectivamente de un autogobierno de comunidades tradicionales tendríamos que admitir que los derechos humanos tendrían que estar subordinados a la comunidad. No obstante, desde la tesis liberal de Kymlicka esto sería sencillamente inaceptable.

Para algunas lecturas críticas de la obra de Kymlicka, véase de LAITIN, David. «Liberal Theory and the Nation», en *Political Theory*, vol. 26, n.º 2, 1998 y de BEINER, Ronald. *Philosophy in a Time of Lost Spirit*. Toronto: U. of Toronto P, 1997.

5. Conclusión

Algunos conceptos pueden quedar en claro, luego de esta *tour de force* o presentación sintética de las ideas centrales trabajadas por diversos autores liberales que intentaron tomar en serio lo particular y concreto.

En primer lugar, ya ningún autor liberal estaría seguro de afirmar que el Estado Constitucional puede prescindir de los valores y de la ideología, lo cual nos llevaría a la conclusión de que la mentada neutralidad defendida por el Constitucionalismo Moderno no sería sino un artilugio utilizado por conveniencia política, es decir, sería la demostración palpable de su inevitable talante ideológico (sea de izquierda o derecha).

Asumida esta premisa, es posible entender por qué es que se generaron expectativas en torno, por ejemplo, al Patriotismo de la Constitución de Habermas que tenía como objetivo construir una autentica cultura política liberal pues ahora ya se reconocía que solamente a través de la cultura política se podría legitimar un sistema o un orden legal.

El esfuerzo por parte de Habermas y los demás autores liberales⁵⁸ por sintetizar los derechos cívicos con los derechos humanos, sin embargo, no ha bastado debido a que en todos los casos, al añadirse el concepto de *liberal* a sus teorías, se entendía en último término que lo particular se subordinaba a lo universal (liberal) y en consecuencia, la política y la cultura se relativizaban.⁵⁹ Al hacerse esto, quedaba claro que todas las propuestas tenderían siempre a privilegiar lo abstracto frente a lo concreto, lo cual significaba que toda esta apuesta no tenía el suficiente peso axiológico para convertirse en una cultura política constitucional.

⁵⁸ Además de los autores citados en este ensayo se puede ver también como liberales que buscan la síntesis a MACEDO, Stephen. En *Liberal Virtues: Citizenship, Virtue, and Community in Liberal Constitutionalism*. Oxford: Clarendon Press, 1990; GALSTON, William. *Liberal Purposes: Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State*. Cambridge: Cambridge UP, 1991 y GUTMANN, Amy. *Democratic Education*. Princeton, NJ: Princeton UP, 1987.

⁵⁹ Para un argumento en este sentido y en relación al Relativismo que añade siempre el término liberal véase de SCHMITT, Carl. *El Concepto de lo Político*.

Capítulo 8

¿Qué pasa con la Ciencia Política?

En las Ciencias Sociales es más fácil prever lo que nunca va a suceder que prever exactamente lo que sucederá.

Gaetano Mosca

Cuando Francis Bacon planteaba en el siglo XVII¹ su crítica al Método Científico Deductivo y abría así el camino a la Ciencia Positiva, también llamada Ciencia Empírica o Inductiva, no se imaginó que su proyecto — a caballo todavía entre la Filosofía y la Técnica Moderna— llegaría a configurar en el futuro un modelo que abarcaría todas las áreas del conocimiento y establecería un conjunto de verdades absolutas extraídas de las citadas constataciones. Tampoco vislumbraría que estas verdades estarían libres de cualquier elemento valorativo subjetivo que distorsionara el resultado final. El hallazgo en mención no podía ser evaluado entonces como bueno o malo en sí sino como un resultado exacto y preciso que tenía que ser estimado simplemente como verdadero.

¹ «No hay ni puede haber más que dos vías para la investigación y descubrimiento de la verdad: una que partiendo de la experiencia y de los hechos, se remonta enseñada a los principios más generales, y en virtud de esos principios que adquieren una autoridad incontestable, juzga y establece las leyes secundarias (cuya vía es la que ahora se sigue), y otra, que de la experiencia de los hechos deduce las leyes elevándose progresivamente y sin sacudidas hasta los principios más generales que alcanza en último término. Esta es la verdadera vía; pero jamás se ha puesto en práctica». BACON, Francis. *Primer Libro de Aforismos*. Madrid: Biblioteca Económica Filosófica, 1892.

En este sentido, cuando esta visión de la Ciencia Positiva pasó al ámbito de la Política y se dejó de lado la Filosofía Política para reemplazarla por la Ciencia Política se hace más marcada la diferencia entre los hechos y los valores, a pensar que la tarea de la ciencia debía concentrarse exclusivamente en la descripción de los hechos —ateniéndonos siempre a la moderna consideración de que los valores dependerían de los individuos y no existirían valores colectivos o una verdad colectiva— para de allí extraer, como proponía Bacon, generalizaciones o leyes universales.

Más bien, quienes no pensaban que la distinción entre hechos y valores (o fines) era saludable para la ciudad eran los filósofos, quienes colocaban a los fines por encima de los hechos. La Política, por lo tanto, era un arte que se dirigía al logro de los fines de la Comunidad. En consecuencia, el propósito de la Filosofía Política, como decía Leo Strauss, era transformar las opiniones políticas en conocimiento político² lo que implicaba que la tarea o el propósito de la Política en el plano de la *praxis* no podía ser otra que *la búsqueda del mejor régimen político* (el énfasis es mío).

El buscar el mejor régimen político implicaba, por cierto, un análisis concienzudo de los distintos tipos de gobierno existentes (tarea emprendida, dicho sea de paso, por el propio Aristóteles), comparaciones, clasificaciones y descripciones pormenorizadas de las formas de gobierno que tenían como objetivo no la mera comprensión de las instituciones sino el encontrar el régimen más adecuado para la realización de la esencia de la comunidad. Esto significaba que cada ser humano, habitante de la Comunidad tenía que desarrollar su propia naturaleza, dentro de su espacio y tiempo, y alcanzar lo que los antiguos denominaban *buena vida*.

La Modernidad inaugurada con Bacon pero también por Descartes, Maquiavelo, Hobbes o Hume aparece, sin embargo, como una ruptura drástica con la Filosofía Antigua y, por ende, con la Filosofía

² STRAUSS, Leo. *What is Political Philosophy? And other essays*. Chicago: Chicago UP, 1988.

Política.³ No existirá ya una naturaleza humana inmutable sino únicamente voluntades individuales que actúan libremente sin ningún tipo de coerción y sin ningún fin preestablecido. En estas circunstancias, la búsqueda del mejor régimen político se vuelve intrascendente e inútil pues lo que ha desaparecido en este ínterin es la distinción entre lo bueno y lo malo como conceptos objetivos. De allí se puede entender el porqué del interés de la Ciencia Moderna por los hechos mas no por los fines (a menos que los fines provengan de elecciones individuales).

De este modo la Ciencia Moderna y la Ciencia Política buscan adentrarse en la descripción de los hechos políticos,⁴ para lo cual empezarán a ocuparse de distintos temas que serán materia de su análisis empírico. En una primera etapa el tema del *poder* será el objeto de estudio de la Ciencia Política; tan es así que se mencionaba que la Ciencia Política era la Ciencia del poder. Esto se desprendía lógicamente de la asociación inevitable entre el Pensamiento Moderno, la dicotomía hecho-valor y el nacimiento del Individualismo que circunscribía el ámbito de la política no al *deber ser* (que se derivaba, por ejemplo, de la búsqueda del mejor régimen político, emprendida por la Filosofía Política) sino al *ser* del mundo contingente que era precisamente el mundo de las voluntades o poderes individuales que luchaban por la supremacía (lo que Nietzsche denominaría voluntad de poderío); por el orgullo, como diría Hobbes, o por el reconocimiento, en palabras de Hegel.

Un hecho político en este sentido, tenía que ver con las fórmulas del conflicto y de las oposiciones que podían lindar entre los conflic-

³ En realidad en el plano histórico esto debe verse como una orientación política elegida por los tempranos pensadores modernos de Europa para liberarse de la influencia espiritual e intelectual de la Iglesia Católica. Cfr. MANENT, Pierre. *An Intellectual History of Liberalism*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton UP, 1995.

⁴ Una concepción política moderna se funda en la dicotomía entre lo público y lo privado. En ese sentido un hecho político sería solamente aquel acto cuya repercusión afectaría a toda la colectividad y pudiese ser demostrado empíricamente.

tos indivisibles (guerra) y los conflictos divisibles (competencia). Los estudios del poder entonces se enfocaban hacia lo que significaban las conductas individuales, lo cual podía derivar, por ejemplo, hasta en un análisis de la psicología que movía los comportamientos de los sujetos hacia la búsqueda del poder y su ejercicio. Sin embargo, no solo la Ciencia Política implicaba el estudio del poder sino que también había un interés creciente por concentrarse en el análisis de las instituciones creadas precisamente por ese poder moderno. Entre estas instituciones brillaba con luz propia el Estado y más específicamente el Estado de Derecho.

Esta segunda perspectiva planteaba entonces la reducción de la esfera política al conjunto de reglas neutrales, abstractas y generales reunidas bajo el concepto de Estado de Derecho y que procuraban sostener a toda costa la noción de *autonomía* y de *la libertad de la elección individual* (el ejemplo típico de esta perspectiva institucional la representa John Stuart Mill). Un análisis desde esta posición pretendía entonces describir el funcionamiento del Estado, sus órganos de gobierno, su estructura constituida por los estamentos representativos y los partidos políticos, y estaba ligada también a una ideología específica que se llamaba Liberalismo.

Ahora bien, quienes abordaban esta posición más que teóricos políticos o científicos políticos eran los abogados constitucionalistas y ellos, más que hablar de hechos políticos, se referían a hechos legales, esto es, a las reglas (supuestamente racionales) que sometían al poder (que aparecía como irracional). Sin embargo, a la luz de la Teoría Política Clásica, hacer esto era adoptar una postura *idealista* en tanto que dichas reglas al ser universales tenían que ser abstractas mas no reales y esto significaba que no podían tomar en serio a los factores particulares y concretos que se desarrollaban no en un espacio trascendente o trascendental (reino de la abstracción) sino en el mundo contingente (el espacio político propiamente dicho).⁵

⁵ Para una explicación de este fenómeno se puede revisar el ensayo siete que aparece en este libro, titulado: «Patriotismo de la Constitución: ¿más de lo mismo?».

Pero lo más grave de esta supuesta unidad entre la Política y el Estado de Derecho, lo hallábamos en la contradicción que necesariamente se manifestaba entre la naturaleza de la Política y la naturaleza del Estado de Derecho, la misma que surgía inmediatamente después que la normatividad legal pretendía conducirse del plano de la teoría al de la práctica. Una vez que esto acontecía y aparentemente por arte de birlibirloque, las cualidades racionales de estas reglas desaparecían, en su lugar nos encontrábamos nuevamente a un viejo conocido: el Poder,⁶ verdadero soberano del reino moderno.

Si había que hacer un balance entonces entre el Poder o el Estado como objetos de estudio de la Ciencia Política, el Poder tendría la ventaja de estar más próximo a la esfera de la Política. Sin embargo, la gran desventaja se situaba en el hecho de que el Poder, por sus características propias, era arbitrario e impredecible. En ese sentido, cabría hacerse la siguiente pregunta: ¿cómo intentaría la Ciencia Política realizar predicciones o extraer reglas generales si el poder (entendido como voluntad) no tenía parámetros racionales ni podía ser materia de prognosis?

⁶ Normalmente se ha entendido que como la Ley proviene de la razón y como la razón *es buena* la Ley también lo será. Sin embargo, en el momento en que se produce la aplicación de la Ley en el espacio social, quien emerge no es la razón justa y buena sino el poder injusto y arbitrario.

Recientemente un importante y elogiado trabajo de ciencia política demuestra la veracidad de tal aserto:

«En la tradición de la Ilustración, la racionalidad es vista típicamente como un concepto que está bien definido y que es independiente del contexto. Sabemos lo que es la racionalidad, y se supone que la racionalidad es constante sobre el espacio y el tiempo. Este estudio muestra empero, que la racionalidad es dependiente del contexto y que el contexto de la racionalidad es el Poder. El Poder borra la línea divisoria entre la racionalidad y la racionalización. La Racionalización presentada como racionalidad es mostrada como una estrategia fundamental en el ejercicio del poder. Kant decía que la posesión del poder inevitablemente estropea la razón, de tal modo que a más poder, menor será la racionalidad. El estudio empírico se resumirá en un número de proposiciones sobre la relación entre la racionalidad y el poder, concluyendo que el poder posee una racionalidad que la racionalidad ignora, mientras que la racionalidad no tiene un poder que el poder desconozca». FLYVBJERG, Bent. *Rationality & Power, Democracy in Practice*. Chicago: Chicago UP, 1998, p. 2.

Evidentemente esto debilitaba la tarea de la Ciencia Política Moderna pues, o bien pretendía extraer regularidades de las experiencias del Poder para tener la capacidad de adelantarse a acontecimientos importantes — esfuerzo que hemos visto estaba condenado al fracaso por las características que asumía el Poder— o, en su defecto, debía contentarse con la descripción y clasificación de los hechos políticos, para lo cual las Matemáticas, las Estadísticas y la Economía se constituían en los mejores aliados para cuantificar y procesar mejor la información hallada.

Ambas perspectivas, sin embargo, sumadas también a una relación importante con la Psicología, fueron las que a fines de los 50 en Norteamérica buscarían consolidar la disciplina de la Ciencia Política a través de la llamada Escuela Conductista o Behaviorista⁷ que como toda ciencia que se preciaba de positiva se fundaba sobre la base de la dualidad de los hechos y los valores, lo cual reforzaba su talante neutral. Esto servía, por ejemplo, para legitimar de pronto un orden coercitivo o uno que soslayaba los conflictos ideológicos presentes dentro de la sociedad (en este caso de la sociedad norteamericana de los sesenta). De modo que, todo esto contribuiría a legitimar el *status quo* existente,⁸ sobre la base de la supuesta científicidad y validez absoluta de sus hallazgos.

⁷ Los textos más clásicos de este período son, entre otros EASTON, David. *The Political System*. Nueva York: Alfred A. Knopf, 1953; EASTON, David. *A Framework for Political Analysis*. Nueva York: Prentice-Hall, 1965; CHARLESWORTH, J.C. *The Limits of Behavioralism in Political Science*. Philadelphia: American Academy of Political and Social Science, 1962; COWLING, M. *The Nature and Limits of Political Science*. Cambridge: Cambridge UP, 1962; DAHL, Robert. «The Behavioral Approach» *American Political Science Review*, 55, 1961; LASWELL, Harold. *The Future of Political Science*. Nueva York, Atherton Press, 1963; WEINER, M. *The Politics of Scarcity*. Chicago: Chicago UP, 1962; PARSONS, Talcot. «On the Concept of Political Power» *Proceedings of the American Political Society*, 107, 1963 ALMOND, Gabriel y J.S. COLEMAN. «A Functional Approach to Comparative Politics». *The Politics of Developing Areas*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton, 1960 y ALMOND, Gabriel y Sidney VERBA. *The Civic Culture*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton.

⁸ Por ejemplo en la década de los 60 muchos científicos políticos de izquierda desafiaron al Conductismo demandando que la APSA (Asociación de Ciencia Política

Esto obviamente prendería la mecha para la crítica al postulado de la Ciencia Conductista ya que ahora las críticas no solamente vendrían por el lado del escamoteo a las ideologías y a los valores (es decir a lo normativo) sino que también expresarían serias y razonables dudas sobre la certeza de sus descubrimientos basados, como dijimos, en métodos cuantitativos que no explicaban la regularidad de las conductas o tampoco eran capaces de predecir los efectos de algunas políticas públicas. No obstante, si a esto le agregábamos el hecho de su casi nula utilización por parte de los más altos funcionarios públicos, representantes y gobernantes, quienes rara vez tomaban en cuenta los resultados obtenidos por los científicos políticos sino que usualmente elaboraban sus futuras decisiones políticas de manera independiente y según sus propias creencias,⁹ entonces teníamos ya muy claramente establecidas las razones por las cuales se empieza a cuestionar acremente los alcances y más específicamente los resultados conseguidos por la Ciencia Política Moderna.¹⁰

de Norteamérica) dejase su propuesta neutral y que pudiese así tomar posiciones políticas sobre asuntos tan relevantes como la guerra de Vietnam, el racismo y la pobreza. Cfr. HANUS, Jerome. «Political Science: All Dressed Up and Nowhere to Go». *The Political Science Reviewer*, vol. XXV, 1996, p. 44.

⁹ Por ejemplo, se dice que los congresistas norteamericanos usaban a los científicos políticos solamente para obtener una máscara intelectual que sirviese para maquillar sus decisiones predeterminadas. Véase SOMIT, Albert. y Joseph TANENHAUS. *The Development of American Political Science*. Nueva York: Irvington Publishers, 1982, p. 184. Por otro lado, en el mismo artículo de Hanus encontramos citadas una serie de leyes de la ciencia política que han quedado desmentidas por estudios posteriores. Ob. cit., p. 50.

¹⁰ Textos contemporáneos de Ciencias Políticas destacan estos problemas y el estado actual de la disciplina. Cfr. EASTON, David, John G. GUNNELL y Luigi GRAZIANO (eds.). *The Development of Political Science*. Londres: Routledge, 1991; FALL, James y Raymond SEIDELMAN (eds.). *Discipline and History: Political Science in the United States*. Ann Arbor: University of Michigan, 1993; FARR, James, John S. DRYZEK y Stephen T. LEONARD. *Political Science in History*. Cambridge: Cambridge UP, 1995; GOODIN, Robert y Hans - Dieter KLINGEMANN. *A New Handbook of Political Science*. Oxford: Oxford UP, 1996.

Hasta aquí entonces con la realidad de la Ciencia Política Conductista y con la Corriente Institucionalista que irradió a la misma sus falencias que, sin embargo, no dejaban del todo huérfana de sustento a la Política pues en medio de esta siempre existieron resabios normativos que nos recordaban la presencia de la Filosofía Política y la Teoría Política mientras que el poder o los recursos políticos permitían comprender el sentido de algunas acciones políticas concretas, si bien no podían brindar verdades indiscutibles.

En este último sentido, destacaba sin dudas el inusitado y muy reciente interés por parte del mundo académico de teóricos políticos como por ejemplo Carl Schmitt, quien hizo célebre la siguiente definición de la Política: «La Política es la distinción entre amigos y enemigos».¹¹ En dicha afirmación, se percibía ciertamente un matiz realista y decisionista que superaba las limitaciones del Conductismo, (que pecaba por individualista y por universalista) y del Institucionalismo (construido, como dijimos, en función a reglas abstractas) ofreciendo una definición que recordaba a los orígenes de la Política al establecer el concepto político como un concepto comunitario,¹² es decir, que la Política debía relacionarse necesariamente con las sociedades y que si había algún fin o propósito en la actividad política éste tenía que estar vinculado con la supervivencia y la paz de la *polis*.

Asimismo, una perspectiva normativa adicional en la Política se manifestaba también en los estudios teóricos y empíricos sobre ideologías o concepciones prescriptivas como la Democracia y el Liberalismo. Tanto una como la otra, y a pesar de ser presentados por el Conductismo y el Institucionalismo como un conjunto de reglas ge-

¹¹ SCHMITT, Carl. *El Concepto de lo Político*. Madrid: Alianza 1991.

¹² La Política deriva del concepto griego *Polis* que significa fundamentalmente un conjunto de amigos que comparten ideas e ideales, esto es, un grupo y no un individuo. En este sentido, lo que decía Schmitt era que la Política Moderna había distorsionado el concepto clásico de la Política al introducir un concepto incompatible con ella como era el de *individuo* y sometiendo entonces la comunidad al individuo como pretende la ideología liberal y el Atomismo Político.

nerales o de procesos políticos sin propósitos concretos, en un plano sustantivo antes que formal, la Democracia y el Liberalismo apuntaban hacia la realización de una forma de vida particular en la que tenían que aparecer distintos valores que deberían ser logrados por la sociedad a fin de que se pudiese vivir plenamente y según los parámetros de la libertad (Liberalismo) y la igualdad (Democracia) respectivamente. Este nuevo interés por lo normativo surgido por la crisis de la Ciencia Política abría el campo para la re-introducción de la Teoría Política que justamente ponía en la mesa de debates las discusiones sobre los valores de las sociedades contemporáneas y los desafíos y problemas planteados por el pluralismo y la diferencia.¹³

En síntesis, si se reconocían las debilidades del análisis empírico esto no significaba que la Política perdía espacio e importancia. Al contrario hoy más que nunca se descubría un interés espectacular por la cosa pública y paradójicamente dentro del hombre común crecía la inquietud por buscar respuestas a sus angustias. Dichas interrogantes podían ser resueltas en parte por la Política o por lo menos podían abrir la ruta para su resolución. En consecuencia, la idea por alcanzar el mejor régimen político, como lo solicitaban los filósofos políticos de antaño, no resulta en estos momentos una idea desfasada o prehistórica. Más bien, por el contrario, la Política Contemporánea exige

¹³ Esto se puede apreciar, por ejemplo, en los debates entre liberales y comunitarios presentes en el mundo académico anglosajón y que oponen a la libertad *versus* la igualdad o también, a las discusiones sobre derechos individuales *versus* los derechos colectivos. Véase, por ejemplo, SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge UP, 1982; BARBER, Benjamin. *Strong Democracy*. Berkeley: U of California P, 1984; RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass: Harvard UP, 1971; RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia UP, 1993; TAYLOR, Charles. *Multiculturalism and the Politics of Recognition*. Princeton NJ: Princeton UP, 1992; YOUNG, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton, NJ: Princeton UP, 1990; WALZER, Michael. *Spheres of Justice*. Nueva York: Basic Books, 1982; MACEDO, Stephen. *Liberal Virtues, Citizenship, Virtue, and Community in Liberal Constitutionalism*. Oxford: Clarendon Press, 1991; KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy*. Oxford: Clarendon Pres, 1990.

compromisos con la verdad política, entendiendo al mismo tiempo que esta verdad no puede ser absoluta al desarrollarse dentro de un medio que no es perfecto, sino cambiante y en permanente movimiento. La Política, para los antiguos pertenecía al reino de la razón práctica y no al de la razón teórica; es decir, analizaba las acciones humanas y buscaba su perfeccionamiento. La realización de la naturaleza humana tenía que darse dentro de la ciudad, por ende al perfeccionar al hombre se perfeccionaba a la ciudad y viceversa. Una ciencia política que abandone la razón práctica (como ocurrió con el Conductismo, por ejemplo) finalmente tendrá que ser desechada por la propia naturaleza del hombre y de la ciudad.

Capítulo 9

¿ Y ahora quién podrá salvarnos?: ¿ la Sociedad Civil o la Sociedad Anónima?

1. Introducción

Si hay alguna esperanza de restaurar la Política en el mundo contingente, esta posibilidad recae, según mencionan últimamente ideólogos y académicos, en la Sociedad Civil, suerte de *pedra filosofal* o *varita mágica* que exorcizará los demonios de las arbitrariedades que llevan adelante el Estado Moderno y el Mercado, y que sometera de paso al Nihilismo y al Escepticismo que acompañan al hombre de fines del milenio —el mismo que se constituye a través de una sociedad anónima o mejor dicho una sociedad de *anónimos*— y que lo convierten en un ser aislado y autosuficiente que dice no deberle nada a nadie y que solo desea experimentar, elegir y vivir pero sin comprometerse también con nada ni con nadie.

Desde este punto de vista, tanto el Estado como el Mercado y la Sociedad Nihilista representan fuerzas antipolíticas,¹ ya que son fuerzas centrífugas que tienden a la dispersión de las personas y no a su unidad, generando así violencia y oponiéndose por ende —y poniendo en peligro— a la autonomía y la libertad. De alguna manera, esta

¹ Definimos a la político como el ámbito de la unidad de la pluralidad en perfecta armonía. La Política, por lo tanto, se sustenta en la homogeneidad mas no en la igualdad.

propuesta de la Teoría de la Sociedad Civil desafía el enfoque tradicional en la Política que estuvo asociado con el Estado y con sus instituciones (Modelo Institucional) y que planteaba su análisis, su comparación y su mejoramiento ya que dicha postura —es decir, cambiar racionalmente las reglas para mejorar las conductas— sería no solamente insuficiente e incapaz de resolver algo sino en sí misma una de las causas de la crisis política contemporánea cuyo devenir ha producido inexorablemente el Nihilismo.

En este sentido, viendo que el Formalismo y los procedimientos que están asociados al Institucionalismo constituyen más bien un problema antes que un resultado, se ha decidido abordar el problema político desde una posición más bien sustantiva antes que formal. Tal sustancia o contenido de la Política estará dado por la Sociedad Civil como el elemento interno que faltaba dentro del análisis político y cuya ausencia dentro de un plano fáctico generaría estas corrientes antipolíticas y nihilistas. Por ende, se podría extraer aquí la siguiente prescripción: *a mayor Sociedad Civil mayor fortaleza política* y así, todo intento por incrementar el nivel de desarrollo y solidez de la Sociedad Civil será visto como algo esencial en la tarea de salvar el orden político moderno.

Con esta *mise en scène*, trataremos en este ensayo de perfilar en primer lugar la naturaleza del concepto de Sociedad Civil dentro de la historia del pensamiento político y la teoría política, tomando en cuenta también las múltiples interpretaciones de las que ha sido objeto y las características que lo identificarían precisamente como un concepto político. Al mismo tiempo evaluaremos las peculiaridades de la Sociedad Civil Contemporánea y su insistencia en el diálogo como motor de su realización, analizando también si es cierto, como aseguran algunos teóricos, que la Sociedad Civil se hallaría más bien en declive antes que en efervescencia (como podrían asegurarlos otros). Por último, y teniendo en cuenta los análisis previos que presentan las características de la Sociedad Civil de hoy, estaremos en condiciones de concluir que tal Sociedad Civil no está en condiciones de *salvar* a la Política como creen sus propulsores y que por el contrario, este interés en el tema no sería sino otro signo de la deca-

dencia de la Política ya que lo que los teóricos pretenden defender con la Sociedad Civil, esto es, la autonomía y la libertad, son paradójicamente los conceptos que desde nuestro punto de vista han socavado la unidad política y han producido las fuerzas centrífugas.

No obstante, a pesar de todo lo dicho, debemos de celebrar un hecho positivo en todo esto y es que los estudios sustantivos sobre la Sociedad Civil nos ponen en el campo de tiro de la Filosofía y la búsqueda de la respuesta a la pregunta *¿cómo debemos vivir?*, vale decir, vuelven a plantear la interrogante sobre la buena vida y la mala vida. Esta pregunta evidentemente había sido soslayada por la perspectiva institucional o neo - institucional centrada, como dijimos, en formas (!y en reformas!) antes que en los propios seres humanos —los habitantes de la ciudad y los actores políticos— y su naturaleza. Un cambio realmente radical en la Política tendría que nacer necesariamente de los hombres y no de las instituciones o las normas, y por lo menos, el traer esta preocupación o más bien exigencia al debate político es algo que cualquiera interesado en rescatar a la Política y su práctica como arte noble debe de agradecer.

2. De cómo nace el concepto de Sociedad Civil

Si de historias se trata habría que decir que el concepto de Sociedad Civil debe estar cercano a la aparición del Estado Moderno, esto es, a fines del siglo XVII y comienzos del siglo XVIII.² En este sentido,

² Sin embargo, es pertinente mencionar que el término *Sociedad Civil* que viene del latín *civilis societas* se empezó a usar alrededor del siglo XV, a través de la influencia del pensamiento estoico de Cicerón que usaba frecuentemente este concepto para referirse a las comunidades regidas por la *ius civile* romana y que era propia de un pueblo civilizado frente a los otros pueblos que no tenían *ius civile* y que eran por eso bárbaros. También la *ius civile* se asociaba entonces al mundo urbano de la ciudad en oposición al mundo rural. Cfr. *Enciclopedia del Pensamiento Político*, dirigida por David Miller Madrid: Alianza, 1989, pp. 611-612. En el siglo XVIII esta perspectiva será retomada por la Ilustración escocesa.

Thomas Hobbes, a pesar de no hablar de Sociedad Civil y mucho menos defenderla, parte de hacer una distinción esencial entre lo que es el Estado (Commonwealth) y el individuo —o en el lenguaje nominalista de Hobbes—, una sumatoria de individuos: el primero, que obliga en foro externo y el segundo que tiene como reino infranqueable el foro interno.³ Tal distinción entre ambos espacios es el que forja esta nueva estructura política —el Estado— como una institución liberal, vale decir, preocupada por la protección de la libertad y la vida de los individuos.

Recordando un poco las tesis iusnaturalistas —de las cuales es deudor Hobbes— estas se generan dentro de un estado definido como de naturaleza en el que reina una forma de libertad negativa o ausencia de coerción y donde no existe moral y justicia, pero si existen individuos libres que, gozando de esa libertad, pueden tomar todo lo que les plazca y hacer lo que quieran sin restricciones. Esto origina una serie de conflictos internos que obligan a los hombres a crear el Estado o Leviathan para que acabe con ese estado de naturaleza y se cree así la paz. Sin embargo, en el caso de Hobbes, el Estado que aparece subsume a los individuos (que renuncian voluntariamente a su libertad absoluta) y se da una suerte de identidad entre los hombres y el Estado que se denominará Commonwealth (República). Este sería entonces el primer antecedente del concepto de Sociedad Civil⁴ entendida como un orden de paz creado por los hombres aunque paradójicamente se muestre como un estado contrario a la libertad.

³ HOBBS, Thomas. *Leviathan*, editado por C.B Macpherson, Cap. XV. Harmondsworth, Middlesex: Penguin, 1985. Véase también de SCHMITT, Carl. *Der Leviathan in der Staatslehre Thomas Hobbes*. Cologne: Hohenheim, 1982. En español, *El Leviathan en la Teoría del Estado de Tomás Hobbes*. Buenos Aires. Struhart & Cia, 1993.

⁴ Para esta parte seguimos la conocida clasificación de la historia del concepto de *Sociedad Civil*, elaborada por KEANE, John. *Democracia y Sociedad Civil*. Madrid: Alianza, 1992, Cap.II. Véase también el ensayo, basado en el mismo libro de Keane, de BEJARANO, Ana María. «Democracia y Sociedad Civil: una introducción histórica», en: *Instituciones Políticas y Sociedad*, editado por Romeo Grompone. Lima: IEP, 1995, pp. 338-361.

Un segundo paso lo dará John Locke, para quien el Estado que va a surgir del contrato social no lo hace para acabar con la condición natural sino para perfeccionarla y es en este modelo donde claramente se va perfilando ya una forma de Sociedad Civil distinta del Estado hobbesiano. La Sociedad es, en este contexto, un conjunto de individuos que tienen la obligación de preservar su vida pero también tienen la misma obligación para con sus prójimos (lo cual hace que este estado de naturaleza ya contenga embriones de sociedad y no sean seres aislados en una guerra permanente). Sin embargo, siempre se darán incumplimientos a estos mandamientos y por eso se requerirá el acuerdo político que dará nacimiento a la Sociedad Civil o Política.

[...] a causa de su énfasis por conservar y completar la situación natural, esta segunda versión borra claramente la distinción entre Sociedad Civil y Estado. (Locke, por ejemplo, se apoya en el significado latino de *societas civilis* para referirse no a una condición preestatal de existencia sino a una sociedad política y, por tanto, al Estado).⁵

En este contexto, hay que mencionar también el aporte de la Ilustración escocesa que se expresará, por ejemplo, a través de la obra de Adams Ferguson y su *Essay on History of Civil Society* (un ensayo sobre la historia de la Sociedad Civil) publicado en 1767,⁶ en el que destaca el talante progresista de las nuevas urbes que practican obviamente las artes comerciales. De todos modos hay que decir que Ferguson no era tan confiado sobre la nueva moral que traía consigo esta sociedad comercial - que estaba ligada a la Sociedad Civil - y de hecho, existían problemas como el de la corrupción pública y por ende se instaba a la formación de agrupaciones de ciudadanos tanto en el terreno militar como en el judicial. Esto, por cierto, serviría como un antecedente en la constitución de la moderna Sociedad Civil. En resumen, en el texto de Ferguson la Sociedad Civil aparecería

⁵ KEANE, John. Ob. cit., p. 57.

⁶ FERGUSON, Adams. *Ensayo sobre la historia de la Sociedad Civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1974.

marcadamente en oposición a las sociedades primitivas, y estaría, mal que bien, relacionada con el progreso y el orden.⁷

Una forma de Sociedad Civil algo más perfecta que las anteriores la presentará a su vez Thomas Paine, respondiendo al conocido trabajo de Edmund Burke, *Reflexiones sobre la Revolución francesa*. Paine tratará de asegurar con mayor firmeza el espacio de la Sociedad Civil distanciándolo del Estado, lo cual tenderá de alguna manera a mejorar las relaciones en su interior pues cuanto mejor estén, menos poder tendrá el Estado. Así pues el Estado aparecerá solamente como una delegación del poder.⁸ Según Paine, como los hombres no pueden bastarse por sí solos, necesitarán desarrollar formas de intercambio comercial basadas en la reciprocidad y estas relaciones generarán a su vez lazos de solidaridad entre las personas.

Esta feliz coincidencia de intereses mercantiles instrumentales y de amor a los demás, concluye Paine, predispone a los individuos a vivir juntos armoniosamente, ejerciendo sus derechos naturales de felicidad y libertad dentro de una Sociedad Civil no obstaculizada por las instituciones estatales, que sólo reconoce normas de respeto mutuo, satisfacción de intereses y libertad para todos los individuos.⁹

Sin embargo, donde se hará más popular el concepto de Sociedad Civil y donde también alcanzará definiciones nuevas y bastante distintas a las ya vistas —por inspiración del pensamiento romántico— será a través de las obras de G. W. F Hegel *Principios de la Filosofía del Derecho* y de Karl Marx, *Contribución a la crítica de la Economía Política*. En primer término, Hegel entiende que las nuevas sociedades se diferencian de las antiguas *polis*, en que aquellas han desarrollado una conciencia individual que no tenía lugar dentro de las *polis* y que

⁷ BEJARANO, Ana María. Ob. cit., p. 344.

⁸ KEANE, John. Ob. cit.

⁹ Ibid., p. 69.

¹⁰ TAYLOR, Charles. *Hegel and Modern Society*. Cambridge: Cambridge UP, 1979, pp. 109-110.

hacía que los hombres se sientan portadores de una razón universal. Esta conciencia de ser un hombre y no un ateniense, o un bárbaro etc., es lo que se expresa en lo que Hegel llamará *Sociedad Civil* que se puede pensar como el mundo de la economía burguesa.¹⁰

La persona concreta, que es para sí como un fin particular, en cuanto totalidad de necesidades y mezcla de necesidad natural y de arbitrio, es uno de los fundamentos de la Sociedad Civil; pero la persona particular en cuanto substancialmente en relación con otra igual individualidad, de suerte que cada una se hace valer y se satisface mediante la otra y al mismo tiempo simplemente mediatizada, gracias a la forma de la universalidad constituye el otro principio.¹¹

En este proceso histórico en el que la conciencia universal (Geist o espíritu) se desplaza dialécticamente para pasar de un estado inferior a uno superior (de lo particular a lo universal) se podrá alcanzar la auténtica autonomía (libertad) que sintetizaría la particularidad con la universalidad. La Sociedad Civil constituirá así la etapa que sigue al mundo de la familia que se ha escindido gracias al principio de la personalidad que ha generado una pluralidad de familias que como dice Hegel «se comportan como personas independientes, externas y concretas».¹² La Sociedad Civil, por lo tanto, se encontraría en una posición intermedia entre la familia y la realización de la conciencia (historia) que se daría en el Estado.¹³

¹¹ HEGEL, G.W.F. *Filosofía del Derecho*, sec. 182. Buenos Aires: Claridad, 1940, p. 171.

¹² Ob. cit., p. 170.

¹³ A este respecto se menciona que «el concepto de *Sociedad Civil Burguesa* (*bürgerliche Gesellschaft*) es producto de un pensamiento que se ha preguntado sobre el sentido de una realidad nueva, la que se desarrolla a partir de las relaciones de derecho que los individuos —agentes económicos libres— sostienen entre sí dentro de una comunidad determinada, el burgo. El *ciudadino* es de hecho, un individuo libre que actúa económicamente, cuya actividad se apega a las reglas jurídicas que él mismo ha producido. Es usufructuario de un estado de libertad, de un Estado de Derecho, que él contribuye constantemente a recrear».

La Sociedad Civil por estas características —en especial la de ser una etapa en tránsito hacia la síntesis final de la conciencia— presentará muchas contradicciones dentro de sí, y por eso es en ella donde se generarán las luchas entre lo que es y lo que debe de ser, entre el sujeto y el objeto o entre el derecho y el deber. Tales contradicciones deberán de superarse en el campo de la eticidad que estará precisamente en el Estado y que Hegel denominará *Sittlichkeit*.¹⁴

La Sociedad Civil, como cuerpo intermedio incluirá entonces a la Economía, a las distintas clases sociales, a las corporaciones o instituciones que tienen relación con el bienestar de las personas como la Policía etc., y todos estos actores estarán regulados por la Ley Civil (Derecho). De hecho, todas estas instituciones se han forjado a lo largo del devenir histórico configurando el gran logro de la Modernidad.¹⁵

Lo que más llama la atención en esta descripción de la Sociedad Civil que realiza Hegel es que, a diferencia de las tesis anteriores, *se plantea aquí un nexó palpable entre la Sociedad Civil y el conflicto*. En otras palabras, podría decirse que se ve un gran parecido entre el concepto de *estado de naturaleza* de los iusnaturalistas y el de *Sociedad Civil* hegeliano que presenta como característica básica la lucha entre intereses privados que pugnan cada uno por el reconocimiento, produciendo literalmente la anulación de uno en favor del otro y eliminando la posibilidad de resolver internamente sus problemas.

Sin embargo, es menester acotar que mal que bien las instituciones reguladoras tienen la función de morigerar los efectos de esta lucha civil y de alguna manera asentarán las bases que vendrán posteriormente con el Estado. Es decir que si bien es en la Sociedad Civil donde el individuo realiza sus intereses privados, también es el lugar donde aprenderá a vivir compartiendo y a ser solidario. Se colige en-

ROSENFELD, Denis. *Política y Libertad, la estructura lógica de la Filosofía del Derecho de Hegel*, México: FCE, 1989, p. 168.

¹⁴ Cfr. COHEN, Jean L. y Andrew ARATO. *Civil Society and Political Theory*, Cambridge Mass: The MIT Press, 1997, pp. 91-116.

¹⁵ KEANE, John. Ob. cit., p. 71.

tonces que el Estado será sencillamente una instancia ética superior que superara (*aufgehoben*) las limitaciones de la Sociedad Civil.

Pero, si la visión de Hegel era relativamente pesimista en torno a su significado, como un espacio en donde aún es impensable el reconocimiento universal entre los hombres como seres libres e iguales, Marx reduce los conflictos al interior de la Sociedad Civil, a conflictos de clase que se originan en una sola fuente: la producción y las relaciones de poder que esta genera vía el Capitalismo. Por otro lado Marx observa que siendo una construcción histórica y no natural, abarcará toda la vida industrial y comercial del llamado orden burgués¹⁶ y concluirá señalando que cualquier agrupación nace necesariamente por medio del interés económico.

Lo que tipifica a la Sociedad Civil según Marx es, por lo tanto, el más puro egoísmo y la competición burguesa descarnada, pero al definirla dejó de lado todas las corporaciones que no nacieron como resultado del poder y la lucha de clases, como las organizaciones de defensa en las ciudades mercantiles o las aldeas, o las mismas organizaciones profesionales como los médicos, arquitectos etc., (que no serían sino secularizaciones de las antiguas gildas o cofradías medievales). Hacer esto se dice que desconocería la naturaleza real de la Sociedad Civil.¹⁷

Asimismo, se criticaba que las tesis marxistas no tomaban en serio al Estado como lo hacían las otras perspectivas incluyendo, ciertamente, la hegeliana.

Marx rechaza los modelos de Estados defendidos por Hobbes, Locke y Hegel, que coinciden en suponer que el Estado puede ser una entidad separada que englobe intereses universales y gobierne imparcialmente a sus súbditos. El Estado moderno es una comunidad universal ilusoria. De hecho, es una institución coercitiva que refleja y refuerza los intereses particulares y específicos de la sociedad civil.¹⁸

¹⁶ MARX, Karl. *Contribución a la crítica de la Economía Política*. México: Editorial Siglo XXI, 1981. Véase también KEANE, John. Ob. cit., p.84.

¹⁷ KEANE, John. Ob. cit., pp. 85-86.

¹⁸ Ibid., p. 87.

En este sentido, la tarea que emprendía el Marxismo era acabar con el Estado y su opresión y en eso precisamente consistía la auténtica libertad y la liberación del proletariado —la clase trabajadora— como clase dominada por los dueños de los medios de producción (burgueses). El fin del Estado implicaba, entonces, el término de la Sociedad Civil y de su opresión. Habiendo terminado la lectura histórica del concepto de Sociedad Civil nos aproximaremos a sus significados contemporáneos.

3. Las nuevas dimensiones de la Sociedad Civil

Quizá quien mejor delimite los espacios de la Sociedad Civil dentro del Liberalismo sea Alexis de Tocqueville en su difundida *Democracia en América*¹⁹ que destacó la unión inseparable entre la Sociedad Civil y la Democracia, como él mismo lo había comprobado en su visita a los Estados Unidos de Norteamérica en 1830, donde quedó gratamente impresionado por la habilidad innata de los norteamericanos para constituir asociaciones civiles:

Es difícil decir que lugar ocupa la Política en la vida de un hombre de los Estados Unidos. Gobernar la Sociedad y hablar de cómo hacerlo es el asunto más importante, y por así decirlo el único placer del americano. Esto se percibe hasta en los menores hábitos de su vida; las mismas mujeres acuden a menudo a las asambleas públicas, donde escuchan discursos políticos mientras descansan de los quehaceres del hogar. Para ellas, los clubes reemplazan hasta cierto punto a los espectáculos.²⁰

De hecho, Tocqueville llegará a asombrarse por esta actitud de los norteamericanos de toda edad que forman asociaciones de todo tipo, no solo comerciales sino religiosas, morales, de esparcimiento etc.,

¹⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América*, 2 vols. Madrid: Alianza, 1985.

²⁰ *Ibid.*, vol. 1, p. 229.

que caracterizan a su sociedad como una sociedad plural y autoorganizada que se perfila como independiente del Estado.

Tras esta descripción de la Sociedad Civil que hace Tocqueville durante el siglo XIX, se comenzará a perfilar una visión bastante positiva sobre lo que significa este tipo de vida cooperativa para la estabilidad de la comunidad política. Es más, desde este momento, esta será la pauta de análisis de todos los trabajos en política que reivindicarán a las personas y su cultura política²¹ en oposición a las tesis institucionalistas que se aproximarán hacia las formas antes que hacia los contenidos.²²

Así pues, se podría decir que una importante corriente de pensamiento moderno abreviará de esta definición que, de alguna manera, será deudora también del modelo iusnaturalista y el modelo liberal de Paine, al alejarse el conflicto y la competencia de la naturaleza de la Sociedad Civil. En ese sentido más bien aparecería como un espacio que se encuentra a caballo entre el Mercado y el Estado.²³ A partir de

²¹ Véase de PUTNAM, Robert. «Bowling Alone: America's Declining Social Capital» en *Journal of Democracy*. n.º 1, 1995; también de PUTNAM, Robert. *Making Democracy Work, Civic Traditions in Modern Italy*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton University Press, 1993 y anteriormente, el clásico trabajo de ALMOND, Gabriel y Sidney VERBA. *The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy in Five Countries*. Princeton: Princeton UP, 1963. De hecho, Robert Putnam es considerado por muchos como una suerte de Tocqueville del siglo XX. Más adelante desarrollaremos con amplitud este tipo de análisis.

²² A este respecto se menciona que las instituciones son estructuras destinadas a lograr propósitos antes que acuerdos y por eso la concepción institucional descansa en el siguiente modelo de gobierno: demandas sociales —interacción política-gobierno-elección de la política— puesta en práctica. Esta tradición tienen quizás al «diseño institucional» como su principal escuela de pensamiento y fue inaugurada de alguna manera por John Stuart Mill, y la ingeniería constitucional que aparece en sus *Considerations on Representative Government*. Cfr. PUTNAM, Robert. *Making Democracy Work*. Ob. cit., p. 9.

²³ Se entiende que si de lo que se trata es de alejarse del conflicto entonces tanto el Estado como el Mercado no son los mejores lugares para ello pues el Mercado esta asociado con la competencia mientras que el Estado con el poder. Sin embargo, no hay que olvidar que para los representantes del iusnaturalismo escocés el Mercado

aquí, es que comenzará a barajarse una definición muy contemporánea que apelará a ciertas peculiaridades, en la medida que la Sociedad Civil no sería ni un espacio de conflictos, como lo proponen las tesis hegelianas y marxistas, ni tampoco un espacio totalmente pacífico y armónico que serviría para la consolidación de la sociedad Capitalista y el Mercado, como podrían desprenderse de los seguidores contemporáneos de las tesis iusnaturalistas y de quienes abogan también por la Sociedad de Mercado en pleno (Sociedad Anónima).²⁴ Más bien, sería el lugar donde los individuos autónomos cooperan abiertamente y sobre todo libremente²⁵ para llegar así a desarrollar una sociedad civilizada (esta tradición sí sería deudora del Liberalismo ilustrado de un Ferguson, por ejemplo, aunque ciertamente sin su marcado optimismo) que realice el ideal de la Ilustración, vale decir, el sometimiento de la razón al poder, y en un lenguaje más cotidiano, *el sometimiento del Estado y del Mercado (las instituciones) a la Sociedad Civil (los hombres)* (el énfasis es mío).

El resurgir del tema de la Sociedad Civil presentará fundamentalmente esta visión novedosa (no solo moderna) que atravesará también desde el siglo XIX y durante este siglo XX tres etapas bien marcadas. En la primera se considerará que el Mercado capitalista estará identificado con la Sociedad Liberal que estará a su vez en vías de emanciparse del Estado paternalista. En respuesta a esto, diversas élites del Estado intentarán defender a la Sociedad frente a los efectos nocivos y destructivos del Mercado y esto revertirá en un crecimiento del mismo Estado. Pero ante esta situación, sin embargo, comenzarán a generarse

no era exactamente un lugar de conflictos sino un escenario de paz gracias a la cooperación que se manifiesta en los intercambios. Cfr. SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Oxford: Oxford UP, 1976. Para un análisis de este tema se puede revisar de HARDIN, Russell. *One for All, the Logic of Group Conflict*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995.

²⁴ Al respecto se puede ver el texto de MACHPHERSON, C.B. *The Political Theory of Possesive Individualism*. Oxford: Oxford UP, 1962.

²⁵ Aquí la libertad se entiende como libertad negativa tanto frente al Estado como frente al Mercado.

iniciativas desde los propios ciudadanos que buscarán crearse un espacio político al margen del Estado y que evidentemente apuntarán a frenar su crecimiento,²⁶ sin que esto signifique reivindicar un modelo comunitarista, sea de tipo orgánico premoderno o de tipo *gemeinshaft*,²⁷ ni tampoco reivindicar al Mercado.

La Sociedad Civil se constituirá, por lo tanto, en un tercer proyecto que buscará representar los intereses de la autonomía social frente al Estado y al Mercado —y frente a la globalización inclusive²⁸—. Ahora bien, este nuevo renacer de la Sociedad Civil tuvo su origen a fines de los años setenta y más específicamente en Europa Oriental cuando se comenzaron a gestar movimientos políticos como

²⁶ COHEN, Jean L. y Andrew ARATO. Ob. cit., p. 29.

²⁷ Un modelo comunitarista premoderno, es una organización política no individualista que responde a un esquema teleológico y puede ser representado, por ejemplo, por la *Respublica Christiana*, o en las mismas *polis* griegas. Cfr. *La República* de Platón.

En cuanto al Comunitarismo y las tendencias de *Gemeinshaft*, se entiende que sí proceden del mundo moderno aunque su propósito es privilegiar los valores de las comunidades antes que las elecciones individuales. El sociólogo alemán Ferdinand Tönnies, hizo conocido a fines del siglo XIX el concepto de *Gemeinschaft* para diferenciarlo del concepto de *Sociedad* (en alemán *Gesellschaft*). La primera se genera de modo natural y la segunda se estructura de modo mecánico. Así, la *Gemeinschaft* responderá a un tipo de asociación por status y jerarquías en tanto que la *Gesellschaft* será una sociedad de contratos, individualista, mecánica e igualitaria. En este sentido, la *Gemeinschaft* podría acercarse bastante a las comunidades premodernas. Ver TÖNNIES, Ferdinand. *Community and Association*. London: Routledge & Kegan Paul, 1955, pp. 37-41.

En cuanto al moderno Comunitarismo, esta es una tendencia al interior de la teoría política que surge en oposición a las contemporáneas tesis del Liberalismo neutral frente a los valores. Cfr. MAC INTYRE, *Tras la Virtud*. Barcelona: Crítica, 1987; SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice* Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1982 o «The Procedural Republic and the Unencumbered Self», *Political Theory* 12 (1984): 81-96; TAYLOR, Charles Taylor. «Atomism» en *Communitarianism and Individualism*, editado por AVINERI, Shlomo y Avner De SHALIT. Oxford: Oxford UP, 1992; WALZER, Michael. *Esferas de Justicia*. México: FCE, 1992.

²⁸ Ver de TURNER, Scott. «Global Civil Society, Anarchy and Governance: Assessing an Emerging Paradigm» en *Journal of Peace Research*, vol. 35, n.º 1, 1998, pp. 25-42.

el de *Solidaridad* en Polonia que venían de alguna forma a consolidar las protestas contra el régimen soviético que tuvieron lugar en Hungría en 1956 y en Checoslovaquia en 1968.²⁹ Se trataba entonces de un brote importante que reivindicaba la autoorganización dentro de un orden totalitario y que luego tenderá a expandirse hacia distintos contextos y diferentes esferas.

Sin embargo, y siguiendo lo expuesto en torno a la historia del concepto de Sociedad Civil y su vínculo con el Liberalismo, esta nueva Sociedad Civil mantendría algunos supuestos básicos como serían el de desarrollarse dentro de un modelo individualista,³⁰ pues, por último, las corporaciones no son sino agregados de voluntades individuales,³¹ también el de estar unida mal que bien al mundo privado (privacidad) pues sería propio de la Sociedad Civil la distinción entre el espacio público y el privado; el estar relacionada con la existencia de un tipo de mercado;³² llevando, por último, la impronta del Pluralismo tanto de ideas como de instituciones así como también cierto grado de diferencias de clase sin que esto constituya un espacio de lucha o conflictos clasistas más propios del modelo marxista.³³

Tal Sociedad Civil estará relacionada —entonces como en el caso de Tocqueville— con las fórmulas democráticas y dado el contexto -

²⁹ COHEN, Jean L. y Andrew Arato. Ob. cit., p. 31.

³⁰ Es menester mencionar que existen distintos teóricos liberales que sostienen que el Liberalismo no va reñido con la sociedad o la comunidad y que al contrario el Liberalismo solo puede florecer dentro de una comunidad cohesionada. Véase al respecto: GASTON, William. *Liberal Purposes*. Cambridge; Cambridge UP, 1991; RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford UP, 1986; MACEDO, Stephen. *Liberal Virtues*. Oxford: Clarendon Press, 1990 o KAUTZ, Steven. *Liberalism and Community*. Ithaca: Cornell UP, 1995.

³¹ ARBÓS, Xavier y Salvador GINER. *La gobernabilidad, ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial*. Madrid: Siglo XXI, 1996, p. 23.

³² *Ibid.*, p. 25. Aunque se trataría de un mercado no considerado como un inexorable orden espontáneo sino como un espacio para realizar intercambios libremente y que debería estar subordinado a la decisión de la sociedad civil en su conjunto.

³³ *Ibid.*, pp. 25-27.

que también puede ser asimilado en América Latina con el fin de los gobiernos militares, por ejemplo, también con los procesos de democratización. Pero tal democratización no apelará a las viejas fórmulas de la identidad (identidad entre gobernante y gobernado por medio de la llamada Democracia Sustantiva) ni tampoco a la Democracia Representativa pues ambas no pudieron llegar a buen término con el Liberalismo; la primera, por ser próxima al Totalitarismo³⁴ y la segunda, por desviarse paradójicamente del ideal de la Democracia que es la igualdad.³⁵

La nueva Sociedad Civil tendrá su fuente de apoyo en la llamada Democracia Deliberativa o Discursiva³⁶ que establece entonces una pauta de comunicación que legitimará los acuerdos entre todas las partes y que tratará de tomar a cada persona en serio, esto es, como fin en sí misma y no como medio para un fin particular.³⁷ Así pues, cuando se habla de Sociedad Civil inmediatamente la asociamos con conceptos como el de propiedad privada, libertad de asociación, igualdad ante la ley etc., mientras que en el caso de la ética comunicativa, básicamente lo hacemos con la igualdad de participación, esto es, con la democracia.³⁸ Se puede decir que la estructura de la ética discursiva posee dos espacios:

³⁴ Recordemos nada más la célebre frase de Carl Schmitt que mencionaba que una dictadura necesariamente tenía que ser antiliberal pero no estrictamente antidemocrática.

SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge, Mass.: The Mit Press, 1985, p. 16.

³⁵ Esto es que la Democracia Representativa al final no toma demasiado en serio a todas las personas y por último también puede degenerar en una forma autoritaria de gobierno si es que los representantes no deben dar cuenta a sus electores de alguna circunscripción específica.

³⁶ Cfr. COHEN, Jean L. y Andrew ARATO. Ob. cit., pp. 345-420 y también GUTMANN, Amy y Dennis THOMPSON. *Democracy and Disagreement*. Cambridge, Mass: Harvard UP, 1996, pp. 199-229.

³⁷ Evidentemente la naturaleza de este pensamiento proviene de Kant y se desarrollará en la obra de distintos filósofos liberales como HABERMAS, Jürgen., John RAWLS o Ronald DWORKIN.

³⁸ COHEN, Jean L. y Andrew ARATO. Ob. cit., p. 345.

[...] el primero especifica las condiciones posibles de alcanzar un legítimo acuerdo racional; el segundo especifica los posibles contenidos (en un nivel formal) de tal acuerdo. Un procedimiento legítimo o racional para alcanzar un acuerdo ha sido definido por Habermas como la *metanorma* que prescribe el único procedimiento válido para fundamentar o justificar normas de acción. Ninguna norma desde el principio se la asume como válida —solo el procedimiento para validar las normas pueden hacer tal reclamo como legítimo—. De acuerdo a Habermas, una norma de acción tiene validez solo si todos los posibles afectados (y por los efectos colaterales de su aplicación) podrían llegar como participantes en un discurso práctico a un acuerdo (motivado racionalmente) en el sentido de que se obligue a cumplir. Ahora bien, lo que debe entenderse por un acuerdo racionalmente motivado, tiene empero, ciertas precondiciones. Para que todos estos afectados tengan una efectiva igualdad de oportunidades para asumir roles dialogantes; debe haber un reconocimiento mutuo, sin restricción, asumiendo que todos son sujetos autónomos y racionales cuyas demandas serán admitidas si se apoyan en argumentos válidos.³⁹

Las características de este diálogo recaerán, de este modo, en su publicidad que no deberá de estar sujeta a ninguna intervención exterior, sea de orden político o económico. También se debe tener siempre presente que cualquiera que pueda verse afectado por una decisión gubernamental tendrá todo el derecho a participar en la discusión sobre esa medida, en igualdad de condiciones.⁴⁰ De lo dicho, se colige además que el diálogo que se invoca deberá de realizarse en el momento (actual) y no virtual, como podría serlo el caso de las teorías contractualistas modernas.⁴¹ De alguna manera también la presencia del diálogo reduce la fuerza del imperativo categórico kantiano haciendo este modelo más compatible con el liberalismo y la defensa del principio de dignidad.

³⁹ Ibid., pp. 347-348.

⁴⁰ Ibid., p. 348.

⁴¹ Esto tiene que ver con todo el iusnaturalismo pero también con tesis más recientes como *La Teoría de la Justicia* de RAWLS, John. Oxford: Oxford University Press, 1972.

No obstante, no faltarán argumentos en contra de esta perspectiva ya que apela fundamentalmente a condiciones ideales del discurso mas no reales, lo cual desvanece la condición de igualdad y hace que nuevamente aflore el poder como la nota característica en las relaciones humanas.⁴² Al ocurrir esto, comienza también a despedazarse la definición contemporánea de Sociedad Civil que supuestamente articula un espacio entre el Estado y el Mercado, lo cual implicaría, como dijimos, el alejamiento del poder que genera desigualdades y que correspondería tanto al Estado como al Mercado. Si esto es así, la llamada Sociedad Civil devendría en una nueva ficción que ocultaría a una sociedad cargada de conflictos aun no resueltos, lo cual haría asomar nuevamente en el debate las sombras de Hegel y Marx y la crítica al mundo burgués. Por último, no se debe perder de vista que los filósofos antiguos también tuvieron en cuenta el discurso y la deliberación pero estaba claro que dentro del espacio público no cabría la conversación sino la oratoria (que apelaba a las emociones) pues la conversación, como decía Cicerón, era para los amigos (grupo reducido) y estaba centrada en la reflexión sobre temas abstractos (filosóficos) sin que existiese obligación de concluirla y todo esto no podía acomodarse a un ámbito público o político que se movía en lo concreto y no en lo abstracto.⁴³

4. ¿Puede la Sociedad Civil surgir de la Sociedad Anónima?

Hasta este momento parece claro que el concepto de Sociedad Civil está unido inexorablemente a la Modernidad y a la ilusión del progreso. Sin embargo, también es obvio que sus relativos éxitos no pueden opacar sus grandes fracasos que van de la mano de los esca-

⁴² Para una crítica a la Democracia Deliberativa se puede revisar de SANDERS, Lynn. «Against Deliberation». *Political Theory*, vol. 25, n.º 3, 1997.

⁴³ Cfr. REMER, Gary. «Political Oratory and Conversation, Cicero versus Deliberative Democracy», en *Political Theory*, vol. 27, n.º 1 February 1999, pp. 39-64.

sos logros que ha conseguido el Pensamiento Moderno y las instituciones que ha producido.⁴⁴ La raíz de esta situación proviene de lo contradictorio de sus orígenes que coquetea entre el egoísmo más acendrado y la solidaridad manifiesta en la vida colectiva que propone como paradigma. Es decir, pretende ser una colectividad de individuos autónomos —y en este punto es donde podemos atisbar ya algunos problemas teóricos fundamentales— pero al mismo tiempo solidarios. Ahora bien, en la medida que resulta imposible concebir una síntesis entre el egoísmo y el altruismo puesto que ambos se regirían por leyes disímiles,⁴⁵ lo único que quedaría sería pensar en un tipo humano pragmático y convenido que escogería según las circunstancias, esto es, a veces egoísta y a veces altruista, sin seguir ningún parámetro fijo. Sin embargo, este modelo de hombre no sería alguien confiable y *sin confianza no sería factible la constitución de una comunidad política*⁴⁶ (el énfasis es mío). Empero, lo que nos dice el análisis político contemporáneo es que los hombres se caracterizan más bien por poseer una naturaleza calculadora e interesada⁴⁷ antes que por las conductas altruistas y no calculadoras.

Así pues, los estudiosos de la acción social o colectiva⁴⁸ entienden que la interacción entre los hombres puede ser de tres tipos: con-

⁴⁴ Incremento de los conflictos, violencia y pobreza a nivel planetario. Algo de esto ya se venía venir no solo con los autores clásicos antilustrados sino en autores más contemporáneos como quienes iniciaron la teoría crítica. Cfr. HORKHEIMER, Mark y Theodor ADORNO. *Dialectica de la Ilustración*. Madrid: Trotta, 1994.

⁴⁵ La fórmula del egoísmo es la de primero satisfago mi interés y después el resto mientras que la del altruismo dice que primero ayudo a los demás y después me preocupo por mi. Pensamos que hasta ahora las fórmulas del Liberalismo no han demostrado la vieja fórmula de Smith de que al satisfacerse el interés individual se satisface al mismo tiempo el interés colectivo.

⁴⁶ Véase PUTNAM, Robert. *Making Democracy Work*. Ob. cit., pp. 167-185.

⁴⁷ Para una primera reflexión sobre este tema ver HOBBS, Thomas. *Leviathan*, Ob. cit., caps. 13-15.

⁴⁸ Este tipo de acción es la acción individual que toma en cuenta las respuestas de los otros individuos y que definitivamente tendrán que ser consideradas al momento

flicto, cooperación y coordinación. La primera es la que produce un juego de sumatoria cero en donde hay un ganador que se queda con todo y el resto lo pierde todo. La cooperación puede, por su parte, producir ganancias y pérdidas para todas las partes como cuando nos encontramos en el Mercado intercambiando productos, y finalmente, la coordinación implica una ganancia para todos por igual como sucede cuando convenimos voluntariamente para manejar en un determinado sentido.⁴⁹

Si pensamos —como dijimos— que el hombre moderno es el sujeto racional *maximizador* de resultados,⁵⁰ todos sus cálculos deberían orientarse supuestamente hacia el beneficio personal y por ende sería razonable para él evitar los perjuicios del conflicto (¿Estado?) y en menor medida, los de la cooperación (¿Mercado?) que si bien implica una ganancia también conlleva sus cuotas de perjuicio. En otras palabras, actuando racionalmente sería más conveniente que un hombre sea solidario antes que un pícaro o bribón y, por ende, lo óptimo u eficiente sería entonces la acción coordinada (¿Sociedad Civil?) que es, como dijimos, la manera como se puede ser auténticamente civilizados (en los términos de Paine y sus seguidores).

¿Pero en la acción política cotidiana es la coordinación lo que prima?. Si es que existiese realmente la Sociedad Civil tendríamos que demostrar que en el plano de los hechos la coordinación se impone a la cooperación y sobre todo al conflicto. Empero, los ejemplos cotidianos nos demuestran como diría Putnam que lo que es común no es ni la coordinación ni la cooperación sino el conflicto:

La fallas en la cooperación para el beneficio mutuo no es ciertamente una señal de ignorancia o irracionalidad. Los teóricos de los juegos

de actuar. Véase WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México: FCE, 1964, vol I, caps I y II.

⁴⁹ Cfr. HARDIN, Russell. *One for All, The Logic of Group Conflicts*. Ob. cit., p. 26.

⁵⁰ MUELLER, Dennis C. *Public choice II, a revised edition of Public Choice*. Cambridge: Cambridge UP, 1989, p. 2

han estudiado este predicamento de distintas guisas. En *La tragedia de los comunes*, ningún pastor puede limitar el pasto del rebaño de otro, si él limita su propio uso del pasto común, él solo pierde. Sin embargo, un apacentamiento sin límites destruye el recurso común del cual depende la subsistencia de todos. *Un bien público*, tal como el aire limpio o un vecindario sano, puede ser disfrutado por todos, sin importar si es que ellos han contribuido o no a su mantenimiento. Bajo circunstancias ordinarias, entonces, nadie tiene un incentivo para contribuir a proveer el bien público, pero si esto no se produce al final todos sufrirán. En la lúgubre *Lógica de la acción colectiva*, cada trabajador se beneficiará si todos hacen huelga simultáneamente, pero quienquiera que levante el estandarte de la huelga se arriesga a una traición de un obrero bien remunerado y que no está afiliado al sindicato, entonces todos esperan beneficiarse de la temeridad de cualquier otro. En el *Dilema del prisionero*, un par de cómplices son mantenidos incomunicados, y a cada uno se le dice que si acusa a su socio, él saldrá libre de polvo y paja inmediatamente, pero si se mantiene en silencio, mientras que su socio confiesa, será castigado severamente. Si ambos se mantienen en silencio, ambos saldrían libres pero no inmediatamente; empero, incapaces de coordinar sus historias, cada uno obtiene mayor beneficio delatando al otro sin importar lo que el otro haga.⁵¹

En todos estos ejemplos bastante conocidos queda flotando la necesidad de los incentivos para poder plasmar una cooperación, pero si los incentivos están dados no para cumplir con la obligación sino para *sacarle la vuelta* la acción colectiva se vuelve absolutamente irracional y queda entonces demostrado cómo sujetos perfectamente racionales, pueden producir resultados que no pueden ser tomados como racionales sino a la larga perjudiciales para todos.⁵² Como ya lo anunciaba David Hume en el siglo dieciocho, el problema de la acción colectiva dentro de un modelo basado en el sujeto racional individual descansaba en la ausencia de confianza entre los hombres. ¿Cómo podríamos confiar así en nuestras autoridades y en nuestras

⁵¹ PUTNAM, Robert. Ob. cit., pp. 163-164.

⁵² Ibid., p. 164. También de FLYVBJERG, Bent. *Rationality and Power: Democracy in Practice*. Chicago: Chicago UP, 1998, pp. 2-237.

instituciones sociales si sabemos inmediatamente que si un sujeto racional tiene la oportunidad de obtener un beneficio sin realizar esfuerzo alguno o arriesgar su propia seguridad, lo va a hacer?⁵³

Así pues, cualquier fórmula de coordinación quedaba al margen dentro de este esquema y por eso no llamaba la atención el hecho de la constante invocación del fantasma decisionista (Hobbes) que, ante el peligro de la inacción o deserción latente en los problemas de acción colectiva, obligaba a las partes a cumplir con sus obligaciones con la fuerza de la espada⁵⁴ pues no había otra manera de hacerlo considerando la ausencia total de confianza entre las personas.

Ahora bien, si la carencia de confianza es una característica de las sociedades contemporáneas, entonces es imposible pensar en el progreso de la cooperación y la coordinación y en consecuencia mal podría hablarse de la existencia real de una Sociedad Civil. Tal razonamiento nos presentaba entonces un panorama bastante difícil para la existencia de la Sociedad Civil pues el mundo moderno se organiza sin tomar en cuenta a la *virtud* y a la *fides* que son conceptos propios de sociedades teleológicas (sociedades tradicionales) y que aspiran a la realización de un bien colectivo o de una naturaleza colectiva. La *fides* o confianza solo puede generarse dentro de una comunidad de amigos que se identifican como colectividad, lo cual reduce las posibilidades de las conductas egoístas y la racionalidad instrumental.

Una sociedad virtuosa (que comparte la *fides* y la actualiza constantemente) corresponde a formas políticas orgánicas o corporativas que están más cerca del mundo antiguo que del moderno.⁵⁵ Son las

⁵³ Ya Thomas Hobbes había reflexionado al respecto, cfr. *Leviathan*. Cap XV, p. 203.

⁵⁴ Ob. cit., cap. XVII., p. 223.

⁵⁵ Por ejemplo la Filosofía Clásica de Aristóteles o inclusive el Estoicismo de Cicerón apuntaban siempre al logro de la buena vida que tenía que desarrollarse necesariamente dentro de la ciudad ora con el *otium* (Aristóteles) o con el *negotium* (Cicerón). La buena vida se halla practicando la virtud y la principal virtud es el compromiso hacia los demás miembros de tu comunidad. Algo de esta perspectiva aun perdurará en el Republicanismo de Maquiavelo. Véase Pocock, John. *The Ma-*

formas que aprecia todavía vivas Tocqueville en América durante el siglo XIX, y que recientemente aparecen con nostalgia en los escritos de teóricos contemporáneos como Putnam y quienes reivindican la importancia de contar con un sólido *capital social*⁵⁶ como la mejor manera de superar nuestros problemas políticos.

Ciertamente, la Sociedad Atomista Moderna (Sociedad Anónima) no se funda, ni nunca lo hizo, sobre la base de la identidad de la comunidad ni la confianza pues este modelo neutral frente a los valores no puede tener valores comunes o cualidades que los unan. Partiendo de este contexto, resulta difícil ver de qué modo la Sociedad Anónima (Liberal) sería capaz de producir una Sociedad Civil que, como dijimos, requiere de la confianza y la identificación para perdurar y crecer.

La Sociedad Anónima vendría a ser, por lo tanto, el espacio generado por las fuerzas libres del Mercado y dentro de las modernas definiciones de Sociedad Civil, esta no podría tener cabida dentro del Mercado ya que se tratarían de fuerzas antitéticas. En consecuencia, sería absurdo argumentar que el Mercado estaría colaborando en la gestación de la nueva Sociedad Civil. Es más, se entiende que el Mercado alentaría siempre una sana competencia pero lo que no se menciona es que a la larga tal competencia devendrá en conflicto⁵⁷ y por eso la justicia que nosotros atribuimos a la Sociedad Civil no puede nacer de la injusticia o desigualdad presente en el Mercado.⁵⁸

quiavellian Moment, Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition. Princeton, Nueva Jersey: Princeton UP, 1975.

⁵⁶ Este concepto fue desarrollado inicialmente por COLEMAN, James S. En «Social Capital in the Creation of Human Capital». *American Journal of Sociology*, Supplement 94, 1988; y *The Foundations of Social Theory*. Cambridge: Harvard UP, 1990.

⁵⁷ Supuestamente el Mercado estimula la competencia que sería análoga a una lucha por obtener un trofeo o una medalla. Sin embargo, en el fragor de la competencia poco a poco el propósito es olvidado y todo se concentra en el competidor que deviene en un enemigo, esto es, alguien que se opone públicamente a nosotros. Cfr. SMITH, Carl. *El Concepto de lo Político*. Madrid: Alianza, 1991.

Pero si esto es así, por el lado del Mercado, el Estado moderno tampoco ha tenido demasiado éxito con la construcción de los espacios de Sociedad Civil, pues desde una óptica liberal, el Estado ha sido más bien un obstáculo para la realización de la autonomía y desde una vertiente marxista o neo-marxista este Estado representaría el poder de los *poderosos* y tampoco podría generar un espacio político. En este sentido, vale la pena resaltar la dificultad que tendría la perspectiva institucional (aquella que recurre a las normas y a la coerción para motivar determinadas conductas) para poder contribuir al desarrollo de la Sociedad Civil pues al igual que en el caso del Mercado, también estaríamos ante un mecanismo político artificial que a la larga empezará a decaer; más aún, teniendo en cuenta el nexo entre el Estado, el poder y por supuesto el conflicto.

5. Modernidad, globalización y la suerte de lo político

La actual crisis de la Sociedad Civil (a pesar de lo que digan también importantes teóricos que se refieren al retorno de la Sociedad Civil como Cohen y Arato o el mismo Keane) tiene diversos motivos pero en especial creemos que ellos se encuentran en el proceso de modernización e industrialización, que está erosionando definitivamente a las comunidades y a la confianza. Por ejemplo, si queremos analizar por un momento las causas de la crisis del *capital social* en Norteamérica podemos hallar, entre otros motivos, la conversión de las fuerzas de las mujeres en fuerza de trabajo y su consecuente introducción al Mercado Laboral. De hecho, en los últimos años millones de mujeres han dejado sus hogares para tomar empleos asalariados y han limitado sus compromisos cívicos, lo cual a su vez redundará en la reducción del capital social. También la constante movilización social

⁵⁸ Tales argumentos se expresan en las críticas que hace Leo Strauss a las tesis iusnaturalistas modernas que manejan autores como Maquiavelo, Hobbes y Locke. Véase *Thoughts on Machiavelli*. Chicago: Chicago UP, 1958.

de los ciudadanos buscando mejores oportunidades de trabajo tiene como resultado el desarraigo y la poca disponibilidad de tiempo y energías para solidificar lazos comunitarios y amicales. Al mismo tiempo, la reducción en el número de matrimonios, el incremento de los divorcios y la reducida natalidad también afectan la consolidación de las familias y no debemos de olvidar que es justamente en las familias donde encontramos la mayor participación cívica y los mayores compromisos sociales. Desaparecida la familia, por lo tanto, también desaparecerán las responsabilidades sociales. Por último, no podemos soslayar la transformación tecnológica del ocio que tiende cada día más a la individualización y privatización, como acontece recientemente con la red de internet pero que tiene un arma poderosa en la televisión que atrapa a los hombres y les reduce también el tiempo y las motivaciones para incorporarse a la práctica de actividades comunales.⁵⁹

Empero, frente a este negro panorama, aparentemente se estarían abriendo nuevas puertas y nuevas dimensiones dentro de esta problemática. Por ejemplo, el creciente incremento de las Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) en todo el planeta podría estar generando nuevas relaciones de solidaridad y de confianza entre distintas personas que podrían ser inclusive de diferentes nacionalidades, razas o culturas pero que se están viendo afectadas por problemas análogos y en el fondo estarían compartiendo una suerte de *enemigo* común. Así se estaría hablando ya de una *Sociedad Civil Globalizada* que busca cambiar los patrones de conducta asociados con la Modernidad, esto es, con el Estado y el Mercado, y así:

[...] por ejemplo los movimientos pacifistas no sólo procuran convencer a los gobiernos de detener las guerras sino tratan de crear sociedades más pacíficas. Esto implica realizar campañas de no violencia, procesos de resolución de conflictos e impulsar más las prácticas cooperativas que las competitivas. [...] del mismo modo, el movimiento feminista no sólo busca una legislación que proteja a las mujeres con-

⁵⁹ Todos estos argumentos son los que menciona PUTNAM, Robert. «Bowling Alone: America's Declining Social Capital». Ob. cit., pp. 74-75.

tra la discriminación de género. Adicionalmente, trabaja para cambiar las prácticas patriarcales y la degradación de la mujer por la sociedad [...]. Lo mismo acontece con los movimientos ecologistas. El movimiento no sólo tiene que ver con proponer leyes ambientales sino involucra un cambio económico, político, moral, cultural y social en las sociedades que contribuyen a la degradación del ambiente.⁶⁰

Sobre la base de estas banderas, se han producido entonces trabajos coordinados entre grupos europeos con africanos o latinoamericanos que han servido para evitar la realización de distintos proyectos tecnológicos que causarían serios deterioros ambientales y dañarían a determinadas poblaciones rurales, como fue el caso del proyecto del Banco Mundial en la represa de Narmada en la India que comprendería la construcción de 30 represas grandes, 135 medianas y 3,000 pequeñas en Madhya Pradesh y Maharashtra, inundando un aproximado de 120 millones de hectáreas de tierra y desplazando a más de 300,000 personas. En respuesta a esto, una asociación de ONGs de Estados Unidos, Inglaterra y la propia India lograron impedir la realización de esta obra y provocaron el consecuente retiro del proyecto.⁶¹

¿Estamos entonces ante la irrupción de un nuevo tipo de Sociedad Civil?, o ¿sería factible —como menciona Putnam— la posible construcción de la Sociedad Civil a pesar de lo serio de su crisis en base a los nuevos tiempos y contextos como, por ejemplo, a través de los medios de comunicación o inclusive en los centros de trabajo que ahora se han apoderado del tiempo de las personas?, ¿qué puede ocurrir con el concepto de lo político en medio de este escenario contemporáneo?

En principio, pensamos y concordamos con Putnam en que es evidente la crisis de la solidaridad en el contexto actual y también afirmamos como él que sin confianza no puede existir una comunidad política. Al igual que Hegel y en parte Marx creemos que el Mercado solo puede producir una forma de Sociedad Civil que es la basada en

⁶⁰ TURNER, SCOTT. «Global Civil Society, Anarchy and Governance». Ob. cit., p. 30.

⁶¹ *Ibid.*, p. 31.

la competencia y el conflicto y por eso tampoco podríamos aceptar la tesis de que el Mercado contribuiría a la expansión de la confianza y las fuerzas centrípetas. Los desafíos planteados por las organizaciones no gubernamentales (ONGs) al sistema político moderno tampoco pueden llevarnos a entusiasmos falaces pues no debemos olvidar también que si bien incrementan los niveles de solidaridad entre quienes piensan como ellos, aumenta también la fuerza de las energías centrífugas al privilegiar la fragmentación y la polarización del pensamiento sin olvidar tampoco que los grandes ideales que defiende la *Sociedad Civil globalizada* son además creaciones del Individualismo y el mundo moderno (basado en fuerzas centrífugas) y en muchos casos se trata de radicalizaciones del Pensamiento Ilustrado (como ocurre, por ejemplo, con las corrientes feministas).

Las cosas no son, por lo tanto, tan positivas para la Política y lo político pues el mentado espacio de la nueva Sociedad Civil parece una quimera (la coordinación) en medio de un mundo gobernado por el poder de la racionalidad instrumental, al que no ha renunciado, de ningún modo, este nuevo diseño o retorno de la Sociedad Civil, que desea asimismo conservar para su espacio los *logros* de la Modernidad. El desafío se presenta para la razón instrumental (léase poder y voluntad) y la solución a este dilema debe de hallarse al desandar el camino errado tomado por esta forma de razón. Solo así podremos empezar a hablar de un retorno de la solidaridad y la confianza, esto es, de un retorno de lo político.

Capítulo 10

Las teorías democráticas hoy: ¿cuál de ellas garantiza la igualdad, la libertad y la virtud?

1. Introducción

Si hay una palabra en el alfabeto político que ha sido utilizada por todos los espectros ideológicos en los últimos años esa palabra es *Democracia* y nos transporta inmediatamente a un reino perfecto en el cual podría existir, por ejemplo, el consumidor ideal que materializara de modo inmediato todos sus deseos como si fuese el poseedor de la lámpara de Aladino¹ o también el hombre solidario y altruista que quiera dar de su bolsillo y ayudar gratuitamente al indigente o apoyar a su mismo camarada o compañero de clase, raza o género.²

Sin embargo, así como hay palabras que quedan marcadas por el idealismo, las hay también aquellas que evocan calamidades como podrían ser el *Populismo* o *Fascismo* y con las cuales ciertamente na-

¹ Referencia necesaria al gran escritor y ensayista alemán Ernst Jünger, quien atribuyó que el gran problema del hombre moderno era precisamente el de convertirse, gracias a la técnica, en dueño de un poder terrible que al final lo someterá y controlará. En esta misma perspectiva Oswald Spengler mencionaba ya la naturaleza faustica del sujeto de poder. Cfr JÜNGER, Ernst. *El problema de Aladino*. Madrid: Cátedra, 1987. SPENGLER, Oswald. *La Decadencia de Occidente*. Madrid: Espasa-Calpe, 1958.

² Pensemos, por ejemplo, en el caso del Marxismo y el de las corrientes humanistas que derivaron de él.

die quisiera ser comprometido. De hecho, es evidente que ningún partido o ningún Estado quisiera llevar la etiqueta de fascista o populista, mas todos desearían conocerse y proclamarse como demócratas.

Pero tantas veces se repite la palabra *Democracia* que parecería ser como un pariente cercano que quizá hasta conviva en nuestra casa y se piense entonces que por reunir estas condiciones se da por hecho de que todos conocemos su identidad y también sus cualidades y características. No obstante, así como se dice que la saturación de medios de comunicación y de información al final nos llevan a la incomunicación y al desconcierto,³ este mismo efecto estaría afectando también a la comprensión del propio concepto *Democracia* y la manera de aproximarnos a su significado.

En este sentido, este artículo busca en primer lugar aclarar las características y peculiaridades de este huésped que todos se jactan de albergar, y mostrar inmediatamente que no se trata de un personaje fácil de clasificar y definir. Por el contrario, nos encontraremos ante un término que se ha moldeado y que continúa haciéndolo de acuerdo a las circunstancias, lo cual ha dado como resultado al menos la vigencia de cuatro definiciones del mismo que no necesariamente buscarán objetivos semejantes ni compatibles entre sí.

Un segundo propósito de este trabajo será el análisis de la relación entre la libertad y la igualdad en todas las definiciones modernas conocidas de la Democracia. Esto podrá derivar en definiciones sustantivas y generales (léase idealistas o prescriptivas) que privilegiarán por sobre todas las cosas la igualdad mientras que versiones con concepciones del bien más ligeras y menos ambiciosas (léase más pragmáticas y descriptivas) procurarán asegurar por todos los medios la libertad de elección y la autonomía.

Finalmente, es nuestro interés el derivar en una teoría democrática que algunos podrían denominar republicana y que se originaría en

³ KEANE, John. «Lo público en la era de la abundancia». *Ciudadanos en la Sociedad de la Información*. Miguel Giusti y María Isabel Merino (eds.). Lima: Fondo Editorial de la PUC, 1999, pp. 23-39.

fórmulas políticas clásicas más cercanas a la tradición originaria del modelo republicano que a las tesis renacentistas. Tal teoría colocaría su acento en la virtud de la ciudadanía (sustentada en las obligaciones y no en los derechos) y se opondrá a las visiones mecanicistas y/o contractualistas derivadas de las tesis democráticas modernas, poniendo en su lugar una perspectiva orgánica y teleológica capaz de sintetizar lo prescriptivo con lo descriptivo (esto es, lo ideal con lo real) merced a privilegiar la virtud por encima de la libertad y de la igualdad.

2. Teoría I: La democracia sustantiva

La teoría democrática que más se aproxima a las fórmulas políticas clásicas⁴ es sin duda la llamada Democracia Sustantiva pues busca por todos los medios asegurar la igualdad entre todos los miembros de la colectividad. Por lo tanto, una identidad de este tipo puede agrupar a muchas personas que se unan en aras de vivir juntas y de autogobernarse, diferenciándose de otros grupos antagónicos. Se dice entonces, que lo que tipifica a este concepto es la identidad que de este modo hace del pueblo el depositario de una suerte de poder constituyente.⁵ Sin embargo, es menester indicar que este concepto de Democracia (igualdad entre gobernante y gobernados) tiene que estar centrado en un pueblo específico, como también mencionaba el teórico político y constitucionalista alemán Carl Schmitt:

⁴ Entendemos por fórmulas políticas clásicas a aquellas que según las conocidas teorías del sociólogo alemán Ferdinand Tönnies, representan una *Gemeinschaft* o comunidad que tiene características naturales y holistas. También pensamos en términos schmittianos, vale decir, siguiendo los argumentos planteados por el teórico político alemán que identifica a lo político en función a la diferencia entre amigos y enemigos, por ende, un grupo político es, en síntesis, *una comunidad de amigos*. Cf. TÖNNIES, Ferdinand. *Community and Association*. Londres: Routledge and Kegan Paul, 1958; SCHMITT, Carl. *El Concepto de lo Político*. Madrid: Alianza, 1991.

⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982, p. 221.

[...] la igualdad de todo el que tenga figura humana no puede ofrecer fundamento ni a un Estado, ni a una forma política, ni a una forma de gobierno. De ella no pueden obtenerse distinciones y límites; con ella no pueden construirse ningunas instituciones especialmente estructuradas, y sólo puede comportar la disolución y abolición de distinciones e instituciones que ya no tengan fuerza en sí mismas.⁶

En consecuencia, la Democracia Sustantiva puede ser considerada como un concepto político pues se basa en la distinción y propone así una igualdad entre los que son iguales.

En realidad, a quien se le considera el forjador de esta fórmula democrática es al filósofo francés del siglo XVIII Jean Jacques Rousseau, quien en su famoso *Contrato Social*, decía que el pacto social (que daba nacimiento a la comunidad política) consistía en:

[...] la alienación total de cada asociado con sus innegables derechos a toda la comunidad. Pues primeramente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla gravosa para los demás [...]. Si se descarta, pues, del pacto social lo que no constituye su esencia, encontraremos que el mismo se reduce a los términos siguientes: cada cual pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo.⁷

Este acuerdo, sin embargo, era evidentemente fruto de un artificio; es decir, se trataba de generar una sociedad bien ordenada que superase en realidad el primer artificio (en especial la agricultura, el comercio y la metalurgia) que fue inconsciente y que generó la corrupción del estado de naturaleza. Este segundo artificio era en su totalidad, entonces —y a diferencia del anterior, racional y voluntario, y por eso podía producir un orden político justo e igualitario—.⁸ Por

⁶ Ibid., p. 224.

⁷ ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Contrato Social*. Madrid: Sarpe, 1985, libro I, cap.VI

⁸ VIROLI, Maurizio. «Jean Jacques Rousseau and the well - ordered society». Cambridge: Cambridge U P, 1988, pp. 37 - 38.

lo tanto, el cuerpo soberano sería toda la Comunidad, lo cual significaría que toda ella sería una sola voluntad, y los sujetos no estarían obligados a obedecer a una mayoría o a una minoría.⁹

No obstante, el hecho de incorporar a la voluntad, sea individual o sea colectiva, implicaba ya una forma de gobierno moderno en todo el sentido de la palabra pues estábamos ante un fenómeno de poder que ciertamente no era común dentro de cualquier modelo político tradicional como por ejemplo podía ser el caso de las *polis* griegas.¹⁰ Asimismo, se rodeaba a esta decisión de la voluntad general de un hábito de certeza absoluta pues esta era infalible y siempre correcta.¹¹ De este modo, se aseguraba también la libertad y seguridad de los ciudadanos al identificarse la voluntad del soberano con lo bueno y el bien para cada uno de los participantes en el contrato.

Ahora bien, el Contrato Social siendo un artefacto que debía servir para satisfacer las necesidades de los hombres, podría parecer en principio una teoría política real y no moral o metafísica. Sin embargo, inmediatamente saltaba a la vista la imposibilidad de realizar la igualdad que ella pretendía¹² lo cual es sin duda el punto de partida de la asociación que se hace de esta perspectiva con el Idealismo que distorsionaría el talante político de la Democracia Sustantiva.¹³ Así pues, cuan-

⁹ MELZER, Arthur. *The Natural Goodness of Man, on the System of Rousseau's Thought*. Chicago: Chicago UP, 1990, p.153.

¹⁰ Cfr OBER, Josiah. *The Athenian Revolution, Essays on Ancient Greek Democracy and Political Theory*. Princeton, New Jersey: Princeton UP, 1996; M.I Finley, *Politics in the Ancient World*. Cambridge: Cambridge UP, 1983.

¹¹ MELZER, Arthur. Ob. cit., pp.155 - 156.

¹² Arthur Melzer señala sobre este respecto que Rousseau entiende que la voluntad general no es metafísica y en el fondo sabe que su "voluntad general" debe de ser representada por unos pocos que se encuentran en un nivel superior que el resto. Esto demostraría a las claras que Rousseau más que Igualitarista fue un creyente fiel en la desigualdad humana.

«El Desigualitarismo de Rousseau tiende a oscurecerse por diversos factores. Su fascinadora descripción del estado de naturaleza en el cual los hombres son iguales a causa de la falta de desarrollo de sus facultades, ha distraído la atención de su alegato

do esta perspectiva se fusione con las teorías filosóficas de autores como Hegel o Marx vamos a tener un marco teórico algo distinto:

En la visión más radical de esta doctrina clásica (que nos conduce de Rousseau a Babeuf y de allí a Marx, el soviétismo de Lenin, los consejos de trabajadores de Rosa Luxemburgo, el *auto-gobierno de los productores* en Gramsci y culmina idealmente en la teoría marxista de la desintegración del Estado), la amalgama de las nociones de *democracia, voluntad general y bien común* está completa.¹⁴

Ciertamente, el poder democrático se identificaba con una expresión directa y constante de la voluntad del pueblo, lo que hacía a esta fórmula enemiga de cualquier procedimiento representativo, ya que la voluntad del pueblo no podía ser representada sino que debería estar siempre presente. Tal ejercicio del poder inclusive tenía que ser expresado a través de un mandato imperativo y comisarial, el cual debería de gozar del consenso de todos pues a más consenso podía decirse que existía mayor Democracia.¹⁵

en el sentido de que devienen naturalmente desiguales cuando desarrollan sus facultades. También, la brillantez y fuerza de sus ataques sobre la injusta desigualdad ha cegado a los lectores de su reconocimiento de que existe una injusta y genuina desigualdad. Finalmente, su nuevo espíritu humanitario y su identificación con la causa de la gente, que ciertamente constituye un importante paso en aras de la igualdad, ha sido erróneamente visto como un repudio hacia cualquier forma de desigualdad».

MELZER, Arthur. *Ibid.*, p. 156.

¹³ Esta diferencia entre las tesis sustantivas de Rousseau y las Democracias Sustantivas que se perfilarán en el pensamiento Hegeliano y Marxista ha sido destacado por un teórico político y sociólogo británico como David Held quien inclusive los coloca dentro de distintas tipologías pues para él las tesis de Rousseau se referirían a una *Democracia Evolucionista o Desarrollista* mientras Hegel y Marx a las *Democracias Directas*. El primer modelo sería más bien reduccionista, en el sentido de que no considera por ejemplo a las mujeres o a quienes carecen de propiedad y están ubicados dentro de un espacio político pequeño, y el segundo modelo tendría un ámbito mucho más universal y mucho más igualitario. Cfr HELD, David. *Models of Democracy*. Cambridge: Polity Press, 1987. Hay edición en español por Alianza Universidad.

¹⁴ ZOLO, Danilo. *Democracy and Complexity*. Cambridge: Polity Press, 1992, p. 66

¹⁵ Ob. cit.

Se trataba, en síntesis, de una tesis contraria a cualquier propuesta institucional-burocrática ya que, por ejemplo, Marx entendía por una auténtica Democracia la supresión de cualquier estructura burocrática, aboliendo así toda distinción entre poderes legislativos o ejecutivos, con lo cual toda acción de gobierno debía quedar bajo supervisión y control del pueblo.¹⁶ Evidentemente, no tardarían en aparecer críticas severas a esta definición de Democracia Sustantiva que anejaba una visión política totalitaria y más aun revolucionaria que «se basaba en la creencia de la existencia de una sola verdad en la política. Esta podía ser considerada como un mesianismo político ya que postulaba un esquema de cosas pre-ordenado, armonioso y perfecto, hacia el cual se dirigidan irremediamente los hombres, y al que estaban confinados a llegar».¹⁷ Esta tendencia se vio reforzada desde el siglo XVIII con el Pensamiento Ilustrado y el Racionalismo que consideraba que los hombres habían sido engañados por un esquema teológico que era completamente falso y que tales ideas debían superarse con una planificación adecuada fruto de la voluntad y la razón humana.¹⁸

En la práctica lo que avizoraba la Democracia Sustantiva, según el politólogo hebreo J. Talmon, era la plasmación de una Democracia Totalitaria, esto es, de una dictadura que reposaba en el entusiasmo de los ciudadanos y, mediante elementos cargados de ideología como la *voluntad general*, se presentaba en realidad una nueva fe, un nuevo culto que terminaría por ahogar cualquier vestigio de libertad individual y de autonomía.¹⁹

¹⁶ Ibid., p. 67.

¹⁷ TALMON, J. L. *The Origins of Totalitarian Democracy*. New York: Norton & Company, 1970, p. 2.

¹⁸ Ibid., p. 3.

¹⁹ A pesar de que la Democracia Sustantiva buscarse precisamente la salvaguarda de la verdadera libertad. Se trataría, sin embargo, de una forma de libertad positiva que entiende que la libertad se realiza en la búsqueda de un fin colectivo. TALMON, J. L. Ibid., p. 2. Cf. también, BERLIN, Isaiah. «Two Concepts of Liberty» en *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford UP, 1969; GRAY, John. *Liberalisms*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1989.

Sin embargo, aparte de este matiz totalitario y arbitrario que presentaba la Democracia Sustantiva también había quienes veían su poca o escasa viabilidad por otras razones que tenían relación con lo abstracto e irreal de conceptos como voluntad general o bien común. Joseph Schumpeter —quien representaba esta teoría— mencionaba que:

[...] no hay tal bien común, unívocamente determinado, en el que todo el mundo pueda estar de acuerdo o pueda hacerse estar de acuerdo en virtud de una argumentación racional. Esto no se debe primordialmente al hecho de que algunos puedan querer cosas distintas del bien común, sino al hecho mucho más fundamental de que, para los distintos individuos y grupos, el bien común ha de significar necesariamente cosas diferentes.²⁰

En este sentido, tampoco el concepto de voluntad general podía ser reivindicado como un concepto discernible por todos los individuos pues en principio no existía como ente real ya que lo que estaba detrás de él era simplemente una suma de individuos particulares y distintos.

Finalmente, la vigencia de este tipo de Democracia podía significar en síntesis la vigencia y dominio de las mayorías sobre las minorías quienes —las mayorías— usualmente respondían a emociones y a estímulos efímeros y particularmente volátiles. Este era entonces el comportamiento negativo de las multitudes como sentenciaba el clásico estudio del psicólogo francés Gustave Le Bon.²¹ Las muchedumbres, no podían ser racionales porque actuaban sin ningún fin u objetivo definido o unificado y más bien podría decirse que representaban una voluntad irracional y voluble. Tales argumentaciones, en el fondo coincidirían con lo sustentado por Talmon pues desembocarían irremediabilmente en una ideología totalitaria y en grandes movi-

²⁰ SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo y Democracia*. Libro II, Cap. XXI. Barcelona: Orbis, 1983, p. 322.

²¹ Citado por SCHUMPETER, Joseph. *Ibid.*, p. 329.

mientos y partidos de masa que procurarían homogeneizar a todos bajo sus banderas.²²

Resumiendo y de acuerdo con la tesis de Schmitt, esta primera tesis, por acercarse al plano republicano (igualdad entre los ciudadanos), podía ser más política que ideológica. Sin embargo, el hecho de que Rousseau anclara su teoría dentro del concepto moderno de autonomía, hacía peligrar la estabilidad y viabilidad de esta propuesta. Esto ocasionaría que se alejase irremediamente del plano político (real) para aproximarse al plano ideal de la igualdad universal, como sostenía la propuesta marxista y las corrientes que derivaron de ella. Del mismo modo, el crecimiento de las poblaciones, las migraciones, la expansión del Capitalismo y la especialización laboral, dificultarían la vigencia de la Democracia sustantiva y podrían hacer realidad los temores expresados por Talmon y Schumpeter.

3. Teoría II: La democracia representativa

Junto con la Democracia Sustantiva, la Democracia Representativa ocupa un amplio espacio en las discusiones tradicionales sobre la Democracia, las mismas que usualmente llevan adelante políticos y abogados pues a primera vista aparecen como conceptos simples y deseables y estas características son particularmente útiles en los discursos efectuados a través de los medios de comunicación masivos.

Asimismo, la Democracia Representativa tendrá una gran afinidad con el Liberalismo Institucional, cuya versión más difundida y lograda fue la de John Stuart Mill en el siglo XIX (que dicho sea de paso sentó las bases del Institucionalismo) y por supuesto con el Estado de Derecho y el Positivismo que constituyen la fuente del Estado de Derecho o Constitucional. Por todas estas razones es que se hace ne-

²² Cfr. FURET, Francois. *The passing of an Illusion, the Idea of Communism in the Twentieth Century* Chicago: Chicago UP, 1999. Existe edición en español por el Fondo de Cultura Económica.

cesario analizar con precisión los alcances de este modelo y obviamente sus debilidades, comparando también sus semejanzas y diferencias con el Modelo Sustantivo.

Como mencionamos, Mill en su texto *Consideraciones sobre el gobierno representativo*²³ representa lo que sería el nacimiento de una suerte de ingeniería constitucional, buscando las mejores formas institucionales para la configuración efectiva de un gobierno liberal que garantice la libertad y la igualdad.²⁴ La idea del Institucionalismo descansa entonces en el hecho de que se considera que las instituciones, por un lado, moldean la Política, entendiendo por *institución* normas y procedimientos que dejan huella en los resultados políticos. En síntesis, «las instituciones influyen los resultados porque forman actores, identidades, poder y estrategias».²⁵

Tal idea en realidad se había originado un poco antes, durante la Revolución francesa, cuando en el recordado artículo dieciséis de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 se mencionaba que una sociedad que carecía de derechos y que no establecía una división de poderes, no tenía constitución. En otras palabras, los derechos individuales (libertad individual) y la división de poderes caracterizaban al Sistema Liberal Democrático Representativo.

Ahora bien, la división de poderes no sólo era inherente a la división del trabajo y los fines de eficacia que ella perseguía sino que se justificaba en función al viejo precepto liberal que se originó con John Locke y que nacía del peligro inminente de que seamos jueces de nuestra propia causa.²⁶ Por último, se trataba de asegurar la libertad in-

²³ MILL, John Stuart. *Utilitarianism, Liberty and Representative Government*. Londres: J.M Dent & Sons, 1947.

²⁴ PUTNAM, R Robert. *Making Democracy Work, Civic Traditions in Modern Italy*. Nueva Jersey, Princeton: Princeton UP, 1993, p. 9

²⁵ *Ibid.*, p. 8

²⁶ LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge U P, 1988, Second Treatise of Government, pp. 87 y 91.

dividual, frenar la arbitrariedad y hacer predecible las reglas que antes quedaban en manos de un soberano decisionista (absolutismo).²⁷

Desde un comienzo, esta corriente de pensamiento político se opondrá, por lo tanto, a cualquier forma de democracia sustantiva pues iban a privilegiar la libertad sobre la igualdad, y si bien en un estado libre cada quien debe ser su propio gobernante (lo cual es un rasgo de Democracia Sustantiva) no se debía de confundir la libertad con el poder.²⁸ Hacer esto sería confundir el poder legislativo con el ejecutivo. Aun más, es obvio que la Democracia Sustantiva solo podría tener sentido dentro de pequeñas localidades que ya no existían y asimismo es también evidente que menos personas deciden más rápido y mejor que un cúmulo de individuos que estarían todo el tiempo discutiendo. La Democracia Representativa traía entonces un control dentro del proceso democrático y procuraba elegir a los más capaces para ser los representantes pues, como decía Montesquieu, era mejor que la gente aceptara o rechazara candidatos antes que hiciera leyes.²⁹

Volviendo a la visión de la división de poderes, sin embargo, había que tomar en cuenta que esta perspectiva no solamente tenía que asumirse desde un punto de vista formal sino también desde una posición sustantiva, pues la postura formal nos conduciría a conclusiones en las cuales se demostraría que la división formal de poderes es una falacia.³⁰ Tal posición sustantiva hablaría ahora de un requisito

²⁷ BELLAMY, Richard. «*The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy*». *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*. Blackwell: Oxford, 1996, p. 26.

²⁸ *Ibid.*, p. 33

²⁹ Citado por Richard Bellamy, *Ibid.*

³⁰ Basta simplemente considerar que en el mundo político contingente la supuesta división de poderes entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial no se puede cumplir, pues un juez al momento de resolver un caso podría sentar un precedente jurisprudencial, lo cual lo haría creador de una regla (legislador), o un funcionario público podría crear también legislación al momento de reglamentar una ley. Finalmente,

imprescindible y político que requeriría la Democracia Representativa y que sería la presencia de la Constitución Mixta que debería asegurar además, que el poder político reflejase el balance natural de las diferentes clases sociales dentro del cuerpo político y proveyese los mecanismos para que se de un control mutuo.³¹ La Constitución, la representación y lo que es más importante, la división de poderes, debía ser entonces un reflejo de la sociedad y de su variedad y pluralismo pues no podría permitirse que una misma clase social acaparase todos los poderes. Sin embargo, esta constitución mixta que vio viva todavía Montesquieu en Inglaterra, lo cual se observa en el famoso capítulo VI de su libro XI del *Espíritu de las Leyes* y que también se podía apreciar en los *Discursos* de Maquiavelo, respondía a una realidad política orgánica y aun comunitaria pero que para fines del siglo XVIII e inicios del XIX ya no era posible que perdurase. Por eso, *El Federalista*³² de Madison, Hamilton y Jay representa un primer intento por generar artificialmente una constitución mixta.

Sin embargo, dentro de esta Democracia Representativa se mantendrá siempre una tensión entre la parte sustantiva y la parte formal, entre la Constitución Mixta y la división del poder. Por ende, el propio intento de *El Federalista* indica también que la línea asumida será precisamente la de la *ingeniería constitucional* que tendría que basarse en la elección de procedimientos y técnicas, y en su aplicación, a fin de poder garantizar el pluralismo de modo que ninguna mayoría fuese capaz de imponerse sobre una minoría. En otras palabras, todo señala que será la parte ideal y mecánica la que primará por sobre la parte real y natural y con ello que la Democracia Repre-

el parlamento al momento de interpretar una norma podría estar tomando el rol de la administración de justicia. Cfr BELLAMY, Richard. *Ibid.*, p. 27.

³¹ *Ibid.*, p. 29.

³² HAMILTON, A., J. Madison y J. Jay. *The Federalist*. Londres: Dent, 1992.

sentativa devendrá en una fórmula de Democracia Formal que busca generar un contenido de modo artificial.³³

Quizá, uno de los mejores ejemplos de esta afirmación lo podemos hallar en la Ciencia Política y la Teoría Democrática de Robert Dahl. Si la Democracia Sustantiva fallaba en parte por perseguir una igualdad cerrada que podría acabar con el individualismo y la autonomía, la Democracia Representativa pretendería a su vez garantizar la autonomía sin que esto fuera óbice para producir un sistema desigual y arbitrario. En este sentido, sus objetivos podrían ser sintetizados en tres puntos centrales que se constituyeron, por ejemplo, en la tesis de Dahl denominada *Poliarquía*. Para Dahl, la Democracia debía de ser capaz de responder a las preferencias de todos los ciudadanos, sin tener en cuenta su procedencia política, garantizando la posibilidad de expresión de dichas preferencias públicamente, tanto entre partidarios como frente al Gobierno, y la igualdad de trato al ciudadano sin discriminación alguna por dichas preferencias.³⁴ Así pues, su propuesta buscaba un punto medio entre la participación política y la expresión.

A lo largo de la historia de las instituciones políticas de Occidente se había pasado de un modelo cerrado, en el que no existía ninguna posibilidad de elegir ni de ser elegido, como era el caso de los prime-

³³ De hecho hay una literatura abundante con respecto al modo cómo se concibe y desarrolla esta Democracia Formal o Representativa. Véase, por ejemplo, LIIPHART, Arend. *Democracy in Plural Societies*. New Haven: Yale UP, 1977; LIIPHART, Arend. *Las Democracias Contemporáneas*; LINZ, Juan y Arturo, VALENZUELA. *La Crisis del Presidencialismo*. Madrid: Alianza, 1997; SARTORI, Giovanni. *Ingeniería Constitucional*. México: FCE, 1994; NOHLEN, Dieter. *Sistemas Electorales y Sistemas de Partidos*. México: FCE, 1994; O'DONELL, Guillermo. *Contrapuntos*. Buenos Aires: Paidós, 1997; HUNTINGTON, Samuel. *La Tercera Ola de la Democratización*. Buenos Aires: Paidós, 1994 o DIAMOND, Larry y Marc PLATINER. *The Global Resurgence of Democracy*. Baltimore: The John Hopkins University UP, 1996.

³⁴ DAHL, Robert. *La Poliarquía*, participación y oposición. Madrid: Tecnos, 1989, publicada originalmente por Yale UP, 1971. También del mismo autor se puede revisar *A Preface to democratic Theory*. Chicago: Chicago UP, 1956; *Who governs?* New Haven: Yale UP, 1961; *Democracy and Its Critics*. New Haven: Yale UP, 1989, y más recientemente, *On Democracy*. New Haven: Yale UP, 1998.

ros Estados Modernos Absolutistas, (Dahl los denominaría hegemonías cerradas) para luego mutar hacia modelos en los que, o bien existía la posibilidad de discutir públicamente aunque se daba una restricción para poder elegir, (el caso de las oligarquías representativas tipo Suiza anteriormente) o bien había una inmensa posibilidad de votar y elegir representantes. Sin embargo, no existía ningún espacio para la discusión pública (las llamadas Hegemonías Representativas, como fue el caso de la Unión Soviética).³⁵ Una Democracia Representativa —que Dahl denominaría como vimos Poliarquía— era, por lo tanto, el sistema que garantizaría la representación y la posibilidad de debatir públicamente, cumpliéndose así con las conocidas libertades civiles y políticas de todo Sistema Constitucional Liberal.³⁶

Sin embargo, lo que hacia Dahl también era mencionar que se debía de generar un balance entre las fuerzas de mayoría y de oposición a fin de que para las primeras fuese mejor tolerar a la minoría, lo cual se podía alcanzarse a través de incentivos económicos que serían finalmente los que movilizarían la acción de los distintos grupos.³⁷ Por ejemplo, sería conveniente que la mayoría no tuviera tantos recursos que podrían ser usados para oprimir.

Lo que proponía Dahl era entonces una regulación de las conductas particulares entorno al estímulo e impulso de las conductas políticas que se basaban en considerar a los actores políticos como sujetos racionales que buscaban siempre maximizar sus recursos. De todo esto podemos formular algunos interrogantes: ¿Puede asumirse como real un escenario político en el cual se presupone que todos los actores se mueven en función a la racionalidad instrumental? ¿Bastarían las reglas económicas para modificar las conductas y aproximarnos al ideal de la Constitución Mixta? ¿Existen evidencias que demuestren que la Constitución Mixta se da cuando se estructuran las reglas

³⁵ DAHL, Robert. *La Poliarquía*. Ob. cit., pp. 17-18

³⁶ Libertad de asociación, de expresión, de voto, para competir por el voto, pluralidad información, elecciones libres e imparciales, entre otras. *Ibid.*, p. 15

³⁷ *Ibid.*, p. 24

y crece la economía? Tales preguntas difícilmente serán respondidas por la Democracia Representativa y por eso habrá que buscar las respuestas y nuevas preguntas en otras teorías.

4. Teoría III: La democracia elitista y la democracia electoral

En realidad, existe una gama de teorías que coinciden en el hecho de que la Democracia devendrá siempre en el gobierno de unos pocos sobre una gran mayoría, ora a través de la generación de una clase política o una elite de gobierno³⁸ que dependan de su fuerza, inteligencia, carisma, entre otras cosas, para imponerse; ora por medio de una elección en la cual los candidatos compiten libremente para ganar el voto de los electores.³⁹ La primera recibe usualmente el nombre de Democracia Elitista mientras que la segunda es la llamada Democracia Electoral.⁴⁰ Sin embargo, ambas se distancian de sus antecesores (la Democracia Sustantiva y la Representativa) en el sentido de que son más bien teorías descriptivas y realistas antes que prescriptivas, evaluativas o idealistas, lo cual las vincula más con la Ciencia Política, la Sociología y la Economía antes que con el Derecho y la Teoría Política. Este Realismo entonces proporciona una respuesta a la pregunta ¿qué es la Democracia? Y puede derivar como en el caso de Schumpeter a un modelo formalista y minimalista en extremo, como veremos más adelante.

³⁸ Pensamos en MOSCA, Gaetano. *La Clase Política*. México: FCE, 1984; WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México: FCE, 1977; MICHELS, Robert. *Los partidos políticos, un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la Democracia Moderna*. 2 vols. Buenos Aires: Amorrortu, 1969; PARETO, Wilfredo. *Forma y equilibrio sociales*. Oxford: Blackwell, 1976. También véase BOTTOMORE, T. B. *Minorías Seleccionadas y Sociedad*. Madrid: Gredos, 1966; MEISEL, J. H. *El Mito de la Clase Gobernante: Gaetano Mosca y la élite*. Buenos Aires: Amorrortu, 1975.

³⁹ SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo y Democracia*. Ob. cit.

⁴⁰ Aunque David Held en su reconocido *Models of Democracy*, denomina como *elitismo competitivo* a las tesis weberianas y a las fórmulas teóricas electorales de SCHUMPETER, Joseph. Ob. cit., pp 143-185.

En cualquier caso, es importante resaltar el hecho de que esta perspectiva recupera la dinámica del poder y la diferencia —en algunos casos hasta diferencias políticas— que había sido subestimada por las teorías anteriores, en especial por la Democracia Institucional o Representativa, y puede convertir a la Democracia en algo más cercano a un concepto político.

Como decía Mosca, no era difícil comprobar que en cualquier estructura política ha existido siempre una cabeza que se halla por encima de lo que él denominaba la clase política pero que tal gobernante no podría serlo sin el sostén de esa clase dirigente. Es más, este gobernante nunca podría oponerse totalmente a la clase política a menos que se este constituyendo una nueva clase. No obstante, si surgía un gran descontento dentro de la masa, que llegara a destronar a esa clase política, inmediatamente irrumpiría otra en su reemplazo.⁴¹ Así pues, Mosca sabía que tesis como la rousseauiana, en la que la mayoría de las personas podía participar en el gobierno, era una ilusión. Lo claro, más bien, es que una sola persona no puede gobernar a una masa pero si una minoría puede imponerse a una mayoría.⁴²

La fuerza de cualquier minoría es irresistible frente a cada individuo de la mayoría, que se encuentra solo ante la totalidad de la minoría organizada. Y al mismo tiempo se puede decir que ésta se halla organizada precisamente porque es minoría. Cien que actúen siempre concertadamente y en inteligencia los unos con los otros, triunfarán sobre mil tomados uno a uno y que no tengan acuerdo entre sí; y al mismo tiempo les será mucho más fácil a los primeros actuar concertadamente y tener de esta manera un entendimiento, si son cien y no mil.⁴³

Ahora bien, tal clase política se diferenciaba de la masa en la medida de que poseían ciertas cualidades que los destacaba y que posiblemente pudieron haber sido heredadas. De hecho, en toda sociedad

⁴¹ GAETANO, Mosca, *La Clase Política*. Ob. cit., p.107-108.

⁴² *Ibid.*, p. 109.

⁴³ *Ibid.*, p. 110.

o cultura siempre existió una clase que se abocó a las tareas de gobierno, a la administración, la guerra, la religión y la moral y que constituía un grupo minoritario.

Desde la sociología, por otro lado, ya se demostraba que cualquier organización social tenía que concluir estableciendo una oligarquía al punto que se argumentaba que era inconcebible la Democracia sin organización.⁴⁴ A su vez, la organización tendrá que llevarnos a la oligarquía, como lo señalaba Michels:

En toda organización, ya sea de partido político, de gremio profesional, u otra asociación de ese tipo, se manifiesta la tendencia aristocrática con toda claridad. El mecanismo de la organización, al conferirle solidez de estructura, induce algunos cambios importantes en la masa organizada, e invierte completamente la posición respectiva de los conductores y los conducidos. Como consecuencia de la organización, todos los partidos o gremios profesionales llegan a dividirse en una minoría de directivos y una mayoría de dirigidos.⁴⁵

Así pues, esto haría decir al sociólogo alemán Robert Michels en 1911 que: «la organización es lo que da origen a la dominación de los elegidos sobre los electores, de los mandatarios sobre los mandantes, de los delegados sobre los delegadores. Quien dice organización, dice oligarquía».⁴⁶ Esto que se conocía entonces como la ley de hierro de la oligarquía que había sido establecida por Michels pero que también podía ser aceptada por el sociólogo italiano Wilfredo Pareto, establecía que en toda sociedad debía de existir siempre una minoría dirigente, o también llamada una clase política o una oligarquía gobernante

De aquí podía entonces derivarse una regla general que establecería «que el aumento de poder de los líderes es directamente propor-

⁴⁴ MICHELS, Robert. *Los Partidos Políticos*. Vol. 1. Ob. cit., p. 67.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 77-78.

⁴⁶ MARTÍN LIPSET, Seymour. Introducción a *Los Partidos Políticos*. *Ibid.*, p. 13.

cional a la magnitud de la organización». ⁴⁷ Toda organización política sea un partido, un sindicato etc., será siempre el resultado de una estructura burocrática desarrollada jerárquicamente pues de otro modo desaparecería la organización. Las masas, por su parte, como ya lo decía el mismo Mosca, no son capaces de tomar decisiones y requieren siempre de un liderazgo fuerte y por ende las iniciativas de la masa nunca podrán ser tomadas como originarias sino que en estas se manifestarán siempre los intereses de los líderes. ⁴⁸

Empero, no se trataba de un sistema que buscaba generar un ambiente cerrado en el cual las oligarquías o las minorías mantuviesen un monopolio del poder que eternizara al grupo dominante. De hecho, junto a la *ley de la oligarquía* existía también la *ley de la circulación de las elites* o también denominada por Pareto *circulación de las minorías selectas*. Ciertamente, el mismo Pareto había ya hecho célebre la frase de que «la historia es un cementerio de aristocracias» ⁴⁹ y esto daba pie para entender de que las llamadas oligarquías estaban en permanente movimiento y por ende se trataba no solo del reemplazo de una minoría por otra minoría sino también del cambio individual dentro del propio grupo dirigente que podía recibir nuevos miembros y sacar a otros. ⁵⁰ En este último caso, las minorías se robustecían con el aporte de las familias de las clases bajas. ⁵¹

Por ejemplo, una de los discípulas de Pareto, Marie Kolabinska, llegó a precisar las diferentes alternativas de circulación que existían distinguiendo tres tipos de circulación:

[...] está, en primer lugar, la circulación que tiene lugar, entre categorías diferentes de la misma minoría gobernante. En segundo lugar se halla la circulación entre la minoría selecta y el resto de la población,

⁴⁷ MICHELS, Robert. Ob. cit., p. 78.

⁴⁸ MARTÍN LIPSET, Seymour. Introducción a *Los Partidos Políticos*. Ibid., pp. 15-16.

⁴⁹ BOTTOMORE, T.B. *Minorías Selectas y Sociedad*. Ob. cit., p. 60.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

que puede adoptar una de las dos formas: 1) individuos del estrato inferior pueden lograr la entrada en la minoría existente, o 2) individuos de los estratos inferiores pueden formar nuevos grupos de minoría selecta, en cuyo caso éstos se empeñan en una lucha por el poder contra la minoría existente.⁵²

Sin embargo, pese a que Pareto y Kolabinska se esforzaban en mostrar que habían comprobaciones empíricas e históricas que comprobaban que se producía realmente esta circulación, como por ejemplo cuando Pareto señalaba que los trabajadores ingleses en la era industrial habían alcanzado a constituir una minoría selecta de sindicatos o que en el caso francés a lo largo de su historia se había visto florecer distintos grupos de burgueses, profesionales como abogados, economistas etc., los críticos de la Democracia Elitista que provenían básicamente de las canteras sociológicas marxistas no estaban satisfechos con las justificaciones de los elitistas.⁵³ Así se podría decir que no existirían evidencias históricas que demostrasen este aserto y que en realidad es difícil hablar de una gran movilidad social.

Las desigualdades más importantes que existen en la sociedad son principalmente productos sociales, creados y sostenidos por las instituciones de la propiedad y la herencia, por el poder político y militar, y apoyados por creencias y doctrinas determinadas, aun cuando no siempre se resistan a las ambiciones de individuos destacados.⁵⁴

⁵² Ibid., pp. 61-62.

⁵³ No debemos olvidar también que Pareto fue un seguidor del Libre Mercado y sus soluciones óptimas, vale decir, el responder a las mayores preferencias de toda la comunidad aunque esto obviamente sufriría el problema de las conocidas externalidades. Cfr. BELLAMY, Richard. *Liberalism and Modern Society*. Cambridge: Polity Press, 1992, p. 137. Obviamente dentro del Mercado no sería tampoco dable la circulación de las elites pues lo más probable es que quien inicia sus intercambios en el Mercado con cierta cantidad, al final se quede con lo mismo, lo cual significaría que las mismas elites, que poseen más poder, seguirían teniéndolo.

⁵⁴ BOTTOMORE, T. B. Ob. cit., p. 165.

No obstante, así como eran conocidas —y criticadas— las teorías elitistas, también podía incluirse junto a ellas las teorías electorales del economista austríaco Joseph Schumpeter quien se hizo celebre, en primer término, por criticar lo que él denominaba la *Teoría clásica de la Democracia*⁵⁵ que supuestamente consistía en el gobierno de todos.⁵⁶ Este se manifestaba, por ejemplo, en el concepto rousseauiano de la voluntad general o de conceptos más antiguos como el del bien común y que también estaban siendo usados por corrientes ideológicas como el Marxismo y su propuesta de dictadura del proletariado.

Casi en una línea kantiana se podría decir también que la Democracia Clásica se realiza cuando la voluntad de los individuos que es autónoma coincidiría con la voluntad de la autoridad heterónoma y de esta manera se produciría la anhelada síntesis presente por ejemplo en el *Reino de los Fines*.⁵⁷ Pero, el problema de fondo era precisamente que *el Reino de los Fines*, la *Voluntad General*, la *Dictadura del Proletariado* o el *Bien Común* no existían en realidad y que no eran sino abstracciones efectuadas por filósofos e ideólogos quienes levantaban una bandera que no tenía su correlato fáctico en el reino de la Política. Sin embargo, podía legítimamente pensarse que estas abstracciones eran utilizadas por minorías para hacerse del poder y permanecer en él, aduciendo que representaban a todo el pueblo y encarnaban su voluntad.⁵⁸

Así pues, Schumpeter empezaba a *deconstruir* el ideal de voluntad general al mencionar que no solo las personas tienen múltiples

⁵⁵ SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, Socialismo y Democracia*. Ob. cit., cap. XXI.

«La Filosofía de la Democracia del siglo XVIII puede ser compendiada en la siguiente definición: el método democrático es aquel sistema institucional de gestación de las decisiones políticas que realiza el bien común dejando al pueblo decidir por sí mismo las cuestiones en litigio mediante la elección de los individuos que han de congregarse para llevar a cabo su voluntad» p. 321.

⁵⁶ Democracia Sustantiva que se plasmaba en la identidad entre gobernante y gobernados.

⁵⁷ ZOLO, Danilo. Ob. cit., p. 66.

⁵⁸ SCHUMPETER, Joseph. Ob. cit., pp. 325-326.

deseos sino que también tienen valores muy diferentes; casi nunca coinciden en sus fines; e incluso, cuando lo hacen, pueden tener distintas y contrapuestas razones para hacerlo.⁵⁹ Esta característica, por cierto, correspondía a la descripción de las sociedades industriales que constituían sociedades plurales y que poseían una infinidad de bienes que eran siempre materia de elección individual. Obviamente esta perspectiva era compatible con una visión economista y que partía del Individualismo Metodológico.

El problema, no obstante, no sólo tenía relación con la abstracción de tales conceptos. Schumpeter podría esgrimir también que las decisiones de las autoridades no necesariamente democráticas serían usualmente mejor recibidas y aceptadas que las decisiones democráticas. Citaba para ello, el ejemplo del acuerdo religioso o concordato que logró Napoleón Bonaparte en Francia a inicios del siglo XIX siendo un dictador pero teniendo el apoyo del pueblo.⁶⁰ Por último, apelando a la naturaleza maleable y emotiva de la gran mayoría de personas, Schumpeter cuestionaba la autenticidad de la voluntad general como bien objetivo e identificable pues podía ser objeto de un sin fin de manipulaciones y transformaciones usando los medios de comunicación que generaban distintos mensajes, los mismos que estimulaban constantemente las conductas individuales,⁶¹ la incertidumbre de la voluntad general, y *a fortiori*, la incertidumbre de las conductas individuales. Esto hacía literalmente que la teoría clásica de Schumpeter se desmoronase inevitablemente y se convirtiera en polvo.⁶²

Ante la debilidad de la teoría clásica, Schumpeter oponía entonces una nueva Democracia que algunos denominarían Neo-Clásica⁶³ y

⁵⁹ HELD, David. *Models of Democracy*. Ob. cit., p. 172.

⁶⁰ SCHUMPETER, Joseph. Ob. cit., p. 327.

⁶¹ HELD, David. Ob. cit., p. 173.

⁶² SCHUMPETER, Joseph. Ob. cit., p. 324.

⁶³ Cfr. ZOLO, Danilo. Ob. cit. También PATEMAN, Carole. *Participation and Democratic Theory*, Cambridge: Cambridge UP, 1970.

que podría definirse ya no en términos filosóficos abstractos sino más bien de modo político y concreto, esto es, que buscaría definir a la Democracia tal y como es y no como debería ser. Siendo esto así, tendría que llegar a la conclusión de que la Democracia es fundamentalmente un método político que se usa «para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo».⁶⁴

Schumpeter, por lo tanto, nos lleva a una suerte de mercado político en el que se competirá por los votos del pueblo⁶⁵ y donde los políticos serán también una especie de empresarios dinámicos que buscarán el reconocimiento de su plan político a fin de ser favorecidos con la aceptación del pueblo.⁶⁶ La función del votante será pues la de aceptar o rechazar a un jefe o gobernante. El jefe será quien se haga cargo de las complejas decisiones políticas, en tanto que el electorado brindará la legitimidad para la acción del gobernante.⁶⁷ Se entendía así, que para el funcionamiento de la Democracia era imprescindible no solamente la libertad de expresión y la libertad de asociación sino también el derecho de participar como elector, y principalmente como candidato.⁶⁸

Sin embargo, pese a las críticas que pudiese tener la tesis de Schumpeter, que iban dirigidas, por ejemplo, al formalismo de su visión que impedía la institucionalización, o al hecho de banalizar la política al hacer de ella un mero trámite para elegir gobernantes basándose en relaciones efímeras o proclives a la generación de regí-

⁶⁴ SCHUMPETER, Joseph. Ob. cit., p. 343.

⁶⁵ Esta fórmula schumpeteriana será muy influyente en lo que significa por ejemplo la Teoría Económica de la Acción Política o también llamada *Public Choice*. Véase, por ejemplo, el texto clásico de DOWNS, Anthony. *An Economic Theory of Democracy*, edición en español, Madrid: Aguilar, 1973.

⁶⁶ HELD, David. Ob. cit., p. 174.

⁶⁷ Ibid., p. 175.

⁶⁸ Nótese aquí la relación de la tesis de Schumpeter con algunos de los postulados de la Democracia Representativa planteada por Robert Dahl y su Poliarquía.

menes dictatoriales,⁶⁹ quedaba también claro que la idea schumpeteriana buscaba elegir políticos honestos y capaces, y que pudiesen manejar adecuadamente la compleja burocracia de las sociedades industriales.⁷⁰ Asimismo, no podía tolerarse a aquellos grupos o personas que compitieran por el poder con el propósito de cerrar la competencia futura, a pesar de que este modelo era favorable tanto al reconocimiento de una realidad política ineludible como al pluralismo, y también al hecho político más reconocido de la Modernidad, como lo es el fenómeno del caudillaje.⁷¹

Finalmente, pesarán más los argumentos que señalaban que las democracias elitistas y electorales estaban reñidas con la idea sustancial de la Democracia que es la igualdad y esto producirá un retorno de inquietud igualitarista vía la denominada Democracia Deliberativa que pasaremos a analizar a continuación.

5. Teoría IV: La democracia deliberativa

Si la Democracia Institucional o Representativa pecaba por estrecha y neutral (apolítica) ya que buscaba ser básicamente un mecanismo o procedimiento formal para elegir representantes (aunque es cierto que consideraba también un elemento valorativo como sería el de la protección de la libertad individual, sin embargo, entendida como elección individual), la Democracia Deliberativa —último desarrollo en la Teoría Democrática— se dirigía más bien a ensanchar sobre manera la base axiológica y, en este caso, no solo abarcaba la libertad real sino también la igualdad concreta pero en un plano de síntesis casi

⁶⁹ Como cuando se quisiese desprenderse de un gobierno impopular y que según las leyes del Mercado podría ser cambiado inmediatamente por un nuevo *producto*. A fin de cuentas, dentro de esta analogía entre el Mercado y la *polis*, el Gobierno no es sino un producto más, que puede ser fácilmente intercambiable.

⁷⁰ HELD, David. *Ibid.*, p.176.

⁷¹ SCHUMPETER, Joseph. *Ob. cit.*, p. 345.

perfecta. De hecho, la Democracia Deliberativa podía presumir que poseía las ventajas de todos los modelos anteriormente presentados y más bien prescindía del pasivo de cada una de ellas. Así, si la Democracia Sustantiva acotaba la libertad en aras de la igualdad y la Democracia Representativa recortaba la igualdad en favor de la libertad, la Democracia Deliberativa apuntaba a conciliar a ambas sin ninguna reducción.

Todas las teorías democráticas vistas al parecer no lograban respetar plenamente el principio liberal kantiano de la dignidad dentro del conocido imperativo categórico; esto es, tratar a cada ser humano como fin en sí mismo y no como medio. Tanto las teorías elitistas y electorales de la Democracia, por ejemplo, resaltaban el rol ineludible del poder dentro de la Democracia y, por ende, la imposibilidad de cumplir con el principio de la dignidad. Asimismo, la Democracia Representativa se mimetizaba de maravilla con el Mercado y este generaba desigualdades manifiestas que tampoco le hacían mucho favor al precepto de la dignidad.

Si la idea que buscaba realizar la Democracia es la de la justicia y la imparcialidad, como habían sostenido, por ejemplo, los padres fundadores de los Estados Unidos, la pregunta inevitable tenía que ser cómo era posible hallar tal imparcialidad. Y, fueron los mismos padres fundadores quienes afirmaron que la decisión imparcial debía ser fruto de una deliberación cuidadosa entre todos los representantes de la sociedad.⁷² Ahondando un poco más en esta posición, podía decirse que frente a la *parcialidad*⁷³ de las decisiones políticas comunes la deliberación permitiría conocer las preferencias de todas las partes. Del mismo modo, las personas podrían modificar sus argu-

⁷² GARGARELLA, Roberto. «Full Representation, Deliberation, and Impartiality», p. 260, en *Deliberative Democracy*, editado por Jon Elster. Cambridge: Cambridge UP, 1998. También, SANTIAGO NINO, Carlos. *La constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, caps. 5 y 6.

⁷³ Debido a la ignorancia de las preferencias o deseos de las personas. Por cierto, el término *parcial* es usado también por los teóricos de la Democracia Deliberativa. Cfr. SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge, Mass : Harvard UP, 1993.

mentos para hacerlos aceptables a los demás pudiendo también corregir o mejorar sus posiciones, y por último, se podría también educar a las personas para que actúen de manera imparcial.⁷⁴

Ciertamente, la idea de la comunicación y el diálogo no es nueva ni en la política antigua ni obviamente en la política contemporánea. Sin embargo, como veremos luego, el diálogo político contemporáneo distará mucho del antiguo. Quizá, se pueda decir que el inicio de esta teoría deliberativa provenga de uno de los filósofos más populares de la Modernidad, Immanuel Kant, quien en el célebre ensayo «¿Qué cosa es la Ilustración?» escribía que:

La Ilustración es la salida del hombre de su culpable minoría de edad. Minoría de edad es la imposibilidad de servirse de su entendimiento sin la guía del otro. Esta imposibilidad es culpable cuando su causa no reside en la falta de entendimiento, sino de decisión y valor para servirse del suyo sin la guía de otro. *Sapere aude!* ¡Ten valor de servirte de tu propio entendimiento! Tal es el lema de la ilustración.⁷⁵

Como se aprecia, lo esencial para Kant era la capacidad de juicio la misma que reposaba en un acuerdo colectivo (universal). Se entablaba entonces una crítica a todas las instituciones políticas existentes hasta ese momento que no habían tomado en serio a la razón humana y que ni siquiera pensaban que valía la pena escuchar públicamente las razones de *los otros*. Ni la igualdad, ni la libertad podían manifestarse si es que no se generaba esta *República de los Fines* o espacio público que muy bien podría coincidir con una suerte de escenario ideal de comu-

⁷⁴ GARGARELLA, Roberto. Ob. cit., p. 261.

También en PATEMAN, Carole. *Democratic Theory and Participation*. Ob. cit.; BARBER, Benjamin. *Strong Democracy*. Berkeley: University of California, 1984; COHEN, J. «Deliberation and Democratic Legitimacy» en HAMLIN A. y P. PETIT (eds.). *The Good Polity: Normative Analysis of the State*. Oxford: Oxford UP, 1989 y ELSTER, Jon. «The Market and the Forum» en BOHMAN, J. y W. Rehg, *Deliberative Democracy, Essays on Reason and Politics*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1997.

⁷⁵ KANT, Immanuel. «Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?». *En defensa de la Ilustración*. Madrid: Alba editorial, 1999, p. 63.

nicación y crítica,⁷⁶ en el que cada individuo racional y libre (autónomo) contribuía para producir un ambiente de paz en el que se respetasen las opiniones de todos a fin de construir una moral aceptable.

Esta misma idea de la paz vinculada al diálogo ya había sido expuesta también por otra conocida filósofa moderna como Hannah Arendt quien diferenciaba la esfera pública de la esfera privada asociando a la primera con la libertad y la igualdad, mientras que a la segunda con la necesidad y con la jerarquía.⁷⁷ Lo más importante, sin embargo, era que el espacio público se caracterizaba por el diálogo, como acontecía en las *polis* griegas y sus famosas asambleas. Ahora bien, este diálogo se ligaba siempre a la paz, mientras que el plano jerárquico de la familia (mundo privado) se sostenía en el silencio y por ende podía generar violencia.⁷⁸ La famosa *isonomía* de los griegos no solo implicaba que todos eran iguales ante la ley o que la ley era la misma para todos sino que todos tenían derecho a la actividad política y esta actividad política solamente era posible a través del diálogo.⁷⁹ En este sentido, Hannah Arendt creía que una condición importante para el funcionamiento de la deliberación en el mundo contemporáneo era la existencia de los prejuicios ya que a través de la discusión (política) se podían aclarar y disipar. De no existir entonces la deliberación, jamás podríamos salir de los prejuicios y con esto podíamos generar nuevamente violencia y arbitrariedad.⁸⁰

⁷⁶ Como lo señalaría más contemporáneamente un filósofo alemán no muy lejos de la tradición kantiana, como lo es HABERMAS, Jürgen. *Ensayos Políticos*, Barcelona: Península, 1988 y recientemente *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta, 1998.

⁷⁷ ARENDT, Hannah. *La Condición Humana*. Barcelona: Paidós, 1993, pp. 42-45.

⁷⁸ «Ser político, vivir en una *polis*, significaba que todo se decía por medio de palabras y de persuasión, y no con la fuerza y la violencia». *Ibid.*, p. 40

Nosotros discutimos más profundamente este punto en *Pensando Peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la Democracia Deliberativa*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

⁷⁹ ARENDT, Hannah. *¿Qué es la Política?* Barcelona: Paidós, 1997, p. 70.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 50.

De las tesis kantianas y arendtianas finalmente llegábamos a Jürgen Habermas y su *racionalidad comunicativa*,⁸¹ que era también un aporte fundamental para la conceptualización de la Democracia Deliberativa. Siguiendo una crítica a las tipologías de racionalidad propuesta por Weber, Habermas consideraba⁸² que la racionalidad típica de la Ilustración, esto es, la racionalidad instrumental había servido para establecer una sociedad más bien desigual y violenta. En otras palabras, esta racionalidad reivindicaba el poder y por ende se oponía a los ideales centrales de la Ilustración, a saber, la igualdad y la libertad. En oposición a esto, sugería una restricción del poder en aras de la comprensión y el respeto mutuo, empleando la racionalidad comunicativa:

Que un hablante pueda impeler a un oyente a aceptar tal oferta, no se explica en función de la validez de lo dicho, sino de la garantía surgida de la coordinación que formula el hablante de que, llegado el caso, hará realidad la pretensión de validez que ha presentado. En el caso de pretensiones de verdad y rectitud, el hablante puede dar cumplimiento a su garantía por medios discursivos, esto es aduciendo razones; en el caso de pretensiones de sinceridad, mediante un comportamiento congruente (el hecho de que alguien piense de verdad lo que dice, es algo que solo puede demostrarse mediante la congruencia de sus actos y no acumulando motivos). En cuanto al oyente acepta la garantía ofrecida por el hablante, entran en funcionamiento aquellos vínculos relevantes a las consecuencias de la interacción que están contenidos en el significado de lo que se ha dicho.⁸³

Tal tesis, por lo tanto, tenía que desembocar en una teoría de la Democracia Deliberativa en la que se fundamentara la institucionali-

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *La Teoría de la Acción Comunicativa*, 2 vols. Buenos Aires: Taurus, 1989. También *Conciencia moral y acción comunicativa*. Barcelona: Planeta, 1994.

⁸² Y aquí siguiendo el pensamiento de la teoría crítica elaborado por ejemplo en pensadores como Adorno o Horkheimer que mostraban su desilusión ante el proyecto de la Ilustración. Cfr. ADORNO, T. y M. HORKHEIMER. *Dialéctica de la Ilustración*. Madrid: Trotta, 1998.

⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Ob. cit., p. 78.

dad mediante la discusión pública y la justificación de decisiones aunque, como lo decía también Habermas, no podía esperarse que esta perspectiva fuese un modelo para todas las instituciones sociales.⁸⁴ Sin embargo, podíamos imaginar algunas características de la Democracia Deliberativa, como mencionaba Joshua Cohen quien estaba también muy próximo a Habermas. Entre otras cosas, en el marco de la Democracia Deliberativa el proceso de deliberación debía ser argumentativo, vale decir, por medio de un intercambio regulado de información y de razones; las deliberaciones tenían que ser inclusivas y públicas, debiendo todos los afectados formar parte de la discusión. Por último, la deliberación debía estar libre de cualquier coerción exterior como de cualquier coerción interna que pudiese implicar, por ejemplo, un prejuicio hacia el otro interlocutor: todos tienen derecho de hablar pero también la obligación de escuchar. En este sentido, las conclusiones de *si o no*, deben motivarse solamente por la fuerza del mejor argumento; las deliberaciones, en principio, pueden ser indefinidas y reanudadas según sea decidido. Lo natural, sin embargo, es que concluyan en una decisión y en la práctica es probable que las mayorías sostengan los argumentos más racionales a menos que la minoría convenza a la mayoría que ellas tienen la razón. Por otro lado, la deliberación política se extienden a cualquier materia que pueda regularse para el interés de todos y podrían incluirse en todo caso asuntos que inicialmente fuesen definidos como

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez* Ibid. Para este ensayo usamos la edición en inglés, *Between Facts and Norms*. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1998, p. 305.

Habermas al plantear ciertos límites formales a la deliberación lo hace simplemente para evitar caer en situaciones en las que esta pueda poner en riesgo la validez de las instituciones democráticas, vale decir, del Estado de Derecho. Esta acotación la hacía al diferenciar su comprensión de lo que debía ser la Democracia Deliberativa de la propuesta de otro teórico de la Democracia Deliberativa como Joshua Cohen Cfr. «*Deliberation and Democracy Legitimacy*». Ob. cit. También del mismo Cohen se puede revisar «*Democracy and Liberty*» en *Deliberative Democracy*, Jon Elster (ed.). Ibid., y «*Procedure and Substance in Deliberative Democracy*» en *Democracy and Difference: Changing Boundaries of the Política*, de BENHABIB, Seyla (ed.). Princeton, NJ: Princeton UP, 1996.

privados. Por último, esta incluye la interpretación de necesidades y de deseos y el cambio de preferencias.⁸⁵

En otra perspectiva también bastante difundida⁸⁶ teníamos una aproximación algo menos filosófica y más práctica que se basaba en primer lugar en el sentido de reciprocidad con el que debía de contar la Democracia Deliberativa para operar y esto quedaba expreso en esta definición:

[...] la Democracia Deliberativa inquiriere a los ciudadanos y funcionarios para que justifiquen públicamente sus políticas dando razones aceptables para los afectados por las medidas. Esta disposición implica tres principios: reciprocidad, publicidad y la responsabilidad⁸⁷ [...] la reciprocidad es el principal principio porque le da significado a la publicidad y a la responsabilidad y también influye en la interpretación de la libertad oportunidad.⁸⁸

Ciertamente, la reciprocidad era «la capacidad de buscar términos justos de cooperación por su propia causa».⁸⁹ En este sentido, podía hallarse entre la imparcialidad y la prudencia (es decir en medio del altruismo y el interés personal) y se caracterizaba entre otras cosas, por la aceptación mutua, el deseo de justificarnos ante los otros, y una práctica de deliberación constituida por el acuerdo y el desacuerdo.⁹⁰ El supuesto de la Democracia Deliberativa en el caso de Gut-

⁸⁵ COHEN, JOSHUA. «*Deliberation and Democracy Legitimacy*» Ibid. Citado por Habermas, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Ibid; pp. 305 - 306.

⁸⁶ Nos referimos a la de GUTMANN, Amy y Dennis THOMPSON, en *Democracy and Disagreement*. Cambridge, Mass: Harvard UP, 1996.

Después de ser escrito este artículo apareció un texto que está abocado a la evaluación crítica de este trabajo de Gutmann y Thompson, y de la Democracia Deliberativa en general. Se trata del libro editado por Stephen Macedo, *Deliberative Politics, Essays on Democracy and Disagreement*. Oxford: Oxford UP, 1999.

⁸⁷ El término real es *accountability* que resulta difícil de traducir al español

⁸⁸ GUTMANN, Amy y Dennis THOMPSON. Ob. cit., p. 52.

⁸⁹ Ibid., p. 53.

⁹⁰ Ibid.

mann y Thompson era entonces el de contar con individuos razonables y racionales, los que por su lado racional intentasen satisfacer su interés personal en tanto que por su lado razonable renunciasen a ciertas ventajas en aras de la convivencia y la paz social. En suma, este sistema de democracia buscaba producir ciudadanos que fuesen al mismo tiempo ganadores y perdedores.

Hasta este punto, se podía tener una imagen bastante positiva sobre el sentido y los fines de la Democracia Deliberativa y de ser cierto todo lo que describían sus defensores estaríamos sin dudas ante un modelo muy superior⁹¹ a todos los analizados. Sin embargo, a pesar de la novedad de la teoría Deliberativa, más temprano de lo esperado aparecerían diversos argumentos que no solo refutarían la propia teoría, sino que dudarían concretamente de la posibilidad de su aplicación.

De este modo, bastaba remitirse a la presencia del diálogo en la antigüedad para descubrir que el diálogo político por excelencia en el mundo de la Democracia Clásica era la oratoria,⁹² y la oratoria tenía características muy concretas respecto a su manejo y eficacia.⁹³ La oratoria requería de un auditorio extendido y plural que debía de ser persuadido para realizar determinada acción y esto implicaba que el contenido del discurso debía ser algo muy particular y concreto que pudiese así formar parte de la vida cotidiana de los ciudadanos. En este sentido, ellos recibían y refutaban el mensaje que en el fondo solamente buscaba producir la realización de un objetivo y por ende se podía concluir que el *telos* de la oratoria política era la decisión política.⁹⁴

⁹¹ Claro esta, superior en cuanto se adhiriera uno a los fines que persigue la Democracia Liberal y que, como hemos sostenido, sería la síntesis entre la libertad y la igualdad.

⁹² ARISTÓTELES. *Retórica*, Libro 1; CICERÓN. *De Inventione, De Officiis, De Oratore*.

⁹³ Todos estos argumentos se pueden encontrar en el excelente artículo de REMER, Gary. «Political Oratory and Conversation, Cicero versus Deliberative Democracy». *Political Theory*, vol. 27, n.º 1, 1999, pp. 39-64.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 42.

Así como existía el diálogo político —oratoria— también en la antigüedad había espacio para otro tipo de diálogo (no político): el de la conversación. Sin embargo, existían diferencias sustantivas entre esta y la oratoria pues la conversación no buscaba persuadir ni entretener, sino reflexionar y buscar una verdad. La conversación tocaba más bien temas abstractos propios de la Filosofía, como la justicia, la felicidad, la libertad, entre otros. Por otro lado, esta última no tenía lugar en auditorios sino más bien en cenáculos que reunían a grupos de amigos y que ciertamente no sentían ni tenían la obligación de culminar la conversación, lo cual obviamente los facultaba a explayarse sin ninguna restricción.⁹⁵

Ahora bien, si comparamos ambas formas de discurso con la teoría de la Democracia Deliberativa, encontramos que ella proponía un modelo de deliberación que no necesariamente se asociaba a temas concretos (como la oratoria) sino también abstractos⁹⁶ pero relevantes para la comunidad y claro esta, esto ya representaba un grave problema pues al mismo tiempo la discusión política requería respuestas inmediatas lo cual la deliberación sobre temas abstractos no podía satisfacer. Por otro lado, la discusión política clásica, la oratoria, siempre tenía elementos de jerarquía entre el orador y el auditorio. Sin embargo, el discurso político de la Democracia Deliberativa proponía una comunicación entre iguales (como la conversación entre filósofos) algo que solo podría ser real si es que las ciudades contemporáneas reunían a una colectividad de amigos.⁹⁷

⁹⁵ Ibid., p. 45.

⁹⁶ Como son la enorme cantidad de discusiones morales contemporáneas, entre ellas, los debates sobre el aborto, sobre la libertad o la igualdad y sobre las corrientes feministas, que hacen que los grandes temas políticos sean paradójicamente temas morales y, por ende, abstractos.

⁹⁷ Cosa que está absolutamente alejada de lo real en la medida de que las sociedades contemporáneas son demasiado plurales y culturalmente diferenciadas para pensar en términos de comunidades de amigos. Cf. DERRIDA, Jacques. *Política de la Amistad*. Madrid: Trotta, 1998.

La Democracia Deliberativa, por lo tanto, parecía estar condenada a fracasar ya que confundía los contextos y los contenidos de los discursos, debido a la conexión que aun existía entre ella y la Filosofía Liberal kantiana que colocaba al sujeto moral en un plano trascendental, descontextualizándolo. Esto se comprobaba, por ejemplo, al observar más allá de la existencia de postulados teóricos que no todos los ciudadanos eran capaces de expresarse coherentemente, o por más que lo hicieran siempre existirían minorías que no recibirían la misma atención al momento de exponer sus ideas en un auditorio.⁹⁸ Si ninguna de las teorías democráticas lograba ser convincente del todo, ¿habría que buscar alternativas de otra naturaleza?

6. Teoría V: El modelo republicano y la democracia del futuro

Cuando analizábamos las corrientes democráticas desde las más clásicas hasta las más novedosas encontrábamos que en todos los casos —salvo la democracia sustantiva— se trataba de teorías que apostaban fundamentalmente por la libertad y el individualismo. En este sentido, podría decirse que *au fond*, estas teorías democráticas tenían que definirse como teorías liberales.

Ciertamente, las perspectivas individualistas siempre mantuvieron una relación difícil con la política que más bien tendía hacia lo colectivo antes que a lo individual.⁹⁹ De hecho, un autor tan importante

⁹⁸ Nosotros hemos profundizado esto en el capítulo V de nuestro libro, *Pensando Peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la Democracia Deliberativa*. Ibid.

⁹⁹ Como siempre lo mencionaba Carl Schmitt, por ejemplo, destacando las incompatibilidades entre el Liberalismo (Individualismo) que era una ideología que generaba fuerzas centrífugas mientras que la Democracia (homogeneidad) que era un concepto político, postulaba fuerzas centrípetas. Véase nuestro ensayo «*Carl Schmitt y los desafíos al Estado Constitucional*». *Pensamiento Constitucional*, n.º 3, 1996 y también el ensayo que aparece en este volumen: «*Entre la Excepción y la Regla: El Decisionismo Jurídico frente a la Escuela de Frankfort*».

para la historia de la teoría democrática, Alexis de Tocqueville, comprobaba con preocupación en el siglo XIX cómo el Individualismo empezaba a socavar una vida comunitaria en la que los consejos locales y los pequeños comités permitían cultivar las virtudes democráticas al tiempo de fragmentar el poder. El temor de Tocqueville no necesariamente tenía relación con la anarquía que esto producía sino más bien con las nuevas formas de poder y dominación que surgirían con esta sociedad egoísta o sociedad comercial.¹⁰⁰

Tal prognosis de Tocqueville sobre el sombrío futuro de la mayor democracia del planeta sería confirmada en años recientes por diversos teóricos norteamericanos como Michael Walzer,¹⁰¹ Christopher Lasch¹⁰² y especialmente por Michael Sandel.¹⁰³ Walzer, por ejemplo, en referencia a la Sociedad Americana —nuevamente, paradigma de la democracia occidental— señalaría:

Nosotros somos quizá la sociedad más individualista que jamás existió en la historia humana. Comparada ciertamente con sociedades anteriores y con sociedades antiguas, todos estamos completamente liberados. Libres de seguir nuestro propio curso. Libres de planear nuestras vidas. Libres de elegir una carrera. De escoger un compañero o compañera y de cambiarlos. Libres de elegir una religión o no elegir ninguna. De elegir la política o la anti-política. Elegir un estilo de vida — sea cual fuere—. Libres de hacer lo que queramos, y esta libertad tan enérgica y excitante como es, es también profundamente desintegradora, haciendo muy difícil a los individuos el encontrar un soporte y una estabilidad comunal y también dificulta a cualquier comunidad el contar con la participación responsable de sus miembros individuales. Se lleva así al hombre solitario y a la mujer solitaria hacia el impacto de un común denominador bajísimo, la cultura comercial. Opera pues, contra todo compromiso ha-

¹⁰⁰ ELSHTAIN, Jean. *Democracy on Trial*. Nueva York: Basic Books, 1995, pp. 10-11.

¹⁰¹ WALZER, Michael. *Citizenship and Civil Society*. Rutgers, Nueva Jersey: New Jersey Committee for the Humanities Series on the Culture of Community, 1992.

¹⁰² LASCH, Chistopher. *The True and Only Heaven*. Nueva York: Norton, 1991.

¹⁰³ SANDEL, Michael. *Democracy's Discontent, America in Search of a Public Philosophy*. Cambridge, Mass: Harvard UP, 1996.

cia grandes uniones democráticas y también contra la solidaridad de todos los grupos culturales que constituyen nuestro multiculturalismo.¹⁰⁴

Esta tesis que sintetiza las tendencias denominadas *comunitaristas*, que se caracterizan entre otras cosas por anteponer la comunidad al individuo, el compromiso a la elección, la obligación al derecho, el altruismo al egoísmo, o el ciudadano al consumidor, han tratado de encontrar un significado distinto a las políticas democráticas contemporáneas que, como mencionamos, han estado paradójicamente bastante alejadas de la Política, al enfatizar un individualismo abstracto que, sustentado en una moral de derechos de base kantiana o en una moral utilitarista,¹⁰⁵ han llegado a proponer como forma de vida un Estado neutral frente a los valores, o lo que en palabras de Sandel sería una *República Procedimental*.¹⁰⁶

La República Procedimental refleja el ideal liberal-democrático de que nosotros somos *seres desencarnados*, sujetos de derechos¹⁰⁷ que elegimos nuestros bienes libremente sin interferencias de ningún tipo (por ejemplo de los contextos sociales) y de hecho, que cada quien sabe lo que necesita, prefiere y desea.¹⁰⁸ El Estado, asume aquí un rol neutral frente a los valores pues cada quien deberá optar por sí mismo por su plan de vida sin que el Estado o alguna persona decida por nosotros. La República Procedimental procura crear entonces un

¹⁰⁴ WALZER, Michael. Ob. cit., pp. 11-12. Citado por ELSHTAIN, Bethke. Ob. cit., pp. 11-12.

¹⁰⁵ Cfr. SANDEL, Michael, introducción al libro editado por él mismo, *Liberalism and its Critics*, Oxford: Basil Blackwell, 1984.

¹⁰⁶ SANDEL, Michael. *Democracy's Discontent*. Ob. cit., p. 4. Aunque como el mismo Sandel comenta, el término le fue sugerido por la teórica política Judith Shklar

¹⁰⁷ En el sentido kantiano, vale decir, que lo justo antecede al bien, o el derecho a la obligación.

¹⁰⁸ SANDEL, Michael Sandel. *Democracy's Discontent*. Ibid., p. 17.

Por cierto, tal aserto puede ser fácilmente contradicho o por lo menos evaluado con menos optimismo. Cfr. ELSTER, Jon. *Juicios Salomónicos*, segunda reimpresión. Barcelona: Gedisa, 1999.

plano público en el que se coloquen en paréntesis la Moral o la Religión,¹⁰⁹ haciendo entonces una distinción concreta entre la Política y la Filosofía.¹¹⁰

Ahora bien, como añadía Sandel:

[...] la insistencia en que separemos nuestra identidad como ciudadanos de nuestra identidad como personas dan lugar a un desafío obvio. ¿Por qué nuestras identidades políticas no deben reflejar nuestras convicciones morales o religiosas que afirmamos en nuestras vidas personales?, ¿por qué, al deliberar sobre la justicia y los derechos, debemos dejar a un lado los juicios morales que informan nuestra vida?¹¹¹

Por cierto, este desprecio a la Moral y la Religión se cuajó en el rechazo del Pensamiento Moderno y Liberal a una moral o religión única que sería finalmente la imposición de una creencia particular al resto de personas, pues el Proyecto Liberal partía siempre del supuesto de la inconmensurabilidad y pluralidad de las visiones morales.

Sin embargo, el intento por poner en paréntesis nuestras convicciones morales, como lo pedía el Liberalismo Neutral sin embargo, estaba muy lejos de configurar una política neutral pues la vigencia de este Liberalismo y las teorías democráticas que lo han acompañado a la larga han demostrado que solamente han servido para introducir nuevos patrones de conducta moral, como lo ha corroborado acertadamente Sandel. Es un ejemplo el famoso caso *Roe v. Wade* a partir del cual se discutió sobre la licitud del aborto. En él la Corte argumentó que al no poder decidirse cuándo empieza la vida y, por ende, no pudiendo ser reconocidos por la ley como personas los no

¹⁰⁹ Véase, por ejemplo, de RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia UP, 1993); PETERSON, Merrill y Robert C. VAUGHAN (eds.). *The Virginia Statute for Religious Freedom*. RORTY, Richard. «*The Priority of Democracy to Philosophy*» Cambridge: Cambridge UP, 1988 o SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: Oxford UP, 1996.

¹¹⁰ SANDEL, Michael. *Democracy's Discontent*. Ob. cit., p. 19.

¹¹¹ *Ibíd.*, p. 18.

nacidos, en el sentido completo del término, se resolvía permitir el aborto. En el fondo, por lo tanto, la neutralidad solo encubriría una preferencia moral que sería la de favorecer el aborto y privilegiar de este modo la elección individual.¹¹²

Las tesis comunitaristas y republicanas como las de Sandel¹¹³ daban en el blanco cuando señalaban que el individualismo de la República Procedimental no alentaba la vida en comunidad y que por el contrario, más bien socavaba la unidad política al anteponer al derecho individual frente a la idea del bien. Esta tesis del Derecho que antecedía al bien era sin dudas la que habían aceptado mal que bien las Democracias Representativas, Elitistas, Electorales y Deliberativas, y en ella radicaba la dificultad que tenían todas estas teorías para superar la contradicción entre el sujeto de elección y la *polis* o lo que es lo mismo entre la libertad y la igualdad. En este sentido, la teoría de la Democracia Sustantiva sí podía definirse como una teoría más política que las anteriores, en tanto que era la única de las teorías democráticas modernas que no aceptaba el privilegio del Derecho sobre el bien aunque tenía la dificultad de incorporar la libertad y el pluralismo.

Así pues, la tesis de la unidad entre la libertad individual y el concepto político de la igualdad tenía que ser descartada en todas las teorías democráticas presentadas: o bien se privilegiaba exclusivamente la igualdad, como en el caso de las Teorías Democráticas Sustantivas en las que se descartaba a la libertad individual, o bien se destacaba la libertad en desmedro de la igualdad política, como ocurría con las democracias representativas, electorales, elitistas o deliberativas.

¹¹² *Ibíd.*, p. 101.

¹¹³ El tema del Republicanismo se ha convertido en uno de los más relevantes dentro del debate teórico político contemporáneo. Recientemente se pueden ver los textos de PETIT, Philip. *Republicanism, a Theory of Freedom and Government*. Oxford: Clarendon Press, 1997; BEEN, Christopher. *The Necessity of Politics*. Chicago: Chicago UP, 1999 y DAGGER, Richard. *Civic Virtues, Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*. Oxford: Oxford UP, 1997.

Ante tal aporía lo razonable sería evitar la polémica a nivel abstracto y dirigirnos al plano concreto que, como decía Aristóteles, siempre fue competencia del mundo político. Pensaríamos que la mejor manera de definir a la Democracia sería a través de la virtud ciudadana, esto es, aceptar la fórmula clásica en la que el bien antecede al Derecho —como en la Democracia Sustantiva—. No obstante, sin llegar al igualitarismo extremo de esta perspectiva, esto podría hacerse al devolver a la sociedad su naturaleza corporativa u orgánica que implique la presencia de una pluralidad de funciones dentro de la ciudad y que, a semejanza de los modelos clásicos, se puedan educar a los ciudadanos en la virtud de cada una de las funciones existentes hasta alcanzar el verdadero conocimiento político, lo cual significaría en el fondo la constitución de una aristocracia universal.¹¹⁴

¿Cual sería la vía para encontrar entonces la virtud política? Ciertamente, el único camino sería el de la educación liberal¹¹⁵ que es la contraposición a la democracia de masas.¹¹⁶ Dicha cultura, como acertadamente afirmaba Leo Strauss, es aquella que puede ser apropiada de la manera más fácil y sin ningún esfuerzo moral o intelectual. Por ende, la Democracia no podrá forjarse apelando a la cultura de masas sino a la educación que forma caballeros dispuestos a comprometerse políticamente y a actuar responsablemente bajo parámetros de cooperación teniendo como misión fundamental la de educar a otros a fin de que puedan transformarse también en ciudadanos educados y dispuestos a realizar fines decentes.¹¹⁷ Sin la búsqueda de la virtud y la excelencia humana cualquier intento por realizar la síntesis entre la libertad y la igualdad quedará entonces completamente descartado.

¹¹⁴ STRAUSS, Leo. «What is Liberal education?». En *Liberalism Ancient and Modern*. Chicago: Chicago UP, 1995, p. 4.

¹¹⁵ Nótese que el término educación liberal no tiene ninguna relación con el Liberalismo individualista que estamos criticando y que está presente en las teorías democráticas modernas, sino que apela a la noción de un hombre virtuoso.

¹¹⁶ STRAUSS, Leo. Ob. cit., p. 5.

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 13.

Notas sobre los textos

La mayoría de los artículos que se incluye en este libro han aparecido previamente en distintas revistas académicas vinculadas al área del Derecho. Sin embargo, en varios casos se han hecho algunas modificaciones al contenido de los textos. A continuación presentamos la lista de los ensayos que ya han sido publicados y la fuente de donde provienen.

1. «¿Existen los Derechos Naturales?» apareció en la revista de Derecho *DERECHO-PUC*, n.º 49, diciembre de 1995 (publicada en Lima por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú en noviembre de 1996).
2. «¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?» ha sido publicado inicialmente en la revista de Derecho *Themis*, n.º 37, Lima, setiembre de 1998.
3. «¿Justicia Discursiva o el retorno de la Torre de Babel?». se publicó en Revista de Derecho, *Ius et Veritas*, n.º 19, febrero de 2000.
4. «Entre la excepción y la regla: el Decisionismo Jurídico frente a la Escuela de Frankfort». apareció en la revista de Derecho *Themis*, n.º 40, Lima, junio de 2000.
5. «¿Por qué la Economía de Mercado es anticonstitucional?» fue publicado en la revista de Derecho Constitucional, *Pensamiento Constitucional*, año IV, n.º 4, 1997.

6. «Patriotismo de la Constitución: ¿Más de lo mismo?» apareció también en la revista de Derecho Constitucional, *Pensamiento Constitucional*, año V, n.º 5, 1998.
7. «Y ahora quien podrá salvarnos: ¿La Sociedad Civil o la Sociedad Anónima?» ha sido publicado en la revista de Derecho Constitucional, *Pensamiento Constitucional*, año VI, n.º 6, 1999.
8. «Teorías democráticas hoy: ¿cuál de ellas garantiza la libertad, la igualdad y la virtud?» fue publicado en la revista *DERECHO-PUC*, n.º 52, julio de 2000.

Bibliografía General

- ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARBOS, Xavier & Salvador GINER. *La gobernabilidad, ciudadanía y Democracia en la encrucijada mundial*. Madrid: Siglo XXI, 1996.
- ARENDT, Hannah. *La Condición Humana*. Barcelona: Paidós, 1993.
- *¿Qué es la Política?* Barcelona: Paidós, 1997.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Buenos Aires: El Ateneo, 1950.
- BACON, Francis. *Primer libro de aforismos*. Madrid: Biblioteca Económica Filosófica, 1892.
- BALKIN, Jack. «Deconstructive Practice and Legal Theory». *Yale Law Journal* vol. 96, 1987, pp. 743-86.
- BARBER, Benjamin. *Strong Democracy*. Berkeley: U. of California P, 1984.
- BEINER, Ronald. *Philosophy in a Time of Lost Spirit*. Toronto: U. of Toronto P, 1997.
- BELL, Daniel. *Communitarianism and its Critics*. Oxford: Oxford UP, 1993.
- BELLAMY, Richard & Dario CASTIGLIONE. *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*. Oxford: Blackwell, 1996.
- BELLAMY, Richard (ed.). *Theories and Concepts of Politics*. Manchester: Manchester UP, 1993.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- *Liberalism and Modern Society*. Cambridge: Polity Press, 1992.
- BENHABIB, Sheyla (ed.). *Democracy and Difference, Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton UP, 1996.
- BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Darien, Conn: Hafner Publishing, 1970.
- BERLIN, Isaiah (ed.). BERLIN, Isaiah. «Two Concepts of Liberty». *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford UP, 1969, pp. 118-72.
- BLOOM, Alan (ed.). BLOOM, Alan. *Giants and Dwarfs, essays 1960-1990*. Nueva York: Simon and Schuster, 1990.
- BOTTOMORE, T. B. *Minorías selectas y sociedad*. Madrid: Gredos, 1966.
- BOYLE, James (ed.). *Critical Legal Studies*. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1992.
- BUCHANAN, James. *What should Economics Do?* Indianapolis: Liberty Fund, 1979.
- CARLEHEDEN, Mikail & Redé GABRIÉLS. Entrevista. «An Interview with Jürgen Habermas». *Theory Culture & Society*, vol. 13, n.º 3, 1996, pp. 1-17.
- COHEN, Jean L. & Andrew ARATO. *Civil Society and Political Theory*. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1994.
- CONNOLLY, William. *The Ethos of Pluralization*. Minneapolis: Minnesota UP, 1995.
- COOTER, Robert & Thomas ULEN. *Law and Economics*. Nueva York: Harper Collins, 1988.
- DAHL, Robert. *La poliarquía*. Madrid: Tecnos, 1989.
- *On Democracy*. Nueva Haven: Yale UP, 1998.
- DE MAISTRE, Joseph. *Considerations sur la France*. Lyon: J. B. Pélagaud, 1850.

- TRAZEGNIES, Fernando de. *Postmodernidad y Derecho*. Lima: ARA editores, 1996.
- DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a la Ciencia del Espíritu*. México: Fondo de Cultura Económica, 1945.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth, 1977.
- *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass: Harvard UP, 1985.
- *Ética Privada e Igualitarismo Político*. Barcelona: Paidós, 1994.
- DYZENHAUS, David (ed.). *Law as Politics, Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham: Duke UP, 1998.
- EASTON, David. *The Political System*. Nueva York: Alfred A Knopf, 1953.
- *A Framework for Political Analysis*. Nueva York: Prentice-Hall, 1965.
- ELSHTAIN, Jean Bethke. *Democracy on Trial*. Nueva York: Basic Books, 1995.
- ELSTER, Jon (ed.). *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge UP, 1998.
- FERRY, Luc. *Filosofía Política* vol.1, *El derecho: la nueva querrela de los antiguos y modernos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1991.
- FINLEY, M. I. *Democracy Ancient and Modern*. Londres: The Hogarth Press, 1985.
- FLATHMAN, Richard. «It all depends... on how one understands Liberalism: A Brief Response to Stephen Macedo». *Political Theory*, vol. 26, n.º1, 1998, pp. 81-84.
- FLYVBJERG, Bent. *Rationality & Power, Democracy in Practice*. Chicago: Chicago UP, 1998, pp. 2-237.
- FUENZALIDA, Fernando. *Tierra Baldía*. Lima: Australis, 1995.
- FUKUYAMA, Francis. *Confianza*. Buenos Aires: Atlántida, 1996.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- GIUSTI, Miguel & María Isabel MERINO (eds.). *Ciudadanos en la sociedad de la información*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- GOLDSMITHS, James. *La trampa*. México: Plaza y Janés, 1995.
- GOODIN, Robert & Hans-Dieter KLINGEMANN. *A New Handbook of Political Science*. Oxford: Oxford UP, 1996.
- GRAY, John. *Liberalisms, Essays in Political Philosophy*. Londres: Routledge, 1989.
- *Hayek on Liberty*. Oxford: Basil Blackwell, 1984.
- *Beyond the New Right, Markets, Government and the Common Environment*. Londres: Routledge, 1993.
- GREGG, Benjamin. «Comentario a: Between the Norm and the Exception. The Frankfurt School and the Rule of Law». *Political Theory*, vol. 26, n.º 2, 1998, pp. 237-61.
- GROMPONE, Romeo (ed.). *Instituciones políticas y sociedad*. Lima: IEP, 1995.
- GUTMANN, Amy & Dennis THOMPSON. *Democracy and Disagreement*. Cambridge, Mass: Harvard UP, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1998.
- *La necesidad de la revisión de la Izquierda*. Madrid: Tecnos, 1991.
- *Conciencia moral y acción comunicativa*. Barcelona: Planeta, 1994.
- HANUS, Jerome. «Political Science: All Dressed Up and Nowhere to Go». *The Political Science Reviewer*, vol. XXV, 1996, pp. 43-73.
- HARDIN, Russell. *One for All: The Logic of Group Conflict*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton UP, 1995.
- HARGREAVES H, Shaun et al. *The Theory of Choice*. Oxford: Blackwell, 1992.

- HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford UP, 1961.
- HAYEK, F. A. *The Constitution of Liberty*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1960.
- *The Road to Serfdom*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1944.
- *Law, Legislations and Liberty*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1973.
- HEGEL, G. W. F. *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Claridad, 1940.
- HELD, David. *Models of Democracy*. Cambridge: Polity Press, 1987.
- HERNANDO, Eduardo. «Carl Schmitt y los desafíos al Estado Constitucional». *Pensamiento Constitucional*, año III, n.º 3, 1996.
- HERVADA, Javier. *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. Pamplona: EUNSA, 1987.
- MACPHERSON, C. B. (ed.). HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Harmondsworth: Penguin, 1968.
- HORKHEIMER, Max & W. Theodor ADORNO. *Dialéctica de la Ilustración*. Madrid: Trotta, 1994.
- HORNE, Thomas. *El Pensamiento de Bernard Mandeville*. México: Fondo de Cultura Económica, 1982.
- KANT, Immanuel. *Filosofía de la Historia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.
- KEANE, John. *Democracia y Sociedad Civil*. Madrid: Alianza, 1992.
- KELMAN, Mark. *A Guide to Critical Legal Studies*. Cambridge, Mass: Harvard UP, 1987.
- KELSEN, Hans. *La Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: EUDEBA, 1960.
- KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication*. Cambridge, Mass: Harvard UP, 1997.
- KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- LASLETT, Peter (ed.). LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge UP, 1986.
- LUKES, Steven. *El Viaje del Profesor Caritat o las desventuras de la razón*. Barcelona: Tusquets, 1997.
- MACEDO, Stephen. «Transformative Constitutionalism and the Case of Religion». *Political Theory*, vol. 26, n.º 1, 1998, pp. 56-80.
- *Liberal Virtues: Citizenship, Virtue and Community in Liberal Constitutionalism*. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- MACINTYRE, Alasdair. *Tras la Virtud*. Barcelona: Crítica, 1987.
- *Whose Justice? Which Rationality?* Londres: Duckworth, 1988.
- MANDEVILLE, Bernard. *The Fable of the Bees*. Indianapolis: Liberty Fund, 1988.
- MANELI, Mieczyslaw (ed.). *Perelman's New Rhetoric and Philosophy and Methodology for the next Century*. Dordrecht: Kluwer Academic, 1994.
- MANENT, Pierre. *An Intellectual History of Liberalism*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton UP, 1995.
- *The City of Man*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton UP, 1998.
- MCCORMICK, John. *Carl Schmitt's Critique of Liberalism, Against Politics as Technology*. Cambridge: Cambridge UP, 1997.
- MCCOUBREY, Hilaire & Nigel D. WHITE. *Textbook on Jurisprudence*. 2.ª ed. Londres: Blackstone, 1996.
- MEIER, Heinrich. *Carl Schmitt and Leo Strauss, The Hidden Dialogue*. Chicago: Chicago UP, 1995.
- *The Lesson of Carl Schmitt. Four Chapters on the Distinction between Political Theology and Political Philosophy*. Chicago: Chicago UP, 1998.

- MELZER, Arthur. *The Natural Goodness of Man, On the the System of Rousseau's Thought*. Chicago: Chicago UP, 1990.
- MICHELS, Robert. *Los partidos políticos, un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la Democracia Moderna*. Buenos Aires: Amorrortu, 1969.
- MILL, John Stuart. *Utilitarianism, Liberty and Representative Government*. Londres: J.M Dent & Sons, 1947.
- MILLER, David. *Sobre la nacionalidad*. Barcelona: Paidós, 1997.
- (ed.). *Enciclopedia del pensamiento político*. Madrid: Alianza, 1989.
- MOORE, Barrington (ed.). *The Critical Spirit: Essays in Honor of Herbert Marcuse*. Boston: Beacon, 1967.
- MOSCA, Gaetano. *La clase política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.
- MUELLER, Dennis C. *Public Choice II, A Revised Edition of Public Choice*. Cambridge: Cambridge UP, 1989.
- NEUMANN, Franz. *Behemot, Pensamiento y acción en el Nacional Socialismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1983.
- NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Basil Blackwell, 1974.
- PAINE, Thomas. *Los derechos del hombre*. México: Fondo de Cultura Económica, 1944.
- PERELMAN, Chaim. *El imperio retórico, retórica y argumentación*. Bogotá: Norma, 1997.
- & L. Olbrechts-Tyteca *La Nouvelle Rhétoric. Traite de l'argumentation*. Bruselas: Editions de L'Institute de Sociologie, 1970.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan. *El Movimiento de Critical Legal Studies*. Madrid: Tecnos, 1996.

- PLANT, Raymond. *Modern Political Thought*. Oxford: Basil Blackwell, 1991.
- PLATÓN. *La República*. Madrid: Aguilar, 1963.
- POCOCK, John. *The Machiavellian Moment, Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton UP, 1975.
- POLINSKY, Mitchel. *An Introduction to Law and Economics*. Boston: Little Brown and Company, 1989.
- POSNER, Richard. *The Problematics of Legal and Moral Theory*. Cambridge, Mass: Harvard UP, 1999.
- PUTNAM, Robert. *Making Democracy Work, Civic Traditions in Modern Italy*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton UP, 1993.
- «Bowling Alone: America's Declining Social Capital». *Journal of Democracy*, 1995.
- QUINTON, Anthony. *Political Philosophy*. Oxford: Oxford UP, 1967.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford UP, 1972.
- *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia UP, 1993.
- *Sobre las libertades*. Barcelona: Paidós, 1990.
- RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford UP, 1986.
- *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford UP, 1994.
- REMER, Gary. «Political Theory and Conversation, Cicero versus Deliberative Democracy». *Political Theory*, vol. 27, n.º 1, 1999, pp. 39-64.
- ROEMER, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- ROSENFELD, Denis. *Política y libertad, la estructura lógica de la Filosofía del Derecho de Hegel*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du Contrat Social*. Paris: Editions Moutaigne, 1943.

- RYAN, Alan (ed.). *The Philosophy of Social Explanation*. Oxford: Oxford UP, 1973.
- SANDEL, Michael. *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*. Cambridge, Mass: Harvard UP, 1997.
- *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge UP, 1982.
- (ed.). *Liberalism and Its Critics*. Oxford: Blackwell, 1984.
- SANDERS, Lynn. «Against Deliberation». *Political Theory*, vol. 25, n.º 3, 1997, pp. 347-76.
- SCHEUERMAN, William E. «The Rule of Law at Century's End». *Political Theory*, vol. 25, n.º 5, 1997, pp. 740-60.
- *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law*. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1997.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982.
- *El Concepto de lo político*. Madrid: Alianza, 1991.
- *Political Theology*. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1988.
- SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo y Democracia*. Madrid: Orbis, 1983.
- SCHWAB, George. *The Challenge of the Exception an Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 & 1936*. Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1989.
- SERRANO GÓMEZ, Enrique. *Legitimización y racionalización, Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado*. Barcelona: Anthropos, 1994.
- SKINNER, Quentin. *The Foundations of Modern Political Thought*. 2 vols. Cambridge: Cambridge UP, 1978.
- SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. Oxford: Clarendon Press, 1976.
- STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*. Chicago: Chicago UP, 1952.

- *What is Political Philosophy?* Chicago: Chicago UP, 1959.
- *Liberalism Ancient and Modern*. Chicago: Chicago UP, 1995.
- TALMON, J. L. *The Origins of Totalitarian Democracy*. Nueva York: Norton & Company, 1970.
- TAYLOR, Charles. *Philosophy and the Human Sciences, Philosophical Papers 2*. Cambridge: Cambridge UP, 1985.
- *Hegel and Modern Society*. Cambridge: Cambridge UP, 1979.
- TOCQUEVILLE, Alexis. *La Democracia en América*. Madrid: Alianza, 1985.
- TÖNNIES, Ferdinand. *Community and Association*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1955.
- TUCK, Richard. *Natural Rights Theories*. Cambridge: Cambridge UP, 1981.
- TURNER, Scott. «Global Civil Society, Anarchy and Governance: Assessing an Emerging Paradigm». *Journal of Peace Research*, vol. 35, n.º 1, 1998, pp. 25-42.
- UNGER, Roberto M. *Conocimiento y política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.
- VILLEY, Michel. *Compendio de Filosofía del Derecho*. Pamplona: EUNSA, 1979.
- VIROLI, Maurizio. *Jean Jacques Rousseau and the Well - Ordered Society*. Cambridge: Cambridge UP, 1988.
- WEBER, Max. *La ética protestante y el espíritu del Capitalismo*. Madrid: Sarpe, 1984.
- *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.
- ZOLO, Danilo. *Democracy and Complexity*. Cambridge: Polity Press, 1992.

DECONSTRUYENDO LA LEGALIDAD

Se terminó de imprimir en el mes de
febrero del 2001 en los talleres gráficos de
Editorial e Imprenta DESA S.A.
(Reg. Ind. 16521)
General Varela 1577,
Lima 5, Perú.

La dificultad que tienen los sistemas políticos y legales contemporáneos para poder resolver los conflictos sociales que se manifiestan reiteradamente, ha llevado a diversos académicos a interrogarse sobre las estructuras institucionales modernas y su viabilidad concreta.

En este sentido, la colección de ensayos que aparecen en este libro abordan tal dilema partiendo más bien de una inusual perspectiva pesimista que descarta de plano los intentos de la legalidad y la política moderna por superar sus incoherencias precisando con nitidez cómo en cada uno de los temas esenciales del Derecho Moderno y el Institucionalismo siempre aparecerán argumentos errados o fantasiosos.

Sin embargo, a pesar del escepticismo manifiesto del autor, tras la lectura de los textos siempre quedará presente una sensación de que todavía podría haber algún camino nuevo (¿o viejo?) por recorrer.

