

Una aproximación al vínculo de la economía con el derecho

1

Es preciso explicar la relación entre la economía y el derecho. Gran parte de las explicaciones conocidas terminan sumiéndose en especulaciones de corte netamente ideológico. Unos ponen a la economía arriba, como la que determina al derecho, otros lo hacen al contrario. Aquí se mantendrá una postura marxista, pero se intentará incursionar en puntos que el marxismo ortodoxo no ha podido resolver y ha dejado a un lado, por cuanto no concuerdan con algunos de sus postulados básicos.

No se pretende resolver esta inmensa cuestión, pero sí contribuir al debate acerca de ciertos interrogantes, tales como: ¿puede el derecho, de alguna manera, cambiar el cauce de la economía, haciéndola más equitativa?, ¿mientras no cambien las relaciones de producción y ciertos paradigmas sobre la economía política, el derecho será un sirviente legitimador del estatus social y económico actual?

¿Qué relación existe entre la economía y el derecho? El objetivo de este capítulo es dar respuesta a este interrogante. En términos corrientes, la respuesta reza que el derecho a la vez responde y regula una estructura económica, pero habría que precisar más bien cómo es esa relación. De manera figurativa, lo que aquí se propone es que el derecho sea la cabeza de la sociedad y la economía los pies.

¿EXISTEN POSIBILIDADES DE CONTEMPLAR EL DERECHO COMO MECANISMO EMANCIPADOR DENTRO DE UNA ECONOMÍA CAPITALISTA?

Antes de entrar a definir lo que puede significar el derecho, es preciso presentar la tesis que aquí se busca resolver. Este aparte pretende explorar la relación entre economía y derecho, desde un punto de vista específico de izquierda, pero más allá de ello se pregunta cuál es la vigencia de la idea de que el derecho pueda transformar la realidad.

La dualidad del derecho

¿Qué tan cierta es la imposibilidad del derecho de servir como herramienta de cambio social? Se ha creído en varios momentos que el derecho mismo es capaz de contrarrestar al capitalismo, nivelando la terrible iniquidad resultante de su racionalidad, pero luego se constata que a la vez se mantiene como un mecanismo protector del statu quo; al no hacerlo, corre con el riesgo de ser transformado para obedecer a la dinámica del sistema: ¿cuál de estas dos caras es la verdadera?

La respuesta a esta pregunta no es evidente. Puede que el derecho sea simplemente una herramienta maleable, un medio para cualquier fin; aunque la posibilidad de que el derecho obtenga cambios frente al statu quo no parece fácil.

Plantear un caso hipotético puede ser una ayuda. Supóngase que un juez activista quiera dictar una sentencia a favor de una clase social subalterna. La sentencia *a la que él quiere llegar* –en términos de Kennedy– no es tan sencilla de obtener como quisiera. Puede existir una norma que se interponga y que le dificulte llegar a un fallo activista; también la expectativa generalizada alrededor de la sentencia impide que tal fallo tenga un contenido declaradamente activista, lo que restringe la posibilidad de que el fallo sea progresista –el *ratio decidendi* cada vez oscila alrededor del statu quo (Kennedy, 1999: 89-221).

Esta realidad se torna más evidente en un contexto universal, en la era de la globalización y transnacionalización del capital. Ninguna legislación y sistema jurídico nacional –por más activismo judicial que haga– podrá contradecir las intransigentes leyes del mercado, con la amenaza y las consecuencias para un determinado país de dejar de ser competitivo y atractivo para la inversión extranjera. Y esto es precisamente lo que se percibe en materia del derecho pensional.

En Colombia se ha presenciado en los últimos años un fuerte debate entre los economistas y los juristas con respecto a los fallos de la Corte

Constitucional, creada por mandato de la Constitución vigente desde 1991. Los economistas argumentan que la Corte se está pronunciando con fallos que trascienden su competencia y sus conocimientos, especialmente en el tema de la economía. Consideran que, de esta manera, la Corte va a trastocar las finanzas del país. Este debate tiene gran cobertura por parte de los medios.

Una de las discusiones más fuertes se produjo con el conocido fallo sobre la unidad de poder adquisitivo constante (UPAC). No obstante haberse sustituido la UPAC por la unidad de valor real (UVR), la situación sigue idéntica para los deudores. El fallo de la Corte buscaba proteger a los prestatarios, personas principalmente de clase media, que veían amenazado su derecho a la vivienda por el excesivo aumento de las cuotas. Pero el sector financiero logró hacer prevalecer sus intereses, a tal punto que con la UVR la situación de los afectados no parece haber mejorado.

Otro fallo fue el del aumento de los salarios de los trabajadores del Estado que devengaban entre 2 y 4 salarios mínimos. El Gobierno, presionado por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, pretendía no efectuar el respectivo ajuste anual a sus trabajadores. El Ministro de Hacienda de turno retó el alcance del fallo, al proponer que el aumento fuera del 0.0001%.

Los fallos de la Corte han producido efectos positivos en materia social, pero se puede caer en la trampa de creer que la Corte es un verdadero mecanismo de logros sociales. Varias han sido las advertencias de poderosos políticos y economistas, representantes de la oligarquía, que amenazan con el desmantelamiento de la Corte a través de una reforma constitucional. No se debe desconocer que tienen la capacidad de hacerlo, y si los magistrados de la Corte deciden extralimitarse y convertirse en activistas, es bastante probable que la Corte sea cerrada o que sus integrantes sean agentes del poder ejecutivo. No es necesario insistir demasiado en tan trillado tema, que no sólo es motivo de discusión en Colombia.¹

¹ Este problema ha sido motivo de debate desde el primer fallo judicial con el que se intervino en materia política, el caso *Marbury* contra *Madison* en 1803. Véase Uprimny y Rodríguez (2003: 31-36). Una excelente crítica al sistema constitucional y sus presuntos logros sociales se encuentra en Valencia (1987: 43, 46). El profesor Valencia anota que: "El orden liberal divide y jerarquiza para dominar, pero exige de todos los grupos e individuos, por igual, una sujeción sin reservas a los dictados de la razón de Estado. La sociedad de clases niega la igualdad material entre sus miembros, pero el Estado convierte el sometimiento [...] en la única horizontalidad posible". Más adelante, agrega: "los derechos humanos de los colombianos del común pasan por las libertades económicas de la clase propietaria y apropiadora. El discurso de unas

En la perspectiva de la economía ortodoxa que cuestiona con acritud los fallos constitucionales sobresale Salomón Kalmanovitz para quien

es claro que la Corte Constitucional ha invadido los terrenos de otros poderes constituidos del Estado colombiano, debilitando a la democracia representativa; que lo ha hecho sin conocimiento de causa, actuando con criterios anti-técnicos y anti-científicos; que ha erigido obstáculos nuevos al desarrollo económico colombiano, alejándonos de la construcción de mercados de capital complejos; que ha contribuido poco a una mayor justicia social y, finalmente, que ha aumentado el riesgo macroeconómico a que ha estado sometido el país en el pasado inmediato. (Kalmanovitz, 2000)

Kalmanovitz basa su enfoque en Mancur Olson, quien plantea que

para capturar todas las ganancias del comercio se requiere un orden legal y político que garantice la ejecución de los contratos, proteja los derechos de propiedad, desarrolle los acuerdos hipotecarios, permita la responsabilidad limitada de las empresas y facilite el uso extendido y perdurable del mercado de capital que hace más líquidas las inversiones y los préstamos de lo que sería posible de otra forma. Estas condiciones deben ser respetadas por largos períodos de tiempo para generar las expectativas adecuadas entre los agentes. (Olson, 2000: 185)

El debate ha tomado fuerza y contenido en el último lustro, lo que ha conllevado la organización de debates académicos y la publicación de trabajos de interés en la óptica del denominado “análisis económico del derecho”, influyente corriente jurídica en los Estados Unidos que efectúa

garantías reconocidas a todos se ve afrontado y negado por la praxis de unos bienes (políticos, culturales y económicos) usufructuados por pocos. La generalidad de la constitución política cede el paso a la particularidad del código civil”. Valencia Villa (1997) reconoce que: “la carta de derechos del título II es, con mucho, la obra maestra del constituyente del 91 y la mayor hazaña de la razón ciudadana en la historia constitucional de Colombia. Al incorporar por fin, completas y actualizadas, las tres generaciones de derechos humanos, representa la mejor caja de herramientas para armar, operar y reparar la democracia”. Pero unas líneas más adelante considera sin ambages que el ejercicio de los derechos sociales se imposibilita por “la crisis de derechos humanos de carácter catastrófico típica de una sociedad bajo dictadura o en guerra convencional, que existe en Colombia desde finales de los setenta y que tiene sus factores de producción y de reproducción en el conflicto armado interno y en el colapso de la justicia penal, respectivamente” (p. 190). También *cfr.* García de Enterría (1985). Alrededor del debate colombiano, véase Varios autores (1999).

un replanteamiento de la economía y su relación con el derecho, en particular en temas relativos a los contratos, las normas y las instituciones en la perspectiva de garantizar la “seguridad jurídica”.²

En la misma línea se encuentra el profesor Hernando Torres Corredor, de la Universidad Nacional de Colombia, quien compenetrado en el espíritu de la Constitución de 1991 considera

que el derecho ha rebasado los límites impuestos por la dogmática jurídica, a partir de un diálogo interdisciplinario que lleva al entendimiento racional de los paradigmas del Estado social de derecho, frente a las restricciones en la cantidad y calidad de los recursos públicos disponibles. [...] El análisis económico permite el estudio del impacto de variables económicas tales como las restricciones presupuestales, el empleo, los precios, los subsidios, entre otros; analiza el impacto sobre el ejercicio de derecho, y su contenido; para ello, utiliza los paradigmas económicos sobre eficiencia, costo-beneficio, teoría de precios, buscando un equilibrio entre el ejercicio de los derechos individuales³ y colectivos, y la dinámica de una economía de mercado. [...] En tal sentido, la exigencia que la sociedad hace a los jueces para que efectúen ejercicios de asignación de derechos frente a las restricciones económicas y jurídicas

² Cfr. Núñez Trujillo (2000: 63-123). Para este divulgador criollo, “esta escuela del pensamiento jurídico contemporáneo [...] continúa expandiéndose, entre otras razones porque es la única forma de que los abogados conserven la iniciativa en la redacción de normas viables en el mundo actual” (p. 66).

³ Cfr. Cante Maldonado (2001). En este trabajo, el autor examina desde la economía liberal pura los derechos individuales, cuestiona el individualismo metodológico que no asume la existencia (a partir de la idea de libertad) de individuos soberanos, explora la formación de preferencias, creencias y estrategias en un proceso de elección interdependiente, esto es, la presencia de individuos que simultáneamente se complementan y se obstruyen en la puja por el acceso a la información y a los derechos de propiedad. En su enfoque “la genuina decisividad de un individuo (la realización de sus preferencias sin obedecer ni ser coaccionado) depende de la forma en que proteja sus derechos de propiedad, mediante sus creencias y las estrategias que construya para superar la inmundidad frente a intrusiones del rival. Se subraya que la libertad es un problema de rivalidad, depende del comportamiento intencional y estratégico. Al seguir y ampliar este mecanismo se puede mostrar, ciertamente, que conociendo la información sobre el adversario entonces se pueden diseñar las estrategias encaminadas a afectar (por coacción e interferencia) su libertad negativa [...]. Esto ayudará a entender que la libertad en un contexto de rivalidad resulta un recurso escaso y, además, que muchas personas débiles y/o dependientes prefieren garantías de seguridad, comodidad, estatus y, en general, existencias pacíficas antes que aventurarse en la difícil tarea de ser libres” (Cante, 2001: 19-20).

cotidianas, son un reto para la ciencia jurídica; a partir de este escenario la ciencia jurídica debe incorporar de manera crítica los nuevos paradigmas del derecho. (Torres, 2002)⁴

De tal manera que el ejercicio del derecho habrá de limitarse al análisis contable de la capacidad de gestión eficiente en el marco de la “economía de mercado”, y es entonces la capacidad monetaria la que liga el derecho formal con la realidad material:

[...] la eficiencia, como valor jurídico en la dimensión de la cohabitación entre la economía y el derecho, sólo puede asegurarse teniendo en cuenta como referente y objetivo final la equidad. La eficiencia posibilita la realización material de la equidad en una sociedad como la nuestra. Bajo este precepto, ha de evaluarse la necesidad de reducir los costos de transacción, a través de la asignación clara de los derechos y de los recursos públicos, en la esfera legislativa; en la definición clara de las reglas de juego económicas y en la adopción de las medidas necesarias para desarrollarlas, desde la esfera gubernamental; y, en la consideración de restricciones económicas, en el otorgamiento de derechos, desde la esfera judicial cuya intervención ha de ser subsidiaria, en la medida en que la claridad de los derechos y las reglas del tráfico económico-jurídico sean altamente aceptadas por la sociedad. (Torres, 2002: 60-61)

Y ese realismo que acepta de manera pragmática que la economía capitalista es insuperable lleva al profesor Torres Corredor a concluir en los términos que se acaban de reseñar:

La teoría *law and economics* tiene como idea central que las normas jurídicas generan costos y pueden procurar beneficios, de modo que la creación de normas y su aplicación debe ser decidida en función de su eficacia económica. Por ejemplo, para decidir si con el fin de combatir la delincuencia se permite a los particulares portar armas de fuego o se deja el monopolio de la represión a la fuerza pública, basta determinar en cuál de las dos alternativas el costo de la represión resulta menor (Lott, 1998: 16). En la misma corriente ideológica se pretende reducir a un simple cálculo económico la decisión de utilizar o no técnicas de reanimación a un enfermo, en función de su edad, de la gravedad de su estado y de la esperanza estimada de sobrevivencia (Posner, 1996). Una figura eminente de la teo-

⁴ Con este trabajo, el autor mereció un premio por parte de la Corporación José Ignacio de Márquez.

ría del costo-beneficio aplicable a todas las actividades humanas (incluidos el matrimonio, la fertilidad, la educación y la formación) es Gary Becker, premio Nobel de Economía en 1992. Desde esta perspectiva, el ser humano y todas sus manifestaciones se reducen a la categoría de mercancías, que tienen un costo negativo para obtener o no un beneficio. Pero tal medición del beneficio es bastante reducida en cuanto deja de lado valores sociales no susceptibles de cuantificar.

Los apologistas del capitalismo han llegado a formular una nueva moral. El ensayista francés Guy Sorman considera que el capitalismo históricamente se desarrolló con base en comportamientos inmorales y ahora conquista nuevas regiones en la actividad de los mafiosos y de los traficantes de drogas. Condenarlos sería moralmente justificado, como lo sería condenar la desocupación, la exclusión y las desigualdades sociales. Pero tales comportamientos antiéticos sirven para desarrollar un sistema que ha demostrado ser el más progresista y moralmente respetable, porque en él los seres humanos viven mejor. (Sorman, 1995: 2444-2445)

Otra mirada se encuentra en la contribución del investigador de la Universidad Externado de Colombia Alexei Julio, quien aborda la formulación de los asuntos económicos en la Constitución Política de 1991 para reconocer

la creciente complejidad reguladora que a su vez da origen a una serie de problemas como son el valor normativo y la fuerza vinculante de los principios que forman la actual Constitución económica colombiana, y los problemas que implica la coexistencia de distintos modos de producción constitucionalmente reconocidos. (Julio, 2002: 171-199)

La globalización económica que impacta con vigor el sistema jurídico tradicional propio del Estado-nación, que cumple una función reguladora bajo la influencia del keynesianismo (*Welfare State*) para dar paso al fenómeno de la “globalización del derecho”, es estudiada por el profesor brasileño Eduardo Faría quien explica cómo:

En el ámbito específico del Estado-Nación, sus instituciones jurídicas terminaron siendo reducidas progresivamente al número de normas y títulos legales y se volvieron más ágiles y flexibles en términos procesales. Desde luego, el Estado continuó legislando inclusive en materia económica, financiera, monetaria, tributaria, de seguridad social, laboral, civil y comercial. Pero pasó a hacerlo ahora y ese es el hecho nuevo digno de esta nota, disminuido en su poder de intervención y muchas veces constreñido a com-

partir su titularidad de iniciativa legislativa con diferentes fuerzas que trascienden el nivel nacional; o sea, limitado en sus políticas fiscales, en sus instrumentos de dirección y en sus estrategias de planeación; obligado a tomar en cuenta antes el contexto económico-financiero internacional que las propias presiones, anhelos, expectativas y reivindicaciones nacionales, y restringido al papel de articulador y controlador de la “autorregulación”, teniendo como función (a) preservar la complejidad de las diferentes racionalidades de los sectores y agentes productivos y (b) inducir procesos de mutuo entendimiento entre ellos. (Faría, 2000: 38)

Otra variante del estudio sobre la relación mutua entre el derecho y la economía es la conocida como “movimiento derecho y desarrollo”, cuyo origen data de los años sesenta, bajo la influencia de los planes de intervención de los Estados Unidos en el “Tercer Mundo” y que en el caso concreto de América Latina se denominó “Alianza para el Progreso”. Este movimiento, dado su etnocentrismo, entró en una primera crisis en la década de los setenta, pero algunos consultores de los países del centro perseveraron en el enfoque de elaborar políticas para promover el desarrollo a través de la influencia en las instituciones jurídicas. Luego, en los ochenta, el tema adquirió relevancia con la consolidación de la corriente conocida como “Nueva Economía Institucional” (NEI) y su influencia en los programas del Banco Mundial y sus sucursales regionales, que asumen el concepto según el cual es necesario construir un verdadero Estado de derecho como condición para el desarrollo económico con base en el mercado. Así, otros organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) influyen en gobiernos y organismos ligados al gran capital en los países centrales que han coincidido en que el progreso económico a través del mercado requiere el establecimiento de un marco legal y judicial que lo posibilite (Burgos, 2000: 47-95 y 2002: 174-199).

¿Está confinado el derecho a ser el títere del sistema económico? No obstante los anteriores enfoques, continúa vigente la pregunta: ¿dónde se sitúa el derecho en la relación estructura-superestructura? No se puede caer en conclusiones apresuradas como lo han hecho varios marxistas ortodoxos⁵. Estos concluyen que el derecho no es nada más que un elemento

⁵ En la época de la revolución soviética, Pashukanis se encargó de identificar el posible contenido del derecho proletario, el cual nunca –según Pashukanis– podría liberarse de su componente burgués. El derecho tal como se entiende hoy en día es un producto de la sociedad burguesa. Pashukanis defiende que la etapa de transición al socia-

de la superestructura y que por lo tanto no es mucho lo que pueda hacer contra los efectos de las relaciones de producción. Puede que lo sea, pero no por ello se debe renunciar a un estudio más detallado. Su contenido, como aquí se reitera, también presenta elementos emancipadores, pero que están estancados de una manera contraproducente para el fin que persiguen.

lismo no podría prescindir del derecho burgués, en especial porque los modos de producción permanecerían intactos durante el período de transición (Nueva Economía Política); la única diferencia en el nuevo sistema (haciendo referencia a la Revolución de 1917) sería que el nuevo gran capitalista era el Estado. En este capitalismo de Estado, muchas de las relaciones serían tal como eran las anteriores. Pashukanis estaba interesado en esta etapa de transición, por tal motivo se empeñó en encontrar la forma del *nuevo derecho*: "Aunque la conquista del poder político por el proletariado es un presupuesto necesario del socialismo, no es, sin embargo, suficiente para que éste sea establecido. Sólo hay socialismo si la producción y la distribución están planificadas, situación a la que todavía no hemos llegado y que, como la experiencia está demostrando, no se alcanzará pronto". Criticó fuertemente las posturas sociológicas y psicológicas del derecho que se limitaban a esbozar el contenido de éste (entre éstos estaban A.A. Plotnieks, P.I. Stuchka). De nada servía concluir que el contenido del derecho era burgués cuando había una gran necesidad de identificar sus conceptos fundamentales. Pashukanis fue asesinado en 1937 en una de las purgas estalinistas. Sobre el tratamiento del marxismo al problema del derecho, consúltese Marx (1867/1972: t. 1, capítulo XXIV, 607-649) y Bottomore (1984: 450-452). Al respecto, véase Condes (1989) y Moncayo (1975), donde el autor anota que: "El haber asignado al derecho una función referente a su papel instrumental (medio de producción) respecto de la práctica política en la manifestación y realización necesarias de los diferentes intereses de clase, exige, sin embargo, algunas precisiones de orden conceptual. Cuando nos referimos a la manifestación de los intereses de clase queremos significar que los intereses señalan o indican su existencia social en el ámbito de las prácticas de clase. Pero es claro que esta manifestación no puede entenderse de manera simple, sino referida siempre al cuadro general de la lucha de clases, o sea, dicho en otras palabras, que los intereses de clase siempre se presentan en oposición, en conflicto. Tal manifestación puede producirse en todos los niveles o esferas sociales, y en este sentido la manifestación jurídica no es sino una de las formas de expresión de los intereses de clase, necesaria para su manifestación y realización en el ámbito político" (p. 67). Y más adelante sentencia: "Situados en la orilla opuesta de los intereses de las clases dominadas, la situación es fundamentalmente diferente. La estructura jurídico-política, de una formación social capitalista, esto es el Estado Capitalista, es esencialmente el producto de la lucha de clases y la expresión del bloque histórico de las clases dominantes y aun cuando en ella se reflejen, de una u otra manera, los intereses de las clases dominadas (pues es justamente el terreno de la lucha de clases en el ámbito político), se trata de efectos producidos dentro del marco general de la dominación política de clase. Esta circunstancia impide que la estructura jurídico-política de la formación constituya también el aparato político para la realización de los intereses de las clases dominadas, pues a su interior las clases sólo logran expresarse como tales, es decir como dominadas" (p. 70).

La relación estructura-superestructura es sin duda más compleja que aquellas conclusiones apresuradas que limitan el derecho como herramienta de la dominación *burguesa* (Souza, 2001: 18-29).⁶ Antes de llegar a cualquier conclusión para reconocer esta relación entre estructura-superestructura es necesario ir paso a paso. Reconocer el diálogo entre estructura-superestructura es un proceso complicado y el diálogo entre ambas no es fácilmente reconocible. Uno de los grandes teóricos marxistas del siglo XX, Antonio Gramsci, al exponer su categoría de bloque histórico señala que: “El bloque histórico debe ser considerado como el punto de partida para el análisis de cómo un sistema de valores culturales penetra, se expande, socializa e integra un sistema social” (Gramsci, en Portelli, 1987: 10).

La relación entre estructura y superestructura en el capitalismo y el posible papel del derecho como mecanismo emancipador

De los puntos anteriores se desprende la siguiente hipótesis, que se trabajará e intentará demostrar en las siguientes páginas: el sistema capitalista se encuentra aún en constante desarrollo y consolidación. Por tanto, la relación entre estructura y superestructura se encuentra de igual manera en constante cambio. La identificación de esta relación se hace compleja con el tiempo. Entonces, del contenido de un elemento de la superestructura, en este caso el derecho, no se puede de manera simple concluir que sea un mecanismo exclusivo de la dominación *burguesa*. De hecho, a simple vista, la evolución de lo que se llama derecho parece ir en el sentido inverso de lo que se esperaría fuera un *sistema* que respaldara y se correspondiera con el capitalismo y su racionalidad, respectivamente. En el derecho se han positivizado normas morales que en teoría tienen un gran alcance social; un ejemplo de ello son los derechos sociales, incluidos en constituciones nacionales y en varios tratados internacionales.

Sin embargo, al verificar en la realidad concreta la vigencia de tales normas, se encuentra una desaparición muy amplia. Los datos sobre pobreza y violación de todo tipo de derechos en el mundo no dejan de ser preocupantes. Se intentará demostrar que el contenido de estos derechos es

⁶ Al respecto, Mao Tse-Tung señala que: “[...] junto con reconocer que, en el curso general del desarrollo histórico, lo material determina lo espiritual y el ser social determina la conciencia social, también reconocemos y debemos reconocer la reacción que ejerce lo espiritual sobre lo material, la conciencia social sobre el ser social y la superestructura sobre la base económica. No vamos así en contra del materialismo, sino que evitamos el materialismo mecanicista y defendemos firmemente el materialismo dialéctico”. Cfr. Mao Tse-Tung (1971: 359).

abstracto para la mayoría de las personas y no tiene un cumplimiento real. Intentar darles un cumplimiento efectivo globalmente, es algo imposible. La razón de ello estriba en que hacerlo afecta gravemente la racionalidad económica imperante en el orden global,⁷ y por lo tanto es insostenible un Estado nacional que proteja e impulse su aplicación, pues se enfrenta con un mercado que lo tacha de caduco y lo amenaza con excluirlo del merca-

⁷ En la ciencia jurídica se cuenta con desarrollos como los formulados por Abramovic y Courtis (2002: 220-221), en cuyo texto se encuentra la siguiente propuesta: “En los últimos años hemos sido testigos del dismantelamiento de las instituciones tradicionales que caracterizaron el denominado Estado de bienestar. Este proceso tuvo un impacto indudable sobre los derechos sociales, y su nota característica es la precarización de los derechos sociales clásicos vinculados al trabajo y a la seguridad social. Sin embargo, simultáneamente surgieron con fuerza nuevos derechos sociales, a partir de la reivindicación de espacios de autonomía académica, el desarrollo de principios de interpretación normativa, y la gestación de mecanismos novedosos de tutela que se han abierto camino en la jurisprudencia, hasta alcanzar muchos de ellos su consagración legal. Entre estos nuevos derechos sociales podemos mencionar los derechos de los consumidores y los derechos que protegen el medio ambiente. De tal modo [que] mecanismos de tutela de los derechos civiles y políticos que podían utilizarse para proteger derechos económicos, sociales y culturales, en el marco de este proceso de degradación de los derechos sociales del trabajo y la seguridad social, una vía alternativa de exigibilidad consiste en utilizar los derechos sociales ‘fuertes’ y sus mecanismos de tutela, para proteger derechos sociales ‘debilitados’. En determinadas circunstancias, derechos sociales ‘fuertes’, como al derecho a la protección del ambiente, pueden salir en defensa de derechos sociales tradicionales, como los vinculados a la regulación del trabajo. Pensemos por ejemplo, en qué medida podría aprovecharse la rica jurisprudencia sobre legitimación colectiva en la acción ambiental, o sobre la procedencia de estudios de impacto ambiental, con un sentido cautelar ante la inminencia o desarrollo de una obra o actividad peligrosa, para la tutela del derecho a condiciones de trabajo dignas, o a un ambiente de trabajo seguro e inocuo. En la misma línea argumental, algunas prestaciones del Estado en materia de seguridad social pueden ser exigidas reforzando la posición de los beneficiarios de esas prestaciones a partir de su condición de usuarios o consumidores de un servicio público”.

Mientras que la ciencia jurídica busca “una vía alternativa” en otras disciplinas sociales, entre ellas la ciencia política y en especial la economía, se toma como presupuesto de sus predicciones un comportamiento del hombre de tipo racional egoísta. Desde esta óptica, el único fin que persigue el hombre es maximizar su utilidad, entrando así en una batalla con los demás agentes racionales para llegar a un equilibrio general. De acuerdo con la teoría del bienestar, el máximo beneficio para la sociedad se encuentra en el equilibrio paretiano. A este equilibrio poco le importa que el óptimo sea encontrado, suponiendo que la cantidad a repartir sea diez en esa sociedad de dos agentes, asignando nueve a un agente y uno al otro. Lo importante es alcanzar el óptimo de Pareto, la distribución equitativa no tiene ninguna relevancia.

do global. A la vez, lo induce a que se reduzca, dejando el terreno libre para la panacea liberal.⁸

En resumen se puede anotar que, sin dejar de tener en cuenta que la economía es la base material de las relaciones sociales, existe una relación interactiva entre economía y derecho, independientemente de que a este último se lo considere o no una superestructura.⁹ Si bien las relaciones sociales, que están determinadas por las relaciones de producción, generan las normas jurídicas que las consagran (propiedad, contrato, etc.), el derecho puede reaccionar sobre aquéllas, no para cambiarlas radicalmente, pero sí para modificarlas. ¿En qué sentido se producen los cambios en el derecho que influyen sobre las relaciones sociales? Depende de la relación de fuerzas entre las clases en un momento dado y de las condiciones objetivas de la economía. Cuando la relación de fuerzas es favorable a las clases oprimidas (y con mayor razón si la situación objetiva de la economía per-

⁸ Cfr. Offe (1994) y Navarro (2000: 57). Este último autor explica cómo “El objetivo del movimiento socialdemócrata fue el de expandir los derechos políticos y sociales a toda la población como manera de protegerla frente a riesgos establecidos durante el ciclo vital de las personas. De ahí que su objetivo fuera el conseguir la seguridad material a través de la solidaridad, universalizando tales derechos. Por lo tanto, y desde muy al principio el movimiento de los trabajadores identificaba sus intereses con los intereses de la ciudadanía, demandando la universalización de los beneficios políticos y sociales. Es más, su alianza con otros sectores y clases y muy en especial con las clases medias (cuyas expectativas eran más elevadas que las de la clase trabajadora) facilitaron el establecimiento de sistemas universales de alta calidad. Muy poco de sus propuestas estaba basado en la prueba de medios (*meanstead*) sino en la prueba de ciudadanía (o residencia). Como medidas para conseguir tal universalidad, el movimiento socialdemócrata enfatizó como objetivos de sus políticas económicas y sociales el alcanzar el pleno empleo y establecer el Estado del bienestar, lo cual, además de proteger a la ciudadanía frente a los riesgos del ciclo vital de las personas, reduciría (a través de políticas públicas redistributivas) las desigualdades sociales creadas por el mercado, contribuyendo también a alcanzar el pleno empleo mediante la producción de puestos de trabajo a través de la expansión de los servicios del Estado del bienestar y mediante su apoyo al proceso productivo”.

⁹ Vilar (1983: 80) anota que: “[...] la cuestión principal es ésta: ¿cuál es la relación entre el hombre y su producto, entre economía e historia? Cuando Marx planteó el principio (‘en último análisis’) de la primacía de lo económico, muchos se indignaron en nombre del ‘espíritu’, porque la economía de la época no podía ofrecer a las masas más que un salario mínimo interprofesional no garantizado y realmente bajísimo. Hoy, cuando el más mínimo paso en el ‘desarrollo’ debería ofrecer, si no a todos, por lo menos a la mayoría, automóvil y televisor, hete aquí que la primacía de lo económico se convierte en un principio conservador, ya que todo se resolverá por lo económico; y es revolucionario descubrir que no sólo de pan vive el hombre”.

mite a las clases dominantes hacer concesiones), la lucha de los oprimidos puede permitir cambios en el derecho favorables a ellos, que se traducirán en algunos cambios en las relaciones de producción (leyes laborales, Estado de bienestar). Si la relación de fuerzas es desfavorable para las clases dominadas y la situación económica no es buena (caso actual), el derecho emprende una cuenta regresiva.

Pero además está el papel ideológico del derecho. La Declaración Universal, los pactos internacionales y otros instrumentos y leyes, en la medida en que son conocidos por las masas, permiten adquirir conciencia de que tienen ciertos derechos y eso puede ayudarlas a pasar a la acción para reivindicarlos. El derecho (vigente, según como se emplee o la propuesta de nuevas normas) no puede transformar la realidad, pero puede ayudar a transformarla siempre que la economía se socialice y deje su tiranía.

¿Qué puede ser el derecho?

Definir, o dar significado a una palabra, es expresar lo que se entiende por ella. A grandes rasgos es fácil explicar qué es una casa o un carro. Pero surge un problema cuando se intenta definir que es algo abstracto, algo que no se puede ir a verificar y decir, *ahí lo tienes*.¹⁰ Seguramente, al definir lo que es un perro, no se entra en muchas discusiones. La mayoría de los problemas surgirían cuando cada hombre diera una definición basada en la idea de los perros que ha visto en su vida. Y cuando intentase explicárselo a

¹⁰ Wittgenstein anota lo siguiente: “Usted siempre escucha que la gente dice que la filosofía no hace ningún progreso y que los mismos problemas filosóficos que preocupaban ya a los griegos nos siguen inquietando hoy. Pero la gente que dice esto no entiende la razón por la cual esto tiene que ser así. La razón está en que nuestro lenguaje ha seguido siendo el mismo y nos introduce en las mismas preguntas. Mientras haya un verbo ser que parezca funcionar de la misma manera que comer o beber [...] la gente tropezará con las mismas enojosas dificultades y se quedará absorto ante algo que ninguna explicación podrá remover” (en Hacker, 1998: 13). No es aceptable plenamente el pensamiento de Wittgenstein; sin embargo, puede concordarse con él en la postura de que gran parte de los problemas seudofilosóficos corren por cuenta de *ambigüedades del lenguaje*. Al respecto, *cf.* Peña (1994: 39-40), quien anota que: “El objetivo de la filosofía es, entonces, hacer desaparecer los problemas de la misma; más que resolverlos, disolverlos al eliminar las perplejidades que impiden encontrarles salida. La filosofía no se enfrenta a problemas empíricos sino a problemas conceptuales originados en confusiones debidas al funcionamiento del lenguaje. En efecto, decir que el problema debe desaparecer es considerar que surge como producto de un malentendido, y corregido éste, la fuente del problema se elimina, de modo que en sentido estricto el problema no se resuelve, desaparece”.

alguien, si éste nunca ha visto un perro, le podría generar grandes confusiones al definir su versión de perro. Lo mejor que podría hacer para salir del problema, él y el interesado, sería señalarle y decir: mira, ese es un perro.

Con el derecho, como con muchos otros conceptos, el caso es distinto. Si alguien pregunta, ¿dónde está el derecho? difícilmente podría alcanzarse un acuerdo al decir dónde puede encontrarlo. Unos dirán que lo puede encontrar en los libros, otras por el contrario dirían que el derecho solo adquiere sentido cuando está en acción. Pero el problema no solo se encuentra en estas dos opciones porque de cada una nacen otras. ¿En qué libros?, ¿en qué código? O, más bien, ¿en la Constitución?

No sería la misma conclusión a la que se llegaría, si se mirase en un código civil, o en la Constitución, distinto a que se trata de un gran número de normas que le prescriben a diferentes sujetos qué deben hacer y qué no. El individuo que inicialmente hizo esa pregunta, quedaría más confundido si verificase en la realidad cómo es el derecho. En primer lugar porque no sabría a dónde ir a mirar: a un juzgado, o a un barrio marginal, o a un centro comercial, o a una plaza de mercado, o a un municipio periférico. En muchos lugares, empezando por el juzgado, encontraría que en la práctica el derecho es bastante distinto a lo que dice en los libros. La confusión en la que estaría inmerso sería inmensa.

Primero, porque no sabría a qué texto creerle: los textos jurídicos entre sí se contradicen en muchos casos:

La precisión del lenguaje humano, en general, y del lenguaje jurídico, en particular, es limitada. (...). La vaguedad o “textura abierta” del lenguaje se acentúa en el campo de las reglas jurídicas –y las reglas sociales en general–, por dos razones fundamentales. Toda expresión lingüística tiene un núcleo duro de significado y un área de penumbra.¹¹

¹¹ Rodríguez (1998: 33-34). La cita continúa: “El núcleo de significado de una expresión está conformado por los casos de fácil interpretación, es decir, aquellos en los cuales casi todos los intérpretes estarían de acuerdo en que la expresión se aplica –no se aplica– a los hechos considerados. Así, en el conocido ejemplo de Hart, frente a una regla que dice: ‘está prohibida la circulación de vehículos en el parque’, todos estaríamos de acuerdo en que los camiones y los automóviles no podrían circular en ese lugar, porque se entiende que esos casos están incluidos en el núcleo de la palabra ‘vehículo’ en este contexto. La zona de penumbra de las expresiones lingüísticas está conformada por los casos difíciles de interpretación, en los que es controvertible si se aplica la expresión de textura abierta a los hechos examinados. En la regla que nos sirve de ejemplo, ¿están comprendidas las bicicletas? Sin duda encontraríamos

Segundo, porque no sabría cuál de todos los textos comparar con la realidad. Y tercero, tampoco podría saber qué realidad, pues pronto descubre que la eficacia de aquél derecho de los libros que decreta ser válido para todo un territorio, varía dependiendo de la clase social, del territorio (ciudad, barrio, presencia del Estado en la zona), del gremio, de la costumbre, coexistencia de otros sistemas de control, etcétera.

La intención de este apartado no es desarrollar el tema sobre la validez del derecho, ni mucho menos construir lo que nadie ha logrado: una definición aceptada universalmente.

Lo importante consiste en manifestar la innegable falta de correspondencia entre lo que se denomina *law in the books* y *law in action*,¹² en el proceso de demostrar que el *law in the books*, en lo relacionado con los derechos sociales, no es coherente con la realidad.¹³ En especial, si desde 1789 se está diciendo que todos los hombres son iguales, y cuando el ingreso *per cápita* anual en países desarrollados está alrededor de 25 mil dólares, mientras en otros muchos la gran mayoría de la población recibe un ingreso anual de 350 dólares o inferior. ¿De qué igualdad se está hablando? ¿De qué sirve lo que dicen los libros, si no tienen una eficacia real? ¿Serán metas que se persiguen? ¿Qué efecto imaginario tiene sobre los ciudadanos del mundo, en especial de países atrasados, la existencia de estos derechos? Respuesta: todo depende de quien sea y donde se encuentre la persona.

intérpretes dando razones a favor de la aplicación de la palabra 'vehículo' a este caso y otros argumentando que las bicicletas pueden circular libremente por el parque".

12 Esta distinción es bastante utilizada por la sociología del derecho en los Estados Unidos de Norteamérica. El término *law in books* indica aquel derecho que reposa en los libros, señalando cómo deberían ser las cosas; en oposición, el *law in action* hace referencia a aquel derecho que no está escrito, pero que se practica en la realidad, determinando la manera como efectivamente se resuelven muchos problemas sobre los que el *law in the books* no tiene ninguna incidencia, aunque su contenido escrito lo pretenda.

13 Para un análisis detallado con cifras sobre reconocimiento, defensa y protección de los derechos sociales, *cfr.* García y Santos (2001: t. I, cap. IX, 455-483).

DESARROLLO IDEOLÓGICO SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO

La perspectiva de Pietro Barcellona¹⁴

A continuación se explorará una perspectiva marxista sobre lo que es el derecho.

La victoria más grande del capitalismo consiste en hacer creer al hombre que no existe ninguna alternativa superior. No son pocos los que creen que con el capitalismo se ha llegado al final de la historia, que no existe un estadio superior para la organización social. El capitalismo ha producido una hegemonía ideológica de orden mundial. Una ideología que no solo pertenece a una clase social específica, como es la burguesía, sino que brota de la conciencia del sujeto moderno.¹⁵

¹⁴ Para una explicación sobre el contenido de su propuesta, véase Bergalli y Silveira (2001: 437-467). Sirva la siguiente anotación de Bergalli y Silveira para reconocer la importancia sustantiva del enfoque del jurista italiano: “[...] Para Barcellona el problema de la democracia es previo al del derecho y la justicia. La democracia no se puede deducir ni del Estado ni del derecho porque la democracia pasa por ser la socialización del poder normativo de la sociedad, la constitución política de lo social. Entre la democracia (el mundo de las pasiones) y las instituciones instituidas —el derecho, las libertades y la justicia— (el mundo de la razón) existe una brecha habitada por los procesos de creación histórica social. Para que haya democracia, en toda democracia debe haber una dialéctica entre la esfera de la ‘política social’, el terreno de la creación social, y la esfera de lo ‘político-estatal’, que tiene como función la conservación de lo existente. El papel de la política es precisamente el de hacer de puente entre estas dos esferas. La política debe transformar el mundo de los impulsos y de las pasiones existentes dentro de la esfera de la ‘política social’ en acciones intencionales, en metas e instituciones compartidas con los otros miembros de la comunidad” (pp. 461-462).

¹⁵ La hegemonía ideológica de la burguesía se articula y complementa con los aparatos de esa dominación. En sentido estricto, no “brota” de la conciencia del hombre moderno, sino del pensamiento de los ideólogos del sistema, de los medios académicos financiados por el gran capital, de los políticos, etc., y se transmite ininterrumpidamente a través de los medios de comunicación masivos, monopolizados por las transnacionales, convirtiéndose así en la ideología espontánea de las masas. Pero esa no es una ley social inmutable. En los momentos de crisis del sistema, esa ideología espontánea puede ceder el paso a la conciencia de la necesidad del cambio: “El modo de producción de la vida material determina [*bedingen*] el proceso social, político e intelectual de la vida en general. No es la conciencia de los hombres la que determina su ser, sino, por el contrario, es su existencia social la que determina su conciencia. En un estadio determinado de su desarrollo, las fuerzas productivas materiales de la sociedad entran en contradicción con las relaciones de producción existentes o —lo cual sólo constituye una expresión jurídica de lo mismo— con las relaciones de producción dentro de las cuales se habían estado moviendo hasta ese momento.

En este sentido se podría afirmar que el marxismo clasista caduca al no adaptarse a las nuevas formas de organización social. Los ideales de la vida burguesa se han desplegado a tal punto que han logrado prácticamente la desaparición de la clase obrera, y por ende convertido en un sin-sentido la lucha de clases. El hombre trabajador ya no lucha por la defensa de su clase, sino que por el contrario aspira poder *ascender* de posición social. Se han convencido, mediante todo tipo de propaganda, que la felicidad se obtiene mediante la acumulación.¹⁶

Esas relaciones se transforman de formas de desarrollo de las fuerzas productivas en ataduras a las mismas. Se inicia entonces una época de revolución social. Con la modificación del fundamento económico, todo ese edificio descomunal se trastoca con mayor o menor rapidez. Al considerar esta clase de trastocamientos, siempre es menester distinguir entre el trastocamiento material de las condiciones económicas de producción, fielmente comprobables desde el punto de vista de las ciencias naturales, y las formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas o filosóficas, en suma, ideológicas, dentro de las cuales los hombres cobran conciencia de este conflicto y lo dirimen. Así como no se juzga a un individuo de acuerdo a lo que éste cree ser, tampoco es posible juzgar una época semejante de revolución a partir de su propia conciencia, sino que, por el contrario, se debe explicar esta conciencia a partir de las contradicciones de la vida material, a partir del conflicto existente entre fuerzas sociales productivas y relaciones de producción. Una formación social jamás parece hasta tanto no se hayan desarrollado las fuerzas productivas para las cuales resulta ampliamente suficiente, y jamás ocupan su lugar relaciones de producción nuevas y superiores antes de que las condiciones de existencia de las mismas no hayan sido incubadas en el seno de la propia antigua sociedad. De ahí que la humanidad se plante sólo tareas que puede resolver, pues considerándolo más profundamente siempre hallaremos que la propia tarea sólo surge cuando las condiciones materiales para su resolución ya existen o, cuando menos, se hallan en proceso de devenir" (Cfr. Marx, 1997: 4-5). [N.B. En Colombia, Moisés Melo tradujo esta obra marxista para Editorial Oveja Negra de Medellín, cuya primera edición data de 1968]. Es el "momento de iluminación" de que hablaba Gramsci. Por cierto que el combate contra la ideología del sistema, incluso por medio del derecho, puede ayudar a que llegue ese momento. Esta idea ha venido siendo desarrollada por varios filósofos contemporáneos. Una de las críticas más potentes y devastadoras que desenmascaran estos nuevos tipos de poder, o micropoder en términos foucaultianos, proviene de Antonio Negri y Michael Hardt (2001). *Imperio*. Bogotá: Ediciones Desde Abajo. Se trata de la versión en español de su libro *Empire* (2000). Cambridge, Mass.: Harvard University Press, la traducción corresponde a Eduardo Satier.

¹⁶ Cfr. "La clase obrera del año 2000". *Le Monde Diplomatique*, junio de 2000, 19-24. Los obreros de las fábricas de automóviles ahora se denominan operadores y se consideran desvinculados de cualquier tipo de lucha. "En este sentido que se ejerce la capacidad de seducción del nuevo espíritu del capitalismo sobre ciertas fracciones del grupo obrero, especialmente jóvenes. Entrar en la modernidad les ofrece perspectivas de identificación diferentes a las tradicionales del movimiento obrero clásico."

¿De dónde proviene el derecho moderno? ¿Qué le hace tener esta forma? ¿Cómo es la relación entre el derecho y la ciencia?

Sin duda, el nacimiento de la ciencia se puede considerar como una de las principales características de la modernidad (Sábato, 1988). Desde Descartes en el siglo XVII, tal como lo aclara Heidegger en su famosa conferencia “¿Qué es eso de la filosofía?”, el pensamiento del hombre ha estado dedicado a la búsqueda de la certidumbre. Las ciencias surgieron de la incertidumbre total y del rechazo al pensamiento escolástico y a las religiones en general:

La ciencia moderna nace y se desarrolla como instancia para la construcción de un mundo humano, no extraño, no caótico, no peligroso como el mundo natural. Es decir, la ciencia nace sobre el presupuesto de una falta de leyes necesarias, sobre la ausencia de necesidad se basa en el azar, en la imprevisibilidad del evento. Su naturaleza es hipotética precisamente por estar abierta a la irrupción de lo imprevisto y lo imprevisible. La ciencia nace como apertura al evento, a la innovación, al devenir, nace como reconocimiento del acaecer, y sin embargo su vocación es la de negar inmediatamente esta apertura, bloquear la innovación, anticipar el devenir y neutralizarlo. Todo su destino está aquí, en esta dramática alternativa: si quiere conferir un orden al mundo, al devenir, al movimiento, la ciencia debe bloquear el azar y negarlo, porque debe normalizar, medir, impedir el retorno al caos, del desorden natural; y sin embargo, para ser ciencia moderna, ciencia sin leyes metafísicas, debe fundarse sobre el azar, sobre la experiencia de la innovación. La ciencia debe garantizar el azar y

co, que no les parece portador de una esperanza colectiva y que parece incluso encerrarlos en un mundo anticuado, cuyos términos ya no encajan con la realidad. Los jóvenes obreros, sometidos a la sucesión muchas veces humillante de pequeños trabajos sin futuro, no manejan ni usan la palabra explotación”. Los equipos de trabajo para el ensamblaje de autos trabajan por metas, de tal manera que son sancionados si no cumplen con la meta propuesta. Cuando un obrero se enferma, el equipo se perjudica pues se retrasa la producción. Por tal razón, los obreros enfermos hacen hasta lo imposible por no ausentarse del trabajo; la represión más fuerte proviene de sus compañeros de trabajo. Cada año el número de horas propuesto para fabricar un carro disminuye: en 1999 era de 18.3 horas, en 2000 de 15. Lo importante para los patronos es la eficiencia del obrero, en nada importa su enfermedad o su estado de ánimo. Esto es en Francia, un país altamente desarrollado, donde la calidad vida y las adquisiciones sociales de los trabajadores es muy alta, y donde de alguna manera sus derechos son reconocidos: ¿cómo será el caso de los trabajadores de los países atrasados, si en los avanzados es así?

la libertad en contra del retorno de la necesidad, del orden cósmico inmutable, del hado antiguo; pero no puede realizar esta vocación suya sin proponerse ella misma como estatuto de necesidad, como continuo exorcismo del azar. (Barcellona, 1996: 18-19)

Inicialmente la nueva cualidad del pensamiento se enfocó hacia el conocimiento del mundo; en ciencias como la física y la química hubo descubrimientos revolucionarios. Pero esta nueva cualidad no se limitó al conocimiento exhaustivo del mundo; también enfocó su interés hacia el hombre. El hombre se convirtió en el nuevo objeto de estudio. Nacieron ciencias que pretendían conocer al hombre hasta lograr predecir sus comportamientos, saber qué pensaba, qué sentía. Todo esto no solo como una herramienta de poder-saber, como describe Foucault, sino por el simple miedo a la incertidumbre.¹⁷ En el momento en que el hombre se convierte en objeto, la ciencia empieza a categorizar sus tipos; ahora se distingue entre enfermo-sano, productivo-improductivo, peligroso-pacífico (Foucault, 1998a: 199-230).¹⁸

Nacimiento del derecho moderno

El derecho moderno nace también en ese momento y de ahí su gran similitud con el naciente espíritu científico:

Completamente análogas son las paradojas de la norma jurídica y del moderno Estado de derecho. El derecho positivo, contingente, arbitrario, presupone la inalcanzabilidad de la justicia como valor objetivo, como ley necesaria; y sin embargo debe afirmarse como única instancia posible, como última forma de la pacificación, como la neutralización de toda posibilidad de nuevo desorden y de la misma libertad de una decisión innovadora que rompa la consistencia del sistema. (...) Ciencia y derecho moderno son hijos de la historia, de la irrupción de lo imprevisto, y son al mismo tiempo bloqueo de lo imprevisto y de la innovación, fin de la historia como discontinuidad y ruptura. (Barcellona, 1996)¹⁹

¹⁷ En el texto "What is Enlightenment?", de Foucault (1984: 32-50), se alude al texto de Kant (1997). *¿Qué es la Ilustración?* Bogotá: Fondo de Cultura Económica. La traducción del texto de Foucault aparece en una compilación de conferencias y ensayos de Foucault (1992).

¹⁸ Para un formidable estudio del pensamiento de Foucault, véase Sauquillo (1989).

¹⁹ La ciencia contemporánea recoge la dialéctica del azar y la necesidad de que ya hablaba Engels, de lo que es la teoría del caos (que se pretende utilizar *in extenso*, pero que los físicos y matemáticos se esfuerzan para darle el lugar que le corresponde en

Estas líneas de Barcellona confirman la estrecha relación entre el nacimiento de la ciencia y del derecho. Muchos de los eventos centrales en la historia de estas dos disciplinas no son mera coincidencia. Ejemplo de ello es ver cómo poco a poco ambas se escindieron de la metafísica. Otro ejemplo es lo que demarca claramente los derroteros de ambas, la necesidad de comprenderlo todo. Ambas van avanzando apoyadas sobre la arbitrariedad. Asumiendo verdades inciertas, planteando dogmas, haciéndolos pasar como axiomas científicos (Foucault, 1995).

Para ir avanzado como ciencia, el derecho requirió ciertos postulados, los cuales facilitaron su fortalecimiento. Así se retomaron algunas figuras romanas que facilitarían la creación de un nuevo tipo de sujeto, el *sujeto jurídico*. Un individuo arrancado de todo vínculo social y ético, pero ubicado en un contexto lleno de necesidades, es aquel que en la modernidad viene a ser reconocido como tal *sujeto jurídico*. Este sujeto sería titular de deberes que ya no eran morales, sino jurídicos. La sanción de su incumplimiento ya no sería la ira del señor feudal o la de dios, sino la fuerza de la ley. La coacción que inicialmente tenía una validez divina, ahora tenía una validez autopoiética. El sistema jurídico, mediante una cantidad de artimañas, lograba darse validez a sí mismo, escondiendo su falacia de circularidad (García, 1997).²⁰

Estas innovaciones han producido un gran cambio en la cosmogonía de los hombres modernos, en especial por el cambio que ha surgido en su relación con la naturaleza. Ahora toda la naturaleza se presenta como *res nullius* (cosa de nadie), lista para ser apropiada. En el siglo XIX, toda África fue vista así, hasta sus mismos habitantes.

Se sabe que el nuevo orden de las cosas era ciertamente distinto a las anteriores formas de la organización social. El Estado moderno, una de las grandes innovaciones de este período, era el monopolizador del derecho, el encargado de darle contenido y de implantar su cumplimiento.

las ciencias naturales). Einstein escribía a Max Born: "tu crees en el dios que juega a los dados, yo solo creo en el valor de las leyes". Y los dos tenían razón, teoría de la relatividad, física cuántica y teoría del caos. El paralelismo entre el neoliberalismo y el intento de poner el caos en el centro de las ciencias sociales despierta sospecha. Para el padre de la escuela del "análisis económico del derecho" el profesor Coase, las normas jurídicas serían creaciones artificiales que no dejan actuar debidamente el mundo de los negocios (que se supone debe estar regido por las caóticas leyes del mercado).

²⁰ En esta obra se encuentra una excelente introducción al pensamiento del ya fallecido Niklas Luhmann.

Pero la eficacia de su obediencia ya no podría consistir en el reconocimiento divino del regente, pues nadie le haría caso. Se diría que son los hombres mismos los que aceptan tal autoridad. Tal autoridad tendría derecho a gobernar gracias a un *contrato social* universalmente válido. Pero todo contrato, aunque sea hipotético como este, requiere partes. ¿Cuáles son? Supuestamente, todo hombre. Si durante tantos siglos muchos hombres nunca fueron tomados en cuenta, surge la pregunta ¿por qué se incluye ahora a los excluidos?, ¿qué beneficios traería hacerlo?²¹

Tras la caída del feudalismo resurgió el Estado absolutista. Pero este Estado no promocionaba la emancipación de los hombres, *de facto* la burguesía se mantenía subordinada tras la caída del feudalismo. Especialmente afectada se encontraba la naciente burguesía. Ésta tenía en la monarquía un obstáculo para facilitar sus actividades. El feudalismo había fracasado gracias a la formación de las ciudades y la extensión del comercio, pero, con su debilitamiento, la burguesía todavía no era tan fuerte como para asumir el poder; ni la mentalidad de los siervos estaba preparada (Sweezy, 1972: 16-48).²² El absolutismo monárquico fue el gran paso transicional entre el feudalismo y el capitalismo. Su gran logro fue revivir el Estado, recuperar las instituciones sociales. Para la existencia del Estado moderno fue necesaria la existencia previa del Estado absolutista.

El Estado absolutista atentaba contra la libertad y los intereses de la nueva clase burguesa. En realidad poco importaban los títulos nobiliarios, lo primordial era por lo tanto tener el dinero para comerciar. La mo-

²¹ Foucault contrapone el contractualismo de los filósofos del siglo XVIII con el nuevo estado de la guerra-opresión de la supuesta paz perpetua en la que la tensión de las relaciones de poder se legitima y se tornan eternas. Foucault invierte la frase de Clausewitz: la guerra es la continuación de la política, en la política es la continuación de la guerra. Esta afirmación le permite comparar el estado de cosas actual como una etapa de guerra constante. "Se articula en torno al poder como derecho originario que se cede y constituye la soberanía, y en torno al contrato como matriz del poder político. El poder así constituido corre el riesgo de hacerse opresión cuando se sobrepasa a sí mismo, es decir, cuando va más allá de los términos del contrato. Poder-contrato, con la opresión como límite o más bien, como la superación del límite. El otro sistema trataría de analizar, al contrario, el poder político, no ya según el esquema contrato-opresión, sino el de guerra-represión. En este punto, la represión ya no es lo que era la opresión respecto del contrato, es decir un abuso, sino el simple efecto y la simple continuación de una relación de dominación. La represión no sería otra cosa que la puesta en funcionamiento, dentro de esta 'pseudo-paz', de una relación de fuerzas perpetua" (Foucault, 1998b: 31).

²² Como se recordará, este aspecto es parte del famoso debate entre Dobb y Sweezy, en el que por cierto este último salió airoso.

narquía desconocía estos nuevos procesos, pero era causante de exorbitantes gastos, tarde o temprano cometería abusos contra los nuevos ricos –para financiar sus despilfarradores lujos–, representados en altísimos impuestos o préstamos nunca pagados. De igual manera, los burgueses estaban interesados en tener algún tipo de participación política. La monarquía era un enemigo de sus intereses, de ahí que la realeza tendría que caer o por lo menos pasar a un segundo plano. Tendría que aparecer una nueva forma de gobierno en la cual la burguesía fuese la que ejerciese la hegemonía.

El paso de un Estado al otro requería una Revolución, el *ancien régime* no caería tan fácil. La bandera para conseguir apoyo era clara. Su emblema: la igualdad entre los hombres, de la que los monarcas eran símbolo antagonico. La monarquía no podía alcanzar la abolición de los rezagos feudales uniendo contra ella a los antiguos siervos de la gleba con la burguesía.

El 6 de agosto de 1789, la Constituyente francesa adoptó el siguiente texto final:

La asamblea nacional deja abolido el régimen feudal por completo; decreta que los derechos y deberes, bien sean feudales o de “*quit-rent*”, aquellos que pertenecen a manos muertas reales o personales, quedan abolidos sin indemnización. Todas las demás obligaciones acostumbradas son redimibles, y el precio y método de readquisición serán determinados por la Asamblea Nacional. Los derechos extinguidos que no son suprimidos por este decreto continuarán en vigor hasta que hayan sido redimidos.

El 11 de agosto, la Constituyente –en la búsqueda de la secularización del Estado– suprimió los diezmos.

¿Cuál era la implicación del decreto adoptado por la Asamblea? Ciertamente, el régimen quedó en principio abolido, y esto fue un logro de importancia. Sin embargo, la cláusula de redimibilidad de los derechos sobre la tierra equivalía en la práctica a mantenerlos. Los campesinos no tenían los medios con que redimirlos. Y llegar a un acuerdo sobre el valor de los derechos y el modo de pagar la indemnización envolvía un proceso legal complicado. De este modo, los privilegiados pudieron salvar ingresos considerables. Los representantes de la rica burguesía, atemorizados por la revuelta de los campesinos, habían corrido para ayudar a los amenazados aristócratas (Thorez, Ducloz, Politzer y Peri, 1968: 92-93).²³

23

Por ello “el mismo Marx parece haber mirado algunas veces conceptos como el de la justicia como mera ideología burguesa para enmascarar la explotación, aunque

Esta nueva insignia de la igualdad tomaría un curso que estaba bastante alejado de lo que pensaron sus promotores. Todas las manifestaciones sociales y en especial las más radicales fueron aplastadas por la oleada reaccionaria subsiguiente a la revolución.

La igualdad tenía un contenido abstracto, formal, no material.²⁴ El derecho igualitario burgués es nivelador en abstracto, porque aplica a todos los hombres la misma medida, sin tener en cuenta sus diferencias físicas, familiares, intelectuales, etc. Según Marx y Engels, en la sociedad comunista el estrecho derecho burgués sería superado, y cada uno dará según sus propias capacidades y recibirá según las propias necesidades (Marx y Engels, 1998).²⁵

El nuevo Estado dejaría el paso abierto para que el mercado, acudiendo al artificio de *la mano invisible*, lograra el orden social. Así lo pensó Adam Smith en 1776 en su obra *La riqueza de las naciones*. Su pensamiento daría soporte al pensamiento liberal que con el triunfo de la Revolución Francesa lograría el poder político, verdadero hito histórico en

su propia obra esté impulsada, irónicamente, por el deseo apasionado de una sociedad justa. La burguesía puede ser obstáculo para la libertad, la justicia y el bienestar universal en la actualidad; pero en su tiempo, fue una fuerza revolucionaria que derrotó a sus antagonistas feudales, que legó las ideas de justicia y libertad a sus sucesores socialistas, y que desarrolló las fuerzas productivas a tal punto que el proyecto socialista se hace factible" (Eagleton, 1999: 53-54).

24 Eagleton (1999) precisa al respecto que: "El Estado burgués ve sus ciudadanos como iguales en abstracto, por ejemplo, en las urnas de votación, pero sólo de una forma que suprime y encubre sus desigualdades sociales específicas. La meta de la democracia socialista es acabar con esta fisura entre la forma política y su contenido social, de manera tal que nuestra presencia en el Estado político, como ciudadanos participativos, pueda ser nuestra presencia como individuos reales: 'Sólo cuando el hombre real, individual, reabsorba en sí mismo al ciudadano abstracto y, como hombre individual, exista en el ámbito de especie en su vida empírica, en su trabajo individual, en sus relaciones individuales; sólo cuando, habiendo reconocido y organizado sus *fuerzas propias* como fuerzas sociales, ya no las separe de sí en forma de fuerza política; sólo entonces se habrá cumplido la emancipación humana' (*La cuestión jurídica*, p. 201). Así como Marx quiere abolir el intercambio de mercancías en la esfera económica, para que la producción esté más al servicio del uso que de la ganancia, también desea 'desmercantilizar' la personalidad humana, emancipando la riqueza del desarrollo sensible del individuo de la lógica abstracta, utilitaria, en la que comúnmente se halla prisionero" (pp. 32-33).

25 Cfr. Marx y Engels (1998), donde se lee que: "El lugar de la antigua sociedad burguesa, con sus clases y sus contradicciones de clase, será ocupado por una asociación en la que el libre desarrollo de cada uno será la condición del libre desarrollo de todos" (p. 67).

el mundo entero (Bobbio, 1990: 58-69).²⁶ Con el pensamiento de Smith “el liberalismo económico encuentra su evangelio. El capitalismo, oprimido aún por la rigidez de las instituciones del *ancien régime*, lanza al mundo la promesa de sus futuras realizaciones que hace posible la Revolución Francesa”.²⁷

La nueva igualdad se reconocía en que todos los hombres eran capaces e iguales para contratar.²⁸ Las relaciones civiles y comerciales ahora

26 Thorez *et al.* (1968) también demuestran la necesidad de la Revolución Francesa para la definitiva abolición del feudalismo y la superación del Estado absolutista. Sin embargo, se hace una fuerte crítica a la creencia de que la Revolución Francesa haya logrado verdaderos avances para la clase trabajadora. Una clara muestra de ello fue la arremetida contrarrevolucionaria contra la *conspiración de los iguales* liderada por Babuef. Con este y varios ejemplos más, comprueban el componente reaccionario de la gran revolución burguesa de 1789.

27 Tallada, José M. (1996). Prólogo escrito en 1933 a *La riqueza de las naciones*, de Adam Smith, traducida en 1794 por José Alonso Ortiz. Barcelona: Editorial Folio, p. 9.

28 “Marx ve la noción de ‘igualdad de derechos’ como herencia de la época burguesa, como una especie de reflejo espiritual del intercambio de mercancías iguales en abstracto. Esto no quiere decir que para él el concepto carezca de valor, sino que, inevitablemente, reprime la particularidad de hombres y mujeres, sus dotes diferenciales únicas. Así, actúa, entre otras cosas, como una forma de mistificación, ocultando el verdadero contenido de las desigualdades sociales tras una mera forma legal. En últimas, Marx está más preocupado por la diferencia que por la igualdad. Bajo el socialismo se mantiene vigente que: ‘(...) unos individuos son superiores física o intelectualmente a otros y rinden pues, en el mismo tiempo, más trabajo, o pueden trabajar más tiempo; y el trabajo, para servir de medida, tiene que determinarse en cuanto a duración e intensidad; de otro modo, deja de ser medida. Este derecho *igual* es un derecho *desigual* para trabajo desigual. No reconoce ninguna distinción de clase, porque aquí cada individuo no es más que un obrero como los demás; pero reconoce, tácitamente, como otros tantos privilegios naturales, las desiguales aptitudes de los individuos y, por consiguiente, la desigual capacidad de rendimiento. *En el fondo es, por tanto, como todo derecho, el derecho de la desigualdad.* El derecho solo puede consistir, por naturaleza, en la aplicación de una medida igual; pero los individuos desiguales (y no serían distintos individuos si no fuesen desiguales) solo pueden medirse por la misma medida siempre y cuando se les mire solo desde un aspecto *determinado*; por ejemplo, en el caso concreto, *sólo* en cuanto obreros, y no se vea en ellos ninguna otra cosa, es decir, se prescinda de todo lo demás: Prosigamos: unos obreros están casados y otros no; unos tienen más hijos que otros, etc., etc. A igual rendimiento y, por consiguiente, a igual participación en el fondo social de consumo, unos obtienen de hecho más que otros, unos son más ricos que otros, etc. Para evitar todos estos inconvenientes, el derecho no tendría que ser igual, sino desigual’ (*Crítica del Programa de Gotha*, pp. 334-335). El socialismo no es, entonces, una simple nivelación de individuos, pues contempla un respeto hacia sus diferencias específicas, y permite que estas diferencias, por primera vez, se hagan valer” (Eagleton, 1999: 63-64).

eran regidas por códigos. En ellos se recalca la importancia de la autonomía de la voluntad. Eran pocas las restricciones impuestas al individuo para acordar los contenidos de los contratos.²⁹ A la vez, los derechos del hombre también se alzaron a la calidad de normas jurídicas. Normas que se podrían denominar con cierta cándida inocencia como directrices. ¿Cómo podrían convivir los principios del derecho civil con algunos de los nuevos derechos humanos positivizados? La única manera era dándoles un significado blando a tales derechos.

Tómese por ejemplo el derecho a la vida. Una interpretación que se le podría dar sería, ningún hombre podrá matar a otro hombre. Otra podría ser, todo hombre debe tener derecho a sobrevivir. Pero si le diese otra interpretación más dura, como: todo hombre tiene derecho a vivir dignamente, inmediatamente se preguntaría, ¿quién está en la obligación de hacer valer esta norma, el Estado, la sociedad?, ¿cuál es la sanción por no cumplirla, qué debe hacerse para realizar este derecho? La interpretación que se optó ante ese enunciado en un comienzo fue el de un derecho vacío. De acuerdo con los principios del derecho civil, todo contrato consensual nace jurídicamente cuando se manifiesta la voluntad de las partes. ¿Sería válido un contrato en el cual la parte pasiva –el trabajador– aceptara un salario ínfimo, cuando su alternativa es la inanición? No parece que exista de por medio la verdadera voluntad del trabajador, por lo tanto el contrato debería ser nulo, e inválido pues la dignidad del trabajador está siendo sacrificada. Y sin embargo, en la época de la revolución industrial fue cuando más abusos se cometieron contra los trabajadores. Familias enteras padecían jornadas de 14 y 16 horas diarias.

Desde ese entonces, el derecho demostró su incapacidad para producir avances sociales. A pesar de que su contenido así lo aparentara, las normas tenían un contenido vacío y se limitaban a establecer reglas de juego.

El gran cuestionamiento que empieza a surgir es el siguiente: ¿qué sentido tiene la existencia de unas normas con un contenido que arguye ser favorable para el hombre, cuando las condiciones reales se apartan de tales postulados? La interpretación de la norma y su margen de alcance están supeditados a las condiciones económicas imperantes.

29

Tal supuesta autonomía queda en entredicho, pues, como se sabe, la formación de los contratos no es más que un contenido impuesto por una parte más poderosa. La parte débil no tiene ninguna posibilidad de acordar el contenido con la amenaza de contratar a otra parte, "si quiere bien, o si no se consigue otro". Véase Barcellona et al. (1993: 143-155).

El derecho no sobrevive incólume a estas ambigüedades y se reconoce en él una crisis. Harold Berman señala un futuro mejor, como una de las características del derecho moderno que promete una emancipación:

Un elemento clave de cada una de las grandes revoluciones de la historia occidental fue la visión apocalíptica del futuro. Cada una fue más que un programa político, hasta más que una lucha apasionada por reformar el mundo. Cada una representó también la fe en una escatología y un compromiso con ella, un sueño mesiánico de un tiempo final, una convicción de que la historia avanzaba hacia un desenlace último. (Berman, 1996: 36)

Pero el derecho parece más bien haberse estancado, ya se ha llegado al final de los tiempos, al reino de los cielos en la tierra, no puede esperarse nada mejor. El derecho ignora la situación externa, cree para sí que gracias a ser moderno, él mismo es un sistema independiente de los demás sistemas, que avanza autónomamente. Así, desde un punto de vista luhmaniano, el derecho asume y muestra haber reducido la complejidad del entorno a un máximo, siendo que la realidad sigue independiente de él, y la independencia que presupone es apenas una figura, pues el contenido del derecho nunca podrá ir en contravía de los valores económicos imperantes. Y, por tanto, la escisión del derecho como sistema independiente no es cierta, su contenido estará sujeto a una mutación dirigida por las exigencias económicas.

Tal esbozo positivo del derecho se debe a Kelsen:

El esfuerzo de Kelsen es, desde este punto de vista, ejemplar por el modo en que pretende configurar lo jurídico como una realidad que se basta a sí misma, capaz de autofundarse, no condicionada ni por las relaciones de fuerza ni por la ideología. Kelsen afirma expresamente: *el derecho es un medio social específico, no un fin. El derecho hace del uso de la fuerza un monopolio de la comunidad. Toda norma es un modelo de conducta asociado a una ventaja o a una desventaja que, mediante la técnica del ojo por ojo, realiza casi automáticamente la reintegración del orden turbado*, y replica que toda norma que establece sanciones debe ser establecida por el mismo derecho: *el derecho es esencialmente una técnica de producción de mandatos mediante procedimientos regulados por el mismo derecho*. En definitiva, el derecho tiene el privilegio de regular su propia creación. (Barcellona, 1996: 24)

La situación global muestra una gran crisis, que sistemas como el derecho parecen ignorar. La propuesta de Kelsen se presenta y se desarrolla como

cierta. Más aún, lo cierto es que el desarrollo del pensamiento jurídico avanzó separado de los avances sociales, y por lo tanto el derecho se muestra como el mejor y el único posible capaz de reflejarse exclusivamente en sí mismo.

Sin embargo, más allá de este resultado, más allá de esta consistencia del sistema, algo sigue emergiendo: el sufrimiento individual y la miseria de las relaciones humanas se condensan en el umbral del sistema como una pregunta aplazada; no tienen forma, pero la reclaman (Barcelona, 1996: 22).

Efecto del derecho moderno sobre la conciencia y la creación del sujeto como objeto de consumo

En la actualidad, una mejoría reconocible es el pluralismo. Tarde o temprano se sabría que mediante pretensiones metafísicas universalistas todo intento por desconocer la diversidad de valores culturales fracasaría. La diversidad no es un invento, es posible comprobar su existencia al visitar cualquier gran ciudad del mundo. Sin embargo, el liberalismo sigue detrás de la mayoría de las organizaciones sociales, aunque ahora liberado de su revestimiento metafísico logra o por lo menos se adjudica el papel de integrar a la comunidad global. El derecho ha sido capaz de incorporar este *politeísmo de valores* (proveniente de distintas causas: religión, cultura, o simple *life style*). Desde su óptica (la del derecho), la procedencia racial o religiosa (o cualquier otra) parece dejar de importar, *el sistema solo ve lo que tiene que ver y no ve lo que no tiene que ver* –según la frase de Luhmann–. Por lo tanto, el color de la piel o las creencias le son indiferentes. Todas las diferencias son absorbidas por el principio, ya mencionado, de la igualdad. Esta igualdad tiene un efecto negativo a causa de la conversión del sujeto en una partícula homogeneizada, como parte de una masa uniformada.

En realidad, la connotación más significativa del derecho como regla que determina su propia creación del derecho como medida universal, supone lograr un objetivo que en cierto sentido puede parecer imposible: *permitir la unificación de una sociedad atomizada*, permitir la coexistencia de lo que Weber y Kelsen llamarían el moderno “politeísmo de valores”, la falta de valores absolutos o de verdades vinculantes, la atomización y la disipación individual de la sociedad y, al mismo tiempo, permitir la realización de una profunda y fuerte unificación de la sociedad de los átomos de manera que se impida la resolución del individualismo en el desorden y en el conflicto permanente. Puede parecer paradójico, pero lo que el derecho realiza en su configuración moderna parece casi un evento milagroso

en el desarrollo de las sociedades humanas: unir y separar a la vez, mantener como posible la división y la atomización de la sociedad, concebida como sociedad de individuos independientes y, al mismo tiempo, realizar su unificación, alcanzar esa unidad que permite identificar la sociedad como código (Barcellona, 1996: 25).

En este orden de ideas, cabe la pregunta sobre la relación del derecho con la Justicia. Socialmente se ha llegado a tratar estas dos palabras como sinónimos. Puede que tal uso provenga de una herencia iusnaturalista, o de un *positivismo ideológico* extremo, en términos de C.S. Nino (1983: 23-25). Sin embargo, tal uso resulta *cínico*. Para muchos, la única justicia posible es la que se le acredita al derecho moderno liberal. ¿Pero qué justicia ha obtenido el derecho, distinta a una burda concepción de esta que trata a los desiguales como iguales (igualdad formal), haciendo permanecer intacto el *statu quo*?³⁰

Siempre ha sido y es imposible encontrar un consenso alrededor de un concepto como *justicia*. Durante la historia de la humanidad, la mayoría de los hombres se han designado como defensores y buscadores de la justicia. Repasar sus acciones en pro de obtener tal justicia causa asombro, pues sus procedimientos parecen altamente injustos. Casi todas las guerras han sido por cuenta del enfrentamiento entre dos visiones distintas de Justicia, cada una segura de sí misma y capaz de aplastar la concepción contraria con tal de prevalecer. ¿En cuál de todas creer?

La variedad de tipos de ideas sobre lo que es la justicia es sorprendente. Solo en lo que se puede denominar como Liberalismo, oscilan concepciones de justicia que van desde liberalismos a ultranza como los de Von Hayek (1996) o Nozick (1990), pasando por liberalismos intermedios como el de Rawls (1993 y 1998) a liberalismos socialistas como el de R. Dahrendorf (1970; 1995: 37). Eso sólo en el liberalismo. Pero los comunitaristas tienen otras, los comunistas otras, los anarquistas otras, etc. Y en cada una de estas existen varias posiciones. ¿Es posible encontrar la mejor? No se podría saber. Todas tienen argumentos a su favor. El problema surge cuando todas las versiones de justicia se creen la mejor, la única. Cuando alguna pretende ser hegemónica, las demás pasan a un segundo plano, y la

30

Es tal el arraigamiento del tan estrecho lazo entre justicia y derecho, que no son pocos los países en donde los ministerios de Derecho son llamados ministerios de Justicia. Tal como George Orwell lo exponía en su apocalíptica novela *1984*. En Colombia, país de exabruptos, se le denominaba desde 1991 "Ministerio de la Justicia y el Derecho", y con la reestructuración de la administración central efectuada en 2003 se le denomina "Ministerio del Interior y Justicia".

lucha no se limita a los debates académicos. Sin embargo, a pesar de la indeterminación, se debe tomar postura.

A grandes rasgos y de manera concreta, la concepción por la que aquí se propugna consiste en que la justicia solo puede ser alcanzada mediante una verdadera justicia social.³¹ Verdadera no en un sentido absoluto, sino en el sentido que debe ser universal –transnacional, válida para todo ser humano–, en la cual todo hombre y mujer tengan la posibilidad de vivir dignamente.

No es pertinente detenerse en las razones (y sentimientos) por las cuales aquí se defiende un concepto de justicia específico, pues no se está proponiendo una nueva teoría de la justicia. En resumen, se puede pensar con respecto a la justicia que, como punto medular, a todo ser humano se le debe reconocer una calidad de vida superior a la mínima supervivencia. No basta solo con asegurar la vida. Esta concepción está radicalmente en contra de las propuestas neoliberales y liberales que consideran que los problemas de justicia en el mundo se deben a que falta más liberalismo; que la pobreza proviene de la falta de libertad de mercado, de la excesiva intervención estatal, de los aranceles, de las restricciones estatales en las fugas de capitales. El neoliberalismo no es aceptable, pues al verificar la situación global en términos económicos (redistribución del ingreso, expectativa de vida, mortalidad infantil, nivel de educación, agua potable, desnutrición), se encuentra una situación bastante desalentadora.

Dentro de esa tendencia predominante neoliberal se encuentra un derecho que a pesar de designarse, por lo menos en teoría, como defensor de la justicia, se ha limitado exclusivamente a vigilar el cumplimiento y garantizar unas reglas de juego. A esta visión se pueden plantear varias objeciones. Una de ellas argumenta que legislaciones de muchos países han promovido principios aptos para la obtención de avances sociales como la solidaridad.

Se puede aceptar que esto puede ser cierto para naciones avanzadas, en las cuales este tipo de normas pueden ser eficaces por cuenta del desarrollo y riqueza del país. Pero, como se ha repetido, estos derechos sociales no pueden tener una vigencia mundial, gran parte de la pobreza que ellos ya superaron, la exportaron. Las empresas multinacionales contratan mano de obra más económica en países cuya oferta laboral es alta y barata, y donde la inexistencia o desmonte de las prerrogativas de los tra-

³¹ En el plano ético es tarea diaria desenmascarar todo discurso convencido de ser el único poseedor de la verdad.

bajadores (como la seguridad social) no producen sobrecostos. La rentabilidad de las empresas se afectaría si los salarios fuesen del mismo monto en todo el mundo y los derechos laborales y la seguridad social se reconociera y respetara en el marco del proceso de globalización.

De tal manera quedan rebasadas la soberanía y la autodeterminación de aquellos países que resultan atractivos para la inversión extranjera. Puede que los esfuerzos locales por lograr prerrogativas laborales para los trabajadores sean inmensos; sin embargo, son pírricos, pues darles vigencia significaría retar las exigencias neoliberales, ocasionando represalias económicas contra el respectivo país. Esta realidad desvincula totalmente al derecho como medio para la obtención de la justicia.

La norma ya no es mandato de realizar un objetivo o un fin, sino que se ha convertido en una regla de juego, de un juego en el que todos pueden jugar. La sociedad de los átomos es una sociedad que juega. El conflicto y la guerra civil se han convertido en un juego permanente para el que no es necesaria una ley, sino que basta una regla que defina ámbitos y modalidades. (Barcellona, 1996: 26)

Pero, a pesar de tal realidad, pareciera no haber ninguna salida. Pareciese que es preferible la globalización, a cerrar las puertas al mercado global, es indispensable para toda nación comerciar con otras naciones. La encrucijada neoliberal no tiene alternativa, al menos que hubiese un cambio de actitud mundial con respecto a los valores económicos.

Los siguientes puntos de vista, tomados del artículo “El dilema de la globalización, un hecho irreversible”,³² parecen dar clara muestra de esta encrucijada:

Stanley Fischer, Director del Fondo Monetario Internacional (FMI) declaró a propósito de una conferencia que dictó en Camerún sobre los restos de la globalización en África “que no tiene sentido preguntarse si deberíamos continuar o ir en contra de la globalización”. La globalización está aquí para quedarse: la realidad es que nosotros ya vivimos en una economía global, donde los flujos de comercio, de capital y el conocimiento más allá de las fronteras nacionales no sólo es grande sino que cada año se incrementa más. Los países que no estén dispuestos a agacharse con otras naciones arriesgan a quedar rezagados del resto del mundo en términos de ingreso y de desarrollo humano.

32

El Espectador, edición del domingo 24 de junio de 2001, 2A-2B.

Noami Klein en su libro *No Logo* dice: “El comercio libre en el mundo promueve el crecimiento económico global. Crea empleo, hace de las empresas más competitivas y reduce el precio de los bienes para los consumidores. También provee a los países pobres de flujos de capital extranjero y de tecnología que les dan la oportunidad de desarrollarse económicamente y, al extenderse la prosperidad, se crean las condiciones en las cuales la democracia y el respeto por los derechos humanos pueden florecer”.

El economista Paul Krugman, días antes de la cumbre de Québec, publicó en el *New York Times* un artículo titulado “Razón y corazón”. En éste sostiene que el movimiento antiglobalización genera efectos contrarios a los que busca: en 1993, niños de Bangladesh trabajaban produciendo ropa para los almacenes WalMart (una cadena de Estados Unidos). El Senador Tom Harkin presentó un proyecto legislativo que prohibía la importación de productos que involucraran trabajo infantil. Como resultado, las fábricas textiles de Bangladesh dejaron de emplear niños. Las preguntas que se hace Krugman son: ¿regresaron los niños a la escuela? ¿regresaron a hogares felices? La respuesta real es no. Estos niños trabajadores terminaron en trabajos peores o en las calles y un significativo número terminó en prostitución. Krugman agrega: “El punto es que los países del Tercer Mundo no son pobres porque los trabajadores que producen bienes de exportación ganan bajos salarios. Es al revés. Porque los países son pobres, lo que a nosotros nos parece como un mal trabajo y un mal salario son casi siempre mucho mejor que otras alternativas como millones de mexicanos emigrando hacia el norte del país para vincularse con bajos salarios a la producción de bienes de exportación, hecho que indigna a los trabajadores de la Nafta. *Y esos trabajos no existirían si los salarios fueran mucho más altos: los mismos factores que hacen pobres a los países pobres –baja productividad, mala infraestructura, desorden social– implican que tales países puedan competir en el mercado mundial únicamente si ellos pagan salarios mucho más bajos que aquellos pagados en Occidente*” (las cursivas no son del texto). Y termina diciendo: “Muchas de las personas que están adentro de las rejas están sinceramente intentando ayudar a los países más pobres del mundo. Y las personas que están afuera [refiriéndose a los activistas antiglobalización] están haciendo lo mejor que pueden para hacer que los pobres sean más pobres”.

Se han presentado al menos tres puntos de vista totalmente convencidos de que su causa es la única y por supuesto la correcta. Y, de hecho, parece-

rían tener razón, aparentemente se ha llegado a un callejón sin salida. Se está tan involucrado en esta lógica, que renunciar a ella es optar por consecuencias terribles.

Sin embargo, el resultado mundial producto de la globalización económica tampoco es alentador. ¿Qué alternativas existen?, ¿cuáles son los obstáculos?

Uno de los principales problemas consiste en que los intereses privados de las multinacionales difícilmente van a ceder (sobre todo cuando la mayoría –pues no solo son los poderosos– cree que la justa causa está en la libertad del mercado) a principios de equidad y de solidaridad. Hasta ahora la guerra la gana, por todos sus flancos, la globalización neoliberal. La misma cultura está de su lado y atacarla es atacar el *modus vivendi* patrocinado por el mundo capitalista.

He ahí la encrucijada: Stanley Fischer, Naomí Klein y Krugman parecen tener razón. Renunciar a esa lógica podría tener consecuencias terribles en un panorama nada alentador. Las sociedades transnacionales (STN) no van a ceder.

Fischer y Klein se equivocan en el sentido directo de que lo que aseveran no corresponde a la realidad de los hechos. Basta enterarse de lo que pasa ahora en el mundo. Lo de Krugman es un poco más complicado porque hace afirmaciones sobre las “ventajas” que tiene para los trabajadores del Tercer Mundo ser mal pagados y que no se respeten las leyes sociales. Su razonamiento parece lógica pura. En Francia, el fascista Le Pen decía que para resolver el problema de los tres millones de desocupados bastaba con expulsar del país a tres millones de árabes y se acabaría la desocupación. Matemática pura. Sin embargo, el razonamiento es económicamente falso. Lo mismo ocurre con Krugman. Pero es difícil responder sin desarrollar a fondo un razonamiento y ya lo han hecho muchos excelentes economistas. Keynes, Galbraith, Emmanuel, Amin y muchos otros podrían demostrar la falsedad del razonamiento de Krugman. Apelando a estos economistas se puede hacer la demostración contraria: que a los capitalistas les conviene pagar más y dar mejores condiciones de trabajo a los trabajadores. Lo que hace Krugman es justificar el sistema actual con un razonamiento falso (sin dejar de anotar que carece totalmente de ética).³³

33

Luchar contra esta ideología dominante no es fácil: Klein y Krugman son *best sellers*, pero ¿quién lee a Amin, Keynes o Galbraith? Lo curioso con Klein es que, además, algunos comentarios lo presentan como un gran crítico del sistema actual. Es el caso,

No es congruente reconocer que el panorama actual no es alentador, pero que cambiarlo tendría graves consecuencias: el sistema actual es terrible e intentar cambiarlo es lo mejor que se puede hacer. No se trata de atacar el *modus vivendi* de la población mundial sino el *modus muriendi*. Y no sólo de los que mueren de hambre, de enfermedades, y en las guerras internacionales y en las guerras civiles, etc., que no son pocos, sino de los que viven como máquinas trabajando y consumiendo compulsivamente, cualquiera sea su categoría social.

El reino de la técnica

Cuando las ciencias han sido capaces de construir un mundo en el que ya no hay nada por descubrir, el futuro no aparenta ser mucho más de lo que es el presente. Ahí es donde la técnica toma su papel protagónico. En este momento la ciencia, como tal, es innecesaria, lo único que queda es repetir, lo que la ciencia sabe, mecánicamente. El *modus vivendi* de los hombres de hoy está plagado por la técnica.³⁴

Con esto se quiere decir que *hasta el progreso se ha convertido en rutina*, que la capacidad humana de dominar técnicamente a la

mucho más sutil e influyente del Nobel de Economía 1998, Amartya Sen, cuyas ideas son sometidas a un agudo escrutinio en Teitelbaum (2001: 90-91), quien aclara que: "Sen pone en el centro de su reflexión la libertad individual, las condiciones que deben darse para que el individuo pueda elegir libremente lo que considera mejor para sí mismo. Se puede emparentar el pensamiento de Sen con el de los economistas utilitaristas, marginalistas y, en general subjetivistas [...]. Un rasgo común entre Amartya Sen y dichos economistas es el enfoque subjetivo, individualista, de la inserción del ser humano en la sociedad en general y en las relaciones económicas en particular. El individuo vive eligiendo, en la medida de sus capacidades, lo que considera mejor para él. Y Sen precisa que las capacidades del individuo consisten en tener satisfechas sus necesidades materiales básicas y disfrutar de las libertades civiles y políticas, incluida la de estar informado, para poder elegir. El otro rasgo común entre los mencionados economistas y Sen es olvidar el carácter básicamente social e histórico de los sistemas económicos y de las relaciones económicas correspondientes e ignorar el sistema social y económico real y concreto que los rodea. Para una interesante reflexión sobre la inaplicabilidad del derecho al desarrollo, consúltese Uribe (2003: 198-208).

³⁴ No solo su entorno sino también su subjetividad está plegada a la técnica. Barcellona cita a Severino, para denunciar el tipo de hombre que surge de la técnica: "la técnica está proponiéndose llegar a la reconstrucción de la estructura mental del individuo y conferirle aquellas cualidades psicológicas necesarias para el funcionamiento eficaz de los instrumentos" (E. Severino, *Gli abitatori del tempo*, cit., pp. 13, 23, 33 y *passim*).

naturaleza se ha desarrollado de tal forma que es capaz de asumir los caracteres de una capacidad de planificación que hace imposibles lo nuevo y lo imprevisto. (Barcellona, 1996: 34)

Toda actuación que se salga de los parámetros establecidos se convierte en una amenaza. Para estos parámetros son irrelevantes las preferencias sexuales, la raza, la religión, o la ropa que sea usada (según sus normas todos somos iguales –¿pero de qué forma? –). Lo relevante está constituido por la pertenencia a una sociedad de mercado (importa la capacidad de consumo, la capacidad de producción, lo demás no tiene relevancia). Nadie, absolutamente nadie, puede salirse de esta celda (en terminología foucaultiana: de este secuestro). La opción, la alternativa a este estilo de vida, es la exclusión, la locura, el hambre:

En la época de la desmesura del deseo y de la máxima artificialidad del orden, el derecho se convierte en pura técnica de control o quizás en la expresión de una voluntad de parte, de la misma forma que el Estado moderno es producto de una parte.

(...) Contradicción dramática, pues entre el derecho y la justicia, que recuerda antiguos dualismos y antiguas contradicciones, que habría que entender como un mero repetirse de cosas ya sucedidas si no percibiésemos que hoy dicha contradicción ha alcanzado un nivel inusitado e inédito, haciendo cada vez más dramático, en ciertos aspectos, el problema de mantener un orden en el mundo y de encontrar un enlace entre los procedimientos legales y las demandas concretas de equidad planteadas por el conjunto de los estratos sociales que componen la sociedad moderna.

Cada vez más, esta sociedad necesita ser regulada jurídicamente; y cada vez más, la justicia aparece lejana e indecible. (Barcellona, 1996: 27)

En este reino de la técnica, la justicia sale del horizonte como algo a lo que se aspire llegar. La técnica ha logrado que parezca que la justicia ya está aquí en el presente; que con el transcurso normal de las cosas, se llegare al máximo de justicia posible:

La técnica parece proponerse el objetivo (enormemente arriesgado) de construir una *segunda naturaleza sin raíces*, una naturaleza fundada en la capacidad que tiene el hombre de destruir y construir las cosas, en la infinita disponibilidad de la cosa para ser construida y destruida, y, por tanto, para venir de la nada y llegar

a la nada (...). La contradicción entre el derecho y la justicia refleja profunda e intrínsecamente la contradicción entre técnica y vida, entre la abstracción autosuficiente de la técnica y la demanda de sentido para los problemas de la vida y para la relación con el mundo. (Barcellona, 1996: 29-30)

En esta fría lógica del reino de la técnica –por supuesto, en un entorno comprendido por el capitalismo– es claramente identificable la predominancia del formalismo jurídico en el derecho. Aquí se referencia el formalismo de la siguiente manera:

Por formalismo no me refiero –anota Roberto Mangabeira Unger– a lo que para lo que generalmente se usa: creencia en la existencia de un método deductivo o cuasi deductivo capaz de dar determinadas soluciones a problemas jurídicos particulares. Formalismo en este contexto es un compromiso por, y por lo tanto también en la creencia de la posibilidad de un método de justificación jurídica que contrasta con disputas abiertas acerca de los términos básicos de la vida social, disputas que la gente llama ideológicas, filosóficas, o visionarias. Tales conflictos están lejos del limitado canon de argumentos e inferencias que los formalistas adjudican al análisis jurídico. Este formalismo dice que los propósitos, políticas, y principios impersonales son componentes indispensables del razonamiento jurídico. El formalismo en el sentido convencional –la búsqueda de un método de deducción en un sistema ordenado de normas– es solo un limitado caso anómalo de este tipo de jurisprudencia.³⁵

El formalismo jurídico intenta negar toda reminiscencia de complejidad, quiere desconocer toda posibilidad de *innominación*, quiere elevar al derecho como ciencia, cree ser capaz de contener toda conducta humana

35 “[...] By formalism I do not mean what the term is usually taken to describe: belief in the availability of a deductive or quasi-deductive method capable of giving determinate solutions to particular problems of legal choice. -Formalism in this context is a commitment to, and therefore also a belief in the possibility of, a method of legal justification that contrasts with open-ended disputes about the basic terms of social life, disputes that people call ideological, philosophical, or visionary. Such conflicts fall far short of the closely guarded canon of inference and argument that the formalist claims for legal analysis. This formalist holds impersonal purposes, policies, and principles to be indispensable components of legal reasoning. Formalism in the conventional sense –the search for a method of deduction from a gapless system of rules- is merely the anomalous, limiting case of this jurisprudence” (Véase Unger, 1986: 1).

posible. Y sin embargo, no existe ninguna correspondencia de la realidad. Como lo expresa Duncan Kennedy (1997), el formalismo niega estratégicamente su contenido político, defiende su coherencia, y es un claro defensor de un statu quo. A la vez, el formalismo insta un orden artificial, permite la validez de él mismo a través de sí mismo y presume su eficacia. Mas la realidad consiste en que

[...] la doctrina jurídica era una serie de construcciones ideológicas que respaldaban la organización social existente, al convencer a los actores jurídicos y los ciudadanos corrientes que los sistemas jurídico y social eran inevitables y esencialmente justos [...] cuando en realidad [...] no hay una forma políticamente neutral o coherente de hablar del derecho, porque la lógica interna del derecho depende de principios y conceptos profundamente contradictorios. (Minda, 1995, citado por Rodríguez, C., 1999: 47)

Efecto del derecho moderno sobre los derechos sociales

En este último aparte se tratará el tema de los derechos sociales introducido anteriormente. Inicialmente se expondrá la evolución histórica del contenido y validez de los derechos sociales en los países avanzados, de acuerdo con el derrotero propuesto por el profesor italiano Antonio Baldassare. Luego, se concluirá mostrando distintos puntos de vista en torno a los derechos sociales, de acuerdo con el tratamiento dado por la izquierda y por la derecha. Se fijará posición con respecto a la pregunta ¿cuánto se puede esperar de los derechos sociales en cuanto agentes de cambio social?

Los derechos sociales según Baldassare

En los orígenes del Estado liberal, el uso del término derechos *sociales* era casi inconcebible. Según la ideología predominante, el gran auge de los derechos se centraba primordialmente en los derechos subjetivos. El mayor alcance de estos era el del respeto de la autonomía del individuo. Por lo tanto,

proponer la hipótesis de una prestación social como objeto o contenido de un derecho subjetivo y, al mismo tiempo, configurar una pretensión o un poder dispositivo respecto del soberano (legislador) contradecía los principios de fondo del andamiaje jurídico, en especial la idea de una suerte de “monopolio público” de las acciones sociales y políticamente significativas. (Baldassare, 2001: 16-17)

El contenido del derecho enarbolaba los principios de la *libertad* y la *igualdad*. Pero su contenido tenía un alcance muy precario en relación

con tan *importantísimos* derechos. En el caso de la *libertad*, el alcance de ésta no era más que un significado normativo negativo (“mi libertad llega hasta donde llega la libertad del otro”); el derecho a la *igualdad* por su parte no otorgaba al titular más que un reducido sentido formal que en términos prácticos se traducía en igual capacidad para contratar.

Las prestaciones sociales eran brindadas por organizaciones privadas independientes al Estado, por lo general de carácter religioso. Sin embargo, para disfrutar de estos privilegios, la libertad de los beneficiados era coartada. Se exigía cierto comportamiento del beneficiado con el objetivo de normalizar y homogeneizar a las personas, en un proceso de ortopedia social (Foucault, 1995: caps. 4 y 5). De esta manera, los derechos no eran considerados como derechos, sino más bien como caridad, la cual se podía ejercer o no. No existía por lo tanto ninguna consagración legal de estas donaciones distinta a un posible vínculo contractual.

Gran parte de las críticas de los pensadores sociales de este momento histórico al capitalismo y a su sistema jurídico provenían del fácil reconocimiento de la imposibilidad del derecho de obtener la mejoría de la situación social de esa época.

Esta convicción, común a personalidades tan diferentes entre sí como Locke y Ricardo, Proudhon y Marx, partía de la premisa compartida de que la distribución es una suerte de implicación de la producción, y especialmente de la organización productiva, de tal modo que toda intervención del Estado limitada a los procesos distributivos habría podido introducir efectos irracionales o habría sido inútil o insuficiente, ante los ojos de los reformadores, para obtener la transformación del sistema (Baldasare, 2001: 20).

Los derechos sociales solo empezaron a ser tema de interés durante el final del siglo XIX y comienzos del XX. La gran pobreza surgida durante la revolución industrial y las amenazas obreras de revolución para implantar sistemas comunistas, apremiaron a los gobiernos por la necesidad de una transformación de la legislación en la cual se reconocieran derechos sociales. Países con dirigentes con ideologías bastante distintas no demoraron en hacer reformas legislativas.³⁶ Pero tales reformas no alcan-

36

“En Alemania, el seguro obligatorio para todos los trabajadores de la industria, para los inválidos y para los ancianos se promovió (desde 1881), y luego se introdujo (con dos leyes de 1884 y 1889) por el conservador Bismarck; en Italia, los primeros desarrollos fundamentales fueron obra de gobiernos conservadores (basta pensar en la ley Crispi de 1890) y sobre todo del régimen fascista; en Inglaterra y en Francia, los mayores esfuerzos en esta dirección fueron obra de gobiernos predominante-

zaban hasta el momento la jerarquía constitucional, los derechos sociales reconocidos lo eran siempre y cuando provinieran de una iniciativa legislativa, de lo contrario no eran reconocidos. Su existencia consistía en ser meras posibles directrices legislativas.

Indudablemente, esta nueva concepción de los derechos sociales, a pesar de ser restringida, era la que iba a dar paso a logros sociales de mayor calibre, como se conoce en varios textos constitucionales –la colombiana es un ejemplo de ello, como *law in the books*– y que también logra tener vigencia para los ciudadanos de varios países desarrollados.

La evolución histórica de estos derechos ha estado sujeta a una fuerte crítica, proveniente tanto de la izquierda como de la derecha.

Un exponente de la crítica de derecha es Carl Schmitt, 1982 (citado por Arango, 2001a: 137-138). Según este autor, los derechos sociales son los propios de un régimen socialista y, en consecuencia, autoritario, por lo tanto lo único que debe existir son garantías institucionales, por lo general ligadas a los derechos fundamentales clásicos (Baldassare, 2001: 33; Borowsky, 2003). El reconocimiento de los derechos sociales permitiría un fortalecimiento del Estado, éste intervendría con regularidad todas las relaciones laborales y sociales y se encargaría de hacer valer los derechos sociales. Para aquellos defensores a ultranza del egoísmo individualista esto era una inminente amenaza. El fortalecimiento del Estado tendría que ser financiado mediante impuestos y gravámenes sobre varias actividades sociales como el comercio. Algún porcentaje de las utilidades se vería sacrificado por cuenta de esta obligación a la solidaridad. Pero tal rechazo al reconocimiento del Estado de los derechos sociales proviene del tipo de construcción del sujeto. Cuando esta construcción consiste en valores netamente individualistas y egoístas es evidente que estas regulaciones afectan a aquellos individuos más inteligentes, más bellos y más afortunados por haber nacido en una cuna específica. Este orden de ideas y de argumentos son los que defienden aquellos detractores del Estado y fervorosos creyentes en las bondades producto del equilibrio del mercado. Desde esta posición es posible crear una idea entre lo que es bueno y lo que es malo, donde malo es todo aquello que afecte o intervenga en el actuar del individuo. Así, un llamado obligatorio a que un sujeto distribuya parte de su ingreso a un indi-

mente socialistas; en los Estados Unidos de América fue esencial la experiencia de una presidencia liberal progresista como la de F.D. Roosevelt; por último, no puede olvidarse la gran contribución en este sentido por parte de los gobiernos dominados por partidos católicos, en especial en Alemania, Italia, Bélgica y Holanda” (Baldassare, 2001: 24).

viduo desfavorecido es un abuso de autoridad. Toda expresión de solidaridad debe ser producto del propio interés, mas nunca algún tipo de obligación.

Otra postura contraria proviene de aquellos defensores de los derechos sociales que consideran que son valores que deben ser reconocidos a todo hombre. Hoy en día son varios los autores que persiguen elevar estos derechos a la altura de los derechos humanos y los denominan derechos humanos sociales. Dar este tratamiento conduce a que tengan la misma obligatoriedad de cumplimiento universal para todo hombre.

Sin duda este alcance no se limita al reconocimiento formal y vacío de estos derechos. Lo que pretende es lograr darles una validez material. La verdadera libertad únicamente se puede obtener en un entorno no solo de igualdad de derechos, sino también de oportunidades.

Son muchos los Estados nacionales que se denominan Estado social de derecho. El colombiano es un ejemplo de ello, pero el alcance de estos derechos es sumamente corto. Según la postura dominante en Colombia, los derechos sociales no obtienen ninguna defensa estrictamente constitucional distinta a las leyes de la República y la conexión que tengan con derechos fundamentales.³⁷ Pero empíricamente se comprueba una gran falta de correspondencia entre estos derechos y la realidad. La pregunta que les surge a los defensores de estos derechos es cómo lograr que tengan una aplicación real para la totalidad de la población nacional.

El profesor Rodolfo Arango Rivadeneira considera que el problema de la inaplicación de estos derechos consiste en su falta de claridad conceptual. Esta consideración se aplica en especial a los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Su carácter de derechos subjetivos le es negado frecuentemente. Esto hace necesario clarificar qué se entiende cuando se habla de derechos humanos sociales como derechos subjetivos. Para ello debe partirse de la definición de ambas categorías de derechos (Arango, 2001a: 140).

La propuesta de Arango aparece sugerente; sin embargo, ¿es admisible considerar que el verdadero problema de la inaplicación de los derechos fundamentales sociales en países atrasados es la falta de claridad conceptual? Supóngase que se logre dar una claridad conceptual a las normas que respaldan los derechos fundamentales humanos, ¿cuáles serían entonces los problemas de inaplicación?

37

Sentencia T- 406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

En un trabajo posterior, Arango avanza en una propuesta para llenar el vacío conceptual que en su opinión explica la imposible exigibilidad judicial de los derechos sociales constitucionales. Según Arango:

el concepto de derechos fundamentales, así como el de derechos subjetivos que le es implícito, puede ser esclarecido por la filosofía analítica y abarca tanto los derechos liberales como los sociales, independientemente de sus diferencias lógico-estructurales.

Este autor, luego de descalificar los enfoques ideológicos, tacha de insuficientes los enfoques que se ocupan de los derechos sociales constitucionales desde la perspectiva filosófica, económica, sociológica y de la teoría del Estado, pues considera que “el tiempo está maduro para analizar el concepto de derechos sociales constitucionales desde la perspectiva de la teoría legal”.

Sobre la base de un concepto de derechos sociales constitucionales que

se refiere a los derechos a un mínimo social para el cubrimiento de las necesidades básicas, las cuales están representadas por aquellos bienes básicos necesarios para llevar una vida con dignidad y autorrespeto. Ejemplos de dichos bienes básicos son la comida, el vestido, el techo, la asistencia médica mínima, la educación básica y secundaria, el trabajo y la seguridad social.

Ya con un concepto en la mano de derechos subjetivos “suficientemente evolucionado” y a la luz del “análisis del lenguaje de los derechos”, queda desbrozado el camino sobre la siguiente clave teórica:

Un concepto evolucionado de derechos subjetivos [del que carecen Rawls y Habermas] es aquel que reproduce enteramente el lenguaje sobre los derechos, bien sean ellos negativos o positivos, y a la vez incorpora en su definición los criterios para determinar su violación.

Sobre esta base, Arango formula y justifica

un nuevo concepto de derechos sociales constitucionales, basado en un concepto evolucionado de derechos, el cual está inmunizado en contra de la objeción de que dichos derechos son indeterminados, por tanto, no propiamente derechos sino directrices políticas. Aquél tiene la virtualidad de mostrar qué razones válidas y suficientes para sustentar un mínimo social para satisfacer las necesidades básicas pueden ser objetivamente reconocidas, no desde la perspectiva rawlsiana de la teoría de la justicia, sino desde la perspectiva de un consecuencialismo de regla moderado. Baste aquí

sólo enunciar el concepto de derechos sociales constitucionales: “Una persona tiene un derecho fundamental a un mínimo social para satisfacer sus necesidades básicas, si pese a su situación de urgencia el Estado omite actuar, de forma que lesiona sin justificación constitucional a la persona”.

Como se puede constatar, en la perspectiva de Arango se trata de soluciones individuales totalmente aisladas del problema del tipo de organización socioeconómica que sirve de contexto vivencial a una determinada persona en un momento histórico dado (Arango, 2001b: 185-212; 2002: 103-122).³⁸

El verdadero problema de inaplicación de los derechos humanos fundamentales es un problema económico y político, mas no jurídico. No es la Corte Constitucional³⁹ la que tiene que solucionar la inaplicación de

³⁸ El problema de la subjetividad de los derechos sociales en la doctrina constitucional colombiana se retomará *infra* en el capítulo cuarto. La postura de Arango desconoce el fenómeno del “individualismo posesivo”, estudiado por MacPherson (1970: 16-17). Este académico inglés explica que: “[...] las dificultades de la teoría democrática-liberal moderna son más profundas de lo que se creía; que el individualismo original del siglo XVII contenía la dificultad fundamental, que reside en su cualidad poseedora. Y su cualidad poseedora se halla en la concepción del individuo, que es esencialmente el propietario de su propia persona o de sus capacidades, sin que deba nada por ellas a la sociedad. El individuo no se veía como un todo moral; tampoco como parte de un todo social más amplio, sino como un propietario de sí mismo. La relación de propiedad, que se había convertido cada vez para más y más hombres en la relación críticamente importante que determinaba su verdadera libertad y su verdadera perspectiva de realizar todas sus potencialidades, se encontraba en la naturaleza del individuo. El individuo, se pensaba, es libre en la medida en que es el propietario de su propia persona y de sus capacidades. La esencia humana es la libertad de la dependencia de las voluntades ajenas, y la libertad es función de la posesión. La sociedad se convierte en un hato de individuos libres iguales relacionados entre sí como propietarios de sus propias capacidades y de lo que han adquirido mediante el ejercicio de éstas. La sociedad consiste en relaciones de intercambio entre propietarios. La sociedad política se convierte en un artificio calculado para la protección de esta propiedad y para el mantenimiento de una relación de cambio debidamente ordenada”. Para una interpretación contextualizada, *cf.* Quesada (1992: 267-310).

³⁹ Colombia ya ha sido ejemplo de ello. La Corte Constitucional ha sido motivo de debate con los economistas en el último lustro. Los defensores de la actividad de la Corte consideran que está defendiendo el marco jurídico constitucional, y haciendo valer los derechos consagrados. Mientras tanto, los detractores argumentaban que los fallos de la Corte en materia económica, tarde o temprano, terminarán quebrando al país. Ambos tienen razón en su propia perspectiva, en realidad lo único que hace la Corte es ser un poco (sin serlo del todo) consecuente con el mandato cons

los derechos pues sus fallos por mucho que lo intenten no son los que lograrán darles una aplicación. El sistema económico mundial actual tiene una lógica, una manera de funcionar, en la que se enmarcan las relaciones sociales. Este sistema económico genera ciertos parámetros para administrar los recursos y el capital. Un óptimo desarrollo de la banca y la inversión son los que a la larga determinan el beneficio general de la sociedad. Cuando no, aumenta el desempleo y en consecuencia la pobreza, se ahuyenta la inversión extranjera, y las finanzas del Estado entran en déficit. Puede que algunas determinaciones constitucionales persigan cambiar algunas situaciones de iniquidad e injusticia y lo que ocurre es que las consecuencias de sus fallos son contraproducentes. Los atacantes de la Corte consideran que la Constitución colombiana es apropiada para un país avanzado, y que este país no tiene la capacidad para reconocer esos derechos. Esta afirmación es devastadora, pero cierta. Sería deseable que no fuera así, pero la situación económica internacional impide a Colombia jugar como si fuera un país avanzado. Jugar a serlo, conduce a la quiebra del actual Estado.

El nuevo orden global impone una manera de hacer funcionar la economía nacional. Organismos internacionales como el FMI y el BM son los encargados de dirigir la economía mundial hacia el mejor desarrollo de la globalización. Para ello se necesita inversión extranjera, disminución del gasto y del tamaño del Estado, bajos impuestos, fortalecimiento de la banca. No hacerlo es resignarse al olvido y a la miseria absoluta (tal como lo manifiestan con su razón los tecnócratas de los organismos multilaterales y sus acólitos locales). La globalización no tiene opción, renunciar a ella puede conducir al país a la más profunda miseria.

Cuando un sistema jurídico como el colombiano pretende enfrentarse a esa fuerza globalizadora y a su orden, produce contradicciones con el sistema económico, que se impone sobre los demás sistemas. Al hacerlo funcionar inadecuadamente, afecta la situación del país pues no es que se esté planteando un sistema alternativo sino que lo hace funcionar mal.

Por lo tanto, el activismo judicial no puede ser el único encargado de hacer valer los derechos inaplicados. Los derechos no son inaplicados por la falta de determinación de la norma, ni por ningún otro motivo distinto a un marco establecido por la economía neoliberal.

titucional y, sin embargo, las consecuencias de sus fallos terminan siendo desfavorables para la "lógica interna" de la economía y el sistema establecido.

Las normas que establecen los derechos sociales en los países atrasados nunca tendrán el verdadero alcance material que deberían tener, dado el contexto económico actual. No se puede desconocer que en otras épocas algunos derechos han tenido mayor alcance; sin embargo, el alcance total o limitado que pueden tener en la actualidad se ve supeditado a la situación económica. En contraposición a la situación colombiana –y de otros países de similar o parecida contextura socioeconómica e institucional–, en los países de capitalismo avanzado, los derechos sociales han obtenido una aplicación con instrumentos tales como el seguro de desempleo, el alto índice de cotización para regímenes de seguridad social de la población, la gratuidad de la educación y su calidad en todos los niveles.

El contenido de las normas que sustentan estos derechos en países avanzados es el mismo que se tiene en los países atrasados y, sin embargo, su alcance es notablemente mayor. La razón no es difícil de descubrir: tienen mayor capacidad económica. Entonces la interpretación de los derechos sociales logra tener aplicación cuando el respaldo material es suficiente para hacerlo. Mientras tanto, no hay manera de hacerlos valer.

No se puede olvidar que toda esta dinámica de avance y retroceso se desarrolla en un contexto mundial en el cual la globalización económica jalona el proceso. En tanto y en cuanto el rol de los países atrasados en este sistema sea seguir en la misma posición del juego, proveer materias primas y mano de obra, es ineluctable seguir jugando en el *team* de los pobres, ¿qué otro papel se podría jugar? No se tiene la capacidad para jugar ningún otro. Lo crudo de esta realidad es que jugar obsecuentemente este papel nos permitirá sobrevivir, cuando no hay ningún otro juego. No hay posibilidad de resistencia en el contexto nacional.

Como lo advierte Boaventura de Sousa Santos:

El diálogo es indispensable para que se pase de una retórica cínica de concesiones vacías a la elaboración de un nuevo contrato social global. El capitalismo global, al tiempo que provoca la desregulación de la economía de los países, impone una nueva legalidad que hace ilegal proteger los derechos de los trabajadores o el medio ambiente. (Santos, 2001d: 48-49)⁴⁰

40

Para una ampliación de este enfoque, véase Santos (2001e: 163-189).

COLOFÓN

La anterior postura sobre la relación entre la economía y el derecho desconfía del derecho como única herramienta efectiva de emancipación. Parece que no se pudiese escapar del paradigma marxista clásico, pero el lector podrá advertir que el proceso para llegar a esta conclusión varió. Sin embargo, es el eclecticismo el que gana esta partida pues en medio de la desconfianza propia de la crítica se reconoce que es posible el uso del derecho como un arma sutil para el cambio social. Seguramente un derecho acompañado de poderosas políticas públicas y económicas pueda llevar a un cambio. De todas maneras, sin una base material distinta a la actual, todo el discurso del derecho se quedará en las nubes, incluso atentando e impidiendo una posible transformación. El requisito para que el planteamiento de los derechos sociales funcione es una base material que permita la solidaridad, y se desprenda de mediciones apoyadas en la eficiencia y la maximización.

El problema, sin duda, no es solo de falta de recursos o de escasez, sino de distribución. El derecho está para varias cosas: para defender el statu quo o para transformarlo, acompañado de una política económica solidaria, o simplemente para entorpecer el sistema que ataca, generando resultados contrarios a los esperados –por cuanto genera retrocesos en materia de justicia, de no superar el statu quo mismo.