

La aspiración a la justicia es un dato antropológico fundamental; para vivir juntos, los hombres necesitan ponerse de acuerdo en un mismo sentido de la vida, aun cuando éste no pueda descubrirse científicamente. El Derecho es el texto donde se escriben nuestras creencias básicas: creencia en una significación del ser humano, en el imperio de las leyes o en la fuerza de la palabra dada. Sin ser la expresión de una Verdad revelada por Dios o descubierta por la ciencia, el Derecho es sin embargo una herramienta capaz de servir para fines diversos y cambiantes, tanto en la historia de los sistemas políticos como en la historia de las ciencias y las técnicas. Pero es una técnica de la Prohibición, que interpone en las relaciones de cada uno con el prójimo y con el mundo un sentido común que lo supera y lo obliga. En efecto, es preciso que cada uno de nosotros esté seguro de un orden existente para poder darles sentido a su propia vida y a su acción, aunque ésta sea contestataria.

En este original trabajo, el especialista francés en derecho **Alain Supiot** examina la relación de la sociedad con el discurso legal. Analiza el papel del derecho, de la ley, de la justicia y de la aspiración a la justicia como estructurantes de los lazos sociales, y argumenta que la religión y el Estado ya no aseguran los valores fundamentales. Con una mirada antropológica, observa el derecho y la evolución de las leyes como un recurso por el cual, a través del sometimiento colectivo a un orden existente, los hombres construyen un sentido (compartido, además) para su propia vida.

Su exploración del **HOMO JURIDICUS** -el individuo constituido a través de una densa red de contratos y leyes- está llamada a convertirse en una obra clásica de la teoría social.

ISBN: 978-987-629-010-4



9 789876 290104



HOMO JURIDICUS Alain Supiot



HOMO JURIDICUS

Ensayo sobre la función antropológica del derecho

Alain Supiot



siglo veintiuno editores

**Sociología
y
política**

Traducción de
SILVIO MATTONI

HOMO JURIDICUS

**Ensayo sobre la función
antropológica del derecho**

por
Alain Supiot





Siglo veintiuno editores Argentina s.a.

TUCUMÁN 1621 7° N (C1050AAG), BUENOS AIRES, REPÚBLICA ARGENTINA

Siglo veintiuno editores, s.a. de c.v.

CERRO DEL AGUA 248, DELEGACIÓN COYOACÁN, 04310, MÉXICO, D. F.

Siglo veintiuno de España editores, s.a.

C/MENÉNDEZ PIDAL, 3 BIS (28036) MADRID

Supiot, Alain

Homo juridicus : ensayo sobre la función antropológica del derecho. - 1a ed. - Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2007. 296 p.; 21x14 cm. (Sociología y política)

Traducido por: Silvio Mattoni

ISBN 978-987-629-010-4

I. Antropología Filosófica. I. Mattoni, Silvio, trad. II. Título CDD 128

Título original: *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit.*

© 2005, Éditions du Seuil

Portada: Peter Tjebbes

© 2007, Siglo XXI Editores Argentina S. A.

ISBN: 978-987-629-010-4

Impreso en Grafinor,
Lamadrid 1576, Villa Ballester,
en el mes de septiembre de 2007.

Hecho el depósito que marca la ley 11.723
Impreso en Argentina – Made in Argentina

Índice

Prólogo	9
PRIMERA PARTE	
Dogmática jurídica: nuestras creencias fundadoras	33
1. La significación del ser humano: <i>imago Dei</i>	35
2. El imperio de las leyes: <i>dura lex, sed lex</i>	83
3. La fuerza obligatoria de la palabra: <i>pacta sunt servanda</i>	129
SEGUNDA PARTE	
Técnica jurídica: los recursos de la interpretación	167
4. Dominar las técnicas: la técnica de la prohibición	169
5. Razonar los poderes: del gobierno a la “gobernación”	209
6. Vincular la humanidad: el buen uso de los Derechos Humanos	257

Prólogo

*Deslicense, mortales, no se apoyen,
el hielo es frágil bajo sus pasos.*

PIERRE-YVES NARVOR

El hombre es un animal metafísico. Como ser biológico, aborda el mundo a través de sus órganos sensoriales. Sin embargo, su vida se despliega no solamente en el universo de las cosas, sino también en un universo de signos. Dicho universo se extiende, más allá del lenguaje, a todo aquello que materializa una idea y hace así presente en la mente lo que físicamente está ausente. Es lo que sucede con todas las cosas en las cuales se inscribe un sentido y en particular con los objetos fabricados que, desde los más humildes (una piedra tallada, un pañuelo) hasta lo más sagrados (*La Gioconda*, el Panteón), incorporan la idea que presidió su fabricación y se distinguen así del mundo de las cosas naturales. Es lo que sucede también con las marcas (normas de vestimenta, maquillaje, tatuajes, etc.) o disciplinas (gestos, rituales, danzas, etc.) que convierten al cuerpo humano en un signo. La vida de los sentidos se confunde en el ser humano con un sentido de la vida al cual es capaz de sacrificarse, dándole así un sentido a su propia muerte. Enlazar una significación consigo mismo y con el mundo resulta vital para no caer en el sinsentido, es decir, para volverse un ser racional y seguirlo siendo.

Todo ser humano viene entonces al mundo con una creencia de sentido, el sentido de un mundo ya dado, que le confiere una significación a su existencia. Tal acceso al sentido supone que cada niño aprenda a hablar y se someta por ende al "Legislador de la lengua". Si en verdad dicho legislador, como escribe Platón, "es quien más raramente aparece en la humanidad",¹ es porque usualmente se esconde detrás de la cara de nuestra madre. La lengua

¹ Véase Platón, *Cratyle*, en *Œuvres complètes*, trad. L. Robin, París, Gallimard, 1950, t. I, p. 620 ss.

materna, primera fuente del sentido, es también el primero de los recursos dogmáticos indispensables para la constitución del sujeto. La libertad que brinda para que cada uno piense y se exprese como quiera supone que todos se sometan a los límites que dan sentido a las palabras que la lengua contiene; sin su radical heteronomía no habría autonomía posible. Pero aun antes de acceder así por medio de la palabra a la conciencia de su ser, todo recién nacido habrá sido nombrado, inscripto en una filiación; se le habrá asignado un lugar dentro de una cadena generacional, pues aun antes de que hayamos podido decir “yo”, la ley ha hecho de cada uno de nosotros un sujeto de derecho. Para ser libre, el sujeto primero debe estar ligado (*sub-jectum*: sujeto sometido) por medio de palabras que lo vinculan con los demás hombres. Los lazos del derecho y los lazos de la palabra se mezclan así para hacer que cada recién nacido acceda a la humanidad, es decir, para que se le atribuya una significación a su vida, en el doble sentido del término, general y jurídico.² Privado de todo vínculo con sus semejantes, el ser humano está destinado a la idiocia, en el sentido etimológico del término (del griego *idios*: “que está restringido a sí mismo”). Igualmente está amenazado de idiocia quien permanece encerrado en su propia visión del mundo y es incapaz de comprender que hay otras visiones posibles, es decir que es incapaz de acordar con sus semejantes una representación del mundo donde cada cual tenga su justo lugar. La aspiración a la Justicia no es por lo tanto el vestigio de un pensamiento precientífico, sino que representa, para bien o para mal, un dato

² *Signum*, en latín clásico, corresponde al griego *σημα* (*sema*); tiene el sentido general de “marca distintiva”, de “huella”, y designa tanto las insignias y los estandartes, las imágenes pintadas o esculpidas, como el “nombre” distintivo de una persona, o bien la señal, la consigna, el presagio o el síntoma. En francés, [*signe*] desde sus primeros usos sirvió para designar aquello que permite deducir la existencia de una cosa ausente. “Significar” y “significación” tuvieron muy tempranamente el sentido jurídico de “notificar”, “llevar oficialmente un acto a conocimiento de sus destinatarios”. Véase A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, París, Robert, 1992, s. v., *signe*; A. Ernout, A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, París, Klincksieck, 2001, 4ª ed., s. v. *signum*.

antropológico fundamental. El hombre puede matar y morir por una causa que considera justa (su Libertad, su Patria, su Dios, su Honor, etc.) y desde ese punto de vista en cada uno de nosotros hay una bomba.

El hombre no nace racional, se vuelve racional al acceder a un sentido compartido con los otros hombres. Cada sociedad humana instituye, pues, la razón a su modo. La trama de lo que llamamos “sociedad” está formada de lazos de palabras que vinculan a los hombres unos con otros, y desde ese punto de vista no es posible una sociedad animal.³ En el francés usual, se habla de ley y de contrato para distinguir las dos clases de lazos de derecho que nos mantienen y nos hacen permanecer unidos: del lado de la ley, están los textos y las palabras que se nos imponen independientemente de nuestra voluntad, y del lado del contrato, aquellos que proceden de un libre acuerdo con el otro. Toda persona se encuentra sujeta al estado civil que la ley le asigna antes de estarlo por los compromisos que contrae. No todas nuestras palabras nos vinculan, no todas nos “obligan”, en el sentido a la vez literal y etimológico del término (*ob-ligare*: “ligar a”); por ejemplo, yo no me veo obligado en absoluto por lo que estoy escribiendo ahora y conservo el derecho a desdecirme o a contradecirme. Y entre las palabras y los textos que me obligan, que me vinculan con el prójimo, es preciso distinguir los que proceden de mí de aquellos que proceden del otro, puesto que las palabras que tienen autoridad sobre mí sin que yo las haya pronunciado o aceptado han sido necesariamente anteriores en el curso de mi vida. Nuestras nociones de ley y de contrato están así estrechamente ligadas entre sí y ambas proceden de la creencia en un Legislador divino que garantiza igualmente la palabra dada por aquellos que creen en él, que le son fieles y por ende son también fieles a su palabra. Por tal motivo, no se encuentran de esa forma general y abstracta en otras culturas, por ejemplo en China o Japón. Siendo comunes a las culturas del Libro, las ideas de Ley y de contrato representan solamente una

³ Véase P. Legendre, *De la Société comme Texte. Linéaments d'une anthropologie dogmatique*, París, Fayard, 2001.

manera entre otras de instaurar la justicia entre los hombres y someterlos al imperio de la razón.

Convertir en "*homo juridicus*" a cada uno de nosotros es la manera occidental de vincular las dimensiones biológica y simbólica que constituyen al ser humano. El derecho reúne la infinitud de nuestro universo mental con la finitud de nuestra experiencia física y cumple así en nosotros una función antropológica de instauración de la razón. La locura acecha en cuanto se niega una u otra de las dimensiones del ser humano, ya sea por tratarlo como un animal o sea por tratarlo como un espíritu puro, libre de todo límite salvo los que él mismo se pone. Pascal encontró las palabras más simples para expresarlo: el hombre no es ni ángel ni bestia. Pero esa idea simple sigue resultándonos difícil de entender, porque nuestras categorías de pensamiento oponen el cuerpo y el espíritu, el "materialismo" y el "espiritualismo". Fomentadas por el avance de las ciencias y las técnicas, tales dicotomías nos llevan a creer por un lado que el hombre podrá ser explicado como cualquier objeto natural, que no hay nada que saber sobre él que las ciencias naturales no puedan revelarnos y permitírnos manipular algún día; y por otro lado, que el hombre vuelto entonces transparente para sí mismo podría liberarse algún día de toda determinación natural: elegir su sexo, no ser afectado más por la edad, vencer la enfermedad y acaso hasta la misma muerte. Observar al hombre como un mero objeto u observarlo como un espíritu puro son las dos caras de un mismo delirio.

Una de las lecciones que Hannah Arendt extrajo de la experiencia del totalitarismo es que "el primer paso esencial en el camino que conduce a la dominación total consiste en suprimir a la persona jurídica en el Hombre".⁴ Negar la función antropológica del derecho en nombre de un supuesto realismo biológico, político o económico es un punto en común de todos los proyectos

⁴ H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, Nueva York, Harcourt, Brace and World, 1951, trad. fr. *Les Origines du totalitarisme. Le système totalitaire* (en adelante: *Le Système totalitaire*), París, Seuil, 1972, p. 185 [*Los orígenes del totalitarismo*, París, Taurus, 1974].

totalitarios. Dicha lección pareciera olvidada actualmente por los juristas que sostienen que la persona jurídica es un mero artefacto sin relación con el ser humano concreto. Sin lugar a dudas, la persona jurídica es un artefacto. Pero en el universo simbólico propio del hombre todo es artefacto. Ciertamente, la personalidad jurídica no es un hecho natural; es una determinada representación del hombre que postula la unidad de su carne y su mente y que prohíbe reducirlo a su ser biológico o a su ser mental. Por ello es que se sintió la necesidad, luego del horror nazi, de garantizar la personalidad jurídica a todo hombre y en todo lugar.⁵ Contra ese precepto apuntan quienes procuran descalificar actualmente al sujeto de derecho para poder aprehender al ser humano como una simple unidad de cuenta y tratarlo como ganado o bien, lo que viene a ser lo mismo, como una pura abstracción.⁶

Tal reducción del hombre va acompañada por la dinámica del cálculo que trajeron el capitalismo y la ciencia moderna. De ese modo tiende a interpretarse hoy, por ejemplo, el principio jurídico de igualdad. La igualdad algebraica autoriza la no diferenciación: si digo $\langle a = b \rangle$, se deduce que siempre que encuentre a podré poner indistintamente b , y que por ende $\langle a+b = a+a = b+b \rangle$. Aplicado a la igualdad entre los sexos, querría decir que un hombre es una mujer y viceversa. Pero la igualdad entre hombres y mujeres no significa que los hombres sean mujeres, aunque a veces puedan soñar con serlo. El principio de igualdad entre hombres y mujeres es una de las conquistas más apreciables y más frágiles de Occidente. No podrá echar raíces duraderas si tal igualdad es entendida de modo matemático, es decir, si se trata al ser humano de un modo puramente cuantitativo. Toda la dificultad de las sociedades modernas estriba justamente en tener que pensar y vivir la igualdad sin negar las diferencias. Lo mismo debe extenderse a las relaciones tanto entre hombres y mujeres cuanto entre hombres o mujeres de nacionalidades, costumbres, culturas,

⁵ Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), art. 6.

⁶ Sobre las diferentes facetas de la reificación jurídica del ser humano, cfr. B. Edelman, *La Personne en danger*, París, PUF, 1999.

religiones o generaciones diferentes. El sello propio del capitalismo no es la persecución de la riqueza material, sino el dominio de la cantidad que hace reinar sobre la diversidad de los hombres y las cosas. La igualdad es objeto de interpretaciones insensatas cuando, bajo el dominio de la cantidad, somos conducidos a creer en la abstracción del número independientemente de la cualidad de los seres enumerados.⁷

Calcular no es pensar, y la racionalización del cálculo que trajo el capitalismo se vuelve delirante cuando conduce a considerar lo incalculable como nada. La capacidad de cálculo es evidentemente un atributo esencial de la razón, pero no es la totalidad de la razón.⁸ Fue la formalización lógica de esa capacidad mental lo que permitió la invención de la computadora. El movimiento que consiste entonces en proyectar la mente humana a un objeto material, desde el primer sílex tallado, ha sido la causa del progreso técnico y del control humano sobre las cosas. Pero el actual "cognitivismo" que hace las veces de ciencia del espíritu proviene de un movimiento inverso: proyecta sobre la mente humana el modelo de la máquina de calcular y espera así, con el auxilio de las nanotecnologías, alcanzar un día el control material del pensamiento. Como la ideología económica vigente, se basa en la creencia de que el ser racional es un mero ser de cálculo, y que por lo tanto su comportamiento puede ser a su vez calculado y programado. Pero para calcular es preciso poder olvidar la diversidad de las cosas y los seres y sólo extraerles aquella característica elemental que constituye su valor cardinal. Dicho olvido, necesario para el cálculo de intereses así como para el cálculo científico, se hizo posible por la existencia de ese otro aspecto de la razón humana que

⁷ Véase R. Guénon, *Le Règne de la quantité et les signes des temps*, París, Gallimard, 1945.

⁸ Razón proviene del latín *ratio*, que surgió del verbo *reor*—contar, calcular—y designó en principio en latín la cuenta, antes de designar el juicio, la doctrina y finalmente la razón determinante (A. Ernout, A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, op. cit., s. v. *reor*); "*ratio*" conservó además ese sentido (de relación numérica) en el francés actual.

asume todo lo que se resiste a la abstracción del número. No hay matemáticas sin postulados indemostrables, sin axiomas en los cuales la mente pueda fundamentarse. No sumamos manzanas con nubes, porque sólo podemos numerar objetos identificables a los que les adjudicamos una naturaleza común; y las categorías de pensamiento a través de las cuales identificamos y clasificamos los objetos naturales no son por sí mismas entes matemáticos, lo cual no quiere decir que dicha identificación y dicha clasificación no sean racionales. El trabajo del pensamiento consiste en conferir al cálculo una significación, remitiendo siempre las cantidades computadas a un sentido del cómputo. Y la definición de tal sentido tiene inevitablemente una dimensión dogmática, porque nuestras categorías de pensamiento no nos son dadas por la naturaleza, sino que son un medio que nos damos para comprenderla.

Sapere aude! "¡Atrévete a usar tu propio entendimiento!"⁹ La famosa divisa de Kant nos recuerda el acto de fe en el que se basa la Ilustración: la fe en el hombre como ser de razón. La fidelidad a la Ilustración consiste pues en creer que el hombre es capaz de pensar libremente. Dicho acto de fe no impide preguntarse sobre las condiciones en las cuales el hombre puede acceder a la razón, pero en cambio impide que se lo asimile al animal o a la máquina o que se lo pretenda explicar íntegramente a través de un juego de determinaciones externas. Las ciencias del Hombre, cuando imitan a las ciencias duras y se esfuerzan por reducir lo humano a un objeto explicable y programable, ya no son a su vez más que residuos de la dogmática occidental, penosos vestigios de un pensamiento científico en vías de descomposición, que se dedica a hacer que desaparezcan las preguntas que debería esclarecer, porque es inútil que pugnen por hacer ingresar a las sociedades humanas dentro de modelos tomados de la mecánica o de la biología. Mientras

⁹ E. Kant, *Beantwortung der Frage: was ist Aufklärung?* [1783], trad. fr. H. Wismann, *Réponse à la question: qu'est-ce que les Lumières?*, en *Œuvres philosophiques*, París, Gallimard, "Bibliothèque de la Pléiade", 1985, t. II, p. 209 ss. [En defensa de la Ilustración, trad. de J. Alcoriza y A. Lastra, Barcelona, Alba, 1999].

que el organismo biológico tiene su propia norma dentro de sí, la norma que funda la sociedad humana y nos garantiza un lugar dentro de ella debe ser descubierta afuera, en el exterior de la misma. Según Georges Canguilhem, se trata de “uno de los problemas capitales de la existencia humana y uno de los problemas fundamentales que se plantea la razón”.¹⁰ Quiere decir que el sentido de la vida no yace en nuestros órganos, sino que proviene necesariamente de una Referencia que es exterior a nosotros. Negarse a entenderlo, identificar la razón con la explicación biológica o el derecho con la regulación biológica no puede más que abrir de par en par las puertas de la locura y del asesinato, puesto que una vez que estamos ciegos frente a la cuestión de la instauración de la razón, nos vemos llevados a considerar la sociedad como un cúmulo de partículas elementales movidas por el cálculo de sus utilidades individuales o por su complexión físico-química. Todos los seres humanos son entonces conminados a comportarse como seres autosuficientes, cuando cada uno de ellos no puede prescindir de los demás. A falta de una Referencia común que le garantice a cada cual un sentido y un lugar, cada uno cae en la trampa de la autorreferencia y no tiene más opción escoger que entre la soledad y la violencia. El hombre se vuelve entonces un lobo para el hombre y es víctima de lo que Vico llamaba la “enfermedad civil” de los pueblos en descomposición.¹¹

Si la ciencia y la técnica, así como la economía de mercado, son, históricamente, frutos de la civilización occidental y están estrechamente ligadas a ella, es en virtud de las creencias en las que se basa dicha civilización. El proyecto científico y técnico ha surgido de la creencia de que Dios le había dado la Tierra como

¹⁰ G. Canguilhem, “Le problème des régulations dans l’organisme et dans la société”, *Cahiers de l’Alliance israélite universelle*, 92, sept.-oct. 1955, p. 64 ss., recogido en *Écrits sur la médecine*, París, Seuil, 2002, cita en p. 108.

¹¹ G. Vico, *Principi di Scienza nuova d’intorno alla comune natura delle nationi* [1744], trad. fr. A. Pons, *Principes d’une science nouvelle relative à la nature commune des nations*, París, Fayard, 2001, p. 536 ss. [*Principios de una ciencia nueva en torno a la naturaleza común de las naciones*, trad. de José Carner, México, F. C. E., 1978].

herencia al Hombre, que había organizado la Naturaleza de acuerdo a leyes inmutables y que el conocimiento de dichas leyes le permitiría el hombre dominarla. El poder material de Occidente le debe pues mucho al cristianismo, que ha cimentado su identidad.¹² Somos proclives a pensar que todo ello pertenece al pasado y que las sociedades occidentales se han emancipado de la religión. El “desencantamiento del mundo” y el “fin de la religiosidad” se han vuelto lugares comunes, difundidos por las ciencias sociales, y muchos occidentales ven en el apego de otros pueblos a los fundamentos religiosos de sus sociedades un arcaísmo destinado a desaparecer. Las cosas se muestran diferentes si recordamos que el sentido de la palabra “religión” se ha invertido con la secularización de nuestras sociedades. Hay entonces religión... y Religión. Si antes era el fundamento dogmático de la sociedad, actualmente la religión es una cuestión de libertad individual; de ser una cosa pública, se ha convertido en un asunto privado y por ello hablar de religión en nuestros días es una fuente inagotable de malentendidos. En la Edad Media, la Religión no era un asunto privado en Europa, no había por lo tanto religión en el sentido que le damos actualmente al término.¹³ La Religión medieval fundamentaba al mismo tiempo la situación jurídica del Príncipe y la de sus súbditos. Incluso el Derecho mercantil, la *lex mercatoria* que se elabora durante ese período, fue obra de buenos cristianos unidos por una fe común. El *trust* —que se iba a convertir en una formidable herramienta del capitalismo— fue inventado

¹² La referencia de “Occidente” tiene su origen en la gran división de los imperios romanos de Oriente y Occidente, y designa a las diferentes culturas heredadas de las construcciones institucionales de la cristiandad medieval. Dicha herencia imperial explica entre otras cosas por qué los occidentales que creen más fervientemente en la universalidad absoluta de su visión del mundo se rehúsan a reconocerse en esa referencia a Occidente, que los pone en pie de igualdad con las demás civilizaciones.

¹³ Véase J.-C. Schmitt, “La croyance au Moyen Âge”, *Raison présente*, 115, 1995, p. 15, recogido en *Le Corps, les rites, les rêves, le temps. Essais d’anthropologie médiévale*, París, Gallimard, 2001, p. 77 ss.

por las necesidades de los monjes franciscanos, donatarios de bienes cuya propiedad no querían aceptar.¹⁴ La idea de un Estado que nunca muere tiene sus orígenes en la de un cuerpo místico, con la teoría de los dos cuerpos del rey.¹⁵ El Occidente moderno ciertamente secularizó dichas nociones, e hizo del Estado el último garante de la identidad de las personas y de la palabra dada. Pero se ha mantenido la distinción entre lo que a grandes rasgos podríamos llamar el ámbito de la fe y el ámbito del cálculo. El ámbito de la fe corresponde a lo cualitativo y a lo indemostrable; esencialmente, ha sido incumbencia de la ley y del debate público. El ámbito del cálculo, de lo cuantitativo, ha sido incumbencia del contrato y de la negociación.

El hecho de que actualmente el cristianismo haya perdido en determinados Estados occidentales todo espacio constitucional no significa en absoluto que dichos Estados estén desprovistos de fundamentos dogmáticos. Como las personas, los Estados siguen siendo impulsados por certidumbres indemostrables, por verdaderas creencias, que no provienen de una libre elección porque forman parte de su identidad. Preguntarle a un inglés si “cree en la Reina” (jefa del Estado y de la Iglesia anglicana: “*God save the Queen!*”) o a un francés si “cree en la República” (“indivisible, laica, democrática y social”) sería hoy casi tan descabellado como lo hubiera sido en la Europa medieval la pregunta “¿Cree usted en el Papa?”. Por cierto, la última creencia fechada del Hombre occidental es que ya no cree en nada. Se encuentra especialmente difundida en los antiguos países católicos, que son también aquellos donde el Estado se ha separado más claramente de la Iglesia. Pero aun quienes actualmente se dicen no creyentes admitirán de inmediato que creen

¹⁴ Véase L. Parisoli, “L’involontaire contribution franciscaine aux outils du capitalisme”, en A. Supiot (dir.), *Tisser le lien social*, París, MSH, 2004, p. 199 ss.

¹⁵ E. Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theory*, Princeton, Princeton University Press, 1957, trad. fr. *Les Deux Corps du roi*, París, Gallimard, 1989 [*Los dos cuerpos del rey: un estudio de teoría política medieval*, Madrid, Alianza, 1985].

en el valor de los dólares que aprietan contra su pecho, aunque no se trate más que de simples pedazos de papel. Es cierto que en ellos se lee “*in God we trust*” y que el presidente de los Estados Unidos, que debe prestar juramento sobre la Biblia, no pierde ocasión de recordar el vínculo especial que une a su país con Dios, un vínculo que también expresa su lema: “*God bless America*”.¹⁶ Pero un yen o un euro suscitan la misma confianza que el dólar, aun cuando se hayan encargado de despojarlos de toda referencia religiosa.

En el centro mismo de la racionalidad mediante el cálculo que sella nuestro tiempo sigue habiendo creencias instituidas y garantizadas por el derecho. La economía, en cuanto apela al intercambio, es en principio una cuestión de crédito (etim. *credere*: “creer”); la generalización del libre intercambio la lleva a basarse íntegramente en ficciones jurídicas, tales como la persona civil o incluso la circulación de créditos, es decir, la circulación de creencias. Tales fundamentos dogmáticos del mercado vuelven a hacerse visibles cuando la fe de los operadores económicos empieza a vacilar.¹⁷ ¿Empiezan a dudar de la veracidad de las imágenes cifradas que, por medio de las reglas de la contabilidad, son los íconos de las empresas? Reaparecen entonces rápidamente la vieja técnica del juramento y las graves penas para el perjurio, que la ley norteamericana está extendiendo al mundo entero, para restaurar la fe quebrantada en la autenticidad de las imágenes

¹⁶ “La invocación a Dios en el Juramento de Alianza no viola derechos. En realidad, es una confirmación del hecho de que hemos recibido nuestros derechos de Dios, como lo proclama nuestra Declaración de independencia”, declaró el presidente Bush ante la cumbre de los ocho países más ricos del mundo reunida en Canadá en junio de 2002 (“*The declaration of God in the Pledge of Allegiance doesn't violate rights. As a matter of fact, it's a confirmation of the fact that we received our rights from God, as proclaimed in our Declaration of Independence*”, *United Press International*, 28 de junio de 2002, y en *USA Today*, 27 de junio de 2002).

¹⁷ Véase “The dogmatic foundations of the market”, *Industrial Law Journal*, vol. 29, 4, December 2000, p. 321-345.

contables.¹⁸ A fin de cuentas, ningún Estado, ni siquiera aquellos que se proclaman absolutamente laicos, podría mantenerse sin impulsar cierto número de creencias fundantes, que escapan de toda demostración experimental y que determinan su manera de ser y de actuar. Al igual que la libertad de palabra y la posibilidad de comunicarse no serían posibles sin el dogmatismo de la lengua, del mismo modo los hombres no podrían vivir libremente y en buenas relaciones sin el dogmatismo del derecho.

El proyecto occidental de dominación del resto del mundo se basó en la certeza de detentar la verdad y de superar a todas las demás sociedades humanas. Tal certidumbre permanece inalterada entre nosotros, aunque haya asumido diversas apariencias en el curso de la historia. Primero fue impulsada por los dogmas del cristianismo romano. La misma noción de Occidente surgió de allí, por oposición al cristianismo del imperio de Oriente, y fueron esos dogmas los que en principio sirvieron para justificar la empresa de conquista y de conversión del mundo no cristiano. Luego la ciencia tomó el relevo de la religión como justificación de la dominación de otros pueblos. Hasta la Segunda Guerra mundial, la idea de una desigualdad *biológica* entre los hombres formó parte de las “verdades científicas” ampliamente difundidas por la ciencia post-darwiniana, sobre todo en los países protestantes.¹⁹ En los países de cultura católica, como Francia, fue más bien la idea de una misión *histórica* de Occidente lo que sirvió para justificar el proyecto colonial, una “misión civilizadora” tendiente a convertir en ilustrados a los pueblos que todavía vivían en la oscuridad y la superstición. La desigualdad de las razas no sobrevivió a la experiencia nazi, ni la misión civilizadora al derrumbe de los imperios coloniales. Pero las leyes occidentales de la historia siguen vigentes bajo una forma levemente enmendada. La humanidad se

¹⁸ Adoptada a fines de julio de 2002, luego de los escándalos *Enron* y *World Com*, la ley Sarbanes-Oxley le impone a los directivos de las sociedades cotizadas que certifiquen con su honor la transparencia de sus cuentas. Los perjuros serán punibles con veinte años de prisión y no podrán utilizar la ley de quiebras para escapar de sus responsabilidades.

¹⁹ Véase A. Pichot, *La Société pure. De Darwin à Hitler*, París, Flammarion, 2000.

divide en adelante en países desarrollados y países subdesarrollados, más recientemente llamados “en vías de desarrollo”; economistas bien intencionados han conformado incluso “indicadores del desarrollo humano” que sirven para medir el atraso que determinados hombres aún deben superar con respecto a los occidentales.²⁰ En cuanto a quienes predicán el fin de la historia, ven en la observación de las leyes de la *economía* por parte de los países occidentales la razón objetiva de su dominio sobre el resto del mundo. Dicho credo es retomado por las organizaciones internacionales y comunitarias que incitan a extender al mundo entero los supuestos beneficios de una economía desregulada. Sea como fuere, los países occidentales están seguros de que siguen el sentido de la historia, un sentido en el cual, además, son los únicos que creen.²¹

Los órdenes jurídicos occidentales que más lejos han llevado la concepción del hombre como ser racional, se basan a su vez en enunciados de carácter dogmático. Por ejemplo, la declaración que encabeza el preámbulo de la Constitución francesa de 1946, reiterado en la de 1958, dice: “El Pueblo francés proclama nuevamente que todo ser humano, sin distinción de raza, religión ni creencia, posee derechos inalienables y sagrados”. El Sujeto que proclama así unos “derechos sagrados” (el Pueblo francés) evidentemente escapa a nuestra condición mortal, lo cual le permite recordarle al mundo algo que ya había dicho en 1789, y es precisamente la sacralidad del Hombre. De manera similar, la Declaración de independencia de los Estados Unidos se basa en lo que denomina “verdades

²⁰ Véase el *Rapport mondial sur le développement humain*, publicado en el marco del programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Bruselas, De Boeck et Larquier, 2002. La conformación del indicador de desarrollo humano se explica en una nota técnica anexa al informe, p. 252 ss. De allí surge que en 2002 los noruegos eran los hombres más desarrollados del planeta.

²¹ Véase K. Löwith, *Weltgeschichte und Heilsgeschehen. Die theologischen Voraussetzungen der Geschichtsphilosophie* [1983], trad. fr. M.-C. Chailiol-Gillet, S. Hurstel y J.-F. Kervégan, *Histoire et Salut. Les présupposés théologiques de la philosophie de l'histoire*, París, Gallimard, 2001 [*El sentido de la historia: implicaciones teológicas de la filosofía de la historia*, trad. esp. de J. Fernández Buján, Madrid, Aguilar, 1956].

evidentes en sí mismas" (*"We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator by certain inalienable rights..."*), es decir, en dogmas en el sentido etimológico del término (lo verdadero es lo que se muestra y se honra como tal). En este caso estamos justamente ante un enunciado de carácter religioso en el sentido históricamente primitivo del término, es decir, un enunciado que no se desprende de la libre apreciación de cada uno, sino que se impone de manera absoluta e intemporal a todos. El lugar común infinitamente reiterado sobre el atraso del derecho con respecto a los hechos desconoce esa temporalidad propia de los sistemas jurídicos. Como cualquier sistema dogmático, el derecho no se sitúa dentro del *continuum* del tiempo cronológico, sino en un tiempo secuencial donde la ley nueva va a reiterar un discurso fundador y a la vez va a generar nuevas categorías cognitivas.²²

A Pierre Legendre se le debe que se haya reinsertado el concepto de dogmática en el centro del análisis de la modernidad.²³ Siendo un concepto clave de la historia de las ciencias (especialmente de la medicina),²⁴ actualmente la dogmática es entendida en el vocabulario corriente como la antítesis de la razón. Sin embargo, la razón humana se basa, hoy como ayer y en Occidente tanto como en otros sitios, en fundamentos dogmáticos, es decir, en la existencia de un "lugar de la verdad legal, postulado y socialmente escenificado como tal".²⁵ El acceso al habla, que es lo propio de la humanidad, es también una puerta abierta a todos los

²² Esa temporalidad propia del discurso jurídico se encuentra en las distintas culturas surgidas de las religiones del Libro. Sobre el caso del Islam, véase Aziz Al-Azmeh, "Chronophagous discourse: a study of clerico-legal appropriation of the world in an islamic tradition", en F. E. Reynolds, D. Tracy (eds.), *Religion and Practical Reason*, Albany, State University of New York Press, 1994, p. 163 ss.

²³ Véase especialmente P. Legendre, *L'Empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Fayard, 1983; *Sur la question dogmatique en Occident*, Fayard, 1999; *De la Société comme Texte*, op. cit.

²⁴ Véase M. Herberger, *Dogmatik. Zur Geschichte der Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Francfort, Klostermann, 1981.

²⁵ P. Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident*, op. cit., p. 78.

delirios. La dogmática existe para cerrar esa puerta. Tal dimensión dogmática de la razón humana no se les escapaba a los padres fundadores de las ciencias humanas. Según Tocqueville, "las creencias dogmáticas pueden cambiar de forma y de objeto; pero no sería posible hacer que no existieran creencias dogmáticas, es decir, opiniones que los hombres reciben con confianza y sin discutir las".²⁶ Augusto Comto, que se dedicó a fundar en un mismo acto el positivismo científico y la Religión de la Humanidad, es aún más explícito:

"El dogmatismo es el estado normal de la inteligencia humana, hacia el cual tiende por naturaleza continuamente y en todos los géneros, aun cuando más parece alejarse de él. Ya que el escepticismo sólo es un estado de crisis, resultado inevitable del interregno intelectual que sobreviene necesariamente todas las veces en que el espíritu humano es llamado a cambiar de doctrinas, y al mismo tiempo es el medio indispensable que emplea tanto el individuo como la especie para permitir la transición de un dogmatismo a otro, lo que constituye la única utilidad fundamental de la duda [...]. Los pueblos modernos han obedecido esa imperiosa ley de nuestra naturaleza hasta en sus períodos revolucionarios, puesto que siempre que realmente hizo falta actuar, aunque sólo fuera para destruir, fueron conducidos inevitablemente a darles forma dogmática a ideas puramente críticas en su esencia."²⁷

Y sabemos el lugar central que el hecho religioso ocupa dentro de la sociología de Durkheim o la de Weber, así como en la antropología de Marcel Mauss o de Louis Dumont, ya que ninguno de esos grandes autores perdió nunca de vista las creencias que suelen dar las sociedades humanas. Pero la idea de dogmática aparece

²⁶ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, II, I, cap. II: "De la source principale des croyances chez les peuples démocratiques", en *Œuvres*, París, Gallimard, "Bibliothèque de la Pléiade", t. II, 1992, p. 518 [*La democracia en América*, México, F. C. E., 1957].

²⁷ Véase *Considérations sur le pouvoir spirituel* [1826], en *Appendice général du système de politique positive*, Thunot, 1854, p. 204.

actualmente como el reverso de la razón, como algo obsceno de lo que habría que purgarse.

Dado que el derecho es el último lugar donde la dogmática aún está explícitamente en funcionamiento, se procura disolverlo dentro de las leyes de la ciencia: antaño eran las leyes de la historia o las leyes de la raza, actualmente las leyes de la economía o de la genética. Dicho proyecto es retomado por los teóricos del derecho que sólo quieren verlo como el producto de fuerzas políticas o económicas. Tal fue en un principio el sentido de la crítica materialista según la cual sólo las leyes reveladas por la ciencia se imponen al hombre, mientras que el derecho no sería sino una técnica del poder al servicio de los poderosos. Brillantemente desarrollada por Pasukanis en el momento de la Revolución rusa,²⁸ dicha tesis encontró formulaciones nuevas en todos aquellos que, a menudo sensibles ante la injusticia real de los órdenes jurídicos positivos, le niegan toda pertinencia a la idea misma de justicia dentro de un análisis "científico" del derecho.²⁹ Pero reducir así el derecho al estatuto de un mero instrumento al servicio de la fuerza fue también el rasgo distintivo de todos los totalitarismos que privaron a la forma jurídica de todo efecto coercitivo para los detentadores del poder, cuando no la hicieron desaparecer lisa y llanamente. El hecho de que esos proyectos siempre hayan fracasado finalmente muestra la vanidad de las teorías que hoy pretenden explicar el derecho prescindiendo de la idea de justicia. Teorías así son en general obras de mentes sinceramente apasionadas por la lucidez³⁰ (aun cuando olvidan todo aquello que

²⁸ E. B. Pasukanis, *La Théorie générale du droit et le marxisme* [1924], trad. fr., EDI, 1970.

²⁹ Duncan Kennedy (brillante representante de los "Critical legal studies") describe así los comienzos de sus estudios de derecho: "Empecé la facultad de derecho en 1967, con la sensación de que el 'sistema' contenía muchas injusticias, es decir que la distribución de la riqueza, de la renta y del poder y el acceso al saber parecían injustamente terciados por la clase y la raza" ("I started law school in 1967 with a sense that the 'system' had a lot of injustice in it, meaning that the distribution of wealth and income and power and access to knowledge seemed unfairly skewed along class and race lines", "The Stakes of Law, or Hale and Foucault!", *Legal Studies Forum*, 1991, vol. 15, p. 327).

³⁰ El movimiento francés de "crítica del derecho" se situaba abiertamente dentro de la corriente marxista (véase M. Bourjot, Ph. Dujardin, J.-J. Gleizal, A.

la confortable posición universitaria desde donde las profesan le debe también a la forma jurídica). Pero quienes han tenido que pensar tales cuestiones en medio de la hoguera totalitaria dieron pruebas de otra clase de lucidez:

"Si la fuerza es absolutamente soberana", escribía Simone Weil en 1943, "la justicia es absolutamente irreal. Pero no lo es. Lo sabemos experimentalmente. Es real en el fondo del corazón de los hombres. La estructura del corazón humano es una realidad más entre las realidades del universo, al mismo nivel que la trayectoria de un astro. No está en manos de un hombre excluir absolutamente toda clase de justicia en los fines que asigna a sus acciones. Los mismos nazis no pudieron hacerlo. Si fuera posible para los hombres, sin duda que hubieran podido hacerlo [...]. Si la justicia es imborrable del corazón del hombre, posee una realidad en este mundo. Entonces la ciencia se equivoca."³¹

El profundo error y el irrealismo básico de los juristas que creen realista eliminar las consideraciones sobre justicia en el análisis del derecho consiste en olvidar que el hombre es un ser bidimensional, cuya vida social se desarrolla a la vez en el terreno del

Jeammaud, M. Jeantin, M. Mialle, J. Michel, *Pour une critique du droit. Du juridique au politique*, París, Grenoble, Maspero y PU de Grenoble, 1978), lo que tal vez explique que los actuales "positivistas críticos" casi no se refieran a él. Más bien invocan el movimiento norteamericano de los "Critical legal studies" (llamados *Crits*: véase R. M. Unger, *The Critical legal studies Movement*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986; A. C. Hutchinson, P. J. Monahan, "Law, politics, and the Critical Legal scholars: the unfolding drama of American legal thought", *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, p. 199; y para una exposición en lengua francesa: P. Gabel, "'Critical legal studies' et la pratique juridique", *Droit et Société*, 36/37, 1997, 379; M. Fabre-Magnan, *Les Obligations*, PUF, "Thémis", 2004, núm. 43). Refiriéndose mucho a su vez a los trabajos de Foucault y de Derrida, el movimiento de los *Crits* rejuvenece en efecto el viejo proyecto de "debilitamiento" del Derecho, rebautizado como "deconstrucción" y liberado así del molesto recuerdo del comunismo real.

³¹ S. Weil, *L'Enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain* [1943], en *Œuvres*, Gallimard, "Quarto", 1999, p. 1179-1180 [*Raíces del existir: preludio a una declaración de deberes hacia el ser humano*, Buenos Aires, Sudamericana, 1954]

ser y en el del deber-ser. El derecho no es revelado por Dios ni es descubierto por la ciencia, es una obra plenamente humana en la que participan quienes se dedican a estudiarlo y que no pueden interpretarlo sin tomar en cuenta los valores que transmite. La obra jurídica responde a la necesidad, vital para cualquier sociedad, de compartir un mismo deber-ser que la prevenga de la guerra civil. Las concepciones de la justicia evidentemente cambian de una época a otra y de un país a otro, pero la necesidad de una representación común de la justicia en un país y en una época dados no cambia. El derecho es la sede de dicha representación, que puede ser desmentida por los hechos, pero que le da un sentido común a la acción de los hombres. Son verdades muy simples que los horrores de la Segunda Guerra mundial habían traído a la memoria de los hombres y que actualmente olvidan los juristas que retoman los ideales positivistas anteriores a la guerra³² y que pretenden, en nombre de la Ciencia, que toda "elección de valores" depende de la moral individual y debe permanecer ajena a la esfera jurídica.³³ El estudio del

³² Véase la crítica mordaz que les dirigía H. Dupeyroux ya en 1938: "Por más que nuestros positivistas jurídicos quieran proscribir la molesta noción de justicia —terminar con ella, secuestrarla quién sabe dónde, tapar todas las salidas—, el carácter teleológico del derecho la reinserta necesariamente en su lugar; se infiltra en cada regla; reaparece en la ejecución o en el rechazo de la ejecución; todo intento de clausura está condenado de antemano al fracaso; supura, si puede decirse así, por todas partes" ("Les grands problèmes du Droit", *Archives de philosophie du droit*, 1938, vol. 1-2, p. 20-21).

³³ Tal aspiración de algunos juristas al estatuto de hombres de ciencia sería sencillamente cómica (¡hemos leído que se comparan con físicos nucleares!) si no recordara perturbadoramente lo que escribía Georges Ripert en el prólogo de un libro colectivo sobre las leyes nazis: "El hombre de ciencia tiene derecho a desinteresarse de las consecuencias prácticas de sus estudios" (en *Études de droit allemand*, LGDJ, 1943, p. VI-VII, citado por C. Singer, *Vichy, l'Université et les juifs*, Les Belles-Lettres, 1992, p. 179). Decano de la facultad de Derecho de París y nombrado secretario de Estado en el Ministerio de Educación del gobierno de Vichy, G. Ripert presidió las primeras depuraciones políticas y raciales en el cuerpo docente; en privado, declaraba que le parecían "brutales e injustas" las primeras leyes antisemitas que al mismo tiempo ponía en funcionamiento en cuanto "técnico" (C. Singer, *Vichy, l'Université...*, op. cit., p. 95; véase también al respecto el valiente enfoque de D. Lochak, "La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme", en D. Lochak et al. (dir.), *Les Usages sociaux du droit*, París, PUF, p. 252 ss.).

derecho necesita expertos y eruditos capaces de entender las posturas morales, económicas y sociales que le dan sentido a la técnica jurídica, y no émulos del doctor Diafoirus* que aspiran al estatuto de "verdadero científico".

Otros juristas no niegan que el derecho tenga algo que ver con la justicia, pero sólo para identificarla en seguida con la maximización de las utilidades individuales.³⁴ Es el sentido de la doctrina *Law and Economics* que consiste en remitir toda regla a un cálculo de utilidad, que a la vez sería la fuente y la medida de su legitimidad.³⁵ Muy en boga en nuestras universidades, dicha doctrina acaba de verse fortalecida por la Corte de casación francesa que se ha convertido en su ferviente propagandista.³⁶ Los mismos juristas

* Personaje de la comedia *El enfermo imaginario*, de Molière [T.].

³⁴ Siguiendo al respecto el economicismo dominante. La famosa obra de J. Rawls (*Théorie de la justice* [1971], trad. fr., París, Seuil, 1987 [*Teoría de la justicia*, México, F. C. E., 1979]) le debe gran parte de su éxito al hecho de atribuirle un fundamento contractual a la generalización del cálculo de utilidad. Para una exposición más brutal, aunque también más clara, de esa manera de pensar la sociedad, ver G. S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, University Of Chicago Press, 1976.

³⁵ R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 1ª ed. 1972, 5ª ed., Nueva York, Aspen Law & Business, 1998; R. Cooter, Th. Ulen, *Law and Economics*, Glenview-Illinois, Scott, Foresman & Cie, 1988, 2ª ed. 1996; E. Mackaay, "La règle juridique observée par le prisme de l'économiste, une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit", *Revue internationale de droit économique*, 1986, t. 1, p. 43, e id., *L'Analyse économique du droit*, vol. 1: *Fondements*, Montréal-Bruselas, Thémis et Bruylant, 2000.

³⁶ Esa alta magistratura, cuya función pensábamos que era juzgar y no sostener y difundir doctrinas, organizó en 2004 (en colaboración con la cátedra de "Regulación" del Instituto de estudios políticos de París) un ciclo de conferencias con un título de lo más explícito: "Pertinencia e interés del análisis económico para el derecho, para la economía, para la justicia". Y su presidente explicó ante la prensa: "Es preciso que los jueces de casación sean capaces de integrar el análisis económico dentro del razonamiento jurídico" (G. Canivet, "La Cour de cassation doit parvenir à une analyse économique 'pertinente'", *Les Échos*, 1ª de marzo de 2004). Llamado a ser ley integrándose al razonamiento jurídico, el análisis económico ve consagrada así su dimensión normativa por parte del más alto magistrado de Francia.

resultan así afectados por el fervor del cálculo y procuran a su vez reducir la sociedad de los hombres a la suma de sus utilidades individuales.³⁷ Según esa perspectiva, sólo hay derechos individuales. Toda regla es convertida en derechos subjetivos: derecho a la seguridad, a la información, al respeto de la vida privada, a la dignidad, del niño, a un proceso equitativo, al conocimiento de los orígenes, etc. Se distribuyen los derechos como si se repartieran armas, y después que gane el mejor. Así desgranado en derechos individuales, el Derecho desaparece como bien común. Porque el derecho tiene dos caras, una subjetiva y la otra objetiva, y son dos caras de una misma moneda. Para que cada cual pueda gozar de sus derechos, es preciso que esos derechos minúsculos se inscriban en un Derecho mayúsculo, es decir, en un marco común y reconocido por todos. Como arquitectura normativa en la que van a albergarse los derechos individuales, el Derecho procede del Estado, es decir, de la soberanía legislativa de un Príncipe o de una Nación. La idea de ese Derecho objetivo es lo que actualmente se difumina, así como también el uso de la mayúscula que se usaba para distinguirlo de los derechos subjetivos.³⁸ El individuo no necesitaría el Derecho para ser titular de derechos, sino que por el contrario de la acumulación y el choque de los derechos individuales surgiría, por adición y sustracción, la totalidad del Derecho.

El *common law* que domina actualmente la cultura jurídica y de donde nos llega el análisis económico del derecho puede rodar más fácilmente por esa pendiente en la medida en que precisamente no tiene un término para designar al derecho objetivo. Se lo traduce como *Law*, perdiendo así en el pasaje no solamente la

³⁷ Dentro de esa tendencia, somos llevados a reducir el derecho al cálculo de intereses que actúan en el contrato. Pero al hacerlo se destruye incluso la idea de contrato, como lo demuestra por ejemplo la teoría contemporánea del *efficient breach of contract*, según la cual no hay diferencia entre mantener la palabra y reparar las consecuencias de su quebrantamiento. Véase *infra*, cap. III.

³⁸ Véase J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 6ª ed., p. 85.

idea de dirección, de sentido común que el derecho extrajo de *directum*³⁹ sino también la distinción entre la ley (*legge, Gesetz, loi*, etc.) y el derecho (*Diritto, Recht, Droit*) que es común a todos los países de Europa continental. El origen de tal distinción se encuentra en el derecho romano, donde la *lex* designa el lugar del fundamento de un orden jurídico (lo que traduce muy bien el alemán *Gesetz*: "lo que se plantea") y el *ius* las reglas de funcionamiento de dicho orden.⁴⁰ Esa distinción adquirió su sentido moderno dentro de la tradición canónica romana, que concibió el Estado a imagen del poder pontificio, es decir, como Estado legislador, a la vez fuente del Derecho (*i. e.* del sistema de las reglas) y fuente de los derechos (*i. e.* de las prerrogativas garantizadas a los individuos). Del *ius*, el inglés sólo conservó la figura del *judge* y de *Justice*, es decir, el reconocimiento contencioso de los derechos individuales (*rights*). En la cultura del *common law*, es el juez y no la Corona (el Estado) quien encarna la fuente última de la legitimidad, y es por lo tanto la figura totémica de la ley (*Law*), y no existe un término para designar la unidad normativa de donde los derechos individuales extraen su sentido y su alcance.⁴¹ Obviamente, no hay que exagerar esa diferencia semántica porque la idea de dicha unidad está muy presente en la tierra de el *common law*; pero está presente de un modo menor, ya que allí el Derecho procede de los derechos y no a la inversa. Por ejemplo, mientras que el ámbito jurídico de la globalización evocará en principio para un jurista continental la creación de instituciones internacionales capaces de plantear reglas comunes, en un jurista de *common law*

³⁹ Derivado de *dirigo*: trazar el camino, dirigir (véase A. Ernout, A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, s. v. *rego*).

⁴⁰ Véase por ejemplo las Instituciones de Gaius, 1-3. Sobre los orígenes del concepto de *ius*, Véase A. Magdelain, "Le *Ius archaïque*" [1986], recogido en *Ius imperium auctoritas. Études de droit romain*, Roma, École française de Rome, 1990, p. 3-93.

⁴¹ Las traducciones inglesas de los *Grundlinien der Philosophie des Rechts* de Hegel atestiguan esta dificultad, ya que el título de *Philosophy of Right* (Véase las traducciones de T. M. Knox, Oxford, Oxford University Press, 1965, o de S. W. Dyde, Nueva York, Prometheus Books, 1996) es particularmente oscuro para un lector de habla inglesa.

despertará más bien la idea del reconocimiento de los mismos derechos individuales para todos los habitantes del planeta. El common law ha prosperado en los países protestantes que llevaron más lejos la idea de una relación directa e individual entre el fiel y el Texto. Sin que sea necesario deslindar aquí la influencia respectiva entre la cultura jurídica y la cultura religiosa, es preciso señalar en este caso la predisposición a considerar que entre la Ley y el individuo no hay nada. La fuerza de ese análisis en el mundo contemporáneo radica en que permite pensar la Ley sin el Estado. La humanidad entera puede ser observada por el análisis económico como una colección de individuos munidos de los mismos derechos (derecho de voto, derecho de propiedad, derechos humanos) dentro de la competencia a la que se dedican bajo la égida de una Ley única que es la ley del mercado, o sea la ley de la lucha de todos contra todos. Semejante visión de las cosas permite convertir la economía del Estado y del derecho en expresiones de soberanías locales que ya no tienen un lugar dentro del modelo imperial que retorna bajo la máscara de la "globalización".

Pero al convertir de ese modo al individuo en el alfa y el omega del pensamiento jurídico, se olvida la única certeza que puede aportar el estudio del derecho: no hay identidad sin límites, y quien no encuentre sus límites dentro de sí los hallará en el exterior. Pensar en la europeización o en la globalización como procesos de anulación de las diferencias y de uniformización de las creencias es preparar un porvenir mortífero. Considerar universales las propias categorías de pensamiento y pretender imponérselas al mundo es el camino más seguro que conduce al desastre. La vieja Europa sabe algo al respecto, tras haber recorrido ese camino tantas veces. Francia en particular, lo sabe, ya que de Waterloo a Dien Bien Phu siempre terminó encontrando los límites de su aspiración universalista. La utopía de un mundo globalizado, que se comunicaría en *pidgin English* dentro apelando a los valores del mercado y los Derechos Humanos, está cargada con la misma clase de inconvenientes. El individualismo radical que se ha adueñado del pensamiento jurídico lleva a transferir a una ley

intangible las creencias sobre las cuales se ha edificado el derecho y hacer que dicha ley rija sobre el mundo entero. Se cae entonces en un fundamentalismo occidental que no puede sino alimentar a su vez los fundamentalismos surgidos de otros sistemas de creencias. Al pretender uniformizar el mundo, se arruina toda posibilidad de unificarlo. La disolución del derecho objetivo dentro de una colección de derechos individuales garantizados por una ley supuestamente universal nos introduce así con seguridad en el "conflicto de culturas", creencia contra creencia, con las armas en la mano.

Sería mejor volver a lo que constituyó la mayor singularidad del derecho: no a las creencias en base a las cuales Occidente ha prosperado, sino a los recursos de interpretación que contiene. Como cualquier otro sistema normativo, el derecho cumple la función de una prohibición; es una Palabra que se impone a todos y que se interpone entre cada hombre y su representación del mundo. En cualquier otra parte, dicha función antropológica ha sido patrimonio de las religiones que le conferían un sentido común a la vida humana y que vencieron el riesgo de que cada uno cayera en el delirio individual al que nos expone el acceso al lenguaje. La particularidad del derecho, desde su aparición en la Antigüedad grecorromana, consiste en haberse separado progresivamente de ese origen religioso y haber efectuado lo que Louis Gernet llegó a llamar una "laicización de la palabra".⁴² El derecho se convirtió así en una técnica de la prohibición. Se trata de una técnica porque su sentido no está encerrado en la letra de un texto sagrado e inmutable, sino que procede, como en cualquier objeto técnico, de fines que le son dados desde afuera por el hombre, fines humanos y no divinos. Pero es una técnica de la prohibición que interpone un sentido común que sobrepasa y obliga a cada uno en sus relaciones con el otro y con el mundo, y que lo

⁴² Véase L. Gernet, "Droit et prédroit en Grèce ancienne", *L'Année sociologique*, 1951, p. 21 ss., reeditado en *Droit et institutions en Grèce antique*, París, Flammarion, 1982, cit. p. 110.

vuelve un simple eslabón de la cadena humana. El derecho puede entonces servir a fines diversos y cambiantes, tanto en la historia de los sistemas políticos como en la historia de las ciencias y las técnicas, pero les sirve subordinando el poder y la técnica a una razón humana. Por lo tanto, resulta igualmente falso reducirlo, como se tiende a hacer actualmente, a una "pura técnica" vacía de significación, que remitirlo, como se hacía antes, a las reglas consideradas inmutables de un supuesto Derecho natural, puesto que en ambos casos se pierde lo esencial, que es la capacidad del derecho para someter a la razón las formas más diversas de ejercicio del poder político o de la potencia técnica.

Dicha capacidad amerita que hoy se la recuerde y se la defienda. Sería una locura convertir al Derecho en el instrumento de difusión de nuestras creencias. Pero es razonable esperar que los recursos de interpretación propios de la técnica jurídica nos eviten los males del autismo obligándonos a ver la Justicia con la mirada de los otros. Al no basarse en un credo encerrado para siempre dentro de la letra de un Texto o dentro de las certezas de una ciencia fetichizada, los recursos dogmáticos del Derecho sólo pueden fundar equilibrios frágiles, siempre amenazados por la tentación del fundamentalismo. El nihilismo jurídico y el fanatismo religioso no son más que las dos caras de esa misma tentación y hoy se alimentan mutuamente, dejando insatisfecha la búsqueda de sentido de las generaciones venideras y abriendo así las puertas de la violencia. El derecho no es la expresión de una Verdad revelada por Dios o descubierta por la ciencia; tampoco es una simple herramienta que podría juzgarse con la vara de la eficacia (¿eficacia para quién?). Como los instrumentos de medida de la *Melancholia* de Durero, sirve para aproximarse a una representación justa del mundo, sin que nunca se la pueda alcanzar.

PRIMERA PARTE

Dogmática jurídica: nuestras creencias fundadoras

1. La significación del ser humano: *imago Dei*

*Lo que caracteriza al espíritu humano
en su despertar es que para él un fenómeno
posee un sentido.*

L. WITTGENSTEIN¹

*Conocemos pues nuestro alcance: somos algo,
pero no somos todo; lo que tenemos de ser nos
priva del conocimiento de los primeros principios,
que provienen de la nada; y lo poco que tenemos
de ser nos oculta la visión del infinito.*

PASCAL²

El relato más antiguo que se ha conocido es la epopeya de Gilgamesh.³ Cuenta las peregrinaciones de un joven rey, mitad hombre, mitad dios, que luego de haber perdido a Enkidu, compañero hecho a su semejanza, recorre el Universo en busca de una respuesta a la pregunta: “¿Por qué morir? ¿Cómo no morir?”⁴ Nacido con la humanidad, tal interrogante no ha dejado de talararnos. Y es porque prometen que algún día responderán a él que la genética y las biotecnologías movilizan tantos recursos y suscitan tantas pasiones. Revelar los secretos de la constitución del hombre, tener hijos perfectos, conocer y controlar las causas últimas de la enfermedad y la vejez, sobrevivir a uno mismo a través o por medio

¹ “Das ist eben das Charakteristische am erwachenden Geist des Menschen, da? ihm eine Erscheinung bedeutend wird”, “Remarques sur *Le Rameau d'or*”, trad. fr. J.-P. Cometti y É. Rigal, en L. Wittgenstein, *Philosophica III*, Mauvezin, TER, 2001, p. 32.

² *Pensées*, en *Œuvres complètes*, París, Gallimard, “Bibliothèque de la Pléiade”, 1962, p. 1108 [Pascal, B., *Pensamientos*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1940].

³ *L'Épopée de Gilgamesh. Le grand homme qui ne voulait pas mourir*, trad. fr. J. Bottéro, Gallimard, 1992 [*Poema de Gilgamesh*, trad. de F. Lara Peinado, Madrid, Tecnos, 1997].

⁴ *L'Épopée de Gilgamesh*, op. cit., p. 69.

de un doble de sí, son otros tantos sueños muy antiguos con los que actualmente se halla cargada la biología. La ciencia y la técnica suscitan esa mezcla de esperanza y temor que presidió hace algunos siglos la construcción de las catedrales. Toda gran ciudad desea su tecnopolis o su ciclotrón y rivaliza en generosidad cuando se trata de atraer hacia ella un gran equipamiento científico. Cabe dudar que los sincrotrones o los genopolis les dejen a las generaciones futuras huellas tan admirables como el arte gótico, pero no puede dejar de sorprendernos que hoy como ayer se gaste sin medida cuando se trata de descubrir o revelar los misterios del universo. Sin embargo, mientras que la religión remitía la superación de la condición humana al más allá, la ciencia y la técnica nos la dejan entrever en este mundo. El hombre moderno, turbado por la secreta esperanza de no morir, no escapa de la constitución normativa inherente a todo ser humano. Pero su fe y su temor ante los progresos de la ciencia son el químico que revela la singularidad que adquirió dicha constitución en Occidente, donde el Hombre se concibió a imagen y semejanza de Dios. Desprovista de su raíz religiosa, tal identificación con Dios nos conduce a procurar librarnos de todo límite. Y el sueño de lo ilimitado es también una promesa de descomposición, porque sólo cuando el ser humano se descompone es cuando se anulan sus límites.

La consitución normativa del ser humano

Nada es más difícil que percibir lo que nos funda. Todos creemos en el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, según el cual los seres humanos nacen libres y dotados de razón, y nos cuesta admitir que la razón y la libertad sean construcciones frágiles que se basan en las instituciones. Sólo un retorno a nosotros mismos, a la fragilidad de nuestra propia razón puede hacernos entrever los límites de la soberanía de la mente sobre sí misma. Incluso aquel que se ha convertido a las certidumbres tranquilizadoras del cognitivismo y que imagina su mente como una computadora con rostro humano, si se pregunta por lo

que sabe, bien podría verse llevado a decir, a semejanza de San Agustín:

“¡Qué grande es la potencia de la memoria, qué excesivamente grande, Dios mío! ¡Qué santuario inmenso e infinito! ¿Quién ha tocado su fondo? No es más que una capacidad de mi espíritu y que obedece a mi naturaleza, y sin embargo no puedo comprender todo lo que soy. ¿Acaso el espíritu será demasiado estrecho para poseerse a sí mismo? ¿Y dónde entonces ha de encontrar lo que se le escapa de su propio ser? ¿Fuera de él y no dentro de sí? ¿Cómo es que no lo percibe? Es en verdad un motivo de asombro para mí; el estupor se apodera de mí.”⁵

Si dicho estupor nos amenaza a todos es porque nuestro espíritu, igual que el suyo, es demasiado estrecho para poseerse a sí mismo y debe encontrar fuera de sí las razones de su ser. Como cualquier animal viviente, el hombre accede primero al mundo mediante sus sentidos, pero a diferencia de todos los demás, accede mediante el lenguaje a un universo que trasciende el aquí y ahora de la experiencia sensible. A la finitud de su vida orgánica y visceral se le superpone el mundo sin límite de sus representaciones mentales. El niño hace tortas de arena, pero cada una es una fortaleza en la que reina y que puebla con criaturas inventadas por él. Está en la playa, pero a través de la historia que se cuenta está muy lejos de allí, en la época de los caballeros, en un profundo bosque, o bien es transportado por un cohete a otro planeta. Mediante las palabras que murmura para sí o que intercambia con sus compañeros de juego, conoce la embriaguez de una libertad que ningún animal ha conocido nunca, la libertad de reconstruir a su antojo otro mundo posible, donde puede volar por los aires, desplegarse, hacerse invisible, o ser un ogro, un gigante... Un mundo donde otorga sentido a los objetos que moldea o a los dibujos que traza, y que se vuelven la huella visible de su mente.

⁵ Saint Augustin, *Les Confessions*, libro X, VIII, 15, Gallimard, “Bibliothèque de la Pléiade”, 1998, p. 991 [San Agustín, *Confesiones*, trad. de E. Ceballos, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1954].

Una vez que hemos ingresado en ese mundo simbólico, sólo la muerte cerebral puede hacernos salir de él. A partir de allí nuestra existencia se despliega a la vez en el universo físico de nuestro ser biológico y su entorno natural, y en el universo simbólico de las palabras y los objetos que la mente humana ha cargado de sentido. El pedazo de madera tallada es en verdad de madera y como tal pertenece a la naturaleza que me rodea, pero también es un garrote, un objeto técnico pleno de sentido para cualquier eventual contendiente.⁶ El “no” es un sonido nasal analizable fonéticamente o unos rasgos de tinta trazados en el papel, por lo tanto un objeto físico, pero es también una palabra que extrae su sentido, a diferencia de un grito, del lugar que ocupa dentro del conjunto estructurado de signos que constituyen la lengua.⁷ Mediante el gesto de modelar las cosas y mediante el habla que las designa, el hombre accede a una libertad vertiginosa: la de reconstruir el mundo a su imagen y sustraerse de la gravedad de las cosas otorgándoles un sentido.

Pero no se ingresa en el universo del sentido como si tal cosa. Para acceder a ello, es preciso renunciar a modelar el mundo únicamente en base a su imagen. Para tener un lugar allí, cada uno de nosotros debe realizar el aprendizaje de los límites que definen su subjetividad. Como animal metafísico, el hombre siempre está amenazado con ser arrastrado por el vértigo de su imaginación. Debe, pues, aprender a tener en cuenta las cosas en el uso de sus facultades mentales, o sea distinguir, dentro del mundo de símbolos que al mismo tiempo lo une y lo separa del mundo físico, aquello que depende de lo imaginario y aquello que depende de la realidad. Sólo entonces podrá poner en las cosas la huella de su mente. En sentido estricto, es alienado aquel que está encerrado en la jaula de su propia visión del mundo y es ajeno al sentido que le dan los otros hombres, siendo por ello incapaz de comunicar esa visión. Para ingresar en el universo del sentido, todo hombre

⁶ Véase A.-G. Haudricourt, *La Technologie, science humaine, Recherches d'histoire et d'ethnologie des techniques*, MSH, 1987, p. 37.

⁷ Véase sobre la especificidad del lenguaje humano: T. Deacon, *The Symbolic Species, The Co-evolution of Language and the Human Brain*, Londres, Penguin, 1997.

debe deponer su pretensión de dictar el sentido del universo y debe reconocer que ese sentido sobrepasa su entendimiento.

La ciencia moderna es la forma más radical de esa renuncia a la pretensión de atribuirle un sentido al mundo, puesto que su objeto es el universo de los sentidos y no el universo del sentido. La verdadera operación científica es la que abandona la pregunta sobre el porqué de las cosas para intentar comprender el cómo. Se prohíbe explicar las cosas que estudia mediante una supuesta finalidad, mediante una “mente” que la habría depositado allí, para explicarlas solamente por medio del juego de las leyes que gobiernan la materia. Aquella es una posición que sigue asumiendo aun cuando se pronuncia sobre el origen último de las cosas. La hipótesis del *Big Bang* apunta a explicar cómo, pero no por qué, se produjo el universo, y se distingue así radicalmente de los relatos de los orígenes que en toda religión le dan un sentido a la condición humana. Desde el momento en que pretende explicar *en nombre de la Ciencia* el sentido de la vida humana, el científico se sitúa en las antípodas de la operación científica y cae en el cientificismo. Es preciso cuidarse de confundir la Ciencia con mayúscula de los cientificistas con la verdadera ciencia. Al tender a la supresión del sujeto frente al objeto, está última no puede explicar aquello que funda al sujeto.⁸ Debe postular que los hombres son capaces de acordar una representación del mundo compatible con la vida de los sentidos. Esa capacidad es la razón humana, que no es un efecto, sino una condición de la operación científica.

La razón humana siempre es una conquista, la conquista frágil de un terreno compartido en el que cada uno pueda creer porque da cuenta de su experiencia sensible. Se basa en certezas indestructibles, en recursos dogmáticos que son otros tantos puentes tendidos entre el universo del sentido y el universo de los sentidos. Tales certezas pueden variar de una sociedad a otra o de una

⁸ Véase E. Husserl, *La Crise des sciences européennes et la phénoménologie transcendantale* [1936], París, Gallimard, 1976 [*La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental: una introducción a la filosofía fenomenológica*, Barcelona, Crítica, 1991].

época a la otra, pero en cambio no varía la necesidad de dichas certezas.⁹ No hay un sentido objetivo que se pueda descubrir en el mundo natural; el sentido es necesariamente puesto ahí. Para convertirse en un sujeto dotado de razón, el ser humano debe acceder a un universo de símbolos en cuyo seno él mismo y las cosas que lo rodean adquieren una significación. Antes de poder ser considerado deudor de la vida que ha recibido, nace acreedor de un sentido para esa vida. Enseñarle a hablar a cualquier niño es la primera manera de honrar ese crédito. Pero dicho aprendizaje exige que el niño se someta a las reglas que constituyen su lengua, y sólo con esa condición podrá expresarse libremente y dar a luz pensamientos nuevos. “Cuando un filósofo o un psicólogo”, señalaba de Saussure,

“luego de sus meditaciones [...] entra en escena con un sistema que hace tabla rasa de toda noción precedente, no deja de ser cierto que todas sus ideas nuevas, por más revolucionarias que sean, pueden llegar a clasificarse bajo los términos de la lengua corriente, pero en todo caso ninguna puede llegar a clasificarse *indiferentemente* bajo las palabras existentes [...] y DE ANTEMANO hay un determinado término que responde mejor que otros a las nuevas distinciones”.¹⁰

La heteronomía de la lengua se impone así a todos; es una condición de la discusión y por lo tanto no puede ser discutida. Un mundo donde cada uno debiera o pretendiera reinventar la lengua sería un mundo de alienados. Compartir el sentido supone llamar al pan, pan, sin preguntarse por qué se lo llama precisamente “pan”. Igualmente no hay mayor razón para que un automovilista circule por la derecha y no por la izquierda, pero si cada uno tuviese que decidir por sí mismo el sentido de la circulación en cada momento, los muertos en la ruta se contarían por millones. La lengua, la

⁹ Véase sobre la base dogmática de la inteligencia humana, A. Comte, *Considérations sur le pouvoir spirituel*, op. cit., p. 204; A. de Tocqueville, *De la démocratie...*, II, I, cap. II, en *Œuvres*, op. cit., p. 518 ss.

¹⁰ F. de Saussure, *Écrits de linguistique générale*, París, Gallimard, 2002, p. 79 (resaltado del autor).

costumbre, la religión, la ley, el rito son otras tantas normas fundadoras del ser humano que, estando así seguro de un orden existente, podrá inscribir en él su acción, aunque fuese contestataria.

Instaurar la razón es así permitir que todo ser humano concilie la finitud de su existencia física con la infinitud de su universo mental. Cada uno de nosotros debe aprender a inscribir en el universo del sentido el triple límite que circunscribe su existencia biológica: el nacimiento, el sexo y la muerte. El aprendizaje de tales límites es también un aprendizaje de la razón. Otorgarle un sentido al nacimiento, el nuestro y el de nuestros hijos, es entender que nos inscribimos en una cadena generacional, que somos deudores de la vida,¹¹ y entender con ello la idea de causalidad. Admitir nuestra naturaleza sexuada es comprender que no encarnamos más que una mitad de la humanidad, que necesitamos la otra, y con ello comprender la idea de diferenciación y aprender a referir la parte al todo. Realizar el aprendizaje de nuestra muerte es admitir que el mundo nos sobrevivirá, que nuestra vida está sometida a una coerción que nos supera, y comprender así la idea de norma.¹² En toda sociedad, el proceso de humanización de los antropoides que somos supone dotar de sentido y forma a esos tres límites, y así hace que sus miembros accedan a la razón. Tal es el objeto de lo que podemos llamar, en sentido amplio, el sentimiento religioso, que es un rasgo distintivo de la humanidad y que consiste en inscribir la vida de cada hombre dentro de una significación que lo supera.¹³ El Occidente contemporáneo no escapa a esta regla y su “desencantamiento” no llega hasta repudiar todo rito funerario y tratar a nues-

¹¹ Sobre la idea de deuda de vida contraída por todo hombre por el solo hecho de su nacimiento, véase Ch. Malamoud, *La Dette*, EHESS, 1980, e *id.*, *Liens de vie, noeuds mortels. Les représentations de la dette en Chine, au Japon et dans le monde indien*, EHESS, 1988; y además su contribución en M. Aglietta, A. Orléan (dir.), *La Monnaie souveraine*, O. Jacob, 1998, p. 65 ss.

¹² La muerte es el límite prototípico que funda el sistema de las normas y el Dios védico de la muerte, *Yama*, es también el *Dharma*, el dios de las leyes (véase Ch. Malamoud, *Le Jumeau solaire*, Seuil, 2002, p. 8 ss.).

¹³ Véase Vercors, *Les Animaux dénaturés*, París, Albin Michel, 1952, reed. Le Livre de poche.

tros cadáveres como desechos.¹⁴ O mejor dicho, no los trata de ese modo —que es la experiencia del universo de los campos de exterminio nazis— sino cuando cae en el delirio cientificista y rebaja al hombre al estado de una cosa. La sinrazón colectiva va así a la par de la negación del sentido de la existencia humana.

Darles sentido a la diferencia de los sexos, al nacimiento y a la muerte no significa evidentemente que el hombre no pueda imaginar un mundo donde esos límites estuvieran abolidos. Entre los dioses del universo védico, la noción de filiación es recíproca y reversible y los padres son hijos de sus hijos o incluso hijos de sí mismos.¹⁵ La figura del ángel, en el imaginario de las religiones del Libro, escapa de la sexualidad y de la muerte. El tema del hombre embarazado se halla en la Biblia (en el relato del nacimiento de Eva extraída de la costilla de Adán)¹⁶ así como en la mitología griega (con Dioniso, nacido del muslo de Júpiter),¹⁷ y la promesa de reproducción por partenogénesis es una de las numerosas páginas olvidadas de la historia reciente de la biología.¹⁸ Si la hipótesis de la clonación humana es actualmente el campo de apasionados debates es porque se inscribe dentro de ese imaginario de un mundo sobrehumano. La perspectiva de poder desdoblarse contiene la promesa de borrar de una vez los límites de la condición humana, liberándonos de la cadena generacional, emancipándonos de la dependencia del otro sexo y permitiendo que nos sobrevivamos indefinidamente a nosotros mismos. Soñar con el desdoblamiento no es algo nuevo. Las historias de dobles son

¹⁴ Sobre la evolución contemporánea del estatuto jurídico del cadáver, véase J.-R. Binet, *Droit et progrès scientifique, Science du droit, valeurs et biomédecine*, París, PUF, 2002, p. 299.

¹⁵ Véase Ch. Malamoud, *Le Jumeau solaire*, op. cit., p. 36.

¹⁶ Véase R. Zapperi, *L'uomo incinto. La donna, l'uomo e il potere*, trad. fr. *L'Homme enceint*, PUF, 1983.

¹⁷ Véase C. Isler Kerényi, *Dionysos nella Grecia arcaica. Il contributo delle immagini*, Pisa-Roma, Istituti editoriali e poligrafici internazionali, 2001.

¹⁸ Véase A. Pichot, "Clonage: Frankenstein ou Pied-Nickelés?", *Le Monde*, 30 de noviembre de 2001, e *id.*, "Qui se souvient de M. J.?", *Le Monde*, 27 de diciembre de 2002.

numerosas en las más diversas culturas, la mayoría de las veces asociadas con la gemelidad y con sus peligros específicos.¹⁹ Y el tema del doble ha inspirado muchas obras de ficción. El punto en común de tales historias, ciertamente, es que siempre terminan mal para el clonado (por ejemplo, en el cine, en *Copia fiel* o en *El rey y el pájaro*)²⁰ o para el clon (como el del profesor Mortimer en su última aventura).²¹ Si el desdoblamiento del hombre aparece pues siempre bajo una luz funesta es porque encarna el sinsentido absoluto y constituye una instancia tan poderosa para la imaginación que el relato no puede cerrarse sino con la muerte del original o de la copia. Podría objetarse que los hombres también han soñado a menudo que volaban por el aire, como los ángeles, y que el sueño de Ícaro también fue considerado funesto hasta el día en que la aviación permitió realizarlo. ¿Por qué no habría de ocurrir lo mismo en el caso de la clonación? ¿Acaso no es propio del Hombre convertir su imaginación en el motor que transforma el mundo y llevar así cada vez más lejos los límites de su condición? Desde el momento en que la ciencia nos deja entrever la posibilidad técnica de duplicarnos, ¿por qué habría que prohibirlo? ¿Acaso no debe poder realizarse todo aquello que es posible y pensable?²²

Sin embargo, la clonación humana no es un proyecto técnico como cualquier otro. No apunta a desplazar los límites que ciñen la acción del hombre sobre la naturaleza, sino a borrar los límites constitutivos del ser humano. Si hubiese que buscarle un antecedente histórico, habría que pensar en la eugenesia antes que en la aviación. Porque el avión, en igual medida que la primera piedra

¹⁹ Cf., sobre la antigua Grecia, C. Isler Kerényi, *Dionysos nella Grecia arcaica*, op. cit., p. 120 ss.; sobre la India, Ch. Malamoud, *Le Jumeau solaire*, op. cit.

²⁰ Películas de J. Dréville, París, 1947, y de P. Grimault, París, 1979, respectivamente.

²¹ E. P. Jacobs, *Las 3 formulas du prof. Sato*, Iª parte: *Mortimer à Tokyo*, Bruselas, Éd. du Lombard, 1977.

²² Véase la razón expuesta por Françoise Héritier, antropóloga y profesora del Collège de France, a favor de la legalización de la homoparentalidad: "Cuando las cosas son posibles y empiezan a ser pensables, terminan un día u otro por ser realizables", *Le Monde*, 3 de mayo de 2001, p. 10.

tallada, inscribe la voluntad del hombre en un objeto exterior a él, mientras que la eugenesia o la clonación humana tienden a inscribir la voluntad de determinados hombres en la constitución de otros hombres. Bajo la égida de "las leyes de la Ciencia", la humanidad se divide entonces entre productores de hombres y hombres producidos.²³ Al producir al hombre a su imagen, el hombre finalmente realizaría su sueño más extremo: ocupar el lugar de Dios Padre, el padre absoluto que no es hijo ni esposo de nadie, y escapará así de todos los límites que definen la condición humana. Reinterpretando el Génesis por su propia cuenta, dejaría de ser procreador, un simple eslabón en una cadena generacional cuya significación lo supera, para instaurarse como creador, Origen último de seres programados por él. Al tratar al hombre al mismo tiempo como creador omnipotente y como puro objeto técnico, el proyecto de clonación humana reproductiva efectúa un cruce de límites en la concepción occidental del ser humano. No podía surgir en efecto sino en el contexto antropológico occidental, que concibe el Hombre a imagen de Dios, y se inserta en un movimiento mucho más profundo y antiguo que hace pasar de la racionalidad científica al delirio cientificista. Para entenderlo, hay que volver a la concepción propiamente occidental del Hombre y a lo que la distingue de todas las demás.

Los fundamentos jurídicos de la persona

Como cualquier otra sociedad, la nuestra se basa en una determinada concepción del hombre que le da sentido a la vida humana. Desde un punto de vista jurídico, lo consideramos como un sujeto, dotado de razón y titular de derechos inalienables y sagrados. Pero desde un punto de vista científico, lo consideramos como un objeto de conocimiento, cuyas leyes de comportamiento permiten descubrir y explicar la biología, la economía, las ciencias sociales, etc. Esos

²³ J.-L. Badouin, C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme: de quel droit? Étude éthique et juridique des procréations artificielles*, París, PUF, 1987.

dos aspectos del ser humano, subjetivo y objetivo, son las dos caras de una misma moneda, pues, es preciso primer haber pensando en la mente para considerar el cuerpo como una cosa.²⁴ Las nociones de sujeto y de objeto, de persona y de cosa, de espíritu y materia se definen por oposición mutua. Ninguna es concebible sin la otra y la ciencia positiva nunca hubiese podido ver la luz sin ellas. Es preciso, en efecto, postular que el hombre es un sujeto capaz de razón para que la ciencia sea posible, y dicha definición del ser humano no deriva de una demostración científica, sino de una afirmación dogmática; es un producto de la historia del derecho y no de la historia de las ciencias. En un sistema de pensamiento que ignore esas dicotomías, las disputas escolásticas que actualmente enfrentan por ejemplo a un neurólogo "materialista" y a un filósofo "espiritualista" sencillamente estarían privadas de sentido.²⁵ Un sistema cultural como el de la China imperial, que desconocía la idea de sujeto, obviamente, a diferencia de la Roma imperial, no podía calificar de objetos a determinados hombres y no podía por ende conocer la esclavitud en el sentido preciso del término.²⁶ Hacía falta poder pensar al hombre como un objeto material para poder concebir la medicina como una ciencia y el trabajo como un bien negociable. La ciencia y la economía modernas no hubiesen podido nacer sin la configuración jurídica propia de Occidente, que es la persona humana.

Fue preciso un largo recorrido histórico, desde el derecho romano hasta nuestras modernas declaraciones de derechos, para que se afirmara nuestra concepción occidental del Hombre como un universal abstracto, nacido libre y dotado de razón, e igual a todos los demás hombres.²⁷ Y fue recién en la modernidad que la

²⁴ Véase G. Bataille, *Théorie de la religion* [1948], París, Gallimard, 1973, p. 50 ss. [*Teoría de la religión*, Madrid, Taurus, 1975].

²⁵ Véase J.-P. Changeux, P. Ricoeur, *Ce qui nous fait penser, La Nature et la Règle*, París, O. Jacob, 1998.

²⁶ Véase J. Escarra, *Le Droit chinois, Conception et évolution*, Sirey, 1936; L. Vandermeersch, *La Formation du légisme, Recherche sur la constitution d'une philosophie politique caractéristique de la Chine ancienne*, École française d'Extrême-Orient, vol. LVI, 1965, reimp. 1987, p. 192 ss.

²⁷ Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), art. 1º.

relación del sujeto con el objeto, de la mente con la materia, se volvió un principio general de inteligibilidad y de dominio del mundo.²⁸ Proveniente de la crítica humanista de los saberes de los escolásticos y comentaristas, esa nueva manera de entender el mundo se afirmó en los siglos XVI y XVII con la idea de una ciencia fundada en el *cogito* cartesiano y un *ius commune* en virtud del imperio de la razón y ya no en razón del imperio (*"non ratione imperii, sed imperio rationis"*).²⁹ El período contemporáneo que se inaugura luego con la Ilustración está signado por la desaparición de Dios de la escena institucional y por tal motivo fue interpretado como una salida de la religión y un "desencantamiento del mundo".³⁰ Sin embargo también podría verse allí un triple encantamiento por la Ciencia (que ocupó el lugar de la Religión como instancia de la Verdad a escala del Universo), el Estado (elevado a Sujeto omnipotente, fuente viva y suprema de las leyes) y finalmente el Hombre, convertido a su vez en su propia meta, independientemente de toda referencia divina (con la reescritura del relato de los orígenes, de Hobbes y Rousseau a Rawls, y la fundación de una religión de la Humanidad vinculada con el

²⁸ Véase E. Cassirer, *Individu et cosmos dans la philosophie de la Renaissance* [1927], trad. fr., París, Minuit, 1983 [*Individuo y cosmos en la filosofía del Renacimiento*, Buenos Aires, Emecé, 1951].

²⁹ Véase A. Wijffels, "European private law: a new soft-package for an outdated operating system?", en M. van Hoecke, F. Ost, *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 103-116; e *id.*, "Qu'est-ce que le *ius commune*", en A. Supiot (dir.), *Tisser le lien social*, *op. cit.*, p. 131 ss.

³⁰ Véase M. Gauchet, *Le Désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Gallimard, 1985. El concepto de *Entzauberung* se debe a Max Weber (*L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, trad. fr. J.-P. Grossein, París, Gallimard, 2003, en esp. p. 106-107 [*La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, hay ediciones más recientes, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955]; véase también *id.*, *Sociologie des religions*, textos reunidos y traducidos por J.-P. Grossein, Gallimard, 1996, p. 380), quien lo emplea en un sentido notablemente diferente (rechazo de los medios mágicos de búsqueda de la salvación) y sitúa su comienzo en la profecía del judaísmo antiguo en asociación con el pensamiento científico griego (Véase al respecto las observaciones de J.-P. Grossein en la presentación de su traducción de la *Sociologie des religions*, *op. cit.*, p. 108 ss.).

positivismo científico³¹ y dotada de su decálogo: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre).

Los actuales debates sobre bioética ganarían mucho si tuvieran en cuenta la historia de nuestra concepción del ser humano, que es una parte de la historia del Occidente cristiano. Dicha concepción, de la cual somos herederos, es la de la *imago Dei*, del Hombre concebido a imagen de Dios y destinado como tal a hacerse dueño de la naturaleza. Como Dios, es un ser único e indivisible; igualmente es un sujeto soberano, dotado de la potencia del Verbo; por último, es asimismo una persona, un espíritu encarnado. Pero siendo concebido a imagen de Dios, el hombre no es Dios. Su dignidad particular no proviene de sí mismo, sino de su Creador, y la comparte con todos los demás hombres. De allí surge la ambivalencia de los tres atributos de la humanidad que son la individualidad, la subjetividad y la personalidad. Como individuo, cada hombre es único, pero también semejante a los otros; como sujeto, es soberano, aunque también está sometido a la ley común; como persona, es espíritu, pero también materia. Tal montaje antropológico ha sobrevivido a la secularización de las instituciones occidentales, y los tres atributos de la humanidad reaparecen con su ambivalencia en el Hombre de las declaraciones de derechos. La referencia a Dios ha desaparecido del Derecho de las personas sin que desaparezca la necesidad lógica de referir todo ser humano a una instancia garante de su identidad y que simboliza la prohibición de tratarlo como una cosa.

El individuo, único e idéntico

Para comprender el carácter singular de nuestro individualismo, nada mejor que una mirada extranjera. Nada resulta más claro, por ejemplo, que la observación de un sabio africano, Amadou Hampâté Bâ. Consultado sobre lo que para él significaba la identidad humana, respondió con la siguiente anécdota: "Mi propia madre, cada vez que

³¹ Véase A. Comte, *Catéchisme positiviste ou Sommaire exposition de la religion universelle* [1852], Garnier-Flammarion, 1966 [*Catecismo positivista o exposición sumaria de la religión universal*, París, Garnier, sin fecha].

deseaba hablarme, primero hacía llamar a mi mujer o a mi hermana y les decía: 'Deseo hablar con mi hijo Amadou, pero antes quisiera saber cuál de los Amadous que lo habitan está allí en este momento'".³² Si esa respuesta, cuya profunda verdad sentimos intuitivamente, a pesar de ello nos desconcierta, porque golpea de improviso la indivisibilidad que para nosotros es el sello de la identidad humana. Según nuestra cultura jurídica, la persona es una e indivisible desde su nacimiento hasta su muerte; es una individualidad inseparable y no un lugar donde coexistirían una pluralidad de personajes. Nuestro extrañamiento es similar cuando averiguamos que para un melanesio el ser humano podría ser definido como un lugar vacío, delimitado por el conjunto de los lazos que lo vinculan con los demás (padre, tío, esposo, clan, etc.).³³ Para nosotros, el ser humano se define en cambio como un *ego* pleno, que teje libremente sus lazos sociales y no es tejido por ellos. Mientras que en la mayoría de las culturas el hombre es visto como parte de un Todo que lo abarca y lo supera, que lo ha precedido y lo sobrevivirá,³⁴ nuestra cultura jurídica nos conduce en cambio a ver el hombre como la partícula elemental de toda sociedad humana, como un individuo en los dos sentidos del término, cualitativo y cuantitativo. En sentido cualitativo, el individuo es un ser *único*, a semejanza del Dios de los monoteístas, incomparable con cualquier otro ser, y es su propio fin para sí mismo. En el plano cuantitativo, es un ser inseparable y estable. Como ser *idéntico* a sí mismo y a todos los demás, es la unidad de cuenta por excelencia. Concebidos así, los hombres son necesariamente iguales; al estar hecho cada hombre a imagen de Dios, aun si es mujer, esclavo o hereje, es a la vez único y semejante a todos los demás hombres. En

³² Véase A. Hampâté Bâ, "La notion de personne en Afrique noire", en *La Notion de personne en Afrique noire*, obra colectiva, prefacio de M. Cartry, CNRS, París, impreso por L'Harmattan, 1993, p. 182.

³³ Véase M. Leenhardt, *Do kamo. La personne et le mythe dans le monde mélanésien*, Gallimard, 1947, reed. "Tel", 1985, p. 248 ss. [*Do kamo*, Buenos Aires, Eudeba, 1961].

³⁴ Véase por ej. L. Dumont, "Absence de l'individu dans les institutions de l'Inde", en I. Meyerson (dir.), *Problèmes de la personne*, París, La Haya, Mouton, 1973, p. 99 ss.; O. Nishitani, "La formation du sujet au Japon", *Intersignes*, 8/9, 1994, p. 65-77, en esp. p. 70; M. Chebel, *Le Sujet en islam*, París, Seuil, 2002.

sus formulaciones más modernas y más laicas, el principio de igualdad sigue estando atravesado por esa tensión entre las dos caras de la identidad individual: somos todos semejantes y por ende todos idénticos, y también somos todos diferentes, por ser todos únicos.

Al ser todos idénticos, los individuos son como otros tantos espejos equidistantes de la figura divina o bien, para decirlo en los términos "laicos" del preámbulo de la Constitución francesa, son todos igualmente titulares de "derechos inalienables y sagrados". Nuestra identidad es básicamente la misma que la de cualquier otro hombre y toda diferencia basada en el sexo, la raza, la religión, la nacionalidad, la edad, etc., está destinada a ser descalificada como discriminación prohibida. Según la fuerte fórmula de San Pablo: "Ya no hay judío ni griego; no hay esclavo ni libre; no hay varón ni mujer".³⁵ De allí surge el papel decisivo del principio de igualdad dentro de nuestra cultura jurídica y política.³⁶ Si cada uno tiene los mismos derechos y deberes, todos somos idénticos, lo cual implica que un hombre siempre puede ser reemplazado por otro, de modo que todo hombre tendría la facultad de ocupar todos los sitios de la sociedad sin identificarse absolutamente con ninguno.³⁷ Una concepción muy distinta del sistema de castas, por ejemplo, que por el contrario le asigna a cada cual una función en su vida presente, mientras que la movilidad social se da en el ciclo de las reencarnaciones.³⁸ Siendo

³⁵ Epístola a los gálatas, 3, 28.

³⁶ Por supuesto, hay que remitirse en este punto a Tocqueville (en particular *De la démocratie en Amérique*, II, II, cap. I, en *Oeuvres*, op. cit., p. 607 ss.) y a Louis Dumont, quien fuera el primero en orientar la indagación antropológica hacia Occidente (*Homo aequalis*, París, Gallimard, t. I, 1977, t. II, 1991 [*Homo aequalis: génesis y apogeo de la ideología económica*, Madrid, Taurus, 1999]; *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, París, Seuil, 1983 [*Ensayos sobre el individualismo: una perspectiva antropológica sobre la ideología moderna*, Madrid, Alianza, 1987]).

³⁷ "Al ser todos los ciudadanos iguales [...] son igualmente admisibles para todas las dignidades, puestos y empleos públicos según su capacidad, y sin más distinción que la de sus virtudes y sus talentos" (Decl. de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, art. 6).

³⁸ Véase L. Dumont, *Homo hierarchicus, Le système des castes et ses implications*, París, Gallimard, 1966, reed. "Tel", 1979 [*Homo hierarchicus. Ensayo sobre el sistema de castas*, Madrid, Aguilar, 1970].

reemplazables, los hombres también resultan cuantificables y cada uno puede ser tomado como unidad de cuenta. Dicha cuantificación funciona en la historia de nuestras instituciones políticas, donde la Ley del Número ha prevalecido sobre toda clase de consideración cualitativa y desemboca en una concepción puramente aritmética del principio mayoritario.³⁹ También se encuentra en funcionamiento en la expansión de la estadística económica y social, de donde ha surgido una nueva forma de la norma: a lo supuestamente arbitrario de las normas jurídicas que pretenden basarse en una apreciación cualitativa de las personas y de las cosas, se tiende a oponer la supuesta certeza de normas técnicas basadas en su cuantificación.⁴⁰ Como unidad de cuenta, el individuo es también una entidad estable cuyo ser no varía del nacimiento a la muerte. Según la expresión de Hauriou,

“la personalidad jurídica individual se nos aparece continua e idéntica a sí misma; nace con el individuo; se constituye desde un principio; sigue siendo siempre la misma a lo largo de la existencia; sostiene sin desfallecer situaciones jurídicas inmutables; vela mientras el Hombre duerme; permanece sana cuando éste delira”.⁴¹

³⁹ Véase, sobre los orígenes medievales de esa concepción: L. Moulin, “Les origines religieuses des techniques électorales et délibératives modernes”, *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, abril-junio de 1953, p. 143-148; e *id.*, “*Sanior et maior pars*, Étude sur l'évolution des techniques électorales et délibératives dans les ordres religieux du VI^e au VIII^e siècle”, *Revue historique de droit français et étranger*, 3 y 4, 1958, p. 368-397 y p. 491-529. Sobre su triunfo después de la Revolución francesa: P. Rosanvallon, *Le Sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, París, Gallimard, 1992.

⁴⁰ Véase G. Canguilhem, *Le Normal et le Pathologique*, París, PUF, 3^a ed. 1975 [*Lo normal y lo patológico*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1971]. Es la búsqueda de un orden basado en tales normas “objetivas” lo que inspira los nuevos modos de gobierno y de regulación, opuestos al gobierno y a las reglamentaciones anteriores (véase A. Supiot, “Un faux dilemme: la loi ou le contrat?”, *Droit social*, 2003, p. 59 ss.).

⁴¹ M. Hauriou, *Leçons sur le mouvement social*, Libr. de la soc. du recueil général des lois et arrêts, 1899, p. 148-149, citado por A. David, *Structure de la personne humaine*, París, PUF, 1955, p. 1.

Esta ficción, que es el punto de apoyo de toda la teoría económica, es evidentemente ajena a algunas grandes culturas, por ejemplo el budismo, que en cambio pone el acento en la impermanencia y la volatilidad de los estados físicos y psíquicos del ser humano.⁴² Por último, al ser todos concebidos a imagen del Dios Padre, somos parientes en segundo grado, es decir, hermanos sometidos como tales al deber del socorro y la asistencia mutua. Tal espíritu de fraternidad universal se afirma en el artículo 1^o de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. De allí proviene el principio de solidaridad, que inspiró la instauración del Estado providencial.

Pero al ser concebido a imagen de un Dios único, cada individuo es también un ser único, diferente de todos los demás. Dicha singularidad radical del individuo no resulta de factores objetivos que se le impondrían desde el nacimiento, sino que se expresa en el ejercicio de su libertad. Al nacer libre e igual a todos los otros hombres, será en la competencia con todos los demás donde se revelará para sí y para los demás. Dicha concepción de la elección se impuso con el protestantismo como un resorte esencial de la economía de mercado.⁴³ Nuestras obras no nos brindan ningún acceso especial al más allá, pero revelan en este mundo lo que somos y el éxito material es por lo tanto la señal exterior de la salvación.⁴⁴ Louis Dumont supo caracterizar ese rasgo diciendo que en el mundo protestante en cada individuo se esconde un monje.⁴⁵ Podríamos añadir que se trata de un monje combativo, ya que la única clave para un orden justo es entonces la libre competencia entre individuos formalmente iguales. Erigida como principio de organización de la vida privada (libertad matrimo-

⁴² Véase R. de Berval (dir.), *Présence du bouddhisme*, París, Gallimard, 1987, p. 113 ss.; A. Bareau, “La notion de personne dans le bouddhisme indien”, en I. Meyerson (dir.), *Problèmes de la personne*, *op. cit.*, p. 83 ss.

⁴³ Véase M. Weber, *L'Éthique protestante...*, *op. cit.*; E. Troeltsch, *Protestantisme et modernité*, Gallimard, 1991 [*El protestantismo y el mundo moderno*, México-Buenos Aires, F. C. E., 1951].

⁴⁴ Véase F. G. Dreyfus, “Les piétismes protestants et leur influence sur la notion de personne aux XVIII^e et XIX^e siècles”, en I. Meyerson (dir.), *Problèmes de la personne*, *op. cit.*, p. 171 ss.

⁴⁵ L. Dumont, intervención reproducida en I. Meyerson (dir.), *Problèmes de la personne*, *op. cit.*, p. 185.

nial y libertad de costumbres), de la vida política (libre elección de los dirigentes) y administrativa (libre candidatura para los cargos de la función pública) y de la vida económica (libre mercado), la competencia se vuelve el núcleo mismo de la vida en sociedad, en lugar de quedar confinada a los márgenes como algo mortífero y peligroso.⁴⁶

La invención de la personalidad moral permitió que la concepción individualista absorbiera toda forma de comunidad o de sociedad humana. Con la personalidad moral, cualquier forma de asociación de individuos, ya sea que se base en el reparto de cosas o en la comunión de pensamientos, puede erigirse a su vez como un individuo.⁴⁷ El *homo juridicus* llega así a tratar lo plural como una singularidad, el “nosotros” como un “yo” capaz de negociar en pie de igualdad con todos los otros individuos. La piedra angular de ese orden humano exclusivamente poblado de individuos es un individuo supremo, cuya unidad y cuya indivisibilidad se siguen postulando con base en el modelo de la *imago Dei*. La República francesa, una e indivisible, fue una de las primeras figuras de ese Estado desprovisto de toda clase de referencia religiosa y que, a diferencia de las corporaciones, no es un instrumento al servicio de sus miembros, sino un Ser inmortal que trasciende sus intereses individuales.

El sujeto, soberano sometido

El sujeto es el que causa, en los dos sentidos del verbo causar:* habla con el otro y su palabra es ley. Según el canon cristiano, la capacidad de ordenar el mundo mediante la palabra es el primer

⁴⁶ Ref. Ph. Thureau-Dangin, *La Concurrence et la Mort*, París, Syros, 1995.

⁴⁷ Referencias básicas: O. von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlín, 1868-1913, 4 vol.; R. Saleilles, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Rousseau, 1910; L. Michoud, *La Théorie de la personnalité morale. Son application en droit français*, LGDJ, 1924 [reed. 1998], 2 t.; sobre los orígenes canónicos del concepto, véase P. Gillet, *La Personnalité juridique en droit canon, spécialement chez les décrétistes et les décrétalistes et dans le Code de droit canonique*, tesis, Universidad Católica de Lovaina, Malines, W. Godenne, 1927.

* El verbo francés *causer* significa tanto “hablar, charlar, conversar” como “causar”, doble sentido que se pierde en la traducción [T.].

atributo divino: “En el principio era el Verbo y el Verbo era con Dios y el Verbo era Dios. Éste era en el principio con Dios. Todas las cosas por él fueron hechas, y sin él nada de lo que ha sido hecho fue hecho.” Al identificar la metafísica con el lenguaje y hacer del lenguaje la fuente última del sentido del Universo, este célebre Prólogo del Evangelio de San Juan es la fulgurante expresión de un saber que se encuentra de otras formas en las más diversas culturas. “Estar desnudo”, dice el sabio africano Ogotemmêli, “es estar sin habla”, y el Habla fue la primera vestidura arrojada por el dios del agua sobre el Mundo para otorgarle un orden.⁴⁸ Según la tradición confuciana, el buen orden depende íntegramente de la corrección del lenguaje, porque designar las cosas es darles la individualidad que las hace existir.⁴⁹ Platón evoca en el *Cratilo* la figura del Legislador de la lengua, “aquel que más raramente aparece en la humanidad”, y al que compara con un tejedor capaz de reproducir en cada nombre la forma que es adecuada para cada caso.⁵⁰ Según el Corán, Dios le entregó a Adán el secreto del “velo del nombre” con que las cosas están cubiertas, convirtiendo así al hombre en su *khalifa*, su lugarteniente sobre la tierra.⁵¹ Y es sabido que la *regula*, la regla, surgió en el derecho romano como sinónimo de *definitio*.⁵² Otras tantas manifestaciones de un saber antropológico cuya primacía y cuyo monopolio no posee el Nuevo Testamento son: saber que el poder normativo por excelencia es el poder de nombrar, de fundar las categorías de pensamiento, y que

⁴⁸ Véase M. Griaule, *Dieu d'eau. Entretiens avec Ogotemmêli*, París, Fayard, 1966, cit. p. 86.

⁴⁹ Véase M. Granet, *La Pensée chinoise* [1934], París, Albin Michel, 1988, p. 363 sq [*El pensamiento chino*, México, UTEHA, 1959].

⁵⁰ Véase Platón, *Cratyle*, op. cit. (véase *supra*, Prólogo). La imagen del tejido se retoma de manera significativa en *Le Politique* (en *Œuvres complètes*, op. cit., t. II, p. 375 ss.) cuando se trata de ilustrar el arte político. véase A. Laks, “Pour une archéologie du lien social”, en A. Supiot (dir.), *Tisser le lien social*, op. cit., p. 61-72.

⁵¹ Véase L. Gardet, *La Cité musulmane. Vie sociale et politique*, Vrin, 4ª ed. 1981, p. 80 ss.

⁵² Véase G. Alpa, *I principi generali*, en G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milán, Giuffrè, 1993, p. 58.

esa heteronomía del lenguaje es una condición preliminar de la vida humana.

En cambio, es propia del Occidente cristiano la idea de que Dios ha puesto sus leyes en la Naturaleza. Su Verbo no solamente se expresa en un Texto sagrado, en una Ley revelada, sino también en las leyes que Dios ha inscripto en el "Gran Libro de la Naturaleza" (hoy en especial en aquello que los científicos han llamado el "Gran Libro del Genoma"). Hay pues en la cultura cristiana una Ley, pero dos Libros: el de la Revelación divina y el del Descubrimiento científico.⁵³ Somos herederos de ese dualismo, que ignora por ejemplo la cultura musulmana. Para el Islam, Dios está solamente en el orden de la Naturaleza en el origen de las costumbres, unas costumbres que su Omnipotencia le permitiría trastocar,⁵⁴ mientras que el dios de los cristianos en suma se ha atado de manos y debe observar las leyes que él mismo ha fijado. La omnipotencia de su Verbo es tal que se le impone. Dicha concepción se retoma en el orden de los asuntos humanos, y particularmente en el sucesor de la figura divina del Legislador que es el Estado de Derecho, también vinculado por sus propias leyes. Porque el otro rasgo propio del mundo cristiano, al menos en su vertiente occidental, consiste en haber considerado que el Hombre podía usar por su cuenta la potencia legislativa del Verbo convirtiéndolo así en un sujeto en el pleno sentido del término, es decir, la causa primera de efectos y no el efecto de una causa.

Tal apropiación por el sujeto hablante de la fuerza normativa de la palabra no se encuentra en las grandes civilizaciones donde el cristianismo tiene sus raíces. En la antigua Grecia, aunque sea una de las primeras en desarrollar la idea de una ley civil, la prohibición de semejante apropiación aparecía como una condición de la democracia.⁵⁵ De allí la decisión, durante el

⁵³ Véase *infra*, cap. 2.

⁵⁴ Véase L. Gardet, *La Cité musulmane*, op. cit., p. 117.

⁵⁵ Véase J. de Romilly, *La Loi dans la pensée grecque*, París, Les Belles-Lettres, 1971, reed. 2001.

restablecimiento de la misma y con la escritura de las leyes ate-nienses (403 a. C.), de eliminar del alfabeto la *h* aspirada, el *pneuma*, que simbolizaba el soplo vital, la inspiración divina y el espíritu que une a los hombres y a las ciudades; la privatización gráfica del soplo, del espíritu de la Ciudad, les pareció a los inventores de la democracia incompatible con la heteronomía de la ley.⁵⁶ Asimismo, el alfabeto hebreo, que ignoraba las vocales, hacía ilegible la Ley para quien no se insertaba en la filiación mosaica y no podía entonces darle vida al Texto restituyéndole el soplo divino.⁵⁷ La imposibilidad de que el individuo se erigiera como sujeto legislador también está fuertemente subrayada en la enseñanza del Islam, según el cual el hombre no es nada frente a la omnipotencia divina. Incluso cuando cree dictar su ley, no es más que el instrumento de unas intenciones que siguen siendo impenetrables para él.⁵⁸ De las tres religiones del Libro, entonces, el cristianismo en su vertiente occidental es la única que le ha otorgado plenamente a los individuos la cualidad de Sujeto que según la tradición musulmana sólo pertenece a Dios y según la Tradición judía sólo le corresponde en la tierra al pueblo de Israel, el único que se ha pensado como "un pueblo sagrado dotado de una significación universal".⁵⁹

⁵⁶ Véase C. Herrenschmidt, "L'écriture entre mondes visible et invisible en Iran, en Israël et en Grèce", J. Bottéro, C. Herrenschmidt, J.-P. Vernant, *L'Orient ancien et nous*, Albin Michel, 1996, p. 173 ss. Ref. la etimología de *nomos* (*nemo*, compartir) recordada por J. de Romilly (*La Loi dans la pensée grecque*, op. cit., p. 14): por estar al comienzo de todo reparto entre los hombres, la ley no puede ser propiedad de ninguno de ellos.

⁵⁷ Véase C. Herrenschmidt, "L'écriture...", op. cit., p. 162 ss.

⁵⁸ Véase L. Gardet, *La Cité musulmane*, op. cit., p. 36 ss.; asimismo, M. Chebel, *Le Sujet en islam*, op. cit.

⁵⁹ Véase K. Löwith, *Histoire et Salut*, op. cit., p. 242. Mientras que el contrato bíblico, la *berith*, es un verdadero contrato sinalagmático entre Dios y el pueblo de Israel exclusivamente (véase F. Ost, *Du Sinaï au Champ-de-Mars. L'autre et le même au fondement du droit*, Bruselas, Lessius, 1999), su equivalente musulmán, el *mithaq*, es un compromiso gratuito de Dios hacia todos los hombres, un contrato unilateral que le permite al hombre salir de la esclavitud de los sentidos y hacerse titular de derechos y obligaciones (véase L. Gardet, *La Cité musulmane*, op. cit., p. 53 ss.).

Ese dominio occidental de las leyes se expresa tanto en la manera de concebir las relaciones entre los hombres como en su relación con las cosas. Las relaciones entre los hombres están sometidas al avatar meramente humano de la Ley que es el Derecho. Con el Derecho, el Hombre se vuelve artífice de sus propias leyes, ya sea que se trate de la ley común fundada en el Pueblo soberano de un régimen democrático o que se trate de la ley contractual basada en la autonomía privada del individuo en un régimen liberal. Como sujeto soberano, tiene el poder de vincularse mediante palabras por las que deberá responder. La fuente de su responsabilidad se apoya, pues, en principio en su libre albedrío, anterior a sus actos, y no en sus consecuencias posteriores, como sucede por ejemplo en la cultura japonesa.⁶⁰ La relación de los hombres con las cosas es un "apresamiento" de la Naturaleza por la técnica⁶¹ que ya no es, como en las otras culturas, una labor eficaz⁶² sino la puesta en práctica del conocimiento científico que los hombres han adquirido de las leyes del universo. La prescripción divina, que le encomendaba al hombre que se adueñara del Universo, fue llevada, entonces, hasta su término lógico: el retiro de Dios y la monopolización por parte del hombre de la cualidad de sujeto en un mundo regido por él y colmado de objetos modelados a su imagen.

No obstante, esa secularización completa del sujeto no le hizo perder su profunda ambivalencia. El sujeto de derecho es por cierto un sujeto *soberano*, es decir, un ser que nace "libre y dotado de razón", que por lo tanto puede gobernarse a sí mismo y controlar el mundo de los objetos. Es causa de efectos por los que debe responder y no el

⁶⁰ Véase M. Pinguet, *La Mort volontaire au Japon*, París, Gallimard, 1984, p. 59 ss.

⁶¹ Véase M. Heidegger, "La question de la technique", en *Essais et conférences*, París, Gallimard, 1958, p. 26.

⁶² Como en la Grecia clásica, donde la técnica nunca superó el estadio de un "sistema de recetas tradicionales y de habilidades prácticas" (J.-P. Vernant, "Remarques sur les formes et les limites de la pensée technique chez les Grecs", *Revue d'histoire des sciences*, 1957, p. 205-225, reeditado en *Mythe et pensée chez les Grecs*, Maspero, 1971, t. II, p. 44 ss. [Mito y pensamiento en la Grecia antigua, Barcelona, Ariel, 1985]).

efecto de una causa situada fuera de él. Pero no accede a esa libertad sino en la medida en que sigue siendo un sujeto en el sentido etimológico y primario del término, o sea un ser *sujeto* al respeto de las leyes (*sub-jectum*: sujeto sometido), ya se trate de las leyes de la Ciudad o de las leyes de la ciencia. Promover tal sujeto de dos caras es nuestra manera de instaurar al Hombre, convirtiéndolo en un sujeto de derecho que extrae los medios de su autonomía de la heteronomía de la ley.⁶³ Como en otras partes, entre nosotros no es posible un "yo" sin una instancia que garantice el "yo", o para decirlo en términos jurídicos, sin una instancia que garantice el estado de las personas. Nadie puede decidir soberanamente entonces sobre su filiación, su sexo o su edad. Dicha instancia durante mucho tiempo fue, y en algunos países sigue siendo, de naturaleza religiosa.⁶⁴ En Occidente, es el Estado quien actualmente se erige como el garante último del estado de las personas y dicho estado es indisponible, es decir que escapa a la autonomía privada del individuo. Las reglas del estado civil y los debates dogmáticos sobre la personalidad del embrión⁶⁵ han reemplazado a la casuística religiosa sobre la administración del sacramento del bautismo, pero el reconocimiento del ser humano mortal sigue efectuándose bajo la égida de un Sujeto sobrehumano inmortal. Aun antes de acceder por medio de la heteronomía del lenguaje a la autonomía del habla, el ser humano accede así por medio de la heteronomía de la ley a la cualidad de sujeto de derecho.

⁶³ Véase P. Legendre, *Les Enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États*, París, Fayard, 1992 (véase especialmente p. 87 ss., sobre el *vitam instituer* en la tradición jurídica occidental; e *id.*, *Sur la question dogmatique en Occident*, *op. cit.*, p. 106 ss.).

⁶⁴ Por ejemplo, en Israel, donde prevalece un régimen de estatuto personal y donde los tribunales rabínicos tienen competencia exclusiva para entender en el derecho no patrimonial de la familia (véase C. Klein, *Le Caractère juif de l'État d'Israël*, Cujas, 1976, e *id.*, *Le Droit israélien*, PUF, 1990, p. 69 ss.). Una regla similar está vigente en algunos países musulmanes.

⁶⁵ Véase la exposición clara y completa de dicho debate en C. Labrusse-Riou, F. Bellivier, "Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé", *Revue internationale de droit comparé*, 2, 2002, p. 579 ss.

La persona, espíritu encarnado

Nuestra mirada ordena el mundo en dos conjuntos bien distintos: de un lado están las cosas y del otro las personas. Esta *summa divisio* es antigua y está profundamente anclada en nuestra cultura jurídica. Sistematizada primero en el Código de Justiniano, la encontramos en el plan de nuestro Código Civil. Pero mientras que en el derecho romano la separación de cosas y personas seguía siendo relativa, adquirió después un valor normativo y se volvió un sacrilegio tratar a la persona como una cosa e irracional tratar a las cosas como personas. Dicha separación adquirió así un valor dogmático, es decir que tiene la fuerza de una evidencia que aclara el conjunto de nuestra visión del mundo. De esa potencia dogmática participan los pares de antónimos que impulsan el proyecto científico: cultura/naturaleza, espíritu/materia, *psyché/soma*, ciencias humanas/ ciencias exactas.

En los orígenes de nuestra idea de personalidad humana se encuentran las *personae*, las máscaras mortuorias de los ancestros.⁶⁶ En la antigua Roma, tenía personalidad* aquel que era depositario de esas *imagines* y del nombre de los ancestros: el *pater familias*.⁶⁷ No todos los seres humanos tenían personalidad plena en

⁶⁶ Como impresión de su rostro, la *imago* fúnebre no es una "imagen" del difunto, es decir, una figuración, una *factio* que lo representa; sino que es su sello, su huella física real; su valor es metonímico y no metafórico. Tales *imagines* estaban encerradas en un armario y permanecían usualmente ocultas (sólo se sacaban para recibir a un descendiente durante el ritual de los funerales); en cambio sí estaban expuestos a la vista, inscriptos en carteles (*tituli*) fijados en el exterior del armario y formando el árbol genealógico, los nombres (*nomina*) y títulos (*honores*) de los difuntos. El nombre y la máscara eran solidarios y no podían exponerse sino los nombres de aquellos cuyas máscaras se poseía (véase F. Dupont, "L'autre corps de l'empereur-dieu", en Ch. Malamoud, J.-P. Vernant, *Corps et dieux*, París, Gallimard, 1986, p. 315 ss.).

* En el sentido de calidad de persona jurídica, o lo que en derecho suele llamarse "personería" [T.].

⁶⁷ Véase M. Mauss, "Une catégorie de l'esprit humain: la notion de personne, celle de 'moi'" [1938], recogido en *Sociologie et anthropologie*, PUF, 8ª ed., 1983, p. 333 ss. [*Sociología y antropología*, Madrid, Tecnos, 1971].

el derecho romano: algunos podían ser tratados jurídicamente como cosas, mientras que otros no hacían sino participar de la personalidad del *pater familias*.⁶⁸ Por lo tanto, no existe entonces el concepto genérico de "persona", sino grados de personalidad, que van desde el esclavo hasta el *pater familias* pasando por los libertos, los hijos y las mujeres libres, los peregrinos, etc.⁶⁹ Fue con el cristianismo cuando la personalidad se volvió un atributo reconocido para cualquier ser humano. En las otras dos religiones del Libro, dios sigue siendo un Ser imposible de delimitar y por ende de representar. Al ser *aperigraftos* (incircunscribible), la divinidad no puede ser encerrada en aquello que define a la persona: un nombre y un rostro que le dan una *perigrafé* (circunscripción), una forma y unos límites. En cambio la encarnación del Dios de los cristianos en los rasgos de su Hijo le confiere un rostro (*prosopon*) y por lo tanto una personalidad.⁷⁰ La mayoría de los debates teológicos de la Iglesia de los primeros siglos giraron en torno a esa cuestión de la doble naturaleza de Cristo, divina y humana, y no hallaron otra salida que el dogma trinitario. Dichas discusiones son el germen de la concepción cristiana del ser humano que, a imagen de Dios, se encontrará dotado de una doble naturaleza, espiritual y temporal. Su cuerpo mortal es el templo de un alma inmortal. Una concepción que fue sistematizada por los juristas del periodo medieval. Todo ser humano sin excepción es un compuesto de cuerpo y alma, un *homo naturalis*, llamado por el bautismo a convertirse en una persona dentro de la Iglesia.⁷¹ Y la propia Iglesia es pensada entonces como cuerpo místico de Cristo, distinta de

⁶⁸ Véase el célebre plan de las Instituciones (*personae, res, actiones*) que clasifica entre las personas a los esclavos, por otro lado tratados como cosas (Gaius, *Institutes*, ed. bilingüe por J. Reinach, Les Belles-Lettres, 1991).

⁶⁹ Véase P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, París, Rousseau, 5ª ed. 1911, p. 91 ss.

⁷⁰ Véase J. Daniélou, "La notion de personne chez les Pères grecs", en I. Meyerson (dir.), *Problèmes de la personne*, op. cit., p. 114 ss.

⁷¹ Véase G. Le Bras, "La personne dans le droit classique de l'Église", en I. Meyerson (dir.), *Problèmes de la personne*, op. cit., p. 189 ss.

los fieles que la componen. Sobre la base de ese modelo de la Iglesia se concibió en la misma época una figura que se volvió central en la vida política y económica contemporánea: la persona moral, ser jurídico que se vincula a los humanos aun trascendiendo su condición mortal.⁷²

Como escribe Marcel Mauss, “nuestra propia noción de persona humana sigue siendo fundamentalmente la noción cristiana”.⁷³ Particularmente, está en el origen del principio de dignidad tal como es proclamado por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 1º) o por las leyes bioéticas (art. 16 del Código civil). La Dignidad designaba en el vocabulario medieval una corporación por sucesión, que no se desplegaba en el espacio sino en el tiempo. Al realizar la unidad ficticia de los predecesores y los potenciales sucesores, que están todos presentes e incorporados en su titular del momento, la Dignidad, por definición, no muere nunca.⁷⁴ Utilizado en un principio para la función real, el concepto empezó a “demostrarse” entre los primeros humanistas del Renacimiento, y en primer lugar en Dante para quien cada hombre, como ser mortal, encarna la dignidad inmortal de la *humanitas*.⁷⁵ Fiel a su etimología, la personalidad sigue siendo una máscara, pero es la máscara que le permite a cada hombre participar plenamente de la dignidad humana y acceder por la potencia de su mente, de su *cogito*, al conocimiento científico de la Naturaleza. “En el momento de subir al teatro del mundo, donde hasta ahora

⁷² O. von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, op. cit.; P. Gillet, *La personnalité juridique en droit canon*, op. cit.; E. Kantorowicz, *Les Deux Corps du roi*, op. cit.

⁷³ M. Mauss, “Une catégorie de l’esprit humain...”, op. cit., p. 357.

⁷⁴ Véase E. Kantorowicz, *Les Deux Corps du roi*, op. cit., p. 278 ss.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 326 ss. El tema será desarrollado por los sucesores de Dante, en especial por Pico della Mirandola en su *Oratio de hominis dignitate*, donde escribe: “Nos pertenece porque nuestra condición de nacimiento nos permite ser lo que querramos, velar por todo y que no se nos acuse de haber ignorado nuestra alta misión para volvernos semejantes a los animales de carga y a las bestias privadas de razón” (*De la dignité de l’Homme*, ed. bilingüe de Y. Hersant, Combas, Éd. de l’écrit, 1993, p. 13 [Discurso sobre la dignidad del hombre, trad. esp. de A. Ruiz Díaz, Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 1972]).

sólo he sido espectador, avanzo enmascarado”, escribe entonces Descartes en el famoso preámbulo de sus meditaciones.⁷⁶

La personalidad es entonces el concepto genérico que permite mantener unidos cuerpo y mente. Trasciende la naturaleza mortal de cada hombre para hacerlo partícipe de la inmortalidad del espíritu humano. Pero mientras que en otras culturas dicha participación supone un desvanecimiento progresivo de nuestra personalidad frente a lo absoluto del espíritu, en el hombre occidental toma la forma de una revelación del espíritu en la experiencia de su encarnación. La personalidad jurídica que se le reconoce a cualquier ser humano en todo lugar por parte de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 6) es como una página en blanco sobre la cual le corresponde poner el sello de su espíritu. El horizonte del Hombre de la Declaración es el de un “libre y pleno desarrollo de su personalidad”, lo que justifica que se le atribuyan derechos sin los cuales se vería impedido dicho desarrollo (art. 22, 26, 29). La personalidad jurídica sólo es por lo tanto un medio que la ley le garantiza a cada uno para que pueda realizar en este mundo su propia personalidad, que lo identificará ante sus contemporáneos y para las generaciones siguientes. Recordando la etimología de *persona*, que primero designó en griego las máscaras de los actores, Heinrich Zimmer observa que

“la concepción occidental —surgida entre los griegos y luego desarrollada en la filosofía cristiana— anuló la distinción que implicaba el término entre la máscara y el actor cuyo rostro oculta. Se volvieron idénticos. Cuando la representación ha terminado, la *persona* ya no se puede sacar; se adhiere a nuestra piel atravesando la muerte y en la vida del más allá. El actor occidental, que se ha identificado plenamente con la personalidad puesta en escena durante el tiempo en que está en el teatro del mundo, es incapaz de quitársela cuando llega el momento de partir; la conserva pues

⁷⁶ “Sic ego, hoc mundo theatrum consensurus, in quo hactenus spectator existi, larvatus prodeco” (Descartes, *Cogitationes privatae* [1619], en *Œuvres*, París, Vrin, t. X, 1986, p. 213).

indefinidamente, aun por eternidades, después que el espectáculo ha concluido".⁷⁷

A la inversa, uno de los objetivos predominantes del pensamiento hindú a través de las épocas fue trazar una clara delimitación entre el actor y el papel que se representa:

"Al cruzar, al disolver todas las capas de la personalidad aparente, la conciencia incansablemente introvertida atraviesa la máscara; rechazando al menos esta última en todas sus estratificaciones, llega hasta el actor de nuestra vida, el actor anónimo, extrañamente indiferente."⁷⁸

Dicha actitud proviene de la fatalidad del ciclo de las reencarnaciones y del abandono melancólico de querer vivir frente a "la perspectiva de un eterno antes y un eterno después, como un actor que de pronto se desencantara de su oficio".⁷⁹ El espíritu en el mundo está preso en la trampa de una fuerza vital ciega que arrastra a las criaturas en un torbellino cíclico sin fin. De allí el prestigio que en esa cultura adquiere la figura del renunciante, el asceta que, como un actor renegado, cansado de representar personaje tras personaje en el interminable acto de la vida, decide retirarse de la obra. Porque al que preguntara: "¿Quién es el loco que sigue con esa broma de mal gusto sobre las tablas?", la sabiduría hindú respondería que es el Hombre, el hombre cuyo cerebro, cuya lengua, cuyos órganos de acción están incorregiblemente poseídos por la necesidad de hacer algo, y lo hace.⁸⁰ Mientras que en la cultura de la India la personalidad es vista como un máscara que es preciso arrancar, en Occidente es una máscara que hay que modelar. Tal diferencia se advierte en los ritos funerarios. Lejos de conservar los restos físicos del difunto para perpetuar la

⁷⁷ Véase H. Zimmer, *Les Philosophies de l'Inde* [1943], trad. fr. M.-S. Renou, París, Payot, 1953, p. 188 ss. [*Filosofías de la India*, trad. esp. de J. A. Vázquez, Buenos Aires, Eudeba, 1965].

⁷⁸ H. Zimmer, *Les Philosophies de l'Inde*, loc. cit.

⁷⁹ *Ibid.*, loc. cit.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 191.

memoria de su personalidad,⁸¹ la India se dedica a hacerlos desaparecer.⁸²

A partir de allí es entendible por qué la civilización hindú, tan rica por otra parte, ha permanecido indiferente a la historia de los hombres, que para ella no es más que un perpetuo y molesto reinicio, mientras que por el contrario Occidente convirtió a la Historia en el factor decisivo para su comprensión. Así como el espíritu de la persona se revela en su historia individual, de igual modo la Historia de la humanidad siempre tuvo un sentido para los occidentales, ya sea que se trata del camino hacia la Salvación, de la revelación del espíritu humano para sí o del progreso científico y técnico. La historia tiene para nosotros una dimensión profética y pretendemos extraer lecciones de ella. La ideología del progreso se apoya así sobre presupuestos teológicos que nos han sido legados junto a la concepción cristiana de la persona.⁸³ A eso se debía la dificultad que tenían los primeros antropólogos para no arrojar las sociedades que estudiaban en una especie de prehistoria de la humanidad cuyo sentido profundo, a fin de cuentas, se les escapaba. A propósito de esa dificultad Wittgenstein señalaba:

"Frazer es mucho más salvaje que la mayoría de sus salvajes; porque estos no se hallan tan alejados de la comprensión de una cuestión espiritual como un inglés del siglo XX. Sus explicaciones de las costumbres primitivas son mucho más toscas que esas mismas costumbres. La explicación histórica, la explicación como hipótesis de evolución no es más que una manera de recoger los datos y armar una sinopsis. También es

⁸¹ Véase Ph. Ariès, *L'Homme devant la mort*, París, Seuil, 1977 [*El hombre ante la Muerte*, Taurus, Madrid, 1983], y la iconografía comentada en *Images de l'Homme devant la mort*, París, Seuil, 1983.

⁸² Véase Ch. Malamoud, *Le Jumeau solaire*, op. cit., p. 67 ss.

⁸³ Véase E. Troeltsch, "L'édification de l'histoire de la culture européenne", en *Religion et histoire*, Ginebra, Labor et Fides, 1990, p. 141 ss.; K. Löwith, *Histoire et Salut*, loc. cit. La misma idea es desarrollada de un modo crítico en la obra de Simone Weil: "El cristianismo hizo entrar en el mundo la noción de progreso, antes desconocida; y dicha noción, convertida en el veneno del mundo moderno, lo desecristianizó. Hay que abandonarla". ("Lettre à un religieux" [1942], en *Œuvres*, op. cit., p. 1001).

posible ver los datos en sus relaciones mutuas y reinsertarlos en una imagen general sin presentarlos bajo la forma de una hipótesis de evolución en el tiempo."⁸⁴

Nuestra concepción de la persona como espíritu que se revela en la experiencia de la encarnación sigue estando también en el principio de los derechos occidentales. Se manifiesta tanto en el estatuto jurídico del cuerpo como en el estatuto de las cosas que llevan la huella del espíritu. Así como la Iglesia veía en el cuerpo humano el templo de su alma inmortal, seguimos viéndolo como la sede de la personalidad, y es tratado como un objeto sagrado aun antes de su nacimiento y hasta después de su muerte. El derecho además protege las obras de la mente, es decir aquellas que llevan la huella de la personalidad del autor; el derecho moral del autor persigue así la cosa más allá de sus alienaciones y más allá de la muerte de aquel a quien se la atribuyera la "paternidad" de la obra.⁸⁵ Las obras que ejemplifican con mayor brillo la dignidad del espíritu humano están incluso parcial o totalmente excluidas del comercio e ingresan en lo que el derecho francés llama el patrimonio cultural, participan así de la cosa pública y son jurídicamente consagradas como tales, en el primer sentido de la *consecratio*: pasaje del espacio profano al espacio sagrado.⁸⁶ Por último, el trabajo humano, punto de fusión entre el espíritu y la cosa, ha sido objeto de disposiciones específicas que permiten convertirlo en valor de cambio pero prohíben tratar el cuerpo del trabajador como una cosa en el comercio.⁸⁷ Así, la noción de persona es lo que nos permite pensar el espíritu y la materia en su unidad y no como dos universos radicalmente separados. Dicha unidad obliga a reconocer, en la frontera de las personas y las cosas, la

⁸⁴ L. Wittgenstein, "Remarques sur *Le Rameau d'or*", *op. cit.*, p. 33. [Observaciones a La Rama Dorada de Frazer, Tecnos, Madrid, 1992]

⁸⁵ Véase B. Edelman, *Le Sacre de l'auteur*, Seuil, 2004, e *id.*, *La Propriété littéraire et artistique*, París, PUF, 3ª ed. 1999.

⁸⁶ Véase sobre el patrimonio cultural, A.-H. Mesnard, *Droit et politique de la culture*, París, PUF, 1990, p. 419 ss.; F. Choay, *L'Allégorie du patrimoine*, Seuil, 1992.

⁸⁷ Véase Alain Supiot, *Critique du droit de travail*, París, PUF, "Quadrige", 1994, 2ª ed. 2002, p. 39 ss.

existencia de cosas sagradas (el cuerpo, las obras del espíritu) que no pueden ser tratadas como meros objetos a disposición del hombre. Al poseer su propio sentido, no deben dejarse imponer un sentido contrario por el hombre. De la prohibición que las afecta surge la tentación de la infracción: una tentación sádica de no ver en el cuerpo humano sino una cosa sometida a la omnipotencia de la mente del otro; una tentación técnica de convertir el cuerpo humano en obra del espíritu humano. La personalidad no es un dato biológico como el genoma o el tipo sanguíneo, sino que es una construcción dogmática que amenazaría con derrumbarse si se dejara a la libre disposición de las personas.⁸⁸ El principio de indisponibilidad del estado civil expresa tal prohibición y postula la existencia de un tercero que es el garante de la identidad.

El tercer garante de la identidad

El individuo, el sujeto, la persona son tres pilares de la constitución occidental del ser humano y tienen en común una profunda ambivalencia. El individuo es al mismo tiempo único y semejante; el sujeto es a la vez soberano y sometido; la persona es a la vez carne y espíritu. Y hay otras tantas categorías del pensamiento que permiten captar en su unidad lógica los datos aparentemente contradictorios de la experiencia humana y conciliar el universo de los sentidos con nuestra exigencia de sentido. Imaginarse al Hombre como un individuo único e indivisible, a la vez igual a todos e irreductiblemente diferente de todos los demás, es un acto de fe que escapa evidentemente a toda ciencia experimental. Y lo mismo ocurre con nuestras nociones de subjetividad (que abarca heteronomía y autonomía) y personalidad (que incluye cuerpo y mente). Ese montaje antropológico no puede estar fundado en la

⁸⁸ El tópico del ser humano privado de su identidad y rebajado al estado de un animal acorralado siempre fue un poderoso componente de la creación literaria, y lo vemos transitar desde los antiguos mitos hasta el cine hollywoodense pasando por Piel de Asno (víctima de un desorden genealógico) y los príncipes transformados en osos de los cuentos de Grimm.

ciencia, ya que la misma ciencia deriva de dicho montaje cuando postula que el hombre es un sujeto cognoscente capaz de observarse a sí mismo como objeto de conocimiento. Nuestra fe en esa concepción del Hombre no es una cuestión privada, como se ha vuelto actualmente la fe religiosa, sino una creencia compartida por todos. Supone la existencia de una Referencia última que simboliza y garantiza lo que la declaración de independencia de los Estados Unidos denomina "verdades evidentes por sí mismas" otorgándoles un valor dogmático.

En un orden jurídico radicalmente secularizado, como la República francesa, el Estado ocupa ese lugar de Referencia.⁸⁹ El Estado ha sustituido a la Iglesia, pero se trata de "una Iglesia transformada" que está exclusivamente fundada en la representación de los individuos.⁹⁰ Como piedra angular de nuestro edificio institucional, es la representación inmortal de los atributos del ser humano expurgados de su negatividad: Único, porque no es un igual de los hombres; Soberano, porque no está sometido a nada más que a sí mismo; y Espíritu público que nunca muere, porque su cuerpo físico es el pueblo que se regenera sin cesar. Como Persona trascendente y titular de prerrogativas exorbitantes del Derecho común, el Estado es el garante último de la personalidad jurídica de los seres reales o ficticios que se remiten a él. Sin esa piedra angular, nuestro montaje antropológico se derrumbaría. La referencia exclusiva al Estado para identificar a las personas, lejos de ser la regla, más bien es la excepción. En muy numerosos países, occidentales incluidos, las cuestiones de estado civil siguen dependiendo en todo o en parte de la esfera religiosa. En el Reino Unido, los futuros esposos tienen la opción entre el matrimonio civil y una lista (restrictiva) de matrimonios religiosos, y lo mismo ocurre en numerosos países europeos donde el Estado sólo desempeña un papel subsidiario de garante último de la identidad de las personas,⁹¹ porque la identidad humana es en suma

⁸⁹ Véase P. Legendre, *Les Enfants du texte*, op. cit.

⁹⁰ Véase L. Dumont, *Essais sur l'individualisme*, op. cit., p. 69-70.

⁹¹ Para un panorama actualizado, véase J. Pousson-Petit (dir.), *L'Identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruselas, Bruylant, 2002.

una cuestión de fe, en los dos sentidos de la palabra: confianza y creencia. En ese orden, cualquier remisión de la identificación de los ciudadanos a la República y a sus valores acarrea un resurgimiento del sustrato religioso, bajo las diversas clases del comunitarismo, incluso en países que parecen los más secularizados, como Francia.

Hacia la emancipación total: el hombre descompuesto

La tecnociencia es un producto directo del montaje antropológico propio de Occidente, al mismo tiempo que el muelle de su dominio sobre el resto del mundo. Pero la gestión científica postula el olvido de las creencias que la hacen posible, así como también el olvido de su propia historia. Adherida al universo de las cosas e impulsada por la omnipotencia del *cogito*, se dedica a observar al hombre como un objeto. Lo anterior es cierto, por ejemplo, para la sociología que, cuando pretende ser reconocida como una ciencia, procura observar a los individuos "como 'partículas' que están bajo el influjo de fuerzas de atracción, de repulsión, etc., como en un campo magnético".⁹² Es aún más cierto para la biología moderna, que se ha basado en la reducción de lo viviente a lo físico-químico y que rechaza cualquier forma de "vitalismo".⁹³ Atacando el fatalismo incluso en la noción de programa genético, eminentes biólogos afirman actualmente que "la vida no existe en cuanto tal como objeto científico, puesto que sus mecanismos se reducen a interacciones químicas".⁹⁴ El hecho de que la ciencia de lo viviente llegue a negar la existencia de lo viviente como objeto de la ciencia muestra el grado de ascesis requerido por la gestión científica. Ciertamente, es posible comprender que desde un punto de vista metodológico un biólogo sea llevado a considerar que "la vida no

⁹² P. Bourdieu, *Réponses*, París, Seuil, 1992, p. 82 [*Respuestas por una antropología reflexiva*, México, Grijalbo, 1995].

⁹³ Véase A. Pichot, *Histoire de la notion de vie*, París, Gallimard, 1993.

⁹⁴ H. Atlan, *La Fin du "tout génétique"? Vers de nouveaux paradigmes en biologie*, París, INRA, 1999, p. 52.

existe en cuanto tal", por más dudas que esa clase de afirmación pueda hacer gravitar sobre la seriedad de los paradigmas de la biología en cuanto ciencia de lo viviente. *A fortiori*, estaríamos dispuestos a admitir que "el hombre no existe en cuanto tal como objeto de la ciencia",⁹⁵ si esa idea pudiera conducir a ciertos economistas, sociólogos o lingüistas a un poco más de humildad⁹⁶ en sus pretensiones científicas. Dudar de la existencia de la vida, del hombre o del universo no es otra cosa que volver a descubrir espontáneamente la experiencia del vacío cartesiano y la orgullosa soledad del *cogito*. Pero si ni la vida ni el hombre constituyen objetos científicos en cuanto tales, esto confirma que la ciencia es radicalmente inepta para fundamentar cualquier clase de afirmación sobre los "fines" capaces de darle sentido a la vida humana.⁹⁷ Esa ineptitud no tiene consecuencias mientras la ciencia siga estando sometida, como actividad especializada, a los montajes dogmáticos que dan sentido al hombre y a la sociedad. Pero se torna mortífera cuando se pretende someter a ella dichos montajes y se busca en ella el fundamento último de las leyes.⁹⁸ Al salir de su ámbito de validez, degenera entonces en científicismo.

El científicismo se produce cuando la ciencia, como un río crecido, sale de su cauce. Al dejar el terreno científico, que es el

⁹⁵ Algo que sugieren J.-J. Kupiec y P. Sonigo, *Ni Dieu, ni gène. Pour une autre théorie de l'hérédité*, Seuil, 2000; preguntándose si el hombre existe, estos dos brillantes biólogos responden: "Estamos obligados a analizar con calma la cuestión" (*op. cit.*, p. 32 ss.). Richard Dawkins no toma tales recaudos y afirma sin rodeos que sólo existen los genes (R. Dawkins, *Le Gène égoïste*, trad. fr., París, O. Jacob, 1996).

⁹⁶ De *humare*, sepultar, de donde provino *humanitas*, según la etimología sostenida por Vico, *La Science nouvelle*, *op. cit.*, p. 14.

⁹⁷ Cosa que admiten los biólogos más lúcidos, según los cuales la ética "debe asumir elecciones cada vez más independientes de los datos biológicos" (P. Sonigo, "Une vague idée de l'individualité", en M. Fabre-Magnan, Ph. Moullier, *La Génétique, science humaine*, París, Belin, 2004, p. 170).

⁹⁸ Recordemos las agudas observaciones de Norbert Elias sobre la manera en que el movimiento de separación cartesiano en la observación de los otros y de sí mismo se cristaliza en una actitud constante y engendra en el observador la visión de un ser aislado de todos los demás y que existe independientemente de ellos: N. Elias, *La Société des individus*, *op. cit.*, p. 152 ss.

de la duda y donde es sabido que no se debe encontrar sino una representación provisoria y aproximada de una verdad siempre inalcanzable, el científicismo difunde las certezas de una ciencia fetichizada en el terreno de la hermenéutica de la vida humana. Semejante desborde no es en absoluto privativo de las ciencias naturales. Es frecuente por cierto entre los biólogos más relevantes, que pretenden *explicar* al ser humano, pero es también lo que hacen numerosos investigadores en ciencias sociales que aspiran a basarse en las ciencias de la naturaleza y se empeñan en considerar al hombre exclusivamente como una cosa. Ya sea que provenga de las ciencias duras o de las ciencias blandas, el científicista se reconoce por su creencia en que el hombre es un objeto enteramente explicable y que no hay nada por conocer de él que las ciencias naturales algún día no vayan a revelar y permitirnos controlar. Su divisa podría ser el titular que figuraba en la tapa del diario *Le Monde* anunciando la conclusión del desciframiento del genoma humano: "El hombre al desnudo".⁹⁹ Semejante punto de vista es al conocimiento humano lo que la pornografía es al conocimiento del amor. Nos veríamos tentados pues a dar pruebas al respecto del mismo tipo de tolerancia, en la medida en que sigamos siendo libres de escapar de sus molestas reiteraciones. Después de todo, el científicismo se sitúa en la misma línea que el montaje antropológico del Occidente moderno, que percibe al hombre al mismo tiempo como una mente capaz de conocer y controlar el conjunto de las leyes que gobiernan el Universo y como una cosa sometida a leyes. Tan sólo se ha perdido en el camino la figura del tercero como garante de la identidad, es decir, la dimensión institucional de lo humano. ¿Por qué preocuparse?

Hay que preocuparse porque sobre tales bases prospera lo que Pierre Legendre supo llamar (a propósito del estudio de la filiación) una "concepción carnífera" de la humanidad.¹⁰⁰ La historia

⁹⁹ *Le Monde*, 27 de junio de 2000.

¹⁰⁰ Véase P. Legendre, "L'attaque nazie contre le principe de filiation", en *Filiation*, París, Fayard, 1990, p. 205 ss.

reciente muestra adónde conduce esa reducción del hombre a su ser biológico. Su principal efecto es sustituir las creencias fundadoras del ser humano por los dogmas de una Ciencia fetichizada.¹⁰¹ Las creencias de los otros, por supuesto, de los *anthropoi* hindúes, africanos, asiáticos, musulmanes, etc., que desde hace tiempo Occidente redujo al estado de objetos del saber antropológico y ubicó en una prehistoria de la razón.¹⁰² Aunque también nuestras propias creencias, las que provienen de la *imago Dei* y que fundan la idea occidental del Hombre. En un mundo que toma la ciencia como su referencia última, la creencia en la dignidad del hombre queda relegada a la esfera privada junto con las religiones, para dar lugar en la esfera pública únicamente al "realismo" de la lucha por la vida. Entonces ese supuesto realismo, el cientificismo, reemplaza la creencia y sobre sus bases se procura fundar el orden económico y social.

La pérdida de fe de Occidente en sus propias categorías fundadoras de lo humano fue el sello del siglo XX. Hay razones para ello: ¿cómo seguir creyendo en la humanidad del hombre después de que la Primera Guerra mundial revelara la omnipotencia asesina de la técnica? Al calificarse a sí mismos como "carne de cañón", los soldados supieron designar mejor que nadie la radical novedad de esa administración industrial de la masacre y la reducción del ser humano al estado de animal de carnicería. Como hijo natural de esa guerra, Hitler extrajo de ella su lección: "No es gracias a los principios de humanidad que el hombre puede mantenerse por encima del mundo animal, sino únicamente por medio de la lucha más brutal".¹⁰³ Expresaba así lo que según Louis Dumont constituía la única creencia verdadera en la que se basaba el nazismo: "la lucha de todos contra todos como verdad última de la vida humana y la dominación de uno sobre el otro como determinante del orden

¹⁰¹ Véase J.-C. Guillebaud, *Le Principe d'humanité*, París, Seuil, 2001.

¹⁰² Véase O. Nishitani, "La formation du sujet au Japon", *op. cit.*

¹⁰³ Discurso pronunciado por Hitler el 5 de febrero de 1928, citado por Louis Dumont en *Essais sur l'individualisme*, *op. cit.*, p. 178.

de las cosas".¹⁰⁴ Lejos de haber significado un retorno patológico a los valores comunitarios, el nazismo constituyó una versión radical del darwinismo social, que no reconoce otra realidad humana que los individuos biológicos perpetuamente inmersos en un combate donde, según el Führer, "los más fuertes y los más aptos prevalecen sobre los más débiles y los menos aptos". La única verdad del hombre como ser biológico, el único residuo pensable para fundar una sociedad es la similitud física, la identidad de raza, y el Estado no es más que un instrumento destinado a mantener y desarrollar una sociedad de hombres idealmente idénticos.¹⁰⁵ "Modelamos la vida de nuestro pueblo y nuestra legislación de acuerdo con los dictados de la genética", decían los nazis,¹⁰⁶ expresando así una certeza que hoy se ha vuelto un lugar común: el conocimiento del hombre es asunto de la Ciencia y el Derecho debe someterse a ella.

Confundiéndose en el aplastamiento militar del nazismo, Occidente pensó que después de la guerra se había reconciliado con un mundo ordenado en torno a valores universalmente aceptados y se fortaleció en ello medio siglo más tarde con la implosión del comunismo. La adopción de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948 quiso ser una reiteración de los valores heredados del cristianismo filtrados por la filosofía de la Ilustración. Pretendía volver a fundar una religión de la Humanidad capaz de confederar a todos los pueblos de la Tierra. Al mismo tiempo, la creación de un sistema de organizaciones internacionales basadas en el reconocimiento de la inviolabilidad de la soberanía de los Estados tendía, por un lado, a establecer garantías contra todos los riesgos

¹⁰⁴ L. Dumont, *Essais sur l'individualisme*, *op. cit.*, p. 182.

¹⁰⁵ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 185. Ernst Troeltsch señala ya en 1911 que la teoría de la evolución, que sustituye la armonía de intereses como motor de la historia por la lucha por la existencia, "no es otra cosa que un último y débil residuo de la creencia religiosa en el sentido del mundo" (*Die Bedeutung des Protestantismus für die Entstehung der modernen Welt* [1911], trad. fr. en *Protestantisme et modernité*, *op. cit.*, p. 116).

¹⁰⁶ Manual de las Juventudes hitlerianas, citado por H. Arendt, *Le Système totalitaire*, *op. cit.*, p. 76.

de nuevas guerras predatoras y, por otro lado, alentar la propagación entre los más pobres del "progreso social" tal como lo entiende Occidente en los ámbitos de la educación, la cultura, el trabajo o la salud.¹⁰⁷ Se esperaba así evitar el retorno de las formas modernas de barbarie que sólo ven en el hombre un animal biológico sometido a las leyes de la selección natural. No obstante, al negarse a admitir que el nazismo no había sido un accidente de la historia caído del planeta Marte, sino un pasaje al límite de la concepción occidental del ser humano,¹⁰⁸ se evitó todo retorno crítico sobre el "realismo" cientificista que había sido el rasgo común de las experiencias totalitarias. Tal como lo señala Dumont,

"Hitler no hizo más que llevar hasta sus últimas consecuencias representaciones muy comunes en nuestra época, ya fuera la 'lucha de todos contra todos', especie de lugar común de la incultura, o bien su equivalente más refinado, la reducción de lo político al poder. Pero una vez aceptadas tales premisas, y Hitler mediante, no se advierte qué podría impedir que aquel que tenga los medios exterminie al que mejor le parezca, y el horror de la conclusión demuestra la falsedad de las premisas. La reprobación universal muestra un acuerdo sobre los valores, y el poder político debe estar subordinado a los valores. La esencia de la vida humana no es la lucha de todos contra todos, y la teoría política no puede ser una teoría del poder, sino una teoría de la autoridad legítima".¹⁰⁹

¹⁰⁷ Véase *infra*, cap. 6.

¹⁰⁸ En el sentido lógico del pasaje al límite, que designa el desembocar en algo cualitativamente diferente (véase R. Guénon, *Les Principes du calcul infinitésimal*, París, Gallimard, 1946, p. 77 ss.). Ya a principios del siglo XX, Ernst Troeltsch había observado un resultado semejante en la historia del capitalismo: "El actual desarrollo [...] del capitalismo con su rigor aritmético, su inhumanidad, su carácter predatorio, su ausencia de compasión, su obsesión de ganancia por la ganancia misma, su despiadada y brutal competencia, su agresiva necesidad de éxito y la alegría triunfante que experimenta viendo que en todas partes se instaura el reino del comercio, ha roto todo vínculo con su ética originaria e incluso se ha transformado en una potencia directamente opuesta tanto al verdadero calvinismo como al protestantismo" (*Protestantisme et modernité*, op. cit., p. 94).

¹⁰⁹ L. Dumont, *Essais sur l'individualisme*, op. cit., p. 186.

Actualmente vivimos en una era "post-hitleriana".¹¹⁰ La memoria de los crímenes del nazismo al igual que la memoria mucho más parcelada de los crímenes del comunismo¹¹¹ suprimió todo lo que habría obligado a las democracias a hacer su propio examen de conciencia. Tal es el caso del economicismo que estaba en el centro de la ideología comunista, y también del biologismo en que se basó la ideología nazi. Lejos de ser una especialidad nazi, el paradigma racial nutrió toda la antropología y la biología anteriores a la guerra en el conjunto de los países occidentales.¹¹² Al negarse a ver lo que en su interior podía constituirse como gérmenes del totalitarismo, las democracias siguieron creyendo que la economía determina en última instancia las relaciones sociales y que la biología es en última instancia el lugar de conocimiento del hombre. La Ciencia ocupa en lo sucesivo el sitio estructural de instancia de la Verdad antes ocupado por la Iglesia. Si bien la genética de las poblaciones ha retrocedido desde hace cincuenta años en favor de la genética biomolecular,¹¹³ la explicación por los genes tan sólo ha tomado el relevo de la explicación por la raza en un discurso cuya estructura dogmática permanece invariable.¹¹⁴ Persiste la idea de que la lucha de todos contra todos es el motor de la historia ya no en la forma colectiva de una lucha de clases o de razas, sino en la forma democrática de la competición individual, la competencia

¹¹⁰ Véase P. Legendre, "L'attaque nazie...", loc. cit.

¹¹¹ Mientras que la memoria del horror concentracional nazi puede apoyarse en las películas y fotografías tomadas en la liberación de los campos, casi no hay ninguna imagen para sostener la memoria del Goulag o del exterminio de los kulaks.

¹¹² Véase la minuciosa investigación de A. Pichot, *La Société pure, De Darwin à Hitler*, op. cit.

¹¹³ Véase A. Pichot, *Histoire de la notion de gène*, París, Flammarion, 1999.

¹¹⁴ El gen del lenguaje, último descubrimiento anunciado en primera plana de diarios considerados serios (*Le Monde*, 9 de mayo de 2003, "La mutation du gène FOXP2 pourrait avoir engendré la parole" [La mutación del gen FOXP2 podría haber originado el habla]), acaba de reunirse en ese rubro explicativo con los genes de la homosexualidad, la inteligencia, la agresividad, etc., que sucedieron a su vez a la prominencia de las matemáticas y otras brillantes de la difunta frenología.

generalizada en todos los ámbitos de la vida humana (económico, sexual, religioso, etc.). Lo que lleva a ver la sociedad no como un todo, sino como un cúmulo, una yuxtaposición de individuos movidos por la persecución de sus intereses particulares.¹¹⁵

Para que una serie cualquiera de individuos forme un todo, es preciso que cada uno de tales individuos se remita al mismo principio de organización, a una ley común que trascienda la existencia de cada uno de ellos. Dentro del montaje antropológico de la *imago Dei*, cada individuo se remite entonces a un individuo supremo que es el garante de su identidad. Cada ser sexuado se remite a un mismo género —el género humano— que incluye ambos sexos y sobre el cual se edificó la idea de un Derecho de gentes, común a toda la humanidad. De igual modo, cada órgano, cada célula o cada gen es remitido entonces por la biología a una totalidad que los trasciende: el cuerpo humano. Es impensable una totalidad si se rechazan los conceptos de referencia, de jerarquía y de ley común, si nos negamos a admitir que, según la expresión de Canguilhem, “hay una especie de dominio de la forma sobre la materia, una especie de gobierno del todo sobre las partes”.¹¹⁶ Es la dificultad con la que actualmente se topa la biología en su definición de lo viviente. En la medida en que reduce un cuerpo vivo a las partes que lo componen y dichas partes a las determinaciones físico-químicas de las que son objeto, no queda nada que observar que dé cuenta de la existencia del ser vivo. De allí surge la conclusión de que éste no existe como objeto de la ciencia. La dogmática del individuo se ve entonces trasferida a fragmentos del cuerpo —el gen, la célula— considerados a su vez como si actuaran de acuerdo con la ley de la lucha de todos contra todos. Como siempre, nuestras visiones del cuerpo humano y del cuerpo social evolucionan juntas. Y de manera semejante vemos la sociedad como un cúmulo

¹¹⁵ Véase L. Dumont, *Essais sur l'individualisme*, op. cit., p. 292.

¹¹⁶ G. Canguilhem, “Le problème des régulations dans l'organisme et dans la société”, op. cit., cita p. 114. Sobre las perspectivas que le abre a la biología una rehabilitación de la forma, véase el concepto de campo morfogenético desarrollado por R. Sheldrake, *Une nouvelle science de la vie, L'hypothèse de la causalité formative*, Mónaco, Ed. du Rocher, 1985.

de individuos en competencia unos con otros. Como un residuo de los montajes de la *imago Dei*, el individuo es entendido entonces como una partícula elemental, como un ser autorreferido que ya no tendría necesidad de ser instituido para tener y mantener la razón.

Instituir al ser humano significa, en el primer sentido del término, ponerlo de pie, hacer que se mantenga parado, insertándolo en una comunidad de sentido que lo vincule con sus semejantes.¹¹⁷ Significa permitirle ocupar su lugar dentro del género humano. Tal era la tarea del institutor* en el régimen republicano: hacer que los niños fueran capaces de actuar y aprender por sí mismos inculcándoles las disciplinas que dicho régimen requiere. La variación terminológica resulta reveladora: los mismos institutores pidieron que se les quitara dicho título ya incomprensible para unirse al mundo de los profesores (etimológicamente: quienes llevan su ciencia adelante), y lo consiguieron. En cuanto a la noción de género humano, que incluía los dos sexos y al que debía referirse todo ser humano, desaparece actualmente en beneficio de la especie (que une al hombre con el animal). La categoría abarcadora que transcendía la diferencia de los sexos y permitía pensar al Hombre (*homo*) como un Todo incluyendo lo masculino (*vir*) y lo femenino (*mulier*), es decir, el género humano, se ha vuelto incompatible con el credo contemporáneo que reduce el sexo a la mera biología.¹¹⁸ A esa incompatibilidad obedece el cambio de sentido de la palabra “género” que en el catecismo de los *gender studies* designa en lo sucesivo la imposición arbitraria de una condición sexuada, masculina o

¹¹⁷ Sobre la noción de *vitam instituere*, véase P. Legendre, *Les Enfants du texte*, op. cit., p. 87 ss.; e *id.*, *Sur la question dogmatique en Occident*, p. 106 ss.

* Traducimos literalmente el término *instituteur*, que significa “maestro de escuela”, para que se entienda la explicación que sigue [T.].

¹¹⁸ Sobre la distinción entre género y especie en el derecho romano, véase J.-H. Michel, “Les Instruments de la technique juridique”, *Cahiers du Centre de recherches en histoire du droit et des institutions*, Bruselas, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 3 ss. Según la definición de Cicerón, “el género es aquello que reúne partes que son semejantes por algún elemento común, aunque diferentes de la especie, en número de dos o más” (*De oratore*, 1, 42, 188).

femenina, a individuos libres de independizarse de ello. El horizonte que se traza entonces es el de un mundo donde, gracias a los progresos de la biología y de la cirugía, cada quien tendría derecho de elegir su sexo y de cambiarlo.¹¹⁹

La conjunción del cientificismo vulgar y la creencia occidental en el progreso conduce así a una ideología del no-límite que tiene sus efectos en todos los ámbitos de la vida humana. En el plano técnico, se expresa en una fe inquebrantable en futuros descubrimientos capaces de conjurar los peligros que nuestra *urbs* económica y tecnológica acumula en perjuicio de la viabilidad del planeta.¹²⁰ En el plano jurídico, lleva a considerar la ley ya no como una garantía del estado de las personas, sino como una coerción de la cual es preciso emanciparse.¹²¹ Como una versión secularizada del fin de la Ley anunciado por San Pablo,¹²² tal emancipación proviene de la fe en un ser humano capaz de fundarse a sí mismo. Estaríamos rumbo a un porvenir brillante en que cada hombre sólo estaría sometido a los límites que él se fijara libremente. Eso explica el rechazo de cualquier límite impuesto desde el exterior. La seducción de esta fantasía se hace sentir tanto a la derecha como a la izquierda. En su ver-

¹¹⁹ Un derecho que ha sido consagrado por la Asamblea plenaria de la Corte de casación (Cass. Ass. Plén., 11 dic. 1992, *Bulletin civil*, 1992, núm. 13, *Gazette du Palais*, 1993, 1, jur. 180, concl. Jéol) que al ignorar el principio de indisponibilidad del estado civil fue más allá de lo que exigía el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre (CEDH, 25 de marzo de 1992, Botella c/Francia, *Recueil Dalloz* 1993, J, 101, nota Marguénaud) en materia de protección de la vida privada del transexual.

¹²⁰ Véase J.-P. Dupuy, *Pour un catastrophisme éclairé. Quand l'impossible est certain*, París, Seuil, 2002.

¹²¹ Las divisiones en dos planos que establecen los juristas hacen claramente evidente dicha ideología cuando, al querer sortear los problemas de identidad de las personas, distinguen "la identidad impuesta" (por la ley) de "la identidad elegida" (por el individuo); véase J. Pousson-Petit (dir.), *L'Identité de la personne humaine*, op. cit. La ley garante de la identidad de los hombres se desvanece así en el pensamiento de los juristas detrás de la búsqueda individual de un "sentimiento de identidad" (véase D. Gutmann, *Le Sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 1999).

¹²² "Pero antes de que viniese la fe, estábamos confinados bajo la ley, encerrados para aquella fe que iba a ser revelada. De manera que la ley ha sido nuestra aya [...]. Pero venida la fe, ya no estamos bajo aya", Epístola a los Gálatas, 3, 23-25.

sión de derecha, la política anti-reglamentarista está reservada a la esfera económica: convendría liberar al *homo oeconomicus* de las leyes que lo encadenan para remitirse al libre juego de los contratos. Desde la izquierda se denuncian (con razón) los efectos devastadores de semejante liberación, pero se aplica exactamente el mismo credo a la esfera de la vida privada. Toda ley que limite el libre juego de nuestros amores o desamores es percibida como un mal y, en nombre de la lucha contra los "últimos tabúes", se promueve activamente una política de desregulación del estado de las personas. En el fondo, ambos extremos tienen el mismo tipo de efectos: el retorno de la ley del más fuerte; la profundización de la distancia entre un pequeño número de ganadores y un gran número de perdedores. Ya sea que se trate de la vida privada o la profesional, el problema no es elegir entre la disciplina colectiva y la libertad individual, sino redefinir su necesaria combinación. Un orden jurídico no cumple su función antropológica sino cuando le garantiza a cada recién llegado al mundo por un lado la preexistencia de un mundo dado, que le asegura su identidad a largo plazo, y por otro lado la posibilidad de transformar ese mundo e imprimirle su propio sello. No existe un sujeto libre si no está sometido a una ley que lo funde.

Privado de la fe en un tercero garante de las identidades, el montaje antropológico occidental continúa pues deshaciéndose ante nuestra vista, y sobre sus restos prosperan discursos delirantes. Desprovistos de su base institucional, de su anclaje en una ley común que se impone a todos y no depende de la voluntad de nadie, los principios de igualdad y de libertad individual pueden en efecto servir para justificar la abolición de toda diferencia y de todo límite, es decir, ser objeto de interpretaciones insensatas. Las reivindicaciones en boga en los países occidentales ofrecen numerosos testimonios de ello, como la abolición de la diferencia de los sexos,¹²³ la "desinstitucionalización" de la

¹²³ La diferencia de sexos sería una "ideología", "incompatible con nuestro horizonte igualitario y universalista" (Asociación Mix-Ciudad de París [Movimiento por la igualdad de los sexos], "Quels parents pour demain?", *Le Monde*, 19 de junio de 2001, p. 15). La tesis del carácter "superfluo" de la división

maternidad,¹²⁴ pues el hijo se considera el “peor enemigo de las mujeres”,¹²⁵ el desmantelamiento del “estatuto específico” de los niños (asimilados a una minoría oprimida),¹²⁶ el reemplazo de la filiación por el contrato,¹²⁷ o incluso, muy explícitamente y en el fondo muy lógicamente, el derecho a estar loco.¹²⁸ Seminarios eruditos son organizados bajo el auspicio de la

jurídica de los sexos es desarrollada actualmente en los medios por juristas del Centro nacional de investigación científica (véase M. Iacub, “Filiation: le triomphe des mères”, *Le Monde des Débats*, marzo de 2000, p. 16-17). Y según sociólogos de la Escuela normal superior, habría que reemplazar el encierro de los seres humanos en una identidad sexual por la orientación sexual libremente elegida por cada uno (véase E. Fassin, “Les pacés de l’an I”, *Le Monde*, 14 de oct. de 2000, p. 20).

¹²⁴ “Del mismo modo que la necesidad de establecer la igualdad entre los sexos requirió que se desinstitucionalice radicalmente la vinculación entre lo maternal y lo femenino, la igualdad entre las sexualidades y la igualdad parental exigen desinstitucionalizar el vínculo entre la maternidad y la pareja heterosexual y la educación del hijo” (“Quels parents pour demain?”, *op. cit.*). Véase en el mismo sentido la crítica que juristas del CNRS le hacen al retraso del derecho francés que todavía no “liberó a las mujeres de su vinculación clásica y primaria con los hijos” y que “reitera y arraiga la institucionalización de dos sujetos sexuales propios de la vieja ideología de las ‘dos mitades complementarias de la humanidad’” (M. Iacub, “Filiation...”, *op. cit.*, p. 17).

¹²⁵ M. Iacub, *Le Monde*, 9-10 de marzo de 2003.

¹²⁶ “El argumento de la vulnerabilidad de los niños y de su estatuto ‘específico’ es idéntico al del ‘sexo débil’ invocado para privar a las mujeres de su autonomía” (“Quels parents pour demain?”, *op. cit.*). La Convención internacional de los derechos del niño (ONU, 1989) participa lamentablemente de la misma orientación en la medida en que trata al niño como un mini-adulto, dotado de todos los derechos (libertad de asociación, de conciencia, de pensamiento, de religión, de expresión, de reunión pacífica, etc.) salvo el derecho de ser un niño...

¹²⁷ Véase F. de Singly, “Le contrat remplace la lignée”, *Le Monde des Débats*, marzo de 2000, p. 19. Se ha podido escuchar al mismo afamado sociólogo de la familia explicar que la prohibición del incesto era un rasgo histórico del cual el hombre moderno sería capaz de liberarse algún día (“La suite dans les idées”, *France Culture*, 14 de marzo de 2002).

¹²⁸ Reivindicado en Francia por algunos juristas de la Escuela de altos estudios en ciencias sociales (EHESS), que definen la libertad “como una especie de inalienable derecho a la locura” (O. Cayla, Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître*, París, Gallimard, 2002, p. 65 ss.).

Ciudad de las ciencias con el propósito de insertar la procreación y la filiación en un marco “signado por el fin del monopolio de la pareja paterna heterosexual sobre la reproducción, para dar lugar a un sistema móvil de personas alrededor del niño donde los roles, los sexos y las filiaciones biológicas y culturales ya no serían fijas ni estarían ligadas entre sí”.¹²⁹ En semejante contexto, es comprensible la fascinación que ejerce la clonación reproductiva que, aplicada al ser humano, le permitiría finalmente liberarse de una vez de la diferencia de sexos y de la diferencia de generaciones, creando ese “sistema móvil de personas donde los roles, los sexos y las filiaciones biológicas y culturales ya no serían fijas ni estarían ligadas entre sí”, algo así como el mundo de los ángeles. A menos que se trate del mundo de las fieras (porque quien se hace el ángel termina siendo bestia)* ya que todos aquellos que no logren afirmarse como amos en ese mercado desregulado de las posiciones sociales serán juzgados como los únicos responsables de su desgracia y depositados en una suerte de sub-humanidad no apta para gozar de los beneficios de una libertad sin límite.¹³⁰ Una vez desinstitucionalizada la maternidad será preciso, y ya lo es, construir prisiones para los niños, porque quien no encuentre límites inscriptos dentro de sí los hallará necesariamente afuera.

Perdura así el trastocamiento revolucionario de lo jurídico y lo científico que fue el sello de los totalitarismos del siglo XX. El derecho y el Estado sólo serían materia de convenciones siempre revisables, simples instrumentos vacíos de sentido, subordinados a las verdades de la ciencia y al progreso irresistible de las técnicas. Dicho instrumento ya no está destinado a servir para la dominación natural de una clase o una raza sobre otra, sino a

¹²⁹ *Procréation, sexualité et filiation*, seminario dirigido por V. Nahoum-Grappe y P. Jouannet, Ciudad de las ciencias, enero-marzo de 2003.

* Traducimos literalmente un proverbio originado en una famosa frase de Pascal que dice: “El hombre no es ni ángel ni bestia, y la desgracia quiere que aquel que pretende hacerse ángel se haga bestia” [T.].

¹³⁰ Véase Ph. d'Iribarne, *Vous serez tous des maîtres, La grande illusion des temps modernes*, París, Seuil, 1996.

servir al individuo en su competencia con todos los demás por la afirmación de sí mismo. Ese nuevo avatar del cientificismo, como los precedentes, conduce a un atolladero sangriento, porque desconoce el lugar de lo prohibido en la instauración de la razón.

Al señalar hasta qué punto el organismo biológico es un modo de ser excepcional en el cual no hay diferencia entre su existencia y su regla, Canguilhem advierte que no ocurre lo mismo en el orden de los asuntos humanos donde dicha regla no es inmanente sino que es necesariamente externa al "cuerpo social".¹³¹ Eso explica por qué en medicina es el mal (la enfermedad) y no el bien (la salud) lo que constituye un problema, mientras que para la sociedad lo que no resulta obvio es la definición del orden justo. Ya que entonces la regla no puede ser descubierta dentro de la misma sociedad, proviene necesariamente de otra parte, un lugar que se sustrae tanto de la investigación científica como del capricho individual, aunque fuera disfrazado de "ética". Y dicha regla no deja de ser necesaria para proteger al hombre de sus fantasías de asesinato y de omnipotencia, especialmente cuando son incentivadas por la potencia de las nuevas técnicas. La lógica de lo prohibido, en cualquier cultura, no es más que esa necesaria interposición de un principio Tercero entre el hombre y sus representaciones, ya se trate de sus representaciones mentales (la palabra) o materiales (las herramientas). Esa función dogmática¹³² —de interposición y de prohibición— le otorga al Derecho un sitio singular dentro del mundo de las técnicas: es una técnica de humanización de la técnica.¹³³ Atacar la dogmática del derecho en nombre de la ciencia, tal como actualmente lo hacen numerosos juristas, es abrir el camino para peligrosas regresiones puesto que, como señala Norbert Elías, "sería posible que el abandono del pensamiento

¹³¹ G. Canguilhem, "Le problème des régulations dans l'organisme et dans la société", *op. cit.*, p. 106 ss.

¹³² Sobre este concepto, véase P. Legendre, *L'Empire de la vérité*, *op. cit.*, p. 29 ss.

¹³³ Véase *infra*, cap. 4.

copiado de las ciencias naturales clásicas refuerce la tendencia del hombre a huir de sí mismo hacia el propicio refugio del pensamiento precientífico, mítico y mágico".¹³⁴ La fe en un "futuro brillante" en que seríamos librados de toda ley excepto las de la ciencia ha sido desde hace dos siglos el fermento de la negación del hombre. Sigue siendo actualmente el vientre fecundo de monstruosidades inéditas. El horror no se repite, se renueva, de modo que las líneas Maginot de la memoria no bastan para prevenir su retorno. También hay que mantener sólidas las cuerdas del derecho, sin las cuales ni el hombre ni la sociedad pueden sostenerse de pie.

¹³⁴ N. Elías, *La Société des individus*, *op. cit.*, p. 120.

2. El imperio de las leyes: *dura lex, sed lex*

*No se podrá hallar entre los mandamientos
un mandamiento que pueda compararse con
el deber de estudiar la Ley, mientras que ese
deber por sí solo iguala en importancia a todos
los restantes mandamientos.*

MOISÉS MAIMÓNIDES
(*El libro del conocimiento*)

*No se dejen engañar por las apariencias;
en el fondo, todo es ley.*

RAINER MARIA RILKE
(*Cartas a un joven poeta*)

El universo de las leyes es infinitamente más grande que el del derecho. El derecho es la manera en que Occidente ordena las reglas que se imponen a los hombres. Es heredero del *ius*, que designaba las fórmulas mediante las cuales se expresa la justicia;¹ pero al basarse en la idea de dirección (*directum*) une la idea de justicia con la de línea de conducta, ya presente en la *regula* (regla) o la *norma* (escuadra) latina. Regla, escuadra, líneas y ángulos rectos: con el derecho, la justicia se vuelve una cuestión de trazado geométrico más que de casuística; proviene más de una mensura que de un arbitraje, aun cuando siempre se trata a fin de cuentas, según la célebre fórmula del Digesto, de darle a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*). Además es por eso que el término derecho, en el sentido objetivo de arquitectura normativa, no tiene un equivalente exacto en el ámbito de el common law. Se traduce derecho

¹ Palabra de origen oscuro, *ius* expresa en su sentido más general una fórmula de justicia, lo que lleva a É. Benveniste a afirmar que "lo constitutivo del 'derecho' no es el *hacer* sino más bien el *pronunciar*" (*Vocabulaire des institutions indo-européennes*, París, Minuit, 1969, t. II, p. 114 [*Vocabulario de las instituciones indoeuropeas: economía, parentesco, sociedad, poder, derecho, religión*, Madrid, Taurus, 1983]). Véase en el mismo sentido A. Magdelain, según el cual "en la Roma arcaica, el derecho es un lenguaje" (*Ius imperium auctoritas*, *op. cit.*, p. 33 ss.).

como *Law*, pero la fuente primaria del derecho en Gran Bretaña o en los Estados Unidos se encuentra en los precedentes y no en los códigos, en los casos decididos por el juez antes que en los lineamientos trazados por el Estado. Y sobre todo, como la ley en el continente (*legge, loi, Gesetz*), la idea de *law* abarca también reglas sobre las cuales los hombres no tienen ninguna incidencia: la Ley de Moisés o la Ley del Islam, las leyes de Kepler o de Newton, las de la termodinámica o la gravitación universal. La *lex*, cuyo primer sentido fue religioso, expresa siempre un imperativo, un poder que se impone a los hombres. Pero puede tratarse tanto de un poder físico o metafísico como de un poder humano. Mientras que la idea de derecho es propia del pensamiento jurídico y autoriza al jurista a encerrarse en su propio sistema de reglas, la idea de ley es también materia de la religión y de la ciencia y permite, pues, abarcar los diferentes registros de normatividad que estructuran el pensamiento occidental, porque tal manera de pensar en términos de ley no resulta obvia ni es para nada universal. Comprender esto permite ver con otra mirada lo que se denomina la dinámica de Occidente.²

Los avatares de una manera de pensar

Llegando al final de su obra clave sobre el pensamiento chino, Marcel Granet se pregunta cómo podría resumir adecuadamente todo lo que ha abarcado, y ésta es su respuesta: "Insistiendo en el hecho de que los chinos no soportan de buen grado ninguna coerción, ni siquiera meramente dogmática, *me limitaré a definir el espíritu de las costumbres chinas mediante la fórmula: ni Dios, ni Ley*".³ Puesto que se trata de "situar la más masiva y más duradera de las civilizaciones conocidas",⁴ según los términos de Granet, una fór-

² Véase N. Elias, *La Dynamique de l'Occident* [1969], trad. fr., Calmann-Lévy, 1975, p. 324.

³ M. Granet, *La Pensée chinoise*, op. cit., cita p. 475-476 (cursiva del autor).

⁴ *Ibid.*

mula así permite también situar al mismo tiempo nuestras propias maneras de pensar.

Esto no quiere decir que el pensamiento chino haya ignorado completamente la idea de ley, sino que nunca le dio el lugar central que ocupa en el mundo occidental. Para atenerse al aspecto jurídico de las cosas, el Imperio Medio conoció por cierto un Derecho administrativo, y también un Derecho penal.⁵ Pero siempre desconoció la idea de una ley civil que para nosotros ha fundado la idea de civilización. Según la tradición confuciana, el "hombre civilizado" no necesita una ley porque ha incorporado dentro de sí todo el arte de saber vivir juntos (los "ritos"); la ley justamente es buena para los bárbaros incapaces de acceder a ese saber vivir. Y entonces se ejerce en su forma más rústica y más brutal, es decir, en su forma penal.⁶ Hubo por cierto, durante los desórdenes que precedieron a la fundación del imperio, una escuela de pensamiento que denunciaba la hipocresía del "gobierno de los hombres" (que de hecho entregaba a los humildes al arbitrio de los mandarines) y promovía el "gobierno de las leyes". Fue la Escuela de los legistas (*Fa-kia*) que conocemos particularmente gracias a la obra de Léon Vandermeersch.⁷ Sin embargo, actuando con lo que tenían, dichos legistas precisamente se dedicaron a extender la ley penal a todos los aspectos de la vida social. Su victoria política presidió el surgimiento del Primer Imperio y fue acompañada por una dura represión de los confucianos (cuyos libros se quemaron en

⁵ Véase especialmente E. Bazals, *La Bureaucratie céleste*, París, Gallimard, 1968, en particular la primera parte "Société et bureaucratie", p. 15 sq.

⁶ Véase J. Escarra, *Le Droit chinois*, op. cit.; asimismo, el punto de vista más matizado de Xiaoping Li, "L'esprit du droit chinois: perspectives comparatives", *Rev. internat. dr. comp.*, 1-1997, p. 7 ss., y para un análisis terminológico, Tch'ehao Tsien, "Le concept de 'loi' en Chine", *Archives de philosophie du droit*, t. 25, p. 231. Sobre la evolución contemporánea, ver X.-Y. Li-Kovovtchikhine (dir.), *Les Sources du droit et la réforme juridique en Chine*, París, Litec, 2003, bilingüe francés-inglés.

⁷ L. Vandermeersch, *La Formation du légisme*, op. cit.; e *id.*, "An inquiry into the Chinese conception of the law", en S. R. Schram (ed.), *The Scope of the State Power in China*, Londres, European Science Foundation, St. Martin's Press, 1985, p. 3-26.

213 a. C.); pero fue de corta duración: sus tesis fueron abandonadas con el derrocamiento de la dinastía Qin (206 a. C.) y quedará el recuerdo de sus brutalidades y de sus excesos.

Se cuenta que grababan el texto de las leyes en calderos de hierro dentro de los cuales los infractores eran puestos a hervir; con ese método, los legistas pretendían asegurar la publicidad de la ley y hacer que su contenido y su sanción fueran inmediatamente inteligibles para todos. La máquina imaginada por Kafka en el relato *En la colonia penitenciaria* se basa en un principio exactamente inverso: graba el texto oculto de la ley infringida en la carne del supliciado, que sólo por ese medio accede a la revelación de su significación con la exhalación del último aliento.⁸ Los textos de Kafka están hechos a imagen de la Ley de la que hablan y también se prestan a un trabajo infinito de interpretación, de modo que nos limitaremos aquí a tres observaciones: a) que la ley sea un enigma es una idea típicamente occidental que no habría surgido en la mente de los legistas del *Fa-kia* (según uno de los clásicos de la escuela, el *Shangjun shu*, "El pueblo es fácil de gobernar, porque es estúpido. La ley puede atender a ello siendo clara y fácil de comprender, y funcionará necesariamente."⁹); b) que el cuerpo humano sea el sitio por excelencia donde debe inscribirse la Ley ha sido uno de los puntos de ruptura entre las tradiciones judía y cristiana (con el debate sobre el imperativo de la circuncisión¹⁰); c) que la encarnación de la ley realizada por el suplicio sea el lugar de una Revelación no ha dejado de fascinar al espíritu occidental,

⁸ F. Kafka, *In der Strafkolonie*, en *Ein Landarzt und andere Erzählungen*, Gallimard, "Folio bilingüe", 1996, p. 23 sq. [*En la colonia penitenciaria*, Madrid, Guadarrama, 1977].

⁹ Citado por L. Vandermeersch, *La Formation du légisme*, op. cit., p. 200.

¹⁰ Ver Hechos de los Apóstoles, 15, 1-34, San Pablo, Epístola a los Romanos, 2, 25 sq. "Si eres transgresor de la ley, tu circuncisión viene a ser incircuncisión [...] la circuncisión no es la que se hace exteriormente en la carne"; sobre dicho debate y su significación, véase J. Taubes, *Die politische Theologie des Paulus* [1993], trad. fr. *La Théologie politique de Paul. Schmitt, Benjamin, Nietzsche et Freud*, París, Seuil, 1999; P. Legendre, *Les Enfants du texte*, op. cit., especialmente p. 220 y 243.

como puede verse por ejemplo en Georges Bataille¹¹ o en Michel Foucault.¹²

En todo caso, no hay huellas dentro de la historia del pensamiento chino, ni siquiera entre los legistas, de nuestra noción de Ley garante de los derechos de los individuos (tampoco hay rastros de esclavitud en el sentido jurídico del término, aunque sin duda alguna una cosa está ligada a la otra).¹³ ¿Cómo explicar esa diferencia fundamental entre el pensamiento oriental y el occidental? Al respecto, es preciso leer atentamente a Haudricourt. Etnólogo y botánico, tecnólogo y orientalista, André Haudricourt nos muestra en toda su obra hasta qué punto "las relaciones del hombre con la naturaleza son infinitamente más importantes que la forma de su cráneo o el color de su piel para explicar su comportamiento y la historia social que traduce".¹⁴ En un artículo publicado en 1962, propone una tipología de dichas relaciones.¹⁵ Por un lado el tipo del jardinero, representado en el Génesis por la figura de Caín; por el otro, el tipo del pastor, representado por Abel. Una sociedad puede combinar ambos tipos, y en la práctica a menudo los combinará, pero se caracterizará por un modo dominante de relación con la naturaleza. La domesticación de los animales predominó en las socie-

¹¹ Ver especialmente las páginas que le dedica al suplicio chino llamado de los cien pedazos en *Les larmes d'Eros*, J.-J. Pauvert, nueva ed. 1971, p. 237 ss., [*Las lágrimas de Eros*, Barcelona, Tusquets, 1988], o a la ejecución de Gilles de Rais en *Gilles de Rais*, J.-J. Pauvert, 1965, p. 92 sq. [*Gilles de Rais*, Barcelona, Tusquets, 1972].

¹² Véase *Surveiller et punir*, París, Gallimard, 1975, p. 9 ss., [*Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Madrid, Siglo XXI, 1990].

¹³ Tal ausencia del derecho subjetivo conduce evidentemente a una concepción objetiva y no subjetiva de la responsabilidad (véase al respecto J. Gernet, *L'Intelligence de la Chine. Le social et le mental*, París, Gallimard, 1994, p. 70 ss., y sobre el caso de Japón, la obra maestra de M. Pinguet, *La Mort volontaire au Japon*, op. cit., especialmente p. 49 sq.).

¹⁴ A.-G. Haudricourt, *La Technologie, science humaine*, op. cit., p. 285.

¹⁵ A.-G. Haudricourt, "Domestication des animaux, culture des plantes et traitement d'autrui", *L'Homme*, 1962, p. 40-50; recogido en *La Technologie, science humaine*, op. cit., p. 277 sq.

dades pastoriles de orillas del Mediterráneo (es sabido que Yahvé prefirió el olor de las carnes asadas de Abel antes que las ofrendas vegetarianas de Caín: Génesis, IV, 3 ss.), mientras que en las sociedades asiáticas la supervivencia dependió sobre todo del cultivo del arroz o del ñame. Cultivar plantas supone ejercer sobre ellas una acción indirecta y negativa; no se las hace crecer tirándolas hacia arriba, sino favoreciendo las condiciones necesarias para su crecimiento (luz, humedad, tipo de suelo, etc.); vale decir, se acompaña a la naturaleza más de lo que se la fuerza. Por el contrario, es el ejercicio de una coacción lo que caracteriza a la ganadería; hacen falta palos, vallas, perros y cuerdas. El modo dominante en cada una de esas culturas repercute en el polo menor. Así en Occidente, la idea de domesticación de la naturaleza impregna también la relación con las plantas (por ejemplo, el jardín a la francesa o —más inquietante— la normalización de vegetales efectuada en las investigaciones del Instituto Nacional de Investigación Agronómica). Y en China, la búsqueda de la armonía con la naturaleza ha impregnado también la relación con los animales; se ha escrito que “el buey tiene el mismo aliento y la misma sangre que el hombre, y es preciso ajustarse a sus sentimientos”,¹⁶ mientras que para Aristóteles “no hay amistad ni justicia posible entre el hombre y el buey, como tampoco entre el amo y el esclavo”.¹⁷

Como lo sugiere la cita de Aristóteles, la relación de los hombres con la naturaleza en una sociedad dada repercute también en la imagen que esos hombres se hacen de los poderes que se ejercen sobre ellos. Hacían falta marinos y pescadores para construir la idea de gobierno en base a la imagen del timón.* Y es conocido el éxito del tema pastoral dentro de la temática religiosa y política occidental

¹⁶ *Tratado de agricultura* citado por A.-G. Haudricourt, *La Technologie, science humaine*, op. cit., p. 284.

¹⁷ *Ética a Nicómaco*, VIII, 2, citado por A.-G. Haudricourt, *La Technologie, science humaine*, op. cit., p. 282.

* En francés, *gouvernail* [“timón”] integra la misma familia de palabras que *gouvernement* [“gobierno”], algo que en castellano sólo ocurre con el tecnicismo “gobernalle” [T.].

(imágenes del pastor,¹⁸ el Cordero pascual, el rebaño de fieles; insignias del báculo y del cetro); el poder se identifica con el ejercicio de un mando, con un *imperium*; y se venera (hoy igual que ayer) a quienes deciden, a los conductores de hombres. En la tradición confuciana, en cambio, el poder político es garante de la armonía que le debe permitir a cada uno que realice su propio genio; merece detentarlo aquel que irradia virtud: “Si es recto, todo funciona sin que deba ordenar nada. Si no es recto, por más que ordene, nadie lo sigue”.¹⁹ A partir de allí, es comprensible que la idea de un gobierno por medio de las leyes haya prosperado en Occidente mientras que Asia prefirió el gobierno por medio de los hombres. La profunda repugnancia de los chinos o los japoneses hacia quienes argumentan con la ley y recurren al juez para hacer valer sus derechos fue expresada en términos claros por el emperador K'ang Hsi, que reinó sobre el imperio Medio en el siglo XVII:

“Los procesos tenderían a multiplicarse de manera espantosa si las personas no tuvieran temor de ir ante los tribunales y si tuvieran confianza en encontrarse con una justicia fácilmente accesible y perfecta. Puesto que el hombre está expuesto a hacerse ilusiones sobre lo que es bueno para él, las apelaciones entonces no tendrían fin y la mitad de los súbditos de nuestro imperio no bastarían para zanjar los litigios de la otra mitad. En consecuencia, deseo que aquellos que se dirigen a los tribunales sean tratados sin piedad alguna, de manera tal que se decepcionen del Derecho y que tiemblen ante la idea de comparecer ante un magistrado.”²⁰

En cambio, el buen pastor es aquel que somete las ovejas a su ley. En la Europa cristiana, la idea de orden (celeste, natural o social)

¹⁸ Véase por ejemplo, la vinculación del pastor divino con el pastor humano realizada por Platón para pensar los orígenes del arte político (*Le Politique*, op. cit., t. II, p. 362 sq.).

¹⁹ *Les Entretiens de Confucius*, XIII-6, trad. P. Ryckmans, París, Gallimard, 1987, p. 72.

²⁰ Citado por S. Van der Sprenkel, *Legal Institutions in Manchu China: A Sociological Analysis*, Londres, Athlone, 1966, p. 77.

remitía naturalmente a la idea de ley (divina, científica o humana). Pensar en términos de ley no ha sido pues privativo de los juristas.

Para entenderlo, podemos partir de la célebre definición que brinda Montesquieu en el comienzo de *El espíritu de las leyes*: "Las leyes, en su sentido más amplio, son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas, y en tal sentido, todos los seres tienen sus leyes".²¹ Y luego añade que la divinidad tiene sus leyes; el mundo material y animal tiene sus leyes; el hombre tiene sus leyes. Esos tres tipos de leyes tienen en común la idea de "relación necesaria". Vale decir que la ley indica entonces el principio de causalidad como principio universal en el cual se encuentran la trascendencia (Dios), la inmanencia (la naturaleza física y biológica) y el hombre. Entender así la ley como principio de causalidad conduce a Montesquieu a concluir: "La ley en general es la razón humana, en tanto que gobierna a todos los pueblos de la tierra".²²

Tal concepción de la ley es verdaderamente típica del pensamiento occidental y no ha dejado de producir inmensos efectos hasta nuestros días, puesto que inserta el ámbito del Derecho (de la ley humana) dentro de un conjunto unido por la idea de causalidad universal, donde se encuentran también la Ley divina y las leyes de la ciencia. Por cierto que actualmente no se suele abordar así la relación entre "ciencia y derecho".²³ Más bien se la considera desde el punto de vista de los límites jurídicos o morales (¿éticos?) capaces de delimitar la explotación de ciertos descubrimientos científicos, particularmente en el ámbito de la biología;²⁴

²¹ Montesquieu, *L'Esprit des lois*, I, 1, en *Œuvres complètes*, París, Gallimard, "Bibliothèque de la Pléiade", t. II, 1951, p. 232 [*Del espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Ediciones Orbis, 1984].

²² Montesquieu, *L'Esprit des lois*, loc. cit.

²³ Sin embargo, véase al respecto Chr. Atias, *Épistémologie juridique*, París, PUF, 1985, espec. p. 99 ss.

²⁴ Véase entre otros: R. Draï, M. Harichaux (dir.), *Bioéthique et droit*, PUF, 1988; G. Braibant (dir.), *Sciences de la vie. De l'éthique au droit*, estudio del Consejo de Estado, La Documentation française, 1988; N. Lenoir, *Aux frontières de la vie: une éthique biomédicale à la française*, informe al Primer ministro, La Documentation française, 1991; Cl. Neirinck, *De la bioéthique au bio-droit*, LGDJ, 1994. Actualmente se habla

se desemboca entonces en el dilema: "¿hay que legislar o no?", es decir, en la ley (jurídica) como respuesta posible al malestar causado por una ciencia sin conciencia.²⁵ Por el contrario, ver en la ley una cuestión común al derecho y a la ciencia permitiría comprender así el problema de sus relaciones en su raíz religiosa.²⁶

Hay al menos un historiador de las ciencias, y uno importante, que ha planteado el problema en esos términos; lo que nos devuelve a China, ya que se trata de Joseph Needham. Needham se preguntó por qué los chinos, cuyos conocimientos hasta el siglo XVI superaban en todos los órdenes a los de los europeos, sin embargo no habían dado el giro hacia la ciencia moderna, y una de las principales explicaciones que brinda es que la ciencia europea se basó en una idea de ley que no existía en el pensamiento chino.²⁷ La idea de leyes de la naturaleza, articuladas con las leyes humanas, tiene orígenes antiguos. Sin duda tiene su fuente en los babilonios que, en la época del Código de Hammurabi (2000 a. C.), se imaginaban al rey-sol Marduk como el legislador de los astros. Es "aquel que impone leyes a las divinidades de los astros y que fija sus límites", quien los mantiene en su camino dándoles "órdenes" y promul-

preferentemente de ética antes que de moral. Sin duda porque la ética se inscribe en el campo léxico de la técnica, la matemática, la física y lo biológico (véase "bioética") y nos remite pues a un mundo lógico, mientras que la moral, con sus resabios de muerte y de agonía, nos arrastra hacia las orillas de lo insondable. Allí donde un Comité nacional de ética tranquiliza a algunos, un Comité nacional de moral espantaría a todo el mundo.

²⁵ Dentro de una rica bibliografía, ver especialmente J.-L. Baudouin y C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme. De quel droit?*, París, PUF, 1987; B. Edelman, M.-A. Hermitte, C. Labrusse-Riou, M. Rémond-Gouilloud, *L'Homme, la nature et le droit*, C., Bourgois, 1988; C. Labrusse-Riou (dir.), *Le Droit saisi par la biologie, Des juristes au laboratoire*, LGDJ, 1996; B. Feuillet-Le Mintier, *Normativité et biomédecine*, Economica, 2003; además de los números especiales de las revistas: "Biologie, personne et droit", *Droits*, 13, París, PUF, 1991; "Droit et science", *Archives de philosophie du droit*, tomo 36, 1991.

²⁶ Véase en tal sentido M. Fabre-Magnan, Ph. Moullier (dir.), *La Génétique, science humaine*, op. cit.

²⁷ J. Needham, "La loi humaine et les lois de la nature" (1ª publicación en *Journal of History of Ideas*, 1951, 12, 2, p. 194), trad. fr. en *La Science chinoise et l'Occident*, París, Seuil, 1973, p. 204 ss.

gando “decretos” para ellos.²⁸ La imagen reaparece en la tradición hebrea, y se sabe hasta qué punto la noción de un Legislador divino es fundamental en el judaísmo, y a través de él en el pensamiento cristiano: “Dios le dictó sus decretos al mar, que las aguas no sobrepasaran sus límites”.²⁹ La misma noción de ley natural proviene del derecho romano, donde los jurisconsultos procuraron encontrar, detrás del *ius gentium*, un denominador común para los usos de todos los pueblos conocidos. Y bajo la influencia estoica ese *ius naturale* llegó a abarcar al hombre y la naturaleza. Así, según el primer párrafo del Digesto (la fórmula es de Ulpiano),

“la ley natural es la que todos los animales han aprendido de la naturaleza; dicha ley no es particular de la especie humana, es común a todos los animales que han sido producidos en la tierra o en el mar, así como a los pájaros del aire. De allí proviene la unión del hombre y la mujer que llamamos matrimonio, lo cual conlleva la procreación y la educación de los hijos; de hecho vemos que los animales en general, aun las bestias más salvajes, manifiestan el conocimiento de esa ley”.³⁰

La idea de leyes de la naturaleza reaparece en la Europa medieval, como parte de una legislación divina a la cual todo debe obedecer. Needham refiere pues que en 1474, en Bâle, un gallo fue condenado a ser quemado vivo por “el crimen atroz y contra natura” de haber puesto un huevo.³¹

Actualmente ese gallo terminaría sin dudas en manos de un biólogo que, en lugar de sancionar esa infracción a las leyes de la

²⁸ J. Needham, “La loi humaine...”, *op. cit.*, p. 215. La contemporaneidad entre dicha representación y el Código de Hammurabi merece destacarse; por su carácter sistemático, ese Código ha podido en efecto considerarse como un precursor del pensamiento científico, ver J. Bottéro, *Mésopotamie. L'écriture, la raison et les dieux*, París, Gallimard, 1987, p. 191 ss.

²⁹ Sobre los vínculos entre la Cosmogonía mesopotámica y el Génesis bíblico, ver J. Bottéro, *La Naissance de Dieu. La Bible et l'historien*, París, Gallimard, nueva ed. 1992.

³⁰ Digesto, 1, 1, 1, 3.

³¹ Cf., sobre la práctica medieval de los enjuiciamientos de animales, M. Pas-toureaux, *Une histoire symbolique du Moyen Âge occidental*, París, Seuil, 2004.

genética, procuraría comprenderla. Porque el giro de la ciencia moderna se dio cuando en vez de convertirse en guardianes de las leyes divinas, los doctos se dedicaron a descifrarlas en su invariabilidad. La hipótesis de la existencia de “leyes que Dios ha establecido en la naturaleza” (la expresión pertenece a Descartes)³² hacía pensable, en efecto, el descubrimiento de dichas leyes y su expresión matemática. Fue entonces cuando Dios dejó de hablar en latín y empezó a hablar en cifras. Escribe Needham:

En Europa la ley positiva contribuyó al desarrollo de la ciencia de la naturaleza en virtud de su formulación precisa y dado que suponía la idea de que el legislador terrestre tenía su homólogo en el cielo, cuyo ordenamiento se desplegaba en todas partes donde hubiera cosas materiales. Para creer en la inteligibilidad racional de la naturaleza, el espíritu europeo debía presuponer (o vería que resultaba muy cómodo presuponer) la existencia de un Ser supremo que, racional también, habría puesto esa inteligibilidad en la naturaleza [...]. No encontramos algo así en el pensamiento chino. Incluso la actual traducción china de ‘leyes de la naturaleza’ es *ziran fa*, ‘ley espontánea’, enunciado que conserva rigurosamente el antiguo rechazo taoísta de un Dios personal, y que casi desemboca en una contradicción en sus términos.³³

Esa raíz religiosa común a las leyes humanas y a las leyes de la ciencia aparece más claramente desde un punto de vista histórico que desde un punto de vista epistemológico. La idea de leyes de la naturaleza sólo adquirió un valor científico gradualmente, a medida que emergía la distinción (y la articulación) entre la Iglesia y el Estado, el poder espiritual y el poder temporal. Needham sitúa la ruptura en el momento en que, en el orden político, la autoridad real centralizada triunfó sobre el feudalismo. Descartes escribe cuarenta años después

³² *Discours de la méthode* [1637], quinta parte (*Œuvres et lettres*, París, Gallimard, “Bibliothèque de la Pléiade”, 1953, p. 153-154) [*Discurso del método*, Buenos Aires, Losada, 1961].

³³ J. Needham, “La loi humaine...”, *op. cit.*, p. 238-239.

de que Bodin desarrollara una teoría de la soberanía³⁴ y será con la culminación del absolutismo real que dicha idea de ley de la naturaleza alcanzará su pleno desarrollo en Spinoza, Boyle o Newton.³⁵

Aunque es sabido todo lo que la teoría del Estado monárquico le debe también a la revolución gregoriana de los siglos XI y XII, que separó los poderes religiosos y seculares al mismo tiempo que instituyó la Iglesia como modelo de Estado centralizado,³⁶ a esa "Revolución del Intérprete",³⁷ a Graciano³⁸ y a la Escuela de los Juristas de Bolonia (lugar de nacimiento de la universidad en Europa) se debe

³⁴ La relación es planteada por el mismo Descartes, quien en una carta al padre Mersenne, escribe acerca de las verdades matemáticas "que es Dios quien ha establecido esas leyes en la naturaleza, así como un rey establece leyes en su reino" (carta del 15 de abril de 1630, en *Œuvres et lettres*, op. cit., p. 933). Ver también, sobre la idea cartesiana de ley de la naturaleza, las agudas observaciones de P. Thuillier, *La Grande Implosion*, París, Fayard, 1995, espec. p. 280 ss. Y sobre la idea de soberanía en Bodin, véase *infra*, cap. 5.

³⁵ Véase, J. Needham, "La loi humaine...", op. cit., p. 222-223, quien se remite a las investigaciones de Edgar Zilsel (véase en especial su "The genesis of the concept of physical law", *The Philosophical Review*, mayo de 1942). La vinculación entre historia de las ciencias e historia de las instituciones no es nueva; ya se ha señalado la relación entre la idea de un legislador de los astros y la centralización política de la época de Hammurabi; un poco más cerca nuestro, la doctrina estoica de una ley universal había sido desarrollada en la estela de las conquistas de Alejandro Magno.

³⁶ Véase, E. Kantorowicz, *Les Deux Corps du roi*, op. cit.; P. Legendre, *La Pénétration du droit romain dans le droit canonique classique*, París, Jouve, 1964, e *id.*, *Les Enfants du texte*, op. cit., espec. p. 237 ss.; H. J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1983 (trad. fr. R. Audouin, *Droit et Révolution*, Aix, Librairie de l'université d'Aix-en-Provence, prefacio de Chr. Atias, 2002), espec. p. 85 ss. Berman también ve en el estudio de las leyes el prototipo de la ciencia experimental, pero le reprocha a Needham que ignore el papel de la revolución gregoriana en ese ámbito (op. cit., p. 151 ss., y nota 78 p. 587).

³⁷ Así la califica Pierre Legendre (*Les Enfants du texte*, loc. cit.).

³⁸ Mucho antes que Montesquieu, Graciano distingue y jerarquiza: a) la ley divina (accesible mediante la revelación); b) las leyes de la naturaleza (*ius naturale*) que expresan también la voluntad divina pero que son accesibles a la razón humana, y c) las leyes humanas (las de los Príncipes y las de la Iglesia) que no deben quebrantar ninguna de las dos anteriores (véase H. J. Berman, *Law and Revolution*, op. cit., p. 145).

la conexión de las leyes con el principio de causalidad mediante su inserción dentro de un cuerpo sistemático de textos; también se le debe el pensamiento de hombres como Abelardo, su diferenciación de causas naturales y causas milagrosas y su afirmación de los poderes de la razón frente a la autoridad de la tradición.³⁹ El pensamiento occidental comenzaba así a abandonar la búsqueda de causas concretas y singulares (*causa próxima, remota, eficiente*, etc.)⁴⁰ para emprender la búsqueda de relaciones formales de causalidad cuyo modelo más acabado será proporcionado por el álgebra.

Por otro lado, habrá que esperar hasta la Revolución francesa y la transformación del siglo XIX para que el Estado y la ciencia se emancipen completamente de la referencia religiosa y que se materialice "la hipótesis impía" formulada en su momento por Grotius, es decir, la existencia de un jurista que supone la ausencia de Dios.⁴¹ Para la ciencia, será un hecho poco después con Laplace, que dice de Dios: "no tengo necesidad de tal hipótesis". Las leyes de la naturaleza se bastan, pues, a sí mismas, ya no hay necesidad de referirse al legislador divino para *levantar el velo* de nuestra ignorancia; el *descubrimiento* científico puede reemplazar completamente a la *revelación* divina.

Hicieron falta entonces siete siglos, desde el XII hasta el XIX, para que se disipara la confusión de los planos religioso, humano y natural bajo una Ley única y que se afirmaran el Estado y la ciencia en el sentido que nosotros les damos a esos términos. Pero podemos preguntarnos si tal confusión no está a punto de resurgir actualmente bajo nuevas formas.

³⁹ Sobre el aporte intelectual de Abelardo, ver las actas del coloquio internacional recopiladas por J. Jolivet y P. Habrias (dir.), *Pierre Abélard à l'aube des universités*, Nantes, Presses de l'université de Nantes, 2001.

⁴⁰ Casi únicamente en el derecho civil conserva cierto espacio la teoría de la causa: en derecho contractual y en materia de responsabilidad (véase J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les Obligations*, PUF, 20ª ed., 1996, § 58 ss. y 213 ss., y la bibliografía citada).

⁴¹ Véase. P. Legendre, *Le Désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du Droit*, París, Fayard, 1988, p. 21.

El control humano de las leyes

Para abordar la situación actual, es preciso comprender la ambivalencia de la secularización, del desencaje de las leyes⁴² que son sacadas de las catedrales para ir a poblar las plazas y los jardines como las estatuas del Renacimiento. Precisamente, la historia del arte resulta apropiada para aclarar la cuestión, pues sigue un curso paralelo a la historia del derecho o de las ciencias. La "matematización" del espacio efectuada en la pintura por el descubrimiento de las leyes de la perspectiva antecedió incluso a la que realizaron en el ámbito de las ciencias las leyes de Kepler. El antiguo Oriente, la Antigüedad clásica y la Edad Media habían rechazado en mayor o menor medida la perspectiva "porque parecía introducir un factor individual y accidental en un mundo por otra parte extrasubjetivo o suprasubjetivo",⁴³ lo cual era particularmente cierto en el arte religioso; la imagen del más allá no podía estar sometida a un punto de vista individual que por el contrario tenía el objetivo de superar.⁴⁴ Según las leyes de la perspectiva, en cambio, la imagen se ordena rigurosamente alrededor del punto de visión de un sujeto único. A ello se debe la ambivalencia de su invención, magistralmente analizada por Panofsky:

"Resulta tan justificado concebir la historia de la perspectiva como un triunfo del sentido de lo real, constitutivo de la distancia y la objetividad, que concebirla como un triunfo del deseo de poder que invade al hombre y que niega toda distancia, como una sistemati-

⁴² H. J. Berman utiliza la noción de *disembeddedness*, véase *Law and Revolution*, op. cit., p. 121.

⁴³ E. Panofsky, "Die Perspektive als symbolische Form", *Vorträge der Bibliothek Warburg*, Leipzig, 1927, p. 258-330, trad. fr. *La Perspective comme forme symbolique*, París, Minuit, 1975, cita p. 180 [*La perspectiva como forma simbólica*, Barcelona, Tusquets, 1999].

⁴⁴ La visión en perspectiva le vedaba en efecto al arte religioso "esa región de lo mágico donde la obra de arte efectúa por sí misma milagros y la región de lo simbólico dogmático donde profetiza el milagro o da testimonio de su existencia" (véase E. Panofsky, *La Perspective...*, op. cit., p. 181).

zación y una estabilización del mundo exterior al igual que como un ampliación de la esfera del Yo."⁴⁵

Lo que Panofsky dice acerca de las leyes de la perspectiva podría corresponder igualmente a la invención de leyes humanas y leyes científicas separadas de toda referencia metafísica. Por un lado, dichas leyes efectúan "una sistematización y una estabilización del mundo exterior". Someten al dominio de la objetividad las relaciones entre los hombres y las relaciones de los hombres con la naturaleza. Concebida como regla general y abstracta, la ley humana se impone igualmente a todos, incluyendo el Estado de derecho que es su fuente, mientras que la ley de la ciencia somete nuestra relación con el mundo al principio de causalidad y excluye el milagro o la intervención divina.⁴⁶ La fuerza de tales leyes es tanto mayor en la medida en que se las concibe como elementos de un cuerpo lógico que las encadena unas con otras. Pero por otro lado, dichas leyes efectúan una "ampliación de la esfera del Yo" porque el centro (¿la cabeza?) de ese cuerpo lógico se encuentra en la Razón, es decir, en el cerebro del hombre (al punto de visión del pintor le corresponden el *cogito* cartesiano en la teoría de las ciencias o la voluntad soberana del legislador en la teoría del Estado). Mientras que el hombre medieval sólo ocupaba un lugar subordinado a la omnipotencia divina, el hombre moderno podrá pensarse como el centro intelectual del mundo.⁴⁷ A

⁴⁵ *Ibid.*, p. 160.

⁴⁶ Pareciera incluso, al leer a Descartes, que Dios hubiese sido sometido antes que el Estado a la regla *tu patere legem quam ipse fecisti* ("sometete a tu propia ley"): "Nos dirán que si Dios estableció esas verdades [matemáticas], podría cambiarlas como un rey que dicta sus leyes; a lo cual es preciso responder que en efecto su voluntad puede cambiar. —Pero yo las entiendo como eternas e inmutables. —Y yo pienso lo mismo de Dios" (carta a Mersenne del 15 de abril de 1630, *Œuvres et lettres*, op. cit., p. 934).

⁴⁷ Véase especialmente, sobre el paso de la crítica nominalista de Guillermo de Ockham al *cogito* cartesiano, H. Blumenberg, *La Legitimité des temps modernes*, trad. de la 2ª ed. alemana [1988], París, Gallimard, 1999, quien señala en la p. 164: "Fue sólo porque el nominalismo había provocado la destrucción radical del cosmos confiable para el hombre que la filosofía mecanicista de la naturaleza pudo ser entendida como un instrumento de afirmación del yo".

través del Estado jurista⁴⁸, fundará por sí mismo el orden de la sociedad humana; y a través del descubrimiento de las leyes de la ciencia, encontrará los medios para sojuzgar la naturaleza. Esos dos aspectos estaban además íntimamente ligados desde la época de la Ilustración, cuando se cimentó el proyecto de fundar el derecho en la naturaleza humana, recurriendo al método de las ciencias físicas y matemáticas.⁴⁹ Hay que examinar con más precisión adónde conducía cada una de esas dos vertientes si pretendemos situar el lugar de la ley dentro del pensamiento contemporáneo.

En la medida en que hacía triunfar el sentido de lo real, la ley se reveló progresivamente como inaccesible para la razón humana y dio paso a otras nociones (paradigmas, modelos, ideas-tipo, estructuras, mercados, campos, sistemas, convenciones, etc.) que constituyen otras tantas de sus manifestaciones. Todavía en el siglo XIX, en el ámbito de las ciencias naturales, los científicos se reunían en congresos internacionales para decidir qué era una ley científica en puntos controvertidos.⁵⁰ Actualmente, la idea de ley (por ejemplo, las leyes de Newton) ya no se acepta más que dentro de límites estrictos de validez. Con el principio de incertidumbre de Heisenberg, los físicos admitieron que existía algo previo a las leyes por el lado de lo infinitamente pequeño, algo que no se deja sujetar mediante el principio de causalidad tal como lo entendemos a través de la idea de ley. Por el lado de las ciencias humanas, fue el descubrimiento del inconsciente por parte de Freud lo que llevó de manera similar a reconocer una parte oscura en el hombre, que funciona como un lenguaje pero que escapa de la determinación lógica. Por último, en el orden institucional, el Estado de Derecho y la ley persisten y aún se mantienen vigentes, pero no podemos decir que se mantengan muy erguidos. Presa de las nuevas formas de "feudalización", el Estado parece haber renun-

⁴⁸ Sobre esta noción, véase P. Legendre, *Les Enfants du texte*, op. cit., p. 254 sq.

⁴⁹ Era la aspiración, como se sabe, de hombres como Leibniz, Grotius, Hobbes o Pufendorf. Véase, A. Dufour, "La notion de loi dans l'École du Droit naturel moderne", *Arch. de philo. du droit*, t. 25, p. 212 ss.

⁵⁰ Le debo esta indicación a Jean Dhombres (comunicación del seminario de la MSH Guépin sobre la cuestión nacional, 1995).

ciado a abarcar por medio de leyes estables, generales y abstractas un mundo cuya complejidad se le escapa: la ley se vuelve una regla de validez limitada o bien desaparece frente a los mercados y las convenciones.⁵¹

Al someter de tal modo a los hombres al principio de realidad, la ley mantuvo las promesas que le eran atribuidas en San Pablo o en Lutero: convencer al hombre de su impotencia y enseñarle a desesperar de sí mismo.⁵² Como en la historia por Kafka, pasará su vida esperando en vano que se abran delante suyo las puertas de la Ley, mientras cuenta las pulgas que saltan de la barba de su guardián.⁵³ Si llegara a franquear una puerta, a descifrar una ley, descubriría otras mil detrás de ésta, mil veces más difíciles de atravesar. La *Melancholia I* de Durero ya expresaba, en los albores de la modernidad, ese sentimiento de impotencia de la razón para captar la complejidad del mundo, y la nostalgia de una época ya perimida en la que el pensamiento podía apoyarse en la ley divina.⁵⁴

Pero una vez arrancada de su raíz religiosa, la ley también liberó "el deseo de poder que invade al hombre y que niega toda distancia".⁵⁵ Al quedar vacante el sitio de la ley divina, el hombre no podía dejar de intentar ocuparlo y sostener por sí mismo el discurso fundador de toda ley. Un discurso semejante no era capaz de prosperar sino adquiriendo una legitimidad comparable al de las ciencias de la naturaleza, trasponiendo entonces los métodos de tales ciencias al

⁵¹ Véase *infra*, cap. 5.

⁵² Véase Luther. *Von der Freiheit eines Christenmenschen* [1520], ed. bilingüe *De la liberté du chrétien*, París, Seuil, 1996, véase § 8 y 9, p. 34 ss.; San Pablo, Epístola a los Romanos, IV, 15: "Donde no hay ley, tampoco hay transgresión", V, 13: "Donde no hay ley, no se inculpa de pecado"; VII, 7: "Yo no conocí el pecado sino por la ley; porque tampoco conocería la codicia, si la ley no dijera: No codiciarás."

⁵³ De todo el texto de *El proceso*, ese relato es el único que Kafka hizo publicar en vida; figura en el capítulo IX de las ediciones publicadas después de su muerte (ver Kafka, *Œuvres complètes*, t. I, París, Gallimard, "Bibliothèque de la Pléiade", p. 453-455 [*El proceso*, Buenos Aires, Losada, 1957]).

⁵⁴ Sobre ese grabado y sus vinculaciones con el que representa a San Jerónimo en su gabinete, véase E. Panofsky, *La Vie et l'Œuvre d'Albrecht Dürer*, 1ª ed. 1943, trad. fr., Hazan, París, 1987, p. 237-265.

⁵⁵ E. Panofsky, *La Perspective...*, loc. cit.

estudio del hombre y de la sociedad. Fue Augusto Comte quien se expresó al respecto con la mayor claridad. La desaparición de una fuente sobrenatural que por sí sola pudiera sustraer la ley a la discusión humana sólo puede dar lugar, según él, a las leyes reveladas por el estudio de la naturaleza.⁵⁶ A ese proceso obedece la fundación de una ciencia nueva que denomina sociología, así como su descubrimiento de la "ley de los tres estados" que ofrece la clave para el desarrollo histórico de las sociedades humanas y permite augurar el advenimiento de una sociedad sin Derecho.⁵⁷ Augusto Comte esperaba que fuera posible, según la afirmación de Saint-Simon (de quien había sido discípulo), sustituir el gobierno de los hombres por la administración de las cosas. Esta certidumbre de que la norma científica y técnica estaba llamada a suplantarse completamente a la ley humana se encuentra también en la crítica marxista del derecho.⁵⁸ Frente a las injusticias de su tiempo, Saint-Simon, Comte y Marx soñaban con una liberación de la humanidad que, luego de haber derrocado a la divinidad, encontraría en las leyes de la ciencia los medios para librarse del poder de los Estados.

La Ilustración había sustituido la tríada de las leyes (divinas, naturales y humanas) por la dualidad de las leyes natural y humana, unidas bajo la égida de la Razón. Al querer reducir también esa dualidad, las nacientes ciencias sociales pretendieron establecer la soberanía legislativa de la ciencia, descalificando en un mismo gesto a la teología (cuyo puesto ocuparon en las universidades) y al derecho.⁵⁹ En el

⁵⁶ Véase sus tesis resumidas en su *Catéchisme positiviste* [1852], *op. cit.*, especialmente p. 238 ss. Formulada primero en 1822 en su *Plan des travaux scientifiques pour réorganiser la société* (publicado en el *Appendice général du système de politique positive*, *op. cit.*, p. 47 ss.), la ley de los tres estados (teológico, metafísico, positivo) fue particularmente expuesta por Comte en su *Cours de philosophie positive* [1830-1842]; véase t. II, *Physique sociale*, presentación y notas de J.-P. Enthoven, París, Hermann, 1975, especialmente la lección 51^a, p. 202 ss.

⁵⁷ W. Lepehies, *Die drei Kulturen. Soziologie zwischen Literatur und Wissenschaft*, Munich, Hanser, 1985, trad. fr. *Les Trois Cultures*, París, MSH, 1990.

⁵⁸ La presentación más inteligente y más sistemática de esa crítica se halla sin dudas en la obra de E. B. Pasukanis, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, *op. cit.*

⁵⁹ Véase P. Legendre, *La 901^e Conclusion. Étude sur le théâtre de la Raison*, París, Fayard, 1998, p. 95.

plano científico, dicho proyecto estaba condenado al fracaso puesto que (como se acaba de exponer) someter el pensamiento a la búsqueda de leyes obliga a tomar conciencia de los límites del entendimiento. A medida que las ciencias sociales acumulaban una suma sin precedentes de conocimientos, la complejidad de lo que descubrían demostraba la vanidad de la enunciación de leyes de hierro que en última instancia determinarían el destino de los hombres (leyes de la historia, de la economía, de la sociedad, etcétera.).

En cambio, en el plano ideológico y político, ese proyecto obtuvo un éxito extraordinario porque le abría horizontes ilimitados al deseo de poder que abriga el hombre. Vale decir, abría las puertas de la locura. Los sistemas totalitarios que han signado el siglo XX permiten ver exactamente dónde se sitúa el punto delirante del proyecto de regulación científica de la sociedad. No se sitúa en sus similitudes, que siguen siendo numerosas, con las religiones. Ciertamente, entre quienes se creen los instrumentos de la ley divina y quienes se creen los instrumentos de la ley de la Historia (según la cual sobrevive la clase más progresista) o de la Naturaleza (según la cual sólo sobreviven los más aptos), hay más de una homología; y las comparaciones en cifras de las masacres cometidas en nombre de una u otra de esas leyes no tienen la posibilidad de establecer una diferencia entre ellas, porque esa diferencia está en otra parte. La Ley divina (en las religiones del Libro), así como actualmente la ley de la República, se dirige siempre al hombre como sujeto; le confiere su identidad al mismo tiempo que postula su libertad y su responsabilidad (aunque sólo fuera la libertad de infringir la Ley y por lo tanto incurrir en sus sanciones). Las leyes de la ciencia, en cambio, consideran al hombre como objeto; *lo explican* remitiendo lo que es o lo que hace a determinaciones objetivas, que evidentemente no implican su responsabilidad. La ley de la ciencia no conoce inocentes o culpables; sólo sabe de encadenamientos de causa a efecto. Fue en tal sentido que, ya en el siglo XVII, el teólogo español Suárez escribía que no podemos hablar de ley sino por medio de metáforas "tratándose de cosas a las

cuales la razón no alcanza".⁶⁰ Pretender basar en la ciencia las leyes de la sociedad supone no considerar ya a los hombres como sujetos, seres dotados de razón, sino como objetos, como partículas dentro de un campo magnético o animales en un criadero, como "cosas a las cuales la razón no alcanza".⁶¹ Hitler pudo decir de sí mismo: "Sólo soy un imán que se desplaza constantemente a través de la nación alemana para extraer el acero".⁶² La analogía con las leyes de la física merece que nos detengamos en ella: Hitler no pretende actuar *en nombre* de una Ley distante de él, sino que pretende ser su encarnación directa, su objeto activo. También escribió:

"En un mundo donde los planetas y los soles siguen trayectorias circulares, donde las lunas giran en torno a los planetas, donde la fuerza reina en todas partes y como única dueña de la debilidad, a la que obliga a servirle dócilmente o a la que doblega, el hombre no puede depender de leyes especiales."⁶³

La lengua del Tercer Reich fue el crisol de nociones tales como la de "material humano", que rebajan así el mundo de los hombres al de las cosas.⁶⁴ La supresión, en nombre de la Ciencia,

⁶⁰ En *Tractatus de legibus* [1612], citado por J. Needham, "La loi humaine...", *op. cit.*, p. 221. Sobre Suárez, véase también J.-L. Vullierme, "La loi dans le droit, les sciences, la métaphysique", "La loi", *Archives de philosophie du droit*, t. XXV, Sirey, 1980, p. 47 sq., p. 55, y M. Bastit, *Naissance de la loi moderne, La pensée de la Loi de saint Thomas à Suarez*, París, PUF, 1990.

⁶¹ Un sistema así ya no recurre a las categorías de lo legal y lo ilegal, lo permitido y lo prohibido, sino a las de lo normal y lo patológico; la "justicia de guardapolvos blancos" (*i. e.* internaciones psiquiátricas de opositores o contestatarios) tal como fue ejercida en la Unión Soviética es un buen ejemplo de esa inversión del principio de razón (véase al respecto Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, 3ª parte: "Le légal et le normal", p. 187 sq.).

⁶² Citado por H. Arendt, *Le Système totalitaire*, *op. cit.*, nota 52, p. 260.

⁶³ Hitler, *Mein Kampf*, citado por Simone Weil, según quien "estas líneas expresan de manera irreproachable la única conclusión que se puede extraer razonablemente de la concepción del mundo contenida en nuestra ciencia. La vida entera de Hitler no es más que la puesta en práctica de esa conclusión" (*L'Enracinement*, *op. cit.*, p. 1177-1178).

⁶⁴ Sobre esta expresión, ver V. Klemperer, *LTI. Notizbuch eines Philologen*, Leipzig, Reclam Verlag, 1975, trad. fr. *LTI, la langue du IIIe Reich*, París, Albin Michel, 1996, p.

del sujeto de derecho es el punto delirante donde se ancla el pensamiento totalitario.⁶⁵

Si la negación de la ley como garante de la identidad y de los derechos de las personas es entonces el signo distintivo del totalitarismo, lo es porque éste pretende ser el instrumento de una ley más alta, una ley científica y sobrehumana, que descalifica al Estado y la ley positiva. Tanto el comunismo como el nazismo concibieron el Estado como una simple marioneta al servicio del Partido, un gobierno aparente que servía para ocultar los lugares reales de ejercicio del poder. "El Estado", escribió Hitler, "no representa una sustancia, sino una forma".⁶⁶ También vaciaron de su sustancia la ley positiva, de la cual sólo conservaron el nombre. "Modelamos la vida de nuestros pueblos y nuestra legislación de acuerdo con los dictados de la genética", proclamaba el Manual de las Juventudes Hitlerianas.⁶⁷ Hitler reiteró en muchas ocasiones que "no nos gobierna el Estado, sino que nosotros gobernamos al Estado"⁶⁸ y que "el Estado sólo es el medio para un fin; el fin es la conservación de la raza".⁶⁹ La política de exterminio llevada a cabo por los nazis no consistió únicamente en eliminar a millones de mujeres, hombres y niños en nombre de la lucha de razas. También consistió en despojarlos de las diferentes coberturas jurídicas que los hacían sujetos de derecho: quitándoles su plena capacidad civil, retirándoles su estatuto profesional (y no solamente sus profesiones), luego su patrimonio (y no solamente sus bienes), luego su nacionalidad (convirtiéndolos en apátridas), luego su nombre (convirtiéndolos en números), es decir, negándoles su cualidad de seres humanos antes de quitarles la vida. Y los mismos verdugos no actuaban *en nombre* de una ley de

197 ss. Lejos de haber desaparecido después de la guerra, tales esquemas de pensamiento siguen prosperando actualmente. Ya no se habla de "material humano", sino de "capital humano", usando así sin saberlo el vocabulario de Stalin.

⁶⁵ H. Arendt, *Le Système totalitaire*, *op. cit.*, p. 185.

⁶⁶ Hitler, *Mein Kampf*, trad. fr., París, Nouvelles éd. latines, 1982, p. 393 [*Mi lucha*, Buenos Aires, Alborada, s. f.].

⁶⁷ Citado por H. Arendt, *Le Système totalitaire*, *op. cit.*, p. 76.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 286.

⁶⁹ *Ibid.*, *Le Système totalitaire*, *op. cit.*, p. 258.

la Raza, sino que encarnaban esa ley, negando igualmente toda distancia entre ellos y la ley; eran incitados a considerarse a sí mismos como ruedas puestas en movimiento por fuerzas superiores, deshaciéndose de cualquier sentimiento de responsabilidad o de culpabilidad.⁷⁰

La referencia política a supuestas leyes científicas (ley "biológica" de supervivencia de la raza más apta⁷¹ o ley "histórica" de dominio de la clase "motor" de la historia) implica así la eliminación de la *función antropológica de las leyes* positivas. Estas últimas tuvieron el papel, tal como escribió Hannah Arendt,

"de levantar barreras y establecer vías de comunicación entre los hombres, cuya comunidad está sin cesar amenazada por los hombres nuevos que nacen. Con cada nuevo nacimiento, un nuevo comienzo llega al mundo, virtualmente un nuevo mundo ha llegado a ser. La estabilidad de las leyes responde al movimiento perpetuo que padecen todos los asuntos humanos, un movimiento que nunca puede cesar en tanto que haya hombres que nacen y mueren. La ley rodea a cada recién llegado de barreras y al mismo tiempo garantiza su libertad de movimientos, la posibilidad de que ocurra algo enteramente nuevo e imprevisible. Las barreras de las leyes positivas son a la existencia política del hombre lo que la memoria es a su existencia histórica: garantizan la preexistencia de un mundo común, la realidad de una determinada continuidad, que trasciende la duración de la vida individual de cada generación, absorbe todos los nuevos comienzos y se alimenta de ellos."⁷²

⁷⁰ Desde ese punto de vista, resulta ejemplar el caso de Eichmann: véase H. Arendt, *Eichmann à Jérusalem* [1ª ed. 1963], trad. fr., París, Gallimard, 1966 [*Eichmann en Jerusalem. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Barcelona, Lumen, 1999]. Arendt recuerda que uno de los problemas de los miembros de las SS consistía en acallar dentro de ellos el horror de sus actos, de modo que Himmler se había visto llevado a decirles: "Lo que esperamos de ustedes es sobrehumano, tendrán que ser sobrehumanamente sobrehumanos" (*op. cit.*, p. 175).

⁷¹ La justificación "científica" de la eugenesia por parte de los biólogos estuvo ampliamente difundida hasta la Segunda Guerra mundial, especialmente en los países protestantes (véase A. Pichot, *La Société pure*, *op. cit.*).

⁷² H. Arendt, *Le Système totalitaire*, *op. cit.*, p. 211.

Hablar de una función antropológica de las leyes permite salir de los debates interminables sobre lo Justo, poniendo a la luz la necesidad de garantizar a toda nueva generación algo "ya dado", algo que Arendt llama en este caso "la preexistencia de un mundo común que trasciende la duración de la vida individual de cada generación". Tal necesidad es propia del ser humano en cuanto animal simbólico que, a diferencia de los demás animales, percibe y organiza el mundo a través del filtro del lenguaje, lo cual no quiere decir que la ley o las construcciones jurídicas occidentales sean el único medio de asegurar dicha función antropológica. Ha sido la manera occidental, pero hay otras, entre las cuales se encuentra la china, que tiene en cuenta los lazos antes que las leyes, los ritos antes que las reglas.

Citar aquí extensamente a Hannah Arendt es una manera de recordar con ella que el judeicidio perpetrado por los nazis fue "la experiencia fundamental de nuestra época y su miseria fundamental", que a partir de dicho fundamento se debe intentar edificar "un nuevo conocimiento del hombre" y que esa historia no ofrece "un argumento capaz de servir a ningún fin político".⁷³ No pareciera que efectivamente tales lecciones hayan sido aprendidas. Por un lado, la función antropológica de las leyes positivas es negada, incluso en las filas de los juristas.⁷⁴ Por otro lado, no se ha

⁷³ H. Arendt, *The Image of Hell* [1946], trad. fr. en *Auschwitz et Jérusalem*, París, Deuxièmes Temps Tierce, 1991, cita pp. 154-155. Sobre los usos y abusos de la memoria del genocidio nazi, ver los agudos análisis de T. Todorov, *Les Abus de la mémoire*, París, Arléa, 1995.

⁷⁴ Sobre los estragos del positivismo jurídico "neutral y objetivo" entre los juristas, ver D. Lochak, "La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme", *op. cit.*; Chr. Jamin, "L'oubli et la science", *op. cit.*; así como la crítica del positivismo desarrollada por L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964. Incluso actualmente, numerosos juristas se dedican a resucitar la tesis decididamente inextirpable de la neutralidad de la técnica jurídica (ver M. Troper, "La doctrine et le positivisme" [acerca de un artículo de Danièle Lochak], en D. Lochak et al. (dir.), *Les Usages sociaux du droit*, París, PUF, 1989, p. 291; Y. Thomas, "Le sujet de droit, la personne et la nature", *Le Débat*, 100, mayo-agosto de 1998, p. 85 ss.), desconociendo el hecho de que la técnica jurídica, como cualquier otra técnica, no tiene sentido si no es remitida a los fines que presidieron su concepción (véase *infra*, cap. 4).

dejado de apelar a la ética (cuya presencia se expresa en numerosas versiones: bioética, ética de los negocios, etc.), obedeciendo así sin saberlo a la consigna lanzada por Hitler a los juristas alemanes en 1933: "El Estado totalitario debe ignorar toda diferencia entre ley y ética".⁷⁵ Reina un "efecto de espejo" que conduce entonces a quienes denuncian el totalitarismo, sin duda sinceramente, a comportarse en la actualidad a la manera de aquello que denuncian. Porque pensar que los nazis (o sus epígonos actuales) no son hombres como nosotros es ya pensar como ellos; querer quemar los libros de los aficionados a los autos de fe es engrosar sus filas; inscribir una Verdad oficial en el ámbito legal penal es no creer en la fuerza de la verdad histórica.⁷⁶ En una palabra, "la herencia totalitaria en adelante nutre nuestras prácticas sociales."⁷⁷

El hombre explicado por las leyes

¿Continúa la idea de ley impregnando nuestras maneras de pensar y, llegado el caso, de qué forma se presenta actualmente? A primera vista, lo que se debe constatar es la decadencia de las leyes. Es el diagnóstico que generalmente hacen los juristas acerca el derecho positivo: la inflación de las leyes, su volatilidad, su impotencia para captar un mundo ya demasiado complejo, todo lo cual le hace perder a la Ley su dignidad y su valor; el valor que está en ascenso en la Bolsa del Derecho sería el contrato. Por el lado de las ciencias en general, y de las ciencias sociales en particular, tal parece que también se hubiese renunciado a resumir el orden de las cosas en algunas leyes fundamentales, tales como la ley de los tres estados. Desde ese punto de vista, la Ley tal como la concebían San Pablo o Lutero ha cumplido su tarea: convencernos de

⁷⁵ Citado por H. Arendt, *Le Système totalitaire*, op. cit., p. 124.

⁷⁶ Ver M. Rebérioux, "Le génocide, le juge et l'historien", *L'Histoire*, 138, nov. 1990, p. 93; igualmente J.-P. Le Crom y J.-C. Martin (dir.), *Vérité historique, vérité judiciaire*, en *Droit et Société*, 38, 1998.

⁷⁷ P. Legendre, *La 901^e Conclusion*, op. cit., cita p. 139.

su inaccesibilidad (es el lado bueno de las leyes). Nos pensamos, pues, a salvo de científicos locos que creen haber descubierto la ley que gobierna el universo entero y que tendrían la intención de someternos a ella. El doctor Mabuse ya sólo tiene éxito en los cineclubes y es más bien el miedo a una ciencia o una técnica que escapan de todo control humano lo que puebla nuestras pesadillas. Por supuesto, matan y masacran ante nuestras puertas en el marco de sangrientos conflictos de Leyes: Ley divina contra ley del estado o Leyes divinas entre sí. Tales acontecimientos pueden (y deberían) alterarnos, pero somos proclives a pensar que la separación entre la Iglesia y el Estado pone al mundo romano-canónico a salvo de dichas derivas asesinas. En materia de leyes, entonces, nos parecemos habernos vuelto escépticos.

La constatación de escepticismo es fundada si nos atenemos a una definición rústica de la ley, entendida como encadenamiento lineal de un efecto con una causa. Pero al menos en lo que se refiere a la historia del derecho, la superación de esa definición estaba en germen desde el siglo XII. La revolución del intérprete consistió no solamente en pensar la ley como principio de causalidad, sino también en inscribir el conjunto de las leyes en un cuerpo sistemático de textos. El concepto de *Corpus Juris* no aparece en la compilación de Justiniano y fue introducido por los medievales. Quedaba así planteada la idea de que ninguna ley se basta a sí misma, que una ley no tiene sentido ni valor sino en referencia a un conjunto que la supera. La noción de *relatividad de las leyes* ya estaba entonces presente, al igual que la noción de *sistema de reglas*, de matriz lógica de las leyes. Sin duda que de este modo las leyes continúan ejerciendo su influjo sobre el espíritu occidental. Hemos renunciado a explicar el mundo mediante relaciones lineales de causalidad, pero pensamos que podemos remitirlo a un sistema de reglas. Admitimos que las leyes son relativas, pero sólo para decir en seguida que en principio son relativas entre sí y que por lo tanto debe ser posible construir la teoría del orden en el cual se insertan. Y así como en los albores de la modernidad la búsqueda de leyes había eclipsado la investigación de las causas, hoy pasa al primer plano la búsqueda

de un "orden de los órdenes",⁷⁸ de las leyes últimas que rigen las leyes particulares.

"La investigación moderna", señala entonces Musil, "no es solamente una ciencia, sino una magia, una ceremonia de la mayor importancia sentimental e intelectual, ante la cual Dios deshace un pliegue de su manto tras otro, una religión cuya dogmática está a la vez impregnada y sostenida por la lógica dura, valiente, móvil, fría y cortante como un cuchillo de las matemáticas."⁷⁹ Dicha búsqueda evoca la de los maestros sufíes, para quienes el primer Principio, que explica todas las cosas, "se mantiene oculto y fascinante en un más allá de la Ley (y) no se ofrece sino a quienes lo buscan".⁸⁰ Antes que el gusto por la resolución de enigmas,⁸¹ la motivación psicológica más poderosa de la investigación científica es de orden místico: "llegar más allá de lo discursivo, más allá de lo percibido y, en el límite, más allá de uno mismo, a experimentar el conocimiento inmediato de la Realidad suprema".⁸² Todo gran científico aspira secretamente a acceder al lugar donde todo se aclara, y por tal motivo es que la investigación científica sigue siendo concebida en Occidente como la puesta en práctica profesional de una creencia, que Max Weber pudo describir en estos términos:

"Las ciencias de la naturaleza [...] presuponen como una obviedad que vale la pena conocer las leyes últimas del devenir cósmico, en la medida en que la ciencia esté en condiciones de establecerlas. No solamente porque tales conocimientos nos permiten alcanzar determinados resultados técnicos, sino sobre todo porque tienen un valor 'en sí' en la medida en que representan precisamente una 'vocación'."

⁷⁸ La expresión es de C. Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale*, París, Plon, 2ª ed., 1974, p. 374 [*Antropología estructural*, Buenos Aires, Eudeba, 1968].

⁷⁹ R. Musil, *L'Homme sans qualités*, trad. fr. Ph. Jaccottet, Seuil, t. I, 1982, p. 45 [*El hombre sin atributos*, trad. esp. de J. M. Sáenz, Barcelona, Seix Barral, 1986].

⁸⁰ R. Pérez, presentación de la obra de Ibn Khaldûn, *La Voie et la Loi, ou le maître et le juriste*, París, Sindbad, 1991, cita p. 58.

⁸¹ Véase T. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 2ª ed. 1970, trad. fr. *La Structure des révolutions scientifiques*, París, Flammarion, 1983 [*La estructura de las revoluciones científicas*, México, F. C. E., 1985].

⁸² R. Pérez, presentación de Ibn Khaldûn, *La Voie et la Loi...*, op. cit., p. 14.

Y agrega además el filósofo: "No obstante, nadie podrá desmontar nunca dicha presuposición. Mucho menos se podrá probar que el mundo que están describiendo merece existir, que tiene un 'sentido' o que no resulta absurdo vivir en él."⁸³ A semejanza de la crisis de las vocaciones religiosas, la "crisis de las vocaciones" científicas que hoy causa desolación no puede ser entendida por quien pierda de vista ese fundamento dogmático del trabajo de investigación. Tiene vocación aquel que no se satisface con leyes ya descubiertas e intenta proseguir la búsqueda de principios últimos de donde proceden dichas leyes. Pierde la vocación aquel que ya no cree que las ciencias de la naturaleza nos permitirán conocer algún día las leyes últimas del Universo.

La influencia de las ciencias naturales ha signado profundamente esa búsqueda de las "leyes últimas" del hombre y de la sociedad. La metáfora del cuerpo, que había inspirado a los medievales, sirvió en gran medida para pensar el "orden de los órdenes" en ciencias sociales (particularmente en los padres fundadores de la sociología, con conceptos tales como solidaridad orgánica), y todavía se sigue hablando usualmente de funciones, órganos o cuerpo social. Sin embargo, esa metáfora se diluyó con el tiempo, dejando su lugar a otras, extraídas de las ciencias "duras" (física o genética) o de las ciencias "blandas" más atraídas por la dureza (la economía, la lingüística). La situación presente es aún más compleja en la medida en que no se ha establecido un acuerdo en ciencias sociales sobre la designación de ese sistema de reglas; cada cual llega, por así decir, con su concepto y consagra una parte sustancial de su obra a defenderlo.⁸⁴

⁸³ M. Weber, *Wissenschaft als Beruf* [1919], trad. fr. *Le Savant et le Politique*, París, Plon, 1959, 10/18, p. 77 [*Política y ciencia*, Buenos Aires, Leviatán, 1985].

⁸⁴ Nada mejor que los políticos para enlazar su nombre con una ley (esa personificación de las leyes de la República se agrava además peligrosamente: hay una ley Waldeck-Rousseau, pero cuatro leyes Auroux, ¿y cuántas leyes Aubry?). Por el lado de las ciencias, tal parece que se ha renunciado a la paternidad legislativa (a la manera de Kepler, Newton o Laplace), aunque no a la paternidad de teorías o de conceptos capaces de provocar la inmortalidad de su autor. No hemos llegado a las postrimerías de la individualización de las obras, que empezó a desarrollarse en el Renacimiento.

De manera que el pobre ignorante que trata de informarse puede repetir por su cuenta lo que Gombrowicz afirmaba en una auto-entrevista titulada *J'étais structuraliste avant tout le monde* [Yo era estructuralista antes que nadie]:

"Pero sí, claro que sí, estoy informado. Y pueden creerme, he leído aquí y allá un poco de Greimas, Bourdieu, Jakobson, Macherey, Ehrmann, Barbut, Althusser, Bopp, Lévi-Strauss, Saint-Hilaire, Foucault, Genette, Godelier, Bourbaki, Marx, Doubrovsky, Schucking, Lacan, Poulet, y también a Goldmann, Starobinski, Barthes, Maurron y Barrera. Sépanlo, estoy al día, aunque no sepa en cuál... hay demasiados."⁸⁵

A pesar de todo, la lectura de muchos autores muestra que la idea de ley continúa bajo la forma (eminentemente familiar para los juristas continentales) de sistemas de reglas con vocación universal. Se la encuentra en el centro de los dos paradigmas que han dominado las ciencias sociales desde que decayera la fe marxista en las leyes de la historia: la estructura y el mercado.

El concepto de *estructura*, que designa un sistema explicativo de reglas, surgió del análisis del lenguaje. Proviene, como se sabe, de la lingüística general (especialmente de los trabajos de Jakobson), quien lo había tomado de la física. Según Jakobson:

"El número creciente de *leyes* que descubrimos pone en primer plano el problema de las *reglas universales* que fundan el sistema fonológico de las lenguas del mundo, porque la supuesta multiplicidad de sus elementos diferenciales es en gran medida ilusoria [...]. Las mismas *leyes de implicación* son *subyacentes* a todas las lenguas del mundo, tanto desde el punto de vista estático como desde el punto de vista dinámico."⁸⁶

⁸⁵ Gombrowicz, *Cahier de l'Herne*, s. d., p. 228.

⁸⁶ R. Jakobson, citado por C. Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale*, op. cit., p. 100 (cursiva nuestra).

La antropología tomó a su vez la idea a fin de despejar también, más allá de la diversidad de las sociedades observadas, leyes universales subyacentes. La fuerza del modelo lingüístico, según explica Lévi-Strauss, obedece a que esclarece leyes sintácticas y morfológicas de las cuales no tenemos conciencia.⁸⁷ De allí proviene la hipótesis de que también en antropología es posible abstraer de la diversidad de formas de la vida social ciertos "sistemas de conducta, donde cada uno de los cuales sería una proyección, en el plano del pensamiento consciente y socializado, de las *leyes universales* que rigen la actividad inconsciente de la mente".⁸⁸ En última instancia, la fuerza del análisis estructural se basaría en "la identidad postulada entre las leyes del mundo y las del pensamiento".⁸⁹ Las leyes que le interesan al antropólogo son evidentemente las leyes inconscientes, que mueven a los hombres sin que éstos lo sepan. "En efecto, los modelos conscientes —que se denominan comúnmente 'normas'— están entre los más pobres que existen en razón de su función de perpetuar las creencias y los usos antes que exponer sus motivos." Excepto en el caso en que "debe construir un modelo cuyo carácter de sistema no ha sido percibido en la sociedad que estudia", el etnólogo deberá pues, para revelar la estructura profunda de una sociedad, atravesar el sistema consciente de normas "que la oculta, como una pantalla", en la conciencia colectiva.⁹⁰ En antropología al igual que en lingüística (y antes en física), el análisis estructural consiste, entonces, en sacar a la luz el sistema de reglas que determina de manera subyacente los objetos estudiados.

El innegable valor heurístico de esa transposición ha ejercido una fuerte influencia en el conjunto de las ciencias humanas⁹¹ y la referencia a las estructuras del lenguaje se encuentra en otros ámbitos además de la antropología, por ejemplo en los trabajos de

⁸⁷ C. Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale*, op. cit., p. 71.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 74 (cursiva nuestra).

⁸⁹ *Ibid.*, p. 107.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 334-335.

⁹¹ ¡Y también entre los juristas! Véase A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París, LGDJ, 1973, prefacio de M. Villey y postfacio de G. Mounin.

Lacan sobre el inconsciente. Su éxito condujo además a Lévi-Strauss a considerar la fundación de una vasta ciencia de la comunicación que habría abarcado la economía (e incluso la genética) al igual que la lingüística y la antropología. Escribió que

en toda sociedad la comunicación se efectúa al menos en tres niveles: comunicación de las mujeres; comunicación de los bienes y servicios; comunicación de los mensajes [...]. Incluso podríamos añadir que las reglas de parentesco y de matrimonio definen un cuarto tipo de comunicación: el de los genes entre los fenotipos. La cultura entonces no consiste exclusivamente en formas de comunicación que le pertenecen propiamente (como el lenguaje), sino también —y quizás sobre todo— en reglas aplicables a toda clase de 'juegos de comunicación', ya sea que se desarrollen en el plano de la naturaleza o en el plano de la cultura.⁹²

Pero la "comunicación de bienes y servicios" ya estaba bajo el dominio de otro paradigma cuyo éxito desde entonces casi ha eclipsado al estructuralismo: el mercado.

Por supuesto, el paradigma del mercado floreció entre los mismos economistas, pero su influencia se extiende actualmente al conjunto de las ciencias sociales. A quien se ponga en busca de las leyes ocultas que rigen el mundo, se le tiende bien abierta la mano invisible del mercado. En la historia del pensamiento económico, es en efecto la que "manifiesta la 'sabiduría de la naturaleza', es decir, la permanencia de las leyes".⁹³ Como el lenguaje, el Mercado se presenta en efecto como un sistema de reglas inconscientes que gobiernan espontáneamente las relaciones entre los hombres.⁹⁴ Hasta un

⁹² C. Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale*, op. cit., p. 353 (cursiva del autor); se advertirá la referencia a la teoría de los juegos, basada también en la idea de sistema de reglas.

⁹³ J.-C. Perrot, *Une histoire intellectuelle de l'économie politique (XVII^e-XVIII^e siècle)*, París, EHESS, 1992, p. 335.

⁹⁴ La analogía entre el intercambio de palabras y el intercambio de bienes, ambos específicos del género humano, ya está presente en Adam Smith (Véase J.-C. Perrot, *Une histoire intellectuelle...*, op. cit., p. 333, quien subraya la antigüedad de la relación entre lengua y moneda en pensadores como Locke, Hume, Turgot o Condillac).

período reciente, la economía política sin embargo se había definido por su objeto (la producción y el intercambio de bienes materiales). Un primer intento de ampliación consistió en incluir dentro de ese objeto todos los fenómenos de asignación de recursos escasos; pero entonces se incluye casi todo y la economía se coloca en la posición de una ciencia total, a riesgo de perder su credibilidad. De modo que se dio un paso decisivo cuando algunos economistas expusieron que su ciencia no se caracterizaba por su objeto, sino por su método de análisis, que podía legítimamente ser aplicado a todos los aspectos de la vida humana, paralelamente a los de las demás ciencias sociales. Dicha tesis fue sistematizada en particular por Gary Becker, cuyos trabajos fueron consagrados por el otorgamiento del premio Nóbel de Economía en 1992.⁹⁵

Según Becker, el análisis económico se basa en tres axiomas, de los cuales pueden deducirse varios teoremas del comportamiento humano: el principio de maximización, la autorregulación del mercado y la estabilidad de las inclinaciones humanas.⁹⁶ A semejanza del análisis estructural, el análisis económico no supone que los hombres sean conscientes de aquello que los determina. Adam Smith ya señalaba que el hombre "es conducido por una mano invisible que no entra para nada en sus intenciones; y no siempre es lo peor para la sociedad que dicho fin no entre para nada en tal intención".⁹⁷ Las

⁹⁵ G. S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1976 [*El enfoque económico en el comportamiento humano*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1995].

⁹⁶ "The combined assumptions of maximizing behavior, market equilibrium, and stable preferences, used relentlessly and unflinchingly, form the heart of the economic approach [...]. They are responsible for the many theorems associated with this approach" (G. S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, op. cit., p. 5).

⁹⁷ A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* [1^a ed. 1776], trad. fr., París, Gallimard, 1976 [*Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*, trad. esp. de G. Franco, México, F. C. E., 1958], citado por J.-C. Perrot, *Une histoire intellectuelle...*, op. cit., p. 335. Para Gary Becker, "el enfoque económico no supone que las unidades de decisión sean necesariamente conscientes de sus esfuerzos de maximización o que puedan formular o, en su defecto, describir de alguna manera informativa las razones por las cuales su comportamiento obedece a modelos sistemáticos" ("the economic approach does

leyes del mercado (axiomas y teoremas: ley de la oferta y la demanda, principio de maximización de las utilidades, etc.) se ejercen por fuera de la conciencia de los hombres e independientemente de la racionalidad o de la irracionalidad de sus comportamientos.⁹⁸ El análisis económico tendría, pues, cualidades heurísticas al menos equivalentes a las que se atribuyen a la estructura dentro del análisis sociológico.⁹⁹ En efecto, permite revelar los motivos profundos de los comportamientos humanos en todos los ámbitos de su existencia, y espera hallar finalmente un sistema de reglas que dé cuenta de tales comportamientos. "Todo comportamiento humano puede considerarse en tanto que implica agentes que maximizan sus utilidades a partir de un conjunto estable de preferencias y que acumulan una suma óptima de información y otros *inputs* en una diversidad de mercados." Y sigue Becker diciendo que "Si esta proposición es correcta, el enfoque económico ha suministrado un marco unificado de comprensión del comportamiento que Bentham, Comte, Marx y otros han buscado durante mucho tiempo y que no pudieron alcanzar".¹⁰⁰ Becker pasa así por el tamiz del mercado todos los aspectos de la vida humana (la política, el derecho, el matrimonio, la procreación y la educación de los hijos, la relación con el tiempo, etc.). Cuando trata

not assume that decisions units are necessarily conscious of their efforts to maximize or can verbalize or otherwise describe in any informative way reasons for the systematic patterns in their behavior", *The Economic Approach to Human Behavior*, op. cit., p. 7).

⁹⁸ Sobre este punto importante, véase G. S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, op. cit., p. 153 sq.

⁹⁹ "Los precios y los demás instrumentos del mercado determinan la asignación de recursos escasos en la sociedad y, de ese modo, fuerzan los deseos de los agentes y coordinan sus acciones. Dentro del abordaje económico, tales instrumentos del mercado cumplen la mayoría, si no todas, las funciones atribuidas a la 'estructura' dentro de las teorías sociológicas" ("Prices and other market instruments allocate the scarce resources within the society and thereby constrain the desires of participants and coordinate their actions. In the economic approach, these markets instruments perform most, if not all, of the functions assigned to 'structure' in sociological theories", *ibid.*, p. 5).

¹⁰⁰ "All human behavior can be viewed as involving participants who maximize their utility, from a stable set of preferences and accumulate an optimal amount of information and other inputs in a variety of markets. If this argument is correct, the economic approach provided a unified framework for understanding behavior that has long been sought by and eluded Bentham, Comte, Marx and others" (*ibid.*, p. 14).

sobre el matrimonio, por ejemplo, postula la existencia de un mercado matrimonial en el cual los candidatos al matrimonio (o sus padres) están compitiendo, y explica las elecciones realizadas por los individuos mediante las leyes de ese mercado.¹⁰¹ La importancia de Becker radica en que nos permite ver el paradigma del mercado funcionando en su máxima pureza, como método de descubrimiento de un sistema de reglas que se supone que rige todos los comportamientos humanos. La influencia de ese paradigma ha sido y sigue siendo inmensa, no solamente en los medios masivos que difunden el catecismo económico o en las instituciones comunitarias e internacionales, que se dedican a darle fuerza jurídica, sino también en todas las ciencias sociales e incluso entre los juristas.¹⁰²

Numerosos sistemas explicativos avanzados además de la economía se inscriben actualmente en ese paradigma. Es el caso en Francia de la sociología de Pierre Bourdieu, cuyo concepto de *campo* se presenta también como un sistema de reglas explicativas de los comportamientos humanos. Ciertamente, la idea de campo evoca más bien la física, y Pierre Bourdieu no duda en afirmar que considera a los individuos como "partículas que están bajo el influjo de fuerzas de atracción, de repulsión, etc., como en un campo magnético".¹⁰³ Pero en lo esencial sus categorías de pensamiento

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 205 ss. Asimismo, el análisis de la criminalidad puede ser abordado en términos de costos/beneficios, tanto para el Estado como para el delincuente, independientemente de toda consideración psico-sociológica (*ibid.*, p. 39 ss.). En el ámbito político, el electorado puede ser analizado como un mercado en el cual los hombres políticos están en competencia (*ibid.*, p. 34 sq.). La evolución de la fertilidad, que los demógrafos se contentan con observar, puede ser explicada por el análisis económico en la medida en que revela la función utilitaria que impulsa a los padres (*ibid.*, p. 171 sq.), etc.

¹⁰² Una doctrina sistematizada en los países anglosajones por el movimiento *Law and Economics* (véase sobre todo R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, op. cit.). En francés, véase el análisis crítico de M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, núm. 66 ss., p. 57 ss. (con una importante bibliografía), e *id.*, *Les Obligations*, op. cit.; los coloquios de Aix-en-Provence y Corte, *L'Analyse économique du droit*, actas en *Droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1987; E. Mackaay, "La règle juridique observée par le prisme de l'économiste", op. cit.

¹⁰³ P. Bourdieu, *Réponses*, op. cit., p. 82.

proviene de la economía (capital, precio, interés, etc.). En el seno de un campo,¹⁰⁴ “resulta lo mismo determinar cuál es el campo, cuáles son sus límites, y determinar qué clases de capital están actuando en él, dentro de qué límites se ejercen sus efectos”.¹⁰⁵ El concepto de mercado a su vez es empleado muy frecuentemente, sin que siempre se pueda diferenciarlo claramente del campo. Así, por ejemplo, “la familia y la escuela funcionan, inseparablemente, como lugares donde se constituyen, por su mismo uso, competencias consideradas necesarias en un momento del tiempo, y como lugares donde se forma el *precio* de tales competencias, es decir, como mercados”.¹⁰⁶ De la misma manera, el científico delimita: un mercado matrimonial, un mercado de bienes simbólicos, un mercado de bienes culturales, un mercado mundano, etc.¹⁰⁷ En esos mercados o esos campos, los individuos ponen en juego tres clases de capital: el capital económico, el capital cultural y el capital social. En cuanto al poder del Estado, es “una especie de meta-capital capaz de ejercer un poder sobre las otras clases de capital, y en particular sobre las tasas de cambio entre ellas”.¹⁰⁸

Sin duda que se podría sustituir en todos los casos, sin gran perjuicio para la obra de Pierre Bourdieu, la palabra “campo” por la palabra “mercado” —en el sentido amplio en que la usa Becker.¹⁰⁹

¹⁰⁴ El campo es definido “como una red o una configuración de relaciones objetivas entre posiciones. Tales posiciones son definidas objetivamente en su existencia y en las determinaciones que les imponen a sus ocupantes, agentes o instituciones, por su situación (*situs*) actual y potencial dentro de la estructura de distribución de las diferentes clases de poder (o de capital) que están en juego en el campo y, al mismo tiempo, por sus relaciones objetivas con las otras posiciones (dominación, subordinación, homología, etc.)” (*ibid.*, p. 73).

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 74.

¹⁰⁶ P. Bourdieu, *La Distinction. Critique sociale du jugement*, Minuit, 1979, p. 93 (cursiva en el texto) [*La distinción. Criterio y bases sociales del gusto*, Madrid, Taurus, 2000].

¹⁰⁷ Ver todas estas nociones puestas en funcionamiento en *La Distinction*, *op. cit.*

¹⁰⁸ *Réponses*, *op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁹ P. Bourdieu se defiende de la acusación de economicismo que naturalmente se le ha hecho diciendo que lo único que comparte con la ortodoxia económica “es un determinado número de términos” (*ibid.*, p. 94). Pero la respuesta es poco convincente; se le podría objetar la misma crítica que él le hace a la

Como Becker, en efecto, Bourdieu les da un alcance general a conceptos surgidos del análisis económico. Según él, “una ciencia general de la economía de las prácticas [...] no se limita artificialmente a las prácticas reconocidas como económicas”; sino que debe “intentar comprender el capital, esa ‘energía de física social’, en todas sus formas, y descubrir las leyes que regulan su conversión de una especie a otra”.¹¹⁰ La extensión de dicho método al conjunto de las prácticas sociales debe permitir descubrir, también, las leyes generales que movilizan a los hombres sin que lo sepan: “Existen *leyes generales de los campos*, pues campos tan diferentes como el campo de la política, el campo de la filosofía, el campo de la religión tienen *leyes de funcionamiento invariables* (por esto es que el proyecto de una teoría general no resulta insensato...)”.¹¹¹ Esta referencia a la economía proviene particularmente del rechazo del estructuralismo, al cual el sociólogo le reprocha que ignora las relaciones de poder que también están actuando dentro de las prácticas lingüísticas: “La gramática sólo define el sentido muy parcialmente, porque es en la relación con un *mercado* donde se efectúa la determinación completa de la significación del discurso”.¹¹² Dicha crítica conduce más bien a desarrollar “un modelo simple de la producción y la circulación lingüística como relación entre los *habitus* lingüísticos y los *mercados* en los cuales ofrecen sus *productos*”.¹¹³

Pierre Bourdieu, que es contemporáneo de Gary Becker, evidentemente no es su discípulo ni sus intenciones son las mismas: uno procura esclarecer relaciones colectivas de dominación, mientras que el otro se preocupa por la determinación de los comportamientos

utilización filosófica del lenguaje “como suma de idiolectos con intersecciones parciales que sólo puede ser adecuadamente utilizada por interlocutores capaces de remitir cada palabra al sistema en el cual adquiere el sentido que pretenden darle” (P. Bourdieu, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, París, Fayard, 1982, p. 188 [*¿Qué significa hablar?*, Madrid, Akal, 1985]).

¹¹⁰ *Réponses*, *op. cit.*, p. 94 (subrayado nuestro).

¹¹¹ P. Bourdieu, *Questions de sociologie*, París, Minuit, 1980, p. 113 (cursiva en el texto); donde puede verse cómo la ley sigue siendo garante del principio de razón.

¹¹² P. Bourdieu, *Ce que parler veut dire*, *op. cit.*, p. 15 (cursivas nuestras).

¹¹³ *Ibid.*, p. 14 (cursivas nuestras).

individuales. Y sin embargo sus obras, por diferentes que sean, extraen una parte de su fuerza de las propiedades depuradoras propias del paradigma del mercado, que descarta todas las reglas en base a las cuales pretenden actuar los hombres para conservar la única que se rehúsan a confesar(se): la búsqueda del propio interés, bien o mal entendido.¹¹⁴

La estructura lingüística y el mercado parecieran así actualmente las dos referencias en torno a las cuales las ciencias sociales organizan su búsqueda de leyes subyacentes que rigen los asuntos humanos. Ambos ofrecen el modelo de un sistema de reglas: a) que no necesita ser conocido para ser eficaz; b) es capaz de autorregularse; c) da lugar a la iniciativa de los hombres; d) aunque los someta a los decretos implacables de un Legislador oculto, sea que se trate del legislador de la lengua, del cual Platón ya hablaba en el *Cratilo*,¹¹⁵ o de la mano invisible de Adam Smith.¹¹⁶ Numerosas categorías que hoy surgen en ciencias sociales, como por ejemplo la noción de red, se presentan como híbridos entre el mercado y la estructura.¹¹⁷

¿Cómo situar las leyes positivas, las leyes del derecho dentro de ese marco? En el pensamiento de los juristas, al igual que en el de los científicos, una ley determinada en adelante no cobra sentido si no se la refiere al sistema de reglas en el cual se inscribe. Y al igual que en las ciencias sociales, la naturaleza y la designación de

¹¹⁴ La universalidad de la búsqueda del interés individual ya fundaba la idea de ley en la escuela del *Fa-Kia*, que se presenta como una versión pesimista del utilitarismo occidental del siglo XVIII (véase L. Vandermeersch, *La Formation du légisme*, op. cit., p. 219 sq.).

¹¹⁵ Op. cit.

¹¹⁶ Que tiene todos los rasgos de un Dios oculto: véase J.-C. Perrot, *Une histoire intellectuelle...*, op. cit., p. 333 ss. La idea de un Dios oculto, de un legislador subterráneo, amo de las reglas subyacentes de la Humanidad, parece haber reemplazado al Legislador celeste en la mente de muchos científicos.

¹¹⁷ Véase M. Castells, *The Rise of the Network Society*, Oxford, Blackwell, 1996, trad. fr. *La Société en réseaux*, París, Fayard, 1998; G. Teubner, "The many-headed hydra: networks as higher-order collective actors", en J. McCahery, S. Picciotto, C. Scott, *Corporate Control and Accountability*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 41 ss.; F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruselas, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

dicho sistema son objeto de controversias eruditas.¹¹⁸ La idea kel-seniana del derecho como sistema lógico de normas ha adquirido el valor de un paradigma y es objeto de numerosas profundizaciones,¹¹⁹ en particular con la teoría de la *autopoiesis* que disipa las brumas de la *Grundnorm* cerrando el sistema de reglas sobre sí mismo.¹²⁰ La concepción instrumental del derecho, tal como se desarrolla actualmente en la línea de la crítica marxista, reconoce también la ley con su inserción dentro de un orden normativo.¹²¹ El principio de incertidumbre se manifiesta en la preeminencia otorgada a las reglas de procedimiento (que abren el campo de los arreglos o de las iniciativas individuales) sobre las reglas de fondo.¹²² En virtud de tal procedimiento, la ley diseña posibilidades que únicamente el contrato actualiza.

¹¹⁸ Para una buena presentación de conjunto, véase S. Goyard-Fabre, *Les Fondements de l'ordre juridique*, París, PUF, 1992.

¹¹⁹ Como en H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, trad. fr. *Le Concept de droit*, Bruselas, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1976.

¹²⁰ Inspirado en la biología y en la cibernética, el concepto de *autopoiesis* sirve para designar un sistema cerrado, apto para la autoproducción de sus componentes y para la autoconservación. Siendo una noción clave de la sociología de Niklas Luhmann (ver *Soziale System. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Francfort, Suhrkamp Verlag, 1984), ha sido desarrollada especialmente en el ámbito jurídico por Gunther Teubner (véase *Recht als autopoietisches System*, Francfort, Suhrkamp Verlag, 1989, trad. fr. *Le Droit, un système autopoïétique*, París, PUF, 1993, e *id.*, *Droit et réflexivité. L'autoréférence en droit et dans l'organisation*, París, LGDJ, 1994).

¹²¹ Particularmente en Francia, A. Jeammaud defiende "una concepción instrumental de la normatividad jurídica", según la cual la ley es un enunciado que, debido a su inserción en un conjunto socialmente considerado como normativo, cumple una función de modelo de evaluación, de instrumento de medida para la acción (Véase "La règle de droit comme modèle", *Rec. Dalloz*, 1990, chr. p. 199 ss.).

¹²² Véase especialmente la influencia en los juristas de los trabajos de Habermas (véase en particular *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Francfort, Suhrkamp Verlag, 1992, trad. fr. *Droit et démocratie*, París, Gallimard, 1997 [Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, trad. esp. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2005]) o de Rawls (*A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard, 1971, trad. fr. *Théorie de la justice*, París, Seuil, 1987 [Teoría de la justicia, México, F. C. E., 1979]).

Pero el punto en común de todos aquellos que actualmente pretenden trabajar por una "ciencia del derecho" consiste en rechazar fuera de dicha ciencia cualquier consideración sobre los valores que subyacen a las normas que estudian. "Un valor", escribió Simone Weil, "es algo que se admite incondicionalmente. Porque cada instante de nuestra vida se orienta de hecho siguiendo un sistema de valores; un sistema de valores, desde el momento en que orienta una vida, no es aceptado bajo cierta condición, sino lisa y llanamente aceptado". Continúa:

"Siendo el conocimiento condicional, los valores no son aptos para ser conocidos. Pero no podemos renunciar a conocerlos, porque sería renunciar a creer en ellos, lo cual es imposible, porque la vida humana no puede no estar orientada. Así, en el centro de la vida humana, hay una contradicción."¹²³

Dicha contradicción es el motor del pensamiento jurídico. Por un lado, la naturaleza dogmática del derecho es indiscutible, pero por otro lado proviene de una cultura que puso el pensamiento científico en el centro de su sistema de valores. Los juristas que pretenden situar el estudio del derecho en el terreno de las "verdaderas leyes" de la ciencia se niegan a asumir esta contradicción. De tal modo, Michel Troper escribe que "para describir el derecho vigente, el conocimiento de los valores que subyacen a las normas resulta indiferente. El positivista se satisface completamente, por así decir, con la afirmación de que 'según el derecho vigente, los judíos están excluidos de la función pública'." Pero además, dice Troper que esto

"no permite ni 'explicar' el derecho ni determinar cómo habrá que interpretar y aplicar esa norma en tal o cual situación concreta, pero esas cuestiones conciernen solamente a la práctica jurídica y no a la ciencia del derecho [...]. Para decirlo brutalmente, la *ratio legis*

¹²³ S. Weil, "Quelques réflexions autour de la notion de valeur" [1941], en *Œuvres, op. cit.*, p. 121.

(razón de la ley) no es la ley ni el derecho; ni siquiera está dentro del derecho, sino fuera del derecho."¹²⁴

La "ciencia del derecho" se reconocería pues en la cuestión de que prohíbe interrogarse sobre las razones (y sinrazones) del derecho. El argumento es tan convincente como el de un tecnólogo que pretendiera que la ciencia de los objetos técnicos prohíbe preguntarse para qué sirven esos objetos y con qué fines han sido fabricados. Volvemos a encontrar entonces, en una forma radicalizada por la pretensión científica, una postura en verdad antigua entre los juristas, que consiste en remitir siempre a otros la cuestión de la razón de las leyes.¹²⁵ "Todo se encuentra en el cuerpo del derecho", escribía ya Accursio, pionero del redescubrimiento medieval del derecho romano, que respondía así por la negativa a la pregunta: "¿debe el jurista instruirse en teología?"¹²⁶ Por supuesto, actualmente ya no es en la teología donde la "ciencia del derecho" pretende desembarazarse de la cuestión de los fundamentos del derecho, sino en las demás ciencias, especialmente en la biología y las ciencias sociales.

Vistas desde las ciencias sociales, las leyes positivas hallan en efecto su explicación en los sistemas de reglas cuya existencia subyacente revela la investigación científica. La antropología estructuralista

¹²⁴ M. Troper, "La doctrine et le positivisme" (acerca de un artículo de Danièle Lochak), en D. Lochak *et al.*, *Les Usages sociaux du droit*, París, PUF, 1989, p. 291.

¹²⁵ Un poco antes en el mismo artículo (p. 290), este maestro de la teoría del derecho considera que desde el momento en que el jurista pretende interpretar los textos, y por ende referirse a una *ratio legis*, se sitúa "en el lado opuesto del positivismo". La negación a interpretar sería pues la marca distintiva de la ciencia del derecho. La premisa es correcta (la interpretación no es una ciencia en el sentido de las ciencias positivas), pero la conclusión normativa que se obtiene de ella es falsa (el jurista científico debe abstenerse de interpretar), porque la única conclusión que debe extraerse de tal premisa es que el Derecho, que depende de los saberes de la interpretación, no es ni podrá ser una ciencia positiva.

¹²⁶ "*Omnia in corpore iuris inveniuntur*", citado por P. Legendre, en *La 901 Conclusion, op. cit.*, p. 409. La mayoría de los profesores de derecho responderían hoy de la misma manera que Accursio a la pregunta: "¿debe el jurista instruirse en economía, en sociología, en psicología o en antropología?", y las facultades de derecho desde fines del siglo XIX expulsaron de sus recintos todo aquello que podía tener huellas de esos saberes.

considerará el derecho positivo como una pantalla donde se proyectan creencias, pero que oculta la estructura profunda de la sociedad; el economista lo analizará como un instrumento de gestión, cuya eficacia depende de su adecuación a las leyes del mercado; el sociólogo “de los campos” verá en él un instrumento de dominación simbólica, que debe analizarse dentro de la lógica del campo jurídico.¹²⁷ Tal como lo observó Pierre Legendre, la legitimación científica ocupa así el lugar estructural de la referencia dogmática.¹²⁸ Sin embargo, surgen varias dificultades cuando se disuelve de tal modo la ley positiva dentro de una Ciencia que revela las verdaderas leyes de la Humanidad. No solamente se pierde en el camino la noción de sujeto de derecho (reducido al estado de “partícula” económica o lingüística), sino que se socava también la idea de Justicia, a la cual la (falsa) conciencia de los hombres refiere habitualmente la ley. Vale decir, se desemboca en una ciencia sin conciencia (que, como se sabe desde Rabelais, es la ruina del alma), una ciencia apta para justificar los proyectos más criminales.

En efecto, ¿en qué basar las ideas de justicia y de solidaridad cuando se ha disuelto así la noción de derecho? Becker, quien lleva adelante, como prometiera, su demostración *relentlessly and unflinchingly* (despiadadamente y sin concesiones), no deja de ver esta dificultad. ¿Cómo justificar el altruismo en un mundo movido exclusivamente por la búsqueda del interés individual? Aborda esta cuestión en el capítulo final de su libro, titulado: *Altruism, egoism, and genetic fitness: economics and sociobiology* [Altruismo, egoísmo y aptitud genética: economía y sociobiología].¹²⁹ Según él, habría que buscar la respuesta por el lado de las leyes de la genética: el altruismo hacia los semejantes es una condición de supervivencia para numerosas especies y por lo tanto ha sido seleccionado genéticamente; y lo que es verdad para el animal debe ser verdadero

¹²⁷ P. Bourdieu, “La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique”, *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, 1986, p. 5 ss.

¹²⁸ P. Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident*, op. cit., p. 246.

¹²⁹ Le agradezco a Bob Hancké (WZB/Berlín) que haya llamado mi atención sobre ese capítulo.

para el hombre.¹³⁰ Becker, junto a otros numerosos economistas contemporáneos, llega entonces, por un camino muy distinto al de Lévi-Strauss, a buscar en el ámbito de la genética leyes últimas del comportamiento humano.¹³¹ Numerosos autores parecen deslizarse actualmente por esa pendiente. Algunos biólogos, aunque toman sus distancias de la sociobiología, desarrollan una antropología evolucionista (*evolutionary anthropology*) que remitiría a datos genéticos universales (no vinculados a una “raza”) y estrategias adaptativas (y no comportamientos determinados).¹³²

¹³⁰ Señalemos de paso el parallogismo antropocéntrico que subyace a esta tesis: se comienza por explicar el mundo animal proyectando categorías de pensamiento surgidas de la experiencia humana (en este caso, el altruismo); luego se deduce que el hombre y el animal obedecen a las mismas reglas de comportamiento. La mediación del lenguaje, propia de la experiencia humana, es escamoteada en ese juego de manos que divertiría a mi gato (por más egoísta que sea), ¡si tan sólo pudiera hablar! Esta clase de derivación atestigüa una notable ignorancia de la ruptura que el manejo de los símbolos introduce entre el animal y el hombre, una ruptura puesta en evidencia por los mismos biólogos (ver al respecto los trabajos fundacionales de A. Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole*, París, Albin Michel, 1964, t. II, *La Mémoire et les Rythmes*, p. 20 sq.; y los más recientes de T. Deacon, *The Symbolic Species. The Co-evolution of Language and the Human Brain*, Nueva York, W. W. Norton, 1997).

¹³¹ “El enfoque de los sociobiólogos es altamente familiar para los economistas, dado que se basan en la competencia, en la asignación de recursos limitados —digamos, el alimento y la energía—, en la adaptación eficiente al entorno y en otros conceptos empleados también por los economistas” (“*The approach of sociobiologists is highly congenial to economists, since they rely on competition, the allocation of limited resources —of, say, food and energy—, efficient adaptation to the environment and other concepts also used by the economists*”; G. S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, op. cit., p. 283). El vínculo de las ciencias sociales con la biología ya había sido afirmado por Augusto Comto, según el cual “el estudio sistemático de la sociedad exige el conocimiento previo de las leyes generales de la vida”. Pero también afirma que la biología “en tanto que no debe estudiar la vida sino en lo que ofrece de común en todos los seres que gozan de ella [...], no puede sino esbozar groseramente el verdadero estudio [del Hombre]” (*Catéchisme positiviste*, op. cit., p. 96). Es preciso entonces abstenerse de caricaturizar a Comte, quien no desconocía los fundamentos dogmáticos del Hombre y de la sociedad, y cuya idea de una “Religión de la Humanidad” es la única que actualmente todavía resiste en Occidente frente al cientificismo, especialmente a través de la dogmática de los “Derechos Humanos” (ver *infra*, cap. VI).

¹³² Véase por ejemplo, R. Dawkins (*Le Gène égoïste*, op. cit.), para quien “somos máquinas de supervivencia, robots programados a ciegas para preservar las moléculas

Paralelamente, se forma una corriente intelectual que pretende volver a fundar la izquierda política sobre bases darwinianas, tomando en cuenta que una parte de la naturaleza humana (por ejemplo, el sentido de la jerarquía) está determinada genéticamente y por lo tanto no puede ser modificada culturalmente.¹³³ Al darwinismo económico, que actualmente sirve para justificar la ley del más fuerte (el mercado selecciona a los más aptos y por ende a los mejores), se intenta entonces oponerle un darwinismo progresista (*Darwinian left*), que adecuaría la idea de justicia social con los datos de la genética. La única manera de no caer en tales ideas consiste en tomar en consideración la función antropológica de las leyes humanas, es decir, reconocer el sitio del derecho dentro de la construcción de las identidades individuales y colectivas.

A partir de allí, en efecto, liberándose de las leyes positivas de los Estados y creyendo encarnar las fuerzas impersonales del mercado o de la biología, la acción económica contiene dentro de sí todos los gérmenes de la concepción totalitaria del derecho. Tal concepción, como muy bien lo demostró Hannah Arendt, se reconoce en que "pretende remontarse a la fuente de la autoridad, de donde las leyes positivas han recibido su más alta legitimidad, y procura deshacerse de su legalidad mezquina, lista para sacrificar los intereses vitales de quien fuera en aras del cumplimiento de leyes sobrehumanas que se imponen al género humano".¹³⁴ La vulgata económica que impera actualmente conduce así a ver en los hombres, en el peor de los casos, un costo que es preciso reducir, y en el mejor, un "capital humano" que hay que mane-

las egoístas conocidas con el nombre de genes" (p. 7); véase también M. Ridley, *The Origin of Virtue: Human Instincts and the Evolution of Cooperation*, Nueva York, Viking Press, 1997; J. Barkow, L. Cosmides, J. Tooby (eds.), *The Adapted Mind: Evolutionary Psychology and the Generation of Culture*, Oxford, Oxford University Press, 1992; le agradezco a Eva Jablonka, profesora de biología en la universidad de Tel-Aviv, por todas las aclaraciones que me brindó al respecto. En Francia, el tema del hombre-máquina es más conocido con los rasgos del *Hombre neuronal* de Jean-Pierre Changeux, expresidente del Comité nacional de ética; para una crítica de esa ideología mecanicista, véase P. Thuillier, *La Grande Implosion*, op. cit., passim, y especialmente p. 447 ss.

¹³³ Véase P. Singer, "Evolutionary workers' party", *The Times Higher*, 15 de mayo de 1998, p. 15.

¹³⁴ Véase H. Arendt, *Le Système totalitaire*, op. cit., p. 205 ss.

jar, es decir, un recurso cuya explotación obedece a leyes universales que se imponen a todos.¹³⁵ Los *managers* encargados de las "reducciones de personal" en las empresas son meros instrumentos de esas leyes y se los estima por su capacidad para superar el horror ante los sufrimientos que infligen al prójimo.¹³⁶ El profesionalismo consiste para ellos en proceder sin involucrarse con las "limpiezas", en actuar como fuentes de "creación de valor". Semejante profesionalismo ya se observaba en los primeros administradores de recursos humanos dentro de una economía globalizada que fueron los oficiales de los barcos negreros: eran capaces de mirar su cargamento de seres humanos con la misma actitud que podrían mirar un cargamento de troncos de ébano.¹³⁷

Pretender discutir el derecho dentro de las leyes de la ciencia conduce a un atolladero a todos aquellos que luego quieren denunciar los efectos devastadores de lo que ellos mismos profesaron. La sociología

¹³⁵ Para un análisis de la vulgata económica del Banco Mundial o del Fondo Monetario Internacional, véase M. Michalet, en *La Régulation sociale: le rôle des organisations européennes et internationales*, Institut d'études politiques de Paris, 23-24 de mayo de 1997, actas publicadas por la Fundación nacional de ciencias políticas; J. Stiglitz, *Globalization and Its Discontents*, Nueva York, W. W. Norton, 2002, trad. fr. con el título (inútilmente seductor) de *La Grande Désillusion*, París, Fayard, 2002.

¹³⁶ De allí la actualidad del concepto de banalidad del mal explicado por H. Arendt: véase C. Dejours, *Souffrance en France. La banalisation de l'injustice sociale*, París, Seuil, 1998, p. 93 ss. Este tema fue llevado al cine por J.-M. Moutout en su filme *Violence des échanges en milieu tempéré* (2003).

¹³⁷ Véase esta observación de Robert Harms en su estudio del diario de a bordo de Robert Durand, primer oficial de un barco negrero: "lo que provoca escalofríos en la lectura de Robert Durand es el tono profesional y prosaico de su relato. Hablaba de vender personas como si hubiese hablado de vender barriles de vino o cargamentos de trigo. De ninguna manera daba cuenta de algún sentimiento de vergüenza o de ambivalencia moral en cuanto a su misión; de otro modo, no hubiera dedicado la travesía con tanto fervor a 'la mayor gloria de Dios y de la Virgen María'. Durand no era un negrero endurecido. Sólo tenía 26 años y era su primer viaje al África" ("What is especially chilling about Robert Durand's words is their businesslike, matter of fact tone. He was writing about selling people exactly as he would have written about selling barrels of wine or loads of wheat. He have no indication that he felt any sense of shame or moral ambivalence about his mission; otherwise he would not have dedicated the voyage with such flourish to the 'greater glory of God and the Virgin Mary'. Nor was Durand a hardened slave trader. He was only 26 years old, and this was his first trip to Africa"; R. Harms, *The Diligent. A voyage Through the Worlds of the Slave Trade*, Nueva York, Basic Books, 2002, p. 5).

de Pierre Bourdieu, por otro lado muy destacable, conduce a un atolladero similar cuando aborda la cuestión del derecho. ¿Cómo conciliar, por ejemplo, los siguientes enunciados: a) "El Estado (es) una noción casi metafísica que es preciso hacer volar en pedazos"¹³⁸ y b) "las luchas de los intelectuales [...] deben dirigirse prioritariamente contra el deterioro del Estado"?¹³⁹ Si "la noción de Estado no tiene sentido sino como *designación taquigráfica* (aunque también muy peligrosa) de *relaciones objetivas* entre *posiciones* de poder (de diferentes tipos) que pueden inscribirse en redes (*networks*) más o menos estables (de alianza, clientela, etc.)",¹⁴⁰ ¿cómo podemos luchar "contra la destrucción de una *civilización* asociada a la existencia del servicio público, la de la igualdad republicana de derechos como el derecho a la educación, a la salud, a la cultura, a la investigación, al arte y, por encima de todo, al trabajo"?¹⁴¹ Para evitar tales aporías, más valdría recuperar lo mejor de la tradición sociológica en autores como Mauss, quien no pretendía solucionar la cuestión del derecho en algunas fórmulas definitivas, sino que por el contrario había sabido poner en evidencia la función antropológica de la dogmática jurídica.¹⁴² Hay que compartir la indignación de Pierre Bourdieu ante la manera en que masas humanas enteras son precipitadas hoy en la nada social en nombre de las leyes del mercado. Pero esa indignación no puede guiar el trabajo intelectual ni ser guiada por éste si renunciamos a pensar la ley positiva en cuanto tal. Es vano afligirse por la fractura del Estado benefactor si no nos brindamos los medios para analizar su dimensión institucional. El *Welfare* no es un monumento histórico que haya que defender contra los estragos del tiempo; es una mecánica jurídica de extrema complejidad y en perpetua evolución, cuya supervivencia depende de la comprensión que tengamos de ella.¹⁴³

Más ampliamente, el análisis jurídico permitiría contrastar la hipótesis según la cual las nociones de ley positiva y de ley de la cien-

¹³⁸ P. Bourdieu, *Réponses*, op. cit., p. 86.

¹³⁹ P. Bourdieu, *Contrefeux*, op. cit., p. 46.

¹⁴⁰ P. Bourdieu, *Réponses*, op. cit., p. 87 (bastardillas del autor).

¹⁴¹ P. Bourdieu, *Contrefeux*, op. cit., p. 31 (bastardillas del autor).

¹⁴² Ver en especial M. Mauss, "Une catégorie de l'esprit humain...", op. cit., p. 331 sq.

¹⁴³ Aunque es sabido el desinterés por el estudio de la seguridad social que reina en Francia, especialmente en las facultades de derecho.

cia siguen trayectorias paralelas. La idea de ley científica se afirmó al mismo tiempo que la idea de Estado nación. Habría que estudiar atentamente en la actualidad la manera en que se resquebrajan los pilares del Estado moderno y las nuevas articulaciones entre la ley y la negociación, que actúan especialmente en el movimiento de procesos del derecho, un avatar del paradigma del mercado. Los buenos economistas (*i. e.* los que estudian todavía las *prácticas* de producción de riquezas materiales) son los primeros en constatarlo: "El interés excesivo dirigido a los procedimientos y a los discursos", según señala Robert Salais,

"es la repercusión de modelos de observación derivados de teorías del mercado. Dentro del modelo de la sociedad como mercado generalizado, que únicamente está constituido por transacciones interindividuales (o entre actores), en efecto sólo cuenta el grado de optimización de los procedimientos que regulan las transacciones. Al suponer que los actores son racionales y llevan adelante un juego estratégico, la política pública no se concibe sino como una regulación tendiente a prevenir los comportamientos oportunistas. El contenido efectivo de las acciones y los productos materiales en sentido amplio que de ello resultan no le importan demasiado al poder público, ya que por definición dependen de la esfera privada y de la responsabilidad de los actores. Ya no ofrecen por lo tanto ningún rasgo pertinente para la observación."¹⁴⁴

El derecho comunitario constituye un terreno de estudio ideal de ese proceso de relativización de la ley dentro de un orden jurídico basado en la idea de un "Mercado único". Dado que allí no encontramos a primera vista leyes ni Estado, salvo los que están subordinados a dicho mercado. ¿A qué concepto podemos remitir el objeto jurídico no identificado que se denomina la Unión (o la Comunidad) europea? ¿En qué categoría ubicar esas no-leyes que son las

¹⁴⁴ R. Salais, "La politique des indicateurs. Du taux de chômage au taux d'emploi dans la stratégie européenne pour l'emploi", en B. Zimmermann, P. Wagner (dir.), *Action publique et sciences sociales*, París, MSH, 2004.

Directivas y los Reglamentos del Consejo? Ese objeto jurídico no es un Estado ni un Imperio, es solamente un sistema de textos, aunque se trate de un sistema que es ley para los Estados miembros y que actualmente emite moneda.¹⁴⁵ El Estado desaparece como punto de imputación central del orden jurídico, pero las leyes sobreviven a dicha desaparición; su valor se vuelve entonces simplemente relativo y local. La idea de Ley perdura entonces de esa forma (leyes nacionales insertas en un sistema comunitario que es la Ley para éstas), que da lugar a la diversidad de las situaciones (directivas) nacionales, locales o profesionales.¹⁴⁶ No podemos evitar hacer un paralelismo con la evolución de la física contemporánea, que también ha renunciado a identificar un único punto de imputación de la causalidad y cuyas leyes son relativas y sólo tienen valor local. Se comprueba así la unidad del pensamiento occidental, impulsado por una concepción de la ley que evoluciona al mismo tiempo en el derecho y en las ciencias. También se comprueba el valor heurístico de la *teoría de la relatividad de las leyes positivas* formulada por Montesquieu:

"Deben ser relativas al aspecto físico del país; al clima frío, cálido o templado; a la calidad del terreno, a su situación, a su tamaño; al género de vida de los pueblos, labradores, cazadores o pastores; deben referirse al grado de libertad que la constitución puede tolerar; a la religión de los habitantes, a sus inclinaciones, a su riqueza, a su número, a su comercio, a sus costumbres, a sus usos. Por último, tienen relaciones entre sí; las tienen con su origen, con el objetivo del legislador, con el orden de cosas sobre el cual se han establecido. Es preciso considerarlas desde todas estas perspectivas."¹⁴⁷

Se ha dicho todo sobre la inmensidad de la tarea del jurista.

¹⁴⁵ Véase P. Legendre, *De la Société comme Texte*, op. cit.

¹⁴⁶ Véase el desarrollo de los acuerdos derogatorios en derecho laboral (J. Pélassier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, París, Daalloz, 22ª ed. 2004, núm. 847 sq.).

¹⁴⁷ Montesquieu, *L'Esprit des lois*, I, 3, en *Œuvres complètes*, op. cit., p. 238 (curiosa en el texto). Montesquieu le contesta implícitamente a Pascal ("Ley grata", etc.), quien no podía concebir la ley sino como un absoluto, a semejanza de ciertos científicos actuales.

3. La fuerza obligatoria de la palabra: *pacta sunt servanda*

*Se ata a los bueyes por los cuernos
y a los hombres por las palabras.*

LOYSEL

(Instituciones consuetudinarias)

"La fuerza obligatoria de los contratos está en la base misma de la vida en comunidad; en todas las épocas, se ha considerado que el respeto debido a la palabra dada es uno de los axiomas fundamentales que, surgidos del Derecho natural, han pasado a todas las legislaciones."¹ Esta afirmación del gran civilista francés Josserand se inscribe en una larga tradición, que atribuye al adagio *Pacta sunt servanda* ("los acuerdos deben cumplirse") el valor de un dogma que se impone en toda sociedad ordenada. Tal dogma no es privativo de la tradición continental y se encuentra también en los escritos de autores de el common law, como Addison:

"Puede decirse legítimamente que el Derecho de los contratos es un derecho universal, adaptado a todas las épocas y a todos los pueblos, a todos los lugares y a todas las circunstancias, porque se basa en los grandes principios fundamentales de lo justo y lo injusto que se deducen de la razón natural y que son inmutables y eternos."²

¹ L. Josserand, "El contrato dirigido", *Recueil hebdomadaire*, París, Dalloz, 1933, núm. 32.

² "The law of contracts may justly indeed be said to be an universal law adapted to all times and races, and all places and circumstances, being founded upon those great and fundamental principles of right and wrong deduced from natural reason which are immutable and eternal". Addison, *Traité des contrats*, 1847, citado por P. S. Atiyah, *Essays on contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 17. Tal certeza sin fisuras se encuentra en la misma época en juristas continentales: "La obligación que resulta de todo contrato es preexistente a la ley civil. El legislador la encontró ya creada y sólo tuvo que regular sus detalles de ejecución y su modo de resolución" (L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, 7 vol., 1ª ed. A. Durand, 1857, vol. I, p. 379).

Desde el siglo XIX, los autores más atentos a la vida del Derecho habían visto sin embargo que el contrato, lejos de ser una categoría intemporal, se inscribía en la historia de las culturas. Sir Henry Sumner Maine, en un libro célebre, interpretaba incluso toda la historia del derecho en Occidente como el pasaje del estatuto al contrato en tanto que forma típica del vínculo de derecho.³ Y Léon Bourgeois caracterizaba igualmente la modernidad por el hecho de que el contrato se había vuelto "la base definitiva del Derecho humano".⁴ Esos hombres no veían en el contrato una abstracción eterna suspendida en el cielo platónico de las Ideas, sino el resultado insuperable de un progreso histórico que desató a los hombres de la sujeción a los estatutos para hacerlos acceder a la libertad. Según ellos, la historia del Derecho tiene un sentido y dicho sentido nos conduce a un mundo emancipado donde el Hombre no carga otras cadenas que las que él mismo se fija.⁵

La "misión civilizadora" del contrato

En la estela de la Ilustración, se instaló pues la idea de que el proceso de emancipación mediante el contrato tenía un alcance universal y que algún día se extendería a todos los pueblos que aún se hallaban en la infancia. Apenas fueron descolonizados, dichos pueblos han sido invitados a unirse a las instituciones internacionales que garantizan la libertad de contratar por encima de las fronteras. Acceder a la cultura del contrato se ha vuelto la condición de acceso a la modernidad y al concierto de las naciones. Así sucedió con el Japón de la era Meiji que, para escapar del yugo de los "acuerdos desiguales", debió dotarse de un Derecho de contratos cuya filosofía

³ H. Sumner Maine, *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Idea*, 1861, trad. fr. de la 4ª ed. por J.-G. Courcelle-Seneuil, *L'Ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, Durand et Pédone, 1874, espec. cap. IX, p. 288 sq.

⁴ L. Bourgeois, *Solidarité*, A. Colin, 1896, 3ª ed. 1902, p. 132.

⁵ Hacía falta la excepcional lucidez de Tocqueville para no ceder a semejante optimismo y ver a la vez las sombras y las luces de esa ideología.

le resultaba por naturaleza y básicamente extraña. Lo mismo ocurre actualmente con algunos países comunistas, cuyas contrariedades dentro de la economía de mercado se explican en gran medida por el hecho de que el contrato no está arraigado en sus culturas.

Esa creencia en la misión civilizadora del contrato es uno de los principales motores del derecho contemporáneo. Aunque es también de factura estrictamente occidental, tal como lo muestra el Derecho comparado, si no se pretende reducirlo al estudio de la *common law*⁶ y se lo dirige —también en este punto— hacia el Oriente, que siempre ha tenido la virtud de desorientar a Occidente y trastocar sus ideas convenidas.⁷ El caso de Japón resulta especialmente revelador, porque allí el contrato se adaptó desde hace más de un siglo sin que desapareciera por ello una cultura neoconfuciana que no solamente lo ignora, sino que es profundamente rebelde ante él. El centro de gravedad de esa cultura no es el individuo, ni mucho menos su voluntad, sino la armonía cósmica y social. La idea de que un contrato, pasado un momento determinado, pueda vincular para el futuro, cualesquiera sean las circunstancias futuras y el perjuicio causado por su ejecución, es ajena a esa cultura y le repugna profundamente. Esa diferencia de actitud puede ser referida más generalmente al estatuto de la palabra, que varía según las civilizaciones. Ciertamente, Occidente no es la única cultura que le atribuye un lugar eminente al Verbo. También el África negra supo ver en la Palabra el principio que ordena el mundo⁸ y la misma cultura china le adjudica la mayor importancia al lenguaje, pues la denominación exacta de cada ser se concibe como la primera condición del buen orden.⁹

⁶ Sobre ese registro que sigue siendo muy útil, véase D. Tallon, D. Harris (dir.), *Le Contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987; G. Alpa, "L'avenir du contrat: aperçu d'une recherche bibliographique", *Rev. interna. dr. comp.*, 1-1985, p. 7-26; D. Tallon, "L'évolution des idées en matière de contrat: survol comparatif", *Droits*, 1990, p. 81-91.

⁷ Es una muy vieja historia: ver Étiemble, *L'Europe chinoise*, París, Gallimard, vol. I, 1988, vol. II, 1989.

⁸ Véase M. Griaule, *Dieu d'eau*, op. cit.

⁹ De donde surge la tesis de lo que se llama la rectificación de los nombres, común a toda la filosofía política china: véase M. Granet, *La Pensée chinoise*, op. cit.,

Pero solamente en Occidente se pensó que todo hombre, a imagen de Dios, podía disponer por su propia cuenta del poder legislador del Verbo y encerrar el futuro en palabras.¹⁰

La estructura respectiva de las lenguas, y más aún de las escrituras, esclarece la diferencia entre Oriente y Occidente. En una lengua monosilábica y una escritura ideogramática como el chino, la palabra funciona como emblema vocal o gráfico.¹¹ Al ignorar la flexión y siendo tan rica en vocabulario como pobre en fonemas, esa lengua apunta menos a la abstracción que a la evocación de la diversidad concreta de los hombres, las cosas y los sentimientos. El signo lingüístico encarna pues las cosas antes que ordenarlas dentro de una estructura formal. En la cultura occidental, en cambio, la escritura alfabética y la flexión de las palabras, por la economía de signos que realizan, brindan una representación infinitamente más abstracta del mundo. Tal capacidad de abstracción se ha vuelto incluso para nosotros el atributo de la alta cultura, y cada gran país europeo pretende que su lengua es la más apta para ello, comulgando todos en la devoción por la formalización matemática y la cuantificación. Por el contrario, en chino, la palabra o el signo que la representa tienen más fuerza en la medida en que están más cerca del acto o la cosa que designan. Y la escritura china ha signado, como se sabe, la cultura de todos los países del Extremo Oriente. Si la escritura japonesa ha conservado hasta nuestros días el uso del *kanji*, del ideograma chino, es en razón de su valor emblemático, de su poder de evocación concreta. En esas culturas, se desconfía instintivamente de quienes pretenden subsumir en categorías abstractas la diversidad y la inconstancia de los seres.

Allí donde Occidente le da plena confianza al verbo explícito, Japón no se confía sino al acto mismo. Maurice Pinguet, uno de los más sutiles analistas de la cultura japonesa, explica así esta profunda desconfianza por la palabra dada:

p. 47 ss.; J. Escarra, *Le Droit chinois*, op. cit., p. 21 sq.; X. Li, "L'esprit du droit chinois: perspectives comparatives", op. cit., p. 7 ss., p. 33-35.

¹⁰ Véase cap. 1.

¹¹ Véase M. Granet, *La Pensée chinoise*, op. cit., p. 33 ss.

"La verdad no se deja apresar por las palabras, se desliza entre ellas, hacia el reverso de lo que expresan, en los intersticios y en las roturas: una intuición freudiana que el Japón, mediante toda una práctica de lo implícito, parece haber anunciado."

Agrega Ninguna cultura ha sido más atenta a los códigos, hasta extender su dominio a todos los aspectos de la vida —pero tampoco ninguna ha estado tan hastiada al respecto, sin tomarlos nunca sino como los artefactos que son.¹² En una cultura así, el compromiso no se expresa mediante frases, sino mediante actos. La fuerza y la duración de los lazos entre los hombres no dependen de las palabras intercambiadas, sino del mantenimiento de la armonía que ha presidido su formación. Y ese mantenimiento deriva de la capacidad de cada uno para sostener los vínculos que lo ligan con los demás, de su aptitud para adecuar sus pretensiones al carácter cambiante de los hombres y las circunstancias. Exigirle al otro lo que puede terminar siendo perjudicial para él o lo que no está dispuesto a hacer es contrario a las reglas elementales del saber vivir: las reglas del *giri*, cuyo contenido varía con la edad y el rango social.¹³ El *giri*, que podría traducirse como "obligación, deber, deuda moral", no está basado en una ley universal o en un contrato que se resuelve cuando su objetivo es alcanzado.¹⁴ Dependiendo de las personas concretas a las que vincula, el *giri* es fuente de

¹² M. Pinguet, *La Mort volontaire au Japon*, op. cit., p. 180; véase también Y. Noda, "La conception du contrat des Japonais", en T. Awaji et al., *Études de droit japonais*, Société de législation comparée, 1989, prefacio de J. Robert y X. Blanc-Jouvan, p. 391 ss.

¹³ Véase la presentación didáctica de esta noción capital en R. Benedict, *The Chrysanthemum and the Sword*, Boston, Houghton Mifflin, 1946, trad. fr. *Le Chrysanthème et le Sabre*, Arles, Éd. Ph. Picquier, 1995, p. 157 ss. [*El crisantemo y la espada. Patronos de la cultura japonesa*, Madrid, Alianza, 1974]; asimismo I. Kitamura, "Une esquisse psychanalytique de l'homme juridique au Japon", *Reu. interna. dr. comp.*, 4-1987, recogido en T. Awaji et al., *Études de droit japonais*, op. cit., p. 25 ss.

¹⁴ R. Benedict cita esta definición del *giri* encontrada en un diccionario japonés: "Algo que se hace sin quererlo para no deberle disculpas al mundo" (*Le Chrysanthème et le Sabre*, op. cit., p. 158).

“relaciones perdurables, no revocables, que implican la idea que el sujeto se hace de sí mismo y la estima que le tienen, (y que) son confiadas a su discreción, a su delicadeza. Hay que devolver un beneficio o más bien mostrar que no se lo olvida, y la devolución, que por otro lado no anula sino que alimenta la relación, puede tomar mil formas libres...”¹⁵

El *giri* teje así una poderosa cadena de obligaciones flexibles que se apoyan mutuamente y mantienen la armonía de la comunidad.

Desde la era Meiji, Japón se ha sumado a la escuela de la cultura occidental (francesa, luego alemana y por último norteamericana), y ahora está dotado de un derecho contractual conforme a los cánones de la mundialización.¹⁶ Por lo tanto cabía esperar, si el contrato es en verdad lo que se considera en Occidente, es decir, una forma acabada, universal e insuperable del vínculo de derecho, que el *giri*, forma “arcaica” del intercambio, fuera progresivamente barrido por la modernidad. Pero nada así sucedió. Proveniente de los bárbaros del Oeste, la cultura del contrato le sirve a los japoneses para comerciar con los bárbaros del Oeste, pero ha influido muy poco en sus relaciones internas. Una estadística basta para revelar la vitalidad del *giri*, el arte del compromiso y de evitar las vías del derecho: mientras que Estados Unidos posee un abogado cada 300 habitantes, Japón cuenta con uno por cada 10000.¹⁷ Una gran parte de los éxitos económicos de Japón (y tal vez mañana de China) se explica por esa alquimia que suelda dos culturas: la de la ley y el contrato, importada de Occidente, y la de la armonía y el vínculo, heredada de la filosofía de Confucio.

Evidentemente, hay que cuidarse de prestarle a esa relatividad cultural del contrato una fijeza que no tiene. Parece que la cultura del contrato, en principio adoptada por las necesidades del comercio internacional, avanza progresivamente en el interior de

¹⁵ M. Pinget, *La Mort volontaire au Japon*, op. cit., p. 345.

¹⁶ Véase E. Hoshino, “L'évolution du droit des contrats au Japon”, en T. Awaji et al., *Études de droit japonais*, op. cit., p. 403 ss.

¹⁷ Véase R. Abel, Ph. S. C. Lewis (eds.), *Lawyers in Society*, Berkeley, University of California Press, 1988.

la misma sociedad japonesa, aunque transformándose en contacto con su propia civilización.¹⁸ Pero ese movimiento no es unilateral. Los valores propios de la cultura japonesa también se han propagado entre los occidentales en virtud de los intercambios internacionales. Tal influencia resulta evidente en el ámbito del *management*, donde las maneras japonesas de ponerse de acuerdo han adquirido el valor de un modelo para la gestión de las empresas occidentales. Dicho modelo japonés también repercute en el ámbito jurídico, con la teoría relacional de los contratos, que en estos últimos tiempos ha sido objeto de numerosas reflexiones, particularmente en los Estados Unidos.¹⁹ Dicha teoría da cuenta de la importancia que han adquirido en la práctica de los negocios los acuerdos-marco que organizan a largo plazo una relación de cooperación dentro de la cual se pueden situar una serie de contratos de intercambio. El contrato relacional establece un vínculo flexible y perdurable, que el juego de las prestaciones recíprocas va a alimentar y no a rescindir. ¿No es posible ver en este último grito de la ingeniería jurídica occidental un avatar de las maneras orientales de ponerse de acuerdo, una transposición de la cultura del *giri*?

El contrato, entonces, nunca habría sido una categoría universal aunque estaría en vías de convertirse en ello, comprobando así que la manera occidental de pensar el Hombre y la sociedad tendría la vocación de extenderse al mundo entero. Tal es al menos el credo de la “mundialización”²⁰ que celebra al mismo

¹⁸ Véase T. Awaji, “Les Japonais et le droit”, *Rev. interna. dr. comp.*, 2-1976, recogido en T. Awaji et al., *Études de droit japonais*, op. cit., p. 9.

¹⁹ Ver I. R. MacNeil, *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980. La noción de “relational contracts” ha alimentado importantes discusiones doctrinales; véase particularmente M. A. Eisenberg, “Relational contracts”, en J. Beatson, D. Friedmann (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, Clarendon Paperbacks, 1997, p. 291-304; H. Muir-Watt, “Du contrat ‘relationnel’”, en Association H. Capitant, *La Relativité du contrat*, LGDJ, 2000, p. 169.

²⁰ El alemán y el inglés ignoran la “mundialización” (¡noción típicamente francesa!) y hablan de globalización (*Globalisierung, globalization*). Como un signo de la obstinación francesa por esa noción, se tradujo como *L'Économie mondialisée* (Dunod, 1993) el título inglés (aunque estaba aludiendo claramente a *La riqueza*

tiempo las virtudes del libre comercio y las del contrato, considerado flexible, igualitario y emancipador, en oposición a las lentitudes del Estado y a las taras de la ley, considerada rígida, unilateral y opresiva. Tenemos buenas razones para hablar al respecto de contractualismo, es decir de una ideología, que no hay que confundir con la contractualización. El contractualismo, la idea según la cual el vínculo contractual sería la forma más evolucionada del compromiso social y que tendería a sustituir en todos los órdenes a los imperativos unilaterales de la ley, es un componente de la ideología económica²¹ que concibe la sociedad como un cúmulo de individuos movidos sólo en virtud del cálculo de intereses. La contractualización, por su parte, designa la extensión objetiva del recurso a las técnicas contractuales. Al llevarse a cabo, con frecuencia revela efectos que difieren de las promesas del contractualismo.

La influencia del contractualismo se extiende con los avances de la ideología económica, de la cual sólo es una faceta. Sumner Maine ya señalaba que "la orientación de la mayoría de las personas versadas en economía política es considerar la verdad general en la que se apoya su ciencia como si debiera volverse universal, y cuando pasan a las aplicaciones, sus esfuerzos tienden usualmente a aumentar el ámbito de los contratos y a reducir el ámbito del derecho imperativo a lo que resulta necesario para la ejecución de los contratos".²² Esta observación describe perfectamente las actuales relaciones entre el análisis económico estándar y el derecho. El movimiento *Law and Economics*, cuya fascinación conquista

de las naciones de Adam Smith) de la obra de Robert Reich, *The Work of Nations* (Nueva York, Alfred Knopf, 1991); sin duda porque los términos de trabajo y de nación se han vuelto invendibles en Francia, salvo que estén precedidos por el cartel de "Fin". [En la traducción, hemos mantenido literalmente el término de "mundialización", aunque también en español el uso haya impuesto la palabra "globalización".]

²¹ "Ideología" no tiene en este caso un sentido despectivo; ninguna sociedad se sostiene sin un sistema de ideas que jerarquice los valores, es decir, sin ideología (véase L. Dumont, *Homo aequalis*, op. cit., tomo I, *Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, p. 26 ss.).

²² H. Sumner Maine, *L'Ancien droit...*, op. cit., p. 289.

incluso las facultades francesas de derecho, generaliza así para todo comportamiento humano lo que podemos llamar la antropología rústica del derecho contractual, es decir, la figura del hombre que sabe lo que quiere y lo que es mejor para él.²³ Dicha antropología está en la base ("primera etapa") del análisis económico del derecho, tal como nos lo exponen sus mejores representantes:

Esbozemos las etapas de un análisis económico completo de un problema jurídico. La primera etapa consiste en suponer que los individuos o las instituciones que toman decisiones maximizan objetivos económicos reconocidos y claramente identificados, por ejemplo que las empresas maximizan sus ganancias y que los consumidores maximizan sus riquezas y su tiempo libre. La segunda etapa consiste en mostrar que la interacción entre todos los actores pertinentes que toman decisiones se estabiliza en lo que los economistas llaman un equilibrio, un estado que no se modifica espontáneamente. La tercera etapa consiste en evaluar el equilibrio con la vara de la eficacia económica.²⁴

En esa perspectiva, el derecho de los contratos no precede ni condiciona a la economía de mercado, es su instrumento (un marxista diría que es su superestructura) y no su fundamento. Los padres fundadores del análisis económico del derecho insisten en que no es el principio jurídico de libertad contractual lo que funda el libre intercambio, sino que el libre intercambio es un

²³ Véase especialmente R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, op. cit.; R. Cooter, Th. Ulen, *Law and Economics*, op. cit.; B. Coriat y O. Weinstein, *Les Nouvelles Théories de l'entreprise*, Le livre de poche, 1995. Para una visión de conjunto de los movimientos de análisis económico, ver E. Mackaay, *L'Analyse économique du droit*, vol. 1: *Fondements*, op. cit.; Th. Kirat, *Économie du droit*, La Découverte, "Repères", 1999.

²⁴ "Let us outline the steps in a complete economic analysis of a legal problem. The first step is to assume that the individuals or institutions who make decisions are maximising well-known and clearly specified economic objectives, for example, that businesses are maximising profits and that consumers are maximising wealth and leisure. The second step is to show that the interaction among all relevant decision makers settles down into what economists call an equilibrium, a condition that not spontaneously changes. The third step is to judge the equilibrium on the criterion of economic efficiency", R. Cooter, Th. Ulen, *Law and Economics*, op. cit., p. 7.

dato de la vida económica que el derecho contractual sólo tiene la función de acompañar y facilitar.²⁵ Volvemos a encontrar las viejas certezas del siglo XIX, salvo por la diferencia de que el derecho natural le ha cedido a la Ciencia económica el lugar de fundamento del derecho contractual y que la *eficiency* cumple el papel de criterio de valoración que antes desempeñaba la Justicia. El movimiento *Law and Economics* está así a punto de convencer a los juristas de una idea que Marx no pudo imponerles: la necesidad de situar el derecho sobre sus “verdaderos” cimientos; es decir, sobre su base económica. De allí surge la ola de bibliografía cuyo principal objetivo es referir cada regla del derecho contractual a una ley de la economía: las incapacidades a la estabilidad de las preferencias del actor racional, el vicio de violencia a la libertad de elección del actor racional, el vicio de nulidad y las obligaciones de información a la transparencia del mercado, etc.²⁶ El método recuerda fuertemente la crítica marxista del Derecho que también pretendía remitir cada regla jurídica a su determinación económica.²⁷ La diferencia está en que el análisis marxista intentaba criticar la “forma jurídica” revelando su adecuación a las leyes de la economía, mientras que esa adecuación sume a nuestros modernos jurieconomistas en un embeleso sin límites. Pero en ambos casos se trata de reducir la forma jurídica remitiéndola a un orden natural que la explica y la supera. Actualmente se basa la fuerza obligatoria del contrato en las leyes de la economía y se les atribuye a tales leyes un valor universal: “Una de las cosas que aprendí en mi paso por el Banco mundial”, escribe L. Summers, que fue su *chief economist*, “es que siempre que alguien dice ‘las cosas aquí no funcionan así’, está a punto de proferir una estupidez.”²⁸ El con-

²⁵ Véase A. T. Kronman, R. A. Posner, *The Economics of Contract Law*, Boston-Toronto, Little, Brown & Cie, 1979, p. 2-3.

²⁶ Véase por ej. R. Cooter, Th. Ulen, *Law and Economics*, op. cit., p. 234 ss., y el cuadro 6.1, p. 241.

²⁷ Véase por ej. M. Mialle, *Une introduction critique au droit*, París, Maspero, 1976.

²⁸ “One of the things I have learned in my short time at the bank is that whenever anybody says ‘But things work differently here’, they are about to say something dumb”, citado por C. A. Michalet, “Le nouveau rôle des institutions de Bretton Woods dans la

tractualismo no se basa, pues, actualmente en una teoría política del Contrato Social, sino en la certeza científicamente garantizada de que el Mercado es ley a escala planetaria. Al abandonar los hábitos del derecho natural por los nuevos ropajes del análisis económico, los juristas pueden continuar basándose en la idea de que un orden mundial trasciende las legislaciones nacionales, que deben convertirse en sus instrumentos. Dentro de la orquestación del tema de la “mundialización”, la ciencia económica ha adquirido el sitio magistral de discurso fundador del orden universal, no dejando como propio del derecho sino la magra porción de los Derechos Humanos.

Toda ley que no proviene de una convención se ha vuelto así sospechosa, y se intenta fundar toda obligación sobre el acuerdo de los implicados. Y recíprocamente, el acuerdo del obligado tiende a volverse una condición suficiente para la existencia de la obligación, reduciendo en igual medida el campo de los derechos inalienables. De allí surge la generalización del vocabulario contractual, que se propaga en todos los ámbitos de la vida humana, incluyendo la esfera pública. Para entender la significación de ese movimiento, es preciso empezar por remontarse a su origen: ¿por qué y desde cuándo el hombre puede vincularse por medio de palabras?

En los orígenes del contrato

Pacta sunt servanda: sin este principio del respeto a la palabra dada, el contrato nunca hubiese podido convertirse en ese universal abstracto que enorgullece a los juristas de la época moderna. La autonomía de la voluntad sería jurídicamente impotente sin esta regla altamente heterónoma. ¿Pero de dónde proviene esa regla? ¿Desde cuándo y por qué estamos vinculados por nuestras palabras? Volver a

régulation et la mondialisation”, en M. Berthod-Wurmser, A. Gauron, Y. Moreau (dir.), *La Régulation sociale: le rôle des organisations européennes et internationales*, París, IEP, 1997, p. 66.

describir su génesis permite comprender el sitio central que actualmente ocupa el Estado en la estructura del vínculo contractual.

Para afirmar que el intercambio de los consentimientos basta para constituir el contrato, hacía falta primero que la misma noción de contrato saliera a la luz. Pero acceder al concepto de contrato supone que se separe radicalmente el mundo de las cosas y el de las personas; lo cual supone también admitir que el futuro pueda ser gobernado por las palabras. La *prehistoria del contrato* ya reconoce la alianza y el intercambio, pero una alianza y un intercambio que justamente no distinguen todavía con claridad las cosas y las personas, y que utilizan rodeos para asegurarse del control del tiempo.

Con la *alianza*, las cosas no se captan sino a través de las personas. La alianza primero fue concebida, en efecto, como un modo particular del parentesco. Podía ser el resultado tanto de un matrimonio como de un "parentesco artificial", establecido por medio de un ritual de alianza de sangre: el *blood-covenant*.²⁹ Los etnólogos³⁰ a menudo han descrito rituales de este tipo, que se encuentran en la mayoría de las sociedades "arcaicas" y tienen siempre una dimensión religiosa. Muy presente en las Escrituras, esa clase de rito ha sobrevivido hasta nuestros días en las religiones del Libro, que ponen en práctica la simbólica de la sangre vertida para sellar la alianza en Dios y con Dios (Eucaristía, circuncisión).³¹ Tanto en la alianza por la sangre como en el matrimonio, uno se vincula con el otro cambiando de estado. El parentesco es el rodeo que permite crear a largo plazo

²⁹ Véase G. Davy, *La Foi jurée. Étude sociologique du problème du contrat. La formation du lien contractuel*, París, Alcan, 1922. La noción de parentesco artificial usada por Davy no lo conduce a adoptar a contrario una definición biológica de los lazos de filiación; afirma en cambio que "el parentesco no es primitivamente una noción fisiológica" (p. 53).

³⁰ Empezando por el primero, Heródoto: véase su descripción de un intercambio de juramentos entre los Escitas ("vierten vino en una gran copa y lo mezclan con la sangre de las personas que quieren prestarse juramento..."), *L'Enquête*, IV-70, trad. fr. en *Œuvres complètes*, París, Gallimard, "Bibliothèque de la Pléiade", 1964, p. 310 [*Los nueve libros de la historia*, Buenos Aires, Jackson, 1956]. Más cerca nuestro, pueden verse los ejemplos y la bibliografía dados por G. Davy, *La Foi jurée...*, op. cit., p. 43 sq.

³¹ Véase A. Chouraqui, "L'alliance dans les Écritures", *Revue de sciences morales et politiques*, 1995, p. 5.

una relación de obligación.³² Pero el objeto de esa relación de obligación —las cosas y los servicios a los que apunta— sigue quedando necesariamente indeterminado en el momento de la conclusión de la alianza; el contenido de la obligación dependerá de los azares de la vida de los aliados y de sus necesidades respectivas. Este tipo de estructura, que hace derivar una relación de obligación de un aparente artificio, sigue estando presente en nuestro patrimonio jurídico. La misma idea de *patronazgo*, que los directores franceses de empresas han repudiado muy recientemente,³³ manifiesta la influencia duradera del modelo de la filiación paternal en la relación de trabajo, puesto que la vemos pasar desde el derecho romano (donde designa el vínculo que une al liberto con su antiguo propietario, que lo ha hecho nacer para la vida civil³⁴ y cuyo nombre lleva³⁵) hasta el derecho del trabajo asalariado.³⁶ Nuestro moderno contrato de trabajo hace derivar de un cambio de estado profesional (acceso al empleo, con lo que implica de subordinación y de seguridad) una obligación cuyo contenido preciso no se revela sino a medida que se ejecuta el contrato.

Con el *intercambio*, por el contrario, las personas son captadas a través de las cosas. La primera forma del intercambio, como es sabido, resulta de la sucesión de las obligaciones de dar, de recibir y devolver. Lo que obliga a devolver, tal como lo mostró Mauss en

³² Véase G. Davy, *La Foi jurée...*, op. cit., p. 72 ss.

³³ El Consejo nacional del patronazgo francés (CNPF) ha sido rebautizado como Movimiento de empresas francesas (Medef) en 1998.

³⁴ "El patrón le ha dado personalidad al liberto, casi como un padre al hijo", P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 123.

³⁵ El liberto lleva el nombre de su patrón (en genitivo) precedido de la l. (libertus) en lugar del nombre del padre (G. Sicard, "L'identité historique", en J. Pousson-Petit (dir.), *L'Identité de la personne humaine*, op. cit., p. 119).

³⁶ La *afiliación* a la Seguridad social liberó a los empleadores de esa paternidad artificial con respecto a sus empleados para remitirla a instituciones solidarias. El concepto de solidaridad, que es un híbrido entre derecho de las obligaciones y derecho de familia (véase Alain Supiot, "Les mésaventures de la solidarité civile", *Droit social*, 1999, p. 64), funda a su vez un parentesco artificial entre los afiliados. Pero en la Seguridad social el intercambio es anterior y el vínculo entre las personas no es más que su resultado (véase *infra* el caso de las jubilaciones).

su justamente célebre ensayo sobre el don, es "el espíritu de la cosa dada" (el *hau*).³⁷ "La cosa recibida no es inerte. Aun siendo entregada por el donante, sigue siendo algo suyo. A través de ella incide en el beneficiario, así como por medio de ella el propietario incide en el ladrón [...]; el *hau* persigue a todo poseedor."³⁸ Nuestras lenguas conservan algo de esta idea, ya que una misma palabra (*Gift*) designa en alemán el veneno y en inglés el regalo. Dar una cosa es un medio de vincularse con el futuro de la persona del donatario, que no podrá desvincularse sino devolviendo a su vez una cosa. Ese encadenamiento, de donde surgió la obligación de pagar las deudas, implica que un principio Tercero —en este caso, el espíritu de la cosa— garantice la restitución. Tal clase de conformación nunca desapareció de nuestro derecho. Nuestros regímenes de jubilación por reparto establecen así un vínculo que se ha podido calificar impropriamente de "contrato entre las generaciones",³⁹ pero que responde mucho más al encadenamiento "arcaico" de las obligaciones de dar, recibir y devolver. A la cadena de acreencias y deudas que actúa en la filiación (recibir la vida de la generación anterior, dársela a la generación siguiente y al dársela, devolvérsela a la generación anterior), la jubilación por reparto hace corresponder una cadena en sentido inverso: dar para la generación anterior, recibir de la generación siguiente que devuelve así lo que le fue dado. Es a través de ese juego de acreencias y deudas

³⁷ M. Mauss, "Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques", *L'Année sociologique*, 1923-1924, recogido en *Sociologie et anthropologie*, op. cit., p. 145 ss.

³⁸ M. Mauss, "Essai sur le don", op. cit., p. 159.

³⁹ Véase *Un contrat entre les générations*, Livre blanc gouvernemental sur les retraites, París, Gallimard, 1991, prefacio de M. Rocard. La idea de contrato entre generaciones revela nuestra incapacidad para pensar de otro modo que no sea en términos contractuales los lazos entre los hombres. Lo mismo ocurre con los lazos entre los hombres y la Naturaleza, que no podría ser salvaguardada tampoco, según uno de nuestros eminentes filósofos de las ciencias, sino mediante un "contrato" establecido con Ella (M. Serres, *Le Contrat naturel*, F. Bourin, 1990). El derecho social y el derecho ambiental se someten así al contractualismo, pero subvirtiendo la distinción entre cosas y personas.

que un régimen de jubilación crea un vínculo de solidaridad entre las personas.⁴⁰

Al derecho romano le debemos la noción de contrato, y también a él debemos nuestra clara distinción de las cosas y las personas, aunque dicha distinción tardó mucho en afirmarse. En el *nexum*⁴¹ (un préstamo cuya prenda era la persona misma del deudor), la relación de obligación todavía provenía de un cambio de estado (la virtual servidumbre del obligado) y quizás también de un don (el lingote de bronce, regalo contaminado puesto en manos del obligado hasta la liquidación de su deuda).⁴² Y si bien el derecho romano distinguió claramente entre las personas y las cosas,⁴³ no convirtió a todos los hombres en personas y permaneció apegado a la diversidad concreta de las cosas. Conoce pues *algunos* contratos cuyo régimen difiere de acuerdo a su objeto concreto, su *negotium*, pero no se preocupa por definir *el* contrato como categoría genérica.⁴⁴ Nunca se pensó dentro de su ámbito que el mero intercambio de consentimientos, denomi-

⁴⁰ La cuestión de la naturaleza jurídica del derecho a la jubilación es un quebradero de cabeza para el jurista contemporáneo munido sólo de los conceptos del derecho contemporáneo, porque se resiste a nuestras distinciones entre lo contractual y lo delictivo, y entre lo individual y lo colectivo, lo cual se aclara si aceptamos ver allí una reapropiación por parte del derecho social de formas de lazos de derecho más antiguas que tales distinciones. Tal como el *pollatch*, ese vínculo no puede denominarse contractual; pero como el *pollatch*, basa en una reciprocidad de obligaciones patrimoniales una solidaridad entre grupos.

⁴¹ Sobre el *nexum* y sus dificultades de interpretación, véase P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 478 sq.; P. Noailles, *Fas et Jus. Études de droit romain*, París, Les Belles-Lettres, 1948, p. 91 ss.; A. Magdelain, *Ius imperium auctoritas*, op. cit., p. 25 sq. y p. 713 sq.; P. Ourliac, J. de Malafose, *Histoire du droit privé*, París, PUF, t. I, *Les Obligations*, 2ª ed., núm. 15 y la bibliografía citada en p. 36-37.

⁴² Véase M. Mauss, "Essai sur le don", op. cit., p. 229 ss., espec. p. 230 ss.

⁴³ Véase el plan de las Instituciones de Justiniano en las que se inspira el Código civil y que retoma la tripartición transmitida por Gaius: todo derecho supone una *persona*, que es el sujeto de ese derecho; una *cosa* que es su objeto, a la cual se refiere; y una *acción* que lo sanciona y permite asegurar su realización (véase P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 7 ss.).

⁴⁴ Véase M. Villey, "Préface historique à l'étude des notions de contrat", en "Sur les notions de contrat", *Arch. philo. droit*, t. XIII, Sirey, 1968, p. 1 ss., p. 7. Participio pasado de *contrahere*, *contractus* rara vez es usado como sustantivo en derecho romano. *Contrahere* denominaba la acción de vincularse jurídicamente, pero el resultado

nado pacto o convención, se identificaba con el contrato; para pasar de la convención al contrato, hacían falta en principio formas (las de la promesa, *stipulatio*, o el juramento) o actos materiales (entrega de la cosa) que variaban de acuerdo a los contratos. La fuerza obligatoria de los contratos reales provenía de la transferencia de la cosa al sujeto obligado; la estipulación tenía raíces religiosas, al igual que el juramento.⁴⁵ El espíritu de las cosas o el espíritu de los dioses seguía estando así presente en la formación de los vínculos entre los hombres.

Si existe un principio en derecho romano, más bien sería entonces el de la ineficacia jurídica de la palabra dada. *Ex nudo pacto, actio non nascitur*,⁴⁶ una regla que nunca será derogada, ni siquiera bajo Justiniano, a pesar de las disposiciones cada vez más numerosas con que se la reviste.⁴⁷ El pacto desnudo depende en principio del abandono voluntario al otro, de la simple confianza, encarnada por *Fides*, la vieja diosa de cabellos blancos, más vieja que el mismo Júpiter (porque hacía falta que ya estuviera para que fuese posible un orden en el mundo) y de la cual se dice que se sienta a su derecha. En el origen, aquel que confía en la palabra ajena se excluye de las protecciones del derecho.⁴⁸ La *Fides* se laicizó, por así decir, bajo la influencia del

de tal acción era designado o bien genéricamente como *obligatio*, o bien mediante el nombre propio del contrato en cuestión (*emptio, locatio, societas, mandatum*, etc.). Ver asimismo W. Wolodkiewicz, "Contrahere-contractum-contractus dans le droit romain classique", en *Le Droit romain et sa réception en Europe*, actas de un coloquio, Varsovia, H. Kupiszewski y W. Wolodkiewicz, 1978, p. 295.

⁴⁵ Los historiadores están de acuerdo en ese origen religioso, apoyado por la etimología del verbo *spondere* (*spondai*: hacer libaciones) que debe ser utilizado para el intercambio de promesas (ver P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 486; P. Ourliac, J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, op. cit., núm. 18, p. 31; y más en general: P. Noailles, *Du droit sacré au droit civil*, Sirey, 1949). Más controvertida es la tesis que hace derivar la estipulación del empleo ritual de un palo (*stipes*): ver P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 485 ss.; M. Mauss, "Essai sur le don", op. cit., p. 230.

⁴⁶ "Del pacto desnudo no nace ninguna acción de justicia": Ulpiano (I, 7, § 4, D., 2, 14, de *pactis*); Pablo (*Sentencias* 2, 14, I).

⁴⁷ Ver P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 432.

⁴⁸ Véase J. Imbert, "De la sociologie au droit: la 'Fides' romaine", en *Droits de l'Antiquité et sociologie juridique*, *Mélanges Henry Lévy-Bruhl*, Sirey, 1959, p. 409 ss. Véase en el mismo sentido, sobre el caso de la antigua Grecia, L. Gernet, "Droit et prédroit en Grèce ancienne", op. cit., p. 138 ss.

ius gentium, que viera surgir los primeros contratos de consenso entre romanos y extranjeros. El comercio internacional ya se basaba en la confianza, o más bien en el temor a la represalia, y no se preocupaba por lo tanto con formalismos. Aquellos cuya confianza había sido engañada obtuvieron del pretor peregrino que les concediera una acción de *bona fides* para sancionar las transacciones más comunes: la venta, el alquiler, la sociedad y, más tardíamente, el mandato. La buena fe (*bona fides*) designa en este caso una confianza fundada objetivamente, que cualquier comerciante puesto en la misma situación hubiera podido conceder. Los contratos innominados, por su parte, nunca podrán ser sancionados sino por una *actio in factum*, que el pretor acordaba caso por caso, y solamente cuando la prestación prometida por una de las partes ya había sido ejecutada. Así, aunque le concedía un determinado lugar a la palabra dada en la formación de los contratos, el derecho romano nunca describió el principio general del cual derivaría su validez.

Los glosadores medievales recuperaron por su parte el adagio *Ex nudo pacto actio non nascitur* y sobre esa base edificaron su teoría de los *vestimenta pactorum*.⁴⁹ Puesto que, según la fórmula de Accursio, el pacto desnudo es como una mujer estéril, se trata de vestirlo bien para que procreé derechos. Algunos pactos "son gruesos y calientes por naturaleza y con poco alcanza para vestirlos", como la venta o el alquiler, donde el derecho romano veía ya contratos consensuales. En cuanto a los demás, hacen falta vestimentas menos ligeras que el simple *consensus*: la *res*, los *verba*, la *cahaerentia*, la *rei interventus*... De dicha teoría de los *vestimenta* se burlará Loysel en el siglo XVI, cuando tras haberle dado al consensualismo su más célebre imagen —"Se ata a los bueyes por los cuernos y a los hombres por las palabras"— añade: "y tanto vale una simple promesa o conveniencia como las estipulaciones del derecho romano".⁵⁰ Sucede que entre

⁴⁹ Véase P. Ourliac, J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, op. cit., núm. 69, p. 84 ss. y bibliografía, p. 104 ss.

⁵⁰ Instituciones consuetudinarias, L. III, t. I. Loysel desvía de su sentido inicial una máxima que la Glosa *iuris vinculum* de las Instituciones de

los glosadores y Loysel el principio precisamente se ha invertido y que en adelante se admite, al revés que en el derecho romano, que *ex nudo pacto, actio oritur* (del pacto desnudo nace un derecho de actuar en justicia).

Esta inversión del principio se debe a los *canonistas medievales*, quienes inventaron la regla *Pacta sunt servanda*.⁵¹ Es sabido que la Iglesia combatía el uso del juramento en las transacciones, porque consideraba que frente a Dios la simple promesa comprometía igualmente. Los actos del cristiano deben efectivamente estar siempre fundados en la Verdad. El fiel debe ser fiel a su palabra; el que promete y no mantiene su promesa actúa contra la Verdad; engaña a su prójimo y comete un pecado mortal. El respeto a la palabra dada se planteó entonces en primer lugar como una regla moral, basada en las Escrituras y en la jurisprudencia de los Padres de la Iglesia. Su formulación inicial —*Pax servetur, pacta custodiantur*— se halla en el canon *Antigonus* mediante el cual el primer concilio de Cartago (348) se pronuncia sobre las consecuencias de un acuerdo establecido entre dos obispos referido a los límites de sus respectivas diócesis.⁵² El cristiano que no mantiene su palabra incurre en los castigos eclesiásticos previstos para la mentira. Fue en el siglo XIII cuando esa regla moral se transformó en obligación jurídica. En 1212, la *Glossa Ordinaria* del Decreto de Graciano

Justiniano aplicaba precisamente al pronunciamiento de las palabras sacramentales de la estipulación "*ut enim boves funibus visualiter ligantur, sic homines verbis ligantur intellectualiter... voce ligantur homo*" (véase F. Spies, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, París, Sirey, 1928, p. 228).

⁵¹ Véase F. Spies, *De l'observation des simples conventions...*, *op. cit.*; además, en el mismo sentido, H. J. Berman, *Law and Revolution*, *op. cit.*, p. 246 sq.; P. Legendre, *Les Enfants du texte*, *op. cit.*, p. 269; comp. J. Bärmann, "*Pacta sunt servanda*. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel", *Rev. interna. dr. comp.*, 1961, p. 18 ss.

⁵² Véase F. Spies, *De l'observation des simples conventions...*, *op. cit.*, p. 24 ss. En ese canon, la violación de la palabra dada es calificada como delito punible. Dos obispos —Antigonus y Optantius— habían convenido en fijar los límites de sus diócesis respectivas. Antigonus se había quejado ante el concilio de que Optantius no respetaba sus compromisos e invadía su territorio, a lo que el presidente del concilio respondió: "Que realice lo convenido o bien que sufra la disciplina eclesiástica"; y la Asamblea añadió: "*Pax servetur, pacta custodiantur*".

le atribuye una fuerza jurídica a la obligación de respetar los simples acuerdos y los protege con una acción.⁵³ Recogida en los decretos de Gregorio IX en 1230, tal solución debió imponerse frente al principio contrario heredado del derecho romano y al formalismo contractual de la época feudal. Pero terminará prevaleciendo y será definitivamente adoptada por los post-glosadores del derecho romano⁵⁴ al igual que en Francia en la primera mitad del siglo XVI.⁵⁵ El Código Civil le dará la célebre formulación del artículo 1134: "Los acuerdos legalmente suscritos constituyen una ley para quienes las han realizado."⁵⁶

Fue entonces porque se creía en la existencia de un Dios único, que lo ve todo, y frente al cual nadie debe mentir nunca, que la simple convención (el pacto desnudo) terminó identificándose así con el contrato. Vale decir, la noción moderna de contrato no habría podido desarrollarse sin la fe en un garante universal de la palabra dada. Además, esa palabra no vale sino en la medida en que se adecua a la ley de ese garante: antes la ley divina, que exige que la convención tenga una justa causa,⁵⁷ actualmente la ley del Estado, que sólo concede fuerza jurídica a las convenciones "legalmente formadas". La dimensión binaria y horizontal del intercambio o de la alianza no se hubiese vuelto el plano homogéneo y abstracto donde prospera la economía de mercado sin la dimensión ternaria y vertical del Tercero bajo cuya égida se forman los contratos.

⁵³ C. 22, qu. 5, c. *iuramenti*, glose *distantiam: Ex nudo pacto oritur actio* (citado por F. Spies, *De l'observation des simples conventions...*, *op. cit.*, p. 40 ss.).

⁵⁴ Véase H. J. Berman, *Law and Revolution*, *op. cit.*, p. 246.

⁵⁵ Véase F. Spies, *De l'observation des simples conventions...*, *op. cit.*, p. 139 ss.

⁵⁶ Sobre los orígenes de tal formulación, ver F. Spies, *De l'observation des simples conventions...*, *op. cit.*, p. 258; A.-J. Arnaud, *Les Origines doctrinales du Code civil français*, París, LGDJ, 1969, p. 199 ss.

⁵⁷ De esta exigencia se desprende en particular la teoría del justo precio. Ver H. J. Berman, *Law and Revolution*, *loc. cit.*; A. Söllner, "Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonikern", *Zeitschrift des Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (romantische Abteilung)*, 77 (1960), p. 182-269; K. S. Cahn, "The Roman and Frankish roots of the just price of medieval canon", *Law Studies in Medieval and Renaissance Story*, 6 (1969), p. 1.

Para entenderlo así, basta con visitar un día la plaza del mercado de cualquier ciudad medieval, por ejemplo, la de Bruselas, que ofrece una puesta en escena particularmente lograda de las leyes del intercambio. Es sabido que ese admirable conjunto arquitectónico se define en primer lugar por sus límites, constituidos por construcciones dedicadas unas al trabajo organizado (las sedes de las corporaciones) y las otras a la Autoridad pública garante de la legalidad de los intercambios (la sede del municipio). Tal arquitectura hace inmediatamente visible que no existe un intercambio regulado sin un Tercero garante de los intercambios y sin una organización colectiva de los trabajadores que producen los bienes intercambiados. Salir del espacio así instituido significa salir también del espacio mercantil y de sus leyes; si uno se dirige a la colina que domina esa plaza, al Palacio de justicia o al Palacio real, se verá regido por leyes distintas a las del intercambio. A falta de aquéllas la decisión de justicia o la decisión política podrían comprarse y venderse, es decir que nos encontraríamos en una ciudad corrompida, donde la noción misma de mercado pierde su sentido y degenera en relaciones mafiosas. Vale decir, el mercado no es la fuente espontánea de reglas universales, sino que es una construcción institucional singular cuya solidez depende de sus bases jurídicas y del conjunto institucional más amplio en el cual se inserta.

Dicho marco institucional ha cambiado evidentemente desde la Edad Media, pero el mercado continúa basándose en fundamentos dogmáticos. Si hoy hace falta recordarlo es porque el pensamiento económico dominante ha caído en la trampa de las ficciones jurídicas en que se apoya. Para instaurar hace dos siglos un régimen de libre comercio, hubo que actuar *como si* el trabajo, la tierra y la moneda fueran productos intercambiables, mercancías.⁵⁸ Evidentemente, el trabajo, la tierra y la moneda no son productos, sino condiciones para la actividad económica. Tratarlos como productos se basa, pues, en otras tantas ficciones. Dichas ficciones son instrumentos jurídicos, porque es el derecho lo que autoriza, por ejemplo, a obrar *como si* el trabajo

⁵⁸ Véase K. Polanyi, *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps* [1944], trad. fr., París, Gallimard, 1983, p. 102 ss.

fuera una mercancía separable de la persona del trabajador, organizando un estatuto salarial que limita esa mercantilización e impide tratar al trabajador como una cosa. Olvidar que se trata de ficciones, sometidas como tales a los valores que fundan el orden jurídico, y tratar a los hombres y a la naturaleza como meras mercancías no solamente es irritante en el plano moral, sino que únicamente puede conducir a catástrofes ecológicas y "humanitarias" considerables, puesto que el buen funcionamiento del mercado supone reglas e instituciones que garanticen la seguridad de los recursos humanos, naturales y monetarios.

El Estado garante de los acuerdos

Desde el giro decisivo de la Ilustración, el Estado ocupa el sitio de garante de los intercambios, al menos en los Estados laicos occidentales. Hemos pasado de una cultura religiosa, donde la palabra del fiel era puesta bajo la égida de la ley divina, a una cultura laica donde el individuo racional se compromete bajo la égida del Estado. Esta "secularización" no significa en absoluto que en adelante el contrato pueda prescindir de la fe, de la creencia en un custodio de la palabra dada. De su viaje a los Estados Unidos, Max Weber refiere esta jugosa reflexión de un hombre de negocios: "Lo que pueda creer cada uno me da igual, pero si me entero de que un cliente no asiste a su iglesia, entonces, para mí, no vale 50 centavos: *¿por qué me pagaría si no cree en nada?*".⁵⁹ En el seno del cálculo racional autorizado por el contrato hay una creencia cuyo objeto es lo único que puede cambiar. Tocqueville ya decía que dudaba "que el hombre pudiera soportar alguna vez al mismo tiempo una completa independencia religiosa y una total libertad política"; y añadía que "si [el hombre] no tiene fe, es preciso que sirva, y si es libre, que crea".⁶⁰ La observación se aplica ple-

⁵⁹ En inglés en el texto ("Why pay me if he doesn't believe in anything?"). M. Weber, "Églises' et 'sectes' en Amérique du Nord" [1906], trad. fr. J.-P. Grossein, en *L'Éthique protestante...*, op. cit., p. 260.

⁶⁰ *De la démocratie en Amérique*, II, 29, citado por L. Dumont, *Homo hierarchicus*, op. cit., p. 29.

namente a la libertad contractual que no es concebible sin una fe compartida en un Tercero garante de las convenciones. De allí la omnipresencia de la figura del Tercero en la estructura jurídica del contrato.

Lo anterior se expresa en primer lugar mediante la referencia a la ley, que no aparece menos de tres veces sólo en el artículo 1134 del Código civil.⁶¹ La ley forma parte de la estructura de todo contrato, por encima de las personas, de las cosas, del espacio y del tiempo. Y la ley siempre es la palabra del Garante, ya se trate de la República en la tradición francesa o del juez en los sistemas de *common law*. El derecho internacional ha consagrado dicha exigencia estructural; al permitir siempre la indicación de una o varias leyes aplicables al contrato internacional, pone en práctica el principio de que "el contrato se rige por la ley".⁶² Porque no hay ni puede haber un contrato sin una ley que, cuanto menos, fundamente la personería de quienes contratan y dé fuerza a sus palabras.⁶³

La presencia del Tercero garante se expresa en segundo lugar mediante la referencia a la moneda en la redacción de las obligaciones contractuales. La moneda no se puede descomponer, en efecto, dentro del análisis económico estándar,⁶⁴ pues, para cum-

⁶¹ C. civ. Art. 1134: "Los acuerdos legalmente suscritos constituyen una ley para quienes las han realizado. No pueden ser revocadas sino por mutuo consentimiento o por las causas que la ley autoriza. Deben ser ejecutadas de buena fe".

⁶² Convención de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, art. 3, § 1.

⁶³ Nos cuidaremos de entrar en los debates a los que diera lugar en derecho internacional privado la fantasía de un contrato sin ley. El lector interesado podrá consultar para una útil actualización: P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 7ª ed. 2001, núm. 700. La única hipótesis en que la idea de un contrato sin ley cobra cierta consistencia es la de un "contrato" pactado con un Estado; pero justamente los Estados no son contratantes ordinarios, y los acuerdos que establecen siempre resultan reacios al derecho contractual (ver *infra*). Sobre las relaciones muy complejas que unen actualmente la ley con el contrato, véase Ph. Gérard, F. Ost. M. van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé?*, Bruselas, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, vol. 72, 1996.

⁶⁴ "La moneda no es una entidad económica, incluso en nuestras sociedades, porque es aquello mediante lo cual resulta pensable la economía, lo que no puede hacerse sino desde otro lugar no económico", M. Aglietta, A. Orléan (dir.), *La Monnaie sou-*

plir su función de activo financiero o de instrumento de pago, necesariamente debe instaurar una comunidad de contratantes que creen en su valor. Por lo demás, basta con observar un dólar para ver que el simbolismo monetario sigue movilizándolo la fe religiosa, y lo que une a esa comunidad de creyentes no depende de la voluntad individual de cada uno de sus miembros. A pesar de las fantasías contemporáneas de una moneda autorreferencial, no hay ni puede haber moneda sin un Tercero que garantice su valor.⁶⁵ Ese tercero, hasta estos últimos años en Europa, y actualmente todavía en la mayoría de los demás países, ha sido encarnado por el Estado, que a través de su banco central es el guardián último de la calidad de las relaciones monetarias.

Al monopolizar el enunciado de la ley y la acuñación de moneda, los Estados modernos habían logrado salvar lo esencial de la constitución medieval. Bajo la égida de los Estados, la dinámica histórica introducida por la idea medieval de un garante universal siguió produciendo efectos. Al reunir en sus manos los principales atributos de dicho garante, el Estado permitió que se extendiera y perfeccionara la abstracción del vínculo contractual, una abstracción sin la cual no se podría situar el compromiso social bajo la órbita del cálculo racional de intereses. Los *Primus* y *Secundus* del Derecho romano han sido, pues, sustituidos por los símbolos matemáticos de las ecuaciones económicas. Por las necesidades de tal cálculo, las personas deben ser entendidas como simples partículas contratantes, consideradas abstractamente (el concepto de persona, independiente de las contingencias físicas) y formalmente equivalentes (dinámica del principio de igualdad), e incluso como puras ficciones (personas legales) a las cuales les prestamos la misma existencia jurídica que a los seres humanos. Los bienes y servicios, completamente diferentes en sus usos, deben ser tratados como mercancías,

veraine, op. cit., cita p. 20. Asimismo, G. Simmel, *Philosophie de l'argent*, trad. fr., PUF, 1987, R. Libchaber, *La Monnaie en droit privé*, LGDJ, 1992, y la bibliografía citada.

⁶⁵ Véase A. Orléan, "La monnaie autoréférentielle: réflexions sur les évolutions monétaires contemporaines", en M. Aglietta, A. Orléan (dir.), *La Monnaie souveraine*, op. cit., p. 359 ss.

comparables por su valor monetario, e igualmente libres para el intercambio (de donde surge la dinámica de la patrimonialización —del nombre, de las obras, etc.— que vacía las cosas de su “espíritu”). Excepto cuando es borrado por el progreso técnico, el tiempo debe ser un dato homogéneo y cuantificable, un tiempo cronométrico apropiado para la medida de las obligaciones.⁶⁶ Por último, el espacio debe ser un espacio continuo, limpio de todo obstáculo para la libre circulación de bienes, trabajadores y capitales.⁶⁷ El contrato puede entonces pensarse como una relación abstracta, independiente de la diversidad de las personas y de las cosas, y dándole fuerza jurídica al cálculo de intereses, pero sólo en la medida en que su validez está garantizada por un Estado, que también es garante de una definición cualitativa de las personas (estado civil y profesional), de las cosas (cuyo comercio puede prohibir o limitar), del tiempo (al que reglamenta) y del espacio (que distribuye en territorios).

Remitiéndose así a los Estados, el intercambio basado en el cálculo sin embargo se topa siempre con tres clases de obstáculos. En primer lugar, ciertas cosas se resisten a ser transformadas en mercancías. Por un lado, están las que conservan la marca de la persona que las ha creado. El espíritu se adhiere a ciertas obras, y el derecho de propiedad intelectual —como ya había observado Mauss⁶⁸— hizo resurgir la idea de que algo del autor sigue estando vinculado a las cosas que creó.⁶⁹ Por otro lado, están las que no pueden ser referidas a una persona determinada y no se prestan entonces para la apropiación y el intercambio: riquezas naturales o culturales que deben ser puestas fuera

⁶⁶ Véase la célebre fórmula de Benjamin Franklin: “El tiempo es dinero” y el no menos célebre comentario que hace Max Weber al respecto en *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, op. cit., trad. fr., París, Plon, 1964, p. 46 sq.

⁶⁷ Sobre estos diferentes aspectos, ver Association H. Capitant, *La Relativité du contrat*, op. cit.

⁶⁸ M. Mauss, “Essai sur le don”, op. cit., p. 260.

⁶⁹ Los virus informáticos insertados por los fabricantes en sus programas para protegerse de la piratería son una versión *hightech* del espíritu maléfico de las cosas que ataca al poseedor ilegítimo (e incluso al legítimo...).

de comercio, en todo o en parte, so pena de que sean destruidas por el comercio (protección del medio ambiente, del patrimonio genético, excepción cultural, etcétera).⁷⁰

En segundo lugar, la mercantilización del “recurso humano”, inherente a la idea de contrato de trabajo y a la instauración del mercado del trabajo, llega a contradecir la separación entre personas y cosas que funda el orden mercantil, a lo cual se debe la invención en ese orden de conceptos tales como empleo o solidaridad, que vuelven híbrido el contrato o el estatuto y le dan una nueva juventud a las formas precontractuales del compromiso social, que desconocían tal distinción. El derecho alemán, siempre ligado al rigor de los conceptos, dedujo de ello un orden jurídico tripartito que le da lugar, junto al derecho público y al derecho privado, a un derecho social que mezcla técnicas convencionales y reglamentaristas. En cambio a los juristas franceses, que veneran las biparticiones, siempre les costó reconocer la importancia de tales hibridaciones e integrarlas a sus conceptos jurídicos básicos.

En tercer lugar, la laicización de la función de garante de los pactos ha obstaculizado la universalización del contrato. Junto con Dios se perdió en primer lugar la unidad del espacio normativo donde se asientan los contratos. El garante universal ha desaparecido detrás de garantes locales. Cualesquiera sean sus pretensiones de universalidad (especialmente fuertes en el caso francés), los Estados sólo garantizan las convenciones en el espacio limitado de sus territorios nacionales.⁷¹ El derecho internacional privado y sus

⁷⁰ Para protegerlas de su total apropiación privada, se dice justamente que pertenecen al patrimonio común de la humanidad. Se juega entonces con la ambivalencia de la noción de patrimonio, que ha conservado la cualidad de situarnos a la vez en el plano horizontal de los intercambios y en el plano vertical de la filiación (ver A. Sériaux, “Brèves notations civilistes sur le verbe avoir”, *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, p. 801-813; F. Ost, *La Nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, 1995, p. 306 sq.).

⁷¹ El grito de “¡Viva la Nación!” de los soldados de Valmy no designaba a la nación francesa, sino a la Nación como principio universal de organización de las sociedades en base a intereses comunes (véase E. Hobsbawm, *Nations et nationalismes depuis 1780*, trad. fr., París, Gallimard, 1992, p. 32 [Naciones y nacionalismos desde 1780, Barcelona, Grijalbo Mondadori, 1998]). Pero incluso hoy, cuando el Estado denomina “universal” la seguridad social que instituye (véase últimamente la

técnicas de resolución de conflictos de leyes y jurisdicciones han prosperado en base a dicha fragmentación del espacio normativo. Ciertamente, se han hecho esfuerzos para dotar a los contratos internacionales de reglas sustanciales universales, pero no se logra hacerlo sino caso por caso, es decir, a costa de un regreso a la vieja técnica de los contratos con nombre (empezando por la venta, como en Roma) y por ende a costa de la pérdida, a escala internacional, de la unidad conceptual penosamente adquirida por los medievales. La secularización de la Referencia tiene un segundo inconveniente. No se hacían muchos contratos con Dios,⁷² mientras que los Estados son a la vez garantes y contratantes. Aunque no son contratantes como los demás, son personas con poderes exorbitantes que escapan del principio de igualdad y que no pueden sino enredar el derecho contractual, un enredo que crece en igual medida que la contractualización de los métodos de gobierno. Allí también proliferan categorías híbridas, de naturaleza jurídica incierta y que, desde un aspecto contractual, siguen siendo rebeldes a la universalidad de los principios del derecho de los contratos.

Las insuficiencias de la concepción universal y abstracta del intercambio han sido puestas así en evidencia por determinadas corrientes heterodoxas de la economía política. Basada en la pura abstracción del actor racional que maximiza sus utilidades en virtud del cálculo, la economía estándar (y dentro de ella, el movimiento *Law and Economics*) se ha quedado, por así decir, en las abstracciones de la teoría general de los contratos. Pero la validez de esa clase de análisis actualmente resulta discutida. Al volver a descubrir el papel de la creencia, las culturas, el trabajo y los productos concretos en la inteligibilidad de la vida material de los hombres, la economía de las convenciones⁷³ vuelve a poner en el centro del análisis económico la

Cobertura universal por enfermedad), dicha universalidad está limitada a los nativos o a los residentes.

⁷² A lo sumo se establecían alianzas con Él, de carácter precontractual, y que tal vez sea temerario asimilar con las convenciones (ver *supra*).

⁷³ Ver A. Orléan (dir.), *Analyse économique des conventions*, PUF, 1994; así como las contribuciones reunidas en "L'économie des conventions", *Revue économique*, 40 (2), número especial, marzo de 1989.

manera en que los hombres concretos hacen acuerdos para actuar.⁷⁴ Por su parte, la economía de la regulación ha mostrado la importancia y la función de las instituciones en la comprensión de los fenómenos económicos.⁷⁵ Aun cuando permanezcan cerrados ante la cuestión del Tercero garante,⁷⁶ tales investigaciones resultan fecundas y muy esclarecedoras para el análisis jurídico; aunque también son muy reveladoras acerca de la evolución de las ideas contemporáneas sobre el intercambio. Hacen visible un retorno de lo concreto que afecta todos los parámetros del contrato.

Unos Derechos que se denominan especiales (Derecho del trabajo, Derecho de la seguridad social, Derecho ambiental, Derecho del consumo, Derecho de los servicios públicos, etc.) se han desarrollado así para darle algún estatuto a todo aquello que excede el horizonte del cálculo de interés individual. Zonas enteras del derecho contractual se han sometido al respeto de reglas de orden público aplicables a categorías particulares de bienes o de personas. Tales Derechos especiales constituyen otras tantas muletas para un derecho común del contrato cada vez menos capaz de dar cuenta de la complejidad del fenómeno de contractualización. Muletas que pierden su eficacia con la dinámica del

⁷⁴ El hombre del análisis económico estándar no actúa, sino que se comporta; pero en la realidad "los hombres concretos no se *comportan*, sino que *actúan* con una idea en mente, aunque fuera la de adecuarse a la costumbre" (L. Dumont, *Homo hierarchicus*, op. cit., p. 19). Reintroducir la acción significa especialmente reintroducir el hecho de que la finalidad de los actos puede construirse durante la acción, significa romper la abstracción del hombre que siempre sabe de antemano lo que quiere.

⁷⁵ Véase R. Boyer, Y. Saillard (dir.), *La Théorie de la régulation: état des savoirs*, La Découverte, 1995.

⁷⁶ La economía de las convenciones aborda la cuestión de las instituciones en sus últimos trabajos, aunque sólo para reducir las al estado de producto de las convenciones (R. Salais, E. Chatel, D. Rivaud-Danset, *Institutions et conventions. La réflexivité de l'action économique*, EHESS, 1998). La economía de la regulación tampoco ha logrado desprenderse de una concepción instrumental del derecho, percibido como una forma de "regulación" entre otras. La cuestión de la institución del sujeto sigue estando ausente en todos esos trabajos, pero difícilmente se pueda acusar a los economistas por soslayar posiciones institucionales que actualmente son ignoradas por el análisis jurídico común.

libre comercio y la apertura de las fronteras a la circulación de capitales, bienes y servicios, lo que obliga a los Estados a reducirlas o "flexibilizarlas".

La nueva feudalización del vínculo contractual

Hasta hace poco único garante de los intercambios, actualmente el Estado representa un obstáculo para los intercambios en la escena internacional. Nuevas instituciones le disputan ese papel de garante en la medida en que se trata de dictar la ley de los intercambios o de controlar la moneda. Las instituciones internacionales a las que un credo económico garantiza la identidad y su misión (OMC, OCDE, Banco mundial, Banco europeo, FMI, Comisión de Bruselas) han adquirido lo esencial del poder material (otorgamiento de créditos) y espiritual (propagar la fe en las virtudes del libre comercio). Bajo su égida, la libertad de contratar por encima de las fronteras prevalece sobre el respeto a las leyes nacionales. Y los Estados son invitados a dismantelar aquellas leyes que organizan solidaridades "locales" (servicios públicos, mutuales, ayudas públicas), porque aparecen como un obstáculo para el libre comercio de los productos, servicios y capitales. Las organizaciones encargadas de lo "social" (OIT, UNESCO, OMS, etc.) no tienen en cambio dinero ni certezas que distribuir y no dejan de revisar sus ambiciones en baja. Ayer se trataba todavía de hacer que todos los hombres accedieran al bienestar occidental; actualmente se repliegan en las reivindicaciones mínimas que fueron las de los primeros filántropos sociales del siglo XIX: aislar las epidemias, prohibir el trabajo esclavo, limitar el trabajo infantil...⁷⁷

Esa tendencia del contrato a desbordar los marcos en que lo encerraba el Estado se manifiesta en el retroceso de todo aquello que, en la definición de las personas, las cosas o el tiempo, pudiera trabar el libre juego de su negociación. Vuelven entonces a cues-

⁷⁷ Véase La Declaración de la OIT referida a los principios y derechos fundamentales del trabajo (1998).

tionarse las construcciones jurídicas que, bajo la égida de los Estados, reunían las dimensiones "económica" y "social" del trabajo. La desregulación del derecho laboral, por un lado, y la generalización de contenidos sociales mínimos, por el otro, se muestran así como dos caras de una misma moneda donde el trabajo aparecería como una cosa separada de la persona, libre para comprarse y venderse, y donde la persona sólo aparecería en función de "necesidades" bastante escandalosas como para que puedan ser ignoradas por la colectividad. El mismo proceso se desarrolla aún más claramente en las políticas de las organizaciones financieras internacionales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional): con una mano promueven, en nombre de la libre competencia, la destrucción de los sistemas de solidaridad, y con la otra financian, en nombre del "desarrollo humano", planes de lucha contra la pobreza. El ámbito de las cosas sobre las cuales es posible hacer un contrato no deja de extenderse. El derecho moral del autor está en retroceso en las últimas convenciones internacionales sobre la propiedad intelectual; el derecho de patentes se extiende a organismos vivos y el cuerpo humano es entregado de a pedazos al derecho contractual.⁷⁸ En nombre de una ciudadanía ya no definida con referencia al Estado, sino con referencia a derechos del consumidor en el mercado, el derecho contractual extiende su influencia a los bienes y servicios públicos a medida que avanzan los procesos de privatización.⁷⁹ Finalmente, con la revolución informática, el tiempo se vuelve mera unidad de cuenta, un parámetro de cálculo para computadoras programadas a fin de realizar las mejores transacciones financieras teniendo en cuenta la evolución de los mercados. En cualquier momento y donde sea que se encuentren, las partes ya pueden contratar en "tiempo real", es decir, en ese "instante de razón" que la teoría jurídica había imaginado antes de que

⁷⁸ Véase B. Edelman, *La Personne en danger*, op. cit., p. 277 sq., e id., "L'Homme dépossédé. Entre la science et le profit", en M. Fabre-Magnan, Ph. Moullier, *La Génétique, science humaine*, op. cit., p. 215 sq.; J.-R. Binet, *Droit et progrès scientifique. Science du droit, valeurs et biomédecine*, Paris, PUF, 2002.

⁷⁹ M. Freedland, S. Sciarra (eds.), *Public Services and Citizenship in European Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

el progreso técnico llegara a efectivizarlo.⁸⁰ La desregulación del tiempo de trabajo (cuestionamiento del descanso dominical o de la prohibición de trabajar de noche) apunta a hacer desaparecer toda dimensión cualitativa del tiempo para despejarle el camino a un tiempo homogéneo y continuo que no obstaculiza para nada la actividad contractual y que permite que todo hombre sea en todo momento productor o consumidor.

El debilitamiento de los Estados no puede sino ir acompañado por un desmembramiento de la figura del Tercero guardián de los pactos, a lo que obedece en particular la proliferación de autoridades independientes, encargadas de la policía contractual en un conjunto regional (Comisión Europea) o en un ámbito de actividad determinado (energía, bolsa, transporte, telecomunicaciones, audiovisual, biotecnologías, informática, seguridad alimentaria, hospitales, medicamentos, etc.).⁸¹ Lejos de las perspectivas de un orden jurídico planetario unificado por el respeto a los Derechos Humanos y del Mercado a la vez, lejos de los sueños o las pesadillas de la “mundialización”, se deja entrever una proliferación de Referencias situadas, concretas. Bajo el manto de la contractualización, se vislumbra así lo que Pierre Legendre pudo designar por otra parte como una refeudalización del compromiso social.⁸² La dinámica de la racionalización mediante el cálculo conmueve a los mismos Estados, porque ya no se adecua a su carácter local y concreto ni a su básica heterogeneidad. Y esa emancipación del contrato con respecto a la tutela pública modifica profundamente su fisonomía. En efecto, sólo cuando la ley asume los aspectos incalculables de la vida humana puede el contrato ser concebido como un instrumento de cálculo racional, una relación abstracta independiente de las personas que contratan y de las cosas a las que se refiere. Ley y contrato están así indisolublemente ligados. En un mundo que se complejiza y se internacionaliza, el reparto de funciones entre la ley y el contrato se transforma.

⁸⁰ Véase F. Ost, *Le Temps du droit*, O. Jacob, 1999.

⁸¹ Ver *infra*, cap. V.

⁸² P. Legendre, “Remarques sur la refeodalisation de la France”, en *Études offertes à Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 201 ss.

Por un lado, la demanda de ley y de Estado no deja de aumentar para hacer frente a todo aquello que escapa de la pura lógica del cálculo. Por ejemplo, se apela al poder público para prevenir los riesgos incalculables que provienen del “desarrollo” económico y técnico y que exceden el horizonte estadístico del contrato de seguro. Tal es el sentido del surgimiento del principio de precaución.⁸³ Pero el poder público no puede hacer frente a esa demanda sino basando a su vez la legitimidad de la ley en la Ciencia de los expertos, a menudo escenificada institucionalmente en forma de autoridades independientes, nacionales o internacionales.

Por otro lado, cuestiones que antes eran asumidas por la ley se remiten al contrato y la negociación. Las leyes se vacían de reglas sustanciales en beneficio de reglas de negociación. Este movimiento —denominado de desregulación⁸⁴— traspone a la esfera contractual las cuestiones concretas y cualitativas que antes eran zanjadas por el Estado. Dicha contractualización conduce a una diversificación del régimen jurídico del contrato según su objeto, es decir, a una proliferación de “contratos especiales”, lo que nos devuelve a la técnica de los “contratos nominados” del derecho romano, multiplica las hipótesis de conflictos de intereses y por lo tanto la necesidad de una deontología contractual basada en la consideración de las personas concretas.⁸⁵ Tal contexto obliga a retomar una apreciación cualitativa del tiempo que hace prevalecer la solidez y la perduración de un vínculo singular por sobre el juego mecánico de obligaciones abstractas. Finalmente, el debilitamiento de la figura del Estado no sólo produce efectos hacia arriba, mediante una homogeneización del espacio normativo a

⁸³ Véase Ph. Kourilsky, G. Viney, *Le Principe de précaution*, informe al Primer ministro, O. Jacob/La Documentation française, 2000; K. Foucher, *Principe de précaution et risque sanitaire*, L'Harmattan, 2002; J.-P. Dupuy, *Pour un catastrophisme éclairé. Quand l'impossible est certain*, op. cit.

⁸⁴ Véase M. Mekki, *L'Intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, prefacio de J. Ghestin, París, LGDJ, 2004.

⁸⁵ Véase C. Labrusse-Riou, “De quelques apports du droit des contrats au droit des personnes”, en *Le Contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à J. Ghestin*, París, LGDJ, 2001, p. 499 ss.

escala mundial, sino también hacia abajo, por medio de su (re)territorialización. Frente al contrato comercial, que se internacionaliza, hay que situar entonces el contrato de inserción del subsidiado que tiene como objeto, aunque no siempre como efecto, restablecer una afiliación territorial de las personas, o bien toda la panoplia contractual que acompañó la descentralización, la política de aprovechamiento del territorio, la política agrícola o la de empleo. Pero el contrato no puede entonces ser considerado como una relación abstracta, independiente de la identidad de los contratantes y de la naturaleza singular de los bienes y servicios, e incluso de las personas a las que se refiere.

En su forma canónica, el contrato vincula a personas iguales que han suscrito libremente obligaciones generalmente recíprocas. Uno u otro de estos rasgos están a menudo ausentes en los modernos avatares del contrato, que solamente tienen en común el hecho de ser acuerdos generadores de obligaciones. El principio del efecto relativo de las convenciones es puesto en jaque por el desarrollo de acuerdos que, tomando como base el modelo de la convención colectiva, no vinculan solamente a las personas contratantes, sino que comprometen a las colectividades representadas por ellas. El contrato se hibrida entonces con el reglamento y extiende sus efectos a grupos que abarcan un número indeterminado y fluctuante de personas. También puede retroceder el principio de igualdad, especialmente en el marco de políticas de descentralización de organizaciones (públicas o privadas), cuando el contrato tiene como objeto jerarquizar los intereses de las partes o de aquellos a quienes representan, fundando un poder de control de unos sobre otros, o poniendo en práctica imperativos de interés colectivo no negociables en su origen. Desde el contrato de inserción a los contratos de planeamiento, desde los convenios con la Seguridad social hasta los contratos de subcontratación, abundan los ejemplos de tales figuras contractuales en derecho público, en derecho social, en derecho internacional o en derecho mercantil. Por último, la libertad de contratar también sufre alteraciones siempre que la vía contractual es impuesta por la ley. El incremento de las obligaciones de seguros da una idea de

la dinámica de tales obligaciones legales de contratar, que amplifica el movimiento de desregulación y privatización de los servicios públicos: el usuario se convierte en contratante obligado y ve caer sobre sí nuevas responsabilidades, empezando por la elección de su co-contratante.

Consideradas en conjunto, esas diferentes alteraciones dejan ver el surgimiento de contratos de una nueva índole. Su objeto primario no es intercambiar bienes determinados ni sellar una alianza entre iguales, sino legitimar el ejercicio de un poder. La dinámica del principio de igualdad, que Occidente lleva en su seno desde hace dos siglos, conduce a sustituir en la medida de lo posible el ejercicio unilateral del poder por el contrato, lo unilateral por lo bilateral, lo heterónomo por lo autónomo. Pero al invadir el terreno de la heteronomía, el derecho de los contratos se impregna de ello y se convierte en instrumento de dominación de las personas. Impulsado por el principio de igualdad, inviste los lugares de ejercicio del poder pero, como lo demostró muy bien Louis Dumont, sólo puede hacerlo incluyendo a su contrario: la inevitable jerarquización de las personas y de los intereses. En el perímetro del intercambio y de la alianza, el derecho contractual añade por lo tanto el de *vasallaje*,* mediante el cual una parte se ubica en el área de ejercicio del poder de otra. Dos clases de contratos, que a menudo se combinan en la práctica, encarnan esa figura del vasallaje: los contratos de dependencia y los contratos dirigidos.

Lo propio de los *contratos de dependencia* es someter la actividad de una persona a los intereses de otra.⁸⁶ El contrato de trabajo sigue siendo su modelo, pero la fórmula que en ese caso se inventó —la subordinación libremente consentida— está quedando atrás, porque la subordinación ya no basta para satisfacer las necesidades de instituciones que rechazan el modelo piramidal

* En el original, *allégeance*, que significa según el diccionario "vasallaje", "fidelidad" en un sentido feudal, pero también "nacionalidad", en el sentido de "obligación de fidelidad y de obediencia a una nación" Robert [T.].

⁸⁶ G. Virassamy, *Les Contrats de dépendence*, París, LGDJ, 1986.

y prefieren la estructura en red.⁸⁷ De factura feudal (¿cómo no pensar en el vínculo del vasallaje?), la red no tiene que ver con la simple obediencia a las órdenes. Precisa someter a personas sin privarlas de la libertad y de la responsabilidad que constituyen su valor esencial. De ese modo florecen nuevos híbridos, que organizan la feudalización de sus miembros por los intereses de otro. Tales híbridos ya están bien implantados en la vida económica (distribución, subcontratación, integración agrícola, etc.). Dominan la cultura del gerenciamiento, público o privado. Al unir la libertad con la servidumbre, la igualdad con la jerarquía, toman al revés el Derecho del trabajo⁸⁸ y el Derecho de la responsabilidad⁸⁹ y abren camino a formas inéditas de poder sobre los hombres.⁹⁰

Lo propio de los *contratos dirigidos* es no considerar solamente el arreglo de los intereses propios de las partes sino servir también para la realización de un interés colectivo. La aparición del contrato dirigido había sido señalada en los años treinta por Josserand, quien se alarmaba ante la creciente influencia de las reglas de orden público sobre el funcionamiento de ciertos contratos (alquiler, transporte).⁹¹ Pero no se trataba más que de una primera generación de mutantes. Dichos contratos se inscribían todavía dentro de una concepción piramidal de la economía dirigida, que pretendía subordinarlos a reglas de interés general definidas por el

⁸⁷ Sobre el análisis jurídico de las redes, ver el artículo seminal de G. Teubner, "The many-headed hydra: networks as higher-order collective actors", en J. McCahery, S. Picciotto, C. Scott, *Corporate Control and Accountability*, op. cit., p. 41 sq.; F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau?*, op. cit. En Francia, ese análisis aún parece limitado al sector de la distribución (ver L. Amiel-Cosme, *Les Réseaux de distribution*, LGDJ, 1995).

⁸⁸ Véase A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, informe para la Comisión europea, París, Flammarion, 1999, espec. p. 25 ss.

⁸⁹ C. del Cont, *Propriété économique, dépendence et responsabilité*, París, L'Harmattan, 1997.

⁹⁰ Véase *infra*, cap. 5.

⁹¹ L. Josserand, "Le contrat dirigé", *Rec. Hebd.*, París, Dalloz, 1933, núm. 32, chr. p. 89.

Estado.⁹² Los productos más recientes de la tecnología contractual delegan en cambio a dichos contratos dirigidos no solamente la tarea de poner en práctica, sino también la de participar en la definición de los imperativos de interés colectivo. Y esa técnica de contratos dirigidos ya no es monopolio del Estado; se ha extendido a la esfera privada en forma de acuerdos-marco que definen reglas de interés colectivo a las cuales deberán plegarse los contratos que ingresen en su campo de aplicación. Los contratos de planeamiento, las convenciones médicas, las convenciones legislativas introducidas en derecho social comunitario son otras tantas manifestaciones de ese dirigismo contractual de nuevo cuño, que asocia a un gran número de personas, públicas o privadas, con el ejercicio del poder. La contractualización de la acción pública⁹³ no es sino la manifestación más clamorosa de ese alquiler del poder, que parece haber sido inventado y experimentado primero en las empresas privadas.

El rasgo en común de todos estos avatares del contrato consiste en inscribir personas (físicas o jurídicas; privadas o públicas) en el área de ejercicio del poder de otro sin que se vean afectados, al menos formalmente, los principios de libertad y de igualdad. El desarrollo de esos vínculos de vasallaje va acompañado por una transgresión de nuestra distinción entre lo público y lo privado y por una fragmentación de la figura del garante de los pactos (particularmente con el incremento de las autoridades independientes). Es preciso pues deshacerse de las ilusiones de una "totalidad

⁹² Véase A. Rouast, "Le contrat dirigé", *Mélanges juridiques dédiés au prof. Sugiyama*, Tokyo, Maison franco-japonaise, Assoc. Fr. des juristes de langue française, 1940, p. 317-327; R. Morel, "Le contrat imposé", en *Le Droit français au milieu du XXe siècle, études offertes à Georges Ripert*, París, LGDJ, 1960, t. II, p. 116.

⁹³ Véase Consejo de Estado, *L'Intérêt général*, informe público 1999, La Documentation française, Études et documents du Conseil d'État, núm. 50, 1999, p. 323 ss.; ver ya en J. Caillousse, "Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration", en L. Cadiet (dir.), *Le Droit contemporain des contrats*, París, Economica, 1987, p. 89 ss.; A. Garbar, "Les conventions d'objectifs et de gestion, nouvel avatar du 'contractualisme'", *Droit social*, 1997, p. 816; Y. Fortin (dir.), *La Contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, París, L'Harmattan, 1999; Association H. Capitant, *La Relativité du contrat*, op. cit.

contractual". Lejos de indicar la victoria del contrato sobre la ley, la "contractualización de la sociedad" es más bien el síntoma de la hibridación entre la ley y el contrato y de la reactivación de las maneras feudales de establecer el compromiso social. El contrato retoma así lo que ha constituido su gran fuerza dentro de la historia jurídica de Occidente: su capacidad para vincular a todos los poderes. Observando hasta qué punto nuestra concepción del contrato era deudora del vasallaje, Marc Bloch veía allí la gran diferencia con el feudalismo japonés, y concluía en estos términos su libro clave sobre la sociedad feudal: "En el acento puesto sobre la idea de una convención, capaz de enlazar los poderes, reside la originalidad de nuestro feudalismo. Por eso, por más duro que fuera ese régimen con los inferiores, le ha legado verdaderamente a nuestras civilizaciones algo con lo que aún anhelamos seguir viviendo".⁹⁴ Más vale entonces tomar nota de esa refeudalización y esforzarse por controlarla, antes que ceder ante los espejismos de la "totalidad contractual".

La identificación del Estado, la ley y la moneda no ha sido en efecto sino un momento de la historia, y esas tres figuras de la Referencia son susceptibles de volverse autónomas. Basta con observar un dólar para comprobar que algunos Estados siguen viendo en Dios al garante del valor de su moneda. Otros Estados pueden en cambio abdicar de su soberanía monetaria, ya sea para remitirse a la moneda de un Estado más poderoso, *de facto* o *de jure* (alineamiento con el dólar o con el franco CFA), ya sea para fundar una "moneda común" como el euro.⁹⁵ Finalmente, aparecen instituciones nuevas que le disputan a los Estados-naciones el papel de garante, ya se trate de dictar la ley de los intercambios o de mantener la moneda. El Derecho comunitario de la competencia o el

⁹⁴ M. Bloch, *La Société féodale*, París, Albin Michel, 1ª ed. 1939, reed. 1994, p. 618-619 [*La sociedad feudal. La formación de los vínculos de dependencia*, México, UTEHA, 1958].

⁹⁵ La historia medieval muestra la posibilidad de un movimiento inverso, cuando el derecho real de acuñar moneda es concedido a señores feudales (ver M. Weber, *Histoire économique. Esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société* [1923], trad. fr., París, Gallimard, 1991, p. 270 [*Historia económica general*, México, F. C. E., 1956]).

Banco Central Europeo son las manifestaciones más inmediatamente perceptibles de dicho fenómeno. La función estructural de guardián de los pactos no está pues indisolublemente ligada al Estado; lo ha precedido y podría sobrevivir a él. Pero no podría quedar vacante sin arruinar la idea misma de orden jurídico, puesto que sin un guardián de la palabra dada, sólo cuenta la fuerza. Richard Wagner, que como es sabido fascinaba a los nazis, le puso música a esa idea en *El crepúsculo de los dioses*:

"Wotan grabó en su lanza los escritos [*Runen*] que garantizan los pactos [*Verträge*] y con ella sometió al mundo bajo su poder. Pero apareció un héroe sin miedo y de un solo golpe quebró la lanza, rompiendo así el haz hasta entonces sagrado de las leyes que aseguraban el orden universal."⁹⁶

Aquellos que hoy piensan que pueden fundar un nuevo orden mundial en base únicamente al cálculo de utilidades individuales son dignos herederos de ese sueño sobrehumano y nos conducen suavemente hacia nuevos crepúsculos wagnerianos.

Remitir toda regla a un cálculo de utilidad, que sería a la vez la fuente y medida de su legitimidad, lleva en efecto a considerar que aquel que ha asumido un compromiso tiene derecho a no respetarlo si, a fin de cuentas, dicha violación resulta más ventajosa para él. Esa teoría del *efficient breach of contract* significa, según una fórmula muy interpretada del juez norteamericano Holmes, que "el deber de respetar un contrato significa que se debe prever que se paguen los daños y perjuicios en caso de no hacerlo, y nada más",⁹⁷ se justifica con la idea de la asignación óptima de los recursos en el mercado. Por ejemplo, sería más eficiente desde el punto de vista económico

⁹⁶ *Götterdämmerung*, Prólogo, trad. A. Pauphilet, en *La Tétralogie de Richard Wagner*, París, H. Piazza, 1938, p. 154 [*El ocaso de los dioses*, Buenos Aires, Pro Arte, 1939].

⁹⁷ O. W. Holmes, "The path of the law", 10 *Harvard Law Review*, 457, 1897, citado por M. Fabre-Magnan (*Les Obligations, op. cit.*), quien ofrece una exposición clara y documentada de esta teoría. Véase la crítica inapelable de D. Friedmann, "The efficient breach fallacy", 18 *Journal of Legal Studies*, 1 (1989).

no entregar un bien (por ejemplo, un medicamento) si se revelara más ventajoso para mí suministrarle ese medicamento a un tercero (un rico) que me ofreciera un precio que superase la suma del precio original y los daños y perjuicios correspondientes al comprador frustrado. Tal teoría tiene eco en Francia entre juristas que profesan que no hay diferencia entre ejecutar los compromisos y reparar su violación.⁹⁸ La confianza, por ser un valor no calculable, ya no cuenta para nada. Cuando sabemos que dicha concepción del derecho actualmente está difundida en todo el mundo y que se la ofrece como modelo a los países del Sur, verdaderamente hay motivos para preocuparse, porque un mundo donde cada uno no se vea obligado por sus compromisos sino en la medida en que le convenga es un mundo donde la palabra ya no vale nada. Una sociedad basada en tales premisas sólo puede volverse cada vez más violenta y cada vez más policíaca. Es también un mundo donde los más débiles, que pagan el precio más alto, dejan de concederle el menor crédito a la palabra política y el menor valor a las leyes. Los lamentos sobre la degradación de la cohesión social no son más que una triste mascarada cuando se dedican a destruir en todos los ámbitos la función instituyente del derecho y se priva así a los hombres de puntos de apoyo capaces de darle un sentido común a la acción de cada uno.

SEGUNDA PARTE

Técnica jurídica: los recursos de la interpretación

⁹⁸ Véase Ph. Rémy, "La 'responsabilité contractuelle': histoire d'un faux concept", *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 323 ss.; Ph. Le Tourneau, L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, París, Dalloz, 2002, núm. 222.

4. Dominar las técnicas: la técnica de la prohibición

Si bien es posible estudiar el mismo objeto desde diferentes puntos de vista, en cambio es seguro que hay un punto de vista más esencial que los demás, el que pueden proporcionar las leyes de surgimiento y de transformación del objeto. Está claro que para un objeto fabricado, el punto de vista humano de su fabricación y de su utilización por los hombres resulta esencial, y que si la tecnología debe ser una ciencia, lo será en cuanto ciencia de las actividades humanas.

A.-G. HAUDRICOURT

La tecnología, ciencia humana (1964)

Basta con comparar un minitel y una computadora para entrever los profundos lazos que unen objeto técnico y cultura jurídica en un momento dado. En el minitel se encuentra todo el espíritu del derecho francés de los servicios públicos: una organización en forma de árbol, piramidal y centralizada; un acceso garantizado para todos en condiciones de perfecta igualdad y al menor costo; una relación con los textos que pasa por la mediación de una persona pública. En la computadora conectada a internet se encuentra todo el espíritu de el common law: una organización en forma de racimo, de contornos inasibles; un acceso desigual dependiendo de los recursos económicos, técnicos y culturales de cada uno; una relación directa con todos los textos sin la mediación de una instancia central. La comparación de esos dos objetos deja ver que no existe un vínculo unívoco y determinista entre derecho y técnica.¹

Comprender que el derecho y la técnica forman parte de una misma cultura y avanzan al mismo tiempo evita encerrarse en la

¹ Véase. A. Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole*, op. cit., t. I, *Technique et langage*, p. 245 ss.; A.-G. Haudricourt, *La Technologie, science humaine*, op. cit., p. 44 ss.

disputa que domina usualmente la reflexión sobre las vinculaciones entre ambos. Resumida a grandes rasgos, esa disputa opone dos concepciones del derecho. Por una parte, una concepción trascendental o iusnaturalista, que ve en el derecho la expresión de principios universales e intemporales, y por otra parte, una concepción positivista e instrumental, que ve en él una mera técnica, en sí misma neutra y vacía de sentido. Para unos, el problema consiste en someter las técnicas a los grandes principios que el derecho revelaría, mientras que para los otros éste sería como una carretilla capaz de transportar cualquier contenido normativo, de modo que todo aquello que es técnicamente realizable debería terminar siendo jurídicamente permitido.

La vanidad de tal disputa se muestra cuando procuramos recordar lo que quiere decir "técnica". El objeto técnico se distingue del objeto natural debido a que su sentido proviene del hombre que lo modela y lo utiliza. A quien le preguntaba un día por qué pintaba piedras, Magritte le respondió que la piedra es un ser que tenía importancia para él porque no piensa, mientras que en las cosas hechas por el hombre, como un mueble o una casa, siempre hay un poco de pensamiento.² Una mesa o una silla, observa Haudricourt, ciertamente pueden ser estudiadas como objetos naturales, desde el punto de vista matemático (superficie, volumen), físico (peso, densidad, resistencia a la presión), químico (aptitud para la combustión o la disolución) o biológico (edad y especie del árbol que proporcionó la madera), pero sólo el punto de vista de su fabricación y su uso por el hombre permite entender lo que es una mesa o una silla.³ Vale decir, la marca distintiva del objeto técnico se halla en el hecho de que "la herramienta no tiene valor en sí misma —como el sujeto o el mundo, o elementos de igual sentido que el sujeto o el mundo— sino únicamente en relación con un resultado previsto".⁴ Al extraer

² R. Magritte, *Écrits complets*, París, Flammarion, 2001, p. 627.

³ A.-G. Haudricourt, *La Technologie, science humaine*, op. cit., p. 37-38.

⁴ G. Bataille, *Théorie de la religion* [1948], París, Gallimard, 1973, p. 37 [Teoría de la religión, Madrid, Taurus, 1975]. Compárese con la idea de racionalización (i. e. puesta en razón) de la naturaleza por parte de la técnica en Heidegger, *Essais et conférences*, París, Gallimard, 1958, reed. "Tel", 1980, p. 26 ss.

así su sentido del hombre que lo concibe, el objeto técnico no es necesariamente un objeto material: existen técnicas del cuerpo⁵ y existen también técnicas inmateriales, uno de cuyos ejemplos más recientes es el programa informático.

A la luz de esa definición, no caben dudas sobre la pertenencia del derecho al universo de las técnicas. El derecho es incluso una de las primeras técnicas inmateriales con que se dotó propiamente el Occidente cristiano, adueñándose de la herencia del derecho romano a partir del siglo XI.⁶ Bastante despojado de sus orígenes religiosos ya en la misma Antigüedad,⁷ el derecho romano pudo ser reciclado con el correr de los siglos para que suministrara uno de los motores del despegue tecno-científico de Europa occidental.⁸ A diferencia de la Ley judía o musulmana, el derecho que se desarrolló en Occidente no expresa una Verdad trascendente que se impone al Hombre. De allí el abismo que separa los métodos de interpretación en el derecho occidental y en la *Torah*⁹ o la *Sharía*.¹⁰ Su sentido no yace íntegramente en sí mismo, en sus enunciados, porque procede de fines que le son dados desde el exterior por el hombre, fines humanos y no divinos. A partir de allí, su interpretación no se encierra en la letra de los textos, sino que está abierta a su supuesto espíritu. De allí surge

⁵ Véase M. Mauss, "Les techniques du corps" [1934], recogido en *Sociologie et anthropologie*, op. cit., p. 366-383.

⁶ Véase P. Legendre, *La Pénétration du droit romain dans le droit canonique classique*, op. cit.; H. J. Berman, *Law and Revolution*, op. cit., p. 85 ss.

⁷ Véase P. Noailles, *Du droit sacré au droit civil*, op. cit.; A. Magdelain, "Le Ius archaïque", op. cit. Roma subsanó por medio de la administración y la ley, señala Élie Faure, la ausencia casi completa de verdadero espíritu religioso (en *Découverte de l'archipel* [1932], París, Seuil, 1995, p. 210).

⁸ Véase P. Legendre, *La 901^e Conclusion*, op. cit., p. 214 sq.

⁹ Véase G. Abitbol, *Logique du droit talmudique*, París, Éd. des sciences hébraïques, 1993.

¹⁰ Véase J. Berque, *Essai sur la méthode juridique maghrébine*, Rabat, M. Leforestier, 1944; L. Milliot, F.-P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, París, Sirey, 2^a ed., 1987; J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, Oxford University Press, 1964, trad. fr. *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larosse, 1983.

su capacidad para servir a fines diversos y cambiantes, tanto en la historia de los sistemas políticos como en la historia de las ciencias y las técnicas, participando así, como una técnica entre otras, en el progreso de las técnicas.

Pero así como no basta con decir que una pala es una herramienta para entender lo que es una pala, no basta con decir que el derecho es una técnica para comprender el sitio que le corresponde dentro del conjunto de las técnicas. Es preciso identificar también la función que cumple. Cada objeto técnico se distingue en efecto por el fin particular con miras al cual ha sido concebido. La pala, el avión o la computadora se definen por las representaciones mentales que presidieron su fabricación, por el pensamiento cuya imagen representa cada uno de ellos: cavar la tierra, elevarse en el aire, procesar la información.¹¹ Por supuesto, puedo matar a una rata con una pala, usar el avión como un obús o mi computadora como un objeto de arte moderno. Pero no puedo hacerlo sino subvirtiendo esos objetos, desplazándolos hacia otro objeto (cortante, explosivo, decorativo). ¿Cuál es entonces la función específica del derecho en el universo de las técnicas?

La historia del derecho laboral, que acompañó a la revolución industrial, nos da una idea de la respuesta. En el derecho laboral, en efecto, mucho antes de que el derecho civil fuera presa de la biotecnologías, fue donde se planteó más precoz y más claramente la cuestión de la relación entre el derecho y las técnicas. Dicha historia se desarrolló en tres etapas. En una primera etapa, la Revolución francesa sentó las bases jurídicas de la economía de mercado y de la revolución industrial. Al imponer una concepción del derecho de propiedad libre de los vínculos feudales y al emancipar el contrato de prestación de servicios de los vínculos corporativos, permitió una aceleración sin precedentes del maquinismo. En

¹¹ Sobre el tema de la máquina creada a imagen del Hombre, ver el mito del Gólem (esclavo mecánico que se vuelve contra su creador) y la interpretación que da Norbert Wiener, *God & Golem inc. Sur quelques points de collision entre cybernétique et religion*, Cambridge, Mass., MIT Press, 1964, trad. fr. Nîmes, París, Éd. de l'éclat, 2000.

una segunda etapa, perfectamente analizada por Marx, el maquinismo industrial generó condiciones de trabajo peligrosas e inhumanas.¹² Las máquinas, al reducir la necesidad de fuerza muscular, hicieron posible la explotación laboral de mujeres y niños; ignorando el cansancio y el ciclo circadiano, los caballos de fuerza permitieron una prolongación indefinida de la jornada laboral; como sede de un ejército industrial, la fábrica se organizó en base al modelo militar, con sus mandos, sus tropas y su disciplina de cuartel. En una tercera etapa, el desarrollo del derecho laboral sirvió en todos los países industriales para limitar el sometimiento del ser humano a sus nuevas herramientas. Mediante la protección física de los trabajadores, la limitación de la duración del trabajo, con la introducción de la responsabilidad por las cosas inanimadas y con el reconocimiento de las primeras libertades colectivas, el derecho del trabajo redujo la carga mortífera y liberticida del maquinismo industrial y contribuyó a convertirlo en un instrumento de "bienestar".

Esta historia muestra que si bien es cierto que el derecho es una técnica entre otras, no es una técnica como las otras. Ha permitido hacer humanamente vivible el maquinismo industrial y utilizar técnicas nuevas sin ser destruido por ellas. Interpuesto entre el hombre y la máquina, ha servido para proteger al hombre de las fantasías de omnipotencia engendradas por la potencia. Como instrumento interpuesto entre el hombre y sus representaciones, ya se trate de sus representaciones mentales (la palabra) o materiales (las herramientas), el derecho cumple así una función dogmática, de interposición y prohibición. Dicha función le confiere un sitio singular dentro del mundo de las técnicas, como una técnica de humanización de la técnica.

Los problemas actualmente suscitados por las "nuevas tecnologías de la información y la comunicación" muestran que esa

¹² Véase el capítulo sobre el maquinismo y la gran industria en *Le Capital*, libro I, cap. XV (K. Marx, *Œuvres. Économie*, París, Gallimard, "Bibliothèque de la Pléiade", 1965, t. I, p. 913 ss. [*El capital. Crítica de la economía política*, México, F. C. E., 1959]).

función antropológica no desaparece cuando se pasa de un tipo de técnica a otro. El examen de dichos problemas permite comprender las relaciones que las técnicas no han dejado de mantener con el derecho. Tales relaciones no se pueden reducir ni a la simple adaptación de un derecho que estaría por definición atrasado con respecto al progreso técnico, ni a una sumisión del progreso a principios jurídicos inmutables. Éste, en cuanto técnica, ha participado desde su origen en el surgimiento de las técnicas de la información y la comunicación, pero su contenido evoluciona hoy ante nosotros para subordinar la utilización de tales tecnologías a valores propiamente humanos. El derecho laboral sigue siendo entonces un observador privilegiado de las relaciones entre el derecho y la técnica. Las observaciones que podemos hacer al respecto tienen la cualidad de aclarar las cuestiones de fondo que se plantean en otras ramas del derecho, expuestas a su vez a riesgos tecnológicos mayores. Es lo que sucede en particular, como veremos, con los problemas suscitados por el uso de las biotecnologías en materia de filiación.

El derecho participa en el progreso técnico

El lugar enorme que ha conquistado la informática en pocos años dentro de nuestros modos de vida y de trabajo nos ha acostumbrado a concebir la sociedad como un sistema de comunicaciones. Sin embargo tal concepción proviene de una renovación más general de los paradigmas científicos, que afectó a la física, la biología y la antropología. Los mismos hombres inventaron la bomba atómica y la computadora, y el proyecto de una sociedad abierta a la comunicación y a los intercambios fue concebido por ellos como una respuesta a los horrores engendrados por las derivaciones científicas que habían llevado a discriminar a las personas según una supuesta identidad racial, de clase o genética.¹³ En el origen del desarrollo de las tecnologías de la información y la

¹³ Véase Ph. Breton, *L'Utopie de la communication*, La Découverte, 1992; y sobre esas derivaciones, véase *supra*, cap. 2.

comunicación se encuentra la idea de que el Hombre no debe ser definido por una identidad interna, sino por el conjunto de lazos que mantiene con su entorno. De allí surgió en principio la invención de la computadora, que no provino de un avance en el dominio de los materiales —del *hardware*— sino de la extensión a la máquina de la organización lógica, y por ende universal, del cerebro humano, que se creía que funcionaba globalmente de modo binario.¹⁴ De allí surgió luego la cibernética, como ciencia general de la comunicación que abarca no solamente a todos los hombres, sino también a las máquinas y los animales.¹⁵

En esa perspectiva, formar una sociedad ya no significa instituir a los hombres, es decir, atribuirle a cada cual un sitio estable y definido que le da una capacidad de obrar y de vincularse con el otro.¹⁶ Asignarle a cada individuo un sitio determinado dentro de un Todo social supone en efecto postular la existencia de un *deus ex machina* (Dios, el Cielo, el Estado, la República, la Clase obrera...) al cual referir la vida de cada uno. Pero en una visión puramente física del mundo, no queda lugar alguno para una figura trascendente de ese tipo, que sobrepase el aquí y ahora de la experiencia individual. Las instituciones deben entonces ceder su lugar a sistemas flexibles de comunicación que le permiten a los hombres reaccionar unos frente a otros y ajustar mutuamente sus comportamientos dentro de un conjunto reticular que se autorregula. El problema es entonces

¹⁴ Véase Ph. Breton, *Une histoire de l'informatique*, La Découverte, 1987, París, reed. Seuil, 1990, p. 90. Esa reducción del entendimiento humano a la lógica binaria proviene del *a priori* filosófico característico de las ciencias modernas, que consiste en hacer de la lógica a la vez una técnica y una doctrina universales de las normas (véase E. Husserl, *La Crise des sciences européennes et la phénoménologie transcendentale*, *op. cit.*, p. 106 ss.).

¹⁵ Véase N. Wiener, *The Human Use of Human Beings (Cybernetics and Society)*, Boston, Houghton Mifflin, 1950, trad. fr. *Cybernétique et société*, UGE-Éd. des Deux Rives, 1962. Para una crítica de esa ideología, véase Ph. Breton, *L'Utopie de la communication*, *op. cit.*, p. 124 ss.; L. Sfez, *Critique de la communication*, París, Seuil, 1988; P. Thuillier, *La Grande Implosion*, *op. cit.*, p. 363 ss.; C. Lafontaine, *L'Empire cybernétique. Des machines à penser à la pensée machine*, Seuil, París, 2004.

¹⁶ Sobre la genealogía del *vitam instituere* dentro del pensamiento jurídico, véase P. Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident*, *op. cit.*, p. 106 sq.

conectar y ya no instituir, comunicar y ya no ordenar, regular y ya no reglamentar. De ese modo se espera construir un mundo donde el hombre y la sociedad se habrían vuelto transparentes en sí mismos y habrían quedado libres de los últimos estigmas de la metafísica.

Tales ideas se habían puesto en práctica en el plano jurídico mucho antes de la difusión de las computadoras en las empresas, y el derecho laboral evolucionó al mismo tiempo que las nuevas técnicas de la información y comunicación, cuya difusión preparó y acompañó. La técnica jurídica participó así en la generalización de las ideas de redes y de regulación en nuestros modos de pensar y de actuar.

De la institución a la red

El Derecho laboral de la era industrial se desarrolló en torno a tres figuras institucionales fundamentales, a las cuales corresponden tres de sus nociones básicas: la figura del Legislador y la noción de Estado providencial; la figura del empresario y la noción de empresa; la figura del asalariado y la noción de empleo. La erosión de esos tres marcos del pensamiento jurídico, al igual que las nuevas tecnologías, se inscribe en el contexto de la lógica de la "sociedad de la información y la comunicación". En derecho como en otros órdenes, es la hora de las redes, es decir, de estructuras policéntricas donde cada elemento es a la vez autónomo y está conectado con todos los demás.¹⁷ Para advertirlo, basta con comparar estas tres nociones con los conceptos que se esconden detrás de tres siglas familiares para todo lector "conectado": "html", "www" y PC.

La sigla "html" (*hypertext mark-up language*) muestra precisamente la ruptura que la informática introduce en nuestra relación con los textos. *Mark-up language* designa un formato universal: la informática *uniformiza* las diferentes clases de textos y, junto con la diversidad de sus soportes materiales, suprime la jerarquía que

¹⁷ Sobre el análisis jurídico de las redes, véase G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'autoréférence en droit et dans l'organisation*, op. cit.; F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau?*, op. cit.

ordenaba el mundo de los escritos desde la invención de la imprenta (el libro, la revista, el diario, el panfleto, el afiche, la carta, etc.). *Hypertext* designa un enlace virtual entre los textos: la informática *enlaza* entre sí textos fluidos cuyo número es ilimitado y cuyos límites son indefinidos; al adquirir una tercera dimensión con el hipertexto, el texto permite acceder a un océano de textos, móvil y sin estructuras, abierto tanto para navegar como para ahogarse.¹⁸

El Derecho también es una cuestión de textos, y la lógica del hipertexto hace sentir sus efectos sobre él aun antes de su desarrollo informático a fines de los años setenta. La distinción y la jerarquización de los textos fue trastornada en principio por ese "hipertexto" que constituye la directiva europea. Como un "formato" común a los países miembros, capaz de ser insertado en un número ilimitado de legislaciones (con el correr de las nuevas adhesiones), la directiva no tiene la finalidad de ser aplicada, sino de ser transpuesta dentro de textos (leyes o convenciones), que extraen su sentido de la Comunidad Europea, pero su fuerza jurídica de un Estado o de agentes sociales.¹⁹ Una hipertextualidad acentuada luego del Acuerdo Social de Maastricht, que produjo directivas que extraen su fuerza jurídica de la Comunidad Europea, pero su sentido de un acuerdo previo entre agentes sociales.²⁰ Se ve así alterada la clasificación de los textos que en el ordenamiento jurídico permitía identificar completamente la fuerza de un texto (la ley, el reglamento, la

¹⁸ Sobre estas transformaciones, ver R. Chartier, *Le Livre en révolution. Entretiens avec Jean Lebrun*, París, Textuel, 1997; J.-Y. Mollier (dir.), *Où va le livre?*, París, La Dispute, 2000; J. D. Bolter, *Writing Space: The Computer, Hypertext, and the History of Writing*, Hillsdale, New Jersey, Lawrence Erlbaum Associates, 1991; Ilana Snyder, *Hypertext: The Electronic Labyrinth*, Melbourne, Nueva York, Melbourne University Press, 1996.

¹⁹ "La directiva vincula a todo Estado miembro destinatario en cuanto al resultado por alcanzar, aunque dejando a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y a los medios" (Tratado CE, art. 249 [ex 189]). El art. 137 (ex 118) autoriza a los Estados a confiarle a los agentes sociales, por decisión conjunta, la puesta en práctica de las directivas en materia social.

²⁰ Tratado CE, art. 138 y 139 (ex 118 A y B). Ver P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 1998, núm. 75 ss., p. 72 ss.; B. Teyssié, *Droit européen du travail*, Litec, 2001, núm. 120 ss., p. 49 ss.

convención colectiva) con la autoridad de la cual emana (el Parlamento, el gobierno, los agentes sociales) y con el lugar que ocupa dentro de la jerarquía de las fuentes del derecho. Dentro del ordenamiento comunitario, la ley ya no es el acto jurídico soberano e indiscutible que es en el orden interno: se podrá conseguir que el juez nacional haga prevalecer las disposiciones de la directiva sobre las de la legislación nacional que no la hubiese traspuesto o que lo hubiese hecho mal.²¹ Igualmente, la "decisión" del Consejo de la Unión Europea que le da fuerza obligatoria a un acuerdo colectivo europeo podrá ser atacada sobre la base del contenido o a las modalidades de negociación de dicho acuerdo.²²

El mismo fenómeno puede observarse en Derecho interno, donde la clara distinción de las diferentes clases de textos que constituyen las leyes, los convenios colectivos y los contratos individuales de trabajo se ha debilitado debido al poderoso crecimiento de las leyes negociadas y de las negociaciones legislativas, o bien debido a los paliativos concebidos para suplir la ausencia de una negociación colectiva dentro de las pequeñas empresas. Al final del siglo, las reformas del seguro de desempleo²³ o la reducción de la jornada laboral a 35 horas²⁴ han ilustrado ese nuevo "orden" de los textos

²¹ CJCE, 20 sept. 1988, aff. 190/87 (Moormann), *Rec.* p. 4689. Esa jurisprudencia se limita a reconocer un efecto vertical emanado de la directiva; pero el juez nacional, alentado por una parte de la doctrina, es incitado a conferirle también un efecto directo horizontal: véase por ejemplo el rechazo de un juez francés a aplicar la ley francesa sobre el trabajo nocturno de las mujeres, por falta de una trasposición de la directiva (76/207 CEE sobre la igualdad profesional) conforme a la interpretación que la Corte de Luxemburgo hace de tal directiva: cons. Prud. Laval, 5 nov. 1998, *Droit social*, 1999, 133, ss. obs. Críticas J.-Ph. Lhernould; H. Masse-Dessen, M.-A. Moreau, "À propos du travail de nuit des femmes: nouvelle contribution sur l'application des directives communautaires", *Droit social*, 1999, p. 391.

²² Por ejemplo, en razón de la no-representatividad de los firmantes: TPI, 17 de junio de 1998, aff. T-135/96 (CGPME), *Droit social*, 1999, 60, ss. obs. M.-A. Moreau.

²³ Sobre esa reforma, véase *infra* cap. 5.

²⁴ Véase en particular la Tribuna Constitucional, 13 de enero de 2000 (decisión 99-423 DC), que declara inconstitucionales las disposiciones de la ley que ponen en cuestión el contenido de los convenios colectivos anteriores sin justificarlo con un motivo suficiente de interés general (ver X. Prétot, "Le Conseil constitutionnel et les trente-cinq heures", *Droit social*, 2000, 257).

que combina indefinidamente los registros legislativos, convencionales, reglamentarios y contractuales sin que sea posible establecer entre ellos una jerarquía basada en el criterio formal de la naturaleza jurídica de cada uno, ni en la búsqueda del criterio más favorable para el asalariado.²⁵ Más generalmente, la contractualización de la acción pública conduce a una imbricación y una hibridación de los diferentes tipos de textos que ésta implica (ley, reglamento, convención, contratos colectivos o individuales) y que cada vez resulta más difícil calificar y jerarquizar.²⁶

La sigla *www* (*world wide web*) simboliza por su parte una ruptura dentro de la historia de la informática. Hasta finales de los años setenta, el universo informático seguía estando dominado por grandes máquinas (IBM), conectadas con los usuarios mediante terminales. El trabajador "conectado" lo estaba a una sola máquina, una parte de cuyos recursos podía utilizar de acuerdo con procedimientos y dentro de los límites fijados centralmente por el dueño de esa máquina. En el mejor de los casos, su terminal le permitía comunicarse con otras terminales conectadas a la misma máquina en el marco de una red interna (la intranet). Tal estructura correspondía al paradigma de la empresa en el cual se basó el derecho laboral: una organización piramidal y cerrada sobre sí misma, cuya base (el personal) está formada por una colectividad estable de estatuto homogéneo, representada mediante diversas instancias ante la cumbre, ocupada por el empresario que es también el único responsable de la marcha de la empresa, tanto frente al personal cuanto frente a los accionistas y a los terceros.

En el universo informático, fue recién durante los años ochenta cuando ese modelo piramidal y cerrado empezó a ser cuestionado en los ámbitos universitarios, con la interconexión de los centros de búsqueda (Internet). Hubo que esperar hasta mediados de los ochenta para que se impusiera un nuevo modelo, el de

²⁵ Véase F. Bocquillon, "Que reste-t-il du 'principe de faveur'?", *Droit social*, 2001, 255; comp. A. Jeammaud, "Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente", *Droit social*, 1999, 119.

²⁶ Véase *supra*, cap. 3.

una red (*web*) de comunicaciones que enlaza a escala mundial computadoras de todos los tamaños. Dentro de ese nuevo modelo, la competencia ya no se refiere tanto a la fabricación material de las computadoras sino más bien a la propiedad intelectual; la clave del dominio de los mercados es el control de las normas de comunicación, y ya no el control de las máquinas.²⁷ Es lo que ocasionó el éxito de *Microsoft* y de su justamente llamado "sistema operativo".

En derecho laboral, desde los años setenta comienza a percibirse una transformación de la misma naturaleza con la fragmentación del polo patronal (derecho de interinato, de la unidad económica y social y de los grupos de sociedades) y el aumento de los problemas de identificación del empresario.²⁸ Pero lo que entonces no era más que algunas grietas se ha convertido actualmente en un problema crucial del derecho laboral con la generalización del modelo de la empresa en red y la cantidad de dificultades jurídicas que implica: la representación de los asalariados dentro de los grupos,²⁹ la deslocalización³⁰ y la externalización³¹ del empleo, la subcontratación³² y los problemas de fronteras de la empresa,³³ etc. La fantasía que hoy acarician públicamente algunos dirigentes sería una empresa industrial

²⁷ Véase M. Borrus, J. Zysman, "Globalization with borders: the rise of wintelism as the future of global competition", *Industry and Innovation*, vol. 4, 2, dic. 1997.

²⁸ Véase la tesis, defendida en 1978, de I. Vacarie, *L'Employeur*, París, Sirey, 1979.

²⁹ Véase especialmente la directiva europea 94/45 del 22 de septiembre de 1994; ver P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, op. cit., núm. 252 sq., p. 262 sq.; B. Teyssié, *Droit européen du travail*, op. cit., núm. 730 ss., p. 264 ss.

³⁰ Ver Corte de casación, Cámara social (en adelante: Soc.), 5 abr. 1995, *Droit social*, 1995, 487, ss. obs. Ph. Waquet; G. Lyon-Caen, "Sur le transfert d'emploi dans les groupes multinationaux", *Droit social*, 1995, p. 489; M.-A. Moreau, "La délocalisation des entreprises à l'étranger", en *Droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise*, Aix-Marseille, P. U. Aix-Marseille, 1994, I.

³¹ Véase G. Coutourier, "L'article L. 122-12 du Code de travail et les pratiques d'externalisation" (los fallos *Perrier Vittel France* del 18 de julio de 2000), *Droit social*, 2000, p. 845.

³² M.-L. Morin, "Sous-traitance et relations salariales. Aspects de droit du travail", *Travail & Emploi*, 60, 1994, p. 23 ss.

³³ Véase F. Gaudu, M.-L. Morin, A. Coeuret, J. Savatier, P. Rémy, "Les frontières de l'entreprise", *Droit social*, número especial, mayo 2001, p. 471-513.

sin fábricas, a la cual la propiedad intelectual de los signos (marcas, estándares, patentes, etc.) eximiría de la molestia de tener que fabricar cosas y emplear a hombres. Los dos movimientos se alimentan mutuamente: el perfeccionamiento de las redes informáticas facilita la conexión en red de las empresas, lo que impulsa a su vez el perfeccionamiento de las técnicas de información y comunicación.³⁴

Por último, la sigla PC (*personal computer*), que sirve para designar las micro-computadoras, simboliza una profunda transformación en la relación con la herramienta de trabajo. Toda herramienta inserta y amplifica en un objeto material una facultad del hombre biológico.³⁵ Desde la primera piedra tallada, que sustituyó sus uñas y sus dientes, hasta los molinos de viento y luego de vapor, que sustituyeron sus músculos, el hombre exteriorizó e incrementó así sus capacidades físicas. La invención de la escritura, y luego el código y la imprenta, expandieron su memoria permitiéndole fijar su pensamiento en textos. La novedad de la computadora en la historia de las técnicas es que efectúa una exteriorización de sus facultades mentales de tratamiento de la información. Pero los primeros grandes ordenadores aún son herramientas colectivas, modeladas en base a las necesidades de una organización como los altos hornos y las locomotoras. Con la invención del microprocesador ("PC"), la herramienta informática se vuelve un objeto personal, más personal que cualquier otra herramienta ya que su contenido y su organización llevarán el sello de la mente del usuario.³⁶ De ser colectiva, la herramienta pasa a ser indi-

³⁴ Véase, desde el punto de vista laboral, S. Darmaisin, "L'ordinateur, l'employeur et le salarié", *Droit social*, 2000, p. 580; y más en general, J.-M. Chevalier, I. Ekland, M.-A. Frison-Roche, M. Kalika, *Internet et nos droits fondamentaux*, París, PUF, 2000.

³⁵ Véase A. Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole*, op. cit., t. II, p. 35 sq.

³⁶ El objeto usual al que más se parece la PC es sin duda el calzado, porque siendo nuevo puede adecuarse a cualquier pie de su talla, pero una vez usado ya no se acomoda más que a un solo pie. ¿No nos enseña además la antropología física que el Hombre le debe su cerebro a las transformaciones previas de sus pies? Véase A. Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole*, op. cit., t. I, p. 90 sq. La diferencia es que la pérdida de un zapato no es irreparable, mientras que, sin una salvaguarda, la pérdida de una computadora priva definitivamente a su propietario de una parte de su memoria.

vidual, y la posición del trabajador pasa de subordinada a autónoma. Pero tanto en su sentido nuevo como en el antiguo (Partido Comunista) la sigla "PC" no debe evocar un futuro prometedor. Ciertamente, por un lado, la computadora personal libera a su usuario permitiéndole exteriorizar e incrementar sus facultades mentales. Pero por otro lado, lo somete al poder sin rostro de los inventores de programas y lo expone a riesgos nuevos ("autoinstalaciones", espionaje, amnesia, piratería, contagios, etcétera).

Mucho antes de la generalización del microprocesador ya estaba en marcha una evolución de la misma índole en los estatutos profesionales de los trabajadores, ya fueran asalariados o independientes, usuarios de computadoras o no. Desde los años sesenta, el mundo agrícola experimentaba el trabajo autónomo integrado a redes controladas por las firmas agroalimentarias.³⁷ Desde mediados de los años setenta, el derecho laboral fue presa de la individualización de los estatutos. El empleo asalariado se diversificó con la erosión del empleo típico que asociaba dependencia y seguridad; el contrato individual adquirió una nueva importancia; las fronteras entre trabajo asalariado y trabajo independiente, entre vida privada y vida profesional, se difuminaron. La subordinación adquiere nuevos rostros mientras que el poder económico se sumerge en la red de las redes de empresas. La reducción de la jornada laboral va a la par de un incremento en su intensidad.³⁸ También en este caso el derecho y la técnica avanzan conjuntamente, puesto que la autonomía dentro de la subordinación no podría progresar en el mundo asalariado sin el auxilio del microprocesador o del teléfono celular, que permiten trabajar y ser controlado en cualquier lugar y en cualquier momento.³⁹ Y las nuevas formas de

³⁷ Véase J. Danet, "Droit et disciplines de production et de commercialisation en agriculture", tesis, París-I, 1982; L. Lorvellec, "L'agriculteur sous contrat", en *Le Travail en perspectives*, AA. VV., LGDJ, 1998, p. 179 ss.

³⁸ Una relación ya señalada por Marx a propósito de las primeras leyes que limitaban la jornada laboral, véase *Le Capital*, op. cit., p. 949 ss.

³⁹ Véase J.-E. Ray, "Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination", *Droit social*, 1992, p. 525.

organización del trabajo han sido a su vez un poderoso motor para el desarrollo de la informática, puesto que las empresas derrochan incontables y colosales presupuestos en la compra de materiales que sus proveedores se dedican a volver obsoletos de inmediato.⁴⁰

Para un sociólogo, un economista o un especialista en informática, la red aparece como algo muy moderno.⁴¹ Para un jurista, evoca por el contrario irresistiblemente las construcciones del feudalismo y en particular el vínculo de vasallaje que ponía al hombre libre al servicio de uno o varios señores. Y es precisamente eso lo que buscan las empresas en las nuevas formas de organización del trabajo. Ya no se contentan con la subordinación, ya no quieren únicamente trabajadores obedientes. Las exigencias de calidad de los productos y de reducción de costos llevan a buscar trabajadores que se comporten como si fueran independientes y responsables. A la inversa, la dependencia gana terreno en las relaciones de las empresas entre sí. Concentrada en su ocupación principal, cada empresa debe controlar estrictamente la calidad y la puntualidad de las prestaciones de sus proveedores o sus subcontratistas, de lo cual depende la calidad de sus propios productos.

De la reglamentación a la regulación

Basadas en la idea de que no existe otra realidad tangible que sea perceptible para todos, las teorías de la información y de la comunicación sólo captan al ser humano a través de la manera en que se comunica con su entorno y reacciona ante las señales que recibe de éste.⁴² Según los teóricos de la comunicación (Bateson

⁴⁰ Tal vez sea una de las explicaciones de la célebre paradoja de Solow, según la cual las computadoras son visibles en todas partes excepto en las curvas de productividad de las empresas (véase Th. K. Landauer, *The Trouble with Computers. Usefulness, Usability, and Productivity*, Cambridge, Mass., MIT Press, 1995).

⁴¹ Véase M. Castells, *La Société en réseaux*, op. cit.

⁴² Véase G. Bateson et al., *La Nouvelle Communication*, textos reunidos y presentados (con una importante bibliografía) por Y. Winkin, París, Seuil, 1981.

en antropología, Goffman en sociología, Watzlawick en psicología, etc.) el hombre no actúa, sino que reacciona, y no reacciona ante una acción sino ante una reacción, y esa cadena de reacciones constituye el compromiso social (de allí la importancia otorgada a la "retroacción", traducción francesa de *feed-back*). Desde su interior no habría nada que decir, ni tampoco que saber, excepto que la existencia humana es tanto más rica cuanto más rica es en comunicaciones.⁴³ Dentro de esa perspectiva comportamental (behaviorista), "el funcionamiento físico del individuo vivo y el de las máquinas de comunicación más recientes son exactamente paralelos en sus esfuerzos idénticos para controlar la entropía por medio de la retroacción".⁴⁴ Allí se sitúa el punto de partida de una "teoría de la regulación" que abarca a los hombres, a los animales y a las máquinas, y que debe conducir al mismo tiempo al progreso de las máquinas y del derecho.⁴⁵ Por lo tanto, no resulta sorprendente comprobar que el derecho contemporáneo no solamente se adaptó al progreso de las técnicas de comunicación, sino que ha participado plenamente en el advenimiento de la "sociedad de la información y la comunicación". Lo cual se expresa mediante la triple promoción de la información, el procedimiento y la negociación.

La promoción de la información es un fenómeno jurídico general que se tradujo de dos maneras. En primer lugar, por medio de un incremento de las obligaciones de información y de "transparencia", que en adelante afectan a todos los contratos y modifican la concepción tradicional de numerosos lazos sociales (médico/enfermo, pro-

⁴³ Véase Ph. Breton, *L'Utopie de la communication*, op. cit., p. 54 sq.

⁴⁴ N. Wiener, *Cybernétique et société*, op. cit., p. 31. Noción surgida de la termodinámica, la entropía (del griego *entropé*, causa de evolución) designa la tendencia espontánea a desorganizarse que tiene todo sistema ordenado. La entropía es máxima cuando la desorganización es total. Se reitera así en la modalidad del descubrimiento científico la vieja revelación bíblica: "Todo va a un mismo lugar; todo es hecho del polvo, y todo volverá al mismo polvo" (Eclesiastés, 3, 20).

⁴⁵ Véase N. Wiener, *Cybernétique et société*, op. cit., cap. VI, "Loi et communication", p. 129 sq.

veedor/cliente, administración/administrado, profesional/consumidor, accionista/empresa, etc.).⁴⁶ En segundo lugar, por medio de una patrimonialización de la información, que cada vez con mayor frecuencia es tratada como un bien inmaterial apropiable.⁴⁷ Esa calificación jurídica es lo que hizo posible el apoderamiento de normas técnicas por parte de empresas monopólicas, con el desarrollo de los "formatos patentados" (señalamientos opacos del texto numérico) que actualmente dominan la herramienta informática para bien o (a menudo) para mal. Activamente defendida por la mayoría de los juristas, esa patrimonialización es contraria a los puntos de vista de los primeros teóricos de la sociedad de la información y la comunicación, que defendían con fervor el principio de la libre circulación de la información y subrayaban los efectos devastadores de su apropiación privada.⁴⁸ El derecho laboral, que también experimentó desde hace medio siglo el crecimiento potencial de un derecho de la información, evolucionó en un sentido más acorde a los principios básicos de la teoría de la comunicación. Lejos de promover la apropiación de la información, impuso por el contrario su distribución, obligando al empresario a hacer pública o a difundir entre los asalariados o sus representantes la información relativa a la marcha de la empresa, especialmente en todo aquello que concierne a las medidas que afectan el empleo.⁴⁹ De modo que allí se pueden percibir, mejor que en derecho civil, algunas de las ingenuidades fundacio-

⁴⁶ Véase Y. Loussouarn, P. Lagarde (dir.), *L'Information en droit privé*, LGDJ, 1978; CURAPP, *Information et transparence administratives*, PUF, 1988; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit.

⁴⁷ Véase P. Catala, "Ébauche d'une théorie juridique de l'information", *Rec.*, París, Dalloz 1984, p. 975; "La 'propriété' de l'information", en *Mélanges Pierre Raynaud*, París, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97-112; textos reunidos en *Le Droit à l'épreuve du numérique*, PUF, 1998, p. 224 ss.; M.-A. Frison-Roche, "Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété", en *Le Droit privé à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 759 ss.

⁴⁸ Véase N. Wiener, *Cybernétique et société*, op. cit., p. 139 ss.; Ph. Breton, *L'Utopie de la communication*, op. cit., p. 126 ss.

⁴⁹ Véase en particular, sobre el aporte de la ley Auroux, la tesis de R. Vatinet, *Les Attributions économiques du comité d'entreprise*, París, Sirey, 1983, cuya primera parte trata íntegramente acerca de las obligaciones de información.

nales de la sociedad de la información y la comunicación.⁵⁰ En el universo de las tecnologías de la información y la comunicación, las nociones de información y de conocimiento tienden a confundirse. El derecho laboral muestra en cambio que no basta con comunicarse para entenderse, ni con ser informado para conocer. Muy rápidamente se advirtieron los vínculos necesarios que unen la información, la formación y el informe experto⁵¹ y el incremento de los derechos y deberes referidos a la información se vio acompañado entonces por una progresión paralela de los derechos y deberes referidos a la formación, al consejo de los asalariados y al auxilio de los expertos.⁵² Esta necesaria vinculación entre formación e información nos remite al interior del Hombre y a su identidad profesional y muestra que no sería posible reducirlo al estado de una partícula comunicante, a la manera conductista.

La procedimentalización del derecho es un fenómeno acerca del cual están de acuerdo todos los juristas, aunque lo interpreten y lo evalúen de manera distinta. La noción de procedimiento desempeñó un papel determinante en la invención de la computadora. La idea básica de su inventor, John von Neumann, era brindarles a las máquinas la posibilidad de ordenar los cálculos en forma de algoritmos, es decir, reducir cualquier problema calculable a un juego de instrucciones explícitas grabadas en la máquina. Desde entonces el lenguaje informático se desarrolló siguiendo la metáfora del programa (que también se ha difundido en gestión y en genética)⁵³ como un sistema de normas procedimentales capaz de tratar cualquier contenido.⁵⁴ En derecho, el tema de la procedimentalización apareció también

⁵⁰ "Le progrès des Lumières dans l'entreprise", en *Les Transformations du droit du travail. Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, París, Dalloz, 1989, p. 463-484.

⁵¹ Véase G. Coutourier, *Traité de droit du travail*, t. II, *Les Relations collectives de travail*, PUF, 2001, núm. 78 ss., p. 172 ss.

⁵² Véase P.-Y. Verkindt, "NTIC et nouvelles pratiques d'expertise", *Droit social*, 2002, p. 54.

⁵³ Véase A. Pichot, "Sur la notion de programme génétique", *Philosophia scientiae*, 6 (1), 2002, p. 163 ss.

⁵⁴ Véase Ph. Breton, *Une histoire de l'informatique*, op. cit., p. 93.

en la misma época y desde entonces no ha dejado de invadir nuevos ámbitos. Una de sus más célebres formulaciones teóricas se debe a Jürgen Habermas, quien intentó fundar el derecho en una teoría de la comunicación, esperando hallar en el desarrollo de procedimientos discursivos una respuesta a la caída alemana de la idea hegeliana del Estado⁵⁵ y un medio de conciliar la democracia con la racionalidad tecno-científica.⁵⁶ Esa expectativa está ausente en la obra de su contemporáneo y compatriota Niklas Luhmann, que aplica al derecho la teoría de los sistemas⁵⁷ y ve su procedimentalización como una prueba de la falsedad de todos los discursos que pretenderían fundarlo en valores extra-jurídicos y como una confirmación de su carácter autorreferencial y autopoietico.⁵⁸ Dichas tesis, cuya confrontación anima los debates de teoría del derecho en Europa desde hace veinte años, al menos tienen el mérito de que ambas sacan a la luz el fenómeno de procedimentalización que está en marcha en todas las ramas del derecho. El derecho laboral no escapa de ello y el aumento de los procedimientos se ha observado allí mucho antes de que los programas informáticos se difundieran en las empresas. Resulta particularmente espectacular en materia de despidos a partir de 1973. A falta de poder someter la decisión

⁵⁵ Véase J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Francfort, Suhrkamp Verlag, 1981, trad. fr. *Théorie de l'agir communicationnel*, París, Fayard, 2 t., 1987 [*Teoría de la acción comunicativa*, Buenos Aires, Taurus, 1989-1990, 2 v.]; *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Francfort, Suhrkamp Verlag, 1992, trad. fr. *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, París, Gallimard, 1997 [*Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2005].

⁵⁶ J. Habermas, *Technik und Wissenschaft als Ideologie*, Francfort, Suhrkamp Verlag, 1968, trad. fr. *La Technique et la science comme "idéologie"*, París, Gallimard, 1973 [*Ciencia y técnica como ideología*, Madrid, Tecnos, 1986].

⁵⁷ La teoría de los sistemas como modelo científico global tiene también su origen en la cibernética: véase D. Lecourt (dir.), *Dictionnaire d'histoire et de philosophie des sciences*, París, PUF, 1999, s. v. système.

⁵⁸ Véase N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* [1969], trad. fr. *La Légitimation par la procédure*, Sainte-Foy (Québec), París, Presses de l'université Laval-Éditions du Cerf, 2001.

económica del empresario a una norma de juicio sustancial (lo que terminaría transfiriéndole al juez la responsabilidad por la buena marcha de la empresa), el legislador ha multiplicado los procedimientos de despido que, a la manera de los programas de *Microsoft*, se sedimentan en capas sucesivas, haciendo más lenta su ejecución (incremento regular de los "tiempos de inicio"), requieren cada vez más memoria y aumentan los riesgos de bloqueo del sistema. Pero lo que es censurable en informática tal vez sea legítimo desde el punto de vista jurídico:⁵⁹ el sentido sustancial y profundo de la procedimentalización del derecho de despidos consiste sin duda en hacer más lentos y más largos los procesos, fomentando transiciones profesionales para los asalariados amenazados por la pérdida del empleo.

El ideal de una sociedad capaz de regularse a sí misma se expresa finalmente en el auge contemporáneo de la negociación colectiva, y más ampliamente en la contractualización de las relaciones sociales. La gran novedad de las primeras computadoras con respecto a las máquinas de calcular residía en su capacidad de autorregularse en función de los objetivos que se les asignaban. La informática hizo surgir así una nueva generación de máquinas que son capaces no solamente de obedecer órdenes, sino también de ajustar en tiempo real su comportamiento a las condiciones de su entorno. A un auto concebido a partir de ese principio, bastaría con indicarle un destino para que se encargase de regular por sí mismo su velocidad y su itinerario y llevara a sus pasajeros con la menor demora. Ese ejemplo de piloto automático, ya muy difundido en la navegación marítima y aérea, permite entender aquello que distingue la idea de reglamentación de la noción de regulación. Reglamentar es dictar reglas desde el exterior, mientras que regular es hacer observar las reglas necesarias para el funciona-

⁵⁹ Antigua sabiduría de los juristas que Rabelais pone en boca del juez Bridoison: "Yo aplazo, prorrogo y difiero el juicio a fin de que el proceso, bien ventilado, asentado y debatido, llegue con el paso del tiempo a su madurez, y que aquello que ocurra después sea más dulcemente soportado por las partes condenadas" (Rabelais, *Gargantua-Pantagruel. Le Tiers Livre*, cap. XL [*Gargantúa y Pantagruel*, Buenos Aires, CEAL, 1969, 2 v.]).

miento homeostático de una organización.⁶⁰ Según la teoría cibernética, sólo una regulación adecuada, y no una reglamentación rígida, puede salvaguardar a la sociedad del desorden entrópico, es decir, "la tendencia de la naturaleza a deteriorar lo ordenado y a destruir lo comprensible".⁶¹

Esa crítica de la rigidez de la reglamentación y el llamado a una regulación que permita a las organizaciones adaptarse por sí mismas a las variaciones de su entorno no han sido exclusividad de la cibernética y de las nuevas tecnologías de información y comunicación. Desde hace treinta años,⁶² la misma idea se tradujo en el Derecho laboral por medio de un incremento irresistible de la negociación colectiva, cuyos objetos, sujetos y funciones han sido profundamente transformados.⁶³ Con el retroceso de la heteronomía en beneficio de la autorreglamentación profesional, vio la luz una nueva distribución de roles entre la ley que fija principios y objetivos por alcanzar y la negociación colectiva que participa en la definición de dichos objetivos y adapta su realización a las

⁶⁰ La noción de homeostasis, que designa en biología la facultad de un ser vivo para conservar un determinado número de constantes internas a pesar de las variaciones del medio externo, ha sido transpolada del organismo vivo a la máquina y a la sociedad por los inventores de los NTIC (véase N. Wiener, *God & Golem inc.*, op. cit., p. 101 ss.). La asimilación del organismo vivo a la máquina ha actuado en otro sentido con la noción de regulación, que ha sido tomada de la mecánica por la biología molecular: véase D. Lecourt (dir.), *Dictionnaire d'histoire et de philosophie des sciences*, op. cit., s. u. régulation.

⁶¹ Véase N. Wiener, *Cybernétique et société*, op. cit., p. 38, e id., *God & Golem inc.*, op. cit., p. 102 ss.

⁶² La ley del 13 de julio de 1971 instituye un derecho a la negociación colectiva y promueve los convenios colectivos por empresa (véase M.-A. Rotschild-Souriac, "Les accords collectifs au niveau de l'entreprise", tesis, universidad París-I, 1986, dactilografiada; M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, París, Dalloz, 2ª ed. 1989, p. 59 ss.). Esa reforma se inscribía dentro de un proyecto de "nueva sociedad" en la cual "la política contractual" sería el modo normal de gobierno de lo social.

⁶³ Véase A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi*, op. cit., p. 140 ss.; M.-A. Souriac, G. Borenfreund, "La négociation collective entre désillusion et illusions", en *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle. Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, París, Dalloz, 2001, p. 181-224.

circunstancias particulares de ese ámbito, empresa, grupo, etc. Desde el paso a la jornada de 35 horas hasta la instauración de la representación colectiva dentro de los grupos transnacionales o la creación de una sociedad comercial de derecho europeo, el recurso a ese método tiende hoy a generalizarse, alterando de paso nuestra distinción entre derecho público y derecho privado.⁶⁴ Esas nuevas formas de "regulación" para nada significan, en efecto, un retorno al Estado mínimo y una entrega lisa y llana de las relaciones sociales a la esfera privada. Más bien se traducen en una política de "gobierno por objetivos" cuya eficacia depende de la calidad de las comunicaciones entre los poderes públicos, los empresarios y los sindicatos.

Ya sea que se exprese en tecnología o en derecho, la idea de regulación, si se la lleva al extremo, da lugar a la utopía de un mundo enteramente libre de conflictos y capaz de prescindir de la figura del Tercero. En derecho, esa utopía tomó el aspecto del contractualismo, una ideología según la cual un ser humano no debería estar sometido a otros límites sino a los que él mismo se fija libremente.⁶⁵ Evidentemente, ninguna sociedad humana podría funcionar sobre tales bases y es preciso recordar que no existe una regulación sin un regulador, ya sea en el orden de la vida profesional o en el ámbito de la vida privada. Habría que remitirse también al universo informático, porque la relación entre la computadora y su usuario nunca es una relación binaria, sino que se efectúa siempre bajo la égida del tercero que ha concebido la máquina según sus propios intereses. Hay un interés común de los asalariados y de los empleadores en influir sobre éste último para que tome seriamente en cuenta las necesidades de los usuarios. Una definición negociada de la adaptación de la herramienta informática a tales necesidades se vuelve necesaria en la medida en que la competencia ya no cumple más su papel, puesto que una firma ejerce el monopolio de hecho sobre ese mercado.

⁶⁴ Véase M.-A. Moreau, "L'implication des travailleurs dans la société européenne", *Droit social*, 2001, p. 967.

⁶⁵ Véase *supra*, cap. 2.

La evolución del derecho durante los últimos cuarenta años ha sido impulsada entonces por las mismas ideas e ideales que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Pero si bien el derecho participa de ese modo en la historia de las técnicas, cumple sin embargo una función singular, es una herramienta de humanización de las técnicas.

El derecho humaniza la técnica

Un abismo creciente separa al hombre biológico, cuya carcaza y cuyos instintos no han cambiado desde la época remota en que cazaba mamuts, y sus técnicas, que han adquirido una potencia vertiginosa durante los últimos dos siglos.⁶⁶ Esa potencia se torna una amenaza para el hombre en la medida en que está al servicio de los instintos extremadamente predadores que éste sigue teniendo. Amenaza para sus semejantes, a quienes se dedica a someter o exterminar; amenaza para la Tierra que lo nutre, a la que explota excesivamente y vuelve estéril: "La conquista del mundo natural, si proyectamos hacia el futuro los términos tecnológicos actuales, debe desembocar en una victoria total, con el último cuenco de petróleo usado para cocinar el último puñado de hierba comido con la última rata."⁶⁷ En toda sociedad, las instituciones han servido para metabolizar los recursos propiamente humanos de la violencia, canalizándolos y evitando que condujeran a la humanidad a su perdición.⁶⁸ En el caso de Occidente, si bien el derecho ha participado en la expansión de las técnicas, fue también

⁶⁶ Véase A. Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole*, *op. cit.*, t. II, p. 259.

⁶⁷ A. Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole*, *op. cit.*, t. I, p. 260.

⁶⁸ Véase esta idea desarrollada desde perspectivas diferentes por A. Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole*, *op. cit.*, t. II, p. 50; G. Bataille, *Théorie de la religion*, *op. cit.*, p. 58 sq.; E. Kantorowicz, *Mourir pour la patrie*, París, PUF, 1984, p. 105 ss.; P. Legendre, *La 901^e Conclusion*, *op. cit.*, p. 367 ss. Dentro del modelo liberal contemporáneo, la competencia en los mercados es lo que constituye el sitio privilegiado de expresión de las pulsiones predadoras y asesinas (véase Ph. Thureau-Dangin, *La Concurrence et la Mort*, *op. cit.*).

porque sirvió para volver las técnicas humanamente vivibles. Cumplió una función de interposición entre el hombre y sus herramientas, cuyo uso está sometido a prohibiciones específicas que varían con los riesgos que éstas acaranean. El derecho comunitario ha resumido notablemente esa función al plantear el "principio general de adaptación del trabajo al Hombre", una fórmula muy rica que debería extender sus efectos tanto en el ámbito social como en la cuestión ambiental.⁶⁹

La cuestión esencial que actualmente le plantean a los juristas las nuevas tecnologías de la información y la comunicación consiste, pues, en identificar los riesgos específicos que éstas le hacen correr al ser humano. Tales riesgos son de dos tipos: al abolir el marco espacio-temporal del trabajador para transportarlo a un mundo virtual y un "tiempo real" (*i. e.* instantáneo), esas tecnologías lo exponen a la fantasía de la ubicuidad; al insertar en unas máquinas incluso sus actos y gestos más insignificantes, lo exponen a la fantasía de la transparencia.

Los límites de la ubicuidad

Desde su primera sedentarización y las primeras culturas, el Hombre no ha dejado de insertar su trabajo en un marco espacio-temporal cada vez más preciso y potente. Leroi-Gourhan señala así la coexistencia en el hombre de la percepción biológica y la percepción simbólica del tiempo y el espacio:

"La imagen del tiempo y del espacio nace cuando surge en la humanidad la posibilidad de revivir ambos diciendo 'estaba en el río, estaba en nuestra casa, estará mañana en el bosque'. Para el resto del mundo viviente, tiempo y espacio no tienen más referencia inicial que la visceral, laberíntica y muscular [...]. Nada ha cambiado para el Hombre, tan sólo está el enorme aparato simbólico que ha edificado sobre ello y que ocupa todo el fondo de la perspectiva cartesiana."⁷⁰

⁶⁹ Directiva 93-104 del 23 de nov. 1993, art. 13.

⁷⁰ Véase A. Leroi-Gourhan, *Le Geste et la Parole*, *op. cit.*, t. II, p. 106 ss.

La referencia a los tiempos y lugares de trabajo es en la actualidad omnipresente en nuestro derecho laboral, ya sea que se trate de definir las obligaciones de las partes en el contrato, de arreglar los conflictos de leyes y jurisdicciones, de calificar la enfermedad o el accidente, etc. Pero resulta una banalidad observar que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación hacen estallar ese marco espacio-temporal, borrando la duración y las fronteras y transportando al hombre a un mundo virtual donde no hay día ni noche ni distancia. Más exactamente, transportan sus facultades mentales, mientras su cuerpo biológico permanece plantado allí, sentado detrás de una pantalla o conectado a un celular, no disponible para los intercambios con su entorno inmediato.

Ese estallido se inserta en un proceso iniciado con la revolución industrial. La explotación de las energías fósiles y el avance de los medios de comunicación habían causado un primer divorcio entre el espacio-tiempo de las máquinas y el de la vida humana. El derecho laboral intervino entonces para reconstituir un espacio-tiempo humanamente vivible. El alumbrado a gas y luego eléctrico, que había emancipado el trabajo industrial de los ritmos de la naturaleza (día/noche; verano/invierno), expuso a los obreros a una prolongación desmesurada de la duración del trabajo, y el derecho vino a limitar la jornada, luego el año, luego la vida laboral. El derecho reemplazó lo imposible por la prohibición.⁷¹ Se crearon así de pies a cabeza los nuevos ritmos de vida que ordenan la vida del hombre moderno y la organización de su territorio: transporte, trabajo, descanso, vacaciones. Ese marco espacio-temporal instituido progresivamente desde hace un siglo por el derecho laboral es lo que actualmente se ve trastornado por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, expuesto a las fantasías de la ubicuidad: un ser humano disponible en todo lugar y a toda hora para trabajar o consumir. De allí surge la necesidad de nuevos límites para reconstituir unidades de tiempo y de lugar compatibles con la vida real del trabajador. Ante el "no

⁷¹ Sobre el auge de esta problemática en materia de biotecnologías, véase M. Fabre-Magnan, Ph. Moullier (dir.), *La Génétique, science humaine*, *op. cit.*, prólogo.

importa dónde" y "no importa cuándo" de las nuevas máquinas el derecho objeta "importa dónde" e "importa cuándo".

El maquinismo industrial había ocasionado profundas alteraciones en la organización del espacio. Sin manos ni cerebro, la máquina tenía necesidad de ser alimentada y ser guiada por el hombre. La fábrica industrial se definió entonces a la vez por la *concentración* de un gran número de trabajadores y por la *separación* con respecto al hábitat y la ciudad. A ello se debió la cantidad de problemas que tuvo que enfrentar el derecho: de higiene y seguridad, de la responsabilidad sobre las máquinas, de la disciplina y de las libertades colectivas en los lugares de trabajo, de la organización de los servicios públicos de transporte y salud, etc. En ese contexto histórico, la tipología de los derechos tiende a ajustarse a una tipología de los lugares: cruzar la puerta de la empresa significa pasar de un universo jurídico a otro. Esa organización espacial se derrumba con las nuevas tecnologías de la comunicación y el auge de un trabajo que se refiere a signos accesibles en cualquier lugar y ya no a cosas materiales almacenadas en algún lugar. La *dispersión* de los trabajadores tiende entonces a reemplazar su concentración. Incluso estando físicamente reunidos en un mismo lugar, los trabajadores en pantalla no forman una comunidad ligada por la unidad de acción. Incluso frente a su cliente, el trabajador es movido en primer lugar por su relación binaria con la computadora. La *indiferenciación* de los lugares tiende a prevalecer sobre la separación de la fábrica, la calle y el domicilio, pues el mismo trabajo puede ser efectuado en cualquier parte: en la oficina, en la casa, en el tren...⁷²

A partir de allí, se plantea la cuestión de saber cómo limitar esa dispersión y esa indiferenciación para preservar un espacio de trabajo que sea a la vez saludable en el plano físico y soportable en el plano social. Limitar la indiferenciación de los límites supone restaurar su calificación jurídica. Tal calificación puede provenir de una definición técnica de los lugares, como

⁷² Sobre el teletrabajo a domicilio, ver J.-E. Ray, "Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination", *op. cit.*, p. 47 ss.

se observa en la directiva europea 90/270 del 29 de mayo de 1990, que tiene como campo de aplicación todo "puesto de trabajo en pantalla", que está definido (art. 2) por un conjunto que incluye: una pantalla, un teclado, un software que brinda la interfase hombre/máquina, un teléfono, un módem, una impresora, una mesa y una silla. La calificación puede provenir también de las estipulaciones contractuales, donde en caso de no estar explicitado "el trabajador no está obligado a aceptar trabajar en su domicilio ni a instalar allí sus archivos y sus instrumentos de trabajo",⁷³ mientras que a la inversa el empresario no puede imponer el retorno a la empresa del asalariado cuyo contrato prevé que trabaje en su domicilio.⁷⁴ Limitar la dispersión de los trabajadores inicia el camino hacia una reconstitución de la comunidad laboral. Dicha reconstitución puede realizarse físicamente: se preverá entonces que el asalariado "deslocalizado" en su domicilio tenga derecho a retornar al seno de la empresa.⁷⁵ También puede efectuarse virtualmente, recurriendo a las nuevas tecnologías para facilitar la información y la comunicación entre los asalariados y sus representantes ante el empresario, con lo cual se implica la cuestión de los derechos de organización colectiva de los trabajadores en las redes informáticas.⁷⁶

Pero fue en materia de tiempo de trabajo donde las transformaciones jurídicas introducidas por la "sociedad de la información y la comunicación" han sido más precoces y más profundas. En Francia, esa obra se emprendió ya a fines de los años setenta, con los primeros cuestionamientos del edificio reglamentario heredado de 1936; ya a comienzos de los años noventa, era posible

⁷³ Soc., 2 oct. 2001 (Abram), *Droit social*, 2001, 920.

⁷⁴ Soc., 12 dic. 2000 (Baranez), *Bull. Ciu.*, p. 417.

⁷⁵ Véase en tal sentido las líneas directrices para el teletrabajo en Europa, propuestas el 11 de enero de 2001 por el Comité de diálogo social sectorial "telecomunicaciones" (extractos comentados en J.-E. Ray, "Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination", *op. cit.*, p. 52-54).

⁷⁶ Sobre este punto, ver J.-E. Ray, "NTIC et droit syndical", *Droit social*, 2002, p. 65 sq. La expresión sindical en la red informática de la empresa está subordinada a la firma de un acuerdo colectivo (C. trab., art. L, 412-8, al. 7, ley del 4 de mayo de 2004).

percibir qué líneas rectoras deberían presidir la reorganización del tiempo laboral.⁷⁷

La organización del tiempo vinculada con el maquinismo industrial presentaba dos grandes características: se trataba de un tiempo colectivo, ligado a la concentración física de los trabajadores alrededor de las máquinas; y su organización se basaba en la oposición binaria del tiempo laboral y el tiempo libre, que correspondía a la estricta separación entre lugares de trabajo y lugares de la vida privada y pública. La organización del tiempo en la sociedad de la información y la comunicación constituye una ruptura en ambos puntos. Al tiempo colectivo le sucede un tiempo individual, en la medida en que el trabajo ya no se basa en la movilización de un ejército industrial, sino en una interacción "en tiempo real" entre individuos. A la clara división entre tiempo de trabajo y tiempo libre le sucede una confusión de los tiempos ligada a la porosidad de los lugares introducida por los nuevos medios de comunicación y las nuevas formas de organización del trabajo que éstos permiten.

En ese contexto, el derecho laboral sirve para limitar la individualización y la confusión de los tiempos, a fin de preservar tiempos individual y socialmente vivibles. Su centro de gravedad se desplaza de la organización colectiva del trabajo hacia la vida personal del trabajador. Emerge así un principio de concordancia de tiempos, que es una aplicación del principio más general de adaptación del trabajo al hombre. En el plano individual, dicho principio significa que cada uno debe estar en condiciones de hacer concordar los diferentes tiempos que componen su vida. Hay que ponerle freno para ello a la *hybris* patronal de flexibilidad total del "capital humano" (servicios de veinticuatro horas sobre veinticuatro, siete días sobre siete, y trabajo "siempre a tiempo"). De allí surgen una cantidad de problemas nuevos tras la fachada "años treinta" de las 35 horas⁷⁸ que ocupan actual-

⁷⁷ Véase "Temps de travail: pour une concordance des temps", *Droit social*, 1995, p. 947-954.

⁷⁸ Véase P.-H. Antonmattei, "Le temps dans la négociation 35 heures", *Droit social*, 2000, 305.

mente a los juristas: ¿cuál es el tiempo de descanso,⁷⁹ el tiempo elegido?⁸⁰ ¿Qué significa una suspensión?⁸¹ ¿Cómo calificar el tiempo de formación?⁸² ¿Cómo limitar el tiempo de trabajo de los ejecutivos?⁸³ ¿Cómo integrar el ciclo circadiano dentro de la distribución del tiempo de trabajo?⁸⁴ ¿Cómo evaluar la carga del trabajo y no solamente su duración?⁸⁵ En el plano colectivo, el principio de la concordancia de los tiempos impone que se preserve el derecho a una vida familiar y social normal, acorde a las prescripciones de la Convención Europea de los Derechos del Hombre.⁸⁶ Esta idea actualmente se está abriendo paso tanto dentro de la ley⁸⁷ como en la jurisprudencia.⁸⁸

⁷⁹ Véase F. Favennec-Héry, "Le temps de repos: une nouvelle approche de la durée du travail", *Revue de jurisprudence sociale*, 12/99, p. 819; Ph. Waquet, "Le temps de repos", *Droit social*, 2000, p. 288; J. Barthélémy, "Le temps de travail et de repos: l'apport du droit communautaire", *Droit social*, 2001, p. 522.

⁸⁰ Código del trabajo (en adelante: C. trab.), art. L.212-4-1 ss.; véase F. Favennec-Héry, "Le temps vraiment choisi", *Droit social*, 2000, p. 295.

⁸¹ C. trab., art. L.212-4 bis; Soc., 24 de abril de 2001, *Droit social*, 2001, 727, ss. obs. J.-Ph. Lhernoud; ver B. Acar, G. Bélier, "'Astreintes' et temps de travail", *Droit social*, 1990, p. 502; J. Savatier, "Durée du travail effectif et périodes d'inactivité au travail", *Droit social*, 1998, p. 15; J.-E. Ray, "Les astreintes, un temps de troisième type", *Droit social*, 1999, p. 250.

⁸² Véase N. Maggi-Germain, "À propos de l'individualisation de la formation professionnelle continue", *Droit social*, 1999, p. 692; J.-M. Lutringer, "Vers de nouveaux équilibres entre temps de travail et temps de formation?", *Droit social*, 2000, p. 277.

⁸³ C. trab., art. L.212-15-1 ss.; ver P.-H. Antonmattei, "Les cadres et les 35 heures", *Droit social*, 1999, p. 159; J.-E. Ray, "Temps de travail des cadres: acte IV, scène 2", *Droit social*, 2001, 244.

⁸⁴ Véase D. Lecat, "Le temps de travail des personnels navigants aériens", *Droit social*, 2000, p. 420.

⁸⁵ Véase M.-A. Moreau, "Temps de travail et charge de travail", *Droit social*, 2000, p. 263. Igualmente, Y. Lasfargue, "L'ergostressie, syndrome de la société de l'information", *La Revue de la CFDT*, nov. 2000, 35, p. 17 ss.

⁸⁶ Art. 8-1, ver "Temps de travail: pour une concordance des temps", *op. cit.*, p. 954.

⁸⁷ Véase C. trab., art. L. 212-4-7 (derecho a una reducción del tiempo de trabajo por las necesidades de la vida familiar); C. trab., art. L.225-15s. y L. 226-1 (derechos a vacaciones por acontecimientos familiares y acompañamiento de una persona en estado terminal).

⁸⁸ Véase Soc., 12 de enero de 1999, *Bull. Ciu.*, 7 (libre elección del domicilio).

Los límites de la transparencia

Para los teóricos de la sociedad de la información y de la comunicación, sólo una sociedad que se ha vuelto íntegramente transparente mediante la intensificación y la generalización de los intercambios y las comunicaciones puede proteger a sus miembros de un retorno del totalitarismo, que tendría una necesidad vital del secreto para expandir sus mentiras y perpetrar sus crímenes. Por esa razón, la información constituiría para ellos un bien público, libremente accesible a todos. Si la historia reciente asistió en verdad a un desarrollo inmenso de la circulación de la información, también ha visto extenderse su apropiación privativa, así como la de los grandes medios de comunicación, contrariamente a las utopías cibernéticas. Pero cuando la transparencia se vuelve unilateral, se convierte en el exacto contrario de esa utopía y engendra un mundo donde la mayoría se vuelve transparente para una minoría, que a su vez permanece en las sombras y controla todos los medios de información y de comunicación, directamente por la apropiación de los medios masivos o de las normas técnicas de comunicación, ya sea indirectamente por la publicidad y la propaganda.⁸⁹ Evidentemente, dicho riesgo resulta particularmente grande dentro de la empresa que, desde la era industrial, persigue el ideal de un control panóptico de los asalariados por parte de una dirección que detente todos los secretos. En ese punto, las nuevas tecnologías de información y comunicación no van a contradecir el antiguo modelo industrial, sino que por el contrario le brindan los medios para un ejercicio subrepticio, donde la numeralización y la trazabilidad de los datos van a remplazar el ojo del capataz. Pero esas dos versiones de la transparencia —la democrática y la dictatorial— postulan ambas un hombre sin interioridad, que podría ser reducido sin más al conjunto de sus comu-

⁸⁹ Véase la mirada (para nada desacertada) que dirige a los medios occidentales un antiguo disidente soviético: A. Zinoviev, *L'Occidentisme. Essai sur la triomphe d'une idéologie*, París, Plon, 1995, p. 231 sq.

nicaciones.⁹⁰ Vale decir, postulan una visión inhumana del hombre, al que ya nada distinguiría de la máquina. En ese punto es donde se interpone el derecho, que limitará los riesgos del delirio técnico y devolverá al hombre a la razón, es decir, a la razón del sujeto de derecho que es necesariamente un ser opaco (dotado de interioridad) y responsable (que debe responder por sus actos).

El maquinismo industrial ponía en peligro la integridad física de los trabajadores y, como consecuencia, los recursos humanos de la Nación. De modo que el derecho se interpuso entre la máquina y los cuerpos en el trabajo; se impusieron reglas de higiene y seguridad para protegerlos, empezando por quienes encarnan el futuro de una sociedad: las mujeres y los niños. Con las nuevas tecnologías de información y comunicación, el peligro se desplaza y lo que se encuentra amenazado es la integridad intelectual. Pero el problema jurídico sigue siendo fundamentalmente el mismo: ¿cómo hacer vivibles las nuevas máquinas? ¿Cómo usarlas sin ser sometido por ellas? Al ser de naturaleza intelectual y no física, la amenaza que albergan llega a afectar tanto a las empresas como a los trabajadores. Las empresas necesitan un mínimo de opacidad, tanto desde el punto de vista de los negocios como desde la seguridad técnica de sus instalaciones y de sus productos o servicios.⁹¹ A tal efecto, han desarrollado un conjunto de medios técnicos y jurídicos que apuntan a controlar la circulación de información que les concierne. Pero esa necesidad legítima no

⁹⁰ Véase Ph. Breton, *L'Utopie de la communication, op. cit.*, p. 54. Considerando que la individualidad es una forma (i. e. una disposición de informaciones) y no una sustancia, N. Wiener consideraba la hipótesis de que el progreso técnico algún día permitiría telegrafiar a un ser humano tras la descryptación y reencryptación del conjunto de los códigos numéricos que dan cuenta de su ser (*Cybernétique et société, op. cit.*, p. 127). Tal fantasía —que en el fondo es una fantasía de inmortalidad— ha migrado actualmente hacia los biólogos y anima los debates sobre la clonación humana (véase H. Atlan, M. Augé, M. Delmas-Marty, R.-P. Droit, N. Fresco, *Le Clonage humain*, París, Seuil, 1999).

⁹¹ Véase Soc., 18 de julio de 2000, *Semaine sociale Lamy*, 996, 25/09/2000; sobre la tensión transparencia/secreto, M.-A. Frison-Roche (dir.), *Secrets professionnels*, Autrement, 1999; y sobre los secretos culpables, P. Lascoumes, *Les Affaires ou l'art de l'ombre*, París, Le Centurion, 1986.

hace más que incrementar la tendencia a la cibervigilancia de los asalariados, que también tienen necesidad de ver protegida su intimidad de la mirada ajena.⁹² La ley "Informática y libertades" enmarca desde 1978 el tratamiento de los datos de carácter personal dentro de las empresas.⁹³ Los informes de la Comisión Nacional Informática y Libertades (CNIL) se han inquietado entonces más y más cada año ante las desviaciones comprobadas en ese ámbito, y han criticado el unilateralismo de los "Protocolos" de uso de las nuevas tecnologías elaboradas por las empresas, que son tan restrictivos para los asalariados como permisivos para los directivos.⁹⁴ Al constatar derivaciones "mucho más allá de lo admisible", la CNIL encomendó un informe sobre la "cibervigilancia de los asalariados en la empresa", informe que se hizo público en marzo de 2001.⁹⁵

Las recomendaciones del "informe Bouchet" son de tres órdenes. En primer término, propone que se someta toda vigilancia a una información previa de los interesados: información individual de los asalariados e información colectiva de sus representantes. Tal recuerdo supone hacer prevalecer, a propósito, un modelo autoritario de control (el de la Sublime Puerta, donde los ministros sabían que el Sultán siempre era capaz de escucharlos detrás de una reja dispuesta en lo alto del muro del salón del Diván en donde se reunían) sobre un modelo totalitario (el del cristal sin azogue del "diabólico doctor Mabuse").⁹⁶ En segundo lugar, recomienda preferir siempre el control funcional al control individual

⁹² En lo referido a la videovigilancia, ver M. Grévy, "Vidéosurveillance dans l'entreprise: un mode normal de contrôle des salariés?", *Droit social*, 1995, p. 329-332.

⁹³ Véase el capítulo dedicado cada año a las cuestiones laborales en el informe de actividades de la CNIL. Las disposiciones de la ley francesa deben ser puestas de acuerdo con las de la directiva comunitaria 95/46 CE del 24 de octubre de 1995 (JOCE del 23 nov.). Ver O. de Tissot, "Internet et contrat de travail", *Droit social*, 2000, p. 150-158.

⁹⁴ CNIL, *Vingtième rapport d'activité*, 1999, La Documentation française, 2000, p. 180 sq.

⁹⁵ Informe que está disponible en el sitio <http://www.assemblee-nat.fr/dossiers/cnil.asp>.

⁹⁶ Fritz Lang, *Die tausend Augen des Doctor Mabuse*, film de 1960.

(por ejemplo, registrando los tiempos de conexión por puesto sin registrar los sitios consultados o, a la inversa, los sitios sin identificación de las terminales).⁹⁷ Por último, en relación con el uso de los medios de comunicación por parte de los asalariados para fines personales, aconseja "una sana tolerancia que no excluye sanciones en caso de abuso". Esta última recomendación se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, que admitió cierta extensión de la vida privada en la esfera profesional.⁹⁸ Tales recomendaciones de buen sentido están en completa armonía con la ley y la jurisprudencia, que someten la vigilancia electrónica de los asalariados a las tres exigencias de información individual previa,⁹⁹ consulta con el comité de empresa¹⁰⁰ y proporcionalidad.¹⁰¹ Con posterioridad a dicho informe, la Corte de casación puso en práctica las recomendaciones de la CNIL, otorgándole al asalariado una esfera de opacidad en el uso de su computadora que el empresario no tiene derecho a violar.¹⁰²

La paradoja es que actualmente la protección de la vida privada del ciudadano parece mucho mejor garantizada dentro de la empresa que en la ciudad: nuestro banquero puede saber todo o casi todo sobre nuestra vida, sin siquiera tener que informarnos previamente sobre la utilización de los datos de nuestra tarjeta de crédito; y no está en absoluto sometido a limitaciones similares a las que pesan sobre el empresario deseoso de vigilar los gastos registrados por su conmutador telefónico. En materia de libertades, la historia del derecho laboral hasta el presente consistía en una penetración dentro de la empresa de las libertades garantizadas

⁹⁷ Véase en este sentido la norma simplificada de la CNIL, relativa a los conmutadores telefónicos y adoptada en 1994 (publicada en CNIL, *Vingt délibérations commentées*, La Documentation française, 1998).

⁹⁸ CEDH, 23 nov. 1992 (Niemietz c/Alemania), y 25 de junio de 1997 (Halford c/Reino Unido).

⁹⁹ C. trab., art. L.121-8; ver Soc., 20 nov. 1991, *Droit social*, 1992, p. 28, inf. Waquet, D., 1992, p. 73, concl. Chauvy.

¹⁰⁰ C. trab., art. L. 432-2-1.

¹⁰¹ C. trab., art. L.120-2 y L.121-7.

¹⁰² Soc., 2 oct. 2001, Société Nikon, *Droit social*, 2001, obs. J.-E. Ray.

en la ciudad. Tal vez nos encaminamos en una dirección inversa, donde habrá que difundir en la ciudad libertades garantizadas dentro de la empresa.

El maquinismo industrial le había planteado una nueva pregunta al derecho sobre la responsabilidad civil: ¿quién debía responder por esas nuevas máquinas peligrosas e imprevisibles? La solución provino del derecho laboral con la ley de 1898 sobre los accidentes de trabajo, que introdujo la noción de responsabilidad objetiva, responsabilidad por riesgo y no por culpa. Dicha ley fue el epicentro de un sismo que trastornó el conjunto del derecho de responsabilidad civil e hizo surgir la sociedad de los seguros en la que todavía vivimos.¹⁰³ Las nuevas tecnologías de información y comunicación han empezado a plantearle al derecho sobre la responsabilidad una pregunta de amplitud semejante: ¿quién debe responder por las informaciones incorporadas en una herramienta informática o transmitidas a través de ella? La responsabilidad supone la existencia de un punto de imputación que sea la causa de efectos sin ser a su vez el efecto de una causa,¹⁰⁴ es decir, un sujeto de derecho, definido como origen de palabras o hechos por los que puede y debe responder. El riesgo, en una sociedad donde la acción siempre puede ser analizada como una reacción ante señales recibidas, es que dicho sujeto se diluya dentro de una red de comunicaciones y que ya nadie responda por nada.¹⁰⁵ ¿Cómo identificar, en efecto, a un responsable dentro de un tejido de

¹⁰³ Véase F. Ewald, *L'État providence*, París, Grasset, 1986.

¹⁰⁴ Sobre la diferencia entre la imputación, propia del pensamiento jurídico, y la causalidad en materia científica, ver H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. fr. de la 2ª ed. de la *Reine Rechtstheorie*, por Ch. Eisenmann, París, Dalloz, 1962, p. 105 sq. [Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho, trad. esp. de M. Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 1960]; e *id.*, *Allgemeine Theorie der Normen* [1969], trad. fr. *Théorie générale des normes*, París, PUF, 1996, p. 31 ss.

¹⁰⁵ Desde el punto de vista de la cibernética, ese riesgo es más bien considerado como una buena oportunidad: la oportunidad de transferir el poder de decisión del hombre a las "máquinas inteligentes" (véase Ph. Breton, *L'Utopie de la communication*, op. cit., p. 106 ss.).

lazos desprovisto de centro? (Porque si la red en verdad responde a la imagen de la tela, evidentemente no es una telaraña.) El derecho laboral posee ya ciertos instrumentos que permiten atravesar la pantalla de las personas morales y de las cadenas de subcontrataciones para remontarse hasta la fuente de algunas decisiones económicas que circulan en las redes empresariales.¹⁰⁶ Es bien conocido el problema en derecho penal debido a los problemas específicos de lucha contra las mafias. Y también se plantea agudamente en materia ambiental o de seguridad de los productos, por el desvanecimiento de las responsabilidades dentro de cadenas contractuales.¹⁰⁷

Particularmente instructivos al respecto resultan los debates relativos a la responsabilidad de los fabricantes de programas. Es entendible que quieren quedarse con la manteca (el derecho de propiedad sobre cosas inmateriales) y la crema (no tener que responder ni por los vicios ocultos en el terreno contractual¹⁰⁸ ni por los daños causados por las cosas que comercializan, ya sea en el plano delictivo o en el de la responsabilidad por los productos defectuosos).¹⁰⁹ Pero esa posición no podrá sostenerse a largo plazo. Como lo muestra el derecho comunitario, en una sociedad que hace de la circulación y el intercambio su principio de organización, la búsqueda de respon-

¹⁰⁶ Véase M.-L. Morin, "Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi", *Droit social*, 2001, número especial citado, p. 478 ss.

¹⁰⁷ La Corte de casación admite la transmisión de la acción contractual como accesorio de una cosa, es decir, dentro de las cadenas de contratos de traspaso de propiedad (As. Plen., 7 febr. 1986, *Bull.* 2, D. 1986, p. 293, nota A. Benabent). En cambio, la tentativa de la Cámara primera en lo civil de extender esa acción "de naturaleza necesariamente contractual" en caso de subcontratación (Civ. 1ª, 8 de marzo de 1988, *Bull. Civ.*, I, núm. 69) e incluso en todos los grupos de contratos (Civ. 1ª, 21 de junio de 1988, *Bull. Civ.*, I, núm. 202), ha sido condenada por la Asamblea plenaria (As. Plen., 12 de julio de 1991, Besse, *Bull.* núm. 5, p. 7; D. 1991, p. 549, nota J. Ghestin; *JCP* 1991, ed. G, II, 21743, obs. G. Viney).

¹⁰⁸ Véase una crítica de la calificación de "licencia de derecho de uso" en J. Huet, "De la 'vente' de logiciel", en *Études offertes à Pierre Catala*, op. cit., p. 799 ss.

¹⁰⁹ Puede verse un rechazo de toda idea de responsabilidad por las cosas o los productos defectuosos en A. Lucas, "La responsabilité des choses immatérielles", en *Études offertes à Pierre Catala*, op. cit., p. 817 sq.

sabilidades desemboca necesariamente en el origen de la puesta en circulación.¹¹⁰ A eso se debe el aumento de la importancia jurídica de la noción de trazabilidad, que permite remontarse en una cadena de contratos para identificar el origen de un perjuicio.¹¹¹ Otro signo de la misma tendencia se halla en las disposiciones recientes sobre la prueba electrónica, que limitan la confusión de las diferentes clases de textos propia de las nuevas tecnologías, para vincular un texto con un sujeto de derecho responsable de su contenido.¹¹²

La procreación frente a las técnicas de reproducción

Surgida en el derecho laboral, la cuestión de la domesticación jurídica de las técnicas excede en adelante la simple esfera de las relaciones de producción. Porque el riesgo de tratar al ser humano como una cosa sometida al imperio de la técnica ya no gravita únicamente en el ámbito industrial, sino en el centro mismo del derecho civil, debido a las posibilidades abiertas por las biotecnologías en materia de estado de las personas. Así como en materia de relaciones laborales, la técnica jurídica participó plenamente en dicho ámbito en evoluciones que el derecho no se limitó a registrar y formalizar. En efecto, ya en 1972, mucho antes de que se pusieran a punto las técnicas de identificación por la huella genética, la ley francesa dio lugar a la idea de "verdad" biológica en el derecho de la filiación hasta entonces dominado por la idea de legitimidad.¹¹³ Fue a partir

¹¹⁰ Directiva núm. 85/374 CE del 25 de julio de 1985 referida a la responsabilidad por productos defectuosos, trasladada a los art. 1386-1 ss. del Código civil.

¹¹¹ Véase Ph. Pédrot (dir.), *Trazabilidad et responsabilité*, París, Económica, 2003.

¹¹² C. civ., art. 1316 ss. (ley núm. 2000-230 del 13 de marzo de 2000). Ver J. Huet, "Vers une consécration de la preuve et de la signature électronique", *D.*, 2000, chr., 95; J. Devèze, "Vive l'article 1322! Commentaire critique de l'article 1316-4 du Code civil", en *Études offertes à Pierre Catala*, op. cit., p. 529 sq.

¹¹³ C. civ., art. 318 (ley del 3 de enero de 1972). "Aun en ausencia de la dene-gación, la madre podrá refutar la paternidad del marido, pero sólo con fines de legitimación, cuando se haya vuelto a casar, tras la disolución del matrimonio, con el verdadero padre del niño." La jurisprudencia adoptó una interpretación extensiva de esta disposición, que aplica entonces aun cuando el niño haya sido considerado y tratado como si fuese del marido (Civ. 1ª, 16 feb. 1977, *Bull. Civ.*, I, núm. 92).

de esa fecha cuando la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos empezó a parecer discriminatoria (a tal punto que hoy es condenada en su mismo principio por el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre),¹¹⁴ mientras que a la inversa la distinción entre hijos biológicamente "verdaderos" y biológicamente "falsos" se volvía la piedra angular de las discusiones referidas a la filiación.¹¹⁵ Ese fue un movimiento que por supuesto fue alentado y se vio incrementado por los avances técnicos que permitieron identificar casi con total certeza al progenitor biológico.¹¹⁶ El juez se ve así inclinado a abdicar de su función y a remitirse a las probetas para zanjar los conflictos de filiación.¹¹⁷ Al igual que las tecnologías de la información, las biotecnologías incitan en efecto a reducir lo humano a hechos materialmente observables. Nuestro genoma nos volvería tan transparentes como cualquier otro animal y ya no habría necesidad de distinguir la procreación de la reproducción, ni al padre del progenitor. Luego de que la ley, en un primer momento, abrió el camino para esa concepción esencialmente biológica de la filiación, el avance técnico permitió, en una segunda etapa, que tal concepción prevaleciera sobre las antiguas presunciones de paternidad e hiciera ceder el principio de no disponibilidad del estado de las personas ante las investigaciones sobre la "verdad" de las filiaciones.

Así como la revolución industrial había permitido efectivizar plenamente el desmantelamiento de los estatutos corporativos,

¹¹⁴ CEDH, 1ª feb. 2000, *Mazurek c/Francia*, reproducido en F. Sudre et al., *Les Grands Arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, PUF, 2003, núm. 44, p. 389.

¹¹⁵ Ampliando la brecha abierta por el legislador, la jurisprudencia multiplicó las vías de impugnación de la presunción de paternidad del marido de la madre (Civ. 1ª, 9 de junio de 1976, *Bull. Civ.*, I, núm. 211: interpretación a contrario del art. 334-9 C. civ.; Civ. 1ª, 27 de febrero de 1985, *Bull. Civ.*, I, núm. 76: interpretación a contrario del art. 322 al. 2 C. Civ.).

¹¹⁶ Sobre la "biologización del derecho civil", ver C. Labrusse-Riou, "Sciences de la vie et légitimité", en *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller*, LGDJ, 1994, p. 283 ss.

¹¹⁷ Desde el año 2000, la Corte de casación considera que "el peritaje biológico es de rigor en materia de filiación, salvo cuando existe un motivo legítimo para no recurrir a él" (Civ. 1ª, 28 de marzo de 2000, *Bull. Civ.*, I, núm. 103). Asimismo, F. Bellivier, L. Brunet, C. Labrusse-Riou, "La filiation, la génétique et le juge: où est passée la loi?", *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, núm. 3, p. 529 ss.

algo en principio buscado por la ley, del mismo modo la “revolución genética” permite actualmente efectivizar plenamente el desmantelamiento del estatuto de hijo legítimo, algo en primer lugar realizado en nombre del principio jurídico de igualdad. Pero aún no estamos en materia de filiación en la tercera etapa de la historia del derecho laboral, cuando nuevos tipos de estatutos surgen para contrarrestar los efectos inhumanos de un sistema donde la técnica dicta la ley. Se extiende así una “concepción carnífera de la filiación”¹¹⁸ cuyos efectos destructivos no son tan inmediatamente perceptibles como pudieron serlo los estragos de la industrialización en el estado físico de la clase obrera. En este caso, ninguna clase social está especialmente implicada, porque no es la constitución física de los obreros, sino el equilibrio psíquico de los individuos lo que se halla amenazado en primer lugar por una reducción de la identidad humana a una supuesta “verdad biológica”.¹¹⁹ Los valores de verdad científica, de libertad individual y de igualdad de las filiaciones se combinan entonces para volver incongruente la idea de un Tercero garante de las filiaciones, y numerosos juristas consideran hoy evidente que cuando todas las partes interesadas están de acuerdo en recurrir al peritaje biológico para modificar la identidad de un niño, impedirlo sería un signo de insoportable arbitrariedad.

Sin embargo, la idea de que la filiación no se reduce a su dimensión biológica no ha desaparecido de nuestras leyes. Aunque debilitado, el estado civil (C. civ., art. 311-1) sigue desempeñando un determinado papel en el establecimiento de la filiación, y sigue sin estar permitido establecer una filiación incestuosa, cualquiera sea su verdad biológica (C. civ., art. 334-10). Sobre todo, la obligación de no confundir al progenitor con el padre se afirma en las formas de filiación más sometidas a la técnica, ya se

¹¹⁸ Véase P. Legendre, *Filiation*, op. cit., p. 198 ss.

¹¹⁹ Sobre las posturas antropológicas del derecho de filiación, véase P. Legendre, *L'Inestible Objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, París, Fayard, 1985; y para un enfoque clínico, A. Papageorgiou-Legendre, *Fondement généalogique de la filiation*, París, Fayard, 1990.

trate de la técnica jurídica (adopción: C. civ., art. 352) o de la técnica biomédica (inseminación artificial con donante: C. civ., art. 311-19). La ley prohíbe entonces preocuparse por la “verdad” biológica, puesto que la filiación proviene de la “demanda” de los padres y no de su unión física.¹²⁰ No resulta sorprendente que sea precisamente donde la filiación es más dependiente de la técnica que la necesidad de la Prohibición se manifieste con más fuerza. Pero la separación radical que la ley impone entonces entre el vínculo jurídico y el vínculo biológico puede a su vez dar paso a un delirio tecnológico que consistiría en convertir el “proyecto paterno” en el fundamento exclusivo de la identidad del niño, considerando el ser biológico de este último como un mero soporte material de la realización de la voluntad de los padres.

Según ciertas reivindicaciones actualmente muy mediatizadas, dicha voluntad debería poder ejercerse de manera soberana, ya sea para transportar el proyecto paterno de un “material humano” a otro hasta encontrar uno que sea apto para realizarlo, ya sea para imponerle al niño un estado civil amputado de filiación patrilineal o matrilineal y satisfacer así el deseo de homoparentalidad o de clonación reproductiva.¹²¹ En lugar de servir para rebajar al ser humano al nivel del animal, la técnica resulta entonces pro-

¹²⁰ Véase, sobre la adopción, C. civ., art. 343 y 343-1, y sobre la procreación asistida médicamente: Código de salud pública, art. L.2141-2 (“La asistencia médica para la procreación está destinada a responder a la demanda de paternidad de una pareja”).

¹²¹ Esas grandiosas perspectivas se han hecho omnipresentes en los medios masivos y son sostenidas como proyecto de sociedad por determinados políticos. Una lectura apenas ocasional de la prensa basta para tomar conocimiento de ello. Véase especialmente los numerosos trabajos e innumerables entrevistas de Marcela Iacub; como jurista en el CNRS y doctora diplomada del EHESS, la autora defiende dichas tesis con un espíritu sistemático sin fisuras: al considerar que “el cuerpo no es más que un soporte institucional al cual se afecta o desafecta del material humano”, se sitúa en “el horizonte biotecnológico del trasplante total” y aboga en favor de la “reemplazabilidad de los embriones” dentro de la realización del proyecto de paternidad, por el “derecho de las mujeres a prescindir de sus cuerpos para procrear” y por el derecho a la clonación reproductiva, debiendo considerarse esta última como una simple técnica de procreación artificial (véase especialmente *Le Crime était presque sexuel*, París, EPEL, 2002 y *Penser les droits de la naissance*, París, PUF, 2004).

movida para tratarlo como un ángel, dotado de un cuerpo inmaterial y emancipado de la necesidad del sexo opuesto. Pero ya sea que se procure no ver en el procreador sino un mero progenitor (causa material del niño) o sea que en cambio se lo vea como un mero autor (causa intelectual del niño), en ambos casos se está perdiendo lo que constituye propiamente la procreación humana y aquello que la distingue tanto de la reproducción animal cuanto de la creación divina: la necesidad que tiene el hombre de nacer dos veces, una vez en la vida de los sentidos y otra vez en la vida del sentido. Tanto en materia de filiación como en otros casos, las ficciones del derecho nunca son ficciones novelescas entregadas al capricho del autor omnipotente de un "proyecto de paternidad".¹²² Se trata de recursos técnicos cuya función es inscribir a todo ser humano a la vez dentro de la vida biológica y dentro de la vida de la representación, permitiéndole acceder así a la razón. Dicha función antropológica de institución de la vida humana es el signo propio de las técnicas jurídicas. Como las biotecnologías a las que acompañan, dichas técnicas pueden ser fuente de una gran libertad,¹²³ pero a condición de no emplearlas a contrapelo de la función que les corresponde,¹²⁴ porque esa perversión de su uso resulta tan mortífera como la que consiste en servirse de un avión como si fuera una bomba volante o de la genética como si fuera una fábrica de quimeras.

¹²² Véase al respecto las investigaciones de Bernard Edelman.

¹²³ Ver M. Corbier (dir.), *Adoption et fosterage*, De Boccard, 1999.

¹²⁴ Por más abierto que esté a la adopción, el derecho romano no permite usarla para invertir el orden de la relación padre/hijo: véase M. Corbier, "Famille et parenté: caractères originaux de la société romaine (IIe siècle av. J.-C.-IIIe siècle apr. J.-C.)", en A. Supiot (dir.), *Tisser le lien social*, op. cit., p. 73 ss.).

5. Razonar los poderes: del gobierno a la "gobernación"

La esencia de la vida humana no es la lucha de todos contra todos, y la teoría política no puede ser una teoría del poder, sino una teoría de la autoridad legítima.

LOUIS DUMONT¹

El poder necesita ser reconocido para ejercerse perdurablemente, a falta de lo cual se agota rápidamente en la violencia y el asesinato. De allí surge el interrogante que siempre preocupó a los grandes juristas desde Bodin² hasta Kelsen y cuya actualidad nada parece desmentir: ¿qué distingue a un gobierno de una banda de ladrones? Por diferentes que sean, las respuestas dadas a esta pregunta remiten siempre a la idea de Referencia. No reconocemos el poder sino cuando se refiere a un sentido al cual adherimos. No acato la orden de cualquiera que pretenda detenerme en la calle, pero en principio obedezco a quien lleva el uniforme o la insignia de la policía. Me siento libre de no contestar la carta de quien me pide dinero, salvo si esa carta proviene del fisco. La fuerza no basta para volver legítimo el poder, le hace falta además exhibir títulos que le den una razón. Y uno de los recursos de la técnica jurídica consiste en conferirle al poder una razón e instaurar así la escena del poder sobre las tablas de la legitimidad. Tanto en inglés como en alemán, un mismo término (*right*, *Recht*) sirve igualmente para designar el derecho y la razón, e incluso un francés puede entender que tener derecho es una manera de tener razón. La razón es la facultad de juicio, aunque es también lo que nos autoriza a obrar de determinada manera. Un poder que sólo sea dueño de la fuerza está privado

¹ L. Dumont, *Essais sur l'individualisme*, op. cit., p. 186.

² Véase J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, ed. de 1583 presentada por G. Mairet, LGF, 1993, libro I, cap. I, p. 58 [*Los seis libros de la república*, Madrid, Tecnos, 1985].

de razón y el poder legítimo es en cambio aquel que muestra una razón en la que creemos.

El Estado, gran invento de Occidente, se basa en la creencia inextirpable en un Ser inmortal y omnipotente, una creencia que empezó a "laicizarse" en los albores de la modernidad. El poder temporal fue situado entre nosotros bajo la égida de la soberanía del Rey que nunca muere,³ luego del Pueblo que se regenera sin cesar, y dicho soberano intemporal terminó suplantando a la omnipotencia divina en la reglamentación de los asuntos humanos. Según los mismos términos de Jean Bodin, primer gran teórico del Estado moderno, "hemos planteado [al Príncipe] como la imagen de Dios".⁴ Dicha imagen es la del Dios del Antiguo Testamento, cuya Ley se impone a quienes creen en Él.⁵ Como "potencia absoluta y perpetua de una República",⁶ la soberanía proviene así de la creencia en una fuente única del poder. Tiende a hacer derivar todo poder de un poder supremo, que se da por sí mismo, es causa de sí y ante el cual los demás poderes deben inclinarse. El gran jurista Carl Schmitt pudo, pues, caracterizar la soberanía con una fórmula célebre: "Es soberano aquel que decide sobre la situación excepcional".⁷ Como Bodin, al que además se refiere, Schmitt piensa que el soberano es aquel que no está sujeto a ninguna ley y que "el orden jurídico, al igual que cualquier orden, se basa en una decisión y no en una norma".⁸ Viniendo de

³ Véase E. Kantorowicz, *Les Deux Corps du roi*, op. cit.

⁴ J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, op. cit., libro I, cap. IX, p. 155.

⁵ Tal como observa G. Mairet, el Dios revelado de los Evangelios es el gran ausente de la teoría de la soberanía en Bodin que se refiere exclusivamente a la ley de Moisés y a las fuentes veterotestamentarias (véase *Les Six Livres de la République*, op. cit., p. 12 ss.). El Estado moderno es en verdad una invención de origen judeocristiano y no solamente romano-canónico.

⁶ J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, op. cit., libro I, cap. VIII, p. 111.

⁷ "Souverän ist, wer über den Annahmzustand entscheidet", en *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* [1922], trad. fr. J.-L. Schlegel, *Théologie politique*, París, Gallimard, 1988, p. 15.

⁸ C. Schmitt, *Théologie politique*, op. cit., p. 19. Ref. J. Bodin: "Es soberano aquel que no se refiere a nada, después de Dios, más que a la espada" (*Les Six Livres de la République*, op. cit., libro I, cap. IX, p. 139).

un futuro nazi, la fórmula merece reflexión, porque muestra la carga totalitaria de la idea de soberanía, identificada así con un poder sin límites, es decir, sobrehumano. En todo caso, aclara el hecho de que Schmitt se haya mostrado incapaz de captar los rasgos más originales del Estado providencial que emergía también en los años veinte y cuyos alcances supieron entender otros juristas alemanes perseguidos por el régimen.⁹ De manera que se rehusa a admitir que un orden jurídico pueda darles a los dominados derecho a defender su propia representación de la justicia frente a los dominadores.¹⁰ Pero de tal modo no puede advertir que la manera en que Bodin había caracterizado la soberanía es incapaz de dar cuenta de las metamorfosis contemporáneas del Estado.

El Derecho surgió mucho antes que el Estado y hay razones para pensar que le sobrevivirá. Su larga historia revela otras maneras de plantear la cuestión del poder, como la que utiliza Cicerón para caracterizar la República romana: "Si no hay equilibrio en la ciudad, de derechos, funciones y cargos, de tal manera que los magistrados tengan suficiente poder, el consejo de los grandes suficiente autoridad, el pueblo suficiente libertad, el régimen no puede tener estabilidad".¹¹ Los romanos no

⁹ Como los iuslaboristas Otto Kahn-Freund o Hugo Sinzheimer, ambos forzados al exilio bajo el nazismo. Véase C. Herrera (dir.), *Les Juristes de gauche sous la République de Weimar*, París, Kimé, 2002.

¹⁰ "En la medida en que la libertad de agrupamiento desemboca en coaliciones (i. e. sindicatos), es decir, en agrupamientos en lucha unos contra otros que se oponen gracias a medios de presión específicos, sociales, como la huelga o el abandono de tareas, se alcanza el umbral de lo político y por lo tanto ya no nos enfrentamos a un derecho fundamental de libertad individual", C. Schmitt, *Verfassungslehre* [1928], trad. fr. L. Deroche, *Théorie de la constitution*, PUF, 1993, p. 303 [*Teoría de la constitución*, trad. de F. Ayala, Madrid, Alianza, 1996].

¹¹ Cicerón, *De Republica*, I, 33, trad. fr. C. Appuhn, *De la République. Des Lois*, París, Garnier-Flammarion, 1965, p. 68 [*De la República*, trad. esp. de J. Pimentel Álvarez, México, UNAM, 1984]. Véase también la descripción de los tres poderes que configuran la singularidad de la Constitución romana según Polibio, *Histoire*, libro VI, cap. V, París, Gallimard, "Quarto", 2003, p. 562 ss. [*Historia universal*, Buenos Aires, Solar/Hachette, 1965].

recurrierían a la figura del Estado para pensar la cosa pública¹² y su manera de fundamentar la República sobre tres bases —el poder, la autoridad y la libertad— sin duda es más apta para dar cuenta de los tiempos presentes, signados por un retroceso general de la idea de soberanía. Esa manera diferente de instaurar el poder siguió inspirando a los medievales¹³ hasta que se impuso la figura del Monarca o del Pueblo soberano y desapareció la distinción entre el poder y la autoridad.

Tal distinción retorna hoy con la atribución a Autoridades independientes de un magisterio tecnocientífico sobre el poder. La razón del poder ya no se busca más entonces en una instancia soberana que trasciende la sociedad, sino en reglas de funcionamiento inherentes a ésta. A partir de allí, la cuestión del poder ya no se plantea en términos de *gobierno* soberano, sino de *gobernación* eficaz. Dicha evolución se inscribe dentro de las perspectivas trazadas después de la guerra por los teóricos de la cibernética, que asociaban la *gobernación* (el término de “cibernética” fue construido en base al griego *kybernetés*: el piloto, aquel que maneja el timón o gobernarle) con la regulación (inherente a todo sistema homeostático) dentro de una teoría global de los sistemas (mecánicos, biológicos y humanos) que se supone que nos protege del desorden entrópico.¹⁴ Desde un punto de vista jurídico, se trata de un intento de síntesis de dos figuras de la Norma que se oponen en Occidente a partir del apogeo de la ciencia moderna. Por un lado, la norma jurídica

¹² Véase las agudas observaciones de Y. Thomas, “L’institution civile de la cité”, *Le Débat*, 74, marzo-abril 1993, p. 23 ss., quien señala que los diferentes órganos de la ciudad romana no están dispuestos jerárquicamente ni están integrados o unificados bajo una instancia soberana; véase en el mismo sentido A. d’Ors, *Une introduction à l’étude du droit*, trad. y presentado por A. Sérriaux, París, Aix-Marseille, PU Aix-Marseille, 1991, núm. 82, p. 113 ss.

¹³ Incluyendo a los “prehumanistas”, como lo muestra la influencia de Cicerón en la representación del Buen Gobierno por Ambrogio Lorenzetti en su célebre fresco del Palacio público de Siena (1340). Véase O. Skinner, *L’Artiste en philosophe politique. Ambrogio Lorenzetti et le Bon Gouvernement*, París, Raisons d’agir, 2003.

¹⁴ Véase *supra*, cap. 4.

que extrae su fuerza de una fe compartida en un deber ser que pretende poner en práctica; y por otro lado, la norma técnica que extrae su fuerza del conocimiento científico de un ser que pretende utilizar.¹⁵ Impulsado por la ambición de sustituir el gobierno de los hombres por la administración de las cosas, el Occidente moderno se esforzó en relacionar las dos figuras de la norma: por una parte, reduciendo el derecho al estado de una técnica vacía de sentido, que no tendría nada que decir sobre los valores y debería ser juzgada como la norma técnica con el rasero de la eficacia; y por otra parte, emplazando la normalización tecnocientífica de los “recursos humanos” en el centro de su sistema de valores.

Sobre esas bases, prosperan nuevas maneras de hacer funcionar a los hombres con textos, nuevas técnicas jurídicas que obligan a que cada uno no sólo participe activamente en la definición y la puesta en práctica de las reglas del bien común, sino que también contribuya para su revisión constante en función de las enseñanzas de dicha puesta en práctica. Tales evoluciones son el signo de transformaciones profundas de nuestra relación con el poder. Aún debemos suponerle una razón. Pero esa razón ya no proviene de la figura del soberano y la cuestión del poder, tal como lo intuyera Foucault,¹⁶ desborda los marcos del derecho público, puesto que la decadencia de la soberanía de los Estados no se traduce en un incremento de las libertades, sino por el contrario en su feudalización en pos de objetivos que se imponen en la misma medida en que no provienen de la decisión de nadie.

¹⁵ Véase el desarrollo de este punto en *Critique du droit du travail*, *op. cit.*

¹⁶ Véase especialmente *La Volonté de savoir*, París, Gallimard, 1976, p. 189 sq.; sobre las diferentes percepciones del derecho en la obra de Foucault, véase M. Alves de Fonseca, *Michel Foucault e o direito*, Sao Paulo, Max Limonad, 2002, e *id.*, “Michel Foucault et le droit”, en A. Supiot (dir.), *Tisser le lien social*, *op. cit.*, p. 163 sq.

La decadencia de la soberanía

Podríamos datar en el final de la "Guerra de treinta años" que va de 1914 a 1945¹⁷ el comienzo de un profundo cuestionamiento de la idea misma de poder soberano. Esa guerra mostró adónde podía conducir el desencadenamiento asesino de poderes que pierden la razón; también le enseñó a los pueblos de Europa continental algo inaudito: los Estados pueden morir. Su refundación no podía por ende efectuarse como si nada hubiera pasado. Para ser reconocido, el poder iba a tener que exhibir otros títulos de legitimidad además de la mera afirmación de su soberanía. Tal cuestionamiento del poder no se limitó al Estado. Tanto en la empresa como en la familia o en la esfera pública, los figuras del poder soberano han sido discutidas, dando paso, por supuesto, no a una desaparición de las relaciones de poder, sino a su profunda transformación, que se ha expresado de dos maneras en el plano jurídico.

En primer lugar, a través de un *retroceso del poder discrecional en beneficio del poder funcional*. Dicho retroceso se tradujo en un incremento de los controles ejercidos sobre quienes lo detentan: controles *a priori* con la obligación de motivar sus actuaciones; y controles *a posteriori* con el aumento del papel del juez y de los expertos. Ha pasado el tiempo del líder como único juez del bienestar de los suyos. Las reformas del derecho de familia terminaron por abolir lo que el derecho civil llamaba el poder paterno* para reemplazarlo por una autoridad paternal encargada de velar por el niño. El control de los poderes públicos por parte del juez (administrativo, penal, constitucional o comunitario) se ha incrementado, al igual que el campo de las obligaciones de justificación (algunos dicen de transparencia) que pesan sobre ellos. Y asimismo, en la empresa, el empresario ya no es el único juez y se halla

¹⁷ Sobre la unidad de las dos guerras mundiales, véase G. Steiner, *In Bluebeard's Castle. Some Notes towards the Redefinition of Culture* [1971], trad. fr. *Dans le château de Barbe-Bleue. Notes pour une redéfinition de la culture*, París, Gallimard, 2000, p. 39 ss. [*En el castillo de Barba Azul. Aproximación a un nuevo concepto de cultura*, Barcelona, Gedisa, 1998].

* Que en nuestro derecho conserva su nombre latino, *patria potestas* [T.].

sometido al control económico de sus representados (sociedades dominantes, accionistas) y al control social de los representantes de los asalariados y de los jueces.

En segundo lugar, dichos cambios van acompañados de un *retroceso de la centralización del poder en beneficio de una distribución de los poderes*. El viejo principio de igualdad y el joven principio de subsidiaridad se combinan en este punto para poner en cuestión todas las formas de organización piramidal del poder. En derecho de familia, la dinámica de la igualdad entre hombres y mujeres condujo a un reparto de la autoridad parental, mientras que la reducción de la mayoría de edad civil y el surgimiento de los "derechos del niño" tendían a limitar el área de esa autoridad. En derecho público, la idea de una separación horizontal de los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) cedió terreno ante su distribución vertical con la comunitarización y la regionalización. Y también en la empresa, la organización integrada y jerarquizada, que le había dado su éxito al modelo taylorista o fordista, fue puesta en cuestión en beneficio de un modelo reticular que se impone tanto en su interior como en las relaciones con sus socios económicos.

Evidentemente, el espejo del derecho debería ser dado vuelta para hacerse una idea correcta de los cambios efectivamente acaecidos. No hay una sola de las transformaciones evocadas aquí que no tenga su reverso, o más bien su anverso. La mayoría de edad de los jóvenes ha sido adelantada, pero su mayoría de edad económica retrocede, con el desempleo o la prolongación de los estudios, que extienden el tiempo de su dependencia material con respecto a sus padres (de donde surge la reivindicación de un estatuto social del estudiante, que garantizaría ese proceso de emancipación). El poder de los Estados ha retrocedido, pero a menudo eso resulta en beneficio del poder del dinero, de los jueces, de los expertos o los medios masivos. El modelo fordista de la empresa ha decaído dentro de las empresas, pero para dar lugar a un "management participativo" que aliena las mentes y no solamente los cuerpos. La dinámica de la libre competencia le dio autoridad a una cuasi-magistratura económica (Comisión Europea, Comisión de operaciones bursátiles, Banco Europeo y

otras autoridades de regulación) en detrimento del poder económico de los Estados o de las empresas monopólicas, pero también le ha conferido un poder sin precedentes a los mercados financieros. La generalización del modelo de la red dentro de la organización de las empresas se traduce a la vez mediante una redistribución de los lugares de poder y mediante una transformación profunda de sus formas de ejercicio.¹⁸

La desreglamentación jurídica va acompañada entonces por un incremento potencial de normas técnicas de pretensión universal. La normalización técnica, y especialmente el recurso a las normas de calidad y a los procedimientos de certificación por agencias privadas, reemplaza a la dirección jurídica como método de control de la producción.¹⁹ Lejos de indicar un retorno a la ideología jurídica liberal del siglo XIX, esas evoluciones hacen surgir nuevos conceptos y nuevas técnicas jurídicas que apuntan a superar la oposición entre la heteronomía y la autonomía. En lugar de someter las relaciones entre los hombres a reglas impuestas desde el exterior o bien remitirse por el contrario al libre juego de la relación de fuerzas entre contratantes, se esfuerzan por asociarlos en la definición y la puesta en práctica de un orden que se torna así al mismo tiempo legítimo, transparente y eficaz. Fiel a su dimensión técnica, el derecho manifiesta una vez más su aptitud para participar en la invención de nuevas formas de poder y para servir a nuevos ideales. Con la pérdida de la fe en el Estado soberano, algunas nociones —imperio, *ius commune*, autoridad— por mucho tiempo sepultadas en el suelo de la historia del derecho parecen volver a la vida, mientras que otras —ley, contrato, democracia— pierden sus rasgos distintivos. Las metamorfosis contemporáneas del Estado hacen resurgir la vieja distinción entre el poder y la autoridad y le hacen perder al Legislador su soberanía.

¹⁸ M. Castells, *La Société en réseaux*, op. cit.

¹⁹ Véase F. Mayer (dir.), *Certifier la qualité?*, Estrasburgo, Presses universitaires de Strasbourg, 1998.

Las metamorfosis del Estado

El Estado no es una forma institucional atemporal y universal, sino una invención del Occidente medieval. La idea de un Estado inmortal tiene sus orígenes en la idea del cuerpo místico, con la teoría de los dos cuerpos del rey cuya historia ha trazado Ernst Kantorowicz. A partir de la Reforma, se afirma en Francia la existencia de un poder soberano puramente temporal, que no le debe nada a la autoridad del Papa y comienza a emanciparse de la referencia cristiana. Dicho proceso de emancipación proseguirá con el movimiento de la Ilustración y la Revolución de 1789, que terminarán eliminando del Estado toda referencia religiosa. Pero esto no hizo más que acentuar la potencia del Estado que, desembarazado de cualquier rival en la escena institucional, se convierte en el único Ser inmortal y omnipotente, capaz de trascender los intereses particulares (lo que los juristas alemanes llamaron *Herrschaft* y los franceses "Poder público").

Ese poder público vio cuestionada su legitimidad en el siglo XIX a causa de la revolución industrial y de las luchas políticas y sindicales que de ella se derivaron. Desde su nacimiento, en efecto, la economía de mercado ha socavado las formas tradicionales de solidaridad local sobre las cuales se habían basado las sociedades preindustriales. Aunque apareciera en Europa, ese desmantelamiento afectó luego en grados diversos, en igual medida que la occidentalización del mundo, a todos los demás países. La desestabilización de los lazos sociales de proximidad (familiar, territorial o profesional) se dio en los albores del siglo XIX como una condición de la modernidad, que deterioró la legitimidad del Estado, cuyo papel y cuya misma existencia fueron cuestionados ya en aquella época.

Una primera respuesta ante esa crisis fue dada por las ideologías totalitarias, que consideraron el Estado como un simple instrumento en manos de un partido único que actúa en nombre de leyes supuestamente científicas de la vida en sociedad (leyes de la raza, leyes de la Historia...).²⁰ La legitimidad que le es negada así

²⁰ Véase *supra*, cap. 2.

al Estado se ve traspuesta a otros símbolos que se supone representan el avance de las sociedades: la raza, la clase, etc. Ese suicidio del Estado condujo al Gulag y a la Shoah, cuya simple y siniestra lección parecen haber olvidado actualmente demasiados juristas: cuando pierde la razón institucional, el poder cae en un delirio criminal y ya nada distingue al gobierno de una banda de ladrones y asesinos. La tentación contemporánea de convertir a los Estados en instrumentos dóciles de las leyes de la economía nos sitúa en una pendiente similar. Efectivamente, en la medida en que cree encarnar las fuerzas impersonales del mercado a las cuales pretende someter el derecho positivo, la referencia económica lleva consigo todos los gérmenes de la concepción totalitaria que reduce el derecho a un mero instrumento de puesta en práctica de leyes sobrehumanas que supuestamente se imponen a todos.²¹

Una segunda respuesta consistió en cambio en restaurar la legitimidad del Estado confiándole nuevas responsabilidades y dando lugar a la acción colectiva de los hombres en la búsqueda siempre tentativa de la justicia. En lugar de que únicamente esté a cargo del gobierno de los hombres, encarnando un poder que los domina, el Estado se convierte en el servidor de su bienestar. Lo que se llamó "*Welfare state*", "*Sozialstaat*" o "Estado providencial" otorgó a los hombres derechos y libertades nuevos, que le añadieron a la idea de ciudadanía política la noción de ciudadanía social. Los derechos sociales resultaron de la organización de servicios públicos que convirtieron un determinado número de bienes fundamentales en accesibles para todos (salud, educación, etc.) y también de un estatuto protector del asalariado (derecho laboral y seguridad social) establecido por el Estado y bajo su control.²² Pero sobre todo el reconocimiento de libertades colectivas fue el signo distintivo del Estado providencial y le permitió al Estado restablecer su legitimidad. Su mayor fuerza consistió en no imponerle a los

²¹ Véase H. Arendt, *Le Système totalitaire*, op. cit., p. 205 ss.

²² Sobre el desarrollo histórico de ese estatuto, véase R. Castel, *Les Métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, París, Fayard, 1995.

hombres una visión *a priori* de su felicidad, sino antes bien basarse en la acción y los conflictos colectivos para convertir esa energía en reglas nuevas. La superioridad del Estado providencial sobre los Estados totalitarios no radicó en efecto en el otorgamiento de protecciones sociales (a menudo menos ambiciosas y más precarias que las de los Estados fascistas o comunistas), sino en la garantía de los derechos de acción colectiva que autorizan a los dominados a oponer frente a los dominantes su propia concepción de un orden justo. Los sindicatos, la huelga, la negociación colectiva, se volvieron piezas de una maquinaria institucional que transforma relaciones de fuerza en relaciones de derecho. Fueron los derechos de acción colectiva los que permitieron el auge, bajo diferentes formas nacionales, de una hermenéutica social del derecho civil, sin la cual ni el derecho laboral ni la seguridad social hubieran podido nacer. La invención del Estado providencial permitió controlar el doble movimiento de individualización y de interdependencia que actúa en las sociedades industriales,²³ pero al mismo tiempo que permitía controlarlo, lo aceleró. La inserción de hombres y mujeres dentro de amplias redes de solidaridad, como la seguridad social o la instrucción pública, los emanciparon de las solidaridades locales volviéndolos cada vez más interdependientes a nivel nacional. El Estado logró así recobrar su legitimidad asumiendo el rostro de un Soberano benévolo que tolera la discusión y es capaz de responder a todas las expectativas y remediar todos los males.

Actualmente, la apertura de las fronteras, que responde a una serie de factores muy conocidos (económicos, políticos y técnicos), hace tambalear los marcos nacionales de la vida en sociedad. Las solidaridades nacionales a su vez son cuestionadas, por un lado, por la llamada globalización y, por otro, por la relocalización, la reterritorialización. Globalización y localización son las dos caras inseparables de estrategias económicas mundiales que se

²³ Sobre esa tensión esencial de las sociedades industriales, véase É. Durkheim, *De la division du travail social*, prefacio a la primera edición [1893], PUF, 10ª ed. 1978, p. XLIII [*La división del trabajo social*, Madrid, Akal, 1982].

basan en la valoración de ventajas competitivas locales. El Estado se encuentra así como atenuado. En el plano internacional, la "globalización" conduce a un orden jurídico donde el derecho internacional de la competencia, que se supone encarna el interés común de las diferentes naciones, se impone a los Estados. Estos últimos no expresarían más que solidaridades locales, sólo admisibles en la medida en que no obstaculicen la libre circulación de mercancías y capitales. Retorna así la vieja dicotomía entre lo global y lo local, típica de un pensamiento imperial proclive a disparar contra los Estados nación. Dentro de esa perspectiva *neoliberal*, el derecho de la competencia ocupa el lugar de un derecho constitucional a escala planetaria, y las instituciones internacionales de comercio les disputan a los Estados el papel de Tercero que garantiza los intercambios. El problema es que un derecho de competencia es impotente para fundar un orden jurídico, porque no conoce más que la circulación de productos e ignora la suerte de los hombres y de la naturaleza sin los cuales ninguna producción es posible. El orden económico internacional suscita de tal modo graves problemas sociales y ambientales, que finalmente caen sobre los Estados, cuya capacidad de acción por otra parte se reduce. En el plano interno, los Estados deben hacer frente a una demanda de seguridad, solidaridad y descentralización, que crece en proporción a los efectos desestabilizadores de la globalización. A menudo han respondido a ello mediante la negociación o la concertación con los representantes de intereses sectoriales. En tales prácticas, que se han llegado a denominar *neocorporativistas*, la definición del interés general ya no es privativa del Estado, sino que se convierte en el producto de las relaciones de fuerza entre intereses particulares. El Estado ya no es, entonces, un Tercero, sino una parte interesada en el "diálogo social".²⁴

²⁴ Véase Ph. Schmitter, G. Lehmbruch (eds.), *Trends toward Corporatist Intermediation*, London, Sage, 1979; J. Goetschy, "Néocorporatisme et relations professionnelles dans divers pays européens", *Revue française des affaires sociales*, feb. 1983, p. 65-79; G. Vardaro (dir.), *Diritto del lavoro e corporativismo in Europa: ieri e oggi*, Milan, Franco Angeli, 1988.

Neocorporativismo y neoliberalismo se combinan en la práctica para convertir el Estado en un mero instrumento sometido a fuerzas que lo superan, ya sean las de los mercados financieros en el plano internacional o las de los intereses sectoriales en el plano interno. Los Estados, que siguen siendo los sujetos de derecho por excelencia en la escena internacional, pierden así una parte de su esencia; e incluso la mayor parte cuando se trata de los más débiles y pobres que están arrinconados entre los programas de ajuste estructural, por un lado, impuestos por las instituciones financieras internacionales²⁵ y, por otro lado, la economía informal que garantiza la supervivencia de un gran número de sus habitantes, y que frente a la economía y la sociedad real se ven casi reducidos, en el mejor de los casos, al papel de extras, y en el peor al papel de aves de rapiña. Esa instrumentalización o retirada del Estado sólo puede tener consecuencias graves sobre el funcionamiento de las sociedades. Las "leyes de la economía" suponen la existencia de un mundo donde cada cual tiene asegurada su identidad. Pero el mito occidental de una sociedad reducida a un enjambre de individuos racionales que maximizan su interés ignora los datos básicos de la antropología. La razón humana nunca es un dato inmediato de la conciencia; es producto de instituciones que le permiten a cada hombre darle sentido a su existencia, que le reconocen un lugar en la sociedad y le permiten expresar allí su propio talento. Desde el momento en que esa identidad ya no está garantizada por el Estado, los hombres procuran basarla en otra cosa: una Referencia religiosa, étnica, regional, tribal, sectaria, etc.²⁶ De allí surgen nuevas reivindicaciones identitarias que aceleran la desestabilización de los Estados y abren paso a sangrientos conflictos de Referencias de los cuales la actualidad nacional e internacional ofrece muchos ejemplos. Tales repliegues identitarios y la violencia que engendran socavan la confianza, alientan el proteccionismo y ponen así en peligro la globalización económica que los ha suscitado.

²⁵ Véase el edificante testimonio del antiguo economista en jefe del Banco Mundial y Premio Nóbel de Economía J. Stiglitz, *La Grande Désillusion*, op. cit.

²⁶ Sobre el caso de los Estados Unidos, véase M. Piore, *Beyond Individualism*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995.

La separación entre el poder y la autoridad

En Occidente, la distinción entre poder y autoridad tiene una larga historia. En derecho romano, “la *potestas* es la facultad de actuar y la *auctoritas* la facultad de fundar la acción de otra persona”.²⁷ Luego del advenimiento del cristianismo, la distinción alimentó el debate sobre las respectivas prerrogativas del papa y el emperador.²⁸ De alguna manera, ese debate se cerró con la laicización del Estado, que reunió en sus manos poder y autoridad, por cierto que a costa de la separación en su seno de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. A partir de allí, la distinción entre poder y autoridad desapareció y cedió su lugar a otras oposiciones —entre Estado y Nación, Estado y Sociedad civil, Estado y Mercado— que han alimentado el debate institucional. Pero actualmente vuelve a la superficie con la “regulación”, que lleva a diferenciar las funciones de “operador” (que tiene poder para actuar) y “regulador” (que tiene autoridad sobre ese poder). La distinción se apoya en una idea simple: el Estado providencial ha heredado la función de gran Regulador de los mercados; aunque también es un operador económico capaz de infringir impunemente las leyes del Mercado o interpretarlas en su beneficio (lo que sucede además con otras libertades, como la libertad de información); allí donde ese riesgo de confusión existe, convendría entonces privarlo de una

²⁷ P. Noailles, *Du droit sacré au droit civil*, op. cit., p. 250, e id., *Fas et Jus*, op. cit., p. 223 ss., espec. p. 274. Cfr. A. Magdelain (*Ius imperium auctoritas*, op. cit., espec. p. 385 ss.), según el cual los diversos usos de la noción de *auctoritas* tienen en común otorgarle valor jurídico a una operación que no se basta a sí misma. Sobre el origen del concepto, véase É. Benveniste, *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, París, Minuit, t. II, 1969, p. 148-151 [*Vocabulario de las instituciones indoeuropeas: economía, parentesco, sociedad, poder, derecho, religión*, Madrid, Taurus, 1983], quien muestra que *auctoritas*, derivada de *augeo* (incrementar, aumentar), implica la idea del don, reservado a determinados hombres, de hacer surgir algo, de producir existencia.

²⁸ Véase al respecto la célebre carta enviada en 494 al Emperador de Oriente por el papa Gelasio, que distingue *auctoritas sacralis pontificum* y *regalis potestas* (ver el texto completo traducido por G. Dagron, *Empereur et prêtre*, París, Gallimard, 1996, p. 310 ss.).

u otra de dichas funciones (incluso de ambas en las versiones más radicales de esta tesis). La función de regulación será entonces confiada a una autoridad creada especialmente a tal efecto.

La apertura de los mercados se vio acompañada, pues, por un florecimiento de autoridades de regulación que escapan del poder de los Estados.²⁹ En el plano interno, dichas autoridades han prosperado con la privatización (o la apertura a la competencia) de las empresas y servicios públicos y con la liberalización de los movimientos de capitales. La mayoría de ellas son especializadas y tienen a su cargo un producto o servicio determinado (la electricidad, las telecomunicaciones, la televisión, la bolsa, los medicamentos, etc.).³⁰ También se las ha creado para tomar parte en la regulación de ciertos servicios públicos (salud, hospitalización), para proteger determinadas libertades (informática, información) o para asesorar en la decisión pública de grandes problemas sociales (comités de ética).³¹ En el plano internacional, existe igualmente una cierta cantidad de autoridades especializadas en la regulación de un servicio determinado (por ejemplo, el transporte aéreo), pero lo más notable es que en ese nivel también se han creado autoridades independientes encargadas de una misión general

²⁹ Hay abundante bibliografía. Para un estudio de derecho comparado, ver N. Longobardi, “Autorités administratives indépendantes et position institutionnelle de l’administration publique”, *Revue française de droit administratif*, 1995, p. 171 y 383. Con respecto a Francia, véase el informe público 2001 del Consejo de Estado, *Les Autorités administratives indépendantes*, La Documentation française, 2001, p. 253-452; C.-A. Colliard, G. Timsit, *Les Autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988; J.-L. Autin, “Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation”, *Revue de droit public*, 1988, p. 1213 sq.; M. Jodeau-Grymberg, C. Bonnat, B. Pêcheur, “Les autorités administratives indépendantes”, *Cahiers de la fonction publique et de l’administration*, 190, mayo 2000, p. 3-14.

³⁰ Ver M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les Régulations économiques: légitimité et efficacité*, Presses de Sciences, París, Dalloz, 2004.

³¹ El Consejo de análisis económico o el Comité nacional de ética (podríamos multiplicar los ejemplos...) ocupan así con respecto a los poderes públicos el sitio antes reservado a los consejeros eclesiásticos del Príncipe, como, en Inglaterra, el Canciller a cargo de la *equity*. Tales consejeros ayudaban al Rey a poner la ley civil en armonía con la ley divina dándole así plena legitimidad.

de regulación de los mercados. La experiencia más antigua y también más avanzada en tal sentido es por cierto la Comisión Europea. La creación de la Comisión mundial de comercio respondió a la misma inspiración en un nivel más amplio aunque con competencias más estrictas.

Las atribuciones de las autoridades de regulación son tan diversas como los objetos a los cuales se aplican, pero tienen dos características comunes: su legitimidad es de índole al mismo tiempo tecnocrática (basada en la pericia y no en la representación colectiva) y religiosa (como los comités de ética). Deben inspirar la ley y se supone que no dependen ni de los Estados ni de los operadores privados. Dicha independencia a menudo es discutida; la sombra de los Estados siempre está presente (especialmente en los procedimientos de nombramiento) y los *lobbies* privados nunca están lejos. Por otra parte, la misión de las autoridades siempre excede la mera pericia técnica, lo que las obliga a emitir juicios de valor y resolver casos litigiosos a la manera de una magistratura científica, técnica o económica. Por esas dos razones, la tendencia es someter el funcionamiento de dichas autoridades al respeto de los grandes principios procesuales, tal como se desprenden de la Convención europea de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.³² Vale decir, se las obliga a volver al corazón mismo de la técnica jurídica.

Ese resurgimiento de las "Autoridades" no deja de recordar la gran cuestión que dio origen en Francia al concepto mismo de derecho social, a fines de los años treinta. Los juristas que concibieron ese derecho habían tomado conciencia del hecho de que un conflicto social no puede depender de los métodos judiciales habituales, que consisten en remitir un litigio a una regla ya definida (ya sea que la

³² Cas. Com., 18 de junio de 1996 (Conso), *Bull. Civ.*, núm. 179; As. Plen., 5 feb. 1999 (Oury), *Bull. Civ.*, núm. 1; la postura del Consejo de Estado está muy atrasada: Consejo de Estado, As., 3 dic. 1999 (Didier); ver J. Ribs y R. Schwartz, "L'actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes", *Gaz. Pal.*, 28 de julio de 2000, p. 3-11; J.-F. Brisson, "Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme", *L'Actualité juridique du droit administratif* (en adelante *AJDA*), 1999, p. 847-859.

regla esté contenida en una ley o en un precedente judicial). En efecto, la mayoría de las veces el conflicto social tiene como objeto la adopción de una nueva regla. Por tal motivo, los juristas habían depositado tantas esperanzas en la creación de una magistratura social, dotada de fuertes competencias socio-económicas y capaz de edificar, a través del arbitraje de los conflictos, un derecho social realmente acorde con la evolución del mundo del trabajo y no en base a la relación de fuerzas económicas o políticas.³³ Paradójicamente, no es en el ámbito social, sino en el ámbito económico donde esa idea actualmente está en vías de prosperar, a lo cual se debe el desequilibrio entre una esfera económica, sede de autoridades, y una esfera social desprovista de autoridades, origen de todos los efectos perversos de la oposición entre lo económico y lo social. Las autoridades a cargo de los mercados consideran en efecto que no deben tomar en cuenta la dimensión social de los problemas que tratan, lo cual no quiere decir que esa dimensión no exista, sino que ninguna instancia está habilitada para autorizar a los Estados a alegar consideraciones sociales para limitar el juego del derecho de competencia. Ese orden de cosas conduce a decisiones capaces de destruir de un plumazo las condiciones materiales de existencia de sociedades enteras, sobre todo las más pobres.³⁴

El desmembramiento del poder legislativo

"La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho de participar personalmente, o a través de sus representantes, en su conformación."³⁵ En las instituciones

³³ Véase P. Laroque, "Contentieux social et juridiction sociale", *Droit social*, 1954, p. 271-280.

³⁴ La definición del chocolate adoptada por la Comunidad Europea (dir. 2000/36/CE del 23 de junio de 2000, que autoriza a los fabricantes a reemplazar el cacao por materias grasas vegetales) es un buen ejemplo de esa clase de decisiones, que provienen más de una codicia desenfrenada que del ejercicio de la autoridad (se enriquece a los fabricantes del Norte en detrimento de los consumidores del Norte y de los campesinos del Sur, productores de cacao).

³⁵ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, art. 6.

democráticas surgidas de la filosofía política de la Ilustración, el Pueblo soberano tiene la facultad de fijar sus propias leyes. Salvo cuando la usa directamente (hipótesis del referéndum), dicha facultad debe ejercerse a través de la asamblea de sus representantes electos.³⁶ Dado que la ley es concebida como expresión de la voluntad del pueblo, la elección se ha preferido en las democracias modernas antes que el sorteo, que sin embargo era la regla en la democracia ateniense.³⁷ El enfoque cuantitativo de la idea de mayoría, que había empezado a aparecer en las técnicas deliberativas medievales,³⁸ triunfó con la Revolución, eliminando toda idea de representación cualitativa de las diferencias entre provincias, profesiones o estados de las personas.³⁹ Según la frase de Tocqueville, “la noción de gobierno se simplifica: el número por sí solo dicta la ley y el Derecho. Toda la política se reduce a una cuestión de aritmética.”⁴⁰ El Parlamento elegido por sufragio universal se volvió así en todas las democracias la sede normal del poder legislativo. Esa representación nacional encarna la voluntad general y no podría consistir en la asamblea de representantes de cuerpos o intereses particulares. No podrá admitirse que

³⁶ Véase el art. 20 § 3 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948: “La voluntad del pueblo es el fundamento de la autoridad de los poderes públicos; esa voluntad *debe* expresarse mediante elecciones limpias que deben tener lugar periódicamente con sufragio universal y voto secreto o siguiendo un procedimiento equivalente que asegure la libertad del voto.”

³⁷ Véase B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, París, Flammarion, 1996, p. 20 ss.

³⁸ Sobre los orígenes medievales de la representación electiva, ver L. Moulin, “Les origines religieuses des techniques électorales et délibératives modernes”, *op. cit.*, e *id.*, “Sanior et maior pars. Étude sur l’évolution des techniques électorales et délibératives dans les ordres religieux du VI^e au VIII^e siècle”, *op. cit.*; G. de Lagarde, *La Naissance de l’esprit laïc à la fin du Moyen Âge*, Louvain, Nauwelaerts, 1956; M. Clark, *Medieval Representation and Consent*, Nueva York, Longmans, Green, 1964; A. Monahan, *Consent, Coercion and Limit. The Medieval Origins of parliamentary Democracy*, Kingston, Canadá, McGill-Queen’s University Press, 1987; Y. Congar, *Droit ancien et structures ecclésiastiques*, Londres, 1982, p. 210-219; G. Post, *Studies in Medieval Legal Thought*, Princeton, Princeton University Press, 1964, p. 123-238.

³⁹ Véase P. Rosanvallon, *Le Sacre du citoyen*, *op. cit.*

⁴⁰ A. de Tocqueville, *Considérations sur la Révolution*, I, 5, en *Œuvres*, París, Gallimard, “Bibliothèque de la Pléiade”, t. 3, 2004, p. 492.

ninguna “sección del pueblo”, ningún cuerpo intermedio imponga su ley al conjunto,⁴¹ porque “el principio de *toda* soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer una autoridad que no emane de ella expresamente.”⁴²

En lo que respecta a Francia, estaríamos tentados de hacer que se remonte a 1958 y a la Constitución de la V^a República el comienzo de un movimiento de decadencia del poder legislativo de los representantes del Pueblo soberano. Con el control concedido al gobierno sobre el orden del día del Parlamento, al poder legislativo se la ha amputado casi completamente la iniciativa de las leyes.⁴³ Y perdió su omnipotencia con la creación de un ámbito reservado al poder reglamentario, situado bajo la garantía de una instancia nueva —la Tribuna Constitucional— que más tarde iba a servir de modelo para la conformación de las primeras autoridades de regulación.⁴⁴ En 1958, el retroceso del Legislador se efectuó en beneficio del ejecutivo, es decir, en la práctica, en beneficio de los grandes organismos del Estado que pronto iban a reunir en sus manos las más altas funciones políticas, económicas y administrativas. De esa época data en el fondo la reaparición en nuestras instituciones del poder de cuerpos intermedios pronto designados como “nobleza de Estado”.⁴⁵ Tan sólo una decena de años más tarde, en los sobresaltos posteriores a 1968 y los debates sobre la “autogestión”, la “participación” y la “nueva sociedad”, otro tipo de cuerpos intermedios —las organizaciones sindicales y patronales— empieza a aparecer en la escena legislativa, con la puesta en práctica de una “política contractual” que tiende a aso-

⁴¹ Véase el art. 3 de la Constitución de 1958: “La soberanía nacional pertenece al pueblo que la ejerce por medio de sus representantes y por la vía del referéndum. Ninguna sección del pueblo ni individuo alguno pueden atribuirse su ejercicio.”

⁴² Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, art. 3.

⁴³ Constitución, art. 48: “El orden del día de las asambleas contiene, por prioridad y en el orden que el gobierno haya fijado, la discusión de los proyectos de ley propuestos por el gobierno y las disposiciones de ley aceptadas por éste.”

⁴⁴ Constitución, art. 37: “Las materias que no corresponden al ámbito de la ley tienen un carácter reglamentario.”

⁴⁵ Véase P. Bourdieu, *La Noblesse d’État*, París, Minuit, 1989.

ciarlos estrechamente a la conducción de los asuntos públicos. Dicha tendencia no se limita a las cuestiones sociales⁴⁶ y se expresa también, más discreta aunque más firmemente, en ámbitos tan diversos como la educación nacional, la salud o la agricultura, donde el poder político se ejerce bajo la tutela de hecho de los sindicatos profesionales. Pero es en materia de relaciones laborales donde más fácil resulta ponerla en evidencia, porque en ese ámbito ha encontrado una poderosa palanca jurídica en el principio de participación consagrado por la Constitución. En los términos del artículo 8 del preámbulo de 1946 retomado en 1958, "todo trabajador participa, por medio de sus delegados, en la determinación colectiva de las condiciones de trabajo así como en la gestión de las empresas".⁴⁷ Los trabajadores son jurídicamente los únicos titulares de ese derecho, pero los empleadores han llegado a volverse también gestores del mismo en la medida en que el principio de participación sirvió sobre todo para justificar la ampliación del ámbito de la negociación colectiva.

La negociación colectiva en primer lugar puede participar en la *elaboración de la ley*. Es el fenómeno de la *ley negociada* que no ha dejado de aumentar en importancia desde hace treinta años.⁴⁸ El sentido de la ley proviene entonces de los acuerdos que acompañan su elaboración, y se difumina la diferenciación entre negociación (*i. e.* transacción entre intereses particulares) y deliberación (*i. e.* búsqueda del interés general). Dicho fenómeno de la ley negociada tiene dos variantes. La primera consiste en otorgar a los agentes sociales la iniciativa sobre el contenido de la ley. Se suscita

⁴⁶ Véase J. Commaille, *L'Esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique des lois*, PUF, 1994.

⁴⁷ Sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional referida al principio de participación, véase X. Prétot, "Les sources du droit du travail au regard du droit public", en B. Teyssié (dir.), *Les Sources du droit du travail*, PUF, 1998, núm. 209 ss. Asimismo, V. Ogier-Bernaud, *Les Droits constitutionnels des travailleurs*, Aix-Marseille, París, PU Aix-Marseille et Economica, 2003.

⁴⁸ Véase el artículo pionero de J.-M. Verdier y Ph. Langlois, "Aux confins de la théorie des sources du droit: une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif", *Rec. Dalloz* 1972, chr., p. 253.

una negociación colectiva entonces con antelación a la deliberación parlamentaria. El acuerdo que de ello resulta luego es retomado en todo o en parte en forma legislativa.⁴⁹ En esa primera variante, a los agentes sociales se les delega de hecho la facultad de iniciativa que la Constitución (art. 39) reserva de derecho al Primer ministro y los parlamentarios. Su acuerdo cumple entonces la función de un proyecto de ley, lo que conduce a los agentes sociales a reivindicar a veces para sí una facultad que la Constitución de la Vª República otorga al gobierno,⁵⁰ es decir: la facultad de limitar el derecho de enmienda del Parlamento e imponerle a este último un "voto cerrado" sobre la legislación de su acuerdo.⁵¹ Una segunda variante consiste en legislar en dos etapas, separadas por una etapa de negociación. El Legislador comienza fijando un objetivo general en una primera ley y comprometiendo a los agentes sociales a negociar los medios para alcanzar ese objetivo. Luego adopta una segunda ley que se inspira en los resultados de las negociaciones llevadas a cabo. Utilizado en numerosas ocasiones,⁵² este método se adecua a la jurisprudencia de la Tribuna Constitucional, que admite que el Legislador pueda ceder a los agentes sociales la tarea de fijar reglas relativas a los principios fundamentales del derecho laboral, "en la medida en que la libertad

⁴⁹ Este método ha sido utilizado en numerosas ocasiones para reformar amplios sectores del derecho laboral: formación profesional, duración de la jornada, empleo, mensualización, contratos precarios, etcétera.

⁵⁰ Constitución, art. 44, al. 3: "Si el gobierno lo solicita, la Asamblea formada se pronuncia mediante un solo voto sobre todo o parte del texto en discusión, conservando únicamente las enmiendas propuestas o aceptadas por el gobierno."

⁵¹ Lo hacen introduciendo cláusulas que prevén "la autodestrucción" de su acuerdo si las estipulaciones de este último llegan a ser modificadas en la deliberación parlamentaria (véase G. Coutourier, *Droit du travail*, PUF, t. I, 3ª ed. 1996, núm. 27, p. 53).

⁵² Fue empleado particularmente en 1982 para introducir la libertad de expresión de los trabajadores (ley núm. 82-689 del 4 de agosto de 1982, y ley núm. 86-1 del 3 de enero de 1986; véase C. trab., art. L. 461-1 *sq.*), y luego en 1987 para abolir la autorización administrativa previa de los despidos económicos (ley del 3 de julio de 1986, acuerdo interprofesional del 20 oct. 1986, y ley del 30 dic. 1986; véase M. Despax, "De l'accord à la loi", *Droit social*, 1987, p. 184 ss.).

así otorgada a los actores de la negociación colectiva debería permitir adoptar en consecuencia reglas nuevas y apropiadas al cabo de un lapso reducido de experimentación y evaluación de las prácticas resultantes".⁵³

En segundo lugar, la negociación colectiva puede participar en la *puesta en práctica de la ley*. Es lo que ocurre cuando el Legislador prevé que la aplicación de la ley pasará por el filtro de disposiciones a convenir. El sentido de la ley se revela entonces en su puesta en práctica y se borra la diferencia entre la promulgación y la aplicación de la ley. Esa forma de asociación con la práctica legislativa tiene también diversas variantes actualmente conocidas. La primera deriva de la introducción en derecho laboral de *leyes supletorias*, que abren la posibilidad de realizar *acuerdos derogatorios* por rama de actividad o por empresa. La ley ya no fija entonces un mínimo intangible que la negociación no pueda modificar más que en un sentido favorable para los trabajadores, sino que se vuelve una simple norma subsidiaria sólo aplicable en ausencia de una alternativa convenida colectivamente. Mediante ese mecanismo, el Legislador habilita a los agentes sociales para que sustituyan la aplicación de la ley de la República por la aplicación de la "ley" profesional o de la empresa. Los negociadores se ven así investidos de una porción del poder legislativo, pero sólo en la medida en que el Legislador lo ha querido. Esa posibilidad de derogación supone en efecto una habilitación legislativa expresa.⁵⁴ Su participación en la soberanía del Legislador sigue siendo pues íntegramente tributaria de la voluntad de éste. Dicho mecanismo con-

⁵³ Tribuna Constitucional, decisión núm. 96-383 DC del 6 nov. 1996. Sobre esta decisión, véase B. Mathieu, "Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective", *Rec. Dalloz* 1997, chr. p. 152; sobre la experimentación legislativa, ver C.-A. Morand (dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, París, Aix-Marseille, PU Aix-Marseille, 1993.

⁵⁴ C. E., 27 de julio de 2001, Federación nacional de transportes Fuerza Obrera, *Revue de jurisprudence sociale*, 1/02, núm. 107 (nulidad de las disposiciones de un decreto que prevé, en ausencia de habilitación legislativa expresa, que los acuerdos colectivos puedan derogar sus disposiciones en un sentido desfavorable para los asalariados).

vierte a la ley en una *norma subsidiaria* y permite así plantear un imperativo legal dando lugar a la diversidad de los contextos en la puesta en práctica de ese imperativo. Por tal razón ha sido acogido favorablemente en el derecho comunitario, donde ha tenido sus desarrollos más notables.⁵⁵ Una segunda forma de asociación de los agentes sociales en la aplicación de la ley consiste en la adopción de una *ley dispositiva*, que instaura una facultad que no podrá ponerse en práctica sino por medio de una convención. A diferencia de la ley supletoria, la ley dispositiva no fija ninguna regla subsidiaria aplicable en caso de que falte la norma convencional. Dicho mecanismo convierte a la ley en una *norma incitativa* y por tal razón ha sido ampliamente utilizado en materia de política de empleo. Le permite al Estado gravitar en el mercado laboral aunque respetando la libertad de los operadores que intervienen en ese mercado.⁵⁶ Pero el mecanismo se ha extendido a muchos otros aspectos del derecho laboral, la lucha contra la discriminación,⁵⁷ la participación y el ahorro salarial,⁵⁸ la

⁵⁵ Así, por ejemplo, para poner en práctica la obligación de información y consulta en las empresas multinacionales, la directiva núm. 94/45/CE impone la conformación en esas empresas de "grupos especiales de negociación" encargados de definir el contenido concreto de tal obligación y no prevé un sistema de consulta sino subsidiariamente, para paliar un hipotético fracaso de la negociación.

⁵⁶ Se podría ubicar en esa categoría la mayoría de las leyes que movilizan los recursos del Fondo Nacional de Empleo. El acceso a tales recursos está entonces subordinado a la conclusión de una serie de contratos vinculados unos con otros de acuerdo con diversas estructuras: convención entre el Estado y la empresa (llamada convención FNE), acuerdos colectivos entre empleadores y sindicatos, contrato individual entre empleadores y asalariados sujetos/objetos a la medida (véase J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, op. cit., núm. 232 sq.).

⁵⁷ Véase C. trab., art. L. 123-4 y D. 123-1 a 123-5; ley del 13 de julio de 1983, art. 18 (modif. por ley núm. 2001-397 del 9 de mayo de 2001) y art. D. 123-6 ss., que prevé la realización de "contratos para la igualdad profesional" entre el Estado y el empresario o una organización profesional o interprofesional.

⁵⁸ Véanse por último los mecanismos incitativos introducidos por la ley Fabius: ley núm. 2001-152 del 19 feb. 2001 (J. O. del 20). Ver Y. Saint-Jours, *D.* 2001, chr. p. 1179; G. Iacono, *D.*, 2001, chr. p. 1259; F. Favennec-Héry, *Revue de jurisprudence sociale*, 1/02, chr. p. 2.

incitación a la reducción de la jornada laboral,⁵⁹ etcétera. Una tercera forma de asociación de los agentes sociales y el Legislador consiste en confiarles la tarea de precisar las modalidades concretas de las normas que dicta, lo que equivale a confiarles el ejercicio de una parte de la facultad reglamentaria que normalmente corresponde al gobierno. Dicho método ha sido avalado por la Tribuna Constitucional en razón del principio de participación de los trabajadores consignado en el artículo 8 del preámbulo constitucional.⁶⁰ También obtuvo una consagración particularmente asombrosa en derecho comunitario con la posibilidad instaurada por el Tratado CE de trasponer las directivas mediante convenios colectivos (art. 137 § 4 y 139 § 2).

Lógicamente, en el derecho comunitario han aparecido las distorsiones más visibles de la interpretación tradicional del principio democrático, según el cual la soberanía nacional es una sola y no puede expresarse sino por intermedio de los representantes electos del Pueblo. El Tratado de Roma ofrece desde un comienzo una visión confusa de dicho principio, debida a la división de la tarea legislativa entre una autoridad de mercado disfrazada de ejecutivo (la Comisión Europea), una instancia representativa de los diferentes Estados (el Consejo), una asamblea de representantes por sufragio universal (el Parlamento) y un juez facultado para dictar sentencias reglamentarias (el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que "dicta el derecho..."). Por supuesto, al estar compuesto el Consejo por representantes de gobiernos democráticamente electos, quedaba a salvo el principio que dice que la elección es la base del poder legislativo en un régimen democrático. Pero eviden-

⁵⁹ Véase las disposiciones financieras de las leyes del paso a las 35 horas (véase J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, op. cit., núm. 920).

⁶⁰ "Le es lícito al Legislador, tras haber definido los derechos y obligaciones concernientes a las condiciones de trabajo o a las relaciones de trabajo, cederles a los empleadores y a los asalariados, o a sus organizaciones representativas, la tarea de precisar luego de una concertación apropiada las modalidades concretas de aplicación de las normas que áquel promulga" (Tribuna Constitucional, decisión 89-257 del 25 de julio de 1989, *Droit social*, 1989, p. 81, nota X. Prétot, *AJDA*, 1989, p. 796, nota F. Benoit-Rhomer).

temente el conjunto de esa construcción institucional ya desprendía un fuerte aroma a Antiguo Régimen: la Comisión es un nuevo estamento de tecnócratas, doctores de la ley del Mercado único, que tiene su autoridad; el Consejo cumple el papel de los Estados generales, encargados de asegurar una representación más cualitativa (ponderación entre los Estados) que cuantitativa (sufragio universal) de los pueblos de Europa;⁶¹ la figura del juez que dicta leyes, que se suponía abolida para siempre desde 1789, tuvo una nueva epifanía con el juez comunitario; y por último, tenemos una asamblea de representantes por sufragio universal en las diferentes naciones, reducida a hacer el papel de figurantes sin disponer del poder real. Un paso más fue dado con respecto a los países de la zona del euro, con la creación de una autoridad supranacional que acuña moneda (Banco Europeo) y cuyo funcionamiento escapa de todo poder político, una forma inédita desde la época medieval.

En el mismo período, el Tratado de Maastricht permitió que en materia social los agentes sociales pudieran convocarse en la sede del Parlamento durante el proceso de elaboración de las directivas.⁶² Tales "acuerdos legislativos" son indiscutiblemente una innovación jurídica capital. Conducen a una distribución del poder legislativo entre múltiples instancias: la Comisión que toma la iniciativa del proceso legislativo, los agentes sociales, que se adueñan de la iniciativa y negocian el nuevo texto, y por último los Estados miembros que son garantes de los resultados impuestos por la directiva en cada orden jurídico nacional. ¡Tan sólo el Parlamento europeo no es llamado a intervenir en el proceso de elaboración y de puesta en práctica de la

⁶¹ Una anécdota instructiva: el proyecto de preámbulo del Tratado constitucional europeo contenía una cita de Tucídides que definía a la democracia como el poder de la mayoría. Tal definición ha sido considerada contraria al principio de igualdad entre los Estados y fue eliminada en el texto adoptado por la conferencia intergubernamental de junio de 2004 (véase C. Barbier, "Un traité constitutionnel en quête de ses ultimes auteurs", *Demain l'Europe*, 23, julio de 2004, p. 2).

⁶² Disposiciones actualmente "consolidadas" por los art. 138-139 Tratado CE. Cuando la comisión pretende elaborar una directiva en el ámbito social, los agentes sociales tienen la facultad de tomar la cuestión y negociar un acuerdo al cual el Consejo dará fuerza de ley.

ley europea! Tal como lo ha señalado el juez comunitario, se instaura así una nueva versión del principio democrático, una versión donde la "suficiente representatividad acumulada" de los grupos interesados sustituye la representatividad electoral de los diputados europeos.⁶³ Esa nueva versión recuerda también las instituciones feudales, donde la representación equilibrada de los diferentes cuerpos sociales prevalece sobre la ley del número como modo de expresión de la voluntad popular.

Sin embargo, estaríamos equivocados si viéramos en el derecho comunitario una especie de caballo de Troya ajeno a la cultura jurídica francesa, ya que los acuerdos de carácter legislativo consagrados por el Tratado de Maastricht son de factura típicamente francesa. Ningún otro gran país europeo ofrecía en efecto el modelo de una negociación nacional interprofesional asociada con la labor legislativa.

Por lo tanto, lo que el derecho comunitario nos devuelve de algún modo es nuestra propia imagen, aun cuando sea la imagen de nuestra herencia feudal, es decir, un aspecto de la cultura jurídica francesa cuya persistencia y cuya fuerza nos negamos a confesar. Como la escena primitiva freudiana, el período medieval ha sido pasado por alto en numerosos autores contemporáneos cuando describen la génesis de nuestras categorías jurídicas básicas. Cuando no fijan sencillamente el origen del mundo en 1789 (¡y hasta en 1804, fecha de entrada en vigor del Código civil!), saltan directamente de la Antigüedad al Renacimiento, del Derecho romano a los derechos nacionales. La potencia de esa represión es mayor en Francia en la medida en que se trata del país donde el feudalismo conoció su

⁶³ "El respeto al principio democrático, sobre el cual se fundó la Unión, requiere en ausencia de participación del Parlamento europeo en el proceso de adopción de un acto legislativo, que la participación de los pueblos en tal proceso quede asegurada de manera alternativa, en este caso por intermedio de los agentes sociales..." (Trib. de las Comunidades Europeas, 17 de junio de 1998 (aff. T-135-96, CGPME, *Droit social*, 1999, 53, obs. M.-A. Moreau, ver § 89). El Tratado constitucional de la Unión da un paso más en esa dirección al dar lugar a una democracia de tercer tipo (la democracia participativa: art. I-47) junto a la democracia representativa (art. I-46) y al diálogo social "autónomo" (art. I-48).

expresión más acabada.⁶⁴ Nos cuesta ver que la estructura feudal obtenga una nueva modernidad con la decadencia de los Estados nación Y generalmente permanecemos ciegos ante el hecho de que la decadencia de la soberanía de estos últimos no va acompañada en absoluto por un progreso simétrico de la libertad individual, ya que conduce a un resurgimiento de la dimensión feudal de nuestra cultura contractual. A la manera de un vínculo de vasallaje, el contrato sirve hoy para insertar a los hombres libres en una trama de obligaciones que los envuelve y los supera.

La feudalización de las libertades

Uno estaría tentado de pensar que la decadencia de la soberanía de los Estados conduce a un incremento mecánico de la libertad de los individuos. Pero eso significaría olvidar que dicha libertad no puede desplegarse plenamente sino cuando la ley toma a su cargo todo aquello que no es reductible a un intercambio de bienes y servicios, es decir, todo aquello que excede la negociación de valores mensurables.⁶⁵ En cambio, en la medida en que la ley le otorga al contrato la tarea de definir lo que aquélla debe significar, las partes del contrato se encuentran sometidas a objetivos que superan su mero interés patrimonial. En lugar de servir para intercambiar cantidades, el contrato se "publiciza" participando en la definición de un bien común. Tal transformación repercute en la autonomía de la voluntad de las partes, que siguen siendo libres de querer algo, pero bajo la condición de ciertos objetivos que superan su propio interés. Su libertad resulta avasallada por la realización de tales objetivos. En el ámbito socio-económico es donde ese fenómeno se manifiesta más claramente: en el plano individual, por la normalización de los comportamientos, y en el plano colectivo, por la instrumentalización de las fuentes del derecho.

⁶⁴ Véase M. Bloch, *La Société féodale*, op. cit. Sobre los orígenes medievales del contrato moderno, ver *supra*, cap. 3.

⁶⁵ Ver *supra*, cap. 3.

La normalización de los comportamientos

No debe sorprendernos en absoluto que el contrato pueda ser un instrumento de sometimiento de la voluntad de una persona a la de otra. Es el sentido del vínculo de subordinación, típico del contrato de trabajo. Pero ese sometimiento tiende actualmente a tomar una forma nueva. Con la pérdida de importancia del criterio de la subordinación, numerosos asalariados gozan hoy de cierta libertad, pero de una libertad dirigida, sujeta a objetivos suscritos de acuerdo con el jefe empresario. Simétricamente, los empresarios ven reducida su independencia jurídica por su inserción en lazos contractuales o societarios que coercionan su actividad económica. El poder se expresa entonces a través de criterios "objetivos", independientes del poder arbitrario de un jefe. Del gobierno de los hombres se pasa entonces a lo que actualmente se llama la "gobernación". La gobernación es al gobierno lo que la regulación es a la reglamentación y la ética a la moral: una técnica de normalización de los comportamientos que tiende a salvar la distancia entre la ley y el sujeto de derecho. En todos los casos, se trata de obtener de los seres humanos un comportamiento espontáneamente acorde con las necesidades del orden establecido.

Por una ironía de la historia, el Occidente moderno, tan enemigo de los rituales, redescubre así los principios que fundaron el ritualismo en la China imperial y que le permitieron rechazar el "gobierno por medio de leyes".⁶⁶ Como lo demostró Léon Vandermeersch, el orden ritual consiste en modelar las relaciones sociales en base a formas que constituyen las razones de las cosas y la clave de un funcionamiento armonioso del mundo: "Una vez que gracias al respeto por los ritos se introduce la armonía en una sociedad, cada cual se comporta espontáneamente en su sitio de la manera más conveniente para todos y para sí mismo. El ritualismo, que prescinde completamente de las ideas de derecho y libertad, le da en cambio un lugar muy importante a la idea de espontaneidad (*ziran*).". Para expresar esa idea, según la cual la norma no debe ser

⁶⁶ Véase *supra*, cap. 2.

impuesta desde el exterior al hombre sino actuar por una impregnación persuasiva, los autores chinos han recurrido frecuentemente a la metáfora fisiológica de la exudación: "Es preciso que los edictos soberanos embeban el corazón de los hombres como el sudor del cuerpo humano embebe a los hombres, para que los hombres se sometan con confianza. Entonces podrá ser armonizada la dispersión de los seres en el universo."⁶⁷ Dicho ideal se expresa actualmente entre nosotros a través de las ideas de gobernación, regulación o ética, que sirven para impugnar la ley y la coerción en beneficio de la adhesión espontánea a un orden.

En las grandes empresas transnacionales fue donde primero se concibió y experimentó esa nueva manera de disciplinar a los hombres. El dato nuevo en la conducta de tales empresas no es el lugar que en ellas ocupan los intercambios internacionales, sino su emancipación del marco institucional de los Estados. Su modelo actualmente es un sistema mundial donde las funciones particulares (investigación, desarrollo, concepción, ingeniería, fabricación y marketing) están organizadas de acuerdo a un plan transnacional. Emancipadas de la tutela del Estado, pero privadas de sus mercados cautivos, dichas empresas están expuestas a riesgos nuevos en un mundo abierto para el comercio.⁶⁸ Tienen que controlar no solamente a sus asalariados, sino también a todos aquellos cuyas conductas inciden en la realización de sus operaciones (inversores, consumidores, proveedores y subcontratistas, personal político de los países donde se establecen, etc.). Se han vuelto, pues, los laboratorios donde se inventan y se per-

⁶⁷ Cheng Yi, citado por L. Vandermeersch, "An inquiry into the Chinese conception of the law", *loc. cit.*

⁶⁸ En un libro que el editor presenta como la "primera enciclopedia" del "papa del Management", Peter Drucker escribe: "En la multinacional tradicional, los datos políticos y los datos económicos se correspondían. El país constituía el centro de la ganancia o *business unit*. En la transnacional de hoy, aunque también en las antiguas multinacionales obligadas a evolucionar, el país es solamente un "centro de costos". Representa una fuente de complicaciones mucho más que una unidad de organización, de trabajo, de estrategia, de producción o de cualquier otra cosa" (P. Drucker, *Management's Challenges for the 21st Century*, Nueva York, Harper/Collins, 1999, trad. fr. *L'Avenir du Management*, París, Éd. Village Mondial, 1999, cita p. 43). En el mismo sentido, véase la obra pionera de R. Reich, *L'Économie mondialisée*, *op. cit.*

feccionan nuevas técnicas de poder, que luego se difunden en la esfera pública. Por supuesto, tales técnicas le otorgan un amplio espacio a la información y la comunicación. En virtud de las privatizaciones y de la liberalización del comercio, dichas empresas han tomado el control del mundo de las ideas y de las imágenes, participando directamente (toma de control financiero) o indirectamente (financiamiento publicitario) en todos los grandes medios masivos (radio, televisión, diarios, editoriales, producción y distribución cinematográfica) y de tal modo pueden ocupar las mentes con mucha mayor seguridad de lo que nunca pudo hacerlo ninguna iglesia. También han aprendido a conseguir los favores de los hombres políticos y de los intelectuales, convirtiéndolos en gran número a los valores de la empresa, e incluso comprándolos lisa y llanamente, tal como lo muestran los innumerables casos de corrupción que envenenan la vida pública en todos los ámbitos.⁶⁹ También se impulsan técnicas jurídicas nuevas para asegurarse de antemano el control de los subcontratistas (certificación técnica y patentes), para fidelizar en el futuro a los consumidores (recurso a contratos relacionales, que los ligan con el proveedor más allá del suministro puntual de un bien o de un servicio).

Pero es en sus nuevos modos de explotación de los "recursos humanos" donde se deja ver más claramente la dimensión jurídica de las nuevas técnicas de "gobernación". Sin excluir la apelación a rituales (muy de moda en el mundo del *management*), la "gobernación" recicla materiales de la cultura jurídica occidental, especialmente el contrato. Recobrando sus tintes feudales,⁷⁰ el contrato sirve para establecer vínculos de fidelidad de un nuevo tipo sometiendo a los hombres a criterios de evaluación "objetivos" que permiten dictar su comportamiento sin tener que darles órdenes. Dichos vínculos no sólo afectan a quienes trabajan dentro de las empresas o para ellas, sino también a quienes se encuentran excluidos de ellas (los desempleados) e incluso a quienes las dirigen (los patrones).

⁶⁹ Véase Y. Mény, *La Corruption de la République*, París, Fayard, 1992.

⁷⁰ Ver *supra*, cap. 3.

"¡Nos han objetivizado!", es la manera en que los trabajadores designan las nuevas formas de dirección de "recursos humanos" a las cuales los someten.⁷¹ El *trabajador objetivizado* es aquel que, viéndose sometido al poder anónimo de los objetivos por alcanzar, pierde el último elemento de subjetividad que era la relación personal con un jefe. El esquema tayloriano había hecho prevalecer una normalización de los actos del trabajador que anunciaba el concepto de subordinación jurídica. Cada puesto de trabajo estaba desglosado en una serie de actos tan simples y mensurables como fuera posible; el trabajador asignado a ese puesto debía realizar esos actos en el orden y a la velocidad prescritos, y bajo el control de otro asalariado de nivel jerárquicamente superior. Tal organización estaba adaptada a la realización de una producción en masa que obedece a estándares de calidad poco exigentes. Los nuevos esquemas de organización apuntan en cambio a la realización de productos o servicios diversificados y de alta calidad. Es preciso entonces darle al trabajador márgenes de libertad en la realización de su trabajo, retomando así la tradición de las "artes mecánicas" que la organización tayloriana había procurado hacer desaparecer. En esa perspectiva, el peso directo de la jerarquía debe disminuir. El control del trabajador no desaparece, pero su objeto se desplaza. Ya no se refiere tanto a la manera de efectuar una tarea determinada, sino más bien al resultado de esa tarea. En lugar de estar sometidos a las órdenes de un jefe en la ejecución de su trabajo, los asalariados suscriben objetivos en principio transparentes, verificables y conocidos por todos, cuya puesta en práctica da lugar a un procedimiento de seguimiento. Dicho procedimiento sirve para evaluar a la vez las capacidades y actuaciones del asalariado y la pertinencia de los objetivos que se le han asignado, adaptándolos a las lecciones de la experiencia.

A esa dinámica se debe la aplicación en las empresas de normas destinadas a evaluar el aporte de cada trabajador. A la *nor-*

⁷¹ Véase E. Orban, *Services publics! Individu, marché et intérêt public*, París, Syllepse, 2004, p. 47.

malización de los actos que caracterizaba al esquema tayloriano le sucede entonces una *normalización de las personas*. Sigue tratándose de reducir el riesgo inherente al contrato de trabajo (el empresario nunca está seguro de las cualidades del trabajador que contrata); pero esa reducción del riesgo ya no se espera de una codificación de los modos de realización del trabajo, sino de la interiorización que hace cada trabajador de las normas y valores de la empresa. El superior jerárquico no obtiene entonces su poder debido a que sabría actuar mejor que su subordinado (a menudo tiene menos conocimientos que éste con respecto a la tarea que se debe realizar), sino debido a que está habilitado para poner en práctica normas abstractas de evaluación de los rendimientos de dicho subordinado.⁷² Tales normas, elaboradas la mayoría de las veces por expertos ajenos a la empresa, sirven para legitimar las decisiones del empresario, especialmente en el ámbito de los salarios.⁷³ La política de remuneraciones (salarios y participación en los resultados de la empresa), junto a las entrevistas individuales de evaluación y a los acuerdos de objetivos, es en efecto una pieza importante de ese gerenciamiento participativo. A menudo toma la forma de una individualización de los salarios basada en dichas normas (supuestamente objetivas) de evaluación de los cargos y de los rendimientos. Porque obviamente ya no se trata de que el asalariado brinde una parte limitada de su tiempo y obedezca mecánicamente órdenes a cambio de un salario, sino que se trata de dar "lo mejor de sí" para maximizar sus ingresos. Vale decir, se trata de comportarse "como si" fuera independiente. Se ha instaurado así la ficción de un asalariado por cuenta propia. El poder patronal "de derecho divino", omnisciente y omnipotente, deja paso entonces a un poder funcional, que pone en práctica normas de gestión basadas en la

⁷² Algunas de esas normas han tenido mucho éxito en las empresas, como el método Hay de evaluación de los puestos laborales, que integra entre otros factores de evaluación el grado (¡cuantificable!) de "iniciativa creativa" que se demanda del trabajador. Véase C.-H. Besseyre des Horts, *Gérer les ressources humaines dans l'entreprise*, París, Les Éditions d'organisation, 1990, p. 52 sq.

⁷³ Véase B. Raynaud, *Le Salaire, la règle et le marché*, París, C. Bourgois, 1992.

autoridad de expertos que las conciben o aplican en el marco de procedimientos de auditoría.⁷⁴

Rápidamente se planteó la cuestión del alcance jurídico que se le debía dar a los objetivos asignados de ese modo a los asalariados. Según la jurisprudencia, el fracaso en su persecución no es de pleno derecho una causa de despido, ya que para ser contrarios al asalariado deben satisfacer tres condiciones: ser realistas; estar adaptados a la capacidad profesional del trabajador, a la vez en términos de formación y de medios de acción; y por último, es preciso que se tipifique una falta del asalariado que no logró alcanzarlos. Tal jurisprudencia está en todo de acuerdo con los mismos principios de la dirección por medio de objetivos, que apunta a convertir el poder mismo en algo objetivo, expurgado de toda huella de arbitrariedad. Más allá de la dificultad particular que resuelve, esa jurisprudencia expresa una regla de alcance mucho más general: desde el punto de vista jurídico, no hay un criterio "objetivo" que pueda pretenderse que escapa del principio de contradicción. Si el consentimiento informado del asalariado es en adelante una condición de legitimidad de las decisiones patronales, hallaremos otra manifestación en la jurisprudencia que subordina al acuerdo del asalariado la aplicación de una sanción disciplinaria que implica una modificación del contrato laboral.⁷⁵ Muy discutida doctrinalmente, esa jurisprudencia tiene innegables efectos perversos, ya que incita al empresario a que siempre prefiera el despido antes que sanciones menos graves. Pero se ve allí un ejemplo particularmente claro de lo que significa la objetivación de las disciplinas: dejan de ser la expresión de un poder unilateral para expresarse mediante penas consentidas por quienes las sufren. Es decir que la contractualización participa en este

⁷⁴ Véase M. Power, *The Audit Society, Rituals of Verification*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

⁷⁵ Soc., 16 de junio de 1998, Société Hôtel Le Berry, *Droit social*, 1998, p. 803, inf. Ph. Waquet. Ver Chr. Radé "À propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur: critique d'une jurisprudence hérétique", *Droit social*, 1999, 3; M. Morand, "Le contractuel pourchasse le disciplinaire", *JCP*, éd. E, 1998, p. 2058.

caso en una interiorización de las disciplinas, igualmente visible en las últimas evoluciones del derecho penal.⁷⁶

No resulta nada sorprendente entonces que dicho fenómeno se extienda más allá del contrato de trabajo y afecte también a los trabajadores independientes. Dentro del modelo industrial de la empresa centralizada y jerarquizada que engloba todos los aspectos de la fabricación de un producto, era posible hacer una clara distinción entre trabajo subordinado y trabajo independiente, oposición que se diluye en el modelo reticular de la acción económica que hoy prevalece.⁷⁷ En derecho laboral, la idea de subordinación jurídica, del estricto acatamiento de las órdenes de un jefe, se suaviza para dar lugar a la idea de integración dentro de una organización, en cuyo seno los trabajadores son libres en la manera de realizar objetivos convenidos con ellos y que constituyen otras tantas normas impersonales de evaluación que se imponen tanto a ellos mismos como a sus jefes. En derecho civil y comercial, es en cambio la independencia jurídica lo que pierde parcialmente su sustancia para someter a los empresarios a las disciplinas colectivas de redes integradas de producción o distribución. El sector agrícola o el comercial rebosan de esos empresarios dependientes, que asumen las responsabilidades de la empresa sin poder dirigirla libremente.⁷⁸ En ambos casos, se hacen evidentes nuevas formas de subordinación.⁷⁹ En lugar de insertarse en organizaciones colectivas estables y fuertemente jerarquizadas, el trabajo responde cada vez más a procedimientos de coordinación dentro de redes de contornos inciertos. Como método de normalización de las personas, la contractualización con objetivos

⁷⁶ Véase el aumento exponencial de penas tales como el trabajo comunitario o la puesta bajo vigilancia electrónica, cuyo pronunciamiento supone el consentimiento del condenado (P. Poncela, *Droit de la peine*, PUF, "Thémis", 2ª ed. 2001, p. 126 ss.).

⁷⁷ Para un análisis comparativo a nivel europeo, véase A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi*, op. cit., p. 25 sq.

⁷⁸ Véase L. Lorvellec, "L'agriculteur sous contrat", op. cit., recogido en *Écrits de droit rural et agroalimentaire*, París, Dalloz, 2002, p. 331 ss.; L. Amiel-Cosme, *Les Réseaux de distribution*, op. cit.; J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996; M. Behar-Touchais, G. Virassamy, *Les Contrats de la distribution*, LGDJ, 1999.

⁷⁹ Véase "Les nouveaux visages de la subordination", *Droit social*, 2000, p. 1313.

individuales se ha expandido rápidamente fuera de la relación laboral. Particularmente ha sido tomada por cuenta del Estado, que desde hace veinte años ha procurado convertir el contrato en un instrumento de reparación del compromiso social. La creación del ingreso mínimo de inserción (RMI) sirvió como banco de pruebas. La percepción de dicho ingreso debe ir acompañada por la firma de un *contrato de inserción*, que contiene compromisos recíprocos entre el beneficiario, que se compromete en un proyecto de inserción, y la autoridad pública, que se compromete a colaborar en la realización de dicho proyecto.⁸⁰ Una técnica similar sirvió de base algunos años después para la reforma del seguro de desempleo. Inspirada en la experiencia británica del *job seeker agreement*,⁸¹ la principal innovación de la "refundación" de dicho régimen de seguro en el 2000 consistió en contractualizar los vínculos que unen al desempleado con los órganos profesionales del régimen de seguro (Assedic) y con los servicios del Estado (ANPE). En adelante, cada solicitante de empleo debe firmar con la Assedic un *plan de ayuda para el retorno al empleo* (PARE) que recuerda sus derechos y obligaciones así como los de la Assedic y la ANPE. El pago del ingreso sustitutivo (el beneficio de retornar al empleo) es "posterior" a esa firma.⁸² El PARE precisa los compromisos del solicitante de empleo y en particular el de presentarse a una entrevista de fondo en la ANPE a más tardar en el mes siguiente a su firma. A raíz de esa entrevista, la ANPE y el solicitante de empleo acuerdan un *proyecto de acción personalizado* (PAP). Dicho proyecto, que puede ser revisado si el solicitante no encuentra empleo dentro de los seis meses siguientes a la firma del PARE, define los tipos de empleo que corresponden a las calificaciones y a las capacidades profesionales del solicitante o aquellos hacia los cuales preferiría orientarse, y las prestaciones o formaciones que serán necesarias para

⁸⁰ Acerca de este dispositivo, véanse las contribuciones reunidas en los números especiales de *Droit social* (julio-agosto de 1989) y de la *Revue de droit sanitaire et social* (1989, núm. 4).

⁸¹ Véase J. Carby-Hall, "La fonction et l'effet du droit social britannique dans le contexte du débat emploi/chômage", *Rev. interna. dr. comp.*, 1997, 1, 75.

⁸² Reglamento anexo a la Convención del 1º de enero de 2001, art. 1º.

el cumplimiento del proyecto.⁸³ El PAP constituye así un verdadero "contrato con objetivos" donde se encuentran todos los componentes del gerenciamiento participativo (definición contractual de objetivos, procedimiento de evaluación retroactivo de los objetivos iniciales, etc.). Constituye un ejemplo particularmente típico de una evolución mucho más general que sustituye una lógica de control de la aplicación de la ley por una lógica de seguimiento de la realización de un proyecto definido conjuntamente.⁸⁴ La idea de sanción tiende entonces a diluirse dentro de mecanismos contractuales de revisión regular de los derechos y obligaciones de las partes.

Inmediatamente se planteó la cuestión de saber si el desempleado podía negarse a firmar el PARE sin perder su derecho a los subsidios. A favor de una respuesta afirmativa se invocó el hecho de que esa firma constituía una condición nueva para la indemnización por desempleo, que los agentes sociales no tenían derecho a añadir a las condiciones previstas limitativamente por la ley. El Consejo de Estado en cambio estimó que ese plan no creaba obligaciones nuevas a cargo del solicitante de empleo.⁸⁵ La obligación de firmar el PARE es analizada por el juez administrativo como una modalidad de la obligación legal de búsqueda de empleo. El nuevo elemento no es el vínculo entre indemnización y búsqueda de empleo, puesto que ésta siempre fue una condición de aquélla, sino la contractualización de dicho vínculo.⁸⁶ Dicha contractualización tiene como objeto por un lado definir concretamente el contenido de la obligación legal de búsqueda de empleo, y por otro, comprometer jurídicamente al régimen de indemnización

⁸³ Para una presentación de conjunto, ver J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, op. cit., núm. 158 ss. Y para un análisis profundizado de la reforma: "La nouvelle assurance-chômage", *Droit social*, numero especial, abril de 2001.

⁸⁴ Véanse por ejemplo en materia penitenciaria las misiones del servicio de orientación y de comprobación, encargado de asegurar la continuidad de un proyecto de reinserción del detenido (Código de procedimiento penal, art. D. 460 ss.; véase P. Poncela, *Droit de la peine*, op. cit., p. 298 ss.).

⁸⁵ CE 11 jul. 2001, *Revue de jurisprudence sociale*, 10/01, núm. 1157 y 1168.

⁸⁶ Chr. Willmann, "Le chômeur cocontractant", *Droit social*, 2001, p. 384; A. Supiot, "Un faux dilemme: la loi ou le contrat?", op. cit., p. 68.

para que facilite dicha búsqueda. Habiendo admitido luego la jurisprudencia que el PARE en realidad era un contrato (y es del interés de los desempleados que el seguro de desempleo quedara así vinculado a sus compromisos),⁸⁷ la posición adoptada por el Consejo de Estado significa que una obligación de contratar puede estar implícitamente contenida en una obligación legal. En la medida en que la obligación de buscar empleo es impuesta por la ley, no significaría nada añadir que sea objeto de un contrato, y eso es lo que evidentemente abre amplias perspectivas para las técnicas de feudalización de las personas. Pero también es lo que muestra que el contrato no sale indemne de la contractualización de una obligación legal. Ésta en efecto va acompañada necesariamente de obligaciones de contratar que alteran, es lo menos que podemos decir, el principio de la libertad contractual.

Podríamos pensar que, siendo los dirigentes de las empresas privadas o de las administraciones públicas los detentadores del poder, se libran de lo que implican esas nuevas técnicas de poder. Pero no es así en absoluto, y tanto unos como los otros también están presos en las redes de la "gobernación". La diferencia entre el Estado y la empresa es menos una cuestión de estructura que una cuestión de Referencia. El Estado refiere valores cualitativos, supra-patrimoniales; tiene a su cargo el destino de los hombres y su horizonte es la larga duración de la vida de los pueblos. La empresa refiere valores cuantitativos, patrimoniales; tiene a su cargo la fabricación de productos o el cumplimiento de servicios y su horizonte es la corta duración de los mercados. Es lo que vuelve aterradora la idea, hoy muy difundida, de que es preciso gerenciar el Estado como se gerencia una empresa y que no hay diferencia de naturaleza entre el poder económico, el poder político y el poder administrativo. No resulta por ello menos cierto que las mismas cuestiones organizacionales se les pueden plantear a los Estados y a las empresas y que sus estructuras han seguido en la historia evoluciones a menudo

⁸⁷ TGE Marseille, 15 abr. 2004; véase A. Supiot, "La valeur de la parole donnée (à propos des chômeurs 'recalculés')", *Droit social*, 2004, p. 541.

paralelas. Tal como los Estados, las grandes empresas actualmente se enfrentan a la imposibilidad de decidir todo en la cumbre y deben inventar nuevos modos de gobierno de los hombres. Como los Estados, atraviesan una crisis de legitimidad, que en su caso se traduce en un resurgimiento de la autoridad de los accionistas por encima del poder tecnocrático de los gestores. Como en los Estados, sus dirigentes debieron redefinir su función en el sentido de una fijación de objetivos cuya puesta en práctica detallada es remitida a procesos negociados individual y colectivamente. Incluso la figura de las autoridades independientes no deja de estar presente en las empresas, tanto en el ámbito financiero (autoridades de mercado, comisarios de cuentas) como en el de la producción (agencias de normalización y certificación).

El jefe empresario sigue siendo en principio el único juez de sus decisiones de gestión, y el único responsable por los errores cometidos en el marco de la empresa que dirige, pero esa soberanía se ve afectada por la penetración de disciplinas "objetivas" en la esfera contractual. Como sus asalariados o subcontratistas, o como los desempleados, está sujeto al cumplimiento de objetivos a los cuales se supone que ha adherido. La figura del empresario dependiente, que prospera con las *redes empresariales*, es la manifestación más evidente del influjo de la dirección mediante objetivos sobre el mismo poder patronal.⁸⁸ Mientras que en un grupo societario el director de una filial se halla jurídicamente sometido a las órdenes de la sociedad matriz (por medio de los órganos sociales), en el seno de una red la actividad de cada empresa se halla sometida al respeto de normas de calidad y eficiencia que no dependen del arbitrio de ninguna de ellas, sino a las cuales todas han adherido contractualmente. Tales normas "objetivas" (ISO) son normas privadas, elaboradas por expertos en el seno de agencias supuestamente independientes. Su observación es igualmente controlada por organismos independientes de certificación,⁸⁹ y extraen su fuerza coe-

citiva de la trama contractual que teje jurídicamente la red. Con tales montajes, que evocan irremediablemente formas preindustriales de organización de la economía,⁹⁰ el contrato se vuelve un instrumento de disciplinas comunes, de normalización, en el sentido más técnico del término, del ejercicio del poder de dirección de los jefes empresarios.

Las técnicas de normalización también han sido aplicadas para vincular a los directivos empresarios en la defensa de los intereses de los accionistas. Éste fue el objeto de los principios de la *corporate governance* tal como fueron enunciados primero en los países anglosajones y luego en Europa continental.⁹¹ Dichos principios tienen como objeto someter la dirección de las empresas a objetivos de "creación de valor" para los accionistas (*i. e.* objetivos de enriquecimiento de los poseedores del capital social). Ese sometimiento no se expresa por medio de órdenes dadas al dirigente de empresa (que sigue estando libre en cuanto a las vías y medios de "creación de valor"), sino por medio, también en este caso, de la aplicación de normas "objetivas": las normas contables que al mismo tiempo van a imprimir y expresar sus decisiones de gestión. Sabemos que la técnica contable distingue la contabilidad de gestión (llamada analítica) y la contabilidad financiera (destinada a informar a terceros). En el caso de los grupos de sociedades, las reglas de la contabilidad financiera (cuentas consolidadas) son elaboradas por autoridades internacionales de derecho privado, conformadas

⁹⁰ Véase Ph. Minard, "Contrôle économique et normes de production dans la France des Lumières", en Istituto Datini, *Poteri economici e poteri politici (secc. XIII-XVIII)*, Firenze, Le Monnier, 1999, p. 641 ss.

⁹¹ A fines de los años ochenta, se publica el informe del *American Law Institute* titulado *Principles of Corporate Governance*, seguido unos años después en el Reino Unido por un *Code of Best Practice* surgido de las investigaciones de la Comisión Cadbury; véase una presentación de esos textos por A. Tunc, "Le gouvernement des sociétés anonymes. Le mouvement de réforme aux États-Unis et au Royaume-Uni", *Rev. interna. dr. comp.*, 1994, vol. 1, p. 59-72; asimismo N. Decoopman, "Du gouvernement des entreprises à la gouvernance", en *La Gouvernabilité*, obra colectiva, PUF, 1996, p. 105 ss.; B. Brunhes, "Réflexions sur la gouvernance", *Droit social*, 2001, p. 115.

⁸⁸ Véase "Les nouveaux visages de la subordination", *op. cit.*

⁸⁹ Véase F. Mayer (dir.), *Certifier la qualité?*, *op. cit.*

por expertos en principio independientes.⁹² Las normas elaboradas por esas autoridades han sido reformadas desde hace unos veinte años para reflejar mejor las actuaciones de las empresas en materia de "creación de valor" por medio de indicadores como el *economic value added*. Fue así que precisamente se abandonó el viejo (y prudente) principio llamado del costo histórico, que decía que un bien no se contabiliza sino por su valor de adquisición. En efecto, la prudencia sugiere que la depreciación de un bien se tenga en cuenta (mediante las técnicas de amortización o por la constitución de fondos de provisión), pero que no se especule sobre su supuesto aumento de precio. Ese presupuesto ha sido reemplazado por el principio de "*fair value*", según el cual un activo debe ser contabilizado al valor actualizado de los flujos de ingresos futuros que se supone generará, es decir, en la práctica, a su valor de mercado el día de cierre de las cuentas (llamado valor de mercado instantáneo).

Todo el problema del dirigente empresario, y la condición para que se mantenga en su puesto, consiste en incrementar ese valor. Los salarios en cambio son contabilizados como gastos y su reducción drástica, en especial con las reducciones de efectivos, basta para crear mecánicamente "valor" en la imagen contable de la empresa. La dirección de la empresa (contrataciones, despidos, compras, ventas, préstamos, etc.) se encuentra, pues, íntegramente determinada por su imagen contable (de allí los despidos bursátiles). El principio de *fair value* está a punto de ser importado con una perfecta unanimidad por la Unión Europea, en el mismo momento en que muestra sus graves inconvenientes en los Estados

⁹² Por una parte, el *Financial Accounting Standards Board* (FASB) cuyas normas (llamadas US GAAP) son observadas por las empresas norteamericanas, y por otra parte el *International Accounting Standards Committee* (IASC), cuyo Consejo de normas contables (IASB) elabora las normas llamadas IAS ("International Accounting Standards") de alcance internacional. El IASC es una fundación de derecho privado con sede en Londres y actualmente presidida por el antiguo presidente de la reserva federal norteamericana. Véase Y. Lemarchand, "Le miroir du marchand. Une histoire de la norme comptable", en A. Supiot (dir.), *Tisser le lien social*, op. cit., p. 213.

Unidos.⁹³ Es obviamente ilusorio creer que las normas contables son reglas "puramente técnicas", exentas de toda decisión política. La estimación de los flujos de ganancias futuras es un ejercicio aventurado que se parece más a la estipulación de precios de las indulgencias celestes que a la ciencia experimental. Y también se podría considerar que la creación de valor que se debe tomar en cuenta fuera el aporte neto de la empresa no a sus accionistas, sino a los países en los cuales está implantada; o bien contabilizar los fondos capitalizados por los retiros como una carga y no como un activo; o incluso decidir que las opciones de *stock* deben ser contabilizadas como cargas... No existe en realidad una norma "puramente técnica", y la técnica contable, como cualquier sistema normativo, se ve afectada por una determinada representación de un orden justo, por creencias y no por una ciencia experimental. Un Legislador preocupado por frenar los despidos bursátiles estaría mejor encaminado si se inquietara por el contenido de esas normas antes que dedicarse a complicar el derecho de despidos. Se remontaría entonces por encima de la decisión patronal, hacia aquello que la determina, en lugar de agotarse en limitar sus efectos. Dentro de un sistema de normas que contabiliza a los hombres siempre como costos y nunca como una riqueza, el derecho de despidos no es sino el medio para limitar una fractura social programada.

Los métodos así experimentados y aplicados en la esfera privada se expanden actualmente en dirección a los asuntos públicos, lo que debería transformar profundamente la noción misma de administración. En Francia encontramos una manifestación particularmente llamativa de esa expansión en la nueva ley orgánica referida a las leyes financieras (LOLF).⁹⁴ Esa nueva "constitución

⁹³ El 12 de marzo de 2002, el Parlamento europeo adoptó casi por unanimidad un proyecto de reglamento de la Comisión que impone a las sociedades cotizantes la adopción de las normas IAS a partir de 2005. Esas reglas comunes se llamarán en el futuro "International Financial Reporting Standards" (IFRS).

⁹⁴ Ley núm. 2001-692 del 1º de agosto de 2001, que entrará en vigor en 2006. Ver los *dossiers* dedicados a esa ley por la *Revue française de finances publiques*, 76, noviembre 2001, y 82, junio de 2003; asimismo, M. Bouvier, "La loi organique du

financiera" del país someterá el gasto público a los métodos de la dirección por objetivos. Los créditos serán afectados por programas "destinados a poner en práctica una acción o un conjunto coherente de acciones que dependan de un mismo ministerio y al cual se asocien objetivos precisos, definidos en función de finalidades de interés general, así como de resultados esperados y que serán objeto de una evaluación" (art. 7). Los créditos (excepto el personal) afectados a un programa determinado se han vuelto intercambiables, lo que liberará la conducción de ese programa de toda definición *a priori* de los tipos de gastos. Durante la presentación de un proyecto de ley de financiación, cada programa deberá ir acompañado de un "proyecto anual de rendimiento" que contenga en particular "la presentación de acciones, costos asociados, objetivos buscados, resultados obtenidos y esperados para los años futuros medidos por medio de indicadores precisos cuya elección esté justificada" (art. 51). Un "informe anual de rendimiento" dará a conocer, de manera simétrica, los resultados obtenidos por cada programa. La ley asocia con la reforma la puesta en marcha de una contabilidad general del Estado, llamada también "contabilidad del ejercicio", cuyas reglas no se distinguen de las aplicables a las empresas "salvo en razón de las especificidades de su acción" (art. 30). A semejanza de las empresas, las cuentas del Estado deberán ser "regulares, honestas y brindar una imagen fiel de su patrimonio y de su situación financiera" (art. 27), y serán objeto de una certificación (confiada al Tribunal de Cuentas).⁹⁵ La finalidad de esa reforma es propagar la cultura de la "gobernación" dentro de la administración. En lugar de tener que garantizar la adecuación del gasto a reglas fijadas *a priori*, sus responsables tendrán mucha mayor libertad en la conducción de una acción tendiente al cumplimiento de objetivos que ellos mismos

1^{er} août 2001 relative aux lois de finances", *AJDA*, 2001, p. 876; L. Tallineau, *Rev. fr. dr. adm.*, 2001, 6, p. 1205; L. Philip, *Revue française de droit constitutionnel*, 2002, 49, p. 199; S. Damarey, "L'administration confrontée à la mise en œuvre de la LOLF", *AJDA*, 2003, p. 1964.

⁹⁵ Véase L. Levoayer, "Fondements et enjeux de la réforme de la comptabilité de l'État", *La Revue du Trésor*, enero de 2003, 1, p. 3.

habrán ayudado a definir. Pero a cambio deberán dar cuenta de la eficacia de dicha acción, que será evaluada tomando en cuenta criterios "objetivos" y cuantificados. Esa reforma le proporciona a la contractualización de la acción pública el instrumento financiero que le hacía falta.

La instrumentalización de las fuentes del derecho

El crecimiento exponencial de las técnicas contractuales se observa también en la elaboración del derecho, pero tampoco se traduce en un incremento de la libertad de los contratantes. Muy por el contrario, en la medida en que participan en las fuentes del derecho, las convenciones se cargan de normas que escapan a la voluntad de quienes las negocian o las ponen en práctica. El derecho convencional es instrumentalizado por la ley, que programa su negociación. Pero a la inversa la ley y el reglamento pueden ser a su vez intrumentalizados mediante acuerdos que se sitúan antes de la decisión política y que fijan su orientación.

Tal instrumentalización se pone primero de manifiesto en la evolución del Derecho de negociación colectiva. Desde hace una treintena de años, la convención colectiva paulatinamente dejó de ser un simple acuerdo sobre los intereses de los empleadores y de los asalariados representados durante su negociación para convertirse en un instrumento de realización de objetivos que trascienden dichos intereses. Tal evolución afecta al mismo tiempo la identidad de las partes contratantes y los objetos de la negociación.

Las condiciones que deben cumplirse para firmar una convención colectiva se han endurecido considerablemente con el correr de los años. En su origen, la firma de una convención colectiva era posible para cualquier asociación de trabajadores o de empleadores. En etapas sucesivas, se edificó una condición de *capacidad convencional* cada vez más restrictiva. En un principio, esa capacidad, en lo concerniente a la representación de los asalariados, estaba reservada a los sindicatos profesionales, y luego a los sindicatos que justificaran su representatividad. Con los acuerdos derogatorios de 1981, y luego con la reforma de las 35 horas, apa-

reció una condición de representación mayoritaria, cuya generalización luego solicitaron y obtuvieron los agentes sociales.⁹⁶ Dicha evolución se refleja en el derecho comunitario con la exigencia de una "representatividad acumulada suficiente" de los firmantes de los acuerdos con fuerza de ley instituidos por el tratado de Maastricht.⁹⁷

La exigencia de una capacidad convencional es el corolario del cambio de función de la convención colectiva. Desde el momento en que resuelve cuestiones de interés general, su elaboración debe ser obra de personas morales investidas por los poderes públicos (el gobierno o el juez) y que se justifican por la ley del número (representación mayoritaria, referéndum). La democracia no parlamentaria que se busca a través de la evolución de la convención colectiva conduce, pues, a técnicas de habilitación de contratantes legítimos, aptos para participar en la elaboración contractual de las leyes.

También los objetos de la negociación les son impuestos a los contratantes con el auge de las *obligaciones de negociar*. En un régimen de libertad contractual, nadie está jurídicamente forzado a iniciar negociaciones ni mucho menos a contratar. El derecho laboral francés comenzó a apartarse de ese principio desde 1971, con el reconocimiento del derecho de los asalariados a la negociación colectiva, y más claramente aún desde 1981, con la instauración de las primeras obligaciones de negociar. Tal innovación legal fue presentada por el mismo Legislador, e interpretada por la jurisprudencia y la doctrina, como la consagración de un nuevo

⁹⁶ La "postura común sobre las vías y los medios de ampliación de la negociación colectiva" adoptada por ellas en julio de 2001 (*Liaisons sociales*, 1º de agosto de 2001, C¹, núm. 174) fue retomada en ese punto por el legislador en la reforma del derecho de negociación colectiva acaecida en 2004. Véase M.-L. Morin, "Principe majoritaire et négociation collective: un regard de droit comparé", *Droit social*, 2000, p. 1083 ss.; G. Borenfreund, "L'idée majoritaire dans la négociation collective", *Mélanges M. Despax*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse, 2002, p. 429-444.

⁹⁷ Véase Tribunal de las Comunidades europeas, 17 de junio de 1998 (aff. T.135-96), GGPME, *Droit social*, 1999, p. 53.

derecho para los trabajadores. Un análisis que no es equivocado, pero sí fuertemente reduccionista. La ley en efecto no se limita a imponer una negociación colectiva, sino que fija los objetos de la negociación. La lista de dichos objetos, y por consiguiente de las obligaciones de negociar, no deja de ampliarse con el correr de los años. En 1981, las reformas Auroux sólo imponían la negociación anual de los salarios y de la duración de la jornada laboral, así como la negociación quinquenal de las calificaciones profesionales, es decir, la negociación de los elementos esenciales de la relación laboral. Pero a partir de entonces, los aspectos más diversos del derecho laboral han sido puntualmente afectados por la obligación de negociar: la formación profesional, el ahorro salarial, la igualdad entre hombre y mujeres, etc. La misma tendencia se observa en el derecho comunitario; ya se trate de instaurar un "comité empresario europeo" dentro de las firmas transnacionales, de instituir la sociedad anónima europea o de organizar la representación y la consulta de los representantes de los trabajadores, las directivas crean obligaciones de negociar, ya sea especiales (grupos especiales de negociación) o generales.⁹⁸ La obligación de negociar no es una obligación de contratar y estaríamos equivocados si viéramos en esa evolución un simple retroceso del poder unilateral del empresario. Tal vez lo esencial esté en otro lugar, en el hecho de que las partes en la negociación ya no son contratantes libres, dueñas del objeto de su contrato, sino que se convierten en agentes de aplicación de políticas de interés general (políticas de formación profesional, de igualdad entre hombres y mujeres, de empleo, etc.), instrumentos obligados de cumplimiento de objetivos que deben hacer suyos aun cuando hayan sido definidos fuera de ellos.

La instrumentalización de las fuentes del derecho afecta también al poder legislativo o reglamentario, cuando debe ejercerse

⁹⁸ Véase el citado art. 4 de la directiva 2002/14/CE del 11 de marzo de 2002, que prevé que la consulta debe ser conducida "con miras a desembocar en un acuerdo", cuando se refiere a "las decisiones capaces de ocasionar modificaciones importantes en la organización del trabajo o en los contratos de trabajo". No vemos qué decisión importante podría escapar de una definición tan general.

con miras a realizar objetivos fijados por convenciones a las cuales los Estados han adherido. Al igual que las direcciones de las grandes empresas se hallan sometidas al cumplimiento de objetivos de creación de valor, del mismo modo los gobiernos de la mayoría de los Estados (excepto los Estados Unidos) actualmente son invitados a convertirse en instrumentos de realización de programas a los que se supone han adherido libremente, y que ponen en práctica normas "técnicas" elaboradas por autoridades internacionales. Numerosos países del Sur son invitados así a plegarse voluntariamente a las disciplinas de "planes de ajuste estructural" que ponen en práctica los indicadores de buena gestión definidos por los expertos de las instituciones económicas y financieras internacionales. De manera semejante, la Unión Europea ha elaborado nuevos modos de "gobernación" según los cuales los Estados miembros acuerdan indicadores comunes, elaborados por la Comisión, que luego deben "guiar" (*guide lines*) las políticas llevadas adelante a nivel nacional. Lejos de limitarse a las cuestiones sociales (en especial a las políticas de empleo, con líneas directrices fijadas anualmente),⁹⁹ ese "método abierto de coordinación"¹⁰⁰ se ha vuelto la forma típica de la "gobernación" europea desde la adopción de los criterios de convergencia económica y de las disciplinas inducidas por la moneda común. La *dura lex* del derecho romano deja paso entonces a la suavidad de reglas convenidas (*soft law*) que programan la libertad que se reconoce a los Estados miembros para fijarse sus propias leyes. Los Estados pueden procurar como mejor les parezca el cumplimiento de objetivos sobre los cuales han acordado, pero la realización de tales objetivos da lugar a una evaluación regular por parte de las autoridades comunitarias (Comisión, Banco Europeo) sobre la base de criterios "técnicos" (*benchmarking*). También allí estamos dentro

⁹⁹ Véase P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, *op. cit.*, núm. 18.

¹⁰⁰ Bajo este nombre genérico los juristas norteamericanos que se interesan en Europa designan actualmente esas nuevas formas de *soft law*, aunque la expresión se use de manera más restrictiva en el tratado CE (art. 30 y 40). Véase Ch. Sabel, "L'Europe sociale vue des États-Unis", en *Le Droit social vu d'ailleurs, Semaine sociale Lamy*, número especial, 2002.

de una lógica de dirección por objetivos, con su habitual arsenal normativo: los indicadores "neutros" de rendimiento, la libertad programada de los sujetos de derecho y las autoridades expertas encargadas de velar por el cumplimiento de los objetivos convenidos.

Por supuesto, como las normas contables o las normas ISO, los indicadores de política pública elaborados en el plano comunitario no son normas "puramente técnicas" que por naturaleza debieran sustraerse del debate contradictorio, parlamentario o judicial.¹⁰¹ Sin embargo, son tratadas como tales, y es uno de los grandes riesgos que le hace correr a la democracia ese nuevo modo de "gobernación", que no se expresa en un retroceso de la ley ante el contrato, sino en un proceso de mutación del contrato y de la ley. Su característica general es que hoy se trata menos de fijar reglas que de crear lazos que condicionen el comportamiento de cada sujeto de derecho (Estados, sindicatos, asalariados, dirigentes empresariales, etc.). Dentro de ese sistema ya no existe un sujeto absolutamente soberano, y cada uno debe volverse el agente de una regulación conjunta que ya no se delibera verdaderamente en ninguna parte.¹⁰²

Desde ese punto de vista, sería vano deplorar sólo por principio el resurgimiento de lazos de Derecho de factura feudal. Pero en cambio es preciso criticar los fundamentos, radicalmente nuevos, de ese orden normativo emergente, ya sea que se trate de la neutralidad de la norma técnica, la autoridad científica de los expertos, el sujeto liberado de las leyes u otros versículos del credo contemporáneo. Porque si la contractualización puede permitir que se renueven los términos de la necesaria conciliación entre

¹⁰¹ Sobre este punto, véase la notable demostración de R. Salais, "La politique des indicateurs. Du taux de chômage au taux d'emploi dans la stratégie européenne pour l'emploi", *op. cit.*

¹⁰² El mejor concepto para caracterizar ese sistema tal vez sea el que forjó Gierke en el siglo XIX en oposición a la tradición romanista y que tuvo cierto éxito en la doctrina alemana bajo el nazismo: *das personen rechtliches Gemeinschaftsverhältnis* (que se podría traducir como "relación jurídica personal de pertenencia a la comunidad"), que refleja la dimensión subjetiva del vínculo comunitario.

interés particular e interés general, también puede dar paso a formas inéditas de opresión. Sabemos que para edificar una escena institucional, al menos después de Gaius, hace falta contar no solamente con las personas y con las cosas, sino también con la acción,¹⁰³ es decir, con el derecho dado a las personas para cuestionar el estado de las cosas. Uno de los aspectos más preocupantes de la ideología de la gobernación es que no le otorga lugar alguno a los conflictos y a la acción colectiva de los hombres en la marcha de las sociedades.¹⁰⁴ Se vincula así paradójicamente con la utopía totalitaria de un mundo libre de conflictos sociales. Un dirigente chino, interrogado recientemente sobre el horizonte institucional de su inmenso país, respondió que debía aprender de Occidente y convertirse en una "dictadura democrática". Es una de las paradojas de los estudios comparados: a menudo se ve mejor desde lejos.

¹⁰³ "Omne autem ius quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones" (Gaius, *Instituciones*, I, 8).

¹⁰⁴ Véase A. Supiot, "Revisiter les droits d'action collective", *Droit social*, 2001, p. 687.

6. Vincular la humanidad: el buen uso de los Derechos Humanos

*Deberíamos poder entender que las cosas
no tienen esperanza y sin embargo
estar decididos a cambiarlas.*

F. SCOTT FITZGERALD¹

Lo que se denomina "globalización" no es un fenómeno radicalmente nuevo, sino la última etapa de un proceso plurisecular de mundialización, cuyos orígenes podemos hacer remontar al Renacimiento y a la conquista del Nuevo Mundo. Desde el exterminio de los indios americanos hasta nuestros días, ese proceso siempre se identificó con la dominación ejercida por los países occidentales sobre todos los demás. Tal dominación no se basó en alguna superioridad física o moral de Occidente, sino en la potencia material que extrae de su ciencia y su técnica. La ampliación al mundo entero de la ciencia y las técnicas occidentales, y de la economía de mercado por añadidura, plantea actualmente con nuevos bríos una pregunta que para nada es nueva: ¿existen creencias comunes a toda la humanidad, vale decir, valores universalmente reconocidos, si no observados, y capaces de proporcionar una base institucional para dicha globalización? O bien por el contrario, ¿son los sistemas dogmáticos impermeables unos respecto de otros y sólo pueden ignorarse o hacerse la guerra?

Por supuesto, esta pregunta en primer lugar se refiere a los Derechos Humanos. Opone a quienes creen en su universalidad con aquellos que no creen en ella. Para unos, los Derechos Humanos le proporcionan al mundo globalizado las Tablas de la ley universal que necesita, mientras que los otros no los ven sino como "derechos del hombre blanco" que sirven para legitimar la dominación de Occidente sobre el resto del mundo. El rechazo de

¹ *La Fêlure*, París, Gallimard, 1963, p. 341 [Hay edición castellana con el título de *El crack-up*].

los Derechos Humanos, de lo cual han dado al mundo múltiples ejemplos las experiencias totalitarias, dictatoriales o coloniales de Occidente, está pues a punto de triunfar en las mentes de numerosos habitantes de los países que tienen que sufrir su dominación. Tal como lo señala Simone Weil en una nota sobre la colonización redactada en 1943 para el gobierno francés en el exilio en Londres,

“como el alcoholismo, la tuberculosis y algunos otras enfermedades, el veneno del escepticismo es mucho más virulento en un terreno no hace mucho indemne. Desgraciadamente no creemos en gran cosa. Por nuestro contacto fabricamos una especie de hombres que no cree en nada. Si esto continúa, algún día sufriremos el contragolpe, con una brutalidad de la cual Japón [en 1943] sólo nos ofrece un anticipo”.²

En efecto, es en el terreno de las creencias donde se plantea la cuestión de los Derechos Humanos. Toda reflexión al respecto debe comenzar tomando nota de su naturaleza dogmática y reconocer que son los artículos de un credo surgido de los valores de la cristiandad occidental. Pero su naturaleza dogmática no debe llevar a descalificarlos. Un dogma también es un recurso, tal vez el más indispensable para la vida humana, ya que lo propio de esa vida es que los hombres deben atribuirle un sentido, aun cuando ésta no tenga ningún sentido demostrable. Deben hacerlo a riesgo de caer, si no, en el sinsentido y la locura individual o colectiva. No podemos actuar libremente sin referencias seguras que le den sentido a nuestra acción y por tal motivo, como indica Tocqueville, “no hay sociedad que pueda prosperar sin creencias semejantes; o más bien no hay ninguna que subsista así”.³ Es en tanto que recurso dogmático que los Derechos Humanos participan en la empresa tecno-científica. Por un lado, la legitiman; por el otro, sirven para encauzarla, evitando que se convierta en una empresa de deshumanización. El amplio repertorio de

² S. Weil, “À propos de la question coloniale dans ses rapports avec le destin du peuple français”, *Œuvres, op. cit.*, p. 429.

³ Véase Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, II, I, cap. II, “De la source principale des croyances chez les peuples démocratiques”, *op. cit.*

atrocidades inéditas cometidas en el siglo XX muestra cuán indispensable resulta esta última función y adónde puede llevar una tecno-ciencia emancipada de la dogmática de los Derechos Humanos. Pero para que los Derechos Humanos sigan cumpliendo esa función dogmática, es preciso que su interpretación evolucione junto con el desarrollo histórico y con la extensión geográfica de las ciencias y las técnicas, lo cual supone que los no-occidentales se los apropien y enriquezcan así su sentido y su alcance. Sólo entonces los Derechos Humanos dejarían de ser un credo *impuesto* a la humanidad para volverse un recurso dogmático común y abierto a la interpretación de todos.

El credo de los Derechos Humanos

La naturaleza dogmática de los Derechos Humanos es difícil de refutar. Por cierto, hoy muchos quisieran fundarlos en una “verdad científica”, y vemos por ejemplo aquí y allá a bienintencionados que esgrimen la identidad biológica de todos los seres humanos para justificar su igualdad jurídica.⁴ Aunque animados por las mejores intenciones, retoman así una orientación sociobiológica que fue caldo de cultivo del nazismo y de la Shoah, porque argumentar en ese terreno significa postular que unas diferencias biológicas serían de tal índole que justificarían desigualdades jurídicas; y que por lo tanto, si la ciencia, que durante tanto tiempo afirmó que tales diferencias existían, llegase a establecerlas nuevamente en el futuro, entonces habría que renunciar al principio de igualdad.⁵ Si descartamos la tentación del

⁴ Véase las numerosas declaraciones que acompañaron el 11 de febrero de 2001 la publicación simultánea en las revistas *Nature* y *Science* de la secuencia del genoma humano y según las cuales la lectura de ese “Gran Libro de la Vida” (*sic*) nos garantizaría la inexistencia de las razas (“Les bouleversantes révélations de l’exploration du génome humain”, *Le Monde*, 13 de febrero de 2001).

⁵ Se pudo ver este giro en círculo entre los partidarios de la no diferenciación de hombres y mujeres (las llamadas teorías del *gender*) que, tras haber proclamado que la ciencia les daba la razón, deben ahora hacer frente a nuevas “verdades científicas” que establecen diferencias en la organización cerebral de los dos sexos (véase M. Lansky, “Du genre, des femmes et de tout le reste”, *Revue internationale du travail*, vol. 139, 2000/4, p. 539, espec. p. 553 ss.).

fundamentalismo cientificista, es forzoso reconocer que los Derechos Humanos son otros tantos postulados institucionales: afirmaciones indemostrables que son la piedra angular de nuestros edificios jurídicos. Habiéndose retirado Dios de nuestros montajes institucionales, es el Hombre quien ocupa hoy su lugar, y la secularización de nuestras sociedades ha dado paso, según las profecías de Augusto Comte, al advenimiento de una "Religión de la humanidad".⁶ Pero tal como se ha mostrado a lo largo de los capítulos anteriores, dicha religión, en la cual invitamos a comulgar al mundo entero, se inserta en la larga historia de los sistemas de creencias que han predominado en Occidente y lo han moldeado.

Dicha filiación se advierte en primer lugar en el rostro de ese hombre intemporal y universal al que se refieren todas nuestras declaraciones de derechos.⁷ El Hombre de los Derechos Humanos tiene todos los rasgos de la "*imago Dei*" que hemos descubierto en el *homo juridicus* occidental.⁸ Como el *homo juridicus*, ese Hombre es en primer lugar un *individuo*, en el sentido a la vez cuantitativo (unidad) y cualitativo (unicidad) de ese término de origen jurídico (derecho romano: *indivis*). Como ser indivisible, es la partícula elemental de toda sociedad humana, partícula estable y enumerable, dotada de propiedades jurídicas constantes y uniformes. Como ser único, es incomparable con cualquier otro y constituye en sí mismo su propio fin. Es un ser completo y aislado, que trasciende los grupos sociales diversos y cambiantes en los que participa.⁹ La "familia humana"¹⁰ es a partir de allí una inmensa fratría, una socie-

⁶ "La Humanidad sustituye definitivamente a Dios, sin olvidar sus servicios provisionales", escribe entonces como conclusión de su *Catéchisme positiviste*, *op. cit.*, p. 299. Renan le responde cuando al concluir *L'Avenir de la science* (1890, GF-Flammarion, 1995, p. 491 [*El porvenir de la ciencia*, Valencia, 1930]) le grita a Dios: "¡Adiós! ¡Aunque me hayas engañado, te sigo queriendo!"

⁷ Me refiero en este caso al texto de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre adoptada por la Asamblea general de las Naciones unidas el 10 de diciembre de 1948.

⁸ Ver *supra*, cap. 1.

⁹ Decl. Univ., art. 16, que hace de la pareja y la familia objetos de derechos individuales.

¹⁰ Decl. Univ., primer considerando del preámbulo.

dad de iguales donde el choque de los derechos individuales entra necesariamente en disputa con el "espíritu de fraternidad".¹¹ En una sociedad reducida así a una colección de individuos formalmente iguales, la clave de un orden justo no puede en efecto ser hallada sino en la competencia entre los individuos. Semejante imagen es obviamente muy diferente de la que prevalece en otras numerosas culturas, donde el hombre siente que en él cohabitan varios seres y donde se ve como parte de un Todo que lo atraviesa y lo sobrepasa, que lo ha precedido y lo sobrevivirá.

El Hombre de los Derechos Humanos es además un *sujeto* soberano. Como el *homo juridicus*, es dueño de una dignidad propia,¹² nace libre, dotado de razón y poseedor de derechos.¹³ Es un sujeto en los dos sentidos del término: está sujeto al respeto de la ley y es protegido por ella,¹⁴ pero también es un "yo" activo, capaz de fijarse sus propias leyes y que como tal debe responder por sus actos. En las declaraciones de derechos, se encuentran los dos planos en que se expresa ese control humano de las leyes. Por una parte, el plano de las leyes científicas, cuyo "descubrimiento" reemplazó a la Revelación divina¹⁵ y que le permiten al Hombre hacerse dueño de la Naturaleza.¹⁶ Por otra parte, el de las leyes civiles, que extraen su legitimidad del pueblo al cual se aplican,¹⁷ pues la soberanía individual, tal como se expresa mediante el voto (que ya no es definido como una función, sino como un derecho individual),¹⁸ es la base de las instituciones donde cada uno debe poder actuar libremente.¹⁹ Es obvio que semejante visión resulta

¹¹ *Ibid.*, art. 1º.

¹² El reconocimiento de esa dignidad es la primera afirmación del preámbulo de la Declaración Universal. Sobre el origen monárquico de ese concepto, ver *supra*, cap. 1.

¹³ Decl. Univ., art. 1º.

¹⁴ *Ibid.*, art. 7 *sq.* y 29-2.

¹⁵ *Ibid.*, art. 27 (derecho a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten).

¹⁶ *Ibid.*, art. 17 (derecho de propiedad) y 23 (derecho al trabajo).

¹⁷ *Ibid.*, art. 21-3.

¹⁸ *Ibid.*, art. 21-1.

¹⁹ Decl. Univ., art. 21-1 y 21-2.

completamente ajena a grandes culturas que en cambio valoran la disolución de la voluntad individual, como sucede en Japón,²⁰ o también en países islámicos donde Dios es percibido como el único Legislador auténtico y el hombre no puede acceder a la libertad sino confesando su impotencia frente a Él.

Por último, el Hombre de los Derechos Humanos es una *persona*. "Todos tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica en todos los ámbitos", proclama la Declaración Universal de 1948 (art. 6). Como hemos visto, el cristianismo hizo de la personalidad un atributo de todo ser humano, brindándole una doble naturaleza, material y espiritual, a imagen de Cristo, y viendo en su cuerpo mortal el templo de su alma inmortal; cuerpo y alma cuya unión conforma la persona.²¹ Reiterando el tema del "libre y pleno desarrollo de la personalidad",²² los Derechos Humanos se hacen herederos de la concepción que ve en cada persona un espíritu único, que se va a desplegar a lo largo de toda su vida y que le sobrevivirá a través de sus obras.²³ Concebida así, la personalidad no es una máscara por arrancar, como en las filosofías de la India, sino un ser por descubrir; es la revelación de la identidad del espíritu de cada hombre en la experiencia de su encarnación. Si la Declaración de 1948 hizo ingresar así la personalidad jurídica en la lista de los Derechos Humanos, no fue sólo porque es técnicamente necesaria para el goce de todos los demás derechos. La razón esencial está en otra parte. Bajo el influjo del cientificismo, el mismo Occidente había llegado a creer que la única realidad del Hombre era de naturaleza biológica, y que la personalidad jurídica era entonces una mera técnica de la que se podía disponer a voluntad. Pero los horrores del nazismo llegaron a mostrar que dicha reducción del Hombre a su ser biológico terminaba convirtiendo a la sociedad en un mundo darwiniano sometido sólo a la ley del más fuerte. Por tal motivo, la Declaración Universal hizo

de la personalidad el objeto de un derecho universal e imprescriptible. Tal consagración de la personalidad jurídica ha sido completada por el reconocimiento de nuevos Derechos Humanos llamados de "segunda generación", que son otros tantos corolarios de la dignidad física e intelectual de la persona humana.²⁴ La definición de esos *derechos a* (el trabajo, la protección social, la educación y la cultura) proviene claramente de la experiencia particular de los países occidentales que habían tomado el camino del Estado providencial antes que el del totalitarismo, y transmite por ende conceptos (como el de "trabajo", implícitamente asalariado) que no responden a la experiencia de los países del Sur.

En segundo lugar, *el vocabulario del Derecho y de los derechos* no tiene nada de espontáneamente universal y expresa un sistema de creencias propiamente occidentales. La idea de que el mundo se halla sometido a *leyes universales e intangibles* es patrimonio de las civilizaciones del Libro. Tanto para un buen musulmán como para Einstein o un neurobiólogo ateo, los hombres están sujetos a leyes inflexibles y nada es más importante, como ya escribiera Maimónides, que el estudio y el conocimiento de dichas leyes.²⁵ Sólo difiere la manera de sacarlas a la luz: uno busca la Ley en la *Revelación* divina, el otro se dedica al *descubrimiento* de las leyes inscriptas en el gran libro de la Naturaleza. Pero ambos comparten la creencia en un mundo ordenado por leyes que el Hombre puede conocer y observar. Como hemos visto, una creencia así ha permanecido totalmente ajena a algunas grandes culturas, entre ellas la china.²⁶ En el pensamiento confuciano, el orden natural o social proviene de la interiorización que cada uno hace de su propio lugar y de ningún modo reside en la aplicación a todos de leyes uniformes. El hecho de que esas civilizaciones hayan debido, o todavía deban apropiarse del pensamiento jurídico proveniente de Occidente nos produce la ilusión de que se han convertido a nuestra cultura jurídica. Pero eso significa ignorar

²⁰ Véase O. Nishitani, "La formation du sujet au Japon", *op. cit.*, espec. p. 70.

²¹ Ver *supra*, cap. 1.

²² Decl. Univ., art. 22, 26, 29.

²³ *Ibid.*, art. 27-2: "derecho a la protección de los intereses morales y materiales derivados de toda producción científica, literaria o artística de la cual sea autor".

²⁴ Decl. Univ., art. 22 y 25 (seguridad social), 23 y 24 (derechos laborales), 26 (educación), 27 (cultura).

²⁵ Maimónides, *Le Livre de la connaissance*, PUF, 2ª ed. 1990, p. 178.

²⁶ Véase *supra*, cap. 2.

que la idea de ley, cuando no ha sido sencillamente impuesta por una potencia colonial, ha sido importada como una condición necesaria para el comercio con Occidente y de ningún modo como la expresión de valores humanos o sociales. Resulta al respecto particularmente significativo el caso de Japón, que adoptó la cultura jurídica para el uso externo, persistiendo en hacer prevalecer para el uso interno su propia visión del orden humano.²⁷

Menos aún que la noción de ley, *la idea de Derecho* no podría aspirar a la universalidad. Con el Derecho, la Ley cambia de naturaleza. De ser una prescripción revelada para siempre en un Texto inmutable, pasa a ser un objeto técnico, cuyo sentido proviene de la mente del Hombre que puede crearla o reformarla.²⁸ Definido así, el derecho es el fruto de una larga historia europea que llevó a otorgarle al Hombre el control de las leyes que lo gobiernan. Como lo demostraron las investigaciones de Harold Berman y de Pierre Legendre, el momento decisivo de esa historia fue la Revolución gregoriana (siglos XI-XII).²⁹ Reciclando el derecho romano para sus propios usos, el papado se instaura entonces como fuente viva de leyes destinadas a aplicarse a toda la cristiandad, es decir, llegado el caso al mundo entero. Ya Élie Faure señalaba que “el papado no fue sino la prolongación abstracta de la administración romana de Occidente”.³⁰ De allí surgieron las concepciones occidentales del derecho y el Estado: el primero como sistema de reglas autónomo, integrado y evolutivo; y el segundo como Persona que no muere nunca, fuente de las leyes y garante de los derechos individuales. Con la separación entre la Iglesia y el Estado, esa estructura institucional adquirió su aspecto moderno. La Ciencia tomó el lugar de la Religión como instancia de la Verdad a escala del Universo y, de acuerdo con las profecías de Saint-Simon, se convirtió en el único *poder espiritual* que tiene autoridad en la esfera pública; el Estado

²⁷ Véase *supra*, cap. 3.

²⁸ Véase *supra*, cap. 4.

²⁹ Véase H. J. Berman, *Law and Revolution*, *op. cit.*; P. Legendre, *La Pénétration du droit romain dans le droit canonique classique*, *op. cit.*; e *id.*, *Les Enfants du texte*, *op. cit.*, espec. p. 237 ss.

³⁰ Élie Faure, *Découverte de l'archipel*, *op. cit.*, p. 217.

nación se emancipó de la autoridad de la Iglesia y se convirtió en un Sujeto soberano, a la vez en la escena nacional y en la escena internacional (concebida como sociedad de Estados); y el Hombre a su vez se convirtió en su propio fin, independiente de toda referencia divina (con la fundación de una Religión de la humanidad dotada de su decálogo: los Derechos Humanos).

Al provenir de la disgregación de lo que fue en un comienzo una Referencia religiosa única, esa construcción contemporánea fue desde su origen socavada por una contradicción que sale a plena luz con la globalización. Por un lado, en efecto, el Estado y el derecho se basan en fundamentos nacionales y la sociedad internacional se concibe como una sociedad de Estados. Pero por otro lado persiste la idea romano-canónica de una soberanía universal y de un *ius commune* aplicable a la humanidad entera.³¹ A su vez, cada gran Estado nación ha procurado imponer así, mediante la propaganda o por las armas, la creencia en el valor universal de su *imperium*. Es lo que ocurrió antaño con la “misión civilizadora” de Francia, con el *British Empire*, el Reich alemán y el imperio soviético; es lo que sucede actualmente con “el imperio del bien” que los Estados Unidos creen que tienen la misión de hacer reinar sobre la tierra.

Por supuesto, dicha tentación imperial sólo puede alentar a quienes no ven en los derechos humanos más que un avatar del mesianismo occidental y que son cada vez más numerosos en el mundo, incitándolos a responder a ese credo con el suyo, volviendo contra Occidente sus propias armas y técnicas. El riesgo entonces consiste en internarse en la espiral de un “choque de culturas”,³² vale decir,

³¹ Sobre los avatares del concepto, véase A. Wijffels, “Aux confins de l'histoire et du droit: la finalité dans le débat sur la formation d'un nouveau *ius commune*”, *Revue d'éthique et de théologie morale*, “Le Supplément”, 207, dic. 1998, p. 33-66; e *id.*, “Qu'est-ce que le *ius commune*?”, *op. cit.* Sobre su expresión contemporánea en Francia, M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, París, Seuil, 1994; e *id.*, *Trois défis pour un droit mondial*, París, Seuil, 1998.

³² Como es sabido, la expresión se debe a Samuel Huntington (cuyo título en inglés es más programático: *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* [1996], trad. fr. *Le Choc des civilisations*, O. Jacob, 1999 [El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial, Barcelona, Paidós, 2005]). Dicho autor fue el

en una guerra de religiones a escala planetaria, cuyo resultado nadie puede prever. Cabe dudar, en efecto, que se pueda convertir a los hombres por medio de bombas. Los Derechos Humanos, que son una de las más altas expresiones del pensamiento occidental y por tal motivo forman parte de los saberes de la humanidad acerca de sí misma, merecen en todo caso un mejor trato.

Las tres figuras del fundamentalismo occidental

Para tener una posibilidad de avanzar, la reflexión sobre los "valores comunes de la humanidad" debe comenzar evitando toda derivación fundamentalista. Como noción de origen protestante, el *fundamentalism* designó primero una doctrina que surgió a fines del siglo XIX en los ámbitos tradicionalistas norteamericanos (adopción en 1895 de los *fundamentals*), y se caracterizaba por la defensa de una interpretación literal de las Escrituras y la oposición al liberalismo teológico y el *social gospel*. Dicho encierro del pensamiento en la letra de un Texto se vuelve a encontrar en lo que actualmente se denomina el fundamentalismo islámico, que rechaza como fuentes de la Ley el aporte del pensamiento jurídico medieval y la técnica del consenso de los doctos, para aferrarse a la letra del Corán y de la Sunna. La interpretación fundamentalista de los Derechos Humanos puede asumir tres aspectos diferentes: el mesianismo, cuando se procura imponerle al mundo entero su interpretación literal; el comunitarismo, cuando en cambio se convierten los Derechos Humanos en el signo de una superioridad de Occidente y se les niega a otras culturas, en nombre del relativismo cultural, la

primero en proponer en los Estados Unidos una cuestión que Pierre Legendre había planteado una década antes en términos claros: "La expansión planetaria del *management* y de los saberes de los que se nutre no puede hacer desaparecer las religiones en competencia [...]. La paz gerenciada es una guerra, una guerra en el sentido más fuerte de las conquistas religiosas [...]. Los industriales no enfrentan solamente aquello que los economistas llaman la competencia internacional, también se enfrentan con las religiones no industriales, en particular con el Islam" (P. Legendre, *L'Empire de la vérité*, op. cit., p. 41-42).

capacidad de apropiárselos; y por último el cientificismo, cuando la interpretación de los Derechos Humanos es remitida a los dogmas de la biología o la economía, que serían las verdaderas leyes intangibles del comportamiento humano.

Mesianismo

El mesianismo consiste en tratar los Derechos Humanos como un nuevo Decálogo, un Texto revelado por las sociedades "desarrolladas" a las sociedades "en vías de desarrollo", sin dejarles a estas últimas otra opción que "remediar su atraso" y convertirse a la modernidad de los Derechos Humanos y de la economía de mercado conjuntamente. Es un fundamentalismo porque pretende hacer prevalecer una interpretación literal de los derechos humanos sobre todas las interpretaciones teleológicas puestas en práctica por los derechos nacionales. Tomados así, al pie de la letra, los principios de igualdad y de libertad individual que están en la base de los Derechos Humanos pueden ser objeto de interpretaciones aberrantes. Cuando San Pablo afirmaba por ejemplo que "no hay varón ni mujer"³³ o Simone de Beauvoir decía que "no se nace mujer, se la hace",³⁴ no pretendían negar la diferencia de los sexos, sino afirmar su plena igualdad en el plano religioso (Pablo) o temporal (Beauvoir), es decir, su igualdad con respecto al principio Tercero (Dios, la sociedad) bajo cuya égida se ubicaba cada uno de ellos. A diferencia de la igualdad en sentido matemático, la igualdad jurídica excluye la sustituibilidad de los seres a los que se aplica. El hecho de que el hijo sea el igual del padre (tanto en el Código civil como en la teodicea cristiana) no significa que el hijo sea el padre. El hecho de que yo sea el igual del pretendiente de mi hija no significa que tenga el mismo derecho a desposarla. Vale decir, la igualdad jurídica siempre debe interpretarse dentro de un determinado marco referencial. La interpretación fundamentalista de los Derechos

³³ Epístola a los Gálatas, 3, 28.

³⁴ *Le Deuxième Sexe* [1949], París, Gallimard, "Folio", 1986 [*El segundo sexo*, trad. esp. de P. Palant, Buenos Aires, Siglo XX, 1965].

Humanos consiste en desvincular el principio de igualdad de cualquier clase de referencia exterior a él y en tratar a los seres humanos como lo que el Código civil llama “cosas genéricas”,³⁵ o sea productos en masa, intercambiables y sin cualidades propias, y a la sociedad humana como la suma aritmética de unidades elementales, partículas contratantes a las que nada debe distinguir excepto el monto de su cuenta bancaria. Interpretados así, los Derechos Humanos son invocados para convertir el estado de las personas en una página en blanco que cada cual debería poder llenar libremente desde el día de su nacimiento. Dejando de lado la cuestión social, numerosos intelectuales, relevados hoy por algunos políticos de todos los bandos, se han especializado en ese combate contra “los últimos tabúes” y militan por una sociedad donde la diferencia de los sexos sea abolida, donde la maternidad se haya “desinstituido”, la filiación sea reemplazada por el contrato, los niños sean liberados de su “estatuto específico” de “minoría oprimida” y donde la locura sea reconocida como un derecho inalienable del Hombre.³⁶

Con la amenaza larvada de represalias para los atrasados que, en Occidente y en otras partes, no suscriban estas radiantes perspectivas, se trata en efecto de un fundamentalismo mesiánico que pretende extender a todos los países esa interpretación radical de los Derechos Humanos: primero en los países occidentales, luego

³⁵ C. civ., art. 1246, 1291. En oposición a los “cuerpos determinados”, las “cosas genéricas” se definen solamente por su especie y por lo tanto son reemplazables unas por otras. Véase J. Carbonnier, *Droit civil*, t. III: *Les Biens*, PUF, 12^a ed. 1988, núm. 20, p. 88 sq.; P. Jaubert, “Deux notions du droit des biens: la consomptibilité et la fongibilité”, *RT civ.*, 1945, p. 75-101.

³⁶ El lector interesado en tales divagaciones podrá remitirse a las referencias ya citadas *supra*, cap. 1, p. [80]. El “derecho inalienable a la locura” proclamado actualmente por eminentes juristas (O. Cayla, Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître*, *op. cit.*, p. 65 sq.), del cual son otras tantas manifestaciones las demás interpretaciones referidas aquí, realiza un pasaje al límite de la evolución de la cultura jurídica occidental, ya señalado por Henry Sumner Maine: “En los innumerables casos en que el antiguo derecho fijaba de manera irrevocable la posición de un hombre desde su nacimiento, el derecho moderno le permite crearla por sí mismo mediante convenciones; las raras excepciones a esta regla que aún existen son impugnadas día a día con apasionada indignación” (*L'Ancien Droit...*, *op. cit.*, p. 288 ss.).

en los países “en desarrollo”, dicho mesianismo usa todos los instrumentos modernos de propagación de la fe, empezando por los medios masivos y las ciencias sociales.³⁷ Se hallarán también muchos ejemplos de ello en los planes de “desarrollo” o de “ajuste estructural” aplicados desde hace medio siglo para combatir el “subdesarrollo”, y prospera en la jurisprudencia de los Tribunales especialmente creadas para hacer observar los Derechos Humanos. Fue así que apelada por diputados turcos regularmente electos y depuestos de sus bancas por el ejército, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos rechazó su queja debido a que la *Sharía* de la cual derivaba su programa político “refleja fielmente dogmas y reglas divinas dictadas por la religión y presenta un carácter estable e invariable” por lo que “le resultan ajenos principios tales como el pluralismo en la participación política o la evolución incesante de las libertades públicas”.³⁸ Tal sentencia reduce a nada la rica historia del pensamiento jurídico musulmán y cierra así la puerta para toda idea de un acercamiento de los Derechos Humanos a los valores de la Ley musulmana. Por ello, le confiere la autoridad de la cosa juzgada a la interpretación de la Ley islámica sostenida por los fundamentalistas musulmanes. El efecto más seguro de la interpretación fundamentalista de los

³⁷ Véase la fracción preponderante en los programas occidentales de ayuda a los investigadores africanos de los *Gender studies*, que en ese punto han tomado el relevo de la normalización sexual antes impuesta por los misioneros. Sobre la necesidad de deshacerse de los paradigmas de las ciencias sociales, ver I. Wallerstein, *Unthinking Social Sciences. The Limits of Nineteenth-Century Paradigms*, Cambridge, Polity Press, 1991, trad. fr. *Impenser les sciences sociales*, PUF, 1995, y especialmente su crítica del concepto de “desarrollo”, p. 51 sq.

³⁸ CEDH, 31 de julio de 2001, aff. Refah Partisi c/Turquía, punto 71. El mismo considerando se refiere también a las declaraciones de los peticionantes que “concernen al deseo de fundar un ‘orden justo’ o un ‘orden de justicia’ u ‘orden de Dios’, que leídas en su contexto, aunque se presten a diversas interpretaciones, tienen como denominador común referirse a las reglas religiosas y divinas en lo que respecta al régimen político deseable para los oradores”. Se advertirá que esta *ratio decidendi* podría justificar la destitución del presidente democráticamente electo de los Estados Unidos, sobre la base de sus ya citadas declaraciones acerca de los fundamentos divinos del orden americano.

Derechos Humanos será alimentar a su vez los fundamentalismos antioccidentales e introducir así los Derechos Humanos en una guerra de religiones. La cuestión de la igualdad entre los sexos ofrece una buena ilustración: a las interpretaciones aberrantes del principio de igualdad, que niegan la diferencia de sexos, les responden interpretaciones no menos aberrantes que pretenden encerrar a las mujeres en un rol definido para siempre.

Comunitarismo

El comunitarismo consiste en cambio en considerar que los Derechos Humanos son un Decálogo revelado sólo a Occidente, y que la libertad, la igualdad o la democracia no pueden tener sentido en otras culturas. Al postular la incomunicabilidad de los corpus dogmáticos, le otorga un valor normativo al relativismo cultural. Es un fundamentalismo porque trata esos corpus como estructuras inmutables, incapaces de evolucionar gracias a los recursos de la interpretación. Incluso dentro de los países occidentales, lleva a alentar el comunitarismo, especialmente en los emigrados expulsados de sus países de origen por cincuenta años de políticas de "desarrollo", y a cultivar el ideal del "multiculturalismo". Bajo el eufemismo de la referencia cultural, el multiculturalismo instaaura la pertenencia racial (en su versión norteamericana) o religiosa (en su versión europea) como fundamento último de la identidad humana³⁹ y reduce la sociedad a un simple *patchwork* de "comunidades" étnicas o confesionales, con el resultado ya visible de hacer surgir el comunitarismo de los "habitantes nativos" y preparar el terreno para el racismo y la violencia. Se trata de un fundamentalismo identitario porque encierra de tal modo a los hombres en el *fatum* de sus orígenes étnicos o religiosos. Por un lado, estarían los hombres libres de los Derechos Humanos, aquellos cuyo destino es volverse gobernantes de su propia vida (por ejemplo, en los Estados Unidos, los llamados *wasps*: "white anglo-saxon protestants"),

³⁹ Véase P. Anderson, "Réflexions sur le multiculturalisme", en A. Supiot (dir.), *Tisser le lien social*, op. cit., p. 105 ss.

y por otro lado, unos antropoides⁴⁰ (nuevos objetos de estudio para la antropología, cuyo campo se desplaza de las antiguas colonias hacia nuestros "suburbios difíciles") signados desde el nacimiento por su pertenencia comunitaria (por ejemplo, en los Estados Unidos, los *afroamericanos*, los *hispanoamericanos*, los *asiáticoamericanos*, y en Francia, los "franceses de origen extranjero" o los miembros representativos de las "comunidades" judía o musulmana)⁴¹ y que no podrían escapar de ello sino negándose a sí mismos, es decir, volviéndose renegados. A escala internacional, semejante concepción lleva a desacreditar la legitimidad de los Estados nación para intentar restaurar un sistema imperial de tipo otomano como los *millets*, es decir, una organización que combina la explotación global de las riquezas y la instauración local de comunidades étnicas o religiosas, libres de tener sus creencias y costumbres.⁴² Ahora que nos repiten de nuevo el refrán de lo local y lo global, habría que recordar las guerras y las masacres sin fin adonde condujo ese modelo imperial en los Balcanes después de 1914. Ya sea de uso interno o internacional, el relativismo se viste gustosamente con los atavíos de la tolerancia universal, pero siempre se apoya en la creencia de que si todas las culturas son igualmente válidas, aquélla que garantiza esa equivalencia vale necesariamente más que las otras.

⁴⁰ A Osamu Nishitani le debemos este empleo tan sugerente del par *humanitas/anthropos* para describir la mirada del hombre occidental sobre los otros: véase O. Nishitani, "Deux notions de l'homme en Occident: Anthropos et Humanitas", en A. Supiot (dir.), *Tisser le lien social*, op. cit., p. 15 sq. Véase la crítica de Edward Said de la construcción de Oriente como imagen del otro, en *Orientalism* [1978], trad. fr. de Ch. Malamoud, *L'Orientalisme. L'Orient créé par l'Occident*, París, Seuil, 1997 [Orientalismo, Barcelona, Debolsillo, 2003].

⁴¹ Al anunciar, por primera vez en 2003, con bombos y platillos, el nombramiento de un "prefecto musulmán", el gobierno francés estigmatizó así desde su origen, por decirlo de algún modo, a un ciudadano francés que se convertía en prefecto de la República. La única verdadera novedad de dicho nombramiento (la elección del director de una escuela de comercio para representar al Estado) pasó desapercibida para los medios.

⁴² Véase A. Gokalp, "Palimpseste ottoman", en A. Supiot (dir.), *Tisser le lien social*, op. cit., p. 93 sq.; sobre el sistema de los *millets*, ver también R. Mantran, "L'Empire ottoman", en Centro de análisis comparativo de los sistemas políticos, *Le Concept d'empire*, París, PUF, 1980, p. 231 ss.

Cientificismo

Por último, el científicismo lleva a someter la interpretación de los Derechos Humanos a las verdaderas leyes del comportamiento humano que nos serían reveladas por una Ciencia fetichizada.⁴³ Las diferentes ciencias no están igualmente expuestas al riesgo de una degeneración científicista. Las más rigurosas, como las matemáticas, parecen escapar de ello casi por completo, así como las disciplinas que no aspiran al estatuto de ciencia (como las literarias y jurídicas, con algunas consternadoras excepciones). En cambio, el científicismo es endémico en las ciencias que están menos seguras de sus bases teóricas, como las ciencias sociales o las de la vida. La biología y la economía, en particular, desde hace un siglo, por separado o conjuntamente, son el crisol de construcciones normativas que, cuando no son abiertamente contrarias a los Derechos Humanos, pretenden imponer su interpretación de ellos. Los episodios dictatoriales o totalitarios que han signado la historia occidental de los últimos dos siglos, o la regresión de los derechos sociales fundamentales observada desde hace treinta años, muestran cuán insoportables le resultan los valores humanistas al “realismo” científicista. Tan sólo adosados a la dogmática jurídica, los Derechos Humanos representan así, aun en Occidente, algo frágil y poco seguro, porque se ven confrontados a todas las creencias que se valen de la Ciencia para discutir su legitimidad u obstaculizar su puesta en práctica.

Fue así que la legitimidad de los Derechos Humanos llamados de segunda generación resultó violentamente refutada desde hace treinta años en nombre de la Ciencia económica. Al extender a todos los aspectos de la vida humana en todos los países del mundo los principios de libre competencia que deben fundar la “Gran Sociedad”, los economistas más influyentes, como Friedrich Hayek, atribuyeron al *pensamiento totalitario* (¡que hacen atravesar de Platón a Stalin!)⁴⁴ la consagración de los derechos económicos

⁴³ Véase *supra*, cap. 2.

⁴⁴ Esa escuela de pensamiento siempre se vale de Aristóteles contra Platón, acusado de ser un teórico de la servidumbre. Esa distinción resulta bastante extra-

y sociales mediante la Declaración de 1948, afirmando que “tales derechos no podrían traducirse en leyes coercitivas sin destruir al mismo tiempo el orden de libertades a las que apuntan los derechos civiles tradicionales”.⁴⁵ Como es sabido, la visión darwiniana de la sociedad, de donde proviene esa estigmatización de los derechos sociales,⁴⁶ adquirió el valor de un dogma en el seno de instituciones como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial. Es menos sabido que su influencia también se hace sentir dentro de las organizaciones internacionales encargadas de la puesta en práctica de tales derechos económicos y sociales, como la OIT⁴⁷ a la que Hayek sin embargo colma de un desprecio igual

ña si recordamos que fue Aristóteles, y no Platón, quien trató de fundar la esclavitud el derecho natural, afirmando que existían esclavos por naturaleza, situados entre el hombre y el animal, porque “no participan de la razón sino en la medida en que pueden percibirla pero no poseerla por sí mismos” (*Políticas*, 1254b, 21-24; véase P. Garnsey, *Conceptions de l'esclavage d'Aristote à saint Augustin* [1996], trad. fr. Les Belles-Lettres, 2004, p. 151 sq.). Nada semejante hay en Platón, que ve en la esclavitud un padecimiento o una consecuencia de la guerra (*La política*, 307-309, en *Œuvres complètes, op. cit.*, t. II, p. 422-425).

⁴⁵ Véase F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes de justice et d'économie politique*, vol. 2: *Le Mirage de la justice sociale* [1976], trad. fr. R. Audouin, París, PUF, 1981, p. 123 sq.

⁴⁶ Hayek es uno de los pilares de las teorías evolucionistas en economía, según las cuales el comportamiento humano no se funda en la racionalidad de los actores, sino en rutinas que cumplen la función de los genes en biología. La historia sería un proceso de selección de los comportamientos mejor adaptados al entorno y por lo tanto el derecho no debe impedir sino facilitar esa selección natural (para una presentación clara y concisa de las diferentes teorías, ver F. Eymard-Duverney, *Économie politique de l'entreprise*, París, La Découverte, 2004).

⁴⁷ Véase la Declaración de la OIT referida a los principios y derechos fundamentales del trabajo [1998]. Puesto que los objetivos de esa Declaración indican una regresión considerable con respecto a los de la Declaración Universal de 1948, y su artículo 5 “subraya que las normas laborales no podrán servir para fines comerciales proteccionistas y que nada en la presente Declaración ni en su argumentación podrá ser invocado ni servir para tal fin; además, la ventaja comparativa de un país cualquiera no podrá de ninguna manera ser cuestionada debido a la presente Declaración y su argumentación”. Aplicada literalmente, esta reserva vaciaría de todo sentido a la Declaración, ya que la prohibición de la libertad sindical o el recurrir al trabajo forzado podrían constituir por ejemplo una ventaja comparativa que no debería “de ninguna manera ser cuestionada”.

al que le inspiran los sindicalistas. Acerca de la Declaración Universal de 1948, escribe:

"El documento entero está redactado en la jerga propia de la mentalidad organizacional, que uno espera hallar en las declaraciones de los dirigentes sindicales o de la Organización mundial del trabajo [...]; dicha jerga no está para nada de acuerdo con los principios en los que se basa el orden de la Gran Sociedad."⁴⁸

Se exponen dos argumentos para excluir así los derechos sociales de la esfera jurídica. El primero es que tienen por objeto la distribución de riquezas, mientras que el ámbito del derecho estaría limitado por naturaleza a las "reglas de conducta justa". El segundo es que tienen la estructura de una acreencia sobre la sociedad y no de una garantía individual. Solamente los *derechos* de serían verdaderos derechos porque existirían independientemente de todo deudor, mientras que los *derechos a* no serían más que peticiones de principio, sometidas a la existencia de una organización capaz de satisfacerlas.

Dichas críticas no tienen fundamento y los derechos económicos y sociales son plenamente derechos, tanto desde el punto de vista de su contenido como desde el punto de vista de su estructura. En cuanto a su contenido, "el Hombre" de las primeras declaraciones de derechos, por ejemplo la de 1789, era un puro ser de

⁴⁸ F. A. Hayek, *Le Mirage de la justice sociale*, op. cit., p. 126. Es sabido que la libertad sindical es uno de los principales derechos sociales consagrados por la Declaración Universal de 1948 y condenados por Hayek. Cuando uno recuerda el trato que en Chile les diera a los sindicalistas Pinochet (modelo de aplicación de esas teorías económicas), o el papel que la libertad sindical desempeñó en el derrocamiento del comunismo en países como Polonia, se tiene un punto de vista más correcto sobre el valor y el alcance de este análisis económico de los Derechos Humanos. La canonización de Hayek (y de muchos de sus semejantes) a través del premio Nobel de economía ofrece una idea del papel cumplido por esa institución en los conflictos dogmáticos internos de Occidente, donde la ciencia no tiene mucho que ver (cabe recordar, para salvar el nombre de Alfred Nobel, que la denominación exacta del premio creado en 1969 es *The Bank of Sweden Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel*).

razón cuya existencia física sólo era tenida en cuenta desde el punto de vista del derecho penal. Pero la historia mostró que esos derechos civiles y políticos estaban privados de sentido y amenazados con desaparecer cuando masas humanas enteras se hallaban abandonadas a la miseria y al miedo. Para ocuparse de la defensa de la libertad o del derecho de propiedad, primero hay que tener asegurado un mínimo de seguridad física y económica y no ser presa de las agresiones, el hambre, el frío o la enfermedad. Brecht señalaba durante el ascenso del nazismo que "aquellos que desprecian la comida son los que han comido"; de igual modo, quienes actualmente se burlan de los "riesgofóbicos" son los que están a salvo de los riesgos. Una de las lecciones de los años treinta fue que la miseria y el desempleo masivos son el fermento de las dictaduras y que no puede haber libertad allí donde reina la inseguridad física o económica, lo que fue el motivo de la proclamación de los derechos sociales en la posguerra.

En cuanto a la estructura de los derechos de segunda generación, algunos de ellos (como la libertad sindical) son de la misma índole que los derechos tradicionales (garantizan una esfera de autonomía individual). Incluso aquellos cuyo ejercicio supone una organización colectiva (por ejemplo, el derecho a la protección de la salud) de ningún modo han constituido una regresión hacia algo previo al Derecho, sino que por el contrario han prefigurado una evolución que hoy afecta a determinados derechos individuales de "primera generación", como el derecho de propiedad. En sus aspectos más ligados a la globalización, la propiedad es "intelectual" y ya no material, es decir que se refiere a lo que los juristas llaman bienes intangibles (marca, patente, derecho de autor). Dado que nada distingue materialmente del original a la copia perfecta de una grabación, de una cartera de lujo o de un programa de computación, y que la realización privada de dichas copias puede hacerse sin privar a nadie del uso de su disco, de su cartera o de su computadora, es vital para las empresas transnacionales que esa clase de copias no pueda circular libremente, y por ende que la libre circulación esté subordinada al control del respeto de sus derechos de propiedad intelectual en la fabricación

y la circulación de los productos sobre los cuales deducen su diezmo.⁴⁹ Vale decir, el respeto al derecho de propiedad intelectual supone la aplicación de *deducciones obligatorias* sobre la fabricación, la reproducción o la venta de productos a los cuales se extiende.⁵⁰ Es decir que el derecho de propiedad tiene en ese caso la misma estructura que los derechos sociales. No se identifica con la posesión material de un bien, sino que se presenta como un *derecho-acreencia*, que requiere una intervención positiva de los Estados para ser ejercido. Y su respeto no puede ser garantizado si no es organizando la trazabilidad del producto, es decir, mediante una organización colectiva que debe extenderse al mundo entero para ser eficaz. Evidentemente, esa identidad de estructura entre el derecho de propiedad intelectual y los derechos sociales plantea la cuestión de su conciliación y jerarquización. La Declaración de 1948 podrá interpretarse así en el sentido de que el derecho de propiedad de las firmas farmacéuticas sobre sus patentes debe ceder ante el derecho que tienen las poblaciones a acceder a la atención adecuada. Lo político recupera en tal caso una facultad de arbitraje que los doctores de la ley del mercado pretenden negarle. La comparación con los derechos sociales sugiere también que a semejanza de estos últimos (que implican que el beneficiario contribuya con la organización colectiva de la solidaridad en proporción a sus recursos),⁵¹ la propiedad intelectual debería estar gravada por cargas contributivas en beneficio de los países que garantizan su ejercicio. Interpretaciones de esta índole son las

⁴⁹ Véase Com., 24 sept. 2003 (*Bull. Civ.*, IV, núm. 147, p. 166): censura a una Corte de apelación que se había negado a anular la venta de ropa falsificada en razón de que no se había demostrado un dolo ni una falta, enunciando, tras considerar los arts. 1128 y 1598 C. civ., que “la mercancía falsificada no puede ser objeto de una venta”.

⁵⁰ Las disposiciones del anexo 1C (llamado TRIPS: *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) del acuerdo de Marrakesh que instituye a la OMC obligan a los Estados a establecer procedimientos “destinados a hacer respetar los derechos de propiedad intelectual [...] de manera que se permita una acción eficaz contra todo acto que atentara contra los derechos de propiedad intelectual cubiertos por el presente acuerdo” (TRIPS, art. 41-1).

⁵¹ Véase *infra*.

que quieren impedir los economistas fundamentalistas como Hayek, porque pretenden poner los Derechos Humanos al servicio de las “fuerzas del mercado” y no a la inversa.

Pero también los Derechos Humanos de la primera generación son tomados por el cientificismo para que sean interpretados a la luz de las supuestas leyes de la economía. Por ejemplo, cuando el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre proclama que “nadie será sometido a tortura, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, uno de los padres del análisis económico del derecho, Richard Posner, afirma que “si las apuestas son lo bastante elevadas, la tortura es admisible”.⁵² Esta interpretación, cuanto menos audaz, aparece en el contexto de la “guerra contra el terrorismo” y de la movilización patriótica posterior al 11 de septiembre. Pero está totalmente de acuerdo con el principio del análisis económico del derecho, según el cual el cálculo de utilidad es siempre el fundamento y el límite de los derechos individuales. La utilidad que para un individuo representa el derecho a no ser torturado (que fundamentaría el correspondiente derecho del Hombre) debería, pues, ser confrontada con la utilidad que puede tener para otros hombres el hecho de torturarlo. A fin de cuentas, no se trata de nada nuevo con respecto a las justificaciones más rústicas de la tortura que daba el general Massu durante la guerra de Argelia, excepto por la invocación de la Ciencia para justificar el apartamiento de los Derechos Humanos.

Por lo demás, la ciencia económica no es la única que se invoca en tal sentido, y se remite a la sociología, a la psicología o a la biología la intensa campaña de prensa llevada adelante desde hace años a favor de la homoparentalidad para fundamentar el derecho de una pareja homosexual a ser reconocida jurídicamente como pareja. Por supuesto, se invocan los Derechos Humanos cuando se trata de la pareja que desea tener hijos, y en particular el principio de igualdad con las parejas heterosexuales.⁵³ ¿Pero

⁵² “If the stakes are high enough, torture is permissible”, R. A. Posner, “The best offense”, *The New Republic*, 2 sept. 2002.

⁵³ Sobre esta interpretación del principio de igualdad, véase *supra*, p. [286].

qué pasa con el niño? ¿Se le puede atribuir una filiación puramente masculina (hijo de dos padres) o puramente femenina (hijo de dos madres)⁵⁴ y en consecuencia negarle el derecho a tener una madre o un padre,⁵⁵ sin afectar el primer principio planteado por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art. 1º) y la Declaración Universal de 1948 (art. 1º), según el cual “los hombres *nacen* iguales en derechos”? Esta pregunta *nunca* es planteada por los partidarios de la homoparentalidad que, cuando se trata del niño, abandonan el terreno de los derechos para situarse en el de la Ciencia. En ese terreno, el niño no tiene que ser abordado como sujeto de derecho y su caso puede ser tratado de manera “objetiva” (objeto del deseo de la pareja homosexual u objeto de conocimiento psicosociológico) y regulado por esta simple fórmula: “No existe un argumento científico serio contra la homoparentalidad”.⁵⁶ Y a quienes lo dudaran, se les responde que basta con probar para saber a qué atenerse.

⁵⁴ Es lo que prevé el Código civil de Québec, que acaba de consagrar el derecho a la homoparentalidad femenina y le atribuye dos madres a determinados hijos concebidos con “el aporte de fuerzas genéticas ajenas”. Como las nociones de padre y madre aún no han sido borradas de las otras leyes, el artículo 531.1 del Código aclara cuál de las dos madres será considerada como el padre: “Cuando ambos padres son de sexo femenino, los derechos y obligaciones que la ley atribuye al padre, cuando se diferencian de los de la madre, son atribuidos a aquélla de las dos madres que no dio a luz al niño”.

⁵⁵ Véase el artículo 538.2 del Código civil de Québec, que en el caso de un niño concebido con “aporte de fuerzas genéticas ajenas al proyecto parental” prohíbe el establecimiento de un vínculo de filiación con el dador de las llamadas “fuerzas genéticas”. El niño surgido del proyecto homoparental femenino que ese Código autoriza nacerá, pues, sancionado por la prohibición de tener un padre.

⁵⁶ Subtítulo de un artículo de J.-C. Kaufmann, “Le mariage n’est plus ce qu’il était”, *Le Monde*, 28 de mayo de 2004 o 20 de agosto de 2004 (*sic*: el mismo artículo —que denuncia el “discurso reiterativo y algo cansador” de quienes continúan “creyendo” en la diferencia de los sexos— fue publicado dos veces en el mismo diario con unos meses de intervalo). Según su autor, que ostenta su título de sociólogo y de director de investigaciones en el CNRS, y que declara que pretende añadir “algunas piezas *científicas* al asunto”, la idea de que la división en dos sexos cumple un papel en la constitución psíquica de un niño deriva de una “pura ideología, una evidencia sin fundamento en forma de creencia colectiva”, que estará “agotada en un psicoanálisis de otra época”.

Ya sea que se trate de tortura o de experimentos con el estado civil de los niños, el punto de vista cientificista se reconoce así por el hecho de que pretende interpretar los Derechos Humanos de acuerdo con los dictados de la Ciencia. Porque en esa perspectiva la cuestión normativa depende del ámbito de los hechos, y el derecho únicamente debe apresurar el advenimiento de la normatividad revelada por la Ciencia. Sería un instrumento cuyo uso legítimo consistiría en romper las creencias colectivas que siguen obstaculizando “el profundo movimiento de democratización individual que incita a cada uno a salir de los roles impuestos para inventarse de manera creativa [*sic*]”.⁵⁷ Desde el momento en que la Ciencia nos muestra así el camino del Hombre nuevo, sabemos por experiencia histórica que el derecho ya no tiene que inmiscuirse.⁵⁸ Pero podemos ver de tal modo hasta qué punto los Derechos Humanos, aunque fuesen unánimemente considerados como los más fundamentales, están expuestos incluso en Occidente a ser sometidos a reglas consideradas todavía más fundamentales.

Las diferentes variantes del fundamentalismo occidental se hacen sentir efectivamente en las relaciones Norte/Sur, ya que la política internacional de los países occidentales mezcla en ocasiones el mesianismo, el comunitarismo y el “realismo” de la selección natural. Tal es el caso cuando se emprende una guerra ofensiva en nombre de los Derechos Humanos, evitándose respetarlos en nombre de la particularidad de las circunstancias locales y haciendo de la victoria militar la prueba de la superioridad del sistema de valores del vencedor. La historia de Francia (revolucionaria, napoleónica, luego colonial) es rica en esa clase de contradicciones que actualmente reaparecen en la “guerra contra el terrorismo” entablada bajo la bandera de los Estados Unidos.⁵⁹ Toda interpretación fundamentalista de los Derechos Humanos sitúa en efecto a los “países del Sur”

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Véase *supra*, cap. 2.

⁵⁹ Como toda posición fundamentalmente falsa, por ejemplo la de los verdugos que quieren ser considerados víctimas, ésta no puede ser sostenida sino lanzando gritos lo bastante estridentes como para tapar los gritos de las víctimas. Para ello, basta con controlar los principales canales de propaganda mediática.

frente a la siguiente alternativa: o bien transformarse renunciando a lo que son; o bien seguir siendo como son renunciando a transformarse. A ello se debe el éxito en algunos de esos países de movimientos políticos que predicán el retorno a las fuentes de una mítica pureza identitaria, con todos los efectos de regresión psíquica y de segregación social que de allí se desprenden.

Abrir las puertas de la interpretación

Ya sea que se los vea o no como "Religiones", todos los grandes cuerpos dogmáticos tienen en común permitir una metabolización de las pulsiones de violencia y asesinato, y todos participan por ese motivo de los saberes de la humanidad sobre sí misma. Considerar entonces los Derechos Humanos como un corpus dogmático (o Religión de la Humanidad) permite abordar de otro modo la cuestión de los "valores" dentro de un mundo "globalizado". A semejanza de las lenguas en su infinita diversidad, cada uno de esos grandes corpus nos transporta a una representación singular del mundo, una representación fiel aunque diferente de todas las demás.⁶⁰ Como las treinta y seis vistas del monte Fuji de Hokusai, son otros tantos puntos de vista diferentes sobre un mismo objeto y, como en el caso de las lenguas, no es posible decidir si uno es más verdadero que el otro, porque no dependen de los criterios de la verdad experimental. Por tal motivo son, como las lenguas, a la vez irreductibles y traducible uno a otro. Tener en mente esa irreductibilidad y esa traducibilidad permite escapar del dilema absolutismo *versus* relativismo de los valores y trazar las líneas de una hermenéutica de los Derechos Humanos abierta a todas las culturas. Para avanzar en esa línea, es preciso comenzar por *abrir la puerta de la interpretación* de los Derechos

⁶⁰ Sobre la diversidad como recurso para la humanidad, ver G. Steiner, *After Babel. Aspects of Language and Translation*, Oxford, Oxford University Press, 3ª ed. 1998, trad. fr. L. Lotringer y P.-E. Dauzat, *Après Babel. Une poétique du dire et de la traduction*, Albin Michel, 1998 [*Después de Babel. Aspectos del lenguaje y la traducción*, trad. de A. Castañón y A. Major, México, F. C. E., 1995].

Humanos a todas las culturas. Intencionalmente utilizo una noción defendida por generaciones de intelectuales musulmanes, deseosos de lograr que sus países escapen de la regresión y de conciliarse con las páginas más brillantes de su cultura.⁶¹ Ya que el pensamiento y los valores occidentales se verán amenazados por una regresión del mismo género si a su vez ceden ante el fundamentalismo.

Los Derechos Humanos, recurso común de la humanidad

Abrir las puertas de la interpretación supondría considerar los Derechos Humanos como un recurso común de la humanidad, abierto a los aportes de todas las culturas. Dos razones conducen a adoptar la calificación de recurso común (la *res communes omnium* en el sentido del derecho romano). En primer lugar, esa calificación no es arbitraria, ya que toma en cuenta la difusión objetiva del modelo del Estado y el reconocimiento de los Derechos Humanos en la sociedad internacional. Aunque la referencia estatal sea diversa y cambiante, la organización de la sociedad internacional en Estados naciones es un hecho, y hay que apoyarse en ese hecho, so pena de que Occidente se interne en una nueva empresa imperial, más peligrosa aún que todas las anteriores. Dado que una gran mayoría de Estados han reconocido formalmente los Derechos Humanos, estos últimos ya no deben quedar librados únicamente a la interpretación que de ellos hacen los países occidentales. En segundo lugar, la calificación de recurso común rompe con el ecumenismo, que para Occidente consiste en constituir su mercado entre los puestos ajenos para apoderarse de lo que le conviene y dejar el resto. Para que sea algo común, es preciso en efecto que un recurso sea susceptible de una apropiación no exclusiva. Hacer posible tal apropiación es el único medio para respetar el genio propio de cada cultura sin encerrarla en sí misma.⁶²

⁶¹ Para un primer abordaje de la cuestión, véase L. Gardet, *La Cité musulmane*, Vrin, 1954, p. 121 *sq.*; J. Schacht, *Introduction au droit musulman*, *op. cit.*, espec. p. 88 *ss.*; M. Charfi, *Islam et liberté*, París, Albin Michel, 1998.

⁶² Sobre la noción de apropiación de la modernidad, véase J. Berque, *L'Islam au temps du monde*, Arles, Sindbad-Actes Sud, 2ª ed. 1984, p. 87.

Numerosas razones llevan a pensar que dicha posibilidad existe. La historia moderna es rica en ejemplos de países que han logrado apropiarse de la modernidad occidental sin ser destruidos por ella. Es cierto que se trata de países que, como el Japón o la India (desde hace poco, China), pueden apoyarse en sus propios recursos dogmáticos, puesto que se hallan en corpus escritos cuya riqueza y profundidad no tienen nada que envidiarles a los de Occidente y se prestan a una interpretación evolutiva.⁶³ Un hombre nutrido por el *Mahabharata* no corre riesgo de perderse en la cultura de Walt Disney. La situación es diferente en los países cuyos recursos dogmáticos están amenazados por el fundamentalismo, como en Occidente o en algunos países musulmanes, o bien no son accesibles en corpus escritos (es el caso de una gran parte del África subsahariana). En el primer caso, el riesgo sería por ejemplo identificar el Islam con el fundamentalismo y pensar que la modernización requiere la erradicación de toda referencia religiosa de la esfera pública. La experiencia intentada sobre tales bases en Turquía (particularmente con el abandono del alfabeto árabe que hace inaccesible su patrimonio escrito a los jóvenes turcos) no fue un verdadero éxito. Y podemos pensar que los problemas de interpretación planteados por la conciliación de los Derechos Humanos con la Ley del Islam podrían constituir un excelente terreno para la invención, por parte de esas mismas sociedades, de vías propias de modernización. Por supuesto, con la condición de no decretar *a priori* su incompatibilidad, como lo hacen los fundamentalistas islámicos y el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre.

El caso de África es en realidad mucho más preocupante, porque si Occidente supo apropiarse de numerosos aspectos de su rica cultura (danza, música, artes plásticas, etc.), la ausencia de corpus escritos pone a África frente a la amenaza de un exterminio de su cultura. Una aplicación "fundamentalista" de los Derechos Humanos no

⁶³ Véase el penetrante análisis prospectivo del destino de esas tres grandes civilizaciones propuesto en los años 1920 por Liang Shuming, *Les Cultures d'Orient et d'Occident et leurs philosophies*, PUF, 2000, prefacio de L. Vandermeersch.

podría más que apresurar el fenómeno precipitando el derrumbe de las estructuras sociales que son la sede viva de la transmisión de los valores africanos. Por ejemplo, prohibir el trabajo de los niños en sociedades sin escuela es impedirles toda posibilidad de aprendizaje de su cultura.⁶⁴ Mientras que abrir esa prohibición a un juego de interpretaciones donde África tendría que expresar su opinión obligaría a que Occidente se preguntara a su vez sobre la manera no forzosamente ejemplar en que son educados sus niños y descubriera que la actividad escolar también es un trabajo, aunque sea ignorado por el derecho laboral. Finalmente, el "valor común" en ese caso no es difícil de encontrar: es el derecho del niño a ser un niño y a ser tratado como tal, es decir, considerando sus necesidades y capacidades propias. La noción de "trabajo decente" actualmente promovida por la OIT parece desde ese punto de vista mucho más rica y prometedora que la emisión de prohibiciones que desconocen las culturas en las cuales se aplican. La misma demostración podría realizarse con respecto a la igualdad entre hombres y mujeres, que por cierto no es una igualdad aritmética, una fórmula matemática universal y uniformemente aplicable, sino una igualdad en la diferencia, un equilibrio siempre frágil y sujeto al respeto de esas diferencias. Podemos comprender, en todo caso, que las africanas no aprecien que los occidentales vengan a decirles hoy, a la manera de los misioneros de antaño, qué posición deben adoptar en sus relaciones con los hombres.

Lo anterior no significa en absoluto que los países africanos sean por naturaleza reacios a los valores expresados por los Derechos Humanos. Lo que significa es que hay que permitirles hacer valer su propia interpretación de ellos. Además, le debemos al África el intento jurídicamente más notable de apropiación de los Derechos Humanos con la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos del 27 de junio de 1981.⁶⁵ Como su nombre lo da a entender,

⁶⁴ Véase A. Cissé-Niang, "L'interdiction internationale du travail des enfants vue d'Afrique", *Semaine sociale Lamy*, número especial: "Regards croisés sur le droit social", 1095, 2002, p. 9-13.

⁶⁵ Véase el texto reproducido en Ph. Ardant, *Les Textes sur les droits de l'Homme*, PUF, 2ª ed. 1993, p. 92; y una presentación sumaria en F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 5ª ed. 2001, núm. 76 ss.

dicha Carta, que retoma por su cuenta los derechos individuales que figuran en las declaraciones occidentales, los inserta dentro de una concepción del Hombre que no es la del individuo como sujeto insular, sino de un ser vinculado a sus semejantes, que extrae su identidad de su pertenencia a una serie de comunidades. A esto se debe la presencia en esa Declaración de otros sujetos que no son el individuo ni el Estado, y frente a los cuales tanto los individuos como los Estados tienen deberes (art. 27, 29): la familia (que no es solamente el objeto de un "derecho" del individuo, como en el art. 16 de la Declaración Universal), que el Estado debe asistir en su misión de "guardiana de la moral y los valores tradicionales reconocidos por la Comunidad" (art. 18); el pueblo, "cuya realidad así como el respeto de sus derechos deben necesariamente garantizar los Derechos Humanos", y que tiene "derecho a luchar por su liberación contra la dominación extranjera, ya sea de orden político, económico o cultural" (art. 20).

Podemos pensar que nuestra concepción de los Derechos Humanos saldría ganando si tomara en cuenta algunos de estos "valores africanos", lo que volvería a abrir la puerta para su interpretación y le permitiría a los países occidentales resolver determinados problemas que actualmente se plantean. No separar al hombre de las relaciones que mantiene con sus semejantes (art. 28), plantear el principio de solidaridad (art. 29), afirmar el derecho de los pueblos a la protección de su ambiente (art. 24) o proteger a la familia en su papel educativo (art. 18 y 19), son otros tantos "valores" que no figuran en la Declaración Universal pero que no dejan por ello de tener un alcance universal.

Revisar el principio de solidaridad

Para convencernos de ello, podemos detenernos un momento en el principio de solidaridad. Principio de gran actualidad, pues la globalización es una fuente de interdependencia con riesgos mayores (tecnológicos, ambientales, políticos, sanitarios) de los cuales ningún país puede sentirse a salvo, y entonces la organización de la solidaridad frente a tales riesgos adquiere una importancia vital a escala planetaria. En la Declaración Universal de 1948, el principio

de solidaridad no está formulado como tal (salvo por una alusión liminar a la "familia humana") porque toma la forma de *derechos* individuales (derechos a la seguridad social, a un nivel de vida digno, a la seguridad contra los riesgos de perder los medios de subsistencia; ver art. 22 y 25). En la Declaración Africana, en cambio, aparece en la categoría de los *deberes* (art. 29-4: "El individuo tiene el deber de preservar y reforzar la solidaridad social y nacional"). En un caso, entonces, la solidaridad se expresa por una acreencia del individuo sobre la sociedad, y en el otro como una deuda hacia ella. En realidad, en ambos casos la acreencia y la deuda están ligadas. A los *derechos a...* proclamados en el Norte le ha correspondido el deber de contribuir a la solidaridad pagando deducciones obligatorias (impuestos y cargas sociales).⁶⁶ Las deducciones obligatorias, cuyo peso gravoso es sabido en el modelo social de la "vieja Europa", son el equivalente estructural del deber de solidaridad que pesa sobre cualquier africano con recursos. Pero mientras esa solidaridad tradicional se manifiesta en el marco de vínculos personales, el costo de la solidaridad "moderna" se paga a organismos anónimos, ya sea que se trate del Estado para los servicios públicos o de los regímenes de Seguridad social.

El paso de una solidaridad personal a una solidaridad institucional es un fenómeno reciente, incluso en Occidente. El concepto de solidaridad proviene en efecto del derecho civil, donde sirve de correctivo a los inconvenientes de la pluralidad de acreedores (solidaridad activa)⁶⁷ o de deudores (solidaridad pasiva) de una misma obligación. Si el derecho social y la sociología después de Durkheim se adueñaron de ese concepto jurídico, fue porque era el único que permitía pensar en una relación de obligación colectiva (pluralidad de acreedores y de deudores) que no estuviera basada ni en el con-

⁶⁶ Este deber está explícitamente formulado en la Declaración Panamericana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 35 y 36, citados *infra*).

⁶⁷ Véase los arts. 1197 ss. del Código civil: "La obligación es solidaria entre varios acreedores cuando el título le brinda expresamente a cada uno de ellos el derecho a demandar el pago total de la deuda, y cuando el pago realizado a uno de ellos libera al deudor, aun cuando el beneficio de la obligación sea compartible y divisible entre los diferentes acreedores."

sentimiento individual ni en un vínculo familiar o comunitario. Pero la solidaridad ha mutado al pasar del derecho civil al derecho social. En lugar de designar un vínculo de derecho que une directamente a acreedores y deudores, ha sido el principio organizativo de instituciones de una nueva índole. El punto en común de tales instituciones es que son titulares de una acreencia de cargas (cuya suma puede variar según los recursos de sus miembros) y una deuda de prestaciones (cuya suma en cambio no depende de sus recursos físicos y financieros en el momento de la afiliación).⁶⁸ La solidaridad designa entonces la institución de un fondo común en el cual cada uno debe aportar según sus capacidades y puede extraer según sus necesidades.⁶⁹

A diferencia de los mecanismos de redistribución tradicionales, como la tontina africana,⁷⁰ la solidaridad instaurada así dentro en el marco de los Estados providenciales está libre de cualquier clase de vínculo personal entre acreedores y deudores. Por tal motivo es que puede extenderse a un país entero, como los regímenes nacionales de Seguridad social (basada en "el principio de solidaridad nacional")⁷¹ o como los servicios públicos (encargados

⁶⁸ Véase la definición del principio de solidaridad adoptada en el derecho comunitario: CJCE, 17 feb. 1993, aff. núm. C-159/91, Poucet y Pistre, *Droit social*, 1993, p. 488, nota Laigre y obs. J.-J. Dupeyroux.

⁶⁹ Véase al respecto el artículo de referencia de J.-J. Dupeyroux: "Les exigences de la solidarité", *Droit social*, 1990, p. 741.

⁷⁰ La palabra "tontina" es la traducción jurídica impropia de una institución muy difundida en algunos países africanos. Lo que en bamileké se llama *tchaw* o *djangui* (poner juntos, pagar cuotas) "son asociaciones de personas la mayoría de las veces ligadas por algo en común (miembros de una misma familia, de un mismo barrio o incluso de una misma etnia) que hacen aportes regulares, en especies o en dinero, y cuyo total es distribuido a su vez entre los miembros de la asociación" (véase J. Nguébou-Toukam, M. Fabre-Magnan, "La tontine: une leçon africaine de solidarité", en Y. Le Gall et al., *Du droit du travail aux droits de l'humanité. Études offertes à Philippe-Jean Hesse*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 299 ss.: uno de los escasos estudios jurídicos sobre el tema, que en cambio está bien documentado en economía y antropología).

⁷¹ Art. L.111-1 del Código de Seguridad social. Dicho principio significa que toda persona que reside en el territorio francés debe estar afiliada a uno de los regímenes obligatorios de Seguridad social o en su defecto a un régimen de seguro personal.

de garantizar la igualdad de acceso de todos los ciudadanos a bienes considerados esenciales: salud, energía, transporte, educación, información, etc.). Entendida así, la solidaridad es anónima, lo que constituye su fuerza pero también su debilidad. Fuerza en tanto que libera a los individuos de sus lazos de fidelidad personal y autoriza la movilización de recursos considerables y una mutualización muy grande de los riesgos. Dbilidad en tanto que ese anonimato fomenta el individualismo y hace desaparecer todo vínculo directo entre las personas solidarias en beneficio de una relación individual con un organismo impersonal. Según uno se ubique en la perspectiva de los prestamistas o de los aportantes, se verá una especie de maná celestial (una acreencia sin un verdadero deudor) o una especie de chantaje (una deuda sin un verdadero acreedor).⁷² Dbilidad también porque dichos sistemas de solidaridad sólo han podido desarrollarse en el marco de Estados que los garantizan cuando no los administran.

Por todas estas razones, los sistemas solidarios desarrollados en el marco de Estados providenciales atraviesan actualmente una crisis profunda. Su exportación ha sido un fracaso en los numerosos países del Sur donde los lazos de solidaridad personal siguen siendo los únicos con los que se puede contar.⁷³ Y en los países del Norte, están sometidos a las críticas de los fundamentalistas del mercado y a crecientes dificultades financieras, agravadas particularmente por la apertura de las fronteras, que permite a los capitales y a las empresas evadir impuestos y cargas sociales. La respuesta a esas dificultades no está en el mito de una sociedad mundial compuesta de individuos autosuficientes y liberados de todo vínculo de solidaridad. Tampoco está en el cierre sobre sí mismos de los sistemas nacionales de solidaridad que forman la columna vertebral de las sociedades y por ende se hallan obligados a moverse con ellas. No se podrá hacer frente a la

⁷² De allí la esquizofrenia tan frecuente entre los titulares de ingresos financiados por deducciones obligatorias (funcionarios, médicos, agricultores), que por un lado reclaman un aumento de esos ingresos y por el otro una reducción de las deducciones.

⁷³ Los administradores de las instituciones públicas de solidaridad a menudo las ven como un pozo común que no pertenece a nadie y del cual entonces se puede sacar algo para uno mismo y sus allegados.

desestabilización de tales sistemas sin darle un alcance internacional al deber de solidaridad inherente a la declaración de los derechos de segunda generación. Tales derechos sólo representan una cara del principio de solidaridad y están ligados a deberes recíprocos de contribución financiera, que ya están consagrados por las cartas y declaraciones vigentes.⁷⁴ Los derechos económicos y sociales ya consagrados bastan pues para brindar armas jurídicas que obliguen a los operadores económicos a contribuir de manera significativa para su cumplimiento en los países donde actúan. Por otra parte, sería conveniente extraer conclusiones nuevas del principio de solidaridad y hacer que evolucionara la interpretación de los derechos económicos y sociales en un sentido que tome en cuenta el nuevo régimen jurídico de los intercambios mundiales. Esa interpretación debiera volverse permeable a la manera en que los países del Sur entienden y practican la solidaridad si se pretende reducir la fractura social internacional y los conflictos de intereses que actualmente se producen entre trabajadores del Norte y el Sur.

El derecho comunitario muestra que un doble movimiento de reafirmación y reinterpretación del principio de solidaridad ya se ha iniciado en Europa, especialmente bajo la presión de la ampliación de la Unión Europea a los antiguos países comunistas. Veinte años después de la Declaración Africana, la Carta Europea de los Derechos Fundamentales consagró a su vez este principio, dándole nuevas prolongaciones.⁷⁵ La solidaridad recupera así, en dicha Carta, no solamente los derechos sociales ya considerados por la Declaración Universal, sino también nuevos derechos fundamentales (derecho a la información de los trabajadores, derecho de negociación y acción colectiva, derecho de acceso a los servicios públicos), así como deter-

⁷⁴ Esta vinculación está explícitamente establecida en algunas declaraciones, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), en cuyos términos toda persona "está obligada a colaborar con el Estado y la comunidad para la ayuda mutua y la seguridad sociales, según las posibilidades y las circunstancias" (art. 35), y "tiene el deber de pagar los impuestos fijados por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos de su país" (art. 36).

⁷⁵ Carta Europea de los Derechos Fundamentales adoptada en Niza en 2000, ver cap. IV, art. 27 ss.

minados principios que se imponen a los poderes públicos y a las empresas (conciliación entre la vida familiar y profesional, protección del medio ambiente, protección de los consumidores). Así definida, la solidaridad podría servir para contener de dos maneras los efectos de disgregación social ligados a la mundialización. Por un lado, lleva a reconocerles a aquellos cuyas condiciones de vida y de trabajo se ven afectadas por la liberalización de los intercambios internacionales el derecho a organizarse, actuar y negociar en un plano internacional.⁷⁶ En tal caso, la solidaridad es considerada como una manera ya no solamente de proteger a los hombres contra los riesgos de la existencia, sino también de darles los medios concretos para ejercer ciertas libertades,⁷⁷ a semejanza de muchas formas tradicionales de solidaridad practicadas fuera de Occidente, como la citada tontina, que entonces se muestra sorprendentemente moderna. Por otro lado, esa definición del principio de solidaridad puede servir de base a reglas que limiten la mercantilización de los hombres y las cosas. Situar el derecho ambiental o el derecho del consumo, como lo hace la Carta, bajo la égida del principio de solidaridad, permite luchar contra la evasión de responsabilidades facilitada por la organización reticular de la economía contemporánea.⁷⁸ Todos aquellos que se benefician con una operación económica deben ser considerados solidariamente responsables de los daños que de ella resulten para el ambiente y los consumidores, cualesquiera sean los montajes jurídicos que haya podido utilizar la empresa.⁷⁹

⁷⁶ Se le otorga así una base jurídica a una solidaridad activa, por encima de las fronteras, de la que podrían valerse asociaciones y sindicatos representativos. Lo cual explica la decisión de ciertos gobiernos, encabezados por el del Reino Unido, de impedir que el Juez comunitario pueda interpretar libremente las disposiciones de la Carta. Los mismos que se opusieron exitosamente al reconocimiento dentro del cuerpo del Tratado constitucional de un derecho de acción colectiva internacional de los trabajadores (véase C. Barbier, "Un traité constitutionnel en quête de ses ultimes auteurs", *op. cit.*).

⁷⁷ Sobre los "derechos sociales de giro", véase A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi*, *op. cit.*

⁷⁸ Véase *supra*, cap. 4.

⁷⁹ Es la solución asumida por la directiva europea del 25 de julio de 1985 sobre la responsabilidad debida respecto de productos defectuosos. Al definir el producto

El primer sentido de la solidaridad, en derecho civil, durante mucho tiempo eclipsado en materia social por las técnicas provenientes de los seguros, vuelve a surgir entonces, curiosamente similar a las formas de la solidaridad "tradicional" aún vigorosas fuera de Occidente, que comprometen la responsabilidad personal de aquellos a quienes vinculan.⁸⁰ La responsabilidad social de las empresas que operan a escala internacional supondría que una solidaridad de esa índole pudiera existir entre las diversas entidades de una filial o de una red transnacional. Sobre esa base, en particular se haría posible exigir responsabilidad en los países donde tienen su sede las entidades "en condiciones de ejercer una gran influencia sobre las actividades de otros"⁸¹ y obligarlas a responder por las infracciones a tales principios observadas en los "países receptores" por entidades pertenecientes a la misma red o a la misma filial. Esa obligación alentaría las buenas prácticas de subcontratación y desalentaría las malas.⁸² Tales acciones de responsabilidad podrían a su

defectuoso como aquel que "no ofrece la seguridad que legítimamente se puede esperar", hace al productor responsable de los daños ocasionados por tal defecto a las personas o a los bienes, sea que esté o no vinculado por un contrato con la víctima. Solución que también ha sido usada con gran eficacia en los Estados Unidos, luego de la marea negra del *Exxon Valdez*, pues la ley norteamericana permite en adelante perseguir como responsables a todos aquellos que en mayor o menor medida tomaron parte en la operación de transporte. Según la *Oil Pollution Act* de 1990, es responsable de la contaminación causada por un barco el propietario, el armador o el fletador ("any person owning, operating, or demise chartering the vessel").

⁸⁰ Véase C. civ. Art. 1200: "Existe solidaridad de parte de los deudores cuando están obligados a una misma cosa, de manera que cada uno puede ser constraído por la totalidad y que el pago hecho por uno solo libera a los demás con respecto al acreedor." Aparece en derecho civil una nueva corriente doctrinaria que le otorga un nuevo alcance al principio de solidaridad en materia contractual: ver D. Mazeaud, "Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?", en *L'Avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Dalloz y Juris-classeur, 1999, p. 603 ss.; Chr. Jamin, "Plaidoyer pour le solidarisme contractuel", en *Le Contrat au début du XXI^e siècle, op. cit.*, p. 441 sq.; Chr. Jamin, D. Mazeaud (dir.), *La Nouvelle Crise du contrat*, París, Dalloz, 2003.

⁸¹ Fórmula tomada de los *Principios rectores de la OCDE en relación con las empresas multinacionales* (1976, revisados en 2000).

⁸² Uno de los efectos de las disposiciones de la *Oil Pollution Act* norteamericana fue tornar a las grandes compañías petroleras exigentes acerca de las garan-

vez ser conducidas de manera coordinada por los sindicatos de la red o de la filial.

Renovada así, la interpretación del principio de solidaridad se abrirá necesariamente a los aportes de todos los países interesados en su aplicación. Dichos aportes contribuirán a devolverle a los Derechos Humanos su función esencial de canalización de los efectos suscitados por el sentimiento de omnipotencia del Hombre. A medida que avanzaba el desarrollo científico y técnico, ese sentimiento se volvió una amenaza para la supervivencia misma de la humanidad y la función propia del derecho es protegernos de esa amenaza.⁸³

Por nuevos dispositivos de interpretación

¿Cómo podemos imaginar la tarea de abrir entonces la interpretación de los Derechos Humanos a los aportes de "todos los miembros de la familia humana" a los cuales se dirige la Declaración Universal? Hay que tener en mente al abordar esta cuestión el hecho de que "los sistemas dogmáticos como tales no dialogan en el sentido de las teorías expeditivas de la comunicación mediática, sólo pueden negociar".⁸⁴ Una interpretación abierta de los Derechos Humanos supone pues la existencia de *dispositivos institucionales* apropiados para favorecer la negociación y darle fuerza jurídica a los acuerdos que de allí resulten. Cabe dudar que una eventual corte internacional de Derechos Humanos sea un lugar propicio para dicha negociación, que está ligada a la "globalización" económica y a la apertura de las fronteras para la circulación

tías de seguridad al elegir sus transportistas, lo que incitó a que los armadores limitaran al resto del mundo —y por ende a la Unión europea— el uso de sus barcos más vetustos.

⁸³ Ver *supra*, cap. 4. El atentado de septiembre de 2001 mostró lo que podía significar la desconexión entre el dominio técnico y la cultura jurídica. Sus autores no eran en absoluto unos "atrasados", sino por el contrario hombres que dominaban perfectamente las técnicas occidentales, incluyendo las técnicas de machacamiento mediático de las mentes.

⁸⁴ P. Legendre, *Le Désir politique de Dieu, op. cit.*, p. 183.

de capitales y mercancías. Aunque abiertas para las cosas, dichas fronteras siguen estando cerradas para los hombres, y no existe una libre circulación de las personas a escala internacional. Luego de haber celebrado antes como héroes a los disidentes que lograban escaparse de los países comunistas, los países occidentales actualmente persiguen a los "indocumentados" que intentan escapar de los países del Sur, y se cuidan bien de comentar las razones de esa huida, porque eso los obligaría a mirar de frente los efectos devastadores del régimen de comercio que imponen en el mundo. La Organización Mundial de Comercio (OMC) ha hecho saber claramente que, excepto las cuestiones muy puntuales que consideran sus estatutos, la suerte de los hombres no es de su incumbencia. Pero la apertura del mundo a los intercambios económicos no podrá durar si las consecuencias humanas de tal apertura no se toman en consideración, de modo que se esboza una división del trabajo entre las organizaciones internacionales encargadas de las cosas (mercancías y capitales) y las encargadas de las personas (trabajo, salud, protección social, cultura y educación, etcétera).

En ese contexto, se plantea la cuestión de la articulación de los principios de la economía de mercado con los valores inherentes a las diferentes culturas de todo el mundo. La globalización no será soportable salvo si es pensada no como un proceso de uniformización de los pueblos y las culturas, sino como un proceso de unificación que se nutre de su diversidad en lugar de dedicarse a hacerla desaparecer. La hermenéutica de los Derechos Humanos forma parte entonces de los problemas suscitados por la liberalización de los intercambios económicos. Por lo tanto, será con motivo de los litigios suscitados por esa liberalización que el proceso de interpretación de los Derechos Humanos (y de los derechos fundamentales) podrá y deberá iniciarse. Ese método permite evitar el unilateralismo proveniente del Norte que condujo al fracaso de la idea de una cláusula social dentro de los tratados de comercio internacional.⁸⁵

⁸⁵ Para una presentación de conjunto del debate acerca de esa cláusula, véase J.-M. Servais, *Normes internationales du travail*, LGDJ, 2004, p. 17-27.

La "dimensión social de la globalización"⁸⁶ está condenada a seguir siendo un eslogan mientras no haya dispositivos institucionales apropiados que le permitan a los países del Sur oponer su propia interpretación de los derechos fundamentales ante los países del Norte. Por ejemplo, cuando la Unión Europea sostiene un enorme sistema de *dumping* de sus productos agrícolas que destruye las condiciones de supervivencia de una agricultura alimentaria en los países del Sur, estos últimos deberían poder estar en condiciones de defender el derecho de sus poblaciones a un trabajo decente y obtener reparaciones apropiadas ante una instancia internacional. Hay que lograr así hacer en el plano internacional con los derechos fundamentales del Hombre en cuanto a lo laboral lo que se ha logrado hacer en el plano interno de los países industrializados durante los dos últimos siglos, es decir, posibilitarle a los débiles dar vuelta las armas del derecho contra quienes lo usan para explotarlos, participando así en el progreso del derecho en su conjunto. Recordemos que la actitud que debía adoptarse con respecto al derecho dividió desde un principio al movimiento obrero entre los revolucionarios, que sólo lo veían como la máscara de la explotación burguesa y que se habían fijado como meta el derrumbe del derecho y del Estado, y los reformistas, que por el contrario prefirieron adueñarse de sus recursos y luchar por una transformación del derecho. La primera opción condujo a la experiencia comunista, persiguiendo la utopía de un mundo libre de los conflictos de clases; la segunda, a la invención del Estado providencial, basado en una hermenéutica social del derecho civil. Tal hermenéutica fue hecha posible por el reconocimiento de un derecho a la impugnación del derecho, que sigue siendo el aporte más innovador y más perdurable del Estado providencial.

Frente a la "globalización" de la economía de mercado, igualmente necesitamos hoy mecanismos que permitan una hermenéutica humana y social del derecho económico. La diferencia

⁸⁶ Nombre dado a la Comisión mundial reunida para tratar el tema bajo el amparo de la OIT. Véase su informe *Une mondialisation juste, Créer des opportunités pour tous*, Ginebra, BIT, 2004 (<http://www.ilo.org/wscdg>).

con la experiencia del movimiento obrero consiste en que dicha hermenéutica ya no puede realizarse bajo la égida de un Estado nación. Es preciso, pues, otorgarle un lugar en el seno de los procedimientos de regulación internacional de los intercambios. La solución más simple consistiría en permitir que las partes en un litigio ante la Organización Mundial de Comercio apelaran a lo que en términos procesales se llama una excepción por incompetencia. El litigio debería ser remitido a un órgano *ad hoc* de resolución de litigios, situado bajo la égida de la organización internacional competente (OIT en cuanto al trabajo y la protección social, UNESCO en cuanto a la cultura, etc.). Dicho organismo podría asumir a su vez la técnica de los paneles de la OMC, a fin de garantizar una representación equilibrada de las diferentes culturas implicadas. La búsqueda de tal equilibrio, o más bien de un menor desequilibrio en la escena mundial, requiere también el reconocimiento de derechos específicos de acción de los países pobres en sus relaciones económicas con los países ricos.

En efecto, una de las enseñanzas de la historia social es que no basta con proclamar la igualdad para que exista, porque la simple declaración de la igualdad formal sólo sirve en un primer momento para despojar a los más débiles de aquello que los protege. Hizo falta un siglo, y el surgimiento de los derechos económicos y sociales, para que la igualdad entre empleadores y obreros se volviera algo más que una justificación de la explotación de unos por los otros. La igualdad entre hombres y mujeres sigue siendo actualmente más formal que real y su consagración en el derecho comunitario sirvió principalmente para justificar la supresión de las reglas que protegían la vida familiar de las intrusiones de la vida laboral, en lugar de ampliar su beneficio a los hombres. La igualdad proclamada entre países ricos y pobres todavía no sirve más que para justificar la sobreexplotación de éstos por aquéllos. Solamente cuando se deja de considerar a los individuos y a los pueblos como entidades abstractas, y se tiene en cuenta lo que son humanamente, la igualdad adquiere consistencia. Al olvidarlo, al tratar de modo similar al fuerte y al débil, se corre el riesgo de ver que los débiles van a engrosar las filas de los enemigos de la igualdad.

Los países del Sur, como se pudo ver en Durban, están hoy atravesados por un debate de la misma índole que el que signara las orientaciones del movimiento obrero frente a la revolución industrial en cuanto a la actitud que deben adoptar con respecto a los Derechos Humanos. Mientras algunos no dudan en desprenderse de ellos y profesan una visión racista del mundo, otros en cambio reivindican que los países del Norte acepten someterse a ellos, y reconocen a su vez que los han violado. Tal es el sentido del pedido de reconocimiento de la responsabilidad de Europa y Estados Unidos en la trata de negros y en la esclavización y deportación de millones de africanos. Resulta difícil negar que se trató de un crimen contra la humanidad, imprescriptible como tal, así como tampoco es posible negar que el terrorismo, entendido como exterminio deliberado de poblaciones civiles con fines políticos, ha sido ampliamente practicado y teorizado en Occidente (desde el Terror revolucionario⁸⁷ hasta Hiroshima, pasando por Guernica y los "bombardeos zonales" de los aliados sobre Alemania). Admitirlo permitiría ingresar también en un trabajo hermenéutico de donde podría surgir una definición jurídica del terrorismo reconocida por todos, y preservarnos al mismo tiempo de los efectos inquietantes de una "guerra contra el terrorismo" sin un adversario claramente identificado.

Este camino de un derecho cuya interpretación realmente esté abierta para todos es lo que hace falta alentar, porque es el único cuya naturaleza permitiría que, dentro de su infinita diversidad, la humanidad lograra entenderse acerca de los valores que la unen. Lo anterior supone que los países del Norte renuncien a imponer siempre y en todas partes sus propias concepciones, y que puedan aprender de los otros en un trabajo común de interrogación del hombre sobre sí mismo.

⁸⁷ Sobre este episodio que funda el Estado moderno, véase P. Gueniffey, *La Politique de la Terreur, Essai sur la violence révolutionnaire*, París, Fayard, 2000.