

Control parcial
Respuesta magistral

Una respuesta magistral no es una pauta de corrección, en la medida en que se trata de pruebas que en principio admiten más de una respuesta que pueda ser dada como correcta. Es una respuesta que pretende ilustrar lo que se esperaba de los estudiantes en cuanto a los temas discutidos. Desde luego no hay ni hubo expectativa de que los estudiantes escribieran en el tiempo del que disponían una respuesta de 8 páginas.

1. EXPLIQUE QUÉ HAY DE COMÚN Y QUÉ DE DISTINTO EN LA IDEA ANTIGUA Y LA IDEA PREMODERNA DE DERECHO.

El derecho antiguo y el premoderno comparten su comprensión como descripciones no susceptibles de ser modificadas por las personas. En tal sentido, la creación voluntaria de derecho es imposible, dado que éste ya existe, y sólo queda descubrirlo. En particular, el derecho antiguo consistía en la descripción de la estructura (cuasi-) física del mundo, así como las leyes de las ciencias empíricas. Por su parte, el derecho premoderno consistía también en una descripción del mundo, pero ya no de su estructura (cuasi-) física sino que de la racionalidad intrínseca de las relaciones humanas.

De esta forma, el derecho antiguo formaba parte del mundo mismo, así como las leyes de la física, y al igual que éstas podía ser utilizado por las personas en su propio beneficio, pero no alterado. De la misma forma que no se puede "anular" la caída de un puente construido contra las leyes físicas, no es posible anular una bendición otorgada con error respecto de la identidad de la persona bendecida. Esto se produce ya que tanto las leyes físicas como el derecho antiguo no son entendidos como prescripciones que confieren un poder normativo a alguien, que es

como entendemos hoy al derecho. Por ejemplo, hoy consideramos que celebramos un contrato si ejercemos el poder conferido por las normas del Código Civil, y respetando las condiciones de validez que éste nos impone para que el contrato se entienda acordado y produzca efectos. Al contrario, Isaac no entendía que existía una norma que lo facultaba para bendecir a su hijo mayor Esaú respetando ciertas condiciones de validez (como que no hubiera error respecto de la persona bendecida, o que la bendición no hubiera sido obtenida con coacción o engaño), ya que de haber sido así, la bendición habría sido anulable (porque se obtuvo mediante un engaño de Jacob, que produjo un error en su padre). En lugar de ello, Isaac veía a la bendición como un hecho (cuasi-) físico, susceptible de ser utilizado sólo una vez, de manera que el pronunciamiento de las palabras que conformaban la bendición creó ésta, agotándose en ese mismo momento, recayendo en quien la estuviera recibiendo sin importar que fuera o no la persona correcta, ya que formaba parte del mundo que Isaac tuviera sólo una bendición, y esto no podía ser alterado por las personas.

Por su parte, si bien ya dijimos que el derecho premoderno también consiste en una descripción del mundo, poner el acento en las relaciones humanas le da un carácter racional y argumentativo (intuitivamente, es posible notar que existe una diferencia entre describir una entidad física y describir una práctica humana). De esta forma, ya no se intenta analizar y comprender las regularidades del mundo físico (léase "derecho antiguo") para aprovecharse de ellas, sino que descubrir la racionalidad intrínseca que subyace a nuestras relaciones, para resolver adecuadamente los casos concretos que se presenten para ser resueltos. En tal sentido, las "reglas" creadas al analizar y resolver estos casos son, en la terminología de Rawls, "resúmenes" que tratan de dar cuenta, lo más fielmente posible,

de dicha racionalidad. Así, de las reglas como resumen es posible predicar corrección o incorrección, y esta última situación es perfectamente posible, sea por una mala elaboración de las mismas, sea porque las particularidades del caso hacen inaplicable la regla al mismo. En tales situaciones, dado que el proceso de resolución de casos está (Detmold) dotado intrínsecamente de razón (=la razón es interna a él), la regla debe ser desechada, porque habrá que concluir que para ese caso era una incorrecta descripción del derecho. En tal sentido, podemos apuntar las palabras del jurisprudente Paulo, "Dícese derecho en varias acepciones. En una, cuando se llama derecho lo que es siempre equitativo y bueno, como es el derecho natural" (D. 1.1.11), y las del jurista Ulpiano: "Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto" (D. 1.1.10.2).

Una manera de expresar lo anterior es decir que el derecho era entendido como lo que Kelsen llama un sistema estático, es decir, uno cuyas normas son especificaciones de una norma fundamental. La manera en que la norma más particular se muestra como parte del sistema es mostrando que su contenido está comprendido por la norma fundamental. Esa es la idea que está detrás de la afirmación, por ejemplo, de Ulpiano de que el derecho es honester vivere, naeminem laedere, suum cuique tribuere, o al a afirmación paulina de que la ley se reduce a un mandamiento: ama al prójimo como a ti mismo. En ambos casos lo que se está diciendo es que lo que sea conforme a ese mandamiento en las circunstancias particulares del caso, eso será el derecho.

2. EXPLIQUE EL SENTIDO DE LA IDEA DE CONTRATO SOCIAL. LUEGO DISCUTA LAS SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LA EXPLICACIÓN HOBBSIANA DEL CONTRATO Y LA EXPLICACIÓN LOCKEANA QUE SUBYACE A LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA NORTEAMERICANA.

La noción fundamental que subyace de las teorías contractualistas es la idea de que el vínculo político es artificial, no natural, y por tanto necesita ser justificado. Que haya vínculo político, entonces, permite pensar sobre las condiciones de vida sin dicho vínculo. una teoría contractualista ha de mostrar que en esas condiciones la vida es en algún sentido deficitaria, por lo que a todos los individuos conviene solucionar ese déficit. Lo que suple el déficit es el Estado, que entonces es querido por todo individuo racional. En la versión hobbesiana, la vida en estado natural no puede sino ser solitaria, pobre, desagradable, bruta y breve, y para salir de él es necesario eliminar la causa de esa lamentable condición: la igualdad entre todos los hombres. Así, los humanos pactan la creación de un ser superior, el Leviatán, que se queda con el monopolio de la violencia legítima. De esta forma se explica el surgimiento del Estado, el cual se plantea como una creación humana, es decir, artificial a la finalidad de asegurar condiciones de vida pacíficas.

Ahora bien, no cabe entender este concepto de contrato social como un relato histórico de un hecho que realmente precedió a la creación del Estado, sino que debe entenderse como un concepto heurístico que permite explicar la legitimidad de la autoridad del estado. El poder del Estado es legítimo en la medida en que va en el interés individual de cada uno de los súbditos.

Frente a esta noción contractualista, destacan las posiciones de Hobbes y de Locke. Ambas teorías estarán de acuerdo en afirmar la artificialidad del Estado (porque eso es lo que

constituye el núcleo de la idea contractualista), pero discrepan en ciertos asuntos referentes al estado de naturaleza mismo.

La primera es de Thomas Hobbes. Hobbes es quien introduce esta noción del Leviatán, como soberano investido de poder sobre el resto de los hombres, y plantea que este estado de naturaleza tendría como fuente la radical igualdad de todos los hombres, que se traduciría en una libertad absoluta (nadie tiene el deber de no interferir con las acciones de otro). En este estado las categorías de bueno/malo no tienen sentido, pues no hay un reconocimiento del otro como un igual. La pregunta en este estado no es entonces "qué es justo" sino más bien "qué es eficaz". Para salir de este estado, los individuos han de renunciar a esta libertad natural, con lo que el Leviatán adquiere autoridad para dictar normas orientadas a proteger a todos. El leviatán, en ejercicio de esa autoridad, dictará normas con esos fines, imponiendo a los individuos deberes. Todo lo que el Leviatán no ha prohibido puede el individuo hacerlo libremente. Como ahora el individuo está protegido por las reglas que imponen deberes a todos, esa libertad ("civil") es más restringida que la libertad natural, pero al mismo tiempo más valiosa.

John Locke, por su parte, plantea el estado de naturaleza como uno en el que sí existen ciertos derechos naturales, que actúan como limitaciones a la libertad, diferenciándose así de Hobbes que ve en el estado de naturaleza una libertad ilimitada. El problema que subyace a este estado sería entonces la ausencia de un juez como un tercero imparcial. El problema del estado de naturaleza, dice Locke, es que cada hombre se toma la justicia por sus propias manos, atribuyéndose derechos naturales con un evidente sesgo que siempre lo beneficiará. El hombre deberá renunciar a este rol de juez y parte, por medio de la designación de un imparcial como juez que será un medio para alcanzar los fines que se proponga.

Por lo anterior, en un sentido importante la comprensión hobbesiana es una comprensión en la que tanto el origen del estado como la validez del derecho es artificial, no natural,. En la comprensión de Locke, el origen del Estado es artificial, pero no así el origen del derecho: el Estado es creado no para que cumpla una función legislativa, sino para que adjudique derechos naturales. La comprensión del derecho que hay en Locke, entonces, es premoderna, aunque su comprensión de lo político es moderna.

3. ¿QUÉ QUIERE DECIR LA IDEA DE QUE LA VOLUNTAD DEL PUEBLO SEA UNA METÁFORA?

Que la 'Voluntad del Pueblo' sea una metáfora quiere decir que es un concepto cuyo sentido no es el denotado literalmente; y es así porque no tiene realidad actual la que promesa que significa imperfectamente. Así, la 'voluntad del pueblo' (= 'Ley', en sentido material) es la voluntad de una comunidad en la que no hay comunidad de voluntades.

Para llegar a esa conclusión, antes debemos notar que es común pensar que el modo de identificación institucional de la voluntad del pueblo (= 'ley', en sentido formal) puede no coincidir con la verdadera voluntad del pueblo. Esto implica que lo que llamamos "voluntad del pueblo", puede no ser otra cosa que la voluntad de quienes controlan esos mecanismos institucionales. Entonces, aceptar la ley como si fuera la voluntad del pueblo, no sería correspondiente al ideal democrático (=auto gobierno), sino un caso de dominación sustentada en auto engaño.

Este pensamiento común supone que hay modos no institucionales de identificación de la voluntad del pueblo. Ello parece evidente cuando nos preguntamos cómo se imputó al pueblo el modo mismo de identificación de su voluntad (=Constitución). Parece necesario sostener que es posible para el pueblo manifestar su voluntad preinstitucionalmente. Hay dos formas

paradigmáticas de identificación no institucional del pueblo y su voluntad:

(a) el pueblo está definido por alguna característica natural. Su voluntad es la identidad del pueblo en su existencia concreta consigo mismo como unidad política.

(b) el pueblo es la agregación de todos los individuos. Su voluntad es la suma de todas sus voluntades.

Los modos no institucionales de identificación de la "voluntad del pueblo" (nótese que entienden literalmente el concepto) tienen dos problemas:

(i) Hacen ininteligible (y por ello devalúan) las instituciones. Entienden que la función de las formas institucionales es neutralizar la decisión del Pueblo, ya que puede ser identificada inmediatamente, por aclamación en (a), o plebiscitos en (b). La ley sería la voluntad de los grupos que controlan su capacidad mediadora.

(ii) Desatan violencia. Si se cree (a) es necesario excluir o silenciar a quienes no poseen esa característica natural propia del pueblo. Si se cree (b), dado que lo relevante es la voluntad de cada individuo, sólo las decisiones unánimes pueden ser vistas como autónomas, y ello habitualmente no ocurre. Así, (a) y (b) hacen probable que la voluntad del pueblo sea identificada del modo más intensamente político (=la guerra), pues generan siempre un grupo concretamente contrapuesto. Esto implica que no hay punto no políticamente partisano desde el cual identificar no institucionalmente la voluntad del pueblo. De ahí que la mayoría de las constituciones tengan su origen en la violencia.

Pero la violencia propia de los modos no institucionales es contradictoria con la promesa de la idea misma de 'voluntad del pueblo', i.e. una voluntad que es transparente al interés de todos. Una voluntad que excluye no considera el interés de los excluidos. Así, identificar la 'voluntad del pueblo' no

institucionalmente es improbable. Esa improbabilidad es consecuencia de que la identificación debe ser hecha en condiciones de enajenación, i.e. el interés de los sujetos parece contradictorio (en la búsqueda del interés individual se produce la hobbesiana "guerra de todos contra todos", siendo finalmente sacrificados el interés particular y el general). Ese es el déficit de lo político.

Justamente por lo anterior es que las instituciones son parte de nuestras formas de vida: su función es hacer probable lo improbable. La 'ley' hace probable la identificación de la voluntad del Pueblo y posible vislumbrar una forma de vida no enajenada, dando por ello valor (anticipatorio) a la actual y no desatar la violencia.

Primero hemos de dilucidar qué es aquello que la institución debe hacer probable. Hablar de 'voluntad del pueblo' es evocar de modo muy abstracto la promesa que incluye; pero una voluntad que sea transparente al interés de todos, por nuestro déficit político, no forma parte de las prácticas enajenadas que vivimos, por lo que nada podemos decir de su contenido concreto. Sólo podemos decir cómo no será, identificando lo que genera la experiencia de déficit (=contradicción entre la entrega de nuestra forma de vida institucional y la promesa). Se explica así por qué la apelación al pueblo ha sido a los que no poseen privilegios, aquellos que padecen de modo manifiesto el déficit negado: quieren ser algo, actualmente no son nada, pero potencialmente lo son todo.

El Pueblo es entonces, la negación de todos los déficit políticos, la negación de lo que impide el vivir el interés de todos como propio: es el radical reconocimiento recíproco (=amor). Esto es teología negativa porque no es una afirmación de lo que el pueblo es, sino la negación de los déficit políticos que la idea de pueblo requiere. De ahí que sea necesario entender

su concepto como metáfora: la ley es la voluntad de una comunidad (promesa) en la que no hay comunidad de voluntades (entrega).

Para hacer probable la improbable 'voluntad del pueblo', para vislumbrar una forma de vida no enajenada, es necesaria la radicalización de la promesa de nuestras instituciones. Por ello es importante que el proceso de formación de 'Ley' de importancia a la deliberación, que tiene como presupuesto que nuestras creencias son intrínsecamente racionales (incorporando así el punto de vista universal, de ciudadanos libres e iguales), y cuya configuración pública e independiente, genere la consideración de todos.