

LA DEMOCRATIZACION DE LA SOCIEDAD A MERCED DE LAS AMBIGUEDADES DEL ESTADO DE DERECHO (A PARTIR DE LA EXPERIENCIA FRANCESA)*

Antoine Jammaud**

Naturalmente, es como “jurista crítico” —o mejor dicho, como profesional del derecho que ejerce a la vez en el campo de la doctrina jurídica y en el terreno de un acercamiento teórico al derecho con ambiciones críticas— que entiendo tratar el tema de esta ponencia. La cual, por su parte, pretende ser una reflexión sobre *cierta práctica de la producción de normas jurídicas* —es decir, como *cierta práctica legislativa*— como instrumento de una voluntad firmemente declarada de “democratizar” una sociedad capitalista avanzada, a la vez que en profunda crisis económica.

Esta no es, desde luego, la única óptica desde la cual es posible interrogarse útilmente acerca de las relaciones entre derecho y democracia. Parece incluso más familiar y más natural el tema de la *legitimación democrática* del derecho en el campo de la filosofía y de la teoría del derecho y *del Estado*¹, aunque sólo fuera porque corresponde a la discusión actualizada de la célebre doctrina del contrato social de Rousseau. En este caso se trata:

- ya sea de explicar por qué el derecho más racional y más justo no puede ser sino un derecho democráticamente elaborado y plantea-

* Versión abreviada de una ponencia presentada en el seminario “Derecho y sociedad”, organizado en abril de 1985 por el CLACSO en Buenos Aires. Esta fecha, anterior al regreso al poder de la derecha en Francia, imprimió a la sustancia del texto algunas de sus características.

Traducción del francés: Jean Hennequin.

** Catedrático en la Universidad de Saint-Etienne y director del Centro de Estudios Críticos sobre el Derecho.

¹ En la literatura en lengua española, véase por ejemplo: *Derecho y soberanía popular, Anales de la cátedra Francisco Suárez* (Granada), no. 16-1976, en particular el estudio de N.M. López Calera, “La legitimación democrática del derecho”, pp. 33-51.

do (éste es el enfoque casi metafísico del tema); luego de interrogarse acerca de las condiciones de un procedimiento auténticamente democrático para la elaboración de estas normas, tanto a la luz de la crítica (marxista, en particular) de la democracia liberal, como de las experiencias que se consideran como herederas de esta crítica;

- o de determinar la parte de la referencia a esta elaboración democrática, de esta justificación, tanto en la eficiencia reguladora global del orden jurídico —es decir, en su aptitud para “mantener en cohesión” las fuerzas e intereses antagónicos que constituyen la trama concreta de una sociedad, sin recurrir simplemente a la violencia abierta—, como en su eficacia en cuanto representación de los valores y de las maneras como son o deben ser las cosas; este segundo acercamiento al tema se inscribe, claro está, en el debate muy actual acerca de la legitimación del poder y de las normas en las sociedades capitalistas desarrolladas².

Tales cuestiones se deslindarán probablemente detrás de algunas observaciones que vertiré a continuación, mas no constituyen mi propósito central. Quisiera más bien empeñarme en recalcar, en primer término, que *la crítica de la regulación jurídica de la sociedad* ha sufrido probablemente algunas modificaciones al reconocer *las virtudes —muy relativas, por cierto de la ostensible subordinación del propio poder de Estado al derecho*; es decir, al reconocer las ventajas prácticas de la figura ideológico-política conocida como “Estado de derecho”. Concesión teórica a su vez muy relativa, que procede en parte de la consideración de un fenómeno tan tangible y legítimo como es la reivindicación de un retorno al Estado de derecho, del restablecimiento y de la extensión de los derechos humanos, expresada en países en los cuales imperaron o siguen imperando regimenes dictatoriales (la. parte). Es de particular importancia insistir aquí en este punto, ya que los contactos establecidos con los juristas y teóricos del derecho en América latina están destinados, en nuestra opinión, a influir de modo decisivo en nuestra comprensión del papel del derecho (del “derecho burgués”) elaborada en el contexto francés, no sólo por la riqueza de su reflexión teórica, sino también porque estos contactos favorecen el redescubrimiento de las virtudes concretas del Estado de derecho³.

Otro dato de consideración ha venido, más recientemente aún, a interpelar las tesis más o menos homogéneas que el movimiento de los juristas y politólogos críticos franceses se ha empeñado, desde hace algunos años, en elaborar y poner en debate en el mundo de los juristas, pero de alguna manera también, en el terreno político. Trátase, desde luego, del sorprendente cambio del personal político ocurrido con motivo de las elecciones

2 A. BERTEN, “Légalité et légitimité. A propos de J. Habermas”, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* (Bruxelles), 1980/4, pp. 1-30.

3 A. JEAMMAUD, “Algumas questões a abordar em comum para fazer avançar o conhecimento crítico do Direito”, in *Crítica do Direito e do Estado*, ss. dir. CA. Plastino, Ed. Graal, Rio de Janeiro 1984, pp. 73-94.

presidenciales y legislativas de mayo-junio de 1981. La izquierda que ha accedido al ejercicio del poder estatal a través de un proceso estrictamente electoral, ha emprendido una “democratización” de la sociedad, la cual en un primer momento se ha llevado a cabo dentro de cierto entusiasmo y confianza (periodo llamado del “estado de gracia”), para proseguir luego con mayores dificultades, mayores incertidumbres, mayor oposición por parte de las distintas fuerzas conservadoras, y sin que dicha democratización jamás se concibiera como forma de transición hacia ese “socialismo autogestionado”, “a la francesa”, que sigue constituyendo, a pesar de todo, el objetivo teórico de las fuerzas políticas asociadas, de 1981 a 1984, en el ejercicio del poder. Desde el punto de vista que hemos adoptado aquí, es importante recalcar que *dicha empresa de democratización se ha traducido en una labor legislativa considerable*, e incluso espectacular en algunos aspectos, puesto que el periodo transcurrido desde junio de 1981 constituye indudablemente la más amplia y rápida fase de cambio jurídico que haya experimentado el país desde el inicio del siglo XIX y el advenimiento de los marcos del derecho moderno a través de las codificaciones napoleónicas. El derecho constitucional positivo es casi el único que no haya resultado afectado por este cambio de excepcional envergadura. . . . ¡lo cual evidencia inmediatamente los límites de este último! Ahora bien, si una intensa producción legislativa con fines reformistas es el único modo concebible para la realización de una política socialdemócrata, y por tanto para el cambio social a través de vías rigurosamente legales, importa examinar detenidamente no sólo el contenido sustancial de las múltiples nuevas leyes, sino también *los modelos de las relaciones entre los sujetos*, así como *los tipos de reglas de derecho* puestos en práctica por los dispositivos legislativos adoptados con el objeto de intentar la concreción de las tantas veces proclamada democratización ampliada de la sociedad. A este respecto aparece que *la figura del Estado de derecho* —en cuanto corresponde a cierto modelo de relación de quien detenta el poder con quienes están destinados a sufrirlo, y de relaciones entre sujetos de derecho— *sirve precisamente de modelo para las relaciones jurídicas que los nuevos textos pretenden instaurar* en distintos sectores de la organización socioeconómica de la vida social, y en particular en las relaciones laborales. Para decirlo en otros términos, la expansión de este modelo del Estado de derecho parece constituir uno de los vectores de la ampliación de la democracia en la sociedad (IIa. parte).

Lo cual no puede, tampoco, causarnos gran asombro, aunque tal hecho suscita por lo menos algunos interrogantes fundamentales para quienes se creen, con mucha razón, obligados a desmistificar el derecho, es decir, a poner de manifiesto las modalidades y funciones de aquello que llamaremos aquí simplemente la “ideología jurídica”. ¿Cuál es el alcance realmente transformador de este cúmulo de nuevas leyes destinado, según el discurso de quienes detentan el poder político, a modificar sensiblemente el orden de la sociedad? Si su dimensión simbólica está fuera de duda, ¿no es ésta ya, en sí misma, factor de una real modificación del contexto de las prácticas de expresión y enfrentamiento de los intereses, cuyo campo está constituido por la sociedad? O por el contrario, ¿constituye todo esto un

vano gesticular legislativo que, en realidad, sólo consumaría la desaparición del auténtico Estado de derecho en una formación social como la actual sociedad francesa (IIIa. parte)?

I. De la crítica de la regulación jurídica a la apreciación de las virtudes del Estado de Derecho

Sabemos cuán aventurado resulta, hoy en día, tratar de circunscribir esta corriente intelectual que coincidimos, con todo, en designar como “enfocque crítico del derecho”, y de identificar sus distintos componentes o tendencias. En tales condiciones, la “teoría crítica del derecho” no pasa de simple fórmula para referirse cómodamente a la coexistencia⁴ de trabajos de índole teórica, que si bien son en parte convergentes, resultan demasiado heterogéneos o no han sido aún objeto de una suficiente confrontación en cuanto a fundamentos y métodos, como para constituir algún tipo de “escuela”, o cuando menos para concordar en una comprensión unívoca de la regulación jurídica de las sociedades estatales contemporáneas⁵. De hecho, estas distintas corrientes que parecen haberse desarrollado en el transcurso de los últimos años en varios países de Europa y América, se reconocen en el doble sentido de la palabra: en que es posible identificarlas, y en que se reconocen mutuamente como “críticas” por su común razón de ser: cuestionar en ámbitos y términos variados, “la ideología jurídica entendida como el conjunto de las representaciones de las relaciones sociales que presuponen y activan la formalización jurídica de dichas relaciones, tanto como el discurso con pretensiones científicas de los juristas que teorizan esta organización jurídica de la sociedad”; es decir, “la imagen tradicional de un derecho que sería fundamentalmente benéfico, que protegería y liberaría, y que sería el único en permitir la realización de un estado social compatible con la dignidad de la persona y la constante búsqueda de la justicia”. O para decirlo en otros términos, estos diversos componentes de la mencionada “corriente transnacional” poseen en común, con herramientas conceptuales, con referencias teóricas y epistemológicas y, por consiguiente, con estilos y relaciones con las luchas políticas muy distintos, y en terrenos que van desde el análisis crítico de los propios dispositivos jurídicos hasta el análisis del “discurso jurídico”⁶, el poder de manifiesto que el derecho es radicalmente *mediación*, si no es que *instrumento de dominación social*. Y que el derecho es esto,

4 A veces ignorada mutuamente de un país a otro, de un continente a otro.

5 “Algumas questões...” *op. cit.*, pp. 73 y ss.

6 Estos dos polos “extremos” están ilustrados respectivamente por los trabajos sobre el derecho laboral (p. ej: *Le droit capitaliste du travail*, Coll. Critique du droit/5, P.U. Grenoble/France, 1980; ou G. BENSUSAN: “Direito do Trabalho: seu papel na organização (o caso do México)”, in *Crítica do Direito e do Estado*, préç. pp. 121-134), y por los escritos de Luis Alberto Warat (en último término: *A pureza do Poder*, Ed. da AFSC, Florianópolis 1983) y sus compañeros (p. ej: Leonel SEVERO ROCHA, “Saber jurídico e Autoritarismo”, *Contradogmáticas* 2/3, 1984, pp. 97-108).

incluso y sobre todo cuando se trata de un derecho instaurado y garantizado por un Estado que se presenta a sí mismo como sometido a su propia legalidad, dispensador de libertades y derechos subjetivos en beneficio de los sujetos-ciudadanos, en suma . . . ¡un Estado de derecho así como estos procedimientos, aun cuando no se refieren directamente al derecho público, abordan el terreno de las relaciones entre el derecho y este “poder” cuya noción resulta, *a priori*, más familiar a la filosofía y a la ciencia políticas que a los juristas⁷. Así adquieren también su doble dimensión como críticas epistemológicas, al oponer a la “ciencia” de los juristas positivistas o dogmáticos, una visión de lo jurídico reintegrado al campo de las ciencias sociales⁸, o al evidenciar el “poder de los discursos jurídicos” catalizado o legitimado por una construcción como la “teoría pura” kelseniana⁹, o como crítica más objetivamente política (desmistificación del Estado liberal, de las realidades y virtudes de la legalidad, de la construcción de la “persona jurídica”, o de la supuesta antinomia del “derecho social” y de la lógica del modo de producción capitalista, etc.).

Sin embargo, esta demostración teórica de que el Estado de derecho asociado a un sistema jurídico que combina institución y legitimación de los poderes por una parte, y por otra prerrogativas garantizadas a los sujetos-ciudadanos (incluso en su calidad de trabajadores), resultaba adecuado para la constitución y reproducción del modo capitalista de la producción de riquezas, y por ende para la salvaguardia de una sociedad de clases, no ha desembocado jamás en una denuncia radical del derecho como simple disfraz de la violencia de clase o puro instrumento de mistificación de los oprimidos. Al contrario, se despliegan constantes esfuerzos por circunscribir más de cerca la especificidad de la dominación mediante el derecho, o para usar una terminología que algunos prefieren a pesar de su excesiva imprecisión, del “control social” asegurado por esta mediación jurídica de las relaciones sociales. La idea de *ambivalencia del derecho* da cuenta, en forma esquemática, de esta especificidad del sitio y del papel del derecho en las sociedades capitalistas reguladas por el Estado de derecho. Sin embargo, importa subrayar que dicha ambivalencia no se debe únicamente al contenido de las reglas jurídicas, como suele comprenderse con demasiada frecuencia. No resulta solamente del hecho de que buen número de estas reglas aseguran derechos a los ciudadanos, garantías al administrado, al trabajador, o más generalmente a la parte considerada como más vulnerable en una relación contractual, del mismo modo que otras normas imponen el peso del Estado y sus aparatos, los poderes normativos y resolutivos de su administración, la propiedad de los medios de producción, el poder empre-

7 Sin embargo, el enfoque de parte de los sistemas jurídicos contemporáneos en los términos del “derecho económico”, presenta el interés de concebir su objeto como estudio del “derecho de la organización de la economía por poderes privados o públicos” (G. FARJAT, *Droit économique*, 2ème édition, PUF Paris 1982, p. 18).

8 “Hipótesis fundamental de la colección es que *la ciencia de lo jurídico se inscribe en una ciencia de político*”, afirmaba en 1978 el texto-manifiesto de nuestra colección “*Critique du droit*” (*Pour une critique du droit*), P.U. Grenoble/Maspéro, Paris 1978).

9 L.A. WARAT, *A pureza do Poder*, préç.

sarial sobre los portadores de la fuerza de trabajo en la medida necesaria para la acumulación del capital, etc. Esta ambivalencia está ligada, de manera probablemente más estructural, al estatuto de todas estas reglas en su conjunto, en cuanto son, precisamente, normas *jurídicas*, o por lo menos en cuanto conforman un orden jurídico del mismo tipo que el orden jurídico prevaleciente en las sociedades del Occidente capitalista desde el siglo XIX. En efecto, aun cuando estas reglas poseen como vocación más inmediata prescribir comportamientos, procedimientos a seguir y obligaciones, o asegurar el funcionamiento de una agrupación¹⁰, trátase de reglas susceptibles de ser “cuestionadas”, es decir, de ser objeto de una impugnación, una discusión de su significado, su alcance o su aplicación concreta, por iniciativa de los sujetos de derecho interesados y en el marco de un proceso (en el sentido más comprensivo del término). Y es en ello que el *orden jurídico conformado por estas reglas se distingue radicalmente* de aquello que puede llamarse *una disciplina* en el sentido de Foucault¹¹, es decir, un método que permite “el control minucioso de las operaciones del cuerpo”, “la constante sumisión de sus fuerzas” a las cuales impone “una relación de docilidad utilidad” y que a mi juicio no es posible confundir con el método del derecho, si bien ambos poseen en común el “eximir de esta relación costosa y violenta” que es la apropiación de los cuerpos (como en la esclavitud), “obteniendo efectos de utilidad por lo menos tan importantes”¹². En esto, cuando menos, se distingue el derecho de un Estado de derecho, del derecho de un Estado policiaco, el cual se empeña casi exclusivamente en colocar al poder a buen recaudo de toda impugnación, y cuya normas (de índole disciplinaria, a decir verdad) quedan sustraídas de toda discusión legítima¹³. Ciertamente es que en nuestros países el Estado de derecho se ha acomodado muy duraderamente con la supervivencia, en el corazón de la sociedad civil, de amplísimos espacios disciplinarios, entre los cuales cabe señalar, en lugar destacado, a la fábrica capitalista que por largo tiempo constituyó una institución auténticamente totalitaria vuelta compatible con su entorno político-jurídico gracias a una sorprendente forma jurídica: el contrato de trabajo¹⁴. Esta coexistencia ha llegado incluso a revelar

10 Cabría interrogarse acerca del alcance, desde el punto de vista de la caracterización de los sistemas jurídicos concretos, de cierto número de distinciones, como la de Max Weber entre *Verwaltungsordnung* y *Regulierungsordnung*, de E.B. Pashukanis entre “normas jurídicas” y “normas técnicas”, de Friedrich Hayek entre “reglas de justa conducta” y “reglas de organización”, o la distinción establecida por otros entre “reglas de derecho” y “reglas de normalización”. Sin entablar aquí esta discusión, pienso que carece singularmente de rigor y pasa por alto la transformación del estatuto y de las condiciones de acción que sufre toda norma “técnica” o “de normalización” desde el momento en que se halla integrada en el orden jurídico.

11 *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard éd, Paris 1975.

12 *Op. cit.*, p. 139.

13 D. LOSCHAK, “Droit et non droit dans les institutions totalitaires”, in *L'institution*, Presses Universitaires de France, Paris 1981, p. 132.

14 El contrato de trabajo presenta en efecto esa sorprendente peculiaridad, dentro de un sistema de libertad individual y de igualdad de los sujetos vigorosamente proclamada, de concernir al cuerpo de uno de los contratantes, y de engendrar la subordinación... precisamente en nombre de la libertad (contractual) de quien llega

muy crudamente el trasfondo, si no es que la razón de ser, de este Estado de derecho. Sin embargo, el advenimiento y crecimiento, bajo la influencia compleja y muy mediatizada de la lucha del movimiento obrero, de un derecho laboral que otorga derechos individuales y colectivos a los trabajadores dentro de la empresa, ha realizado una juridicización parcial, pero auténtica, de este medio *a priori* puramente disciplinario, enriqueciendo de esta manera la amplitud y el significado de la noción misma de Estado de derecho. De ahí que la crítica materialista de esta juridicización de las relaciones de trabajo asalariado no haya pretendido nunca, aunque se empeñaba precisamente en establecer su función en la constitución, el funcionamiento y la reproducción de las relaciones capitalistas de producción, que la legislación social tal como la conocemos actualmente en nuestros países, fuera tan sólo una sutil trampa tendida a una clase obrera "legalizada", antes bien que liberada¹⁵. Este reconocimiento de las virtudes relativas, pero indiscutibles, del Estado de derecho, condujo incluso a ciertos teóricos críticos, a la vez que ponían al desnudo el papel de la representación de la ley como "expresión de la voluntad general", a deslindar las perspectivas ofrecidas por este procedimiento de regulación (la ley parlamentaria) para una transición hacia un socialismo democrático¹⁶.

Pero resulta que la historia muy reciente nos conduce más allá de la comprobación, que ha llegado a ser hoy trivial, de esta ambivalencia de los dispositivos jurídicos. Y es cierto, a este respecto, que la consideración de la lucha librada en numerosos países (en América latina, en particular) por el restablecimiento y la ampliación de los derechos humanos en el marco de un retorno al Estado de derecho, ha desempeñado un papel mayor en este cambio de la actitud crítica hacia el derecho. Pues de ella extraemos una especie de conocimiento más empírico de las virtudes prácticas de la sumisión del aparato estatal y de los distintos poderes a normas jurídicas que les imponen un mínimo de obligaciones, y del funcionamiento efectivo de un conjunto de reglas abstractas, cuya puesta en práctica según los principios de la lógica formal, excluye que la razón sea dada siempre a los más poderosos¹⁷. Porque incluso si se considera que el Estado de derecho y la organización de la vida social según los cánones de la igualdad formal, de las libertades individuales y de la democracia representativa, son perfectamente funcionales en las formaciones sociales capitalistas, a pesar o incluso a través de los límites que las contradicciones inherentes al sistema imponen a esta funcionalidad¹⁸, el análisis de la situación de ciertos

así a quedar sometido a una disciplina orientada por completo hacia el incremento de las utilidades designadas por los "funcionarios del capital".

¹⁵ *Le droit capitalistes du travail*, pp. 155-156.

¹⁶ J. J. GLEIZAL, in *Pour une critique du droit*, précité, pp. 104 et s.

¹⁷ "Algumas questões. . .", pp. 93-94; C.A. PLASTINO, "Etat de droit et droits de l'homme dans le capitalisme périphérique", *Procés* 10/1982 (Lyon), p. 91, spéc. pp. 95-96.

¹⁸ C.A. PLASTINO, *op. cit.*, p. 94 ("Contradicción entre los valores de la ideología liberal y su pretensión de universalidad por una parte, y por otra las condiciones socioeconómicas específicas del capitalismo dentro de las cuales estos valores deberían realizarse").

países periféricos en el seno del sistema capitalista planetario pone de manifiesto los límites específicos (más estrechos que en los países del "centro") de esta adecuación del modelo de organización político-institucional que constituye el Estado democrático de derecho. Así se aclara el proceso que en países como Argentina o Brasil se ha traducido, no hace mucho, en el advenimiento de regímenes políticos dictatoriales y violadores de los derechos humanos y de las garantías individuales¹⁹. Pero así se comprende también que en este terreno particular del enfrentamiento entre clase dominante y clases dominadas que constituye la dimensión jurídica y política de la estructura social, la reivindicación del retorno al Estado de derecho y a las garantías de los derechos y libertades del hombre llegue a constituirse, en la coyuntura de crisis del modelo de desarrollo concentracionista que había elegido e impuesto la primera, no solamente en reivindicación legítima en sí, sino también en instrumento clave para el restablecimiento de una democracia política efectiva, más propicio para la expresión y la consideración de las necesidades vitales o aspiraciones históricas de las clases populares severamente afectadas por la fase declinante del "desarrollo económico". En suma, se comprende que esta restauración del Estado de derecho es nada menos que la condición *sine qua non* de una extensión de la lucha por una democratización llevada por fin hasta el corazón mismo de lo económico²⁰. Sin embargo, el caso es que tan anhelada restauración sólo llega a concretarse porque es objeto de una convergencia de las reivindicaciones democráticas y de las aspiraciones de importantes capas de la burguesía frustradas por el régimen autoritario y su modelo de desarrollo. Es decir, que la correlación de fuerzas que ha conducido al retorno al Estado de derecho sólo se ha establecido a favor de una suerte de equívoco acerca del sentido y las virtudes de este último. ¿Es ésta la única forma de organización política apta, en la fase actual, para renovar la legitimidad gravemente alterada de una sociedad de clases a la cual es preciso restituir su carácter operativo de acuerdo con los criterios de la lógica capitalista, o bien una forma de las relaciones sociales que garantiza (mediante el desarrollo consecuente de las ideas de igualdad, libertad y democracia) una profunda transformación del modo de producción y repartición de las riquezas?

Este equívoco se traduce también a nivel teórico. Es cierto que existe un consenso acerca de una definición mínima del *Estado de derecho*, como aquel que se somete al derecho, es decir, aquel Estado cuya administración, pero también cuyo órgano legislador se hallan obligados a respetar las leyes y la Constitución, en particular en cuanto este *cuero* de normas proporciona garantías individuales a los ciudadanos²¹. Pero se sabe también que al oponer la "legislación" al "derecho" para proclamar a este último (en cuanto conviene a una libertad que es, principal sino exclusivamente, la

19 C.A. PLASTINO, *op. cit.*, pp. 100-102.

20 *Op. cit.*, pp. 102 et s.

21 Fácil es advertir que ésta es la concepción desarrollada por R. Carré de Malberg, quien en su *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (1929) explicaba esta sumisión del Estado al derecho mediante la idea de autolimitación.

libertad del comercio y de la industria) como anterior y superior a aquella, una doctrina neoliberal pone en duda que un orden jurídico estatal que vaya más allá de la garantía de la no coerción para imponer restricciones a los sujetos económicamente dominantes, pueda ser el orden de un auténtico Estado de derecho. Al buscar una falaz legitimidad en una idea de justicia social que no sería más que ilusión²², el Estado intervencionista no podría constituir, en opinión de estos neoliberales, un verdadero Estado de derecho, ya que éste no podría avenirse al reconocimiento de derechos económicos y sociales un tanto significativos, y con mayor razón aún, a la ampliación de una democracia que no podría, sin desnaturalizarse, desbordar el campo de los procedimientos de designación de los gobernantes y del voto de las leyes. Sin embargo, está permitido pensar, en contra de los partidarios de esta doctrina, que la lógica del Estado de derecho consiste en tender a someter todo poder, ya sea estatal o privado, a normas cuyo dominio le escapa, y a la impugnación legítima a través de la expresión de los intereses de quienes son objeto del ejercicio de sus poderes. Concepción tanto más plausible, cuanto que la voluntad de aplicar en la práctica los dogmas de esta doctrina neoliberal, tan presta para denunciar la “reglamentación”, se ha avenido perfectamente a que se pusieren en entredicho las garantías democráticas por parte de los poderes autoritarios, dictatoriales, que desde no hace mucho se han dado a la tarea de imponer a su pueblo una política económica conforme a estos dogmas . . . ¡con el éxito que todos conocemos!

Esta ambigüedad confirma, en primer lugar, que “el derecho” no es uno ni “sin historia”. Nos sugiere, sobre todo, que concibamos las virtudes de un Estado de derecho benéfico para los pueblos, como resultantes de una combinación de la mediación jurídica de las relaciones conflictivas y de dispositivos jurídicos tendientes simultáneamente a limitar los distintos poderes estatales y privados y a favorecer la expresión y negociación de los intereses. Posiblemente sea este modelo del Estado de derecho el que tenga alguna probabilidad de servir como vector para cierta democratización de la sociedad.

II. La figura del Estado de Derecho como modelo para una Democratización de la Sociedad

Como hemos subrayado desde la introducción del presente estudio, el cambio político ocurrido en mayo-junio de 1981 en Francia ha abierto paso a una clara voluntad de democratizar la sociedad para ir mucho más allá de la simple democracia política, es decir, de un sistema constitucional basado en la separación de poderes, el sufragio universal, las elecciones libres y la libre acción de los partidos políticos. Esta voluntad, muy viva hasta 1984 por lo menos, se tradujo en una intensa actividad de reforma legislativa, que afectó principalmente a la organización de la economía (nacionaliza-

²² F.A. HAKKEY, *Droit, législation et liberté*, Tome 1 *Règles et ordres* (P.U.F., Paris 1980), Tome 2 *Le mirage de la justice sociale* (P.U.F., Paris 1982).

ción de la banca y de las sociedades matrices de los más importantes grupos industriales, democratización del sector público así ampliado, reforma de la planificación), de la administración (descentralización, perfeccionamiento de los derechos de los usuarios ante la administración), pero también la justicia penal, y principalmente las relaciones laborales. Sin embargo, no podemos contentarnos con una comprobación cuantitativa de esta impresionante producción de nuevos textos. En efecto, conviene observar que estas reformas no se han concretado a modificar las relaciones jurídicas en los distintos campos de la vida socioeconómica, en particular al ampliar los derechos de los trabajadores, de los administrados, de los ciudadanos; con este fin, *las reformas han modificado con frecuencia el lugar ocupado por la regla de derecho dentro de las relaciones sociales a reformar*, para que los sujetos sometidos a los distintos poderes públicos y privados accedan a aquello que el discurso de la nueva mayoría política denomina una “nueva ciudadanía”, ampliada, enriquecida y oponible a todos estos poderes.

La autenticidad —o simplemente la credibilidad— de la sumisión de un poder al derecho, requiere que este poder no pueda fácilmente modificar las reglas en cuyo marco se desarrolla supuestamente su acción, que estas reglas sean lo suficientemente conocidas, públicas, y que los motivos de los actos que adopta conforme a estas normas sean revelados. Implica, asimismo, que tanto los motivos como los propios actos puedan criticarse útilmente, y por tanto deferirse ante un juez, y que las decisiones criticarse último que censuren algunos de estos actos surtan su efecto práctico. Tratándose del poder del Estado y de su administración, es innegable que varias de las reformas adoptadas desde 1981 van en tal sentido, aunque en honor a la verdad debe subrayarse que algunas de ellas prolongan reformas realizadas por el anterior poder político en nombre del “liberalismo avanzado”. Tal es el caso de las disposiciones que de ahora en adelante rigen las relaciones entre la administración y los usuarios, en cuanto facilitan el acceso a los documentos administrativos, imponen la motivación de las decisiones administrativas, o asignan a esta administración distintas obligaciones muy concretas derivadas del principio de igualdad de los ciudadanos (pero también de los extranjeros) ante la ley.

Si podemos legítimamente analizar estas innovaciones jurídicas como un reforzamiento del Estado de derecho, es en la medida en que la sumisión del Estado y sus servicios a reglas de derecho tiene tanto más sentido cuanto que los sujetos de su poder se ven dotados de amplias facultades para prevalecerse de estas reglas y para reclamar su respeto a los órganos del poder, incluso demandándolos en juicio. Pero me parece que se alcanza un grado mayor de autenticidad del Estado de derecho, cuando algunos de los intereses de estos sujetos son erigidos en prerrogativas jurídicas específicas, es decir, en *derechos subjetivos* o en *libertades jurídicamente garantizadas*. En este caso su calidad de “ciudadanos”, que en su origen no concernía sino al disfrute de derechos civiles y a la aptitud para participar en los procedimientos constitucionales de la designación de los gobernantes, adquiere un suplemento de sentido y de alcance. De hecho, por primera vez en la historia jurídica francesa varias leyes acaban de consagrar “derechos”

reconocidos a todos, relativos a la satisfacción de ciertos intereses que una democracia moderna se ve obligada a garantizar para afianzar su legitimidad, o relativos a ciertas necesidades de la vida cotidiana: “derecho a una comunicación audiovisual libre y pluralista”, “derecho a la vivienda”, “derecho al transporte”, etc. Ciertamente es que los juristas tienden lógicamente a acoger tales innovaciones con ironía, pues *a priori* no se ve muy claramente en qué consiste la sustancia concreta de tales “derechos”, ni a qué son oponibles, y es de sobra conocido cuán vano resultó el pretendido “derecho al empleo” explícitamente proclamado en el Preámbulo constitucional de 1946. No obstante ello, si reconocemos que en un sistema social donde la mediación jurídica funciona efectivamente y donde es importante la aplicación contenciosa del derecho, el sentido y la utilidad de las proposiciones enunciadas en el lenguaje del derecho están llamados a evolucionar bajo la influencia de la retórica desarrollada para la defensa de los intereses que se enfrentan, podemos admitir legítimamente que tales proclamaciones, a primera vista muy simbólicas e irrisorias, afectan con todo al marco jurídico de la vida política, social, económica. Sin pretender negar que estas leyes obedecen en parte a preocupaciones oportunistas y a la grandilocuencia del discurso político, cabe tomar en cuenta las enseñanzas de un pasado reciente donde vemos que algunas fórmulas legales desprovistas aparentemente de significado muy preciso, pueden en ocasiones fundamentar ciertas soluciones jurídicas concretas, modelar ciertas situaciones jurídicas, y en definitiva garantizar muy concretamente la realización de ciertos intereses²³.

Estas distintas contribuciones a la sofisticación del régimen del Estado de derecho, son indudablemente coherentes con el proyecto de perfeccionamiento de la democracia que las fuerzas de izquierda pretendían promover. Pero si bien enriquecen la panoplia de los “derechos económicos y sociales” consagrados por el orden jurídico francés y suministran algunos medios suplementarios para limitar la acción del aparato estatal o para lograr el reconocimiento de ciertos intereses en este espacio de controversias con objetivos prácticos que constituye el campo jurídico, dichas contribuciones no cuestionan el dominio de los medios de producción de las riquezas, ni alteran, en realidad, la naturaleza misma de este Estado. Para evaluar la amplitud de la labor de democratización, conviene tomar en cuenta y analizar estas reformas cardinales que son, aparentemente, la descentralización, y sobre todo, el conjunto de las modificaciones más o menos espec-

23 Ilustrativo es a este respecto un fallo emitido en 1978 por el Consejo de Estado: debiendo pronunciarse acerca de la legalidad de un decreto que suspendía la inmigración familiar, es decir, la facultad para los miembros de la familia de un trabajador inmigrante, de reunirse con él en Francia, esta alta jurisdicción administrativa anuló, para sorpresa general, dicho acto reglamentario gracias a una proposición sibilina del Preámbulo constitucional a la cual hizo surtir efecto normativo y de la cual dedujo la positividad, en el sistema jurídico francés, de un “derecho a llevar una vida familiar normal” reconocido tanto a los extranjeros como a los naturales. Lo cual comprueba, una vez más, que la interpretación en materia jurídica no es menos asunto político que técnico.

taculares que las famosas “leyes Auroux” y otras leyes u ordenanzas legislativas de los años 1982-83 han impreso al derecho laboral.

Sólo haremos aquí breve mención de la descentralización, anunciada repetidas veces por los gobiernos anteriores, pero por fin realizada por una izquierda socialista que la tenía inscrita desde hacía mucho tiempo en su programa, en conexión con la necesaria ampliación de la democracia y, más recientemente, con la idea de la “autogestión”. Tratóse, concretamente, de la transferencia de distintas competencias del Estado a las “colectividades territoriales” (región, departamento, municipio), de la institución de ejecutivos locales independientes de los representantes locales del Estado, y de la supresión de las tutelas ejercidas por estos últimos. Dicha descentralización traduce indudablemente la voluntad de acercar los centros de decisión a los ciudadanos, e ilustra a su vez la extensión del modelo del Estado de derecho, en cuanto mediante esta supresión de las tutelas el control de la legalidad de los actos de los órganos de las colectividades territoriales es transferido de los representantes estatales a las jurisdicciones administrativas, convirtiéndose así en un control *a posteriori*. Sin embargo, lo cierto es que al cambiar de escala el procedimiento de la democracia parlamentaria, esta descentralización conlleva ante todo el peligro de reforzar la influencia de los notables locales.

En cambio, conviene prestar mayor atención a la vasta reforma del derecho de las relaciones laborales, sobre la cual ha arrojado luz un “discurso del legislador” muy rico y significativo, representado principalmente por un informe del ministro del trabajo, de septiembre de 1981, consagrado a los “nuevos derechos de los trabajadores”, que los textos legislativos posteriores se han esforzado por introducir en el derecho positivo²⁴. Este informe exponía, en efecto, el proyecto tendiente a hacer de los trabajadores “ciudadanos de pleno derecho en el seno de la empresa”²⁵, y a erigir esta empresa en un “nuevo espacio de la democracia”, con el fin de asegurar una “democracia viva” destinada a “tener su sitio normal ante todo en el centro de trabajo”. La singularidad de la reforma consiste precisamente en concernir esencialmente a las relaciones en el seno de la empresa, a la organización de la misma, y no solamente a la actividad sindical en general o a las relaciones entre las organizaciones empresariales, los sindicatos obreros y el Estado. En esto, llega el derecho francés un poco más allá de esta especie de derecho laboral mínimo de un país democrático: libertad sindical, libertad de negociación colectiva, protección individual de los asalariados en la empresa y garantías sociales. A este respecto es muy revelador el lenguaje del discurso del legislador. El cual, por lo demás, ha sido objeto de vivas críticas por parte de los empresarios y los adversarios políti-

²⁴ El texto de este informe, así como de las leyes y ordenanzas adoptadas, ha sido publicado en castellano por el Ministerio español del Trabajo: *Informe Auroux. La reforma socialista de las relaciones laborales en Francia*, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983 (que incluye comentarios generales de los profesores L.E. DE LA VILLA et A.J. SAGARDOY).

²⁵ “Ciudadanos en la ciudad, los trabajadores deben serlo también en su empresa”, proclaman las primeras líneas del informe.

cos del gobierno, quienes han denunciado como absurda la transposición de nociones más familiares a la ciencia ó la filosofía política para caracterizar a las relaciones a instaurar en el seno de empresas que, a sus ojos, no pueden poseer como lógica más que aquella de la máxima rentabilidad, ni como referencia más que el afán de ganancia: “Hablar de ciudadanía de empresa es un contrasentido. Hablar de democracia económica es un abuso de lenguaje”, porque “en la empresa el pueblo lo constituyen los consumidores, no el personal”²⁶.

A decir verdad, la terminología por cierto grandilocuente de un discurso del legislador destinado a situar ideológicamente las innovaciones jurídicas, a otorgarles un alcance histórico a los ojos de los trabajadores, a hacerlas aparecer a la vez como naturales y necesarias (a “legitimarlas”) ante el conjunto del cuerpo social, no está, a mi juicio, desprovista de sentido²⁷. En primer lugar, porque las reformas han pretendido asegurar a los asalariados la continuidad de su calidad de ciudadanos de la sociedad estatal de democracia liberal, limitando las alteraciones mayores hasta entonces impuestas por la subordinación característica del sistema salarial, en el centro del trabajo, a los derechos y libertades inherentes a esta ciudadanía. Ciertamente es que la empresa sigue siendo, en lo fundamental, un ámbito de trabajo, de producción, antes bien que un espacio de expresión y de debate. No obstante ello, varias disposiciones jurídicas nuevas tienden a garantizar, mejor que antes, las libertades individuales y colectivas de los trabajadores dentro de la empresa, en particular frente a la organización y la disciplina. Sin embargo, además de garantizar mejor los derechos de los ciudadanos-trabajadores en la empresa, la reforma se ha preocupado también por constituir a los asalariados, como tales, en “ciudadanos” de esta sociedad infraestatal que constituye la empresa, al reconocerles dentro de este marco específico derechos y libertades originales o al perfeccionar sus derechos de organización colectiva frente al poder de la dirección, tanto en la empresa pública como en la empresa privada. Es mediante la constitución de estos “espacios de libertad” y la ampliación de estos medios para hacer valer ciertos intereses de los trabajadores en los sitios mismos en que se manifiesta de modo más concreto la relación entre capital y trabajo asalariado, cómo la acción reformista del poder de izquierda se ha esforzado por instituir en este nivel un esquema de relaciones jurídicas supeditadas al ideal democrático, o cuando menos situadas en un *movimiento de democratización*.

En efecto, si nos atenemos a la comprensión elemental del término “democracia” —“el gobierno del pueblo por el pueblo”, lo cual excluye en todo caso al poder de toda autoridad no considerada como procedente de este mismo pueblo— está claro que las recientes reformas al régimen jurídico de las relaciones laborales no han transformado las normas de devoción del poder de gestión, y que ni siquiera han distribuido formalmente su ejercicio entre los funcionarios del capital y los trabajadores o sus repre-

²⁶ Palabras pronunciadas por representantes de organizaciones empresariales.

²⁷ A. JEAMMAUD, “Reformas laborales y democracia industrial en Francia”, *Relaciones laborales* (Madrid), 4/1985, p. 604.

sentantes. Los derechos ampliados de los sindicatos dentro de la empresa, de las instituciones representativas elegidas del personal, los derechos individuales enriquecidos de los asalariados, siguen siendo facultades de información, de consulta, de impugnación de las decisiones del poder empresarial, y de negociación con este último; en ningún caso autorizan a los trabajadores organizados para tener a este poder de dirección en jaque o para pasar a ocupar su lugar. La ley de democratización del sector público, de julio de 1983, es por cierto muy importante, ya que ha venido a imponer la presencia de representantes elegidos de los asalariados en los consejos de administración de más de 600 empresas (entre las cuales figuran la mayor parte de las grandes empresas del país) que dan empleo a 6,000.000 de trabajadores aproximadamente. Sin embargo, estos elegidos continúan siendo minoritarios, en particular frente a los representantes del Estado u otras personas jurídicas con capital público, motivo por el cual resulta imposible advertir en esta fórmula aplicación alguna de la idea de autogestión²⁸, y menos aún si tomamos en cuenta que la autonomía de gestión de las empresas públicas, vigorosamente proclamada, sigue siendo, con todo, tributaria de la política económica del Estado. Sin embargo, no me parece absurdo hablar, a propósito del conjunto de las reformas relativas a las empresas, tanto privadas como públicas, de un proceso de *democratización a través de la ley*, en la medida en que los nuevos textos crean una variante francesa de aquello que, en otros países europeos, suelen llamarse “democracia industrial”. Es verdad que esta noción de origen escandinavo es muy comprensiva; pero la “democracia económica” (ésta es la expresión que más gusta de usar el discurso del legislador), de la cual estas recientes reformas han pretendido crear los marcos jurídicos, constituye indiscutiblemente una aplicación de esta concepción grata a la socialdemocracia más consecuente.

El derecho laboral renovado realiza este nuevo orden jurídico al desarrollar los marcos, los medios y los procedimientos de expresión de los intereses de los trabajadores, de su enfrentamiento con los intereses encarnados por los representantes del capital público o privado, quienes detentan el poder de decisión económica, y al perfeccionar los marcos de la negociación entre estos protagonistas de las relaciones profesionales en la empresa. Insistiremos particularmente aquí en el hecho de que *esta extensión de la ciudadanía y el establecimiento de los mecanismos jurídicos de una democracia industrial, se han operado, de alguna manera, mediante un mayor acercamiento de esta microsociedad que es la empresa (capitalista) al modelo del Estado de derecho*. En tal sentido puede afirmarse que esa figura algo mítica sirve de referencia para un movimiento de extensión de la democracia en el seno de la sociedad francesa, conforme a la voluntad de la izquierda socialista de restablecer en todo su prestigio esta idea del Estado de derecho como valor mayor de una ideología republicana renovada.

²⁸ A. JEAMMAUD, “La démocratisation du secteur public”, *Actualité Juri dique-Droit administratif* 1983, p. 563 et suiv.

Si de ahora en adelante la idea de “ciudadanía de los trabajadores en la empresa” parece apta para dar cuenta (con el mínimo de credibilidad requerida por la eficiencia ideológico-práctica de este tipo de representación de lo real) de la organización de las relaciones entre “sujeto empresario” y “sujetos trabajadores” en el seno de la empresa francesa captada en su imagen jurídica, esto se debe en primer lugar a que el orden interno de esta última se ha alejado definitivamente del modelo estrictamente disciplinario: al igual que en un Estado de derecho, en la empresa el poder instituido queda sometido ahora a normas de índole jurídica cuyo dominio, además, le escapa. En materia de gestión de la mano de obra, por ejemplo, el empresario está obligado a respetar las nuevas reglas del Código de Trabajo que limitan con bastante rigor la posibilidad de contratar en una forma que no será la del contrato por tiempo indeterminado, así como a respetar las normas que pretenden garantizar una más concreta igualdad de las condiciones impuestas a los hombres y las mujeres. Las leyes, reglamentos y convenios colectivos ciñen, asimismo, dentro de una red normativa muy densa, las decisiones empresariales en materia de organización del tiempo de trabajo, organización de las condiciones físicas o psicológicas del trabajo, e incluso en materia de política de las remuneraciones. Las direcciones que deseen gozar de mayor flexibilidad (en materia de organización del tiempo de trabajo, en particular) deben someterse a la negociación colectiva con los sindicatos. Se ha impuesto, incluso, la obligación de negociar anualmente los salarios y la duración del trabajo, con el fin de estimular la práctica contractual en detrimento del poder unilateral. Por último, en el terreno de la organización de la disciplina necesaria para la producción, los textos de 1982 han introducido un cambio muy notable con respecto a la tradición francesa: el acta de legislación interna que es el reglamento interno de la empresa, elaborada por el jefe de esta empresa, está reglamentada rigurosamente por el Código, quedando sujeta de esta manera a la legalidad del Estado, lo cual permite garantizar, en el seno mismo de la empresa, un máximo de libertades individuales y colectivas constitucionalmente reconocidas a los asalariados como ciudadanos de la sociedad política. Mientras que las sanciones disciplinarias susceptibles de ser pronunciadas en contra de un asalariado, son limitadas, previstas por el reglamento interno (sistema de la “legalidad de las penas”), y sujetas a un procedimiento interno que garantice al interesado la posibilidad de defenderse de las acusaciones que se le dirijan. Hecho más importante aún, estas sanciones están expuestas a un recurso ante el juez estatal, y este recurso puede conducir a la anulación de las mismas si resultan injustificadas o desproporcionadas.

Sin embargo, la noción de Estado de derecho no se refiere únicamente a la sumisión del ejercicio del poder a reglas de tipo jurídico, es decir, reglas susceptibles de dar lugar a una causa, a un debate contradictorio, acerca de su significado o de tal o cual aplicación concreta de las mismas. Se refiere, asimismo, a mi parecer, a la posibilidad para los sujetos de hacer valer ciertos derechos propios frente a este poder. De hecho, la sumisión del poder empresarial a un marco jurídico constituido por toda la panoplia de reglas que acabamos de mencionar, va a la par de la atribución a los asalariados, en forma individual o colectiva, de prerrogativas jurídicas más

amplias, que la ley les permite oponer a la dirección de la empresa, y que trascienden la facultad elemental de apelar a un tribunal para impugnar un acto irregular del empresario. Entre los derechos creados o ampliados por las reformas de los años 1982 y siguientes, deben señalarse en particular el derecho de expresión directa acerca de las condiciones de trabajo, que corresponde personalmente a cada asalariado (aunque se ejerza en un marco colectivo, en el seno de "grupos de expresión" o de "consejos de talleres"), y el derecho de retirarse de una situación de trabajo peligrosa, que autoriza a todo trabajador expuesto a un peligro para su salud, para sustraerse por iniciativa propia del puesto que le ha asignado la organización del trabajo. Pero sobre todo no debe pasarse por alto que las libertades de acción y los derechos de negociación de los sindicatos representativos, así como los derechos de las instituciones representativas del personal (comité de empresa, delegados del personal) a ser informadas o consultadas en los numerosísimos casos previstos por la ley, constituyen otros tantos derechos de los sujetos oponible a los titulares del poder de dirección de las empresas.

Estas pocas y rápidas indicaciones dan una idea del volumen de las reformas realizadas desde hace casi cuatro años en el orden jurídico francés, en particular en lo concerniente a las relaciones con la administración y las relaciones del trabajo asalariado. Sin embargo, no basta tomar nota de un cambio normativo, por más impresionante que sea en cuanto a su amplitud, ya que siguen siendo objeto de discusión tanto la aptitud de esta vasta renovación jurídica para modificar concretamente las relaciones sociales, como el sentido de tal modificación.

III. ¿Transformación social, acción simbólica o legislación-espectáculo?

Una tradición ilustrada hace poco en Francia por el gran civilista G. Ripert, proporcionaba una respuesta brutal al interrogante acerca del sentido de la evolución representada por la producción a un ritmo cada vez más acelerado de textos legislativos preocupados por reformar el derecho vigente: el régimen democrático que abre paso a la influencia de los grupos organizados y a la demagogia, combinado con la creciente "socialización" de las riquezas y la limitación de los poderes "naturales", desarrolladas bajo esta influencia nefasta, condenarían irremediablemente el derecho a la decadencia y la economía a la ineficiencia²⁹.

La doctrina neoliberal pretende ser más radical aún, pues postula la antinomia de la "legislación" y del ("verdadero") "derecho", para no advertir en la producción de normas por el "Estado providencia" sino una catastrófica subversión de este "derecho" por una "regulación legislativa de la economía". Así, lo que puede aparecer como imitación extensiva del modelo del Estado de derecho tendiente a controlar el poder ejercido sobre otras personas por el simple hecho del dominio de los medios de produc-

²⁹ *Le régime démocratique et de droit civil moderne*, L.G.D.J., Paris 1936; *Le déclin du droit*, L.G.D.J., Paris 1949; *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J. Paris 1955.

ción, suscitaría un análisis exactamente inverso por parte de los adeptos de una doctrina neoliberal, análisis por lo menos tan pesadamente “ideológico” como aquellos de los que pretende librarnos: ilustración suplementaria de las ambigüedades de la noción de Estado de derecho. Por lo menos esta doctrina debería apreciar positivamente todo lo que pueda concurrir a contener la acción de la administración, aunque las libertades de los sujetos lo interesen esencialmente en la medida en que son las libertades de los empresarios, a quienes considera como únicos creadores de las riquezas. En todo caso, vilipendia como nuevo exceso de intervencionismo la reestructuración de las reglas que rigen las relaciones laborales, tan natural e indiscutiblemente benéfico le parece el ejercicio del poder fundado en la posesión de los medios de producción y de intercambio.

En suma, de acuerdo con esta doctrina *la limitación mediante el derecho*, que vale para el poder de Estado, no puede valer para los poderes económicos privados, desde el momento en que el Estado legislador interviene en la realización de este control normativo. En cuanto al procedimiento de la negociación, éste perdería sus virtudes desde el momento en que se vería favorecido por la ley para permitir que los representantes legítimos de los intereses de los trabajadores (los sindicatos) contribuyan a esta limitación del poder empresarial mediante su participación en la producción de normas que se impongan a los actos de este poder.

Pero la fecundidad del legislador en estos últimos años puede inspirar también una crítica de otra índole, que sólo coincide en algunos puntos con las tesis de los paladines del “*laissez faire*”: cualquiera que sea su contenido y por más loables que sean las intenciones que lo inspiran, el crecimiento cuantitativo de los textos jurídicos aceleraría esa “inflación legislativa” harto conocida en todas las sociedades industriales, y conduciría por este camino hacia “el fin del Estado de derecho”. El afán de someter un número cada vez mayor de relaciones sociales y de aspectos de la vida de las sociedades modernas, al derecho —y por consiguiente a un derecho cada vez más complejo, diversificado, sofisticado— entrañaría el germen de una ineluctable desvalorización de la regla de derecho, precisamente coexistiva de esta expansión de los textos, porque las nuevas reglas jurídicas serían necesariamente mal conocidas, insuficientemente efectivas, excesivamente cambiantes, con harta frecuencia defraudadas o expuestas a la zapa de violaciones toleradas. Este enjuiciamiento de la inflación legislativa ha llegado a ser clásico, y es regularmente reactivado y actualizado. Si bien los más recientes desarrollos de esta crítica son anteriores a las reformas realizadas por el poder socialista³⁰, no cabe duda de que estas reformas la alimentan al ilustrar los distintos rasgos que atribuye al orden jurídico estatal contemporáneo, y que no dejarán de suscitar tarde o temprano las acusaciones renovadas de los desmenuzadores del “demasiado derecho”. Sin embargo, debe reconocerse que estos últimos distan mucho de ir des-

30 J.P. HENRY, “Vers la fin de l’etat de droit?”, *Revue de droit public et de la science politique* 1977, p. 1207 et suiv.; N. NITSCH, “L’inflation juridique et ses conséquences”, *Archives de philosophie du droit*, Tome 27, Sirey 1982, p. 161 et suiv.

caminados, aun cuando sea preciso reprocharles cierto simplicismo de los conceptos teóricos a los que recurren (comenzando por los conceptos de “regla de derecho” y “efectividad del derecho”), así como un marcado idealismo jurídico³¹. Sin embargo, no entra aquí en mi propósito ni aprobar ni desaprobando a estos procuradores de la producción jurídica francesa; conviene, ante todo, recalcar que es posible un análisis muy distinto de fenómeno.

En efecto, puede sostenerse que el Estado de derecho triunfa cuando se manifiesta hasta este grado la obsesión por concretar la acción gubernamental mediante la adopción de una plétora de textos legales y reglamentarios, y por inscribir los objetivos de las políticas reformistas dentro de leyes, aunque sea a costa de una marcada modificación de la tecnología legislativa³². No resulta indiferente, y de ningún modo incompatible con la idea de primacía del derecho, no sólo que las luchas políticas se expresen en el lenguaje del derecho (reivindicación del “derecho al empleo” o del “derecho a la diferencia”, etc.), sino también que los textos recientes se complazcan en consagrar nuevos derechos, tales como el “derecho a la vivienda”, el “derecho al transporte”, el “derecho a una comunicación audiovisual libre y pluralista”, etc., en los cuales no aparece el poder de exigir oponible a determinados sujetos, que caracterizaba, según solía creerse, a esa categoría técnica fundamental del derecho moderno que es el derecho subjetivo. Tampoco carece de interés el que esta *juridicización* de las instituciones y de los debates políticos se traduzca, de ahora en adelante, en la impugnación poco más o menos sistemática de la constitucionalidad de las leyes recién votadas, a través de la incautación del Consejo Constitucional por la minoría parlamentaria, y que la impugnación política de las reformas se transforme en impugnación de su regularidad jurídica. El que el reglamento de esta impugnación jurídica por la jurisdicción constitucional, cuya legitimidad a fin de cuentas casi ya no viene puesta en tela de

³¹ No podemos menos que suscribir la siguiente observación de J. Ellul: “Para el ciudadano el derecho resulta tan abstruso, incomprensible, ininteligible, como en las épocas bárbaras en que el derecho era un conjunto de conocimientos secretos de pontífices o de sabios. Ni siquiera el especialista puede, materialmente, conocer la totalidad de las innumerables reglas de detalle, que son todas de derecho, pero que cambian con extrema rapidez” (“Le droit occidental en 1970, à partir de l’expérience française” in *Futuribles*, no. 840, p. 6) Observo, sin embargo, que los juristas a quienes esta proliferación del derecho impone tanta incomodidad como les confiere un suplemento de legitimidad profesional, olvidan con frecuencia la parte de responsabilidad que les incumbe en un aspecto del fenómeno al cual suelen prestar demasiada poca atención: la saturación del medio jurídico (en Francia) por un sinfín de revistas empeñadas en publicar un número cada vez mayor de decisiones judiciales, que afanosos comentaristas pretenden incorporar casi siempre en ese pesado *corpus* llamado “jurisprudencia”.

³² “Acto de voluntad de la representación nacional”, la ley votada por el Parlamento ya no está consagrada únicamente a la promulgación de reglas. Su contenido consiste frecuentemente en decisiones, antes bien que en normas jurídicas; pero también en previsiones, orientaciones, etc, cuyo modo de actuar en las relaciones y las prácticas a la regulación de las cuales contribuyen, no ha sido aún objeto de un análisis preciso.

juicio, posea aparentemente la virtud de desarmar una parte de estas críticas políticas, no carece tampoco de significado en cuanto a la eficacia propia del plan jurídico³³. Y la denuncia de la “legislación espectáculo”, a partir de la comprobación de que la elaboración de los dispositivos legislativos constituye un objetivo en sí para el poder político independientemente de la preocupación por su suficiente aplicación, debe sin embargo conceder que esta pasión legisladora cumple, como elemento mismo del “espectáculo público”, una función social de no poca relevancia, al atestiguar que ciertos problemas sí son encarados por el legislador y que ciertas reformas, prometidas por los programas políticos, son llevadas a buen término³⁴. Lo cual constituye una manera de localizar una eficiencia específica del acto de legislación, antinómica —o cuando menos en parte— con respecto a la predicción del fin del Estado de derecho.

Reprochar al Estado la proliferación y la inestabilidad de las leyes, sólo parece realmente decisivo si se considera que al derecho corresponde la misión de garantizar la seguridad de las transacciones, la previsibilidad de las situaciones jurídicas y la posibilidad de calcular las probabilidades. No pretendo cuestionar el célebre análisis de Max Weber acerca del advenimiento de la racionalidad formal en el derecho con relación al desarrollo de las relaciones mercantiles. Sin embargo, advertir en el derecho una mera técnica para la dirección de las conductas mediante normas que tienen por objetos inmediatos determinados comportamientos, esto es, prescripciones, prohibiciones, autorizaciones, equivale en mi opinión a empobrecer considerablemente la comprensión de los modos de actuar del derecho en las sociedades contemporáneas³⁵. Ahora bien, si las normas sirven a menudo como modelos de referencia para determinar ciertas conductas, con frecuencia están destinadas también a servir para la apreciación o interpretación *a posteriori* de actos, acciones o situaciones; el sentido de su contenido, así como su alcance en los casos concretos, son casi siempre discutibles, lo cual hace de ellas algo muy distinto de estas órdenes unívocas ejecutorias *hic et nunc* a las cuales con demasiada frecuencia suelen verse reducidas. La posibilidad de someter su aplicación a discusión, y de supeditar así la realización de sus efectos al curso imprevisible de una causa, acaba de ha-

33 Un politólogo observa que “La constitucionalización de los debates políticos atestigua la creciente legitimidad del Estado de derecho”, aunque evidencia al mismo tiempo cuán dependiente es la lectura de las opciones partidarias del lector (O. DUHAMEL, “Juridisme et opportunisme”, *Le Monde*, 25 décembre 1984). . . lo cual no constituye realmente un descubrimiento.

34 J.P. HENRY, *op. cit.*, p. 1223 et suiv

35 Afirmar que “la regla de derecho se expresa fundamentalmente en el imperativo”, que “entiende conseguir, mediante la prescripción, el mandamiento o la prohibición, ciertos comportamientos por parte de los destinatarios”, y que “la fuerza obligatoria de la cual disfruta le confiere un irresistible poder de coacción” (J. CHEVALLIER, “L’ordre juridique”, in *Le droit en procès*, P.U.F. 1983, p. 7 et suiv.), equivale indudablemente a desconocer la forma fenoménica de un derecho como el derecho como el derecho francés, y el estatuto del concepto de *obligatoriedad* aplicada a la norma jurídica. . . Pero esta concepción posee la inmensa ventaja de posibilitar teorizaciones tan brillantes como definitivas y apresuradas acerca del derecho como “orden de coacción”, es decir, prácticamente como disciplina.

cer de este sistema normativo un procedimiento de definición, de organización y de animación de un campo de expresión y enfrentamiento de los intereses. Por lo tanto, la efectividad y las modalidades de la regulación social que este sistema opera, sólo pueden apreciarse por la aptitud del mismo, no solamente para dirigir de hecho los comportamientos y las relaciones entre los sujetos, sino también para servir de estímulo, de marco y de referencia legítima para esta expresión, este enfrentamiento, esta negociación de los intereses, y de arbitraje entre ellos. Desde este punto de vista, la expansión cuantitativa de los litigios de toda índole y de una negociación a la cual remiten un número cada vez mayor de dispositivos legislativos recientes, demuestra que aumentan y se diversifican las posibilidades teóricas de expresar estos intereses y de zanjar entre ellos en el terreno específico del derecho. En la medida en que el propio Estado se halla expuesto más ampliamente a la impugnación de sus actos por iniciativa de intereses que apelan en contra de ellos, parece cuando menos aventurado hablar del “fin del Estado de derecho”.

En tales condiciones, es muy fuerte la tentación de advertir en la proliferación del derecho, de las leyes, de los derechos, una degeneración de la forma jurídica y una pérdida histórica de credibilidad y legitimidad del derecho. De acuerdo con esta tesis, el Estado providencia habría dado muerte al Estado de derecho, en la medida en que el primero y su poder serían en realidad los principales beneficiarios del fenómeno, y en particular del desarrollo de los “derechos económicos y sociales”³⁶ consistentes en derechos (más o menos precisos y exigibles mediante el ejercicio de recursos jurídicos) a obtener ciertos servicios y prestaciones de la colectividad encarnada por el Estado, antes bien que de oponer a este último espacios de libertad individual³⁷. Es cierto que tal análisis posee el defecto de participar de una moda intelectual, muy perceptible en el medio de la teoría y la sociología jurídica, consistente en no ver o suponer en el campo del derecho más que “mutaciones históricas”, de las cuales en verdad no se sabe muy bien a partir de qué situación anterior son diagnosticadas. Sin embargo, no carece de una real pertinencia. En particular es innegable que este derecho exuberante, al pretender proteger a los más débiles y preocuparse por satisfacer las necesidades sociales y culturales de las poblaciones, al presentarse también como instrumento de una política económica a la vez que consagra solemnemente ciertos derechos (como si pretendiese alimentar al derecho positivo con un derecho natural muy actualizado), refuerza objetivamente el poder del Estado, amplía cada vez más su campo de acción, pero también lo vuelve cada vez más legítimo. No es que el Estado de derecho, en lo que puede considerarse como su forma inicial, no haya tenido también por razón de ser el confortar al poder estatal y el contri-

36 Derechos humanos de la segunda generación, como suele decirse, completados de ahora en adelante por los llamados “derechos de la tercera generación” o “derechos de solidaridad”, tales como el derecho al desarrollo o el derecho al medio ambiente. En las leyes francesas recientes, conviene repetirlo, han aparecido... ¡un derecho a la vivienda y un derecho al transporte!

37 D. LOSCHAK, *op. cit.*, p. 77

buir poderosamente a volverlo legítimo y aceptable, en particular al someter sus aparatos a una legalidad que garantice las libertades individuales y colectivas frente al poder público. La originalidad de la nueva configuración del orden jurídico con respecto al “viejo” Estado de derecho, consistiría sin embargo en que las relaciones de los sujetos con el Estado, en este contexto de expansión y diversificación de sus intervenciones legitimadas en materia jurídica, se caracterizarían inevitablemente por un retroceso relativo, aunque muy sensible, de la facultad de la que disponen los individuos para oponer libertades jurídicamente garantizadas a la acción del poder.

Tal tesis puede parecer atractiva. Sin embargo, al examinar las cosas más de cerca —en el caso francés, obviamente—, advertiremos probablemente que este *corpus* normativo que padece de gigantismo y pretende regentear todos los campos de la vida en sociedad, depara correlativamente algunas nuevas posibilidades para oponerse en el terreno del derecho a la acción del poder público, para apelar a la justicia en contra de sus actos. Pero antes que nada advertiremos que los dispositivos jurídicos recién introducidos apuntan en particular —cabe recordarlo— a controlar más estrictamente el poder de los “funcionarios del capital” (público o privado) sobre los asalariados de sus empresas, tanto a nivel individual como colectivo. Si bien esto no constituye sino la intensificación de un proceso secular —la formación de un derecho específico para las relaciones laborales—, importa observar que las recientes reformas lo han proseguido *al privilegiar la atribución de derechos* a los trabajadores frente a este poder.

Resulta imposible, a menos de incurrir fatalmente en el reduccionismo, pasar por alto este movimiento del derecho orientado hacia una alteración decisiva del carácter disciplinario de las relaciones en el seno de la empresa de tipo capitalista, y de la arbitrariedad de un poder que durante largo tiempo se ha ejercido al margen de los principios —vigorosamente proclamados— del Estado de derecho. Aun cuando se trate tan sólo de racionalizarlo, de volverlo más eficiente haciéndolo pasar por más legítimo a los ojos de quienes se hallan sometidos a él, y de volverlo más aceptable en sus manifestaciones concretas, este aspecto de la expansión del derecho en el periodo reciente no puede tratarse ni como evidente síntoma ni como causa indiscutible de la degeneración del Estado de derecho. Excepto, claro está, si razonamos desde el punto de vista del sujeto de derecho, del individuo abstracto, es decir, según los cánones gratos a la ideología jurídica burguesa; queda entonces muy claro que las libertades de los dueños de los medios de producción en la gestión, el disfrute y la alienación de los mismos, han resultado un poco más mermadas por la intervención de un legislador preocupado por el “progreso social”. Desde un punto de vista clasista como es éste, el Estado providencia ha reducido efectivamente ciertas libertades que suelen considerarse como inherentes al Estado de derecho. En cambio, si nos empeñamos en la interpretación científica de este fenómeno de cambio en el orden jurídico, observaremos más bien que éste ilustra a todas luces la vocación del derecho a operar la *mediatización de las relaciones de producción* a través de la *mediación entre intereses* antagónicos, con vistas a permitir, en este caso concreto, que éstos se expresen

y se enfrenten más libremente —es decir, dentro de un campo legal, adecuadamente organizado—, con la esperanza de que lleguen en la mayoría de los casos si no a concordar, por lo menos a equilibrarse, garantizando de tal manera la perennización del orden establecido en una coyuntura de grandes trastornos tecnológicos, económicos y culturales. Si por consiguiente la extensión del control jurídico sobre la vida social no constituye tanto la extensión de prescripciones legales de conductas, como la *institución de “espacios”, de procedimientos y de referencias enriquecidas para estos enfrentamientos de intereses cuya oposición está reconocida*, los dispositivos jurídicos recién instaurados no parecen ser realmente ajenos a la noción de Estado de derecho. Y la proclamación del “legislador”, de que tales dispositivos van en el sentido de una más clara democratización en todos los niveles de la vida social, no carece de cierta credibilidad.

Esta discusión confirma sin lugar a dudas cuán ambiguos resultan tanto esta noción de Estado de derecho, como la relación de la misma con la organización de la democracia o la democratización de la sociedad. Pero a fin de cuentas, el objeto del debate lo constituye la concepción misma de la democracia. Importaría por tanto poder evaluar la democratización que el cambio del derecho ha pretendido realizar o favorecer. Para esto sería necesario más de un ensayo como éste. Suponemos que tales estudios pondrían de manifiesto el suplemento de legitimidad que la legalidad renovada confiere a los poderes públicos y privados a los que somete y expone a una impugnación sensiblemente más abierta. También parecería que la democratización realizada en las relaciones laborales mediante el reconocimiento de nuevos “espacios de libertad” para los trabajadores, de nuevos derechos o de nuevos medios de información e intervención para ellos frente al poder empresarial, ha privilegiado el nivel de la empresa, cuidándose mucho de no organizar un marco de *democracia económica* que permitiese a los trabajadores, como tales, tener acceso al proceso de decisión macroeconómico³⁸. Dato, éste, que convendría relacionar con una tendencia actualmente observada, a valorar el *nivel local*, en el cual las innovaciones en las relaciones sociales serán más fáciles y útiles que en el nivel de la sociedad global, del Estado y de sus aparatos, para dejar sitio a cierta representación de los intereses que se enfrentan directamente en las relaciones de producción.

La reforma mediante la “democratización” de los procedimientos de regulación estatal de la sociedad francesa, encuentra en esto un límite evidente. De ahí que la igualdad, aun jurídica, entre los trabajadores, resulte necesariamente afectada: la condición jurídica, la parte de derechos, garantías y medios de intervención, de cada trabajador o de cada colectividad de trabajadores, depende de lo que pudo negociarse dentro de su empresa. El peso relativo del derecho estatal, factor de igualdad de los derechos, parece disminuir, a pesar de las recientes reformas pero también gracias a ellas,

³⁸ Véase A. JEAMMAUD, “Reformas laborales y democracia industrial en Francia”, *cit.*, así como las referencias a la obra de G. GARCIA-BECEDAS, *Democracia y relaciones laborales*, Akal/Universitaria, Madrid, 1982.

frente al peso del derecho negociado a nivel de la empresa. Tales desigualdades, formales, pero que no dejan de entrañar graves consecuencias para la vida concreta, resultan particularmente sensibles en lo concerniente a las garantías del empleo, de la capacitación y de los medios de reubicación en caso de supresión de empleos, garantías que se hallan más que nunca en el corazón del enfrentamiento y la negociación sociales, en un periodo en que la política económica del Estado opta por favorecer las grandes mutaciones industriales (“la modernización”). Dado que éstas requieren absolutamente de un “acompañamiento social”, los representantes institucionales de los empresarios y de los trabajadores están siendo invitados a dejar (casi) libre curso a sus capacidades de innovación social. Desde numerosos puntos de vista, la democracia que hasta hace poco se ambicionaba para las relaciones profesionales y lo “cotidiano de la sociedad”, parece consistir en una práctica de la negociación entre representantes del capital y organizaciones sindicales, a las cuales los asalariados se adhieren cada vez menos y cuyas consignas siguen manifiestamente con menos entusiasmo en el momento mismo en que es preciso reconocerles la más amplia vocación para representar a estos asalariados. Pero ¿será posible establecer algún día una relación — y de qué naturaleza?— entre el cambio ocurrido en el derecho con vistas a imponer a las reacciones laborales una configuración en mayor armonía con las *ideas* de Estado de derecho y de democracia, y las prácticas que observamos, que resultan tan novedosas (para Francia) como difíciles de calificar? ¿Constituye esto tan sólo un “efecto perverso” suplementario de una juridicización de las relaciones sociales, definitivamente impotente para que advenga el cambio, cuyo proyecto le proveía sin embargo los mejores títulos de legitimidad?