

## DECISIONES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS: EL CONCEPTO DE DERECHO Y EL CAMBIO SOCIAL

Itaru SHIMAZU

Universidad de Chiba (Japón).

### UNA «BUENA TEORÍA» DEL DERECHO

Los cambios en la sociedad, tanto en el nivel local como en el global, son inevitables a la larga. ¿Cuál es y cuál debería ser, por tanto, la relación entre una teoría general del derecho y el cambio social? Joseph Raz, en la *Kobe Lecture* en Japón en 1995, afirmó: «En general, sólo una mala teoría puede conducir al cambio». Pero una «buena teoría», con la única intención de describir el mundo normativo y no de producir un cambio en éste o en la sociedad, puede iluminarnos de modo que cambie nuestro punto de vista de una manera u otra. En cuanto cambie nuestra imagen del mundo, ese cambio se verá reflejado en nuestra práctica, que, a su vez, afectará a la sociedad, provocando un cambio a largo plazo. Este cambio puede ser o bien el que se pretendía con la teoría, o bien una consecuencia inesperada, que puede ser favorable en unas ocasiones y, en otras, desastrosa. Una teoría también puede cambiar el rumbo de las cosas poniendo fin al cambio. Pero, si ya de antemano podemos afirmar que la teoría no va a conducir a ningún cambio en absoluto, eso sólo puede significar que dicha teoría es trivial o insustancial, incluso como mera descripción. Al contrario de la opinión de Raz, una «buena teoría» del derecho debe ser como un explosivo: peligrosa para quienes no están preparados para jugar con ella. Como sabemos por el caso de la fisión nuclear, una vez que las teorías descriptivas son conocidas por todos, cambian totalmente el mundo, ya que pueden dar lugar a nuevas alternativas o, a veces, prohibir la adopción de posibles elecciones, ya sean beneficiosas o perjudiciales. En mi opinión, cuando juzgamos una teoría como relevante, valiosa o peligrosa, cargamos en ella cierto presentimiento de sus posibles consecuencias.

La cuestión principal que quisiera tratar aquí es la manera en que el concepto de derecho contribuye, positiva o negativamente, al cambio social, ya sea de forma intencionada o no. Básicamente, hay dos vías para llegar al cambio social: mediante las decisiones colectivas y mediante las decisiones individuales. Por eso es por lo que tenemos diferentes conceptos del derecho, que no necesariamente tienen por qué entrar en conflicto el uno con el otro. La concepción individualista del derecho considera legítimo el cambio social puesto que son los individuos afectados los que toman decisiones por sí mismos y el cambio social se produce sin violar los derechos de ninguno de ellos. La concepción colectivista del derecho, por su parte, considera legítimo el cambio social en tanto que el cambio es el resultado de procesos legales de decisión colectiva. F. A. Hayek denominaría el primero *nomos*, el derecho del orden espontáneo; y la segunda, *tesis*, el derecho

de la organización. Para este autor, su visión de una sociedad libre está inseparablemente conectada al primero.

## LA TEORÍA DEL CONTRATO SOCIAL

Occidente tiene una larga tradición de Derecho Civil y Derecho Consuetudinario en la que cada individuo o, en sus primeros momentos, cada patriarca, cuenta con una esfera protegida de libre acción. En el núcleo de este tipo de derecho se encuentra el derecho privado, o *Privatrecht*, que trata las relaciones horizontales, más que verticales, entre sujetos. En mi opinión, ha sido en estas circunstancias históricas en las que prosperaron las teorías políticas liberales de los siglos XVII y XVIII. Cuando surgieron las teorías del contrato social en el mundo occidental, ya existían conceptos jurídicos tales como «derechos», «contrato» y «persona», junto con otros términos relacionados, tales como litigio, tribunal, juez, procurador, acusación, motivo de demanda, daño, etc., que se habían desarrollado gracias a la práctica jurídica de la Edad Media e, incluso, de la Época Romana. Si toda esta práctica no hubiese tenido lugar, habría sido imposible que en la mente de los pensadores se desarrollara la idea de «derecho natural». La sociedad occidental era por aquel entonces una sociedad relativamente individualista. Es esa práctica jurídica la que nos da la clave para utilizar el término «sociedad» en lugar de «sistema político» o Estado. Aunque la imagen de la sociedad conformada por individuos totalmente independientes era ficticia, dicha imagen era inevitable para observar el carácter liberal de la existencia humana, es decir, la posibilidad de nuestra independencia relativa de la cultura, el entorno social, las instituciones políticas, etc.

A veces se ha considerado a Hobbes como un pensador totalitario; pero, en su teoría del contrato social, la función principal de la soberanía es introducir en el mundo de la condición natural el sistema de los derechos de propiedad exclusiva de los individuos. Así describe Hobbes los inconvenientes del estado de naturaleza:

Lo que puede en consecuencia atribuirse al tiempo de guerra, en el que todo hombre es enemigo de todo hombre, puede igualmente atribuirse al tiempo en que los hombres también viven sin otra seguridad que la que les procura su propia fuerza y su habilidad para conseguirla. En una condición así, no hay lugar para el trabajo; *porque el fruto del mismo es incierto*; y, por consiguiente, no hay cultivo de la tierra; ni navegación, ni uso de los bienes que podrían importarse por mar, ni construcción de viviendas, ni instrumentos para mover y transportar objetos que requieren la ayuda de fuerza grande; ni conocimiento de la faz de la tierra; ni cómputo del tiempo; ni artes; ni letras; ni sociedad; sino, lo que es peor de todo, hay un miedo continuo y un peligro de muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta.

(*Leviatán*, Capítulo XIII; la cursiva es mía).

La solución ante esto es, sin lugar a dudas, garantizar el «fruto del trabajo» a quien lo ha producido con su propio esfuerzo. Como se explica en cualquier manual de derecho privado (de aquí en adelante, y a menos que se especifique otra cosa, «derecho privado» incluye el «Derecho Civil» continental y el «Derecho Consuetudinario» británico), el derecho a adquirir ese fruto forma parte del derecho de propiedad. Esencialmente, lo que aquí se requiere no es el derecho de organización o un derecho de relaciones verticales entre sujetos, sino el de un orden social dentro del cual los individuos se puedan desplazar y trabajar libremente, y poder negociar unos con otros con confianza. Una vez que se ha conseguido esto, el que el poder para lograrlo se haya establecido por la fuerza o mediante un proceso democrático es irrelevante en el contexto de Hobbes. De este modo, un caudillo podría llegar a ser un soberano si, tras su llegada al poder, proclama que respetará y protegerá los derechos de los individuos a la propiedad privada. Así pues, Hobbes no es un demócrata, pero es un liberal. Él no encomienda al soberano la consecución de una meta colectiva, ni la tarea perfeccionista de cuidar el espíritu de su pueblo. Lo que el soberano debe lograr es la creación de un marco jurídico en el que se pueda trabajar pacíficamente y gozar de los frutos de ese trabajo. Incluso en el caso de que quien reine en el Estado haya alcanzado el poder mediante usurpación, recibirá la bienvenida de su pueblo, siempre que mantenga el orden pacífico de los derechos exclusivos entre los individuos. Frente a la interpretación generalizada que se hace de Hobbes, la autoridad del soberano no reside en la legitimidad del proceso por el que ha ascendido al poder, sino en el resultado producido al lograr la paz. La entidad política que se establece fruto de este contrato social proporciona los medios, y no los fines, a los sujetos del contrato.

En las teorías del contrato social, el punto de partida es esencial. En la condición de naturaleza, las personas se consideran individuos que esperan alcanzar sus fines desde el comienzo. Éstos, como individuos que son, tienen problemas que no pueden resolver si no cuentan con ningún tipo de instrumento contractual. Están en una condición de guerra mutua porque el derecho a la propiedad que poseen no tiene carácter exclusivo. En tal condición de naturaleza, el hecho de que algo sea mío, puede coincidir con el hecho de que también sea tuyo. Por tanto, el conflicto entre tú y yo no viene de la diferencia en cuanto a nuestra concepción o interpretación de la justicia. Tenemos que luchar entre nosotros aun cuando compartamos la opinión sobre el estatus normativo del objeto por el que estamos luchando; es decir, el objeto es, al mismo tiempo tuyo y mío. Tengo que decir que ésta es una concepción bastante peculiar de lo que es un derecho, pues la principal función social del concepto de derecho ha de ser dilucidarnos ese dilema. La consecuencia más lógica de esta situación es que cuantas más personas traten de defender sus propios derechos, más dura será la confrontación entre ellas. Mientras tanto, y como muy bien describía Hobbes más arriba, los incentivos para trabajar se pierden por completo.

Sirva subrayar para el objetivo de nuestro trabajo que el concepto de derecho que, según Hobbes, introducía el soberano, era predominantemente el de derecho

privado. Pero, como cualquier teórico ha podido observar, la teoría de Hobbes flaquea al abordar el uso abusivo del poder por parte del soberano. La introducción del poder soberano se justifica porque establece un derecho privado que entraña exclusividad. Al establecer la soberanía y el derecho privado, los seres humanos son rescatados de la condición «natural» de guerra mutua. El soberano tiene la responsabilidad de proteger las posesiones de todos los individuos. Éste es el marco jurídico por el cual se garantiza la paz entre los hombres. Pero, en la relación entre el soberano y su pueblo, Hobbes no trata en su teoría la cuestión de la seguridad ante el abuso del poder político que se le ha confiado al primero. Dicho poder podría utilizarse para servir a sus propios intereses, perjudicando los de sus súbditos.

Al establecer el derecho a la propiedad exclusiva por primera vez, cualquier distribución inicial se puede justificar de forma lógica. En el estado de naturaleza, cualquiera podría reclamar su derecho a cualquier cosa que considerase necesaria. Ello significa que cualquiera podría ser dueño de cualquier cosa. De este modo, cuando el soberano atribuye derechos exclusivos a cada uno, cualquier distribución se puede entender como una recuperación, puesto que se está devolviendo algo que se poseía en un principio, aunque no de manera exclusiva. Así, el soberano sólo está añadiendo el carácter de exclusividad al derecho sobre algo que ya se poseía como derecho natural con anterioridad al contrato social. Por tanto, dado que toda distribución inicial es una recuperación, jamás puede ser arbitraria, independientemente de lo que pueda decidir el soberano.

Una vez que el soberano ha iniciado el sistema de derechos exclusivos, la sociedad comienza a vivir una situación completamente diferente. Ahora se vive en un sistema de derechos exclusivos, por lo que se puede hablar de robo, hurto, agresión, asesinato, etc. Pero, ¿qué ocurre cuando es el soberano quien comete esas acciones ilegales? Ahí está el problema del uso abusivo del poder del Estado. ¿Quién puede proteger a los individuos de la violación de sus derechos por parte del Estado? Hobbes no dice gran cosa sobre este punto, y ésa es la razón por la que yo creo que a veces se lo malinterpreta como un pensador totalitario. Sin embargo, no me detendré en esta cuestión, puesto que el tema que quiero tratar aquí es el del concepto de derecho y no la teoría del poder del Estado como tal.

No es necesario recalcar que la teoría de Locke sobre el gobierno civil es liberal o libertaria, como muy bien vuelve a plantear Robert Nozick en *Anarquía, Estado y Utopía*, en donde el autor basa su teoría en la teoría del derecho natural de Locke. Me gustaría hacer un breve comentario sobre el que para mí es el fragmento más significativo del *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*.

...no, donde queda abierto un recurso al derecho, y a los jueces, pero se niega el remedio debido a una manifiesta perversión de la justicia y a una lucha descarada de las leyes por proteger o compensar la violencia o los daños de algunos hombres, o grupos de hombres, es difícil imaginar algo que no sea un estado de guerra: siempre que se utilice la violencia y el daño, aunque sea de manos de

alguien nombrado para administrar justicia, sigue siendo violencia y daño, aunque con otro nombre, pretexto o forma de derecho, cuyo fin es proteger y compensar al inocente, mediante una aplicación imparcial del mismo a todos los sometidos a él; siempre que no se haga de buena fe, la guerra caerá sobre los perjudicados, que, al no poder apelar en la tierra para obtener compensación, tendrán como único remedio en esos casos el apelar a los cielos.

(*Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, sec. 20)

En el caso de Hobbes, el problema del estado de naturaleza se resolvía mediante la introducción de derechos exclusivos. En otras palabras, había que reconocer que el concepto de derecho estaba ausente en el estado de naturaleza. Ahora bien, en el estado de naturaleza de Locke, las personas ya tienen ese concepto de derechos exclusivos. Esta es la razón por la cual los «perjudicados» que se mencionan arriba «apelarían a los cielos», lo cual es imposible en el estado de naturaleza de Hobbes. El único problema en el estado de naturaleza de Locke es aplicar y hacer cumplir el derecho, en este caso, el derecho privado. Locke trata en profundidad el derecho natural. Sin embargo, creo que lo lógicamente necesario aquí no es el derecho *natural*, como derecho válido en el estado de naturaleza, sino el concepto de derecho en el sentido de un derecho privado, más *convencional* que *natural*, que vincule al Rey o al Estado.

El derecho natural no es algo como la realidad material, que podamos probar en un laboratorio. Ahora bien, lo que la gente cree sí que es una realidad social o sociológica. Y una sociedad en la que sus miembros creen firmemente en algo como los derechos naturales es una sociedad con unos rasgos específicos que otras no tienen. Me gustaría dar un giro humeano a Locke. Si los individuos creen en derechos que el Estado o el soberano no deberían violar, y si reaccionan consecuentemente en caso de violación de éstos, el que esos derechos sean convencionales o naturales es prácticamente irrelevante. Aquí, los conceptos de ley y derechos ejercen su función de guiar la política.

## LOS DERECHOS INDIVIDUALES COMO FORMA DE ORGANIZACIÓN SOCIAL

Los marxistas, apoyándose en la idea de socialistas franceses del siglo XVIII tales como Saint-Simon, insistieron en el carácter ideológico del «derecho», en el sentido de derecho privado. Llevaban razón en cuanto a que el derecho no es una forma de organización natural, sino social. Pero se equivocaban al deducir de esta certeza que dicha organización podía ser sustituida fácilmente por otra mejor, es decir, por un orden social racionalista e igualitario. F. A. Hayek solía denominar esta tendencia como «orgullo desmedido de la razón» (*hubris of reason*).

Los recursos escasos son valiosos para todos nosotros. Por eso resulta una forma fácil de razonar el imaginar que, si todos los recursos de los que disponemos se utilizan colectivamente con el fin de alcanzar la felicidad humana,

llegaremos a un mundo utópico feliz. Pero la historia del siglo XX nos dice que esto no es así, porque el hecho de intentarlo conllevaría tal cantidad de decisiones colectivas que no se podrían tomar a menos que se eliminaran los oponentes en cada paso que se hubiera de dar. Además, nadie puede disponer de la suficiente información como para hacer funcionar correctamente la maquinaria de la economía colectivista. El mundo de la economía, o «catalaxia» según la terminología de Hayek, es demasiado complicado como para que la mente humana lo pueda controlar con precisión. Cada decisión en la gestión económica es, en parte, una apuesta, como demuestra el destino de múltiples empresas que fueron prósperas en su día pero que posteriormente decayeron. Las innovaciones son imposibles de predecir, al igual que el éxito de las decisiones gerenciales. Así pues, presumir de omnisciencia fue políticamente inevitable en el proyecto colectivista, como se demostró en la Rusia de Stalin. El proceso de ensayo y error que lleva a cabo cada individuo en el mercado es una solución más apropiada en este mundo de información limitada. Este tipo de razonamiento está ampliamente aceptado en la economía actual. Prácticamente nadie reivindica hoy en día la nacionalización de los medios de producción. Pero creo que la situación es parecida en el campo de la moral, hasta el punto de que no podemos hablar de las consecuencias a largo plazo que puede tener cada aspiración moral. Como escribió M. Oakeshott, la búsqueda social de la perfección mediante la imposición de una de ellas a todos los demás es una «locura», mientras que la búsqueda valiente de la perfección por parte de cada individuo es impía pero admirable.

La teoría positivista del derecho, especialmente su versión continental, intentó en su día cambiar nuestra concepción del derecho, de la basada en el derecho privado a otra basada en el derecho público. De acuerdo con esta última versión, los individuos son tratados como funcionarios públicos. Pueden tener posesiones y realizar contratos porque el derecho, en sentido positivista, se lo autoriza. Los actos de los funcionarios públicos son válidos como actos del Estado porque cuentan con la autorización del gobierno y del derecho de la organización. Si no existiera distinción entre el derecho de un orden espontáneo —el derecho privado— y el derecho de la organización —el derecho público—, los actos jurídicos de los individuos en su vida diaria se considerarían válidos en el mismo sentido; los individuos actúan jurídicamente como órganos del Estado.

Uno de los argumentos que planteo es que la idea del «imperio de la ley» sólo se puede entender cuando el concepto de derecho basado en el derecho privado se acepta entre los juristas, los funcionarios e, incluso, la gente corriente. En definitiva, el imperio de la ley es el imperio del derecho privado que es aplicado por los tribunales. Ahora bien, desde que la concepción positivista del derecho se apoderó de la profesión jurídica en la época previa a la Segunda Guerra Mundial, especialmente en Alemania y Japón, la idea del imperio de la ley quedó bastante difusa y casi ininteligible. Como consecuencia, a los jueces con conciencia de ambos países no les quedó más remedio que aplicar las leyes opresivas al pie de la letra, porque los teóricos del derecho les habían enseñado

que los jueces no debían evaluar el contenido de las leyes, ya que éstas se habían redactado en el marco de un proceso impecable. Éste es tan sólo un caso grave más de cómo podemos quedar cautivos de las ideas. Si las personas, los jueces en este caso, piensan que no pueden hacer nada, ni siquiera lo intentan. Y si se les enseña que no pueden, pues aún menos. Pero esto no significa que fuera así desde el comienzo. Al contrario, cuando el concepto de derecho estaba estrechamente vinculado al sentido de la justicia del pueblo, las órdenes demasiado opresivas por parte del poder, seguro que no se hubieran considerado «derecho». Esta es una de las formas por las que una teoría descriptiva puede conducir al cambio, es decir, diciéndonos lo que, en nombre de lo que dicta la lógica, es o no posible.

En el caso de Hans Kelsen, su teoría sobre el concepto de derecho estaba estrechamente relacionada con su idea de democracia, o con la idea de revolución socialista a través del proceso legislativo de la democracia. Ahora bien, si la propiedad privada y la libertad contractual son elementos esenciales del derecho, el «poder legislativo», es decir, el órgano gubernamental creado para cambiar las leyes, no está en disposición de abolir el sistema de derecho, en este sentido, como un todo. Pero, dado que el concepto de derecho de Kelsen nos insta a abandonar, en nombre de la lógica, la distinción entre derecho privado y público en favor de este último, una legislación revolucionaria que traiga consigo un cambio social total al abolir por completo el derecho privado, pasa a ser posible «en buena lógica». El lema principal del reciente movimiento de los estudios jurídicos críticos, o *CLS* en sus siglas en inglés, de que *el derecho es una forma más de hacer política*, está en la línea de Kelsen. Estos teóricos del derecho pertenecen a un grupo que considera que el grueso del cambio social se logra gracias a la legislación, las decisiones colectivas o la política.

Yo prefiero quedarme con la antigua distinción entre derecho y política. En ese contexto, lo que distingue al derecho es el hecho de que un sujeto puede llevar un caso ante los tribunales sin estar inmerso en luchas de poder entre varios grupos. Según la lógica de la justicia, el que uno pertenezca a un grupo mayoritario o minoritario no tiene nada que ver con la cuestión de su inocencia o culpabilidad.

Tras la caída del comunismo a finales del siglo XX, hemos vuelto al sistema de derecho privado y de toma de decisiones individuales. Pero ese sistema de libertades sólo es posible cuando los demás respetan y aceptan las decisiones tomadas por el individuo en cuestión. Como planteó J. S. Mill, este sistema no puede prosperar bajo una «tiranía social». El sistema de libertades individuales requiere ciertas condiciones: una cultura de la tolerancia, una moral y un modo de pensar adecuados, prudencia para no caer en el entusiasmo político, y una organización apropiada del sistema jurídico. Los países asiáticos parece que tienen aún mucho camino por recorrer en este sentido. Lo que, como máximo, es necesario para la libertad individual es el respeto o la fe en el derecho. Y es aquí donde es fundamental saber de qué derecho estamos hablando. La teoría del concepto de derecho debe responder a esta pregunta.

## EL DERECHO DEL ORDEN SOCIAL Y EL SENTIDO DE LA JUSTICIA

Como ya traté de forma resumida en un taller de la IVR en Lund en 2003, hay dos formas de relacionar un orden social con el sentido de la justicia de la gente corriente. Una de ellas es mantener ambos totalmente separados e intentar implantar un orden social mediante normas que sean completamente independientes e, incluso, ajenas al sentido de la justicia de la gente corriente. Puesto que las múltiples concepciones de la justicia existentes entre los individuos son incompatibles unas con otras, este enfoque plantea que si éstas funcionaran libremente, introducirían fisuras generalizadas por todo el tejido social. Por ello, el formalismo estricto en el derecho es la única manera de lograr la paz en una sociedad plural. El otro enfoque se basa en la confianza en el sentido de la justicia de la gente como la fuente principal del orden social, e intenta reflejarlo de distintas maneras en el derecho, tanto en el poder legislativo y la judicatura como en las interrelaciones diarias; por ejemplo, un órgano representativo del poder legislativo, el sistema de jurados en la judicatura, la libertad de contrato en las transacciones, etc.

El primer enfoque, al que denominaré «enfoque desconfiado», presupone cierto concepto positivista del derecho; éste, una vez «creado», es un objeto que podemos reconocer claramente sin entrar en juicios de valor, que lo más probable es que sean subjetivos y excluyentes. Esta concepción positivista del derecho sería apropiada e, incluso, inevitable en algunos contextos sociales. En el caso de la Austria previa a la primera Guerra Mundial, en la que coexistían diferentes grupos con diferentes idiomas —eslavo, alemán, húngaro—, culturas y religiones, y en la que, además, Kelsen había elaborado el núcleo de su teoría del derecho, esta situación podría ser una realidad. Lo mismo se puede aplicar a la primera etapa de la introducción del derecho occidental en el Japón a finales del siglo XIX. El contenido de ese derecho recién introducido en el Japón tenía muy poco que ver con las prácticas diarias de la gente o con su sentido de la justicia. En tal circunstancia de importación de leyes de otros países, el derecho se podía encontrar únicamente en los libros, por lo que no estábamos en condiciones de buscar respuestas a las numerosas cuestiones jurídicas dentro de nosotros mismos, ya que el derecho no era autóctono ni tenía sus raíces en la vida diaria. Era como si se tuviera que hablar en otro idioma a la hora de tratar asuntos públicos y formales. Y puede resultar complicado e, incluso, peligroso mezclar la lengua nativa con un sistema de normas originalmente extranjero, puesto que nuestro *Sprachgefühl* (sentido del lenguaje) no sirve para ese cometido.

En estas circunstancias, sólo los especialistas en derecho que hubiesen aprendido el sistema foráneo podrían interpretar y hablar sobre derecho. Mientras la vida diaria de los japoneses marchaba más o menos independiente del nuevo derecho, los jueces tenían que aplicar el derecho escrito al pie de la letra en los casos que llegaban ante los tribunales. Los textos de los estudiosos occidentales, principalmente alemanes, tenían autoridad cuando sus homólogos japoneses interpretaban sus leyes positivas. El derecho era algo que se aprendía, en lugar de algo que se sintiera, entre los jueces y estudiosos del derecho japoneses.



Durante las revoluciones encontramos una situación similar. Supongamos que se va a introducir un nuevo conjunto de normas a gran escala, cuyo objetivo primordial es cambiar deliberadamente el patrón actual de comportamiento social. Es obvio que, en tales circunstancias, no podamos basarnos en el sentir diario para decidir lo que se debe permitir o dar por sentado en las interacciones sociales. Algún tipo de organismo oficial debe establecer el nuevo conjunto de normas, y el resto de las instituciones, tanto públicas como privadas, deben aprenderlas y obedecerlas. En este contexto, el concepto positivista del derecho, o el «enfoque desconfiado», ofrece una medida para lograr un cambio social radical.

Justamente lo contrario es lo que ocurre con el «enfoque confiado», en el que se espera que el orden social esté basado en el sentido de la justicia de la gente común. En mi opinión, Adam Smith escribió *La Teoría de los Sentimientos Morales* presuponiendo esta circunstancia; su visión del «espectador imparcial» representa sin duda el papel del juez en un tribunal. En la mayoría de los casos, puede que los individuos ni siquiera adviertan que están siguiendo normas abstractas, al igual que no advierten las normas del lenguaje cuando hablan su lengua materna. Pero aunque es posible que no sean capaces de describir las normas complejas que rigen su comportamiento, sí que saben cómo cumplirlas en la práctica. Pueden detectar el momento en que una norma no se está cumpliendo y decir perfectamente en cada caso cómo se debería cumplir.

En un caso típico de positivismo jurídico, o enfoque desconfiado, son las leyes las que justifican algo, pongamos por caso un acto de un funcionario del Estado; pero no se exige, o ni siquiera es posible, justificar el propio contenido de esas leyes. Si bien la obediencia al derecho en general se puede justificar por el bien del «orden y la paz», su legitimidad final reside en la autoridad de la institución, o bien en el proceso de elaboración de aquél. Por el contrario, en el enfoque confiado, a los individuos sometidos al derecho, ya sean funcionarios públicos o sujetos privados, se les puede requerir que expliquen por qué les parece justo el contenido de una determinada ley a la cual se acogen. Ahora bien, aunque puede que haya más de una respuesta válida a esta pregunta, quien se acoge a una ley tiene una obligación moral y, quizás, política de ofrecer alguna explicación que justifique dicha ley. Mientras en el primer enfoque el derecho se concibe como un *explicans*, es decir, algo que explica otras cosas, en el segundo suele ser un *explicandum*, es decir, algo que es explicado por otras cosas. Defender explícitamente por qué una ley es justa acarrea una serie de consecuencias. La justificación concreta que se ofrezca podrá limitar la aplicación de esa misma ley en casos futuros.

Una sociedad en la que sus miembros, tanto funcionarios públicos como sujetos privados, puedan explicar por qué la sustancia de sus leyes es justa, será, en cierto sentido, una sociedad respetable. Las leyes que los individuos encuentren más difíciles de justificar tendrán un alcance más limitado. Se buscará, entonces, alguna manera de escapar a su aplicación. Si la sociedad aprende a hablar y a preocuparse más por la justicia que por el interés, sólo las propuestas de ley que encajen con el sentido de la justicia de los políticos y de los ciudadanos serán

políticamente viables en los parlamentos. Japón no se había dado cuenta de esto hasta ahora. Quizás, más de cien años hayan sido tiempo suficiente como para digerir la importación extranjera y ya sea hora de volver al enfoque «confiado» del derecho. La cuestión de importancia global e histórica en este contexto es el presente y el futuro del concepto de derecho en la China. A mi modo de ver, gran parte de nuestro futuro depende del desarrollo del concepto de derecho como derecho privado entre el pueblo chino.

En el enfoque confiado, el principal reto es el de distinguir el derecho basado en el sentido de la justicia de los individuos respecto de las formas degeneradas del derecho elaboradas por los parlamentos; ya sea por una politización excesiva, por el amiguismo, por poner remedios superficiales, etc. La respuesta de Hayek, que para mí es, en principio, correcta, consiste en que la legislación debería reflejar el sentido de la justicia de los legisladores más que sus apreciaciones sobre los intereses particulares. Esta teoría asume que los individuos son capaces de distinguir diferentes respuestas a dos tipos de cuestiones distintas: por un lado, las cuestiones sobre la justicia y, por otro, las cuestiones sobre los intereses. Las primeras tienen que ver con normas universales que seguimos, a veces, sin darnos cuenta, y las segundas hacen referencia a las estimaciones sobre lo que determinados actores y grupos pueden ganar o perder. En la medida en que el organismo parlamentario tiende a ser la expresión de estos últimos, la existencia de una institución, como el poder judicial, que refleje lo primero se puede justificar por tratarse de un órgano independiente de la lógica de la democracia, que es intrínsecamente la de la toma colectiva de decisiones.

## EL INDIVIDUALISMO Y SU ASPECTO LIBERADOR

Las teorías «liberales» contemporáneas de la justicia tienden a centrarse en la pluralidad de las culturas y de los valores. De acuerdo con esta tendencia, conocida generalmente por «multiculturalismo», el valor de la civilización occidental parece haberse reducido a una cultura más de entre las muchas de este mundo, las cuales han de valorarse por igual. Cuando son los pensadores occidentales los que insisten en la relatividad cultural o defienden una aproximación igualitaria a las diferentes culturas y civilizaciones, esto se puede entender como un proceso compensatorio por el pasado «imperialista» de Occidente desde «la Era de los Grandes Viajes».

Sin embargo, quisiera añadir que no deberíamos entusiasmarnos demasiado con esta tendencia, puesto que nosotros, especialmente los estudiosos del derecho japoneses, los coreanos y, quizás también, los chinos, ya hemos adquirido la civilización occidental —distinguible por su cultura y religión peculiares— como nuestro elemento central. El rasgo principal que hemos aprendido de Occidente y que deberíamos mantener en nuestra filosofía socio-jurídica es, insisto, el «verdadero individualismo».

El individualismo tiene dos aspectos. El primero de ellos es que el individualismo cree que uno puede valerse por sí mismo y ser relativamente independiente del entorno cultural en el que ha nacido por casualidad. A esto lo podríamos denominar el aspecto liberador del individualismo. En este contexto, la nacionalidad, ya sea política o cultural, no se considera un atributo esencial o fatal. Al contrario, los Estados-nación sólo tienen un valor instrumental para cada individuo. Este aspecto, como ya dije anteriormente, se muestra claramente en las teorías sobre el contrato social desde Hobbes hasta Rawls. En todas ellas, todos nacen iguales con derechos naturales o humanos inalienables. La protección de estos derechos es el objetivo primordial de todo Estado. Así pues, los Estados existen para los individuos y no al contrario. Éste es el aspecto normativo del individualismo que fundamentalmente han tratado los estudios jurídicos modernos.

La independencia de los individuos se asume como la base del derecho en cuanto tal, o sea, del derecho en el sentido del derecho privado. En él, la voluntad individual es la única fuente posible de una transacción jurídica válida. Y esa expresión legítima de la voluntad individual acerca de un asunto cambia parte de todo el engranaje que constituye el derecho. En él, si el dueño de un producto dice: «Le vendo esto a tal precio», y yo le respondo: «Yo se lo compro con estas condiciones», el mundo jurídico habrá de cambiar y adaptarse a esa situación, de modo que las instituciones jurídicas, los tribunales, los organismos para la aplicación de las leyes, la policía, etc., respetarán el cambio y actuarán en consecuencia. La expresión de la propia voluntad es la única fuente de este cambio y nadie más, excepto el sujeto en cuestión, puede ocasionarlo. En definitiva, cada uno es, en cierto sentido, omnipotente en el campo del derecho privado. Y el derecho como tal —relativamente independiente y separado del poder político—, es una condición ineludible para la sociedad individualista.

El objetivo del constitucionalismo consiste en proteger de manera articulada, mediante una constitución escrita, esta característica del derecho. Dicho objetivo, es decir, la protección de los individuos, es prácticamente el mismo que el que se pretendía con la idea política del «imperio de la ley». En ese sentido, el constitucionalismo fue un proyecto experimental para dar expresión e institucionalizar el significado más bien impreciso de la idea del imperio de la ley. Este experimento, que comenzaron los norteamericanos a finales del siglo XVIII y se extendió desde entonces por todo el mundo, fue un gran éxito. Pero sería un error si pensáramos que el constitucionalismo ha heredado todo lo que es necesario por parte del imperio de la ley para proteger a los individuos, y que sencillamente podemos olvidarnos de esta última. Al contrario, necesitamos la fe en la existencia de un derecho relativamente independiente de la política como base del constitucionalismo. Es el derecho el que gobierna y no los hombres; son los principios generales quienes gobiernan y no la voluntad humana.

Lo que vemos aquí es otro ejemplo de procesos de ideas que se auto-realizan. Si los individuos creen firmemente en una idea, en este caso, en la existencia de «derechos», y aprenden a comportarse en consonancia con ella, esa idea ganará fuerza en el mundo real, en el mundo del comportamiento social de los

individuos, de modo que nadie será capaz de describir el fenómeno social sin mencionar la idea, aquí concretamente, los «derechos» de cada uno. Ni siquiera los gobernantes podrían gobernar sin tener en cuenta las ideas de sus súbditos. Los primeros tratarán de mantenerse en el poder haciendo hincapié en su autoridad a la hora de interpretar esas ideas en lugar de hacer caso omiso de ellas. El caso de los «derechos» es, a mi juicio, bastante parecido al de la religión. Se ha demostrado a lo largo de la historia del ser humano que pocos gobernantes han podido resistir a la influencia de una religión apoyada con firmeza y de forma generalizada por el pueblo; ni siquiera los emperadores más poderosos de Roma pudieron resistir finalmente frente al Cristianismo.

Desde un punto de vista interno, todos los seres humanos de todos los lugares y tiempos deben respaldar los derechos naturales. Sin embargo, es un hecho histórico que éstos sólo comenzaron a reconocerse hace cuatrocientos años. La creencia en los derechos naturales es más bien un fenómeno reciente o una nueva fe en la historia universal. Pero tampoco deberíamos dejarnos guiar por esta idea. No podemos diseñar y establecer todas las instituciones sociales partiendo de la nada. El concepto de los derechos naturales es una construcción social. Y esta «sociedad» en la que sólo tienen sentido los derechos naturales o humanos no es algo que hayamos creado por nuestra propia voluntad, sino que es algo con lo que nos encontramos.

Mi argumento puede parecer bastante simple, pero de esta interpretación podemos deducir algunas consecuencias. Por ejemplo, la insistencia en los derechos humanos o naturales se puede entender en algunos contextos, como en el Irak o la China por ejemplo, como una insistencia en un orden social en el que esos derechos puedan tener lugar. Ahora bien, también podría ocurrir que una reivindicación demasiado simple de más derechos radicales, como son los derechos «naturales» o «humanos», pudiese destruir la situación originaria. Esa es una de las razones por la cual necesitamos especialistas: juristas con un gran conocimiento acumulado de casos y de retórica.

## EL INDIVIDUALISMO Y SU ASPECTO DE RESPONSABILIDAD

El segundo aspecto del individualismo es más complejo y podría parecer, incluso, contradictorio con respecto al primero, pues se trata de que este individualismo es una idea viable y factible de un orden social, a la que denominaré el aspecto de responsabilidad del individualismo. La cuestión principal en este punto es ver de qué modo se pueden armonizar los innumerables comportamientos de los individuos, elegidos libremente y en constante proceso de cambio, de modo que puedan dar lugar a un orden social bien organizado. Ese es el gran rompecabezas al que se han de enfrentar las diferentes ramas de las ciencias sociales. Hasta ahora habían sido fundamentalmente las teorías económicas las que se habían concentrado en este tema al estudiar la función del mercado. Pero, a mi modo de ver, las afirmaciones realizadas por la corriente económica dominante han sido

más equívocas que esclarecedoras, en el sentido de que tienden a conducirnos a un «falso individualismo». Especialmente, la presunción de racionalidad —el modelo denominado del «hombre económico»— junto con el del equilibrio, fue la más nociva. Si fuera posible para la sociedad alcanzar el equilibrio, cada individuo debería tener un conocimiento completo tanto de la producción, como del consumo. Pero si este fuera el caso, no habría lugar para la competencia, que es la característica más importante del mercado. Hayek denominaba este rasgo como «la competencia como proceso de descubrimiento». En realidad, nuestro mercado jamás alcanza el equilibrio y, como tal, como sistema dinámico que cambia continuamente su configuración, cumple la necesaria tarea de armonizar el comportamiento de miles de individuos.

Con el fin de que cada acción de los individuos tienda en un momento determinado a estar en consonancia con las del resto, cada actor debe contar de alguna manera con información sobre lo que puede y no puede hacer. En un sistema centralizado, algún líder o junta directiva actúan como directores y dicen a cada uno lo que se puede o no se puede hacer. Pero en un sistema individualista u orden descentralizado, cada uno debe ser capaz de decirse eso a sí mismo. Randy Barnett denomina esto «el problema del conocimiento». Aunque este último sistema, el sistema descentralizado, puede parecer anárquico y desordenado, en el complejo mundo contemporáneo ha demostrado tener muchísimo más potencial que el primero, el sistema centralizado, para abordar el problema del conocimiento. El motivo principal es que nadie puede tener el conocimiento necesario para armonizar de arriba abajo la infinidad de comportamientos individuales que se producen a cada momento.

En realidad, aquellos individuos que fueron «liberados» mental y políticamente de las restricciones políticas gracias al primer aspecto del individualismo, ni se comportaron ni se pueden comportar como ellos desean. Al contrario, tenemos que aprender a comportarnos para ser ciudadanos responsables de una sociedad individualista y libre; por ejemplo, disciplina, buenos modales, eficacia, tolerancia hacia los demás, etc. Aquí, si bien tenemos derechos que no pueden ser coartados por nadie, incluido el Estado, no estamos libres de algunas restricciones tanto sociales, como económicas o financieras.

En definitiva, este segundo aspecto del individualismo hace referencia al sistema social en general, que hace que cada acto libre de cada individuo pueda ser compatible con un orden social viable. Sólo bajo este tipo de sistema cada uno podrá hacer uso de su pleno conocimiento, el explícito y el implícito, el universal y el particular, en beneficio de la felicidad propia y la de los demás. Por lo general, se entiende que este sistema requiere de un sistema jurídico que incluya el derecho a la propiedad, la libertad de contrato, etc. Los individuos son libres de utilizar una esfera limitada de recursos, que se denomina propiedad, para su uso propio, o bien transferir una parte de sus pertenencias —en los términos que uno encuentre satisfactorios— a otro que crea que la puede utilizar de manera más eficiente. Pero ambos tienen que aceptar las consecuencias de sus decisiones, ya resulten ser favorables o no.

Supongamos que yo quiero ser una estrella del cine. ¿El hecho de *querer* me da derecho a serlo? Por supuesto que no. Sólo podremos saber si puedo serlo gracias a la competencia. La remuneración de los diferentes trabajos es una muestra de la escasez de cada trabajo en relación con su oferta. Aunque los trabajos sencillos y no intelectuales no dan para mucho en estos días, si el número de personas que están dispuestos a aceptarlos disminuye debido al aumento de la enseñanza superior, dichos trabajos pasarán a estar bien pagados. La función de los diferentes salarios es informarnos sobre la relativa escasez de cada empleo y guiar a cada uno hacia el puesto más requerido de entre los que uno es más capaz de realizar.

Este proceso puede parecer en ocasiones «inhumano» porque el resultado no siempre satisfará nuestro concepto de «mérito». Un resultado que sea fruto de un accidente, o de un tiempo extraordinario que nadie podía haber predicho puede traicionar nuestras expectativas. Las quiebras no tienen lugar porque se haya sido vago o descuidado. En muchos casos nadie puede explicar la causa real de un fracaso. Pero ésta es la forma en que funciona un sistema individualista y, especialmente, el mercado.

Éste es el coste que tenemos que pagar si queremos vivir en una sociedad individualista. Claro, que podemos entender esto como si fuera un juego. Pero podemos hacer que los juegos sean más interesantes, eficaces y «humanos» si mejoramos las reglas, o la legislación. Por ejemplo, la *NBA* en los Estados Unidos cambia sus reglas prácticamente cada año. Probablemente, una de las modificaciones de más éxito haya sido la introducción del tiro de tres puntos. Antes de la existencia de esta regla, el baloncesto era un juego fundamentalmente de jugadores grandes. Pero esta modificación de la regla dio paso a que jugadores más pequeños y rápidos pudiesen competir con los altos y corpulentos. Como consecuencia de ello, el juego se hizo más interesante tanto para contemplarlo como para jugarlo. La *NBA* ganó en cuanto al número de espectadores que asistían a ver los partidos y los equipos pudieron pagar mejores salarios a sus jugadores.

Lo que quiero decir con esto es lo siguiente: no deberíamos tomarnos el juego del mercado demasiado en serio. Participamos en el juego porque queremos un sistema que nos permita utilizar nuestro propio conocimiento y habilidad para contribuir tanto a nuestra mejora, como a la de los demás. Este sistema requiere de un mecanismo de transmisión de información sobre la escasez de los diferentes bienes y recursos disponibles para cada uno de nosotros. Además, nos enfrentamos al «problema del interés», especialmente el problema de los incentivos; unos incentivos para que todo el mundo coopere en la consecución de diferentes objetivos, la totalidad de los cuales nadie puede llegar completamente a entender. El sistema gemelo del moderno derecho privado y el mercado también nos ofrece una solución al problema de los incentivos. En él, los objetivos individuales se consiguen de forma descentralizada, al tiempo que nadie es capaz de conocerlos por completo.

Tenemos que enfrentarnos a un mercado que no es más que ese mecanismo. La información que nos ofrece es importante, incluso aunque sea negativa. La información que obtenemos del fracaso en la competencia no es más que una

advertencia de que no debemos seguir haciendo lo que hemos visto que no da resultado. De lo contrario, desperdiciaremos recursos de la sociedad y de nosotros mismos que podrían haberse utilizado con otros fines.

## UN CAMBIO EN EL ESTILO DE VIDA: ESPONTÁNEO Y COACTIVO

Es obvio que este sistema de libertades individuales garantiza la innovación en la vida de las personas. Por lo general, encontramos las metas de nuestras aspiraciones viendo lo que otros hacen. En el libre mercado, las innovaciones no sólo tienen lugar en los productos que se ofrecen y en su cantidad, sino también en cuanto a los hábitos de consumo. Para qué y cómo vivir lo mostrará el mercado en un sentido amplio. En una sociedad individualista, hay muchas maneras diferentes de vivir, y uno puede elegir entre los múltiples modelos que los demás ofrecen. Sin tal circunstancia, será difícil que cada uno de nosotros invente la suya propia de la nada. Además, se ofrecerán diferentes formas de evaluar la vida de cada uno. Algunas permanecerán y otras no. Los conjuntos de valores relacionados con algunas doctrinas comprensivas, como pueden ser las religiones, tendrán gran influencia sobre algunos grupos. Los libros sagrados ofrecerán modelos de vida y aspiraciones para la misma. Pero la gran mayoría de las aspiraciones de los individuos irán cambiando con el tiempo. De eso es de lo que trata la libertad.

Pero, ¿qué ocurre si alguna doctrina o plan no puede funcionar a menos que todos los que viven en ese lugar crean en él y cooperen, a pesar de que sean muchos los que desean que se aplique ese plan o doctrina? Muchas cuestiones, como la protección ambiental, la planificación urbana e, incluso, la religión se pueden incluir en esta categoría. Hay muchas formas de abordar este tipo de reivindicaciones que no recurren a la coacción; donativos, colaboración con el patrimonio nacional, promotores privados, cooperación voluntaria, campañas de concienciación, etc. Ahora bien, si se hace inevitable algún tipo de coacción para conseguir algo que los individuos consideren muy importante para su vida, como puede ser vivir en una ciudad bien planificada, las medidas de coacción que se utilicen deberán ser las mínimas en cuanto a intensidad y alcance. Al mismo tiempo, creo que debemos aprender a pagar algún precio por nuestra libertad. Probablemente sea más fácil hacer que un recién llegado, o nuestros hijos, crean en nuestra religión si el resto de las personas del lugar son también creyentes. Si todo el mundo cree en lo mismo, parecerá más verdadero, de modo que no creer será mucho más difícil. Pero esta feliz circunstancia estática para la religión, que muchos fundamentalistas religiosos abrazarían de inmediato, ya no es posible en una sociedad libre en la que se puede expresar cualquier opinión crítica contra nuestra propia fe. Lo mismo ocurre con la fe política.

Recientemente, algunos movimientos sociales como el de lo políticamente correcto, la defensa de la diversidad y algunas versiones del feminismo, no han tardado en recurrir a la decisión colectiva para implantar forzosamente ciertos valores en otros individuos. Aunque tendremos que analizar en detalle cada caso para

poder llegar a algunas conclusiones, lo que sí que está claro es que las medidas de coacción deben ser el último recurso. En el caso de la discriminación racial en Estados Unidos, las medidas de discriminación positiva fueron adoptadas por los tribunales con el fin de contrarrestar actuaciones políticas injustas o daños premeditados producidos por parte de las administraciones locales para prolongar la segregación. En ese caso, la discriminación positiva estaba justificada sólo como medida provisional para dar solución a esa injusticia.

En el ámbito del derecho privado, las decisiones aparentemente irrelevantes de individuos sin poder alguno cuentan de cara al cambio social. Dichas decisiones que conducen al cambio social pueden haberse tomado a propósito, pero normalmente no es así. El cambio se produce como consecuencia de múltiples decisiones individuales. Pero el resultado final no sería posible sin el derecho, que indirectamente garantiza el cambio al proteger las elecciones individuales en la esfera jurídica. Son esos cambios sociales producidos por esta vía los que suelen resultar más profundos y estables que los producidos por medio de la decisión colectiva o política.

itaru@faculty.chiba-u.jp