Los contenidos de este artículo están bajo una licencia de
ATRIBUCIÓN-NOCOMERCIAL-COMPARTIRIGUAL 4.0 INTERNACIONAL
Deed

Esteve Pardo, José (2023)

El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato (Madrid: Marcial Pons), 163 pp.

La producción bibliográfica de Esteve Pardo que, desde hace 25 años, viene desarrollando, se concreta en una línea indisoluble entre realidad y regulación, describiendo cuestiones y fenómenos, primero fácticos y luego jurídicos, que no se aparecen a primera vista[1]. Y ello ha dependido en suma medida a la mirada aguda y luego a la elaboración dogmática en conexión permanente con la realidad, y que dependen ya no de un modo formal o del dato meramente normativo -por supuesto considerado-, sino que de una forma más perspicaz de enfrentar los fenómenos que están ahí presentes, pero que no muestran sus problemáticas jurídicas de manera aparente.

Esta es otra ocasión en donde Esteve Pardo pone en tensión –con esa mirada y escritura crítica que lo caracteriza–, el cruce que se da entre la realidad y el Derecho, acerca del fenómeno de la individualización y el contractualismo aplicado a todo ámbito, con la construcción del Estado social de Derecho, propio del triunfo del universalismo y de manifestaciones concretas en la igualdad por medio de la ley.

El libro consta de una introducción justificativa y explicativa del texto, de cinco capítulos y un epílogo -que conducen el núcleo argumentativo-, y de una muy necesaria nota bibliográfica.

El Capítulo I trata sobre el proceso evolutivo desde el punto de vista jurídico, pero conducido por un proceso de transformación social, respecto de un mundo construido en torno al contrato, que encuentra en el Derecho romano antecedentes lejanos, pero que sobre todo en la Edad Media empieza a configurarse tal y como lo conocemos hoy, para afianzarse en el siglo XVIII y sobre todo el XIX de la mano del movimiento liberal, hasta convertirlo en el principal instrumento del tráfico jurídico y de su articulación social (p. 28); y de paso entrando en conflicto con una institución típicamente medieval, la de estatus o estatuto (p. 29) la que resultó vencida conservándose hoy incluso como una institución excepcional aunque no menos importante (v.gr. los estatutos específicos de funcionarios públicos, o los estatutos de las comunidades agrícolas o de las comunidades indígenas nuestras). Ante el contrato, se levanta la ley como fuerza incontrastable, y con un ámbito diferenciado con respecto al mismo, que encuentra su máxima expresión en la codificación la que, a su turno, empieza a imponer –al mismo tiempo que las relaciones sociales comienzan a complejizarse– condiciones también a lo contractual, sobre todo por los abusos que se habían producido en dicho campo, y por las reivindicaciones sociales. En esta parte es especialmente interesante el repaso y evolución, a la batalla dada por Roosevelt a este respecto en la década de 1930 a la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (pp. 36-42), que finalmente gana y da pie a la construcción del Estado social basado sobre todo en derechos sociales establecidos en la ley[2].

Pero en este panorama, el siglo XXI empezó con un cambio de tendencia que se ha ido acrecentando y que se manifiesta en muy diversos ámbitos, recomponiendo la correlación entre ley y contrato, como en el ámbito laboral a través de la renuncia al derecho de huelga (p. 50), o la plataforma de nuevas tecnologías, especialmente de servicios o intermediaciones, así como la radicalización de uso de la vía contractual para resolver todos los problemas de la vida moderna (p. 53).

El Capítulo II, continúa desarrollando esta temática, concentrándose ahora en la penetración de la vía contractual en distintas formas en todos los poderes del Estado. Esto ha ocurrido, a partir del reconocimiento de la superación de las fases de creación normativa por la ley, abstracta y general –vacía de contenido, sostiene incluso (p. 67)–, de aplicación por vía de ejecución y creación normativa sublegal, para ahora hacer referencias y reenvíos por ese propio sistema jurídico tradicional a normas de producción privada –son conocidos los aportes de Esteve Pardo y sobre todo de Tarrés, al fenómeno de las normas técnicas[3]–; de la operación regular de servicios públicos por vía contractual, convencional o concesional; del uso de fórmulas transaccionales para mejorar el cumplimiento normativo (los hoy regulares *compliance* y *whistleblower*); y de aplicación de una justicia "negociada" por medio de las fórmulas contractuales de resolución de conflictos en todo ámbito, como ha puesto de manifiesto sobremanera Armenta[4]. De manera más radical, comienzan a aparecer verdaderas vías de disposición sobre derechos fundamentales: derecho de huelga, derecho a la tutela judicial efectiva, confidencialidad y producción científica entre otros (pp. 77-83).

Son todas cuestiones que pasan regularmente ante nuestros ojos y en donde se está produciendo una brecha, y un movimiento de retirada del Estado, aún de insospechadas consecuencias.

En el Capítulo III trata sobre las causas y explicaciones, así como las consecuencias de la expansión contractual. Así reconoce como factores la expansión del mercado y la ampliación del objeto del mercado por un lado; y por otro, el potenciamiento de la individualización, autodeterminación personal y autonomía de la voluntad, que -aunque suene paradójico- va más allá de lo privado, y considera para ello, como un factor relevante, el individualismo de lo que Esteve Pardo llama la "izquierda neoliberal" que enarbolando banderas del respeto por el otro

[1] Esteve 1999, in totum.

[2] En Chile fue la época de la llamada "cuestión social".

[3] Tarrés 2003, *in totum.*

[4] Armenta 2021, 178-199.

en base a la autodeterminación y el autoreconocimiento, se han cargado elementos básicos como la igualdad y el universalismo. Sobre este punto, aunque refiriéndose a objetos distintos, mas sí igualados en base a los efectos, Neiman afirma que lo que ha ido pasando como fenómeno político es el progresivo abandono del universalismo frente al tribalismo, a la distinción entre justicia y poder, y una creencia en la posibilidad de progreso[5]. Y manifestación de ese individualismo en lo político, el neoliberalismo en lo económico y social –sostiene Esteve Pardo–, sigue luego el contractualismo de toda la esfera de lo público en lo jurídico (pp. 89-99).

El Capítulo IV, describe esta gran victoria neoliberal que sobre la base de descomponer o difuminar el ámbito de lo público, elevando a categoría cuasiconstitucional la autonomía de la voluntad y con ella la autodeterminación personal, se ha producido una deconstrucción del orden legal, democrático, deliberativo, generándose con ello, un proceso de deslegitimación del orden jurídico *real*, al ser reemplazados sus centros productores y privatizar sus enunciados objetivos, en vez de ser generales e igualitarios, lo que –en todo caso– se ha hecho de manera discreta e imperceptible (p. 133).

El Capítulo V, cierra la línea argumentativa del texto redondeando ideas sosteniendo que hoy estamos ante una fachada estatal que oculta las transformaciones de gran calado como las que describe, y reclama la falta de ideas y concepciones alternativas que provengan de los detentadores y representantes de los poderes públicos precisamente (pp. 139-140), que algunos han identificado como propios de un gran cambio de época, incluso hacia un nuevo feudalismo (pp. 143-144), misma idea que desde la economía ha planteado Varoufakis quien habla de un tecnofeudalismo[6]. De ello deriva la pavimentación a una cada vez mayor desigualdad, ya no sólo material sino que de régimen jurídico, ya no de la sociedad sino que de los individuos que la conforman, pero que no se reconocen como iguales; todo lo cual permite sostener que ello constituye un serio problema a las fórmulas utilizadas para construir el Estado liberal de Derecho del siglo XIX y por supuesto al Estado social de Derecho del siglo XX, que dados los fenómenos descritos, requiere una atención y análisis dogmático serio por parte de todos.

Por último, la obra cierra con un Epílogo que plantea la pregunta esencial "¿Qué hacer?" (p. 147). Ante ello, propone tres tareas fundamentales: la primera, describir y caracterizar esta situación que gira en torno a la tendencia expansiva del contrato y la correlativa retracción de la ley, lo que tiene importantes obstáculos, que es precisamente lo que hace en el libro; la segunda, reconociendo esa realidad, proveer respuestas constitucionales a esa dualidad de régimen jurídico, y encausar debidamente sus contornos, dando un reconocimiento a la situación real ya existente; y tercero, elaborar ideas y teorías que avalen fundadamente los fenómenos, instrumentario y régimen jurídico consiguiente, haciendo cargo de múltiples cuestiones, v.gr. –por decir algo muy básico– cómo impacta esto en el sistema de fuentes del Derecho.

No detenerse en estas reflexiones y no hacerse cargo de las cuestiones planteadas, cada vez más, irá alejando el conocimiento presente, la enseñanza y las soluciones de las distintas disciplinas jurídicas –con preeminencia de las del Derecho Público–, a esta realidad que nos muestra descarnadamente Esteve Pardo en este libro.

Este trabajo es el mejor intento hasta ahora -inscrito en una línea crítica sobre un fenómeno evidente-, que debería animar a mirar con ojos profundamente atentos a lo que está pasando, y permitir construir unas explicaciones consistentes con esa realidad, con el fin de juridificar en clave pública lo que le corresponde en ello. En caso contrario, se dará vía libre, inequívocamente, a la desigualdad.

En fin, por todo lo dicho, recomiendo vivamente su atenta lectura.

Christian Rojas Calderón
Profesor Asociado
Universidad Andrés Bello (Chile)

Bibliografía citada

Armenta, Teresa (2021) Derivas de la justicia. Tutela d ellos derechos y solución de controversias en tiempos de cambio. Madrid: Marcial Pons.

Esteve Pardo, José (1999) Técnica, Riesgo y Derecho. Barcelona: Ariel.

Neiman, Susan (2024) La Izquierda no es *woke*. Trad. V. Gordo. Santiago: Debate-Penguin Random House.

Tarrés, Marc (2003) Normas técnicas y ordenamiento jurídico. Valencia: Tirant lo Blanch.

Varoufakis, Yanis (2024) Tecno-feudalismo. El sigiloso sucesor del capitalismo. Trad. M. Valdivieso. Barcelona: Deusto-Centro de libros PAPF.

[5] Neiman 2024, 13.

[6] Varoufakis 2024, 35-66