

RAZON JURIDICA Y RAZON CONTRACTUAL (El contrato social como técnica de pensamiento)

Por JESUS IGNACIO MARTINEZ GARCIA

A través de las teorías del contrato social —hoy tan de actualidad con el neocontractualismo— fluye una importante carga ética y política, se defienden concepciones del hombre y de la sociedad y late un profundo dinamismo histórico. Todo ello es tan importante que hace del contrato social objeto de atención preferente de tantos estudiosos. Pero se puede además —aun siendo una perspectiva poco frecuentada— intentar un examen desde preocupaciones de orden lógico o, más modestamente, estilístico: qué resistencias y virtualidades de orden intelectual encuentra aquél que se propone concebir una teoría contractualista, que constituye algo así como un escrito de género, con unas exigencias y una técnica propias, no exentas de riesgos. Este es un planteamiento formal —pero sabemos que las formas no son inertes— que invita también a preguntarse por la sustantividad del contrato social como vehículo expresivo, pues posiblemente no es arbitraria cuestión de estilo, sino parte irrenunciable de ciertas teorías que han surgido de un determinado modo de argumentar.

Aunque sea excesivo referirse en conjunto a un tipo de pensamiento que podemos hacer arrancar del sofista Glaucón, y que se prolonga a lo largo de más de dos milenios, en teorías muy dispares, una aproximación tan abstracta como ésta puede pretender cierta justificación en su intento de presentar algunas líneas maestras y reflexionar sobre problemas de la sintaxis contractualista que, por supuesto, no tienen igual reflejo ni siquiera en las teorías más familiares. No deben dar estas páginas la sensación de que se dispone de algo así como un tipo ideal weberiano, que quizá no sería posible y ni siquiera deseable, pues se trata únicamente de moverse en cierto grado de generalidad, resultado de una labor inductiva.

Como declara Bobbio, el contrato social responde, en síntesis, a dos exi-

gencias diversas, aunque estrechamente relacionadas: explicar el origen del Estado como algo artificial, en contraposición a un desarrollo natural a partir de otras sociedades anteriores, y justificarlo proponiendo un fundamento de legitimidad que no descende de ninguna entidad superior, sino que se construye, por así decirlo, desde la base, con la sola ayuda de la razón (1). Pero habría que añadir que en el primero de esos ámbitos, respondiendo a una problemática sociológica sobre el origen y necesidad del derecho, el contrato ha ido perdiendo terreno; mientras que, en el segundo, referido a problemas de legitimación, se mantiene como un poderoso modo de pensar sobre cuestiones de justicia.

Por lo que respecta a lo primero, es bien conocido que una teoría como la del contrato resulta incoherente para los partidarios de una sociabilidad natural, de corte aristotélico, aunque a pesar de todo, bien podría utilizarse en la explicación de lo que de artificial o convencional hay siempre en toda sociedad, que parece muy considerable. Pero hay algo más grave: para la sociología hoy *el contrato es más una categoría a ser explicada que una categoría explicativa*. Se hace preciso interrogarse por el fundamento no contractual de su fuerza vinculante. El hombre no es sin más, y por sí mismo, capaz de contratar, titular de una autonomía privada, prescindiendo de toda una dimensión de socialización y hábitos. No podemos pensar —con el contractualismo clásico— en el individuo como soberano y primer eslabón de una red de vínculos. Ya para Durkheim es la sociedad la que obliga a los individuos a través del contrato, invirtiéndose así la perspectiva tradicional (2). Incluso en una teoría normativista como la de Kelsen, los contratos son algo periférico y están en la base de la pirámide normativa; su fundamentación remite a la hipótesis de la norma fundamental, en donde la validez jurídica se asoma al vacío o a la sociología. Por otra parte, dentro de la filosofía analítica, al tratar de explicar la fuerza vinculante de las declaraciones de voluntad y de las reglas, se remite, por influencia de Wittgenstein, a un sustrato de convencio-

(1) Cfr. N. BOBBIO: *Contratto sociale, oggi*, Guida, Nápoles, 1980, págs. 19-20. Se trata de una teoría del poder legal-racional frente a la legitimación tradicional, en terminología weberiana.

(2) Cfr. E. DURKHEIM: *La división del trabajo social*, trad. de C. G. Posada, Akal, Madrid, 1982, que considera que «el contrato es, por excelencia, la expresión jurídica de la cooperación» (pág. 145). La reciprocidad, que está en la base de los contratos, «no es posible más que allí donde hay cooperación, y ésta, a su vez, no marcha sin la división del trabajo. Cooperar, en efecto, no es más que distribuirse una tarea común» (pág. 146). Cfr. también págs. 244 y sig. y 447. Por otra parte, una perspectiva sociobiológica de interés para el contractualismo puede verse en E. O. WILSON: *Sobre la naturaleza humana*, F. C. E., México, 1980, págs. 234 y sigs., sobre el reconocimiento del valor de los contratos, con comentarios a la teoría psicológica de L. Kohlberg.

nes y prácticas, que dan sentido a todo ello (3). Y si pasamos a la ilustración sociológica de la teoría de sistemas de Luhmann, descubrimos que el hombre ni siquiera es propiamente parte de la sociedad misma, sino de su entorno (*Umwelt*). Aquí, para explicar la imposibilidad de una vida social sin normas no hace falta partir del fracaso de un *status naturalis*, que se supera en el contrato social, sino de la necesidad de expectativas de conducta generalizadas y capaces de resistir las decepciones, en una lógica al servicio de la reducción de complejidad en la interrelación sistema-entorno (4).

Si en otro tiempo las teorías contractualistas tuvieron que soportar las objeciones de los historiadores, decididos a negar que algún gobierno haya sido establecido por un contrato, y consecuentemente evitaron presentarse como reconstrucción histórica formulando meras hipótesis, hoy las objeciones provienen de los sociólogos reacios a admitir que el contrato sea un fundamento válido, con lo que todavía queda el recurso de presentarlo como un modo de pensar, una estrategia de argumentación. Aunque sociológicamente el contrato pueda quedar desacreditado como última explicación de la normatividad, esto no afecta a su interés en cuestiones de legitimación, considerado como una pauta especialmente adecuada para trazar alternativas, proyectar relaciones y proponer soluciones para los problemas de justicia.

No se trata aquí de la, por otra parte, interesante utilización del contrato como categoría descriptiva de cierta realidad social, caracterizada por el pactismo, la negociación y el consenso (5). Este contractualismo, que podríamos denominar sociológico, no es equivalente al contractualismo considerado como técnica para tratar problemas de legitimación. Más aún: ciertas teorías contractuales abocan en su proyección utópica a una sociedad ajena al pactismo, que más bien podría ser definida de modo organicista o incluso anarquista (6).

(3) Esto es igualmente perceptible leyendo a J. L. AUSTIN: *Cómo hacer cosas con palabras*, trad. de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, Paidós, Barcelona, 1982. Sobre la obligación de mantener la palabra dada, págs. 51 y sigs., y en cuanto a la necesidad de un sustrato de convenciones, págs. 56 y sigs.

(4) Cfr. N. LUHMANN: *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1987, págs. 287-288, y sobre todo, págs. 444-445.

(5) Así en N. BOBBIO: *Contratto sociale...*, cit., que observa que el Estado es hoy «il mediatore e il garante delle contrattazioni fra le grandi organizzazioni, i partiti, i sindacati, le imprese, i gruppi di pressione, che agiscono come potentati semi-indipendenti» (pág. 25), añadiendo que «la vecchia teoria del contratto sociale non soltanto non è stata smentita dalla realtà dello sviluppo storico ma è più attuale che mai, anche se abbisogni di essere riveduta e aggiornata» (pág. 26). Piensa además que un Estado superpuesto a una sociedad pluralista sólo puede sobrevivir si el pacto social se renueva continuamente (pág. 31).

(6) J. MUGUERZA: *La razón sin esperanza*, Taurus, Madrid, 1977, precisa que «lo que ocurrió con la teoría clásica del contrato es que, como todo el legado ideológico

Así ciertas interpretaciones de la voluntad general de Rousseau como opuesta a la voluntad de todos (que sí podría tener un carácter consensuado) y algunos elementos de la teoría de Rawls, que preconiza una sociedad bien ordenada (unión social de uniones sociales según pautas justas) como superación de la llamada sociedad privada (centrada en el pactismo y en los compromisos entre intereses). En el plano de los hechos el contrato tendría además un competidor en otra institución más dinámica: el procedimiento. Ya no se trataría de mostrar un consenso realmente existente, sino de explicar la capacidad del derecho de legitimarse a sí mismo amplificando consenso (7).

Conviene introducir ahora alguna precisión sobre el uso y el sentido del término contrato en las teorías contractualistas, aunque en una línea bien diferente del análisis lingüístico.

Llama enseguida la atención el hecho de que el pensamiento sobre legitimación, que es un ámbito de discurso especialmente prolífico y propenso a la locuacidad, no sólo es muy amplio, en los antípodas del laconismo, sino también de una peculiar densidad: *se habla del derecho con el derecho*, y como en un juego barroco de espejos, el derecho se ve reflejado en sí mismo. El contrato social es, en este sentido, paradigmático. Una institución jurídica particular se extrapola del conjunto y se utiliza para soportar todo el armazón, y lejos de producir redundancia puede llegar a tener poderosos efectos dinamizadores. Nos encontramos, desde otro punto de vista, ante un tipo de circularidad que tiene alguna semejanza con los bucles extraños estudiados por Hofstadter, que perturban estructuras jerárquicas introduciendo paradojas y subvirtiéndolas (8). Y aunque se utilice el contrato, no se puede ver aquí un síntoma de que los juristas son considerados como destinatarios de estas teorías, que últimamente están más bien en manos de filósofos y economistas. Tampoco puede interpretarse esto como una tendencia a utilizar el punto de vista interno sobre el derecho con preferencia al externo, en terminología de Hart, y las categorías analíticas de lenguaje-metalenguaje tampoco son aquí

del liberalismo, fue políticamente ambiguo» (pág. 261). Se encuentran rasgos del contractualismo en el pensamiento contrarrevolucionario (Burke y un consenso originario plasmado en una constitución inviolable) y sobrevive en el anarquismo (Proudhon: un acuerdo podría hacer innecesaria la existencia del Estado).

(7) Cfr. N. LUHMANN: *Legitimation durch Verfahren*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1983, pág. 253.

(8) Cfr. D. R. HOFSTADTER: *Gödel, Escher, Bach (Un eterno y grácil bucle)*, trad. de M. A. Usabiaga y A. López, Tusquets, Barcelona, 1987, pág. 12. Estos planteamientos han sido ya introducidos en el pensamiento jurídico, por ejemplo, por H. WILLKE: «The Tragedy of the State. Prolegomena to a Theory of the State in Polycentric Society», en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, núm. 4 (1986), págs. 455 y sig.

plenamente satisfactorias, con lo que se configura un espacio no orientado, equiparable a las cintas de Moebius (9).

En realidad lo que ocurre es que, a pesar de todo, *el contrato social no es un contrato*. No es la figura perfilada por la dogmática jurídica en la teoría general del negocio jurídico, y su carácter hipotético le priva además de obligatoriedad (10). Por eso no extraña que en versiones como la de Rawls se estiliza al máximo y se desjuridifica en un experimento de ciencia-ficción. El contrato funciona en realidad como una metáfora, a inventariar por teorías como la metaforología de Blumenberg. Pero esto no significa que se desactive y quede como mero símbolo inerte, sino que constituye un *topos* o ámbito de argumentación de una fuerza considerable (11). La metáfora, clásicamente reducida a una categoría estética, hoy ha entrado con pleno derecho en la teoría del conocimiento y puede constituir un modo riguroso de pensamiento. Las imágenes tienen también un lugar en el pensamiento jurídico: piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de que algunas afirmaciones de Kelsen sean consecuencia de la seducción de la figura de la pirámide o del deseo estético de una teoría redonda y cerrada.

En el contrato social como pensamiento metafórico las fronteras entre ética y estética se desvanecen, como también se aproximan la realidad que se pretende justificar o cuestionar y la ficción que se utiliza para ello. La ciencia necesita igualmente de la ficción, y paradójicamente para operar con la realidad se ve obligada a fingirla en un experimento que la presente accesible o en un modelo que la reduzca a unas pocas variables operativas. No otra cosa hace el contrato social como experimento mental y maquinaria de invención.

(9) Este tipo de circularidad del pensamiento contractual puede resultar de gran interés para el estudio de un derecho que no sólo se vertebra jerárquicamente. Cfr. F. OST y M. VAN DE KERCHOVE: «Creation et application du droit. Structure lineaire ou circulaire du systeme juridique», en ID.: *Jalons pour une théorie critique du droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruselas, 1987, págs. 183 y sig.

(10) Cfr. M. HURTADO BAUTISTA: «Legitimidad democrática del derecho: el 'topos' del 'Pacto social'», en *Anales de la cátedra F. Suárez*, núm. 16 (1976), que precisa que «la figura del *pacto social* aparece irreductible a cualquier estructura técnico-dogmática definida: la del *contrato*, *trusteeship*, *institución*. Sin embargo, en su desarrollo histórico, el *topos* contractualista integró decisivamente la categoría formal del *derecho subjetivo*» (pág. 3). Por otra parte, dice R. DWORKIN: *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, 1984, que «un contrato hipotético no es simplemente una forma desvaída de un contrato real; lisa y llanamente, no es un contrato» (pág. 235).

(11) Sobre el estatuto epistemológico de la metáfora, cfr. H. BLUMENBERG: *Schiffbruch mit Zuschauer. Paradigma einer Daseinsmetapher*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1979, págs. 75 y sig.

Dentro de esta orientación metafórica no puede menospreciarse la alusión a un acuerdo por medio de la figura contractual. Pero hay que señalar que la referencia simbólica que el contrato hace al consenso no sólo sirve para exigirlo realmente y defender una efectiva implantación de ideales democráticos; *puede ser una apelación a la necesidad de fingir consenso*. Sabida es la necesidad que el derecho tiene de consenso, y que donde hay una acción común se requieren principios comunes o un acuerdo, aun a costa de tener que presuponerlo o fingirlo. El contrato es la fuente de la fuerza vinculante de la ley pero no se presenta como hecho histórico, y un contrato fingido no puede obligar. Ante cualquier derecho que goce de eficacia, el contrato social desde una perspectiva de realismo jurídico significa que, por de pronto, el consentimiento se debe dar por supuesto (12). Esta opinión puede hacerse más plausible si se añade que incluso una democracia se ve obligada a presuponer e imaginar un consenso que no es mero dato sociológico (13). Ya Kant vio con claridad que el contrato podía permanecer tranquilamente en el ámbito de la especulación, desplegando su fuerza como idea de razón, bastando con su carácter de ficción activamente operante (14).

Pero escoger la figura del contrato para invocar, aunque sea metafóricamente, un elemento de voluntariedad del que brota la subsiguiente creación de vínculos no es una vía exenta de problemas. Históricamente, no fue sin más un instrumento de vinculación de las partes por medio de la voluntad, aunque más tarde acogería esta función, y todavía en Roma se pensaba que *nuda pactio obligationem non parit* (15). Pero, aun con un contrato ya evolucionado y espiritualizado, queda sin respuesta clara la pregunta por el fundamento de la regla *pacta sunt servanda*, como se ha visto. Es significativo que en un planteamiento contractualista tan ejemplar como el de Rawls la

(12) Cfr. K. OLIVECRONA: *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. de L. López-Guerra, Labor, Barcelona, 1980, pág. 19.

(13) Cfr. N. LUHMANN: *Rechtssoziologie*, 2.ª ed., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1983, que claramente afirma: «Lo institucional de la legitimidad no se basa en una deducción de valores ni en la ampliación de hecho del consenso consciente, sino en la posibilidad de suponer la aceptación» (pág. 261).

(14) Afirma Kant del contrato que «es una mera idea de razón, pero que tiene indudable realidad (práctica), a saber: la de obligar a cada legislador para que dé sus leyes tal como si éstas pudiesen haber nacido de la voluntad reunida de todo un pueblo y para que considere a cada súbdito, en cuanto quiera ser ciudadano, como si hubiera estado de acuerdo con una voluntad tal» («Acerca del refrán: 'Lo que es cierto en teoría para nada sirve en la práctica'»), en *Filosofía de la historia*, trad. de E. Estiú, 2.ª ed., Nova, Buenos Aires, 1964, págs. 167-168.

(15) *Digesto*, 2, 14, 7, 4. Se requerían además elementos de raíz mágica como la forma.

fundamentación de la obligación de mantener la palabra dada no es el centro que soporta una teoría que, tomando literalmente la imagen contractual, podría presumirse basada en el acuerdo de voluntades. La obligación de mantener las promesas, que Rawls trata siguiendo a Prichard, es consecuencia de un principio de imparcialidad, del que derivan todas las obligaciones (a diferencia de los llamados deberes naturales), que es acordado en la posición originaria. En el caso de las promesas se trata de partir de una práctica justa de prometer, de la que tácitamente se aceptan los beneficios (16). Así, paradójicamente, la fuerza vinculante del consentimiento expreso arranca de un consentimiento tácito o implícito, apareciendo en última instancia la posición originaria, en la que se pretenden deducir principios de justicia a través de una elección racional, según criterios de racionalidad económica o prudencial, una racionalidad de medios más que de fines, que allí se dan por supuestos.

Todo lleva a reconocer que *la sintaxis contractualista no articula un curso de voluntad sino de razón o de voluntad racional*. Lo que podríamos denominar la gramática profunda del contractualismo no es voluntarista sino racionalista, y de ahí el interés de Rawls —por seguir con el mismo ejemplo— en estrategias demostrativas y en la teoría de juegos. Las peripecias de la voluntad cuando se concibe como ficción y no como voluntad efectivamente declarada no sirven para fundamentar, y la analogía entre las obligaciones de los miembros de una asociación voluntaria y la obligación política parece difícil de llevar hasta sus últimas consecuencias (17). Apoyándose sólo en una lógica de la voluntad no se puede sostener que un contrato obligue a generaciones posteriores, a no ser que se fuercen las cosas invocando una aceptación tácita, cotidianamente renovada o implícita en ciertos actos. Pero aquí no se trata tanto de reconocer vínculos preexistentes como de razonar, del contrato como modo de argumentar.

Con todo, hay todavía algo que da un sentido a la apelación a la voluntad en estas teorías: el reconocimiento de un lugar para la acción política más allá de la misma teoría, aun siendo exigido por ella. En un recurso como el contrato, que se suele poner al servicio de pensamientos tan alejados del conti-

(16) Cfr. J. RAWLS: *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, F. C. E., Madrid, 1979, págs. 135 y 385 y sig. Este modo de pensar lo encontramos ya en el *Critón* platónico, es recogido por Locke y modernamente por Hart y Rawls, que lo toma directamente de este último. Ha merecido una crítica de R. NOZICK: *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, Nueva York, 1974, págs. 93 y sig. Cfr. también A. J. SIMMONS: *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton Univ. Press, 1979, págs. 101 y sig. y 143 y sig., y D. D. RAPHAEL: *Problemas de filosofía política*, trad. de M. D. González, Alianza, Madrid, 1983, págs. 97 y sig.

(17) Cfr. D. D. RAPHAEL: *Problemas de filosofía política*, cit., pág. 104.

nuismo aristotélico —basado en inclinaciones espontáneas y naturales— como de la ciega necesidad mecanicista, se precisa un punto de decisión, de afirmación y compromiso. Está presente incluso en las teorías más intelectualizadas: la fórmula kantiana es precisamente un imperativo; en la teoría de Rawls hay un deber de mantener lo hallado para cuando el velo de ignorancia se levante por completo y todos sepan quiénes son y dónde están. Se puede buscar así una interrelación entre saber lo mejor y quererlo, separados en la paradoja paulina, o simplemente subrayar lo que en un cambio de la realidad se requiere de voluntad, de deseo, de praxis y no sólo de teoría. En ciertas situaciones, ante puntos especialmente abiertos o discontinuidades a salvar, el decisionismo puede ser también una solución para no romper una cadena narrativa, aparte de un discreto toque de condición humana en un pensamiento que no pretende ser escuetamente lógico.

Estando las teorías contractualistas más del lado de la razón que de la voluntad, y siendo múltiples los usos de la razón, nos podemos preguntar ahora de qué razón se trata aquí. La respuesta no parece fácil pues desde la razón científica de Hobbes, pasando por el análisis trascendental kantiano, hasta los planteamientos estratégicos de Rawls, la plasticidad del contractualismo parece poder acoger todo tipo de lógica, y se podrían proporcionar ejemplos tanto del cientifismo más exigente como del más laxo informalismo de la retórica. Para los propósitos de este trabajo, interesado más por la aproximación global al taller del contractualista que por la taxonomía, puede ser útil esbozar la perspectiva de lo que podría llamarse —en abierta actitud descomprometida, pero también con cierto poder sugerente— una razón narrativa. Se consigue así poner entre paréntesis enconadas disputas lógicas, que resultaría pretencioso que tocara un no especialista y, no obstante, poder llamar la atención sobre algunos rasgos significativos del contractualismo. Es todo lo contrario de una búsqueda, quizá algo narcisista, de la especificidad del razonamiento jurídico —en el caso improbable de que aquí existieran unos rasgos lógicos distintivos— pues más bien se busca la claridad a partir de lo inespecífico y genérico.

Se trata de que el contrato social puede ser considerado como una forma estereotipada de narración, como una *propuesta de inscribir la razón jurídica en una razón narrativa*, como un modo prefijado de organizar el discurso ético y jurídico (18). El contrato social aparece así como un *género literario que*

(18) En la problemática de la aplicación del derecho, concretamente en la reconstrucción de los hechos, se ha detectado un elemento de narración. Antes se consideraba que el derecho sólo entraba como premisa mayor en el silogismo práctico de la subsunción y que la configuración de la premisa menor era algo extrajurídico. Sin embargo, la circularidad de la hermenéutica ha puesto de manifiesto que los hechos se

ofrece unas reglas para hablar sobre reglas, interpone unas peculiares reglas de juego sobre las que legitimar las reglas del juego jurídico, y para hablar del derecho natural recurre paradójicamente a un llamativo artificio.

Cuando se le pregunta a un contractualista por la legitimación del derecho responde contando una historia, y esto es algo sumamente significativo y revelador de unas determinadas posibilidades intelectuales. Se introduce así en el pensamiento un elemento de temporalidad que facilita el establecimiento de secuencias, permite situarse en un antes-ahora-después, optar entre sucesión y simultaneidad, continuidad-ruptura, progresión-regresión, composición-descomposición-recomposición, planteamiento-desenlace, tiempo-utopía. La narrativa contemporánea experimenta con la temporalidad, que no tiene por qué ser la aburrida progresión lineal o el convencional *play-back*, y otro tanto puede hacer el contractualista. Hay una estructura temporal muy clara cuando se hace pseudohistoria, que como en Rousseau puede llegar a arrancar de lo legendario, pero también en una teoría tan abstracta como la de Rawls que no se sabe si con ironía o autosuficiencia pretende desplegarse *sub specie aeternitatis* y es escasamente sensible a preocupaciones históricas, pero de la que se podría decir que tiene su propio *tempo* interior, marcado por los sucesivos movimientos que levantan el velo de ignorancia.

También se podría detectar un ingrediente espacial imaginario íntimamente unido al temporal: diversidad de planos, dispersión-concentración, ubicación-abstracción, diversos *loci* de argumentación, lo visible y lo sobrentendido. El contrato realiza además una *mise en scène*, y por ejemplo en Rousseau no debemos olvidar al operista junto al autor de los Discursos. Se crean unos personajes, y la lógica de la obra no precisa dirigirse inmediatamente desde el autor al lector, como la mayoría de la literatura científica.

Se produce un desdoblamiento típicamente literario, y el lector piensa a través de unos personajes interpuestos por el autor. A su vez, los personajes piensan, y pueden saber de su propia situación más o menos que el lector. Hay un riquísimo elenco de *dramatis personae*, que en nuestro caso abarca casi toda la condición humana: desde la astucia de los hombres hobbesianos a la simpleza de los partícipes en el juego de Rawls, pasando por los lastimosos «imbéciles» de Pufendorf y los encantadores salvajes de Rousseau. Ya dentro del artificio se puede jugar con el distanciamiento brechtiano, o el autor puede hablar en *off*, aunque esto resulte tantas veces superfluo y entor-

reconstruyen a la vista de ciertas normas, y a la inversa, llegando al caso jurídico, que narra de modo particular los problemas de la vida gracias a la labor traductora del jurista. R. DWORKIN: «La chaîne du droit», en *Droit et Société*, núm. 1 (1985), págs. 51 y sig., compara a los jueces con escritores que deben colaborar en la redacción de una novela colectiva.

pededor, manifestando incluso incapacidad para que la acción avance y hable por sí misma.

El contrato social es un pensamiento desplazado, típicamente perifrástico, que se proyecta al ámbito de lo imaginario, pero no por deseo de evasión o sustitución de la realidad por otra cosa, sino porque así se hace posible una fructífera relación entre realidad y ficción, entre obra y entorno. El contrato aparece no sólo como una construcción para ser observada en sí misma, un recinto arquitectónico con diversas vías de penetración, sino ante todo como *medium* de percepción de un espacio exterior a la teoría (19).

No es un divertimento o extravagancia que los problemas de legitimación se traten de este modo, puesto que el mismo derecho funciona produciendo desplazamiento y mediación, lo que ha demostrado tener una extraordinaria fecundidad para la solución de problemas: así la sustitución del debate político en la sociedad por el juego parlamentario, los conflictos de intereses por el proceso judicial, las situaciones concretas por figuras abstractas en la legislación. El *topos* contractual es como una torsión manierista que hace posible una toma de distancia precisamente para poder ver, y no es, por tanto, un estático punto de apoyo, sino una línea en movimiento o un vector con su trayectoria.

En este empeño, el contrato social *acoge elementos figurativos que son constitutivos y no mera ilustración* o concesión a la amenidad de un razonamiento que sería escueto y más profundo (20). Un pensamiento de imágenes mentales y acontecimientos, con su modo peculiar de presencia en la conciencia, no se puede reducir sin más a una estructura lógica abstracta. Se colocan y ordenan secuencialmente imágenes en sus *loci* adecuados, portando atributos simbólicos, buscando deliberadamente una sugestiva zona intermedia entre lo abstracto y lo concreto.

Por supuesto que no todas estas teorías tienen la misma plasticidad y descansan en la misma manera en elementos literarios. En Hobbes y Rousseau, el ingrediente imaginativo y novelesco es bien visible. Sin embargo con Kant el contrato, estilizado al máximo, se presenta como mera fórmula, y así, reducido a algo espectral, es por ello también formal, pues todo es susceptible de pasar la prueba de la universalización con tal de que aceptemos las con-

(19) Tomo esta idea del pensamiento plástico contemporáneo, creador de estructuras perceptivas, al estilo de los «pabellones» de Dan Graham.

(20) No se trata de una ilustración, cuyo papel sería reforzar con un caso particular la adhesión a una regla admitida, según la definen CH. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA: *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 3.^a ed., Ed. de l'Univ. de Bruxelles, 1976, págs. 481 y sig., aunque también tiene interés por el «retentissement affectif», que puede provocar, como la ilustración.

secuencias. No podía acabar de otro modo el intento de reducir el contrato a una regla sintáctica. En Rawls, los resultados de la posición originaria no cambiarían si en vez de varias partes en discusión la ocupara nada más un individuo, pues bajo el velo de ignorancia sólo se manifiesta el hombre en general, privado de todo particularismo. Pero aun con sus mismos presupuestos antropológicos y sociológicos, sin haber imaginado deliberaciones, sólo con un monólogo similar al del observador ideal utilitarista, hubiese sido mucho más difícil construir una teoría así, que además tendría un tono decididamente diferente (21).

Con la distinción aristotélica, tan familiar en el mundo jurídico, podríamos afirmar que no es mera cuestión de forma sino material o de fondo, del mismo modo que por ejemplo en Platón el diálogo no es irrelevante dato expositivo sino parte constitutiva de un pensamiento que no puede ser vertido sin violencia a un monólogo. En el contrato social perviven así elementos comunes con formas de pensar tan lejanas como el mito griego y la parábola oriental junto a un procedimiento dialógico.

Todo lleva a poner de manifiesto que *el contrato tiene un gran poder estructurador y transformador de los materiales de una teoría de la justicia*. Su fecundidad, con todos los elementos extrajurídicos que arrastra, está en primer lugar en su capacidad de distribución, como pauta vertebradora que permite articular pensamiento y concentrarlo en determinados puntos hasta lograr una especie de masa crítica que empuja la propia teoría, pudiendo tomar distancias dentro de la misma o generar circularidades. El procedimiento contractual posee además un gran poder transformador, capaz de establecer relaciones arriesgadas: la alquimia de Hobbes transmuta el miedo en justicia; el encanto de Rousseau lo hace con la nostalgia; la cautela de Rawls con el azar. Se pueden conseguir resultados tan asombrosos como que al obedecer al derecho cada uno se obedece a sí mismo (Rousseau), que la fuerza no contradice un derecho construido a partir de la libertad, puesto que niega la negación de la libertad y, por tanto, la afirma (Kant). Se puede jugar con planos diversos, haciendo aparecer con toda su fuerza ciertos elementos que

(21) Posiblemente, la sugerencia de Rodilla, en una línea de filosofía trascendental, de ver en el diseño de la posición originaria las condiciones implícitas en todo diálogo sobre la justicia, de modo que no cabe argumentar contra ellas sin incurrir en autocontradicción performativa, supondría, si se llevase a cabo como interpretación preferente de Rawls, un sacrificio de estos elementos figurativos, que considero tan valiosos. Cfr. su «Presentación» a J. RAWLS: *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, trad. de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1986, p. xvii, nota 15. Queda como una perspectiva importante la valoración del contrato social como pensamiento dialógico frente al monólogo.

antes se habían introducido subrepticamente como en una caja de doble fondo (los llamados hechos generales en la teoría de Rawls), y nadie dirá que el círculo del prestidigitador es vicioso si estimula la fantasía y consigue seducir. Hay todo un repertorio de maniobras *savantes* —desde la utilización del sobreentendido y de lo implícito en el comienzo de la teoría hasta técnicas de finales abiertos y suspendidos— que no deben verse como meras astucias simuladoras, sino como hallazgos e invenciones persuasivas que, a su modo, pueden aportar una clarificación. Piénsese también en la extraordinaria permeabilidad del contrato, que puede funcionar como una instancia teórica mediadora y un prisma a través del que pueden proyectarse haces teóricos diversos que arrancan de puntos anteriores y dispersos (22), así como en su capacidad para —en terminología orteguiana— generar ideas a partir de un material informe de creencias.

No es ajeno a la fecundidad del contractualismo el hecho de que conjuga un esquema ternario muy elemental como *leit-motiv*, pero tan dúctil, que a la vez ofrece una gran posibilidad de variación y de formación de estructuras muy complejas, que merece algún comentario pues en última instancia son las convenciones escénicas las que hacen inteligible y racional el drama.

La literatura contractualista se articula en torno a un punto de partida concebido como insostenible (estado de naturaleza), un punto medio de paso (contrato social) y un punto de llegada, antítesis del primero, que constituye la solución de los problemas (estado civil). Dentro de cada uno se puede realizar todo un *ars combinatoria*, que Bobbio ha esquematizado brillantemente en su descripción de lo que denomina modelo hobbesiano, contrapuesto al aristotélico, por abstracción a partir de las teorías de Hobbes, Spinoza, Rousseau y Kant. El estado de naturaleza puede ser hipotético o histórico, pacífico o belicoso, de individuos aislados o ya social. El contrato puede configurarse como algo real o imaginado, formado por una o varias convenciones, con muy distintos objetos. La sociedad civil puede caracterizarse por un poder absoluto o limitado, único o dividido, con posibilidad de desobediencia o irresistible, entre otros rasgos posibles (23).

(22) Por ejemplo, dice R. DWORKIN: *Los derechos en serio*, cit., refiriéndose a la teoría de Rawls: «Al contrato hay que verlo como una especie de punto intermedio en una argumentación más amplia, como algo que es en sí mismo el producto de una teoría política más profunda, que defiende los dos principios a través del contrato, más bien que a partir del contrato» (págs. 257-258). El mismo Rawls habla del carácter mediador de la posición originaria en su artículo «Kantian Constructivism in Moral Theory», recogido, en trad. de M. A. Rodilla, en J. RAWLS: *Justicia como equidad*, cit., pág. 141.

(23) Cfr. N. BOBBIO y M. BOVERO: *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Il Saggiatore, Milán, 1979, págs. 17 y sigs. (Hay traducción española en F. C. E.) Dentro

Existe además la posibilidad de intercalar otras historias abriendo espacios internos con una autonomía relativa que absorben ciertos problemas e introducen gran diversidad de planos, como microcosmos dentro del conjunto teórico creadores de sus propias tensiones y que permiten ver partes de la teoría desde ella misma. Se pueden diseñar contratos concéntricos, al modo de las estatuillas rusas que menciona la geometría fractal, incluso con cierto efecto multiplicador (así, cada movimiento del velo de ignorancia en Rawls). Las teorías contractuales se podrían imaginar también como espacios participativos a activar por el propio lector, que va proyectando sus ideas y preocupaciones, llegando incluso a esos juegos que se modifican a sí mismos estudiados por la informática (24). Y como hoy el contractualismo es neocontractualismo hay posibilidad de considerar toda una tradición como objeto directo de reflexión, de modo que una teoría del contrato social necesita ser primero un pensamiento sobre el contrato social como género y esquema teórico para poder luego pensar sobre los problemas de legitimación que se plantea. Esto supone un ambiente teórico manierista muy rico en posibilidades: detrás de Rawls están Rousseau y Kant; Nozick tiene presente a Locke; Buchanan recupera a Hobbes.

Estas consideraciones dan a entender que *la lógica del contrato social nada tiene que ver con un pensamiento jurídico dogmático*, habituado a la exégesis y ejemplificado en los cánones interpretativos de Savigny, y quizá por eso el neocontractualismo se ha refugiado en no juristas. El contrato se articula en torno a situaciones de elección, alternativas, puntos muertos y momentos de vacilación, y está en la línea de un saber de lo probable, de la dialéctica aristotélica, cuya pérdida en el mundo jurídico tanto ha lamentado Villey.

El modo de ir apoyando la teoría puede ser muy variado: la deducción mecánica que extrae consecuencias y hace explícito lo implícito, la dialéctica creadora que abre paso a situaciones nuevas, el caso fortuito por el que entra el azar, la fatalidad de la necesidad histórica, la inducción y la probabilidad que miran al futuro, la persuasión retórica que solicita la adhesión del lector.

de esta caracterización tan formal, las ideas de Freud sobre el origen de la moral y el derecho podrían entrar a formar parte del acervo contractualista. Su reconstrucción hipotética de la horda paterna, el asesinato del padre y las alianzas fraternas subsiguientes como primera sociedad basada en la responsabilidad común por el crimen colectivo, en donde surgen los preceptos del tabú como primera ley, es una secuencia típicamente contractualista. Cfr. *Tótem y tabú*, trad. de L. López-Ballesteros, Alianza, Madrid, 1982, págs. 185 y sig., y *El malestar en la cultura*, trad. de R. Rey Ardid, Alianza, Madrid, 1980, pág. 43.

(24) Cfr. D. R. HOFSTADTER: *Gödel, Escher, Bach*, cit., cap. XX, págs. 762 y sigs. Piénsese además en la posibilidad de subvertir el contrato con las propias reglas del contrato, del mismo modo que hace Escher con las reglas de la perspectiva.

La fuerza motriz de la argumentación puede ser tanto la obligación moral (Kant y el deber de pasar de lo provisional del derecho privado a lo perentorio del derecho público) como la racionalidad prudencial (Hobbes y la necesidad de salir del estado de naturaleza para evitar el caos), pudiendo coexistir en una misma teoría (así en Rawls la *game theory* y elementos kantianos). En un contexto narrativo la coherencia no prescribe optar entre lógicas que aisladamente pueden parecer incongruentes, y no porque se patrocine un anarquismo metodológico al estilo de Feyerabend, sino porque son teorías a valorar de modo holista, y además con cierta presencia de elementos estéticos.

El contrato social *sostiene una racionalidad múltiple y convergente de difícil refutación*, con numerosas variables en diversas ecuaciones a la búsqueda de una resolución compleja (25). La crítica puede hacerse localmente detectando puntos especialmente vulnerables, y será relevante en la medida en que consiga neutralizar elementos clave, desactivando situaciones en las que se ha puesto especial énfasis de manera que se consiga un bloqueo importante, o haciendo reaccionar subversivamente algunos elementos contra el resto de la teoría. Pueden ser medios adecuados para ello los ejemplos invalidantes, la prolongación de analogías o su cuestionamiento, la progresión o ruptura en cadenas deductivas, la introducción o exclusión de elementos considerados relevantes, ya sea como presupuesto o en un momento sucesivo. Más ambicioso resulta que a partir de cierto punto el crítico intente hacer reaccionar todo el bloque argumental contractualista utilizando su propia fuerza contra sí mismo (26), o que se contraponga otro contractualismo paralelo.

Es curioso que desde un punto de vista externo la lógica del contrato social se hace verosímil porque funciona —no exclusivamente, pero sí en parte— apoyándose en analogías, que son un factor esencial de invención: los personajes de la historia contractual y nosotros, sus problemas y los nuestros, el estado de naturaleza y las situaciones reales sin normas, el mismo término contrato y la institución de derecho privado. Se intenta justificar el derecho (fuerza contenida) utilizando analogías que se apoyan mutuamente, siendo así que, paradójicamente, el mismo derecho prohíbe la analogía en

(25) Esta situación se aproxima a la descrita por CH. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA: *Traité de l'argumentation*, cit., cap. V, págs. 610 y sig., si dejamos en un segundo plano al auditorio y algunas connotaciones psicologistas, y dotamos al bloque argumental de cierta autonomía.

(26) Así algunos críticos de Rawls que proponen que en la posición originaria se hubieran elegido otros principios, con lo que la teoría seguiría otros derroteros: podemos imaginar también que las partes en la posición originaria llegan a cuestionar su propio papel y se atreven a deshacer los presupuestos de la teoría.

situaciones penales y restrictivas. Sólo es sostenible porque el derecho aparece como solución, como mal menor con respecto a una situación peor figurada en el estado de naturaleza. Todo ello hace sospechar que el contrato social está destinado a tener más una función legitimadora que crítica del derecho. La vía de la analogía invita a detectar semejanzas relevantes, y quizá sensibiliza menos hacia las diferencias y distancias que interesarían a un pensamiento deslegitimador.

Hay que subrayar que el valor del contrato social va más allá de lo expositivo, teniendo un papel incluso creador, pues *no es solamente un modo de expresión sino ante todo una técnica de construcción*. No entra en juego una vez que una teoría sobre la justicia y el Estado está ya concebida, como mero vehículo transmisor de ideas y problemas, sino que puede estar ya presente en el proceso de elaboración de la teoría, en cuyo caso en contractualismo no sería mera cuestión de estilo sino lógica consecuencia de un modo de pensar.

El contrato social puede tener dos sentidos: declarativo y constitutivo (27). Cuando es declarativo, únicamente se reconocen ciertas exigencias previas de orden natural, que se elevan así al plano de la conciencia para ponerlas en práctica. Así suelen ser las referencias, a veces equívocas, al contrato en el pensamiento medieval y escolástico (Marsilio de Padua, Suárez), en donde la carga voluntarista se suma al momento racional, que es el esencial. Sin embargo a partir del iusnaturalismo racionalista e individualista el pacto suele tener un sentido constitutivo y autónomo, de modo que lo acordado es justo porque se acuerda, y no el caso inverso, que se acuerda porque es ya justo según algún criterio preexistente.

El constructivismo de Rawls es aquí un caso extremo y muy revelador, con su idea de una *pure procedural justice*, que se pone en relación con la igualdad de oportunidades. En situaciones en las que no hay criterios independientes con que confrontar el resultado, una vez aceptadas las reglas de juego el único resultado justo es el que se crea a partir de esas reglas (28). En el constructivismo los principios morales son resultado de un procedimiento de construcción, que por supuesto no opera en el vacío sino a partir de determinados ideales sociales y humanos (en el caso de Rawls una concepción kantiana de la persona junto a una tradición plasmada en el *common sense*), lo que no quiere decir que los principios obtenidos sean meramente hallados y no propiamente construidos.

En una tarea constructiva se trata al menos de realizar cuatro operacio-

(27) Cfr. M. HURTADO BAUTISTA: «Legitimidad democrática del derecho...», cit., págs. 6 y sig.

(28) Cfr. J. RAWLS: *Teoría de la justicia*, cit., págs. 107 y sig.

nes diferentes: hacer explícito lo implícito en una tradición cultural compartida; reorganizar un material disperso y confuso, simplificar, perfilar frente a vacilaciones, establecer el peso relativo de determinadas razones; purificar y eliminar distorsiones, introducir coherencia; prolongar y reforzar, potenciar elementos que parezcan fecundos o prometedores. El primer punto tiene un carácter más bien declarativo o heurístico, pero los tres restantes son creadores, y en conjunto se debe proceder mediante tanteos y ajustes recíprocos entre los principios de justicia y nuestras convicciones, para llegar a un rawlsiano equilibrio reflexivo. Por eso tras las deliberaciones en la posición originaria hay verdadera elección, y no meramente percepción de un mundo moral objetivo, como sostendría lo que Rawls llama intuicionismo racional (29).

Entre las posibilidades constructivas del contrato social hay que mencionar que su dinámica ha funcionado como generadora de sistema. Gracias a obras como las de Pufendorf y Kant era visible la unidad del Derecho, y a partir de ciertos principios las distintas instituciones jurídicas iban brotando y se colocaban ordenadamente en calculada expansión en cascada, de lo que tanto partido sacó la filigrana de la pandectística. Los viejos sistemas se solían presentar como mera declaración de exigencias necesarias, dadas incluso ontológicamente; hoy preferimos pensar que en ellos destaca el reflejo de la mentalidad de sus autores y su época, y toda una labor de invención, como prueban los cambios a que algunas instituciones jurídicas —singularmente de derecho de familia— se veían sujetas al comparar unos sistemas con otros. Ahora, con la superproducción jurídica y el policentrismo subsiguiente, la unidad del derecho sólo queda como un elemento más de esa hipótesis interpretativa llamada del legislador racional: la creencia en un solo texto en continua expansión. Obras como la de Rawls tienen todavía el atractivo de ser una síntesis en un mundo de fragmentos. La racionalidad jurídica se ha fragmentado en una racionalidad política, administrativa, mercantil, penal, etcétera, y los especialistas reinvidican celosamente una *forma mentis* peculiar. El contrato social puede ser estímulo para comunicar entre sí estos ámbitos, articulando sistemas de traducción que hagan posible un tránsito entre ellos. Es en todo caso fácil percibir cómo el contrato se transforma en reglamentos, es decir, la política en administración y la democracia en burocracia.

La mención de las críticas más clásicas al contrato social aporta también

(29) Cfr. J. RAWLS: *Justicia como equidad*, cit., pág. 173. También R. DWORKIN: *Los derechos en serio*, cit., analiza un modelo constructivo opuesto al natural, que procedería «como si un escultor se propusiera esculpir el animal que mejor se adecúe a una pila de huesos que ha encontrado casualmente» (pág. 247), que corresponde además con el modo de funcionamiento del *common law* a partir de los precedentes.

—para concluir este estudio— algún elemento clarificador. El empirismo, particularmente Hume y Bentham, se han complacido en ridiculizarlo como una quimera que más que resolver problemas los complica alejándolos del núcleo del asunto, que es el interés común y la utilidad (30). Sin embargo un mundo sin ficciones nos arrojaría a la empirie del hombre primitivo, y el mismo Hume toma partido más por el artificio que por la naturaleza. No es la objeción de lo empírico la decisiva si se ha construido toda una pauta de argumentar, que el mismo Kant no tuvo inconveniente en presentar como hipótesis. Y recurrir a una ficción es además perfectamente coherente para legitimar algo como el derecho, que se caracteriza por su técnica tan elaborada en el manejo de artificios como la *fictio iuris* y la *praesumptio*. Con su poderosa carga de irrealdad *el contrato hace patente que la legitimación no es tanto una tarea de descubrimiento como de invención*.

Hegel reprochó a este procedimiento una traslación de la mentalidad del derecho privado al público, con toda su carga de particularismo y mecanicismo, que más que una verdadera totalidad sólo podría llegar a concebir un todo compuesto de partes (31). Pero parece preferible la ficción contractual a la de una unidad sustancial en el Estado, y a la carencia contractualista de una dimensión colectiva real —que sería el problema de fondo— podríamos contestar con que a las teorías de Hobbes y Locke subyace la base sociológica de lo que se ha llamado individualismo posesivo, y la teoría de Rawls se construye sobre toda una tradición de lo que denomina «una cultura pública compartida» (32).

Se han visto así algunas de las características y posibilidades del pensamiento contractualista, limitado en una consideración formal a modo de argumentar. Como género literario, constituido por gran variedad de elementos con un estatuto lógico muy complejo, nos enfrenta a llamativas paradojas, a la vez que proporciona una interesante estructura para pensar sobre cuestio-

(30) Cfr. D. HUME: «Del contrato original», en *Ensayos políticos*, trad. de C. Armando Gómez, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 97 y sigs., que se pregunta en qué libros o actas está registrado y si está escrito sobre pergamino o sobre corteza de árbol (página 99). Sobre Bentham y las ficciones, cfr. E. MARI: «Du 'souffle pestilentiel de la fiction' dans le droit, à la théorie du droit comme fiction», en PH. GERARD, F. OST y M. VAN KERCHOVE (eds.): *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruselas, 1987, págs. 353 y sig.

(31) Cfr. G. E. HEGEL: *Filosofía del Derecho*, 5.ª ed., trad. de A. Mendoza, Buenos Aires, 1968, párrafos 75 y 258, págs. 94 y 212.

(32) Cfr. C. B. MACPHERSON: *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, trad. de J. R. Capella, Fontanella, Barcelona, 1970, págs. 67 y sigs. sobre los supuestos sociales de Hobbes; J. RAWLS: *La justicia como equidad*, cit., página 176.

nes de justicia. Ante tanto derroche de invención podemos recordar el optimismo de Santo Tomás: *fictio figura veritatis*, pero para no caer en la tentación de la apología añadiremos con Legendre que no se puede abordar el universo institucional sino con fantasmas (33). Entre la luz de la verdad y el espectro de las formas el contrato social reserva un lugar para la fantasía en los problemas de justicia.

(33) Cfr. TOMÁS DE AQUINO: *Summa Theologica*, III, q. 55, a. 4, ad. 1; P. LEGENDRE: *Jour du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, Minuit, París, 1976, pág. 13.