



asuntos  
públicos  
— .cl



Centro de estudios del desarrollo

f /asuntospublicos

t @ced\_cl

## Novedades

19/06/2020

Política

**¿Una nueva desnudez del derecho? Una breve reflexión sobre la pandemia y las transformaciones del fenómeno jurídico**

29/05/2020

Políticas Sectoriales

**Protección de la infancia y adolescencia en entornos digitales: una de las deudas pendientes de la ley chilena de protección de datos personales**

22/05/2020

Política

**COVID-19 y violencia doméstica: tendencias y desafíos**

30/04/2020

Internacional

**A 30 años del proceso constituyente colombiano: contexto y aprendizajes**

22/04/2020

Política

**La relación entre el Código Civil y la Constitución de 1980 a través de "la constitucionalización del derecho civil"**

## Acerca de

Este informe ha sido preparado por el Consejo Editorial de asuntospublicos.cl.

©2000 asuntospublicos.cl. Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción, total o parcial, de lo publicado en este informe con sólo indicar la fuente.

# Informe 1379

## Política

19/06/2020

### ¿Una nueva desnudez del derecho? Una breve reflexión sobre la pandemia y las transformaciones del fenómeno jurídico

Flavio Quezada Rodríguez<sup>1</sup>

La pandemia del COVID-19 está cambiando las sociedades. Sus efectos aún no pueden dimensionarse completamente, sin embargo, se aventurarán algunas reflexiones sobre lo que está pasando y los caminos que aquello podría abrir para el derecho y su estudio. El presente ensayo pretende reflexionar dos fenómenos que podrían ser indicios de mutaciones profundas.

El derecho no se limita a un conjunto de papeles timbrados por el Estado. Ningún documento es capaz de hablar por sí, de enviar a alguien a la cárcel, de imponer una multa, firmar un contrato, prohibir algo o permitirlo. Lo escrito siempre depende de alguien que le asigne significado y lo ponga en práctica en una sociedad determinada. Esta última, por cierto, condicionará lo que ese lector haga y sea capaz de concebir hacer. La concentración del poder para asignar el significado a los escritos destinados a disciplinar la sociedad en un específico grupo social (los juristas), como una tarea muy especializada en la división social del trabajo, es un rasgo propio de la civilización occidental desde los tiempos de los romanos<sup>2</sup>. La monopolización de esa tarea por parte del Estado (su apropiación) es una característica de la denominada modernidad occidental. Este particular modelo de control social surgido desde los restos del imperio romano y la Iglesia Católica en la Europa medieval, durante los últimos siglos ha sido difundido globalmente mediante el fenómeno llamado "mundialización del Estado"<sup>3</sup>, aunque, por cierto, ello siempre se expresa localmente de una forma particular<sup>4</sup>.

Aquella específica labor desarrollada por los juristas, en un lento proceso histórico, desde el Estado y las universidades<sup>5</sup>, se cubría/ocultaba mediante discursos que hacían referencia a que los textos que comentaban tenían su contenido determinado de forma previa e indisponible, sea por una racionalidad implícita en la naturaleza misma, sea por designios divinos. El derecho no estaba disponible para el ser humano, quien no podía modificarlo, solo conocerlo y, para ello, era necesario ser jurista. Así se legitimaba su labor y, en especial, su poder en el seno de las sociedades<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, mención en Derecho Público, Universidad de Chile. Master en Droit Public, Université de Bordeaux. Doctorando en Derecho y Ciencia Política, Universidad de Barcelona. Investigador Invitado, Institut Maurice Hauriou, Université Toulouse I Capitole. Colaborador del Instituto Igualdad. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Valparaíso.

<sup>2</sup> Aldo SCHIAVONE, *Ius, La invención del derecho en Occidente*, AHE, Buenos Aires, 2009.

<sup>3</sup> Jacques CHEVALLIER, *Science administrative*, PUF, Paris, 2019, p. 194.

<sup>4</sup> En efecto, cuando lo 'local' implementa lo 'global', lo transforma y lo fuerza a 'localizarse'. Pierre LEGRAND, "Negative Comparative Law", *Journal of Comparative Law*, vol. 10, 2015, p. 446.

<sup>5</sup> Jacques KRYNEN, *Le théâtre juridique, Une histoire de la construction du droit*, Éditions Gallimard, Paris, 2018.

<sup>6</sup> Natalino IRTI, *Le nihilisme juridique*, Dalloz, Paris, 2017, pp. 71-80.

Sin embargo, la modernidad rompe con ese “más allá” indisponible que determinaría el derecho y lo deja desnudo: no hay detrás de él más que el poder, siempre humano, de imponerlo<sup>7</sup>. Se convirtió en una técnica a completa disposición del poder político, que, por la misma época, se concentraba en las nacientes burocracias de los reyes europeos. En este nuevo escenario, los juristas no cuestionan los documentos o papeles que emanan del poder político, se limitan a decir lo que aquél habría querido decir. Se presenta como una voluntad secundaria, que se escuda en la actualización de una voluntad previa, pero, en todo caso, siempre dentro de los márgenes de las posibilidades del obrar humano. Así se construían los discursos de legitimación la labor de los juristas: no deciden ni inciden decisivamente en una decisión ya configurada por una voluntad “legítima”<sup>8</sup>.

Pero ni el derecho occidental, ni el Estado, ni el mercado o la propiedad privada, han existido siempre, ni tampoco han permanecido inalterados en el devenir histórico, son creaciones sociales, relativamente recientes, por lo cual, reflexionar sobre la posibilidad de su superación o radical transformación no solo es posible, sino, ante un contexto como el actual, resulta urgente. En efecto, se viven cambios de alcances insospechados que podrían estar transformándolos profundamente.

Así, a lo menos, de las discusiones que a este respecto se dan en otras latitudes<sup>9</sup>, es posible intuir y avanzar los trazos de dos giros que estarían aconteciendo y que, quizás, son dos dimensiones de un mismo fenómeno: (I) la superación de un economicismo neoliberal que intentó imponerse como una verdad global en la operatividad misma del derecho; como (II) una reconfiguración del montaje social que constituye aquello que llamamos “Estado”.

## I.- ¿El fin de la neoliberalización de la juridicidad?

Diversas instancias internacionales, especialmente el Banco Mundial y la OCDE, han condicionado la producción jurídica de los estados mediante una verdadera doctrina internacional de reforma o “modernización” del Estado: el *New Public Management* y sus discursos inspirados en una la racionalidad de tipo *thatcheriana* que apuntan a reducir el peso del Estado y transformar sus métodos de gestión pública<sup>10</sup>. Este movimiento de difusión de nociones, técnicas y prácticas estaría dando lugar a una emergencia progresiva de un derecho común, resultado de la hibridación de los sistemas existentes<sup>11</sup>; se trataría de un “...fenómeno de hegemonía, que es difundido por mecanismos, explícitos o implícitos, de imposición”<sup>12</sup>.

Lo anterior impactó en la estructura misma de la juridicidad, puesto que una de sus expresiones es la reaparición de una nueva lógica pre-moderna en el derecho: ya no se le juzgaría según su adecuación a los designios divinos, a un orden inmanente de la naturaleza, sino a un saber que se representa incuestionable al jurista y que es monopolizado por los economistas<sup>13</sup>. Una especie de un nuevo derecho “natural” o dado. Se debe precisar, que no se trata de todo el saber económico, sino de una específica expresión de aquel, el cual más que intentar explicar, pretende normar, disciplinar, ordenar el mundo y someter a una única racionalidad todo lo social a escala global. Se trata de los discursos neoliberales, que han dominado la

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 81-100.

<sup>8</sup> Michel FOUCAULT, *Il faut défendre la société*, Cours au Collège de France, 1976, SEUIL, Paris, 1997, pp. 21-36.

<sup>9</sup> Jacques COMMAILLE, *Dans un monde bouleversé: un nouveau régime de connaissance pour le droit?* [en línea] Disponible en: <https://www.leclubdesjuristes.com/dans-un-monde-bouleverse-un-nouveau-regime-de-connaissance-pour-le-droit/>

<sup>10</sup> Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, Paris, 2017, p. 90.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>12</sup> *Idem.* En un sentido similar, como fenómenos paralelos a nivel global y europeo, como expresión de la globalización capitalista: Günter FRANKENBERG, “Remarks on the Philosophy and Politics of Public Law”, *Legal Studies*, nº 18, 1998, pp. 177-187, (p. 186-187).

<sup>13</sup> Natalino IRTI, *Op. Cit.*, p. 49-58.

discusión económica incidente en las decisiones jurídicas y políticas en las últimas décadas. Así, mientras el liberalismo político habría elaborado discursos destinados a utilizar la técnica jurídica para disciplinar la conflictividad política mediante la idea del "Estado de Derecho"<sup>14</sup>, aquellos discursos operarían como un nuevo trasfondo que pretende instrumentalizar políticamente la técnica jurídica misma<sup>15</sup> para disciplinar todo lo social.

Las expresiones más claras del fenómeno anterior, son, por ejemplo, la incorporación de nociones en textos jurídicos que solo pueden adquirir significado si se pronuncian (se lo asignan) economistas, incluso, se han introducido fórmulas matemáticas en las propias leyes. Es decir, el propio derecho estaría dejando de ser un saber de los juristas para trasladarse a un saber de los economistas, mientras que los juristas comienzan, a su vez, a devenir en economistas.

Por cierto, ese economicismo del derecho fue criticado, según las coordenadas de esa misma lógica, intentando evidenciar lo que estaba en juego y cómo terminaría imponiendo el sacrificio de cuestiones que nos parecieran particularmente valiosas<sup>16</sup>. Sin embargo, lo interesante que pareciera evidenciar la pandemia sería un eventual quiebre en aquella lógica neoliberal del derecho, en su intento de representarse como el trasfondo indisponible de los textos jurídicos que produce el Estado. Un aparente quiebre en su pretensión de convertirse en el nuevo derecho "divino" o "natural" y, por ello, indisponible para los juristas y el poder político, quienes solo deben rendirse ante ellos de forma acrítica<sup>17</sup>.

En efecto, las democracias occidentales parecieran estar adoptando decisiones que, hasta hace unos meses atrás, resultarían imposibles, por resultar inaceptables a las opiniones y conocimientos dominantes, tales como requisiciones, expropiaciones, nuevos impuestos a las grandes riquezas, control estatal de la producción de ciertas actividades, la participación o control de empresas consideradas estratégicas. Otro ejemplo de esta tendencia es la apertura de discusiones que resultan fuertemente contra-intuitivas para esos saberes económicos y jurídicos, como es la autonomía de los bancos centrales y la supuesta incuestionabilidad de las comprensiones más difundidas sobre la denominada "política monetaria"<sup>18</sup>.

En suma, pareciera que los economistas ortodoxos o seguidores de las ideas dominantes estarían siendo desplazados de los centros de ejercicio del poder político y, por lo mismo, la pretensión totalizadora de sus discursos estaría fallando en imponerse como un saber indisponible o incuestionable. Pero no solo pareciera iniciarse una mutación en la juridicidad misma, que volvería a mostrarse nuevamente desnuda y a disposición del poder político, sino también en la forma en la cual aquella constituye la estatalidad, es decir, aquello que denominamos "Estado".

---

<sup>14</sup> Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, LGDJ, Paris, 2017.

<sup>15</sup> Jacques CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration*, Presses Universitaires de France, Paris, 2008. Jacques CAILLOSSE, *L'État du droit administratif*, LGDJ, Paris, 2017.

<sup>16</sup> James KWAK, *Law and Economism*, *Critical Analysis of Law* n° 5, pp. 39-59. Elisenda MALARET, "Un ensayo de caracterización jurídica de una nueva tarea pública: la regulación económica", *Diritto Pubblico*, n° 2, 2008, pp. 535-586

<sup>17</sup> En este sentido, un análisis sobre cómo el economicismo occidental se trataría de la secularización de teología cristiana en: Giacomo TODESCHINI, "AU CIEL DE LA RICHESSE. Le coeur théologique caché du rationnel économique occidental", en *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n° 1, vol 74, 2019 pp. 1-24.

<sup>18</sup> Jean-François BOUDET, *Brèves réflexions sur l'indépendance des banques centrales* [en línea] Disponible en: <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2020/04/21/breves-reflexions-sur-lindependance-des-banques-centrales/>

En el contexto chileno: Aldo MADARIAGA, *Necesitamos hacer crecer la caja de herramientas* [en línea] Disponible en: <https://ciperchile.cl/2020/04/14/necesitamos-hacer-crecer-la-caja-de-herramientas/>

## II.- ¿Una nueva teatralidad del derecho del Estado?

El Estado moderno no solo cumple una función de dominación, en sentido represivo de la conflictividad social, sino que, también, otras de índole social (educación, sanidad, investigación científica, etc.), para atemperar aquella o encauzarla<sup>19</sup>, lo cual resulta indispensable para la existencia misma de la sociedad. Dichas funciones se realizan mediante la gestión del sobreproducto social que monopoliza la burocracia, mediante su recaudación -impuestos- y gasto -presupuesto-, y respecto del cual se produce una especial expresión del conflicto político<sup>20</sup>. ¿Qué pueden hacer los burócratas y cómo? es una respuesta que, desde los albores del nacimiento de los estados, han monopolizado ciertos juristas. Es el histórico proceso de juridificación del conflicto político, dirigido por una subespecialización en el derecho, aquellos que se dedican a "lo público": los constitucionalistas y administrativistas.

Por cierto, no todos participan con la misma incidencia, mientras algunos zanján e imponen lo que se entiende en un momento dado ser la versión definitiva de los textos oficiales, otros inciden de una forma indirecta, aunque decisiva, condicionando la labor de los primeros y, por lo mismo, en cierto sentido, co-decidiendo<sup>21</sup>. Mientras los primeros son usualmente jueces especializados, los segundos son los denominados universitarios, académicos o profesores de derecho público. Por ello, el guion de la estatalidad moderna no se juega solo en papeles timbrados por el Estado, ni en ciertas oficinas de la burocracia, sino también en las aulas universitarias como en las editoriales jurídicas.

Ahora, para que lo anterior opere, quienes participan en esta *mise-en-scène* no deben decir lo que realmente hacen, y lo que dicen y escriben, debe ser, precisamente, funcional para permitirles hacer lo que hacen<sup>22</sup>. Así opera el Estado, bajo expresiones verdaderamente teatrales<sup>23</sup>.

Lo anterior no es extraño para quienes cumplen esos roles, pues no resulta inusual que se reconozca, en acciones "fuera de libreto", que el verdadero desacuerdo entre quienes discuten sobre lo que dicen los textos legales no está en "los papeles", sino en supuestos políticos que, normalmente, no se evidencian. En efecto, para que el Estado opere, es necesario que los juristas no discutan sobre su real desacuerdo y traduzcan lo político en discursos "jurídicos" que sean aceptados en su respectiva práctica jurídico-discursiva. Se trata del conflicto político propio de la sociedad en la cual están inmersos, pero de otro modo, en otro "lenguaje". Así, finalmente se oculta la política del derecho sobre la administración que hace la burocracia del sobreproducto social.

Sin embargo, ante la pandemia y las decisiones heterodoxas que se están adoptando en los estados, pareciera evidenciarse una alteración en esta situación: nuevos actores aparecen con gran incidencia, desplazando de su lugar privilegiado a los juristas, como a los economistas. Una especie de cambio en el reparto de actores, unos están subiendo al escenario y otros se están bajando o adoptando roles menos protagónicos. Pero como acontece a vistas de todos, la magia de la teatralidad podría desvanecerse y, así, evidenciar que se trata de una representación, es decir, de algo distinto a la realidad material. En este cambio de reparto, los científicos han aparecido en el centro mismo del ejercicio del poder político que

<sup>19</sup> Henri LEFEBVRE, Hegel, Marx, Nietzsche (o el reino de las sombras), Editorial Siglo XXI, Madrid, 2016, pp. 114-132.

<sup>20</sup> Ibid, p. 118.

<sup>21</sup> Jaques CHEVALLIER, Doctrine et science juridique, en: Droit et Société, n° 50, 2002, p. 103-119.

<sup>22</sup> Es la denominada "ideología administrativa". Jacques CHEVALLIER, Science administrative, Op. Cit., pp. 543-545).

<sup>23</sup> Jacques CAILLOSSE, L'État du droit administratif, Op. Cit., p. 23. Jacques CAILLOSSE, La constitution imaginaire de l'Administration, Op. Cit., p. 15.

pareciera haberse recentrado en el Estado, mientras que los textos oficiales aparecen cada vez menos mediados por los juristas o economistas<sup>24</sup>.

Lo anterior también permite alzar una preocupación: ¿qué rol le corresponderá a la ciudadanía y los movimientos sociales? La pregunta es pertinente, puesto que la incorporación de nuevos actores en el montaje estatal no está privando al derecho de su carácter excluyente. En otros términos, ¿las diversas resistencias o subversiones marginales o locales al orden establecido podrán coordinarse e incidir de forma más generalizada? ¿serán capaces de imponer lógicas democratizadoras del poder político? Esto no es menor: curiosamente, mientras en Francia las medidas adoptadas por la pandemia detuvieron las masivas movilizaciones previas, el histórico Conseil d'État ha mostrado una marcada deferencia hacia el gobierno y el nuevo saber "experto". Por su parte, en Alemania el Tribunal Constitucional hizo una interesante defensa del derecho a la manifestación en el contexto de la pandemia. La situación en Chile también es interesante, luego de intensas manifestaciones, las cortes han mostrado una deferencia hacia todas las decisiones gubernamentales, evitando pronunciarse; mientras el Tribunal Constitucional debate a través de la prensa acusaciones de corrupción y maniobras fraudulentas para imponer impunidad ante violaciones a los DD.HH. En suma, pareciera que mientras el poder político se recentra, acompañado de nuevos actores -científicos-, el derecho -los juristas- intenta replegarse a él y el rol de la ciudadanía se vuelve cada vez más secundario.

¿Se asentarán estos cambios, serán pasajeros o son indicios de otros por venir? Así, como la modernidad desnudó el derecho de su cobertura en los discursos del derecho natural o divino, esta pandemia podría volver a desnudarlo del intento de sucedáneo secular de aquellos: la racionalidad neoliberal totalizadora, pero, también, podría ser el inicio de lógicas autoritarias que será preciso resistir y cuestionar.

---

<sup>24</sup> Jacques CHEVALLIER, *Expertise scientifique et décision politique*, [en línea], Disponible en: <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/libres-propos/expertise-scientifique-et-decision-politique/>