

# LA TEORÍA NEOLIBERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU INFLUENCIA EN LAS NUEVAS TESIS DEL CONTRATO SOCIAL

César Ochoa Cardich

Abogado,

catedrático de derecho administrativo

Ex-secretario académico de la facultad de Derecho  
de la Pontificia Universidad Católica del Perú

En este artículo, el autor  
hace la presentación gene-  
ral de un nuevo enfoque  
subjetivista en una versión  
radical: la teoría neolibe-  
ral de los derechos huma-  
nos, la que los fundamenta  
desde una perspectiva  
filosófica. De esta manera  
se presenta el marco teóri-  
co en el que se van a desa-  
rrollar las nuevas tesis  
sobre el contrato social,  
tesis que debido a las pecu-  
liaridades que le dan cada  
uno de sus exponentes  
enriquecen el panorama  
jurídico al respecto.

## 1. LA FUNDAMENTACIÓN IUSNATURALISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TEORÍA ECONÓMICA NEOLIBERAL

El presente trabajo asume como punto de arranque que la fundamentación moderna de los derechos humanos se afirma o sustenta en la base del enfoque subjetivista que es heredero de la mejor tradición del iusnaturalismo humanista. En ese sentido, suscribimos la tesis fundamentadora de los derechos humanos sustentada por C. B. Macpherson:

*"Cualquier doctrina de los derechos humanos debe constituir, en cierto sentido, una doctrina de los derechos naturales. Sólo pueden concebirse los derechos humanos en cuanto especie del derecho natural, en el sentido de que deben deducirse de la naturaleza del hombre en cuanto tal (por ejemplo, necesidades y capacidades), bien de los hombres como son actualmente, bien de los hombres como se considera que pueden llegar a ser. Decir esto implica sencillamente reconocer que ni los derechos legales, ni los derechos reconocidos por la costumbre constituyen fundamento suficiente para los derechos humanos."* (1)

De otro lado, el subjetivismo axiológico es un enfoque que reivindica y afirma la autonomía humana en el origen y generación de los valores. En consecuencia, no pueden existir auténticos valores impuestos de manera heterónoma al ser humano. (2)

El presente estudio no se dirige a desarrollar una revisión de las tesis generales del subjetivismo axiológico. Más bien, pretende presentar las orientaciones generales de una versión radical de este enfoque que denominaremos *teoría neoliberal de los derechos humanos* y su relación e influencia con las nuevas tesis del contrato social en las aportaciones de John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan.

Este enfoque subjetivista radical ha hallado terreno fértil para su extensión en el pensamiento anglosajón. Afirma la primacía de la libertad individual sobre los valores éticos, así como la exigencia de que ésta sea respetada de manera absoluta.

Así, debemos revisar el pensamiento de dos notables pensadores del movimiento neoliberal: Friedrich Von Hayek y Karl Popper.

Para Karl Popper el método filosófico, al igual que en las ciencias exactas, se basa en las contrastaciones o refutaciones de hipótesis teóricas que pueden ser verificadas empíricamente o mediante el pensamiento crítico racional. En esta dirección, recusa la creencia en leyes inexorables del desarrollo histórico (3):

- 1 MACPHERSON, C.B., citado por Pérez Luño, Antonio. "La fundamentación de los derechos humanos". En : Revista de estudios políticos (Nueva época) núm. 35, Madrid, 1983, p.13.
- 2 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Op.cit. pp. 22-23.
- 3 POPPER, Karl. La sociedad abierta y sus enemigos, vol.III. Ediciones Orbis S.A., Buenos Aires, 1985, pp. 430-431.

*La contraposición entre libertad e igualdad material ha derivado en la posición neoliberal de negar toda justificación o viabilidad de la igualdad material*

"(...) diremos que el historicista no se da cuenta que somos nosotros quienes seleccionamos y ordenamos los hechos de la historia, sino que cree que es la 'historia misma' o la 'historia de la humanidad' la que determina, mediante sus leyes intrínsecas nuestras vidas, nuestros problemas, nuestro futuro y hasta nuestros puntos de vista. En lugar de reconocer que la interpretación histórica debe satisfacer una necesidad derivada de las decisiones y problemas prácticos que debemos afrontar, el historicista cree que en nuestro deseo de interpretaciones históricas del destino humano.

(...) Pero, ¿existe una clave tal? ¿hay realmente un significado en la historia? (...) Y en este sentido, me atrevo a responder que la historia no tiene significado."

La teoría del conocimiento de Popper basada en un proceso permanente de conjeturas y refutaciones corresponde a una concepción de sociedad dinámica, abierta y contradictoria fundada en la primacía de la libertad individual dentro de una línea liberal-progresista, a diferencia de la tesis neoliberal de Von Hayek, de manifiesta inspiración conservadora (4). Para Hayek los órdenes social, económico y político son el producto de un orden espontáneo o "catalaxia" individualista basada en el mercado y no en decisiones colectivas. Es un orden autogenerador asentado en la evolución de un acuerdo sobre ciertas reglas formales o abstractas que limitan el campo de acción de cada individuo a fin de que dicho orden pueda levantarse (5).

Estas reglas formales garantizan el respeto de la propiedad privada y la relación contractual. Debe ser aceptado este orden cataláxico e individualista sin interferencias que distorsionen el mercado para favorecer a grupos débiles o desprotegidos en aras de la solidaridad pues ésta es un sentimiento primitivo, propio de un grupo pequeño, no extensible a la sociedad moderna que se levanta sobre la imposición gradual de reglas abstractas de conducta que no nos obligan a seguir fines "sociales", permitiéndonos más bien entregarnos a nuestros propios fines y propósitos. (6)

En consecuencia, cuando los gobiernos a través del intervencionismo y la planificación pretenden redistribuir los bienes de acuerdo a un sistema de valores ético o político acerca de lo "justo" se inicia el ocaso de la supremacía de la ley y del Estado de derecho liberal. (7)

En el pensamiento de Hayek carece de fundamento todo intento de ampliar el concepto de derechos a aquellos otros que reciben el calificativo de "económicos y sociales". (8)

En resumen, en lo que se refiere a la fundamentación de los derechos humanos sustentan las tesis de Hayek una subordinación de la igualdad a la libertad, un enfoque individualista de los derechos humanos que subraya el rol del derecho de propiedad. (9)

La contraposición entre libertad e igualdad material ha derivado en la posición neoliberal de negar toda justificación o viabilidad de la igualdad material. En esa dirección, responde la tesis de Dahrendorf que sostiene:

*"Entre la (posibilidad de la) libertad de todos y la igualdad de carácter social no existe, por tanto, ningún eslabón de unión. Los hombres pueden ser libres en la medida en que pueden ser desiguales en su carácter social; los hombres no son libres en la medida en que igualan sus caracteres sociales. Entre todos los conceptos posibles de igualdad contiene el de la igualdad del carácter social la amenaza peor y más clara contra la oportunidad de la libertad humana..." (10)*

En esta línea, el pensamiento neoliberal conservador de Milton y Rose Friedman se opone categóricamente a la igualdad de los resultados en el proceso social. Para ello equiparan la herencia genética con la propiedad de los bienes económicos, confundiendo la obvia distinción entre las leyes del mundo físico y las leyes éticas, jurídicas y políticas que rigen la sociedad en una manifestación de "daltonismo intelectual". (11) Estos autores sostienen que:

*"La vida no es equitativa. La creencia de que el Estado puede rectificar lo que la naturaleza ha producido resulta tentadora. Pero también es importante que reconozcamos ~~men~~ que en gran medida nos beneficiamos de esa falta de equidad que deploramos... No hay nada de equitativo en el hecho que Marlene Dietrich haya nacido con unas hermosas piernas que todos queremos mirar; o en el hecho de que Muhamad Alí haya nacido con la destreza que ha hecho de él un gran luchador. Pero por otro lado, millones de personas que han disfrutado viendo las piernas de la primera o contemplando uno de los combates del segundo se han beneficiado de la falta de equidad de la naturaleza al crear a una y a otro.*

*¿Que especie de mundo sería éste si cualquier persona fuera un duplicado de cualquier otra?" (12)*

La supeditación de la igualdad a la libertad y el enfoque individualista del orden social ha tenido gran influencia en la teoría neoliberal de los derechos humanos. De este modo el "Economic Analysis of Law" de Posner defiende una teoría de los derechos básicos, que son asumidos como derechos de apropiación. La función del derecho bajo este enfoque consiste en reducir los costos de transacción y propiciar una atribución de derechos que produzca decisiones eficientes en términos de rendimiento económico. (13) Para el análisis económico del derecho lo que interesa es maximizar el aprovechamiento en términos de eficiencia de los bienes y servicios económicos al margen de valores éticos o políticos: el Derecho debe limitarse a asegurar la libertad y seguridad del mercado.

A este respecto, el análisis económico del Derecho que tiende a legitimar el derecho de propiedad y los demás derechos humanos en función de la maximización de la eficiencia económica puede dar lugar "legitimaciones tan peregrinas de los derechos de apropiación como la de sostener que el millonario Rockefeller tiene una justificación preferente a la de cualquier chicano o negro de Harlem en la utilización y titularidad de cualquier tipo de bienes..." (14)

## 2. LAS NUEVAS TEORÍAS FUNDAMENTADORAS DEL CONTRATO SOCIAL: JOHN RAWLS, ROBERT NOZICK Y JAMES BUCHANAN

La denominada teoría económica neoliberal de los derechos humanos constituye el marco teórico de nuevas tesis fundamentadoras de los derechos, particularmente el neocontractualismo en la versión de tres de sus exponen-

4 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Op.cit., p.26.

5 HAYEK, Friedrich, Von. En: Democracia y economía de mercado. Ponencias y debates de un simposio, I.L.D. Lima, 1981. p.31.

6 Ibid. pp.26-27.

7 HAYEK, Friedrich Von. Camino de servidumbre. Alianza Editorial, Madrid, 1978, p.110.

8 HAYEK, Friedrich Von. Derecho, legislación y libertad, vol.III, Unión editorial. Madrid, 1982, p.191.

9 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Op.cit. p.28.

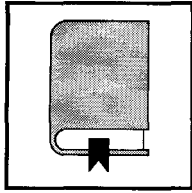
10 DAHRENDORF, Ralf. Sociedad y libertad. Tecnos, Madrid, 1966, pp.352-353

11 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Op.cit. p.34.

12 FRIEDMAN, Milton y Rose. Libertad de elegir. Grijalbo, Barcelona, 1987, pp.195-196.

13 ¿?

14 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Op.cit. p.35.



## TEORÍA GENERAL

tes más calificados (J. Rawls, R. Nozick y J. Buchanan). Como sabemos la teoría del contrato social implica un nuevo intento para plantear la cuestión de la legitimación del poder del Estado desde

una perspectiva filosófica. Las tesis neocontractualistas actualizan la teoría iusnaturalista de los derechos humanos aunque desde enfoques no necesariamente coincidentes. A grandes rasgos podríamos ubicar a Rawls como un liberal-progresista a diferencia de Nozick y Buchanan que son exponentes de un individualismo conservador.

En la teoría del contrato social confluyen dos tradiciones del pensamiento liberal: una primera asociada a John Locke que subraya las libertades de la vida cívica particularmente la libertad de pensamiento y conciencia y algunos derechos fundamentales de la persona, subrayando la importancia del derecho de propiedad.

Esta tradición es reivindicada expresamente por Nozick quien asume claramente el modelo de "estado de naturaleza" en Locke como punto de partida para aproximarse a la política (15). Esta concepción individualista radical enfatiza la prevalencia del derecho de propiedad sobre los demás valores sociales.

El estado de naturaleza de Locke constituido por sujetos libres y propietarios da origen a un Estado establecido para proteger la propiedad. El individuo lockeano es propietario de la propia persona sustentando así el derecho de posesión por medio del trabajo y de este modo se basa en el trabajo el fundamento del derecho de propiedad. En el Estado de Locke sólo los propietarios serán ciudadanos -el liberalismo surgirá predicando censitarismo- y este orden se expresará en un parlamento elegido por los propietarios para que legislativamente puedan asegurarse la posibilidad de aumentar ilimitadamente su propiedad y protegerse contra todo riesgo de que los desposeídos se la priven de forma legal (16).

De otro lado en la teoría del contrato social confluye una segunda tradición que se encarna en el contractualismo de Rousseau que en gran medida inspira a John Rawls, donde "la prioridad se otorga a las libertades políticas iguales y a los valores de la vida pública en general, subordinándose otras libertades básicas" (17).

John Rawls desarrolla una teoría con un punto de arranque individualista pero a diferencia de Nozick y Buchanan su neocontractualismo legitima un Estado liberal progresista orientado a la justicia distributiva en tanto que Nozick y Buchanan legitiman un Estado mínimo dentro de una economía neoliberal. En consecuencia, hay más de un "neocontractualismo".

Para Rawls el fundamento de su teoría de la justicia y de los derechos naturales radica en un contrato general basado en la hipótesis de una "posición original" o situación de igualdad y libertad que se corresponde con el "estado de naturaleza" clásico.

Como se trata de ordenar la vida en sociedad en la teoría de Rawls se debe llegar a un concepto público de la justicia que sea mutuamente aceptado por todos los miembros de la sociedad (18). Los contratantes en el marco teórico de esta sociedad bien ordenada eligen la estructura básica de la vida social, las instituciones sociales más im-

portantes, la constitución política y la organización del sistema económico y social.

Los sujetos en la "posición original" como ciudadanos iguales y libres contratarán entre sí las bases sociopolíticas de su convivencia futura desconociendo sus correspondientes posiciones sociales en esa sociedad futura. Este desconocimiento es denominado por Rawls "el velo de la ignorancia" (19).

Estas bases sociopolíticas de la sociedad bien ordenada pueden ser resumidas en dos principios fundamentales de justicia. El primero: que toda persona debe tener igual derecho al más extenso sistema total de libertades básicas iguales, compatible con un sistema similar de libertad para todos.

El segundo: que las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para:

- a. Mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y
- b. Que los cargos y las funciones sean asequibles a bajo las condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades. (20)

Rawls desarrolla en la segunda parte de su obra "Teoría de la justicia" un proceso de cuatro etapas con relación a los principios que deben inspirar a la sociedad bien ordenada:

- La de la posición original cuando los principios son elegidos bajo el velo de la ignorancia.
- La segunda cuando se acuerda una Constitución política justa en base a los principios elegidos y con mayor conocimiento de los hechos generales de su sociedad.
- La tercera etapa con la Constitución política justa y una información más completa se eligen las políticas más operativas de bienestar de la sociedad bien ordenada.
- La cuarta etapa que corresponde a la aplicación de las reglas justas por jueces y funcionarios.

Cabe precisar que uno de los aspectos fundamentales de la teoría de Rawls que la diferencia del contractualismo clásico y del neocontractualismo neoliberal de Nozick y Buchanan es su énfasis en abordar problemas de justicia social aunque coincide con ambos en que la estructura básica de la sociedad debe ser desarrollada en una economía de libre mercado.

Robert Nozick, es un autor que ha radicalizado la fundamentación subjetivista de los derechos humanos hasta desarrollar un individualismo libertario y anárquico.(21)

Nozick asume como punto de partida de su teoría expuesta en "Anarquía, Estado y utopía" que no existe ninguna entidad social con un bien que obligue sacrificar los derechos del individuo en beneficio de otros: sólo hay personas individuales, con vidas individuales propias, separadas y autónomas.(22)

En palabras de Nozick:

*"Las restricciones indirectas a la acción reflejan el principio kantiano subyacente, de que los individuos son fines, no simplemente medios; no pueden ser sacrificados o usados sin su consentimiento, para alcanzar otros fines. Los individuos son inviolables".(23)*

Los derechos individuales, como en Locke, se limitan básicamente a la garantía de la vida, de la libertad y la propiedad: "Mis conclusiones principales sobre el Estado son que un Estado mínimo limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimiento de contratos, etcétera, se justifica; que

16 KRIELE, Martin, Introducción a la teoría del Estado. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p.85

17 VALLESPIN OÑA, Fernando. Op.cit. p.56.

18 Ibidem, p.60.

19 RAWLS, John, Teoría de la justicia, trad. cast. de M. D. Gonzales. FCE, México - Madrid - Buenos Aires 1979, p.163 y ss.

20 Ibidem, p. 558.

21 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Op.cit. p.39.

22 NOZICK, Robert. Anarquía, Estado y utopía. FCE, México, 1988. p.43.

23 Ibidem, p.42.

24 Ibidem, p.7.

cualquier Estado más extenso violaría el derecho de las personas de no ser obligadas a hacer ciertas cosas y, por tanto, no se justifica.” (24)

Robert Nozick justifica así la legitimidad de un Estado-mínimo restringido a las funciones de vigilante nocturno (night-watchman State) que limita su acción a la protección de los derechos individuales, sin posibilidad de sacrificarlos en aras de cualquier interés público.

En la segunda parte de “Anarquía, Estado y utopía” trata de descalificar como ilegítimo todo Estado que exceda estas funciones mínimas negando toda justificación a la presencia de instrumentos de justicia distributiva.

Contra los principios de justicia distributiva Robert Nozick fundamenta una concepción de justicia denominada “entitlement theory”.

Según la referida teoría cada individuo es titular de derechos adquiridos en virtud de apropiación histórica. La cuestión fundamental que se plantea es la de definir la adquisición justa. Nozick se remite a Locke y a su teoría de la propiedad.(25)

En consecuencia, se infiere una legitimación absoluta e ilimitada de los derechos de apropiación y del derecho de propiedad.(26)

Así, Nozick, refutando a Rawls sostiene que “tan sólo si las cosas cayeran del cielo como el maná y nadie tuviera algún título para pretender alguna porción de él” sería legítimo aceptar los principios de justicia distributiva de Rawls.(27)

En la tercera parte de “Anarquía, Estado y utopía” Robert Nozick fundamenta el Estado mínimo como el marco ideal para los experimentos utópicos: el marco para las utopías, un lugar donde las personas están en libertad de unirse voluntariamente para seguir e intentar realizar su propia versión de la vida buena en la comunidad ideal pero donde nadie puede “imponer” su propia versión utópica a los demás.(28)

James Buchanan, el tercero de los que denominamos teóricos del neocontractualismo, es un pensador que proviene del campo de la economía, ideólogo del movimiento norteamericano del “Public Choice”, ha destacado por su crítica implacable del Estado benefactor (Welfare State) y del intervencionismo estatal.

El punto de arranque de la teoría de Buchanan es un clásico del contractualismo: un estado de naturaleza o posición original a partir del cual se deriva la aparición del Estado, que a diferencia de Rawls y Nozick corresponde a la jungla de Hobbes con el derecho fundamental de todos a todo y dentro de un enfoque pesimista del ser humano (29). Para este autor el proceso de toma de decisiones en una sociedad democrática sólo debe obedecer a opciones libres de los ciudadanos cada uno de los cuales actúa con el deseo de maximizar su propio interés individual.(30)

Como precisa Buchanan: “Hemos supuesto que el individuo cuyo cálculo hemos analizado (el individuo ‘representativo’ o ‘medio’) está motivado por un interés egoísta, que sus compañeros en la decisión constitucional están motivados del mismo modo, y que dentro del conjunto de reglas elegido para la elección colectiva, los participantes son dirigidos del mismo modo”.(31)

En el modelo de Buchanan el Estado se convierte en la personificación institucional del árbitro o juez y su única función consiste en que sean cumplidos los términos

del contrato. Todo ello nos conduce al concepto de “Estado protector” similar al Estado mínimo de Nozick cuya función es velar por el cumplimiento de los términos del contrato constitucional (32). El Estado, en la doctrina liberal debe ser un transmisor de deseos individuales pero esa función se desnaturaliza si no se respeta totalmente el marco legal de garantía de los derechos individuales.(33)

Buchanan sustenta la tesis del “Estado mínimo” (Estado protector) al señalar que el intervencionismo económico y la burocratización de la sociedad conducen a efectos más perniciosos que las anomalías del mercado que se pretenden corregir.

Para evitarlo propone reprivatizar los servicios y prestaciones de bienes, limitar el rol del Estado a la garantía del marco legal de los derechos y libertades, reducir la burocracia aplicando a su accionar el análisis costo/beneficio y cubrir el costo de los servicios públicos revirtiéndolo directamente sobre los usuarios.(34)

A diferencia de Nozick, Buchanan sí considera que puede ser legitimado un Estado más extenso que este Estado protector al que denomina “Estado productor” (Productive State) siempre que sus condiciones y límites se hayan establecido en el acuerdo constitucional.(35)

## A MODO DE CONCLUSIÓN

La fundamentación filosófica de los derechos humanos puede sustentarse en un enfoque subjetivista que es heredero del iusnaturalismo humanista. Dentro de ese enfoque se reivindica y afirma la autonomía humana como origen de los valores. Nos hemos referido en esta monografía a una versión radical de este enfoque denominada teoría neoliberal de los derechos humanos y su influencia en las nuevas tesis del contrato social o neocontractualismo en las aportaciones de John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan.

De la reseña trazada pese a la coincidencia de las tesis expuestas en una concepción subjetivista de los derechos humanos se dan notorias diferencias entre las posturas de Rawls, Nozick y Buchanan.

Así, debe anotarse que la doctrina iusnaturalista que inspira la teoría de Rawls es la de Rousseau y de modo particular la de Kant; Nozick se fundamenta en el estado de naturaleza de John Locke, a diferencia de Buchanan que se inspira en el estado de naturaleza de Hobbes.

Rawls basa su teoría de la justicia y de los derechos naturales en un contrato general sustentando en el modelo teórico de una situación originaria, mientras que Nozick fundamenta la legitimidad de los derechos en los títulos adquiridos en virtud de la apropiación histórica por individuos separados.

La filosofía política de Buchanan se basa en el análisis del cálculo del individuo, el que está motivado por un interés egoísta, así como sus compañeros en la decisión constitucional. Y que en el conjunto de reglas elegidas para la decisión colectiva los participantes actúan del mismo modo.

Finalmente cabe subrayar que no debe hablarse de una única teoría neocontractualista sino de diversas teorías neocontractualistas en función del modelo de Estado que están contribuyendo a sustentar. Tratándose de Nozick y Buchanan, el Estado neoliberal, mientras que en Rawls un Estado liberal progresista con apertura a la justicia distributiva. **D&S**

25 VALLESPIN OÑA, Fernando. Op.cit. p.158.

26 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Op.cit. p.40.

27 Nozick, Robert, citado por PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Op.cit. p. 40

28 NOZICK, Robert, citado por VALLESPIN OÑA, Fernando, Op.cit. p.170.

29 VALLESPIN OÑA, Fernando, Op.cit. p.179.

30 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Op.cit. p.31.

31 BUCHANAN, James y Gordon TULLOCK. El cálculo del consenso. Espasa Calpe. Madrid, 1980. p. 353

32 VALLESPIN OÑA, Fernando, Op.cit. p. 184

33 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Op.cit. p.31.

34 Ibidem, p. 32.

35 VALLESPIN OÑA, Fernando, Op.cit. p. 201.