

# ENTRE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, EL PENSAMIENTO REACCIONARIO Y EL LIBERALISMO POLÍTICO

DIÁLOGO ENTRE JOSÉ JUAN HARO SEIJAS<sup>3</sup>,  
EDUARDO HERNANDO NIETO<sup>2</sup> Y ALESSANDRO CAVIGLIA MARCONI<sup>1</sup>

Foro Académico convocó a los profesores Alessandro Caviglia Marconi, Eduardo Hernando Nieto y José Juan Haro Seijas para que desarrollaran un diálogo acerca de diversos temas de relevancia jurídica, tales como: la justicia, los derechos humanos, la religión, el papel del Estado en la sociedad, etc. Bajo sus diferentes y polémicos enfoques, dichos especialistas dan sus particulares puntos de vista y polemizan sobre los mismos, resultando de esta manera un interesante y reflexivo diálogo, que a continuación se transcribe.

**ACFA (Asociación Civil Foro Académico):** *Profesores, agradecemos su participación y comenzamos la Mesa preguntándoles ¿cómo se entiende la justicia para su perspectiva de pensamiento?*

**ACM (Alessandro Caviglia Marconi):** Se me ha catalogado dentro del liberalismo político, aunque en cierto modo es un liberalismo político un tanto distinto al de Rawls. La justicia, desde la perspectiva liberal, tiene que ver con hacer valer la libertad y los derechos fundamentales. Ahí se encuentra enraizada la tradición liberal de occidente, que se ha generado a través de la historia, especialmente a partir del siglo XVI. Esta tradición ha venido rearticulándose en los últimos años, en el siglo XX. Lo ha hecho recogiendo los conceptos, las herramientas fundamentales de la fenomenología, la hermenéutica, y la filosofía del lenguaje. La justicia tiene que ver con estas instituciones fundamentales (libertad y derechos fundamentales). Instituciones que se encuentran dentro de la manera de concebir las ideas de las sociedades contemporáneas. Existe en las sociedades contemporáneas la conciencia de que son sociedades plurales, caracterizadas por la diversidad. Dentro de estas sociedades existen diferentes miembros, comunidades diferentes. Comunidades que forman parte de sociedades nacionales e internacionales más amplias. La justicia tiene como propósito hacer valer los derechos de los miembros de estas pequeñas comunidades. La justicia no se entiende como la captación de una supuesta verdad fundamental abstracta, que está más allá de la vida práctica de la sociedad, sino como una institución que se va articulando en la misma vida práctica.

**EHN (Eduardo Hernando Nieto):** Bueno, en este caso habría que hacer una distinción entre lo que sería una concepción de justicia moderna y una concepción de justicia clásica. Dentro de lo que deno-

mino modernidad el concepto de justicia aparece como una quimera, como un ideal. Es simplemente el resultado de la abstracción con la que se desarrolla el pensamiento filosófico moderno, la llamada metafísica moderna. Guarda diferencia con lo que sería una concepción de justicia clásica, que tiene una connotación concreta, específica, material. En el contexto clásico encontramos la frase, muy repetida, de que la justicia significa dar a cada quien lo que le corresponde. Podemos entonces hablar de qué parte es la que le corresponde a cada quien. Eso no tiene nada de abstracto. En el contexto clásico nosotros podemos alcanzar o lograr aproximarnos a una distribución concreta partiendo de un concepto esencial: la naturaleza. Este concepto será obviado por la modernidad. Pero en la concepción clásica cada cosa tiene un fin y un propósito: una naturaleza particular. Por lo tanto la justicia implica aproximarnos a estos fines y propósitos. Resulta importante tener en cuenta las dos formas de concebir la justicia y cómo es que la concepción moderna irá derivando en ciertos discursos. Los cuales están vinculados a los derechos humanos, que definitivamente son el producto de la metafísica moderna y de lo que significa su visión abstracta, utópica, ideal e ideológica de la realidad.

**ACM:** Estoy completamente de acuerdo con Eduardo en que el concepto de justicia anclado en la modernidad nos exige ciertos compromisos metafísicos que nosotros, no obstante, no tenemos por qué asumir, ni por qué comprometernos con ellos. Sin embargo, dentro del concepto de justicia clásico, me refiero a Platón o Aristóteles, que tienen metafísicas distintas, habría que hacer algunas distinciones. Cuando se habla del concepto de justicia clásica ¿a quién se está refiriendo, a Platón, a Aristóteles, a Tomás de Aquino, o a quién? Ese concepto clásico de justicia también nos exige compromisos metafísicos, que son igualmente difíciles de asumir ahora. Por ejemplo el concepto de naturaleza que el profesor Hernando ha vinculado a lo que llama una «*distinción concreta*». Habría que aclarar primero qué se entiende por naturaleza. También debemos esclarecer el asunto del concepto clásico de justicia, a quién se está haciendo referencia.

Creo que, por varios motivos, la disyuntiva entre un «*modelo moderno*» y un «*modelo clásico*» de justicia es una falsa disyunción. Primero, porque no existen tales modelos. Durante la modernidad se han planteado diferentes modos de entender la justicia, lo mismo que ha sucedido en el occidente premoderno. El esfuerzo que algunos hacen por homogeneizar y asimilar a una caricatura una diversidad de concepciones jurídicas y políticas no puede ser tomado en serio en un ámbito académico. Esas caricaturizaciones resultan ser no herramientas conceptuales académicamente aceptables, sino construcciones ideológicas, como lo es la misma noción de «*naturaleza*». De otro lado, las opciones no son sólo lo que se hizo en teoría jurídica y política en el

<sup>3</sup> Profesor de Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>2</sup> Profesor de Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>1</sup> Profesor de Filosofía Antigua en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

occidente premoderno o en el occidente moderno, sino que hay reflexiones sobre la justicia, el derecho y la política que se están realizando en la filosofía contemporánea. Así, uno puede abrazar una perspectiva contemporánea de justicia. No es imprescindible tener una perspectiva hobbesiana, platónica o aristotélica. Se puede manejar una perspectiva que aprenda de la filosofía contemporánea, de la filosofía del lenguaje, de la hermenéutica, que aprenda de Heidegger.

**EHN:** El hecho de que hable de justicia clásica implica que estoy pensando en todo lo que significa el universo de Sócrates, Platón, Aristóteles hasta Santo Tomás. No hago en realidad distinciones. Es cierto hay diferencias entre ellos. Sin embargo, todos ellos comparten una concepción afín de naturaleza y esencia de las cosas. Están concientes de que en este mundo, en esta realidad, todo tiene un fin, todo tiene un *telos*, todo tiene un sentido. No olvidemos, además, que Santo Tomás de alguna manera cristianiza a Aristóteles, con lo cual tampoco podemos hacer un quiebre tan significativo.

**ACM:** Quiero comentar que hay una expresión que se utiliza mucho en el ámbito anglosajón, por lo menos en filosofía, que dice: «*el demonio se esconde en los detalles*». Es allí donde encontramos las distinciones, donde se comienzan a concretizar las posiciones. Si uno no analiza la distinción, si no examina hasta el fondo, termina teniendo una posición y argumentación débil. Hay que trabajar más en las distinciones y poder precisar. No son lo mismo Aristóteles, Platón o Sócrates; ni son lo mismo Aristóteles y Tomás de Aquino. Podríamos decir que es tarea de un investigador serio combatir ese «*demonio que se encuentra en los detalles*» y aclarar las posiciones. El filósofo tiene que comprometerse con la investigación, no con una ideología.

**EHN:** Pero eso es relativo. Con esa mirada vamos a quedarnos siempre en un océano de incertidumbres. Por ejemplo, si vamos al contexto moderno: ¿Ud. plantearía distinciones entre Rawls, Bobbio y Habermas? A fin de cuentas es el mismo discurso. Uno podría hacer distinciones. Hay toneladas de trabajos académicos sobre ello. Pero en realidad ese es un trabajo que me parece bastante árido. Lo que encuentro son dos visiones muy concretas que se están enfrentando, la moderna y la antigua, y parecería ser difícil que haya un coexistencia armónica entre ellas.

**ACM:** Hay dos precisiones que debo hacer de lo que se acaba de decir. Primero, el trabajo de establecer definiciones y analizar los problemas a fondo es un trabajo que cuesta, pero que se debe realizar de todas maneras. Por otro lado, no se trata tampoco de establecer una confrontación –únicamente– entre modernidad y mundo clásico. Eso supondría que los pensadores contemporáneos están todavía en el siglo XIX o en el siglo XVIII. Eso no es cierto.

**EHN:** Pero ¿por qué?

**ACM:** Por ejemplo, no hay nadie hoy en día que pueda comprometerse seriamente con la metafísica kantiana. La filosofía contemporánea ha aprendido mucho de la filosofía del lenguaje, de la hermenéutica. Existe una distinción muy grande entre Kant y los contemporáneos. Es cierto que Habermas y Rawls sí se declaran kantianos pero ellos mismos rechazan la metafísica trascendental kantiana. Además hay varios filósofos contemporáneos que no abrazan la perspectiva que Ud. denomina «*moderna*». Ellos no se reconocen kantianos. Son filósofos como Charles Taylor, Michael Walzer, Richard Rorty, Michael Oakeshot, Bernard Williams y Isahias Berlin, entre otros.

**EHN:** Pero son modernos también. Evidentemente, son liberales.

**ACM:** Pero: ¿en qué consiste la modernidad entonces? Hay que precisar ¿qué entiende Ud. por liberal y por modernidad? Ahí es donde está el *quid* del asunto, como diría Santo Tomás.

**EHN:** Pero igual para hablar de liberalismo tendríamos que hablar de liberalismo clásico y liberalismo moderno. Lo que debemos analizar es si vemos a la justicia en términos concretos, como lo hacía el mundo clásico, o en términos abstractos, como lo hacen los modernos. La posición moderna hace de la justicia todo un universo de autores, de conceptos, pero al final nada concreto. Me parece que el discurso del profesor Caviglia es un ejemplo típico de la metafísica moderna, la cual solamente sirve para que existan profesores en la universidad, cobren su sueldo, escriban libros, hinchen su ego, pero al final no resuelven ningún problema concreto. Cuando digo –siguiendo a los clásicos– que la justicia significa dar a cada quién lo que le corresponde, podemos graficarlo con un ejemplo muy simple, si tenemos aquí una herencia, la pregunta de la justicia sería: ¿cuál es la parte que le corresponde a cada uno? Eso es algo concreto. De alguna manera, lo que hace un juez es simplemente distribuir. Eso no tiene nada de abstracto, no tiene nada de ideal, no tiene nada de utópico: ésa es la forma de justicia clásica. Pero, por ejemplo, si hablamos de derechos humanos, ahí sí estamos entrando en un juego de especulación.

**ACM:** Esa es la posición que Ud. está atribuyendo a los clásicos y a los que llama modernos. Sin embargo, me parece cuestionable su visión de los clásicos, de la modernidad y de la filosofía contemporánea.

**JHS (José Haro Seijas):** Yo tengo varios problemas porque evidentemente no tengo el manejo filosófico que tienen los dos profesores. Así que voy a tratar de llevar el debate a un nivel muy concreto. Valoro la posición de empezar a dar alguna importancia a esta idea justiniana de «*dar a quien lo que es suyo*». Pero el problema que encuentro se da cuando uno intenta concretar esto. Al decir «*dar a quien lo que es suyo*» no ha resuelto la cuestión en modo alguno. Porque la pregunta que sigue es ¿y cómo doy a cada quién lo que es suyo?, ¿qué cosa es de cada quién? Eso trae problemas, además, porque la palabra justicia es polivalente. Cuando hablo de justicia, por lo menos para el abogado, hablo en términos de mecanismos procesales que actúan en la resolución de conflictos. Pero en esta acepción no hablo de los criterios o valores que se utilizan para tomar tal resolución. Si quiero concretar la respuesta de «*dar a cada quién lo que es suyo*» debo resolver la cuestión de ¿cómo debo hacerlo?

**EHN:** Un parámetro es la ley.

**JHS:** Pero la ley no te define la justicia en sí misma. Si tú aceptas que la ley te defina la justicia estás formulando una tautología eterna. ¿Qué cosa es lo justo? Es lo que está en la ley. Desde este punto de vista, resulta que no puede existir ley injusta. La discusión sobre justicia, me parece, una discusión meta legal. Está más allá de lo que el ordenamiento jurídico plantea. Creo que no podemos hablar, solamente, de justicia en términos de mecanismos instrumentales de un ordenamiento jurídico. La pregunta de fondo es meta positiva, está mas allá del carácter positivo de la ley. Es una pregunta que resulta...

**ACM:** Es una pregunta filosófica.

**JHS:** Claro. Probablemente lo que se quiere en este punto es que, desde mi particular perspectiva, yo intente defender que la idea de justicia es exactamente equivalente a la idea de eficiencia. Pero eso es algo que sinceramente no pienso. Creo que la búsqueda de eficiencia es una necesidad probablemente en muchos campos del sistema de Derecho. Tiene mucho que ver en el sistema de atribución de derechos patrimoniales y en temas de competencia o en temas de regulación económica. Pero tengo mis serias dudas de que el criterio de eficiencia, utilizado en términos utilitarios, sirva para resolver situaciones en abstracto.

**ACM:** Yo tengo algunas dudas sobre lo último, sobre la idea de eficiencia: ¿hay que complementar el concepto de eficiencia con otros conceptos y cuáles serían esos 'otros'? ¿ése es realmente el problema a resolver o el asunto es cambiar de enfoque?, ¿se debe pensar que la noción de eficiencia aplicada al mercado y a las leyes de la economía es una noción aplicable solamente a estos campos, o es posible aplicar el concepto de eficiencia a la justicia y al derecho?

**EHN:** Pero ¿qué se está entendiendo por eficiencia?

**JHS:** Ése es el tema: ¿qué definiciones de eficiencia tenemos? Encuentro que es relativamente sencillo cuando se habla de cuestiones de carácter patrimonial porque es posible una mensuración en términos pecuniarios. Trataré de no hablar de valor para eludir conscientemente el término. Cuando tú abstraes al máximo la definición de eficiencia, uno encuentra que es difícil aplicar esta definición a situaciones concretas. Voy a tratar de extender más este punto y colocar algunos ejemplos. Cuando hablamos de eficiencia uno puede usar la noción clásica o puedo usar la definición de eficiencia social, que me parece más sincera. Ésta dice que algo es eficiente, no desde una perspectiva personal sino desde la perspectiva social, cuando el beneficio agregado que genera ese algo, sea una operación, transacción o decisión dentro de la sociedad, es superior al perjuicio agregado. Ésa es una definición que parece bastante sencilla: algo es bueno cuando genera más beneficios que perjuicios. Esa es la definición clásica de eficiencia social que la perspectiva económica sostiene. No obstante, en decisiones complicadas, relacionadas a valores intangibles, encuentro que esa definición, que puede ser académicamente sugerente, es difícil de sostener. Cuando tengo una situación concreta, por ejemplo, el tema de los limones de Tambo Grande o la oposición a los temas mineros a lo largo y ancho del territorio peruano: ¿qué vale más en esas situaciones? Es una situación complicada.

**ACM:** Pero tu razonamiento tiene algo que debemos ver. Estás diciendo que el concepto de eficiencia y la idea de beneficio funcionan como parámetros para la justicia y que el problema sería cómo hacerlos concretos. Pero lo que debemos ver es si realmente estos conceptos funcionan como parámetros para la justicia o no. Ése es el tema.

**JHS:** No tengo duda de que el concepto de eficiencia ha funcionado como parámetro para la justicia en ciertos campos de la actividad jurídica concreta. Funciona en regulación económica, en telecomunicaciones, que es donde trabajo, en electricidad. No tengo duda que es un patrón válido. Si tu vienes y le dices a un organismo regulador «esto que estás haciendo es ineficiente», tienes serias posibilidades de vencerlo, pues la idea de eficiencia es un patrón de evaluación aceptado. Tengo la impresión de que es un patrón de evaluación razonable

en campos de derecho contractual y responsabilidad civil contractual. El problema que encuentro es que en otras áreas del debate es más complicado utilizar la idea de eficiencia. Quizás para el profesor Caviglia el uso de esta idea es recusable o discutible incluso en los campos patrimoniales.

**ACM:** Por ejemplo, Michael Walzer y Martha Nussbaum son dos filósofos que han trabajado a Posner. Dicen que lo que caracteriza al liberalismo no son las ideas de beneficio y utilidad, sino la distinción de diferentes esferas: la esfera económica, la esfera de justicia, la esfera de la fe, la esfera del amor y otros tipos de esferas. Cuando una esfera invade a la otra se da lo que Walzer denomina tiranía. Si nosotros concebimos que el criterio para alcanzar la justicia y producir el derecho es simplemente la utilidad, entonces se estaría produciendo una tiranía. Por ejemplo, cuando las universidades se encuentran en manos de empresarios pierden su naturaleza particular, su característica particular. Si le hacemos honor al concepto que acaba de utilizar el profesor Hernando: las universidades pierden su 'naturaleza', son instrumentalizadas y se convierten en un negocio.

**EHN:** Claro. Por ejemplo, si estás en un ámbito de atención médica el criterio que tendrías que emplear es el de la necesidad. Pero cuando privatizas va a apelarse al criterio de ganancia. Entonces, si tú no tienes plata evidentemente no te atienden, con lo cual vas a perjudicarte.

**JHS:** Pero al final no es exacto lo que propones. El criterio de distribución del alimento es una muestra. Es decir, si tú quieres comer tienes que comprar.

**EHN:** ¿Y si no tienes plata?

**JHS:** Es que ése es el tema, vivimos esa situación el día de hoy. Encuentro que existe un alto nivel de aspiraciones y las aspiraciones son absolutamente válidas. El grave problema es la dificultad que se tiene para diseñar políticas legislativas. Es decir, determinar qué cosas pueden funcionar y qué cosas no. Yo puedo tener la expectativa que todo el mundo tenga casa, que todo el mundo tenga comida y que todo el mundo tenga salud, pero resulta que en un país pobre esas expectativas no se obtienen. Entonces, al final, ¿cómo administras esa escasez? Tienes que introducir un criterio de justicia. Claro, tú puedes terminar diciendo «yo creo que debes distribuir esto en términos de la necesidad» y, al menos, ya tienes algo claro.

**ACM:** Pero eso convierte a la justicia en un asunto de cálculo matemático.

**JHS:** No lo creo, para nada. Pensaba que toda tu argumentación iba en otra línea. La explicación de que la utilidad es el único criterio puede trabajarse en línea inversa. Es decir, puede decirse «como la utilidad es el único criterio, el Estado podría definir qué cosa es lo más útil e imponer su definición, incluso por sobre los particulares». Es decir, en teoría sería perfectamente imaginable una situación donde tú y yo celebremos un contrato que sea malo, tanto para ti, como para mí. Ambos nos podemos equivocar. Y en teoría si el Estado descubre que este contrato que hemos celebrado, no es bueno, no es útil –pues el único valor es la utilidad– se justificaría que la ley interviniera en esta relación de particulares. Yo pensaba que tu posición iba por allí.

**ACFA: Dr. Hernando, pasemos a la segunda pregunta, ¿cómo definir los derechos fundamentales, ya sea desde una pauta política, económica o del reconocimiento de la libertad de los individuos?**

**EHN:** Para mí básicamente los derechos fundamentales son un discurso ideológico. Es una forma de humanitarismo que nace a partir de los inicios del pensamiento moderno. Se sacraliza la individualidad y comienzan a otorgársele una serie de potestades y capacidades a los sujetos. Esto después va a ser articulado de diferentes formas. No nos olvidemos, por ejemplo, en un caso contemporáneo como el de la Unión Soviética, que básicamente fue minada por el discurso de los derechos humanos. En ese caso vemos una instrumentalización de los derechos fundamentales como un instrumento de poder. Creo que hay incluso mucho de religión en el tema de los derechos fundamentales. Desde mi punto de vista, los derechos humanos pueden ser una suerte de religión secularizada. Sus defensores son los 'sacerdotes' de esta religión, a la manera de los religiosos antiguos, particularmente protestantes, que son siempre muy exaltados. Además, algo muy evidente es el carácter dogmático de los derechos humanos. Tiene un carácter ideológico, en la medida que no es en sentido estricto una reflexión filosófica. La filosofía en términos clásicos significa apertura, flexibilidad. Aquí no, esto es un dogma; por eso, la vinculación con la religión.

**ACFA: Dr. Haro, su opinión sobre cómo definir los derechos fundamentales...**

**JHS:** Efectivamente hay un discurso ideológico detrás de lo que llamamos derechos fundamentales, los discursos ideológicos van apareciendo en distintos momentos. La distinción entre derechos de primera, segunda y tercera generación no es una distinción relevante solamente a la Teoría del Derecho Constitucional, sino que marca efectivamente la pauta de olas –si cabe el término- en la historia. Son derechos que se justificaron en función de distintos requerimientos. Empezando con el tema de libertades básicas, luego con libertades de participación política, más tarde reconocimientos de intereses de carácter constitucional y ambiental. Entonces, los tipos de derechos se van explicando siguiendo los discursos ideológicos que se van imponiendo y adquiriendo consenso a nivel internacional. El día de hoy se gestan discusiones sobre el reconocimiento de ciertos nuevos derechos constitucionales, que se siguen llamando de tercera generación, aun cuando son de aparición reciente. Me refiero, por ejemplo, al tema de la protección de datos personales, donde creo ha habido un cierto nivel de exageración en el debate. Hay una imposición que se gesta en Europa con la concepción de que es necesario proteger todo lo que se pueda. Es un discurso que tiende a imponerse y trasladarse hacia otras naciones.

Uno puede percibir, también, lo que ocurre entre el mundo occidental y el mundo oriental, el mundo árabe en particular. Se intenta construir un consenso sobre lo que debe entenderse por igualdad de género. Obviamente, en los países árabes, me refiero a democracias árabes o civilizaciones árabes, como el caso jordano o el caso de Arabia Saudita, no se tienen los niveles de igualdad a los que estamos acostumbrados en occidente. No quiero decir que no sea plausible, encomiable, la tarea de tratar de extender al máximo la igualdad. Todo lo contrario, pero estoy convencido de que temas como éste plantean un debate complicado. En estos temas, se hace evidente la relación de poder y de generación de consensos internacionales.

Me parece que una respuesta muy concreta sobre qué cosa son los derechos fundamentales el día de hoy, en el contexto internacional, es una respuesta instrumental. Los derechos fundamentales son los que la Comunidad Internacional reconoce. Podrían ser más o podrían ser menos, pero son los que están positivizados, los que están en el papel. Sin embargo, la pregunta que quizá uno debe hacerse es más complicada y es ¿cuáles deberían ser los derechos fundamentales? Existen derechos que deben reconocerse en términos de dignidad humana, hay derechos que son inmanentes, que existen más allá de su reconocimiento explícito o no por una Organización Internacional Multilateral o Estatal. Esta ya es una cuestión más complicada. Yo encuentro que desde una perspectiva liberal, se debe estar dispuesto a aceptar que la libertad personal y las libertades económicas deberían ser objeto de reconocimiento. Los derechos de propiedad y autorregulación contractual son cuestiones que merecen ser reconocidas como derechos fundamentales, claro, desde la perspectiva liberal.

**ACM:** Se ha preguntado ¿cuáles deberían ser? y pienso que deberían preguntar también si ¿deberían ser o deberían desaparecer? En cierto modo, si uno dice «bueno, deberían desaparecer» no da una justificación, no trata de explicar por qué. En cambio, si uno responde sí, que los derechos fundamentales deben existir, encuentra varias justificaciones. Algunos sustentan su respuesta en conceptos como la naturaleza o en frases como «debería darse a cada quién lo que le corresponde»: las personas son diferentes, hay unos que tienen más capacidad, otros que tienen menos capacidad. Esta es una manera de pensar que no es sostenible. Es cierto que los derechos fundamentales y los derechos humanos se han convertido en las últimas décadas en instrumentos ideológicos, pero pensar que solamente son eso es tener una concepción sesgada e ideológica de la vida política. Eso supone que la vida política se reduce solamente al asunto de la política representativa. Los derechos fundamentales, los derechos humanos, protegen a los ciudadanos contra las agresiones que el Estado pueda ejercer contra ellos. Si uno dice: «¿y para qué se necesitan esas protecciones, para qué se necesitan instrumentos u organismos que protejan a los ciudadanos del Estado si ya los ciudadanos tienen sus representantes en el Estado y no necesitan de mayores protecciones que la ley?» La respuesta a esa pregunta es que los Estados pueden caer en la tentación de abusar de su poder contra los ciudadanos. Lo hemos constatado una y otra vez en América Latina. Eso nos conduce al tema de que los derechos fundamentales, más allá del uso político que se les pueda dar, del uso ideológico, responden a una dinámica propia de las sociedades contemporáneas. En las sociedades contemporáneas no existe solamente una política representativa, sino que existe una política participativa, en la cual los ciudadanos participan activamente. Se procura que los ciudadanos participen activamente en la generación de políticas. Esto supone que los ciudadanos tienen otro tipo de protecciones, otro tipo de posibilidades de reconocimiento, porque sino la política se convierte simplemente en un asunto de elecciones. Sería como comprar productos en el mercado y esa es una mirada restringida de la vida política, que conduce en el fondo a un despotismo blando.

**EHN:** Pero cómo podría participar alguien que no tiene nada que decir. Quizás por falta de salud, de alimentación o de educación...

**ACM:** Pero ¿cómo no van a tener algo que decir si se trata de sus vidas y sus proyectos como comunidad política?

**EHN:** El mundo de la política no es un mundo de opiniones, es un mundo de conocimientos. Justamente estamos tan mal porque la

gente pretende creer que tiene algo que decir sin tener ningún conocimiento.

**ACM:** Pero ¿el conocimiento de qué?

**EHN:** De la política.

**ACM:** Y ¿qué significa el conocimiento de la política?

**EHN:** El conocimiento de la política significa el conocimiento del hombre.

**ACM:** Pero eso es demasiado abstracto porque ello supone una concepción metafísica de lo que es el hombre.

**EHN:** No, es algo bastante concreto. Es el conocimiento del hombre y la naturaleza humana. La política es el hombre y la ciudad. No puedes conocer la política si no conoces al hombre.

**ACM:** Pero ¿qué es conocer al hombre?

**EHN:** Es conocer la naturaleza humana. Conocer que es lo que puede ser bueno para alcanzar el bienestar.

**ACM:** Pero esa es una abstracción, más abstracta que la metafísica moderna.

**JHS:** Por mi parte, estaba reflexionando sobre lo que se decía. Yo partía de reconocer dos realidades. La primera era sostener que efectivamente es innegable que existe un discurso ideológico en la generación de consensos a nivel de derechos fundamentales. Además, estos derechos se vienen generando por olas. Como segundo extremo encontraba algo al margen de que los derechos funcionen por imposiciones ideológicas. Es cierto que la imposición y reconocimiento positivo de un derecho depende de una decisión de poder, de un consenso internacional, de una venta del derecho. Pero soy consciente de que reducir la perspectiva de los derechos fundamentales, meramente a un discurso ideológico, es simplificar demasiado el problema.

**ACM:** Es como reducir la política a la política simplemente representativa.

**JHS:** Así es. Ahora, encuentro que ciertos derechos básicos deben reconocerse necesariamente. Hablaba del tema de las libertades personales, de temas de propiedad y de los contratos como condiciones para que el sistema camine. En este punto tomo lo que el profesor Caviglia planteaba ¿Por qué razón? Porque él decía que al final la mayor parte de los derechos fundamentales se construyen como una protección otorgada al individuo para defenderse del Estado, defenderse de los demás. Hay ciertos campos que la mayoría no puede -por mayor que sea el consenso- vulnerar. Ciertos espacios se me reconocen para permitir que pueda desarrollarme en la sociedad como individuo. Son espacios donde el individuo puede realizar transacciones y operaciones semejantes. Para que haya una democracia participativa se me debe reconocer el derecho de propiedad, el derecho a contratar libremente y hacer lo que me plazca con mi patrimonio, con prescindencia de la decisión de los demás. Incluso, creo que estos derechos no son exclusivos de una democracia participativa. Encuentro que quizá estos derechos existen en sociedades que no podemos denominar propiamente democracias participativas.

**ACM:** Me parece que esa concepción de derechos fundamentales como derechos que protegen las propiedades de los individuos resulta una visión limitada. Finalmente te puede conducir a avalar la ausencia de una dinámica participativa de la sociedad civil, cuando en realidad los derechos se construyen dialógicamente. Una cosa es lo que está en el papel, pero no todo lo que está en el papel tiene fuerza social porque no tiene base social....

**EHN:** Pero ¿por qué todos tendrían que participar?, ¿cuál es tu justificación racional?

**ACM:** Bueno, ¿cuál es la justificación por la cual no deberían participar? Ésa es la pregunta de fondo.

**EHN:** Pero, insisto, ¿cuál sería la razón por la cual deberían de participar?

**ACM:** Porque la vida política no se trata de un asunto estrictamente económico donde solamente los que saben tienen la capacidad de manejar el asunto. En la vida política no hay una restricción en ese sentido, no se trata de que yo no sé lo que significa mi felicidad. La idea es que la vida política no funciona como cualquier esfera científica sino que la vida política es una cuestión de praxis.

**JHS:** Yo encuentro que hay, ya que se hablaba de visiones limitadas, un problema. Considerar que la mayor parte de derechos tienen una vinculación con la necesidad de generar política participativa o se justifican en la necesidad de generar política participativa es también una visión limitada ¿Por qué? Porque precisamente los derechos fundamentales entre sí -insisto en que ésta distinción entre derechos de primera, segunda y tercera generación tiene mucho sentido- comparan menos conexiones de lo que uno suele pensar. Es decir, por ejemplo, yo estoy dispuesto a admitir sin mayor inconveniente que la libertad de expresión o la libertad de culto religioso y sobre todo, para vincular los dos derechos, la libertad de expresión religiosa tiene mucho de política participativa. Pero, ¿por qué se me reconoce a mí la libertad de expresarme, cuando también tengo la libertad de votar y de que otro me represente en contextos políticos, en entornos representativos como el Congreso? Porque simple y sencillamente tengo el derecho a participar en esta sociedad y a decir lo que quiera, así sea un «burro», por decirlo en términos muy concretos.

Pero ya tengo una complicación. La verdad es que tengo mucha dificultad, y por eso digo que hay una cierta limitación allí, para pensar que alguna relación con la política participativa existe en derechos fundamentales de contenido claramente patrimonial: el derecho de propiedad privada o la libertad contractual. Tengo una dificultad muy grande porque en esos casos encuentro que, quizás, esos derechos tienen mucho menos que ver con la participación política o la política participativa. Estos derechos se relacionan más con la adopción, por parte del individuo, de decisiones netamente unilaterales, absolutamente extrañas al discurso político y en las que por regla general, nadie tiene que intervenir.

**ACM:** Pero la respuesta puede ser una respuesta de carácter histórico. Es decir: ¿cómo se han generado este tipo de derechos básicos en la historia de occidente? A través de movimientos, y algunos movimientos han sido sangrientos. Y eso significa actividad, participación, por parte de los individuos.

**JHS:** ¿Para la gestación de los movimientos?

**ACM:** Para la gestación.

**JHS:** Pero una vez que ha estado el Derecho, no necesariamente es un instrumento de la política participativa. Puedo aceptarte, que al final, resulta que esa predisposición a la política participativa está cargada por una concepción ideológica de su tiempo. Pero los sujetos no participan por participar o no defienden una idea por el mero hecho de defenderla. Finalmente se llega a generar un cierto consenso. Normalmente es verdad que hay sangre, pero es verdad también que hay ideologías detrás de los movimientos que afirman un determinado derecho. El reconocimiento universal de la libertad de propiedad es un claro reconocimiento inspirado en la filosofía liberal...

**ACM:** Pero si uno no participa en la vida pública su libertad es absorbida

**JHS:** Pero existe.

**ACM:** Existiría solo en el papel.

**Haro:** Pero ya no sería libertad ¿verdad?

**ACM:** Una cosa es que los derechos y libertades estén escritos en la constitución y otra cosa es que sean efectivos.

**JHS:** La pregunta aquí se parece mucho a una justificación que se utilizaba para defender la libertad de expresión. Tu libertad existe con prescindencia de que la ejerzas o no. Yo puedo decidir no participar. ¿Qué ocurre si el noventa por ciento de la sociedad decide no participar porque se reconoce ignorante?

**ACM:** Se te cierran espacios y puertas de participación.

**JHS:** Pero ésa ya es otra evaluación

**ACM:** Lo que pasa es que si no se construyen espacios de participación las libertades son consumidas o son sustraídas ya sea por el gobierno o ya sean por las empresas. Las empresas trasnacionales suelen tener una dinámica por la cual sustraen libertades fundamentales a las personas pagándoles una miseria.

**EHN:** Pero si tu incentivas la participación, al final, puedes generar un desgobierno total, como el que estamos viendo. Toda la gente quiere entrar al parlamento y eso evidentemente hace colapsar al Estado.

**ACM:** Lo último que has dicho ya es una caricatura. Habría que aclarar lo que entendemos por política participativa

**EHN:** Hace un momento preguntabas porque no deberían participar todos en la política, te respondo ahora. Así como existe una praxis política también existe una teoría política y no es adecuado establecer una separación entre una y otra. Por eso mismo, no es posible hacer política sin tener ningún estudio o conocimiento previo. Por ejemplo, nosotros en los últimos años hemos sufrido el gobierno de una serie de políticos sin contar con ningún conocimiento político y obviamente sus gobiernos han sido desastrosos para el país. Una persona no puede hacer una cirugía sin contar con el conocimiento aun cuando se trate de una situación de emergencia y nadie por más osado que sea puede atreverse a actuar de esta manera.

**ACFA:** *Profesores, siguiendo con un tema afín, les pediríamos su opinión sobre: ¿cómo debe regular el Estado las diferentes relaciones sociales y económicas de los individuos?*

**JHS:** Esa es una pregunta complicadísima y no estoy seguro de si la pregunta pretende solo una perspectiva de aproximación. Se me ocurre una perspectiva de aproximación, solamente, como un punto de partida. Lo que pienso es que, por definición, y esta es evidentemente una convicción de carácter ideológico, el Estado debe intentar regirse por un principio de mínima intervención hasta donde sea posible. Creo que puesta a considerar la decisión de regular o no regular en una determinada situación, si es que se llega al convencimiento de que es perfectamente posible que los individuos arbitren sus relaciones, pues lo mejor es apostar por la regulación privada, por la inexistencia de una regulación estatal. Ahora esto no me lleva a afirmar ni a sostener una posición anárquica donde el Estado desaparezca o donde se aspire a la desaparición del Estado. Tampoco me lleva a desconocer la importancia de la regulación estatal para canalizar el arbitramento de los individuos y sus relaciones jurídicas.

Lo que quiero decir es que, por ejemplo, respecto al derecho contractual se reconoce en las democracias occidentales la más amplia libertad para disponer de los derechos patrimoniales. Esta claro que ésta libertad no va poder ejercerse si el Estado no ha establecido un sistema que permita canalizar adecuadamente las operaciones contractuales. Me refiero a un reconocimiento de los contratos y de la existencia de un sistema encargado de ejecutarlos, aun contra la voluntad posterior de las partes contratantes. Más aun cuando una de las partes se arrepiente o no quiere cumplir. Entonces, aunque uno apueste por la libertad, descubre que si este sistema, que impone condicionamientos para el cumplimiento de los contratos, no existiera, no tendría ningún sentido hablar de contratos. Al final resulta que el aparato estatal está absolutamente justificado. Pero cuando uno empieza a trabajar el aparato estatal tiene que reflexionar y preguntarse: ¿hasta donde debe intervenir el Estado? Está claro que tiene que construir una regulación para canalizar las decisiones que adopten los privados, ya sea en el ejercicio del sistema contractual, en la disposición de sus derechos de propiedad o para arbitrar sus relaciones de familia, o en otros aspectos de su vida privada. Pero, ¿hasta dónde debe intervenir?

Hay debates interesantes que se han suscitado entorno a puntos particulares. Por ejemplo, ¿el Estado está obligado a proveer justicia o es posible privatizar la justicia? Por mi parte, creo que es posible privatizar parcialmente la administración de justicia, como lo demuestra la existencia del sistema arbitral. Pero existen quienes han planteado la idea de privatizar todo el sistema de administración de justicia, lo cual me parece una cuestión absolutamente implausible. Hay otras preguntas sobre la responsabilidad del Estado en la educación. Esas son las preguntas que normalmente se debaten y están en el curso de las discusiones legales que ocurren en nuestra Facultad. Pero hay cosas más interesantes sobre la participación del Estado, que tienen que ver con ciertos discursos cargados de posturas ideológicas, como la defensa del consumidor o el tema de la regulación económica, donde hay un cierto consenso difícilmente modificable. El Estado tiene algo que decir, y tiene todos los días que estar participando, por ejemplo, en el mercado de electricidad, de agua, de telecomunicaciones. Eso es internacionalmente aceptado porque las potencias internacionales, americanas y europeas, así lo tienen concebido. Pero si el estado tiene tanto que decir en el mercado de electricidad, de agua o de teléfono

no, por qué no tiene lo mismo que decir, por ejemplo, en el mercado de los alimentos o la cerveza. Hay cuestiones que están allí y no son muy consistentes para definir donde el Estado regula y donde no.

En general, me parece que un punto de partida y es solo eso, por lo menos personalmente, es el principio de subsidiariedad de la actividad estatal. Creo que si los privados pueden desarrollar o canalizar sus propios intereses con una mínima participación o sin la participación del Estado eso es lo que hay que buscar: un Estado que sea capaz de recaudar y utilizar de un modo eficiente los recursos que recauda. Esto supone un nivel evidente de redistribución, pero que debe ser una redistribución dirigida a ciertas áreas que solo el Estado puede cumplir.

**ACM:** Me parece muy interesante la perspectiva que el profesor Haro ha planteado. Pero hay un presupuesto básico que es un poco difícil de sostener. En el fondo es como si todos fuésemos individuos atómicos, que tenemos las mismas posibilidades o una igualdad en las posibilidades de tener éxito a la hora de los contratos. Cuando sucede, por el contrario, que las relaciones de poder y las desigualdades van minando ese tipo de relaciones. Por otro lado, la pregunta es: ¿qué cosa es lo que justifica a un Estado?, ¿qué es lo que le da legitimidad a un Estado? Entre algunas de las respuestas, encontramos que el asunto tiene que ver con la pobreza. Es ilusorio pensar que vamos a terminar con la pobreza, pero de cierto modo lo que le da legitimidad al Estado es que siempre está comprometido con el combate contra la pobreza. Quizás la pobreza no se vaya a eliminar jamás, pero un Estado tiene gran parte de la cuota de su legitimidad en su compromiso por combatir, por luchar permanentemente contra la pobreza. Concebir las relaciones del derecho sin igualdades básicas, sin tener en cuenta los puntos desde donde parten los individuos, es decir, los puntos concretos de donde parten, va en contra de esa aspiración, en contra de ese deber del Estado.

**EHN:** Por mi parte, quiero decir algo bastante concreto. En realidad, a diferencia de las posiciones libertarias o liberales que apuntan hacia la existencia de un Estado neutral, frente a las preferencias de los individuos. Yo creo que el Estado debe definir claramente lo que puede ser lo bueno y lo malo para los individuos. El proyecto del Estado debe ser el de tratar de perfeccionar la naturaleza de las personas. Esto implica evidentemente tener que intervenir en las circunstancias en que considere necesario para procurar el bienestar de la comunidad. Evidentemente, las teorías liberales, neoliberales o libertarias parten del supuesto de que el individuo debe ser el amo y señor de sus decisiones, sin dar de pronto una justificación de por qué es mejor elegir que no elegir. Entonces, lo que vengo diciendo, es simplemente la concepción de un Estado que podríamos llamar perfeccionista y que tiene un compromiso claro respecto a lo que debe ser una búsqueda de bienestar para los ciudadanos. Y en este caso, entiendo bienestar como *'estar bien'* y esto es algo que evidentemente ni los modelos económicos ni las teorías logran definir claramente; ya que, cuando hablamos de bienestar estamos hablando en un plano cualitativo y no cuantitativo -que es donde se mueven los procesos económicos.

**JHS:** Encuentro que esta discusión es interesante en cuanto a toma de posiciones. Yo encuentro que hay un problema fundamental en la posición que presenta el profesor Caviglia. Quizás esto tiene mucho que ver con la discusión que se ha dado en el *public choice* y que intenta bañar de realidad la política representativa. El Estado no es una enteología, es un conjunto de seres humanos, que se mueven

en función de intereses individuales. Es verdad que todos quisiéramos que el Estado este comprometido con la reducción de la pobreza, pero la verdad es que no es así. La verdad es que el Estado está comprometido con aquello en lo que están comprometidos quienes lo gobiernan. Entonces encuentro que allí hay un discurso que es difícil de administrar. Cuando uno piensa en el Estado ideal comprometido con la pobreza y lo confronta con las decisiones que pudieran tomar empresas e individuos poderosos, uno puede tender a preferir las decisiones que adopte el Estado ideal. Pero lo que ocurre es que este Estado ideal no existe. Y si existiera que me expliquen por que en un país pobre, Sedapal es tan mal administrado o, como en un país pobre las universidades públicas son mal administradas, y se defienden sobre la base de que se organizan sobre un criterio no empresarial. Como es posible que este Estado pobre invierta dinero en estas universidades públicas y gaste dinero que claramente se utiliza mal, que sería mejor administrado si se le diera, por ejemplo, a la Universidad Católica para que produjera educación de calidad y lo digo abiertamente, o a la UPC.

Lo que quiero decir en definitiva es que hay un gran vacío, hay un gran diferenciamiento entre nuestras aspiraciones del Estado ideal y el Estado real. Me temo que no hay forma de impedir que el estado real sea manejado por personas reales, hay formas de controlar a estas personas reales. Pero cuando uno descubre que ése es el Estado que tenemos, luego tiene que ponerse a pensar entonces cómo hacemos para que esos escasos recursos que tenemos se administren mejor. Yo encuentro dos campos muy claros. El campo de las actividades que pueden desarrollarse por un conjunto de proveedores competitivos distintos, donde no tiene porque existir necesariamente el monopolio. Incluso puede haber un nivel de rentabilidad involucrado y donde tiendo a creer favorablemente en la actividad privada. Y hay campos donde eso no ocurre, el caso de la infraestructura es probablemente el menos discutible y más relevante para países como el nuestro. Uno empieza el análisis y ve que en el Perú solo hay una carretera importante, que es la panamericana, y luego hay carreteras de penetración en bastante mal estado y la mayor parte del país esta incomunicado. Creo que todos, liberales o no, vamos a estar de acuerdo en que el Estado tiene la principal obligación.

**EHN:** Pero esa posición es un poco peligrosa. Porque entonces vamos a decir que es mejor que Estado Unidos administre la selva amazónica o se apodere de todos los recursos, porque va a darle un uso más eficiente. No creo que eso sea lo mejor para nosotros.

**JHS:** Yo no estoy diciendo eso. Yo lo que te digo Eduardo es que...

**EHN:** Pero estás diciendo que hay que darle el dinero a la Católica o a la UPC...

**JHS:** Lo que estoy diciendo es que el Estado preocupado por la pobreza, la mejor forma que tiene de reflejar esa preocupación es asegurarse que los escasos recursos que tiene sean bien manejados. Probablemente si eso significa que, para poner un ejemplo próximo, el gobierno de los Estado Unidos administre y yo concesione, en lugar de administrar directamente porque lo hago mal, yo prefiero lo primero. Y claro eso no significa desconocer el hecho de que existen cuestiones que el Estado debe hacer claramente. Ponia el caso de la infraestructura, por poner un caso poco debatible, ya que nadie va a discutir que el Estado no tenga nada que hacer en infraestructura. Uno tiene que estar dispuesto a decir, que sí, que el Estado tiene la función de redistribución. O sea capta a través del sistema tributario y coloca ca-

rreteras, incluso donde probablemente no hay contribuyentes que lo justifiquen. Pero lo hace para generar desarrollo, eso es clarísimo. Pero cuando hay cosas que el Estado claramente hace mal y pueden ser sustituidas por privados, yo no encuentro que sea suficiente justificación para la actividad estatal el hecho de decir que el Estado está comprometido con la reducción de la pobreza. En verdad no lo está. Eso es absolutamente falaz. *Quisiéramos que este comprometido*, de acuerdo. Ahora hay todo un discurso sobre responsabilidad social corporativa, quisiéramos que las sociedades de relaciones tuvieran responsabilidades sociales como quisiéramos que el Estado esté preocupado por la pobreza. Pero ¿de verdad creemos que el Estado está preocupado por la pobreza?

**ACM:** De la intervención anterior queda claro que algo que le da legitimidad al Estado es su compromiso real con la pobreza, aunque se persista en entender a los Estados como conjuntos de individuos que buscan en la mayor de las oportunidades satisfacer los intereses de quienes lo manejan, ya sean personas o empresas. Queda claro también que el Estado debe ser controlado, pero el asunto del control supone un criterio: cuál es el tipo de control. Si el criterio es sólo promover la empresa privada o si el criterio incluye también tener la exigencia de promover mayores libertades civiles o políticas, estamos hablando de cosas distintas entonces.

**ACFA:** *Ahora que hablamos de legitimidad queremos preguntarnos: ¿cuál es la legitimidad de los derechos humanos para su perspectiva?*

**ACM:** Los derechos humanos son un conjunto de derechos que se han producido históricamente, que en muchos casos han sido utilizados ideológicamente. Representan la vida de las sociedades contemporáneas, donde hay una pluralidad de maneras de ver las cosas. Donde existen diferentes comunidades y diferentes ciudadanos, que provienen de orígenes diversos. Y donde es necesario preservar esos derechos y esas libertades, inclusive del mismo Estado que pudiera dañarlas.

Siempre que se habla de los derechos humanos se pregunta cuál es su fundamentación y si uno llega a darle una fundamentación tendría el derecho de hablar de derechos humanos. En realidad se trata de una cuestión práctica, es un hecho de la vida práctica de las sociedades contemporáneas. Es decir, los derechos humanos no necesitan de una fundamentación filosófica. No pueden tener esa fundamentación, porque ninguna de nuestras prácticas sociales puede tener una fundamentación así. Rorty, por ejemplo, suele llamar la cultura de derechos humanos a aquella que una cultura genera prácticamente y que no necesita una fundamentación filosófica. En ese contexto es que los derechos humanos tienen una legitimidad. Incluso en filosofía se deja de hablar de una fundamentación de los derechos humanos para hablar de una justificación de la legitimidad de los derechos

**EHN:** Yo sigo con el discurso que considero que es el más coherente. Esta es una ideología. El argumento de mi colega, lo pudo haber hecho perfectamente un marxista en los sesenta: el marxismo es lo natural, ¿no?, tiene que ser reconocido por todos. En verdad, el discurso sobre derechos humanos es la prolongación de este tipo de concepciones modernas. Evidentemente cuentan con un fuerte impulso por parte de los medios de comunicación. Justamente son estos medios los que elaboran este discurso. Son los que han hecho de éste un

término de corrección política. Todo aquél que no esté con los derechos humanos está excomulgado y no pertenece a esta K Aunque en realidad esta es una iglesia que posee bastantes matices porque obviamente podemos hablar de una concepción de derechos humanos de raigambre anglosajona. Probablemente en el contexto europeo sean más relevantes los derechos económicos, sociales o los de identidad. Entonces, éste tampoco es un discurso unitario.

Yo creo que esta forma de pensamiento, en algún momento, tendrá que ceder frente a la realidad de la vida política, frente a la naturaleza de las cosas. Evidentemente uno también se pregunta que tan válidos pueden ser estos derechos humanos para aquellos que tienen poder. Les pongo un ejemplo muy simple. Acá nos rasgamos las vestiduras por que hay unos señores que mataron a unas personas que consideraban terroristas. Pero uno se pregunta cuántos crímenes han cometido los servicios secretos franceses, israelíes, ingleses, suecos, en fin. Todo Estado poderoso tiene servicios secretos, sólo que con la tecnología que tienen uno nunca se entera de la cantidad de personas que han matado. Estados Unidos mata continuamente, Francia mata continuamente. Y ¿de dónde viene la plata que financia a los grupos de derechos humanos? Viene de Francia, Alemania, Suecia. O sea de los mismos países que violan continuamente los derechos humanos. Entonces todo Estado que pretende subsistir identifica enemigos y aniquila a sus enemigos, si tiene los recursos. Entonces también hay que ser más realistas en este sentido y no ser tan hipócritas y actuar de esa manera.

**JHS:** Vamos a ver: ¿qué legitima a un derecho humano? En general, yo creo que la respuesta puede ser la misma que uno puede dar para el derecho subjetivo en general. El concepto de derecho humano pretende decir que hay ciertos derechos que no aparecen reconocidos en la Constitución o que no necesitan legitimidad, cuando realmente si la necesitan. Me parece que la legitimidad, en nuestra sociedad de un derecho, su existencia, depende de su reconocimiento social. No sé si en esto concuerda con alguna posición que se ha expresado. Tengo la impresión de que si no existe reconocimiento social de un derecho o este se halla fuertemente cuestionado -por virtud de la anomia- este derecho desaparece en términos concretos. Nadie esta dispuesto a reconocer la existencia de tal derecho. Y eso se expresa en nuestro país. Tengo en teoría el derecho a la acción, puedo ir a solicitar al Poder Judicial que un cierto problema de carácter ambiental sea resuelto por el Poder Judicial. Pero en los hechos no existe porque los jueces no entienden como resolver la responsabilidad civil ambiental. El resultado es que este tipo de conflictos se arbitran a través de marchas, de protestas y bloqueos; precisamente porque el conjunto de derechos típicamente reconocidos no pueden ejercerse. Creo que si se requiere un cierto reconocimiento social. Al mismo tiempo, entiendo que este reconocimiento social, y en esto estoy completamente convencido, no depende del pensamiento de cada uno, sino que está fuertemente influenciado por el discurso dominante en un determinado momento de la sociedad. Y en eso tienen que ver los medios de comunicación y los grupos de interés en general -por no hablar de grupos de poder-. Creo que los derechos requiere una cierta justificación ideológica y es ahí donde se empieza a introducir ideas. Y uno puede darse cuenta cuando funcionan las cosas y cuando no y hay varios ejemplos recientes que son sumamente interesantes.

En el caso español, el PP es vencido en las urnas por el PESODE, y es vencido en las urnas no por una cuestión de carácter ideológico propiamente dicha sino por la discusión relacionada con el tema de

Irak. Pero después el PESODE tiene toda una carga ideológica que puede verter a través de los medios del Estado que captura luego de las elecciones. Entonces el PESODE empieza a vender un discurso ideológico difícilmente cuestionable o de cuestionabilidad políticamente incorrecta. Empieza a decir por qué no se le reconocen los derechos a los homosexuales, y una vez que tiene más o menos vendido el tema, suelta la ley de reconocimiento del matrimonio homosexual. Y luego empieza a vender la idea de la igualdad plena de los sexos. Y entonces dice: Oiga, si el hijo de los príncipes – el que será el próximo rey de España – nace mujer, ella tiene que ser reina. Pueda que sea una razón de peso para creer que las cosas puedan ser así, pero simplemente quiero decir que hay una venta del derecho, una cierta inercia que se empieza a atacar y luego de que se obtiene un movimiento a favor de cierta posición se intenta consolidar la posición. Está claro que los españoles no votaron a favor del PESODE por el reconocimiento de igualdad, está claro que votaron por otra cosa. Pero está claro que el aparato estatal fue utilizado para vender una idea y esa idea se ha legitimado y ha funcionado. Ahora si ese proceso es justo o injusto, no lo sé. Pero eso es lo que ha ocurrido, me parece.

Por oposición uno se da cuenta cuando es que el consenso respecto de un Estado sobre el reconocimiento de un conjunto de derechos se quiebra. Me parece un caso sintomático, bastante reciente, el caso de Francia. Como el conjunto de derechos reconocidos por el sistema francés, su democracia representativa, no ha sido suficiente para garantizar la paz social. Se ha terminado por expresar una medida de descontento totalmente irracional y desorganizada, que es este conjunto de protestas en las zonas periurbanas y urbano marginales de Francia

Me parece que estas dos imágenes, la de España positiva, en la línea de imponer una idea. Positiva en el sentido de exitosa. Y la de Francia no tan exitosa, fracasada en su capacidad de legitimar el sistema de reconocimiento de derechos. Estos ejemplos dan una pauta de la existencia de una legitimidad o de una no legitimidad en una sociedad de derechos. Al final, lo que marca si algo es legítimo o no, es la percepción social, el consenso social y este consenso social es claramente influido por una perspectiva mediática. Queda claro que la perspectiva mediática no es únicamente la de los medios formales, hay mucho medio informal, mucha calle, sobre todo en países como el nuestro. Está también claro que cuando esa legitimidad o ese consenso social se quiebra se producen situaciones como la francesa. Toda legitimidad de todo derecho que se haya reconocido pasa a ser cuestionada. Creo que los casos señalados nos pueden dar una pauta.

**ACFA: Pasando a una pregunta más abierta: ¿cuál es la relación entre justicia, derecho y religión?**

**EHN:** Bueno haciendo una descripción de lo que encontramos ahora. Si por un lado entendemos por derecho un sistema de normas, que era la manera usual con la que nosotros identificábamos al derecho, dentro del concepto de Estado de Derecho, evidentemente ahí no existía ninguna relación ni con la justicia ni con la religión. Hace ya algunos años hemos estado observando un cambio en este sentido, vale decir, ya no hablamos de un Estado de Derecho sino de un Estado Constitucional de Derecho. Esto implica la incorporación de la noción de justicia. Justamente el Estado Social de Derecho se sustenta básicamente en el reconocimiento de los derechos humanos y la división de poderes, pero fundamentalmente en los derechos humanos.

Entonces estos derechos aparecen como principios de justicia. Pero esta concepción de derecho humanos, como lo venía señalando, la definía en términos ideológicos, y ciertamente el Estado Constitucional de Derecho es un estado inspirado por el liberalismo contemporáneo.

Ahora bien ¿cuál es el origen del liberalismo contemporáneo? Evidentemente aquí si entra en juego la religión. No nos olvidemos que la metafísica moderna, léase Kant, o léase Hegel, esta influenciada directamente por el cristianismo, el protestantismo en el caso de Kant. Es evidente entonces que ha tenido una influencia enorme esta concepción cristiana moderna. Básicamente ese sería el esquema. Ciertamente los defensores de los derechos humanos aparecen como los grandes sacerdotes de este «*cristianismo contemporáneo*» que es la religión de los derechos humanos y todos tienen que rendirle culto a este 'dios'. Por lo cual se dice aquel que se opone al Estado Constitucional de Derecho esta yendo contra la religión oficial, esto representa un problema enorme.

**ACM:** Muchas veces sucede que un estado totalitario suele justificar su acción, las veces que le interesa justificar su acción, en cuestiones como «*la naturaleza*», por ejemplo. Este Estado dice: la naturaleza del ser humano es así, la naturaleza del peruano es así, necesita un gobierno fuerte. O en cuestiones religiosas, por ejemplo en la época medieval, y esto debe saberlo mejor que yo el profesor Hernando, se planteó la doctrina de las dos espadas. Una espada es el poder secular y la otra el poder religioso...

**EHN:** Claro, la autoridad.

**ACM:** Pero ambas espadas tienen que estar en las manos de la misma persona.

**AHN:** Correcto.

**ACM:** Entonces, en cierto modo, los gobiernos autoritarios suelen tener presente esa imagen, vinculada o análoga a la idea de que yo como tengo un conocimiento privilegiado de las cosas sé lo que es mejor para la ciudad, sé lo que es mejor para el pueblo. En ese caso se da un uso extraño de la religión. Por otro lado, si uno revisa las fuentes del cristianismo, en los evangelios, en el evangelio de Mateo, en las doctrinas que inspiran a Pablo de Tarso, uno encuentra un origen especial de esta intuición fundamental que inspira a la sociedad contemporánea que es la libertad. Hay por ejemplo una teología política, que es la de Carl Schmitt, pero hay otra teología política que es la de Juan Bautista Metz, que a diferencia de Carl Schmitt, sostiene que el cristianismo tiene una vocación secularizante y además tiene como norte escribir la historia, no desde el punto de vista de los poderosos, o de los príncipes o de los reyes o de los que vencen, sino desde el punto de vista de los que sufren. Esa clave es una clave de lectura del cristianismo.

A lo que voy es a como surge la sociedad moderna, la modernidad política surge en esa distinción entre esfera religiosa y esfera política. Locke por ejemplo en su *Carta sobre la tolerancia* dice que como es posible que entre diferentes versiones del cristianismo, entre miembros que tenemos diferentes versiones del cristianismo, nos estemos matando. Se refería a las guerras de religiones que en la Inglaterra de su tiempo enfrentaban a católicos y protestantes. Estas guerras se generaban porque se pensaba todavía en la idea de un estado confesional, donde la religión del gobernante era también la de los súbditos y determinaba la moral social. Lo mejor es, señala Locke,

separar al Estado de la religión. Esa inspiración, ese paso, es un paso movido por una inspiración fundamental que proviene del mismo cristianismo. El mismo cristianismo tiene en su germen una vocación fundamental que se expresa en un término griego: *la kenosis*. ¿Qué significa el cristianismo? Significa un Dios que se hace hombre. No es un Dios que se encuentra del lado de lo infinito o en el espacio de lo sagrado lejos de las dimensiones humanas, sino es un Dios que se humilla y se hace hombre. Y esa situación genera una intuición fundamental recogida por la tradición liberal.

La otra intuición fundamental es por ejemplo la del evangelio de San Mateo donde se cuenta la parábola de aquel que pasa recogiendo obreros para su viña y los recoge en momentos diferentes del día, y al final, al momento de pagar, paga a cada uno lo mismo, como lo habían acordado. Y en el momento en que los que trabajaron desde temprano van a quejarse porque los otros reciben lo mismo que ellos, el dueño del campo -que representa a Dios- dice que no deberían de enojarse si tuvo compasión de quienes no conseguían trabajo. Entonces acá hay dos imágenes. Primero la imagen es que la relación de Dios y el hombre es distinta, la justicia de Dios es una justicia diferente a la de si tú has trabajado más o has trabajado menos, mereces más o mereces menos. Pero entre lo seres humanos también hay otra situación, la de que todos somos iguales porque nadie puede colocarse en el lugar de Dios. Si Dios puede hacer justicia de esa manera, los seres humanos, entre sí mismos, no podrían, eso sería una idolatría. Sería como adorar como Dios algo distinto a Dios.

**EHN:** Un breve comentario. Esta teología política que mencionó mí colega, me da la impresión que sería una concepción propia de la teología de la liberación o el marxismo, porque está asumiendo que el sufrimiento solamente corresponde al pobre o al débil. Es como si los ricos o los poderosos no pudiesen tener sufrimiento, ni dolor. Invito a revisar un texto de Leo Strauss (*Sobre la tiranía*) para que se vea el problema que también pueda tener un tirano al gobernar una ciudad.

**ACM:** Hay varias cosas aquí por revisar. La teología política de Metz es distinta de la teología de la liberación de Gustavo Gutiérrez. Por ejemplo, la teología de la liberación no contiene una teología política, sino social. Tal vez sería bueno leer a los autores antes de hablar de ellos. De otro lado, no es necesario leer a Strauss para percibir el sufrimiento del tirano. Uno puede leer seriamente a Platón, el libro IX de *La República* para tener una descripción lúcida de ese sufrimiento en el que innecesariamente se coloca el tirano.

Pero en Metz encontramos algo interesante que parece que no ha sido captado suficientemente -por ello recomiendo su lectura. Se trata de que el sufriente se identifica, claro, con el pobre, pero también con el excluido, el que vive dolor psíquico y físico, el discapacitado. No se trata de un concepto exclusivamente sociológico de sufriente.

**JHS:** Yo encuentro que el profesor Caviglia ha incidido, aunque probablemente no haya sido el centro de su exposición, en el proceso histórico de separación entre Estado e Iglesia. Creo que esto resulta importante para comprender el proceso de desvinculación entre el Estado y la religión, al menos en occidente. Es un proceso, quizás, inacabado o frustrado, porque tal desvinculación es irreal el día de hoy. Cuando nos preguntamos, en el contexto actual, y dentro de los Estados laicos, «¿cuál es la relación entre justicia, derecho y religión?» uno puede hacer una lista de relaciones. Uno encuentra así relaciones como las que el profesor Caviglia y el profesor Hernando han venido

dando, relacionando religión y justicia, tomando a la religión como justificativo de ciertas decisiones a nivel estatal. Es cierto que ése es un primer plano. Resulta innegable que incluso en los Estados laicos la adopción de ciertas leyes se justifica en criterios morales íntimamente vinculados con el cristianismo o las percepciones religiosas dominantes. Esto se revela, por ejemplo, en nuestro país que tiene un 80% de católicos y un 90% de cristianos y donde la aceptación manifiesta de criterios de moral cristiana como justificativo de ciertas normas es poco controvertida. ¿Por qué tenemos una ley contra el asesinato u homicidio? Puede intentar justificarse desde otra perspectiva, pero funciona bien en el discurso social justificándola desde la moral cristiana. «¿Por qué la ley peruana dice que no hay que matar? Porque Dios dice que no hay que matar, porque matar es moralmente condenable».

Entonces, en el primer nivel, la religión es un legitimador de políticas estatales en muchos planos. Pero no es la única relación, me parece que hay otras relaciones interesantes, que marcan distintas dinámicas a nivel internacional. Estas relaciones explican como, en determinados países, ciertos discursos marcan el tema central de algunos debates, mientras que en otros países, no marcan una pauta decisiva. Por ejemplo, retomando el punto del justificativo moral-religioso en la adopción de una determinada política, hay debates que para nosotros son extraños. El debate sobre el aborto, un debate de contenido religioso, se explica por el nivel de consenso existente. En nuestro país el consenso -muy influido por la religión católica- se inclina por el no matar. En Estados Unidos este consenso no existe.

Por otro lado, también existe una relación entre religión y sistema jurídico, a partir de la separación de Estado y religión. Ahí está el derecho de las libertades religiosas, que es un modo que tiene el Estado de garantizar su carácter laico. Le reconoce al individuo el derecho a ejercer la religión que desee y se dan una serie de justificaciones intentando defender la idea de libertades religiosas. Incluso se llega a entender a la libertad religiosa como la oportunidad para una pugna competitiva entre religiones, casi sobre la base de un mercado de religiones, que hace que todos tengamos mayores incentivos para profesar con mayor compromiso la religión de la que participamos. Este derecho, sin embargo, es un derecho sujeto a debates. En Australia se armó todo un proceso judicial con el objeto de saber si una Municipalidad puede colocar un árbol de navidad en el *lobby* de su local. Este es un proceso típico en EEUU, y hay resoluciones de la Corte Suprema de los EEUU que han conseguido resolver este tipo de conflictos que nos parecen «*tonos*». Pero son conflictos casi imposibles de resolver en el caso peruano, debido a que el nivel de consenso religioso es absolutamente distinto. Hay una pregunta interesante en el discurso de la Corte Suprema de los EEUU que es el debate sobre qué cosa es religión, qué cosa merece llamarse religión. Yo diría que éste es un segundo nivel en el análisis de las relaciones de Estado y religión, ya que se observa como es importante el tema del derecho de libertad religiosa en el sistema constitucional norteamericano. Y hay un tercer nivel, el nivel de la influencia hermenéutica y organizativa de las construcciones jurídicas canónicas en la construcción del derecho occidental. No solamente hay transferencia del discurso moral justificativo, sino también de las herramientas: la construcción lógica de la norma, la separación de las ramas del derecho. En definitiva, las relaciones entre Estado y religión son múltiples.

La Asociación Civil Foro Académico agradece la valiosa participación de los profesores Alessandro Caviglia, Eduardo Hernando y Juan José Haro, y su importante contribución a la reflexión nacional.