

José Esteve Pardo, *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*. Marcial Pons, Madrid, 2023, 164 pp.

Estamos ante un libro agudo y polémico, que toma distancia de la usual monografía jurídica, para brindar una reflexión argumentada, profunda e inquietante, respecto de un fenómeno de gran relevancia para el estudio y la práctica del derecho en nuestro tiempo: el triunfo, sin atenuantes, del contrato como principal fuente de la mayoría de las relaciones jurídicas.

La tesis central del autor es que en la mayoría de los sistemas jurídicos actuales hemos experimentado un tránsito silencioso pero radical y generalizado de los estatutos legales a los acuerdos de voluntades como fórmula jurídica para regular una creciente pluralidad de situaciones, cuyo tratamiento hasta hace poco estuvo reservada a la legislación.

Asimismo, que ese tránsito ha pasado inadvertido para la opinión pública y para la doctrina jurídica, pero no para las autoridades, la iniciativa empresarial y los juristas en ejercicio, quienes, en general, han potenciado, a partir de incentivos diversos, esa “colonización” por parte del contrato en ámbitos que, todavía hoy, están formalmente reservados a la ley.

Apoyado en fuentes sociológicas y literarias, el autor evidencia a través de hitos históricos y casos concretos, cómo el paso de los estatutos legales a los contratos –que Henry Summer Maine ya había registrado en el siglo XIX– tiene que ver con el agotamiento y deconstrucción de los relatos generales y globales de la modernidad inicial, y el surgimiento y consolidación de las singularidades y el individualismo radical en la modernidad tardía que vivimos.

Teniendo presentes una variedad de pertinentes y sólidas fuentes clásicas, modernas y actuales, como la del sociólogo Andreas Reckwitz y la del novelista Michel Houellebecq –pues Esteve se suma a los juristas que muestran cómo la literatura aporta al estudio y comprensión del derecho–, el libro acredita en sus diferentes capítulos el triunfo de una comprensión individualista y sentimental del mundo, ante perspectivas más comunitarias y racionales.

Para ello, muestra cómo las ideas posmodernas, neoliberales de izquierda y libertarias con visos anarquistas, han contribuido a debilitar y casi destruir, con intensas consecuencias en la vida de las personas, los relatos generadores de consensos amplios en torno al imperio de la ley, la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia, estableciendo en su lugar la preeminencia de la autonomía de la voluntad, la libre determinación de la personalidad y un entendimiento de los derechos sin límites precisos.

La obra comentada advierte que el punto de partida de este proceso de individualización de las sociedades abiertas, con el contrato como instrumento jurídico primario, está en la “depuración” que el derecho moderno había hecho, a través de empresas como la codificación, de una buena parte de principios de justicia material.

Y que tal depuración se ha reactivado en medio de la actual ampliación de los elementos subjetivo –cantidad de sujetos con capacidad para contratar– y objetivo del contrato –cantidad de bienes, activos, cargas, derechos, deudas, etc., que se

pueden intercambiar–, al subordinar a la autonomía de la voluntad la aplicación de los principios de justicia material que lograron sobrevivir, previstos en las constituciones y la legislación.

Advierte el autor que no se trata de un alegato contra el contrato como figura jurídica, ni contra los aportes que, como varias veces se reconoce, su uso ha implicado en el desarrollo de las sociedades que garantizan su utilización. Lo que se cuestiona, más bien, sin usos del contrato que parten de la supuesta inexistencia de límites a la autonomía de la voluntad y del “libre” desarrollo de la personalidad como una suerte de derecho absoluto.

La obra consta de cinco capítulos y un epílogo, en los que se examinan problemáticas de la mayor relevancia para especialistas en las áreas del derecho administrativo, derecho ambiental, derecho penal, derecho procesal y derecho constitucional, entre otras.

En el primero se expone cómo el contrato ha mantenido una tensión con diferentes formas estatutarias o legales, desde el derecho antiguo hasta la consolidación de la ley como garantía de igualdad, seguridad y libertad en la temprana modernidad, y luego desde finales del siglo XX hasta el presente, época en la cual ha terminado por imponerse.

El segundo capítulo es un inventario analítico y por momentos crítico de situaciones en las cuales el contrato ha desplazado a la legislación como fuente rectora del funcionamiento del Estado y de las relaciones de este con los particulares, así como en el reconocimiento y disfrute de los derechos fundamentales, cuyo ejercicio es entregado como contraprestación en ámbitos como el laboral (renuncia al derecho a huelga), de consumo (renuncia a la tutela judicial en conflictos con seguros), y el deportivo (renuncia a la intimidad y tutela judicial)

El tercer capítulo reflexiona y argumenta de forma crítica sobre las causas y consecuencias jurídicas, centralmente sobre el aumento de la desigualdad ante la ley, bajo el alegato de una mayor autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y de ausencia de criterios de justicia material para limitar lo que puede ser objeto de intercambios.

En el cuarto capítulo, tal vez el más relevante en términos de reflexión profunda y valiente sobre las ideas y situaciones que caracterizan el actual declive civilizacional de Occidente y su impacto en el Derecho, el autor aborda críticamente los hechos, carencias y “prosaicos relatos” de la izquierda neoliberal –progresista, diremos aquí, y el libertarianismo antiestatal– que explican cómo el contrato se ha infiltrado con rapidez y eficacia en diversas estructuras del Estado, y cómo ello se vincula con potentes fibras y pulsiones primarias humanas.

El quinto y último capítulo aporta una descripción descarnada y agonística, de los restos del Estado de derecho y del constitucionalismo clásico ante su erosión por el avance del contrato, una denuncia de la conducta cínica –falsa y desvergonzada, según el Diccionario de la RAE– que en el foro jurídico se ha adoptado ante el declive de la legislación frente al contrato y las condiciones arbitrarias e injustas que delinean la vuelta a un “feudalismo” jurídico, las cuales, aclara, no derivan de los principios políticos de “la mejor tradición liberal”.

El epílogo de la obra incluye un llamado del autor a la reflexión y a la acción, esto es, a salir del estado de pasividad e indiferencia en el que, a su juicio, están los profesionales del derecho, tanto teóricos como prácticos, ante el proceso de expansión y colonización por fórmulas contractuales derivadas de la autonomía

de la voluntad, de áreas que solían estar, y por mandato constitucional deberían seguir estando, bajo el imperio de la ley.

Identifica, en tal sentido, dos posibles cursos de acción. El primero, que respaldado por el autor, consiste en desarrollar un proyecto de rescate y defensa de los principios y garantías del Estado de derecho y el imperio de la ley ante lo que llama “los poderes sociales, privados” que han ocupado espacios antes atendidos por el Estado, pero desde la idea del “Estado garante” y no desde la idea del Estado social o prestacional.

El segundo, que el autor cuestiona, es dar “carta de naturaleza” a la colonización del contrato que experimentan las relaciones jurídicas antes disciplinadas por fuentes constitucionales y legales, lo que exigiría generar un nuevo modelo de Estado y evaluar si en él, por ejemplo, tiene alguna justificación la Constitución y los principios del constitucionalismo moderno.

De lo tratado en cada uno de los capítulos mencionados, es mucho lo que merecería ser destacado. Por espacio, se destacan, entre varias otras situaciones inquietantes, el mercado de títulos administrativos habilitantes de actividades económicas, la venta de derechos de contaminación fuera de las jurisdicciones en que fueron otorgados, la privatización de tesis doctorales y la instrumentalización contractual de Universidades con financiamiento público.

Asimismo, la crítica separación entre titularidad y ejercicio de derechos fundamentales para vender este último, la deconstrucción posmoderna del proceso judicial, incluido el penal, mediante “contratos procesales”, con primacía de la eficiencia sobre la verdad y la justicia, y la asunción de tareas de policía, ante el repliegue no ordenado del Estado, por particulares no sujetos a regulación y, por tanto, guiados de forma exclusiva por sus propios intereses.

Sigue al epílogo una generosa Nota Bibliográfica, en la que el autor se explaya en indicar las fuentes y documentos de diversas épocas y áreas del conocimiento en las que se ha apoyado en cada uno de los capítulos del libro para generar sus propias reflexiones sobre el tema estudiado, todas las cuales resultan relevantes para profundizar en los tópicos tratados en las diferentes secciones de cada capítulo.

En síntesis, estamos ante un autor y una obra diferentes, que desafían el estado del arte en muchas áreas del derecho y que invitan a pensar por cabeza propia en los problemas y desafíos que la expansión en el uso del contrato está generando en el mundo jurídico en particular, y en las sociedades abiertas en general.

Se podrá debatir e incluso estar en desacuerdo con la crítica hecha en el libro al abandono de los criterios de justicia material, con la defensa de las agrupaciones intermedias, de los principios del constitucionalismo europeo continental y de los estatutos que regían materias como la función y los servicios públicos.

También podrán generar objeciones las críticas del autor a la comprensión hoy dominante de la autonomía de la voluntad, el libre desarrollo de la personalidad y lo que puede ser objeto de contratación, sin sujeción a límites jurídicos que sustraigan del mercado y garanticen valores o activos que deberían permanecer al margen de los intercambios.

Pero si genera lo anterior, y da lugar a artículos, libros, capítulos de libros o reseñas que analicen sus argumentos para refutarlos, confirmarlos, ampliarlos o asumir algunos de los proyectos sugeridos en el epílogo, el profesor Esteve habrá logrado lo que, estimamos, ha sido su principal interés al publicar este libro.

Tal interés consiste en hacer pensar a los especialistas de diversas áreas del derecho público sobre lo que está ocurriendo con el objeto de su estudio y práctica profesional, y sobre la urgencia de generar respuestas y cursos de acción que, si estamos a tiempo, impidan la pérdida definitiva de las grandes conquistas de la modernidad jurídica, por ejemplo, la exigencia de igualdad ante la ley no sujeta a derogatoria entre las partes.

De modo que invitamos a buscar y leer con la debida atención *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, del profesor y catedrático de la Universidad de Barcelona José Esteve Pardo, y disfrutar de su trepidante y fluida escritura, de su amplio conocimiento interdisciplinario de las problemáticas abordadas y de su compromiso con los ideales y valores occidentales que hicieron posible la conquista de la libertad y la superación de la pobreza en numerosas sociedades en diferentes partes del mundo.

LUIS ALFONSO HERRERA ORELLANA

Joseph T. Salerno, *Nación, Migración y Comercio. Ensayos sobre Mises y los economistas clásicos*. Unión Editorial, Madrid, 2023, 44 pp.

El texto comentado en las líneas que siguen ofrece al lector interesado en los temas en él abordados una visión liberal novedosa, por compleja y realista, sobre problemas como el nacionalismo, las migraciones y el libre comercio como instrumento para la prosperidad de las naciones, poco o tangencialmente tratados en las obras económicas de más frecuente consulta en los ámbitos liberales.

Salerno divide en dos partes su breve libro. La primera se titula “Mises, sobre el nacionalismo, el derecho de autodeterminación y el problema de la migración”, y está dedicada, con apoyo en lo expuesto por el austríaco en obras como *Nación, Estado y Economía* y *Liberalismo*, a mostrar el análisis realizado por Ludwig von Mises de asuntos como los referidos al inicio de este comentario, evitando en él incurrir en reduccionismos economicistas.

En tal sentido, evidencia en qué medida para el autor de *La Acción Humana* es relevante al examinar la convivencia política el distinguir las tensiones que pueden surgir entre la búsqueda de una maximización económica y los contextos políticos y sociales en que ello tiene lugar, apoyar el funcionamiento de “nacionalismos liberales” en los diferentes países, con fundamento en la libertad como autodeterminación de los individuos y la nacionalidad como unidad nacional no belicosa con otras unidades semejantes.

Muestra Salerno que para Mises el nacionalismo no era necesariamente un ideario que debía rechazarse, en la medida que fue un instrumento de las sociedades oprimidas para enfrentar a regímenes imperiales despóticos regios como el austríaco, francés o prusiano.

Asimismo, acredita la distinción básica entre el nacionalismo liberal y nacionalismo iliberal, demuestra que en Mises no hay bases para la defensa de un “blando globalismo atomista”, y que es factible una compatibilidad entre nacionalismo liberal, pacifismo y cosmopolitismo.