

## Hayek y Böhm: dos lecturas del Estado de derecho neoliberal

---

POR **CLAUDIO CONTRERAS** (\*)

**Sumario:** I. Introducción.- II. Hayek y el *Rule of law* como “régimen de la regularidad”.- III. La formación del Estado de derecho ordoliberal de la escuela de Friburgo según Bilger.- IV. Conclusión.- V. Bibliografía.

**Resumen:** muchas son las lecturas del neoliberalismo en términos de las reformas a nivel macro-económico que su doctrina implica, comprendiendo a la misma como una reacción frente al dirigismo de tipo keynesiano, tal como lo formulaba François Bilger. Otra lectura, menos frecuente, analiza la doctrina neoliberal en términos de una racionalidad de gobierno, expuesta por Foucault. Hay, sin embargo, un tercer aspecto esbozado en tales lecturas que aun no fue desarrollado a fondo: se trata de analizar el problema neoliberal en términos de su concepto jurídico del Estado de derecho, *Rechtsstaat* o *Rule of law*. En vistas a determinar el estatuto del mismo, es preciso situar las dos formulaciones neoliberales del concepto del Estado de derecho, aquella de Hayek y aquella de Böhm, en un punto de ruptura en la historia del concepto: se trata de la crisis de Weimar y la irrupción de los Estados totalitarios.

**Palabras claves:** estado de derecho - Constitución - administración - planificación

### ***Hayek and Böhm: two lectures of neoliberal rule of law***

**Abstract:** *the analysis of neoliberal doctrine has many studies on the subject of macroeconomic reforms and its hypothesis on the Keynesian model of planning, whose most relevant work was François Bilger. Another study of neoliberal doctrine focused on the topic of governance technologies and governmentality, in the same sense as Michel Foucault. But there are other issues that are mentioned in this article that are relevant to judicial theory: it is the concept of the Rule of law or Rechtsstaat*

---

(\*) Abogado de la Universidad Nacional de la Plata. Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de la Plata. Prof. Titular de Derecho Político y docente investigador, Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires, UNNOBA.

*that has been formulated by Haek and Böhm. These formulations raised a point of rupture against the classic concept of the rule of law, which begins with the Weimar period and ends in the period after Germany.*

**Keywords:** *rule of law- Constitution - management - planning*

## I. Introducción

Muchas son las lecturas del neoliberalismo en términos de las reformas a nivel macro-económico que su “doctrina” implica, comprendiendo a la misma como una reacción frente al dirigismo de tipo keynesiano, tal como lo formulaba François Bilger. Otra lectura, menos frecuente, analiza a la doctrina neoliberal en términos de un aparato gubernamental y una racionalidad de gobierno, cuyo mayor exponente es Foucault. Hay, sin embargo, un tercer aspecto esbozado en tales lecturas que aun no fue desarrollado a fondo: se trata de analizar el problema neoliberal en términos de su concepto jurídico del Estado de derecho, *Rechtsstaat* o *Rule of law*. En cierta medida, este análisis se sitúa entre las dos analíticas precedentes: el Estado de derecho, a nivel de los procedimientos jurídico-reglamentarios que implica, es el punto de convergencia entre las medidas macro-económicas y el ejercicio de un programa de gobierno. En vistas de ello es preciso situar las dos formulaciones neoliberales del concepto del Estado de derecho, aquella de Hayek y aquella de Böhm, en un punto de ruptura en la historia del concepto y de su respectiva función: se trata de la crisis de Weimar y la irrupción de los Estados totalitarios.

El concepto y la función que adquiere el Estado de derecho en los neoliberales comprende una crítica de las posturas weimarianas: aquellas del positivismo de Kelsen y Jellinek, aquellas del decisionismo de Schmitt y Forsthoff, pero, ante todo, de la posición “mediadora” de la social-democracia de Heller (1985) con su Estado social de derecho (*sozialer Rechtsstaat*). Solo a la luz de esta confrontación puede entenderse cómo, en la Alemania de la postguerra, se posicionaran frente a los partidarios del Estado social de derecho unitario (Abendroth, Gerber, Bachoff) y los partidarios de la división entre un Estado de derecho y un Estado social administrativo (Forsthoff, Combellas, Zippelius) los partidarios del *Rechtsstaat* como *Rule of law*, cuya formulación había sido gestada en Hayek, Eucken, Ehrlich y todo el ordo-liberalismo alemán. Se puede entender que Foucault describa en términos de una “mofa”, de una especie de “burla”, del socialismo alemán de mediados del siglo cuando se pliega a los términos de la gubernamentalidad neoliberal, es decir, al abandono de la lucha de clases y de la socialización de los medios de producción (Foucault, 2004, p. 91). En verdad, refiere precisamente a la inversión de la relación entre el orden económico y el orden estatal, donde ya no se parte de una soberanía como sustento constitucional para pasar a las medidas de la administración planificadora, sino que se tiene que partir de un orden econó-

mico para establecer una posible unidad política-estatal. El objetivo del aparato de gobierno neoliberal en Alemania está en no partir de la soberanía, sino de la gubernamentabilidad:

Se trataba, menos de renunciar a tal o cual programa común a todos los socialistas alemanes, que de entrar en el juego de la gubernamentabilidad. No quedaba más que dar un solo paso a la social-democracia, aquel que consistía en la ruptura con el modelo inglés y de todas las referencias a la economía keynesiana. La cosa fue hecha por Karl Schiller, todavía él, que en 1963 abandona la fórmula (anteriormente sostenida) de concurrencia en tanto que sea posible y planificación en la medida en que sea necesario. Ya en 1963 afirma que el principio de cualquier planificación es peligroso para la economía liberal. Entonces ya está: la social-democracia entró enteramente en el tipo de gubernamentabilidad económico-política que Alemania se dio desde 1948 (Foucault, 2004, p. 92).

Ahora bien, para comprender el modo en que el aparato de la social-democracia vino a quedar absorbido por la adopción del modelo neoliberal es preciso comprender cuáles son las críticas procedimentales que se venían gestando desde los años de la guerra y aun antes: estas las presenta Hayek en su breve artículo "Planificación y Estado de derecho" en *The Road to Serfdom*. El punto está en que Hayek va a decir algo así como "y bien, podemos alcanzar una forma de justicia para la sociedad, y una forma de previsión económica sin caer en este vaivén compensatorio de los efectos del estatismo y de la planificación total". Pero esa justicia no es la de los derechos sociales, sino la del *Rule of law*, y esa previsibilidad no es la de la planificación total, sino la del plan empresarial particular.

En el debate en torno a los modos de organizar la administración social se habían opuesto ya las posturas de Heller (1985), del lado de la social-democracia, y de Forsthoff (1933), que devendría partidario del estado totalitario nazi. En tal debate se presentaba una oscilación compleja entre el Estado social de derecho y el Estado social total: en primer lugar, para tener vigencia los derechos sociales tendrían que devenir justicia social reglamentada, es decir participación directa de los sindicatos que adoptan medidas de transformación, lo que podría dar lugar a un decisionismo que resolviera a discreción la lucha de intereses según tal o cual autoridad. Por otro lado, la planificación no puede volverse íntegra para la totalidad, ya que la misma tiene que considerar las diferencias de estamento, por lo que acaba volviéndose prestación de la necesidad particular en un sistema de dependencia y compensación. Lo que le va a oponer Hayek no es una especie de apertura desenfundada del mercado: es el auto emprendimiento en términos de gestión individual o auto-gestión empresarial, y es el predominio interventor de la ley que rige como precepto racional aplicado al caso prescripto sin discreción. Entonces:

auto-gestión por un lado e intervencionismo legal por el otro. Podemos ver, a su vez, cómo hay una radical diferencia entre lo que fue el neoliberalismo aplicado en Estados Unidos y Europa a mediados del siglo pasado, y el que fue aplicado en el Tercer Mundo a fin de siglo: este último no refiere al emprendimiento individual privado, sino a la privatización de la industria, no por los agentes empoderados, sino por las multinacionales, y a un régimen de intervención punitiva, que no opera por un legalismo aplicado, sino por una especie de persecución de las pequeñas “corrupciones sociales”.

Ahora bien, el punto de crítica va a estar en el problema de la socialización comprendida como racionalidad planificadora del bienestar y no como comunismo (es decir, como modificación de los estamentos, división y reforma de la repartición del territorio, apropiación social de los medios de producción, etc.). Se trata, entonces, de la socialización tal como Forsthoff (1933) y Heller la proponían: sea cual fuera su constitución y su administración, Estado social de derecho o Estado social total, esta suponía una determinada política social que generara a la vez agentes de empleo y sujetos de consumo. Para Hayek, en cambio, no tiene que haber una relación de compensación entre política económica total y política social que la remedia: tiene que haber una economía que uniforme la “desigualdad” a través de las privatizaciones, pero que asegure los riesgos permitiendo capitalizarse a los agentes por medios de sus incentivos e ingresos y, a través de ellos, adquirir seguridades sociales. Hay entonces una impulsión de empresas (pequeñas, medianas, grandes) por incentivos hacia su propia gestión y producción: no una relación de compensación entre empleo-cambio-consumo. Esto llevará: por un lado, una explotación de los recursos raros propios del “ambiente” (*Umwelt*) social e individual, y una explotación de los medios espaciales, desde la vecindad hasta la propiedad y la empresa: una *Vital politik* y una *Gesellschaftspolitik*. Ahora bien, Hayek va a formular este traspaso sobre una modificación del estatuto de la ley en “regla” (rule) que le da vigencia precisamente sobre este campo de intervención económico que tratamos de referir con respecto al neo-liberalismo.

## II. Hayek y el *Rule of law* como “régimen de la regularidad”

Nos toca comprender, entonces, cómo surge la confrontación con el socialismo y en qué punto sus críticas llevan a la reformulación del Estado de derecho, no como *sozialer Rechtsstaat* sino como *Rule of law*. Como punto de partida, es preciso notar que Hayek escribe *Camino de Servidumbre* como una reacción ante la caída de Weimar: discute, entonces, con la definición del *Rechtsstaat* comprendido simplemente como una determinación de la legalidad sobre los actos de administración que la aplican; legalidad que, a su vez, es el objeto de una determinación puramente constitucional, la cual rige en la democracia-social. Para Hayek, en virtud de su instrumentación socializante en términos de planificación

gubernamental, esta concepción de la legalidad formal parece ser instrumentalizable con los estados de tipo total, de modo que es preciso especificar y revisar nuevamente la índole del Estado de derecho en cuestión para comprenderlo como *Rule of law*, es decir como “reino” o “régimen” de la ley. Ya en el encabezado del capítulo *Planning and the Rule of law*, que comprende una cita de Mannheim, se puede entrever en qué va a consistir la transformación del Estado derecho: se trata de ajustar el concepto de “ley formal” para el juicio de cada caso, mas basado no en el punto de vista del juez sino del sujeto racional agente, con la fase liberal competitiva del capitalismo moderno.

Lo que es específico a nivel procedimental del denominado Estado de derecho consiste en la formación de tal correspondencia: en primer lugar, hay que considerar un problema de “cognoscibilidad” del campo de sujeción social al que la transformación de la ley apunta, es decir, de la “sociología” supuesta por el Estado de derecho: la imparcialidad legislativa, en la relación entre ley y aplicación, dice Hayek, no puede saber nada, sin embargo, de los efectos de la misma aplicación. Ahora bien, si el aparato administrativo excede la aplicación misma, entonces dejaría de ser imparcial: sin embargo, a quien le conciernen los efectos particulares es ante todo a los individuos que persiguen determinados fines. De allí que la función de la legalidad tiene que ser aquella de la asistencia de esta relación entre los fines particulares y los efectos substanciados. El Estado de derecho implica entonces una previsión del Estado, pero solo en términos de legalidad procedimental, la cual en verdad está al servicio de los planes individuales: en su defecto, cuanto mayor planificación estatal se produjera, menores serían las capacidades de planificación individual. Según Hayek, esto sucede de la siguiente manera: se trata de restringir el consumo por medio de una gestión del capital y la labor, a partir de la cual se dividen los gastos del trabajo en proporción a los ingresos con respecto al capital invertido. Ahora bien, dice Hayek, en la economía de planificación total, donde están implicados cientos de millones de individuos, es imposible decidir a partir de un cálculo claro de las ganancias y las pérdidas: y es precisamente esto, es decir la relación costo-beneficio, lo que define al efecto singular substanciado. Una planificación individual, en cambio, se basa en el hecho de que el agente racional puede calcular, al nivel de los efectos esperados, qué tanto gana y que tanto pierde: mas lo hace de forma subjetiva con respecto a ciertos riesgos posibles de pérdida y ciertas expectativas de provecho.

El punto de vista de la crítica es precisamente al nivel de la cognoscibilidad de los efectos económicos de la intervención gubernamental: notemos que ello va de acuerdo con la tesis neoliberal de que, tanto la conducta micro-económica de la maximización de las preferencias, como la macro-económica de la concurrencia, no son datos o procesos dados, sino que deben ser inducidos bajo reglas fijas y estrictas. Ahora bien, si se reduce este proceder a simples “medidas”, el problema en

cuestión, entonces, estaría en una “moralización” del estado: curiosamente, esta misma crítica será repetida por Claude Lefort con respecto a lo que este denominaría los “riesgos” de la democracia y la supuesta “proximidad” de esta con el totalitarismo. La misma, según Lefort (y aún su discípulo Rosanvallon), residiría en la “totalización” de ciertos “valores” individuales: críticas que, a diferencia de aquellas de Arendt o Foucault centradas ante todo en el problema bio-político implicado en los llamados Estado totales, apuntan de forma general y cíclica, que supone a su vez el carácter exclusionario en que esta totalización se lleva a cabo, pero lo traslada de forma general a todos los planos. En este punto se pueden entender las consecuencias analíticas del intento de adaptación de la racionalidad exclusionaria schmittiana al discurso sociológico que Lefort tentaba: en la democracia está supuesta una decisión del “adentro” y el “afuera” pero que no concierne, como en el totalitarismo, al amigo-enemigo, o bien a su traslado en términos racistas, sino a los “valores” supuestos por un aparato jurídico formal. Con respecto a ello, ya el mismo Foucault (2004) se había detenido sobre la estrategia de la cual se sirvió el neoliberalismo para criticar a los regímenes totalitarios: esta tomaba como punto de partida una especie de “fobia” generalizada hacia el Estado basada, por otro lado, en la afirmación de Zaratustra según la cual el Estado es ese monstruo “grande y frío” que vendría a aplastar a los individuos. Sin embargo, a diferencia de la sociología de Lefort, Habermas o Rosanvallon, la estrategia de Hayek está en referir esta impugnación a una tendencia procedimental antagónica, partiendo del problema de la referencia misma a lo “social” como “justicia” (Estado social de derecho):

“Uno puede escribir la historia del declive del Estado de derecho, la desaparición del *Rechtsstaat*, en términos de una progresiva introducción de esta fórmula vaga en la legislación y jurisdicción -se refiere a lo que es “justo” (*fair*)- y del crecimiento de la arbitrariedad e incertidumbre, y la falta de respeto consecuente, a la ley y la judicatura, la cual, en estas circunstancias no puede devenir un instrumento de gobierno” (Hayek, 2005, p. 81).

En cierta medida, Hayek va a tentar de escribir esta historia retrospectiva en el capítulo once de *La constitución de la libertad*: se trata allí de hacer una historia del modo en que la definición “formal” del *Rechtsstaat* por los liberales de principios de siglo XIX, de Robert Von Mohl (1844), va introduciendo modificaciones de carácter “material” —ya desde Lorenz Von Stein (1852)— que apuntan a la “equidad”. Ahora bien, el riesgo de apelación a la “equidad” o a la razonabilidad socializante no está solo en el recurso referido a una decisión política estatal, sino en que esta le es delegada a la discreción de los jueces en su decisión frente al caso concreto: se les otorgaría con ello una autoridad arbitraria. Y este doble movimiento, por un lado de extensión de la decisión estatal a la planificación total, por otro de la instancia judicativa a la discreción frente al caso particular, es el que habría

generado el declive del Estado de derecho. De esta manera (consideración de planificación total, apelación a la justicia social), se produciría la irrupción del Estado totalitario: este apunta ante todo al caso, el estado de hecho liberado con respecto a las necesidades particulares. Se ve roto, entonces, el *rule of law* con respecto a la vigencia del contrato formal en el *Rechtsstaat*, y nos devuelve a lo que Hayek, retomando a Dicey, denomina el *rule of status*, a un régimen de los estatus o estamentos. Esto sucedería ante todo porque, en el desequilibrio de una planificación total que no incluye los efectos individuales considerables, se volvería necesaria a su vez una justicia social reparadora de los daños colaterales.

En cierta medida, Bilger se equivoca al oponer, aunque de manera parcial, la postura de Hayek, como defensora de los derechos individuales, a la de Böhm que, como veremos más adelante, vendría a reforzar la legalidad: el *Rule of law* al que apela Hayek es algo más que el mero contrato y su quiebre por el régimen estamental, lo es, en cambio, “en el sentido del régimen de la ley formal, la ausencia de privilegios legales de los agentes en particular designados por la autoridad, la cual, a su vez, salvaguarda a la igualdad frente a la ley, la cual es lo opuesto al gobierno arbitrario” (Hayek, 2005, p. 82). La igualdad ante la ley, entonces, es la igualdad de medios instrumentales puestos al servicio y la disposición de cada fin de la planificación en particular, lo cual se opone a las necesidades o intereses del estamento o la clase, según la asignación de ciertos privilegios. A su vez, el reino de la ley concierne a una igualdad formal, no en el sentido de los denominados “derechos subjetivos” clásicos de la “libertad, propiedad, seguridad”, sino de los medios instrumentales que la legalidad dispone para que cada uno se encuentre en menor o en mayor disposición de alcanzar el fin individual que se propone. Medios, entonces, que son objetivos en cuanto dan objetivamente a todos las mismas oportunidades por igual, pero no en la misma “chance” subjetiva con respecto al éxito y a la expectativa de alcanzar tal o cual finalidad. Dan entonces, no algo (un bien, un sustento social), sino un medio para la planificación que, sin embargo, no asegura la chance subjetiva con respecto al efecto esperado.

Es preciso notar que la reformulación del Estado de derecho no vuelve entonces a los términos clásicos de la tratadística del siglo XIX: este operaba en términos del pasaje de la constitución a la administración equiparando a la misma con el pasaje de la ley a su aplicación. Lo que Hayek exige, en cambio, es una igualdad con respecto al “enforzamiento” (*enforcement*) de la ley considerada con una especie de razonamiento de causa-consecuencia a nivel de los medios procedimentales; por un lado, este medio instrumental objetivo es referido a aquello que en la economía se denomina el “cálculo de la utilidad esperada”. Ahora bien, mientras el cálculo mismo concierne a la planificación de los efectos subjetivos, el medio provisto por el Estado de derecho como régimen de la ley concierne a la regulación causa-consecuencia que opera, sin embargo, en la imprevisibilidad de los efectos

particulares, más que en la predictibilidad de los procedimientos o conductas que ejecutan sus medios. Frente a la providencia planificada, la predicción regularizada: no un contrato garantizado por los derechos subjetivos, sino una legalización coercitiva y una supervisión de los actos legislados. En otros términos, la transformación decisiva del Estado de derecho concierne a lo que Raz, siguiendo a Hardt, va a llamar la “utilidad” de la ley como coordinadora de la conducta: si bien la ley supone, en Hayek y en Raz, un agente racional que opere una especie de cálculo de acto-consecuencia, el enforzamiento legal concierne al carácter imprevisible del efecto: bien puede alcanzar el provecho, bien puede perderlo, pero si lo hace bajo el protocolo legal tendrá la facilidad de coordinación que lo exime de una posible punición por sus obras. Así, lo que la ley permite es predecir una conducta tal o cual en su coordinación, como es el caso de la circulación de los peatones (ejemplo de lo que Deleuze llamaría la “sociedad de control”): “lo importante reside en que la regla legal nos compela a predecir las actitudes de las otras personas de manera correcta, y requiere que sea aplicada a todos los casos” (Hayek, 2005, p. 83). La corrección solo rige si la regla es aplicable a todos los casos sin excepción: pero ello no quiere decir que todos sigan la regla. No se trata de que todas las conductas sean predecibles con respecto a su regularidad, sino también con respecto a su irregularidad: en este sentido, hay que entender el hecho de que no importa el contenido de la regla como la coerción universal de las conductas legales e ilegales. El punto de partida, entonces, no es solo la razonabilidad de cada planificador (subjetiva) sino la coordinación objetiva de todas las conductas sociales:

La cuestión de relevancia concierne a determinar en qué casos los individuos pueden predecir la acción del Estado y hacer uso de su conocimiento como un datum en la formación de sus propios planes, con el resultado de que el Estado no puede controlar el uso hecho por su propia maquinaria, y que el individuo sepa con precisión qué tan lejos estará protegido contra la interferencia de los otros, o en qué caso está el estado en posición de frustrar sus esfuerzos individuales (Hayek, 2005, p. 84).

Es posible notar que, en este punto, la formulación del campo de sujeción al que apunta la regla vigente en el Estado de derecho neoliberal supera las críticas a las que ha tendido con frecuencia la descalificación de su aparato coercitivo: el *Rule of law* es, en cierta medida, un contrapeso que prevé de no recurrir de forma directa a las políticas del *Law and Order*. Por último, Hayek va a detenerse sobre dos puntos que, hasta ahora, habían quedado en cierto suspenso: en primer lugar, la relación entre seguridad y libertad, donde la primera no refiere ya a las necesidades inmediatas y la segunda no refiere ya a un derecho. En segundo lugar, a la universalidad del *Rule of law* como diversa a la legalización de todos los actos en un Estado republicano o democrático tal o cual. En este punto, la discusión es más

bien con Kelsen y con los teóricos del *Rechtsstaat* liberal de Weimar a los cuales, si bien reivindica, lo hace con ciertas distinciones: en primer lugar, dice, el *Rule of law* como régimen de la ley no es simplemente el Estado de derecho garante de la constitución formal en sus derechos, sino la constitución como materialización e incorporación de la libertad en su carácter universal: libertad, en su materialidad particular, no es entonces un simple derecho, sino una salvaguarda o seguridad. La cuestión está, entonces, en una relectura del lema “gobierno de las leyes antes que gobierno de los hombres”. En Weimar, la misma comprendía ante todo la supresión de la obediencia personal a una autoridad suplantándola por la obediencia impersonal a las leyes. Sin embargo, esto aún refería, entre los tratadistas weimarianos, a la relación entre la soberanía popular y el gobierno democrático. De modo que, en Weimar, si el legislador soberano lo autorizaba por la unanimidad de la chance (la mayoría del voto) el gobierno estatal podía proceder a actuar en conformidad con lo legalmente estatuido.

Podemos dar, entonces, una definición general del Estado de derecho según la cual este consiste en la regulación efectiva de la objetividad en la coordinación de la conducta. Y es en este punto de confrontación donde Hayek pasa a considerar una cuestión decisiva: el Estado de derecho como régimen de la ley, dice, no tiene nada que ver con la autorización legal de los actos por parte de la constitución del Estado. El *Rule of law* no concierne, al menos en su sentido *propisimo*, a la legalidad en su carácter “jurídico”. En primer lugar, porque esta legalidad no garantiza que, aun por medios perfectamente constitucionales, un régimen arbitrario se ponga en el lugar del poder. El carácter del reino o régimen de la ley no es entonces meramente legal: concierne más bien a una regularidad al hecho de regir (*rule*). El estado de derecho, entonces, se transforma en el *Rule of law* cuando (a) se universaliza como régimen de ley que dictamina las reglas del juego para la libre concurrencia, es decir, que da las pautas de acción para proceder correctamente en vistas del ejercicio de la libertad en el mercado, más según la planificación individual de cada uno. En segundo lugar (b) cuando lo definitivo no pasa a ser la legalización sino el modo en “reforzar” la ley: el Estado de derecho, entonces, es un régimen de ley en el sentido de una “regla del juego” que permite la prevención por parte de los individuos de cómo será usado y dispuesto el poder coercitivo. Diverso de ello, en cambio, es la ley autorizada o autoritativa que es acatada al provenir de tal o cual instancia de poder, sea democrática o totalitaria, y que se rige por méritos o estatutos oficiales de los que están al mando.

El Estado de derecho es un “estado”, una situación regular que surge de la vigencia y el carácter fijo de la reglamentación procedimental según ciertas “reglas del juego”: se trata de las reglas establecidas para “mantenerse en carrera”, es decir, en el curso de la competencia. Reglas entonces que limitan al agente, impidiéndole devenir una autoridad o un examinador arbitrario. Lo decisivo, entonces, está

en no referir la ley a particulares, ya sean gobernantes, ya sean gobernados, sino a actos-conductas. Sea entonces por regulación del ejercicio de la libertad en el protocolo civil puesto en vistas de un fin planificado, sea por la penalización de los actos, según el principio clásico de *ninguna pena sin ley*, no se entiende con ello únicamente el hecho de que debe haber una regla que prevenga la aplicación de la ley al caso individual, sino más bien una coerción de la conducta con respecto a la relación entre el acto antecedente y su consecuencia efectiva. Esto nos permite, entonces, considerar el problema de la libertad: sin duda como Hayek puede reclamarse en el lema del “gobierno de las leyes, y no de los hombres” así también puede reclamarse en la apelación a los “derechos invulnerables” del hombre: sin embargo, si en el caso de la ley la cuestión no está en su carácter coactivo, sino en el enforzamiento de su coercitividad, con respecto a la libertad la cuestión no apunta tanto al derecho como a la garantía de su seguridad.

### III. La formación del Estado de derecho ordoliberal de la escuela de Friburgo según Bilger

Sin duda, François Bilger con su estudio *La pensée économique allemande dans l'Allemagne contemporaine*, fue el primero en definir con claridad la manera en que el Ordoliberalismo alemán determinaría su régimen económico a través de la ley: determinación que supone una modificación radical del concepto-función del *Rechtsstaat* liberal que pudimos entrever con Hayek, pero que tiene su culminación con Walter Eucken y la escuela de Friburg. Según Bilger, en el liberalismo clásico habría un aparato político que “reclama un Estado de derecho”, tal como lo formulaban los tratadistas del siglo XIX, y un aparato económico, que reclama una “liberalización natural”, sea por parte de los fisiócratas, por Smith (Bilger, 1963, p. 146). Ahora bien, la posibilidad de establecer una correlación entre ambos regímenes, jurídico y económico implica una modificación de ambos términos que solo podría ser formulada luego de las crisis del liberalismo a principios del siglo XX: esta modificación delimita efectivamente en lo que los neoliberales denominan el *Ordo*, comprendiendo por ello a la libre competencia establecida de forma artificial a través de los mecanismos del *Rechtsstaat*, cuya función jurídica pasará a estar centrada de forma eminente en un derecho económico o lo que se denominara la *Wirtschaftsverfassung*.

Según Bilger, el ordoliberalismo modifica los términos de la tratadística liberal del siglo XIX porque el supuesto de las relaciones de poder imbricadas en la sociedad es el que se ve modificado: ya no se parte de un concepto contractual de la sociedad civil. De allí que la crítica a la función clásica del Estado de derecho concierne a su carácter limitante de la esfera del poder: es preciso que este venga a limitar a (a) la administración arbitraria que, al operar en vistas del “interés general” corre el riesgo de dañar las libertades individuales, y a (b) la amenaza que

los ciudadanos presentan los unos contra los otros en su interés particular. Ahora bien, una vez formulada la cuestión en tales términos, es evidente que lo que se desplazó, entonces, no es solo la función de la limitación, sino el concepto mismo del poder: en su forma clásica, el poder era, por un lado, el poder soberano, cuyo límite establecía la constitución ateniéndolo a la legalidad, por otro lado, el poder era el poder de la policía gubernamental por parte de una administración que tenía que atenerse a la aplicación de la ley. Ahora, en cambio, lo que antes era límite pasa a ser punto de intersección del poder al cual es preciso poner un nuevo límite: es la misma ciudadanía amparada en la constitución la que entra en conflicto interno como sociedad civil, es la misma administración social la que se se excede de su restricción a la aplicación. En otros términos, es la misma libertad de funcionarios y civiles la que, sin regulación eficaz, deviene “dañosa” o “amenazante” a la libertad:

El principio general del régimen económico ideal, según los ordoliberales es su naturaleza de *Rechtsstaat*. El régimen tiene que instituir un Estado de derecho u ‘ordo’, oponiéndose al estado de naturaleza y al estado de fuerza. Ciertamente, las formas cambian y hay diversos tipos de Estado de derecho. Pero es un fenómeno universal que aparece en todos lados si uno se preocupa seriamente de realizar la (...) libertad (Bilger, 1963, p. 147).

Lo que se critica, a la par con Hayek, son los supuestos a través de los cuales la formulación clásica del *Rechtsstaat* pudo dar lugar a un aparato de socialización no reglamentado operante por medidas planificadoras (diversas de los decretos de necesidad y urgencia). Según las críticas al derecho liberal clásico de la Escuela de Friburg y, ante todo, de Franz Böhm, la función del Estado de derecho se habría atenido en el siglo XIX a ponerle un freno al poder absolutista, sea en la forma de la soberanía, sea en la forma de la policía: este freno generaba un doble aparato del *Rechtsstaat* que, como hemos analizado, articula la legalidad con la administración. Pero el poder que se vuelve preciso limitar en el siglo XX concierne a la relación entre los mismos miembros de la sociedad civil como núcleo y foco de intereses en pugna: sea por el impedimento del emprendimiento individual supeditado al interés general de la administración social, sea por la explotación y la arbitrariedad del empleador sobre el proletario, en un aparato de contratos para la venta de la fuerza de trabajo monopolizado por las empresas líderes en el mercado. El estado de derecho tiene que sobrepasar a través del derecho, entonces, dos instancias conflictivas e irregulares de facticidad concernientes a las relaciones de poder que se establecen en la sociedad civil un límite previo: limitar, entonces (a) el estado de fuerza político ejercido por el poder arbitrario de la administración dirigista de los funcionarios burócratas y (b) el estado de naturaleza económico desencadenado por una liberalización del mercado puramente anárquica, don-

de los empresarios monopólicos rigen sobre el proletariado. Mas una limitación tal solo puede ser efectiva, no bajo una relación entre legalidad y aplicación, sino entre una reglamentación económica que permita, a su vez, una regulación de la economía. Si se alcanzan los medios efectivos para ello, entonces el éxito individual de cada uno podrá coincidir con el desarrollo social de la industria, por un conjunto de mecanismos que es preciso dilucidar:

La reglamentación no será sin regla, y la libertad sin excepción; la libertad no será la regla y la reglamentación la excepción. El Estado de derecho exige un régimen de libertad reglamentada donde ningún derecho es sin deber y ningún deber sin derecho. Toda reglamentación será definida, toda regulación sea limitada (Bilger, 1963, p. 148).

Como se ve, la racionalidad gubernamental no se basa aquí en supuestos sobre el funcionamiento social: se basa en una regla imperativa donde la misma libertad es un producto de la regulación. Es en este punto donde Eucken, y casi toda la Escuela de Friburg entra en confrontación con la posición de Hayek con respecto al *modus operandi* específico del *Rule of law*: en el caso de Hayek el Estado de derecho operaba por medio de una especie de reducción de la constitucionalidad a las garantías y las seguridades, de una libertad sin intercesión alguna más que en caso de generarse una contravención, y donde la ley se presentaba como el medio coercitivo para la realización de los fines de la planificación. Para Böhm, en cambio, es preciso que se elabore un orden constitucional de forma exhaustiva, cuyo contenido no consista en derechos o garantías, sino en una especificación de los mecanismos concernientes a la legalidad misma. El carácter del orden constitucional no es entonces el de una protección política de los derechos fundamentales: se trata más bien de una especificación de la reglamentación que venga a regir de forma directa sin mediación de una aplicación administrativa más que en lo concerniente a las instancias judiciales. La legalidad constitucional tiene que reglamentar de forma directa con eficacia de regulación garantizada por los medios de policía o vigilancia, y no por un aparato de apelación más o menos burocrático. Mas esto solo puede realizarse bajo la forma de un contrapeso que haga depender el derecho civil, publico y privado de una legislación económica, la cual reduzca por anticipado las facultades de la administración publica: “El Estado de derecho no existe verdaderamente más que cuando el sistema del derecho público y privado contiene un derecho económico” (Bilger, 1963, p. 148).

Tenemos aquí otra formulación paralela a aquella norteamericana que concebiría al *Rule of law* como el estado regular donde rigen *la ley y el orden (law and order)*: se trata de un *Rechtsstaat* donde lo que rige es el *Ordo*, es decir, el contrapeso de la acción administrativa que viene a instaurar un “orden legal integral”. Su formación, en principio, parece ser la misma que formula Hayek: la garantía de los derechos tiene que estar regulada por órganos impersonales e independien-

tes mutuamente que vengan a imponer las sanciones legales a las violaciones correspondientes; por otro lado, el derecho tiene que ser general y no del caso, de modo que solo se aplique a todos y no a un individuo tal o cual según su estatuto social. Mas estas especificaciones solo adquieren una función concreta al referir a un campo de intervención tal o cual: en primer lugar, este campo no es la sociedad civil, sino la población en su conjunto, y nunca tomada como parte compensatoria (como veíamos en el socialismo de Forsthoff); en segundo lugar, la reglamentación tiene que suponer anticipadamente, no la protección de un derecho ante un caso de contravención, sino (a) partir de condiciones y (b) reaccionar ante efectos, comprendiendo a los mismos en un medio de vida económico de la población misma. De allí que lo decisivo esté en limitar a la administración social del bienestar y no a un poder soberano: según Eucken, (que formulaba estas propuestas en los años previos a la crisis de Weimar contraponiéndose a la social-democracia) es la administración la que debe hallarse “subordinada a la constitución económica y a la decisión fundamental”. No se trata, entonces, de una constitución en sentido de una determinación de garantías sociales por una negociación política, sino a nivel de la impolítica gestión económica: la oposición reside, entonces, entre un orden jurídico legal aplicado a la economía, el denominado *Ordo*, frente a las restricciones administrativas del Estado (sea meramente social, o sea “Estado social de derecho”). Es aquí donde Bilger distingue la posición de Böhm frente a la de Hayek:

Esta posición lo aleja, no solamente del despotismo ilustrado sino también de los liberales a la inglesa, cuyo representante principal es Hayek. Este se encuentra en una completa admiración frente al Rule of law británico, con sus privilegios, sus contrapesos, y las garantías de todos los géneros. Su lema es que el derecho protege la libertad, mientras que la ley la mata. Este ultra-liberalismo es absolutamente opuesto a la Escuela de Friburgo, cuyo pensamiento tiene como representante principal a Franz Böhm, y a sus discípulos (Bilger, 1963, p. 150).

La libertad que está en juego es producto de la regulación de la ley, más porque el contenido de la ley es aquel de la conducta económica: de allí que Bilger, que pretendía explicar el sistema neoliberal en términos de una especie de contrato social, formule los términos de una asamblea constituyente, como el punto en que se vienen a establecer los medios jurídicos para asegurar una libertad, tanto económica como política, de forma indiscernible y simultánea. Hay, con respecto a ello, una cuestión de relevancia que permite distinguir las determinaciones de una asamblea democrática puramente horizontal de aquellas que se propone formular, de manera hipotética, el programa neoliberal: en este, mientras que la constitución formulada en términos políticos responde al voto directo y a la delegación de pueblo, en términos económicos es preciso establecer una especie

de mediación a través de un aparato tecnocrático conformado por economistas. Así, la votación popular solo tendría que determinar los valores fundamentales del sistema económico que, a través de la deliberación intersubjetiva, se elegirían para ser respetados: pero estos valores tienen que ser acomodados a las necesidades objetivo-científicas del sistema económico en cuestión por “especialistas teóricamente formados”, es decir, en este caso, por tecnócratas neoliberales. Luego de esta determinación de la reglamentación económica objetiva, los elementos teórico-económicos serán traducidos al lenguaje del derecho en un reglamento (y no en medidas) por juristas calificados. Por último, el reglamento vuelve a la instancia deliberativa de la votación popular que se pronuncia sobre ello tomando la “decisión política global” (*Politische Gesamte entscheidung*), la cual puede someterse a reformas solo a través del mismo protocolo antecedente. El carácter reglamentario de estas determinaciones asegura que no se trata de medidas económicas planificadoras que vienen a delimitarse por un estado de hecho frente a las necesidades eventuales del caso, sino que lo determinante en la constitución económica es un modelo tipificado que se fija a través del Estado de derecho: y este no es sino un régimen de leyes políticamente decididas que cada ciudadano debe respetar siendo sancionadas bajo pena. Es por ello que no tiene objeto, con respecto a este programa constitucional del ordoliberalismo, hablar de una distinción entre la constitución política y la económica: es a través de la reglamentación basada en el modelo primario que, de forma consecuente, se determinan los procedimientos formales para coordinar y regular el ejercicio de las libertades individuales en su diversidad de planes. De allí que, así como se abandona de antemano la forma clásica del Estado de derecho liberal (constitución y administración, legalidad y aplicación) como escindida de las leyes naturales de la concurrencia (es decir, la anarquía de mercado), así también se abandona no solo la planificación fáctica centralizada del Estado social a través de la administración, sino la tentativa de fijar las medidas sociales en un conjunto de derechos de los cuales cada ciudadano sería portador en el Estado social de derecho.

Si esto es así, entonces la reglamentación que establece la constitución como ley fundamental tendría que responder a la delimitación económica correlativa de un “orden concurrencial” (*Wettbewerbsordnung*): y estos serían los caracteres de un Estado de derecho (*Rechtsstaat*) que define el Ordo a nivel de su constitución socio-económica. De modo que es a través de ciertos principios de reglamentación primaria y de regulación de las garantías que podemos entender el modo en que la ley constitucional delimita su medio de aplicabilidad a un campo de intervención variable. Ahora bien, los ordoliberales van a comprender a su vez una transformación del campo de sujeción del derecho constitucional: si la libertad pasa a determinar un modo de comportamiento regulado por la legalidad bajo coerción, a su vez el individuo mismo modifica su estatuto con respecto al modo en que su persona es reconocida por la constitución. No se trata de distinguir, al

menos en principio, entre un ciudadano como portador de los derechos fundamentales (liberales, sociales, etc.) frente a un funcionario sujeto al deber de rendir un servicio como prestación hacia la administración del Estado: se trata más bien de distinguir en un mismo individuo sujeto a la ley un poder de regir como ciudadano, más precisamente allí donde su función es más pasiva, es decir como consumidor “soberano”, y una obligación de obedecer como funcionarios, precisamente allí donde su función es más activa, es decir, como productor o trabajador.

Foucault (2004) señalaba con suspicacia el modo en que los ordoliberales se habían servido de principios formales cuyo contenido podía variar según el campo de aplicación tal como los fenomenólogos hacían variar los datos hyléticos a partir de estructuras formales de cognoscibilidad. Análogamente, Bilger sostiene a lo largo de su análisis la formación del ordoliberalismo alemán a la luz de la axiología propugnada por el neokantismo de Ritter, lo cual permite diferenciarlo en su determinación jurídica, tanto del decisionismo, basado en una filosofía vitalista y existencial, como del positivismo, basado ante todo en el carácter más formalista del neokantismo: la distinción clave que tomaría Eucken de Ritter es aquella que merma entre la esfera de los valores, o ideal, y la esfera del ser o los hechos efectivos. Lo singular de esta distinción que, por otro lado, estaba a la base del derecho de Kelsen, consiste en que no se resuelve en términos de una escisión, como sucedía en el positivismo, sino de una valuación en términos tendenciales. Los valores, entonces, no son dados por sí: se trata más bien de que, partiendo de condiciones de variación dadas como “dinámicas”, e incluso contradictorias, es posible establecer un conjunto de procedimientos reglamentados que determinen la posibilidad de alcanzar un proceso regulado de forma tendencial. Como vimos, los procedimientos de reglamentación son ante todo legales, mientras que los procesos regulados son económicos. La tendencia entonces varía con respecto a un índice máximo o límite que concierne a la perfección determinada por la regla de modo anticipado. Y en cuanto el límite tendencial del proceso económico, no es sino una medida legal. No sin cierta ironía, Bilger puede decir que la constitución no es sino el “sistema económico adoptado” (Bilger, 1963, p. 163): de hecho, al final del tratado, que se ocupa de estudiar las repercusiones de la doctrina ordoliberal en las políticas de la República federal alemana desde Schumpeter, Bilger se detiene a referir con cierta sorpresa el giro “impolítico” del que se vieron teñidas las corrientes de la social-democracia alemana en la postguerra, diagnóstico que es retomado por Foucault (2004) en su análisis de la cuestión.

A su vez, del mismo modo que Foucault lo haría en el análisis de la modificación del derecho penal por los neoliberales (en la relación entre la pena y la infracción), Bilger establece los términos análisis para el derecho civil en el *Ordo*: y ambos apuntan ello al modo en que se establece una reducción del campo de sujeción jurídico a los términos de un nuevo *homo oeconomicus* diverso de aquel

formulado por los utilitaristas. Según Bilger, en primer lugar, el ciudadano cuyos derechos son reconocidos por la ley es el individuo como garante efectivo que ejerce soberanamente los “derechos del consumidor”; en segundo lugar, el funcionario oficiante como servidor efectivo deviene el individuo gobernado en cuanto acata los estatutos del trabajador. Mas esta reducción de las facultades y los deberes del sujeto jurídico a las competencias y restricciones del *homo oeconomicus* tienen que ser examinadas con detenimiento en nuestro análisis, ya que las mismas definen los términos de la transformación del campo de sujeción que viene a establecerse con referencia del concepto-función del Estado de derecho.

Con estos desplazamientos de los elementos vemos modificado radicalmente el mecanismo de limitación concerniente al *Rechtsstaat* clásico a través de los medios jurídicos positivos: en primer lugar, la limitación del poder soberano por la constitución; en segundo lugar, la limitación del poder de policía por la administración. Lo que se introduce, más bien, es una limitación del derecho del ciudadano reconocido por la constitución a través de las garantías otorgadas al consumidor para establecer demandas, apelaciones y reclamos; por otro lado, una limitación del deber de servicio exigido por la administración a través de los estatutos fijados a los cuales se debe atener el empleo del trabajador o productor. En este punto puede decirse que esta modificación es a la vez correlativa y opuesta a aquella que proponía Heller (1985) con respecto a la determinación del Estado social de derecho: el mismo proponía, por un lado, extender la lista de los derechos sociales en reconocimiento del estatuto del trabajador y, por otro, incrementar las instancias de apelación administrativas para establecer negociaciones en torno a las necesidades de abastecimiento de las masas obreras. No hace falta referir que en el Estado de derecho como régimen de la ley esta determinación se ve diametralmente invertida: es el consumidor el sujeto de apelación a una demanda o negociación, y es el trabajador el sujeto de fijación estatutaria a un servicio. Por otro lado, se ven suprimidas las facultades políticamente activas de los derechos sociales o de las decisiones administrativas: es el derecho a la libertad de consumir, producir y cambiar lo que queda sometido a la reglamentación de las leyes positivas que delimitan de forma anticipada los términos de su ejercicio efectivo, tanto en sus garantías pasivas como en sus funciones activas.

No solo se trata, en este sentido, de una reformulación del sujeto económico, sino del sujeto de derecho que, en el Estado de derecho clásico, presentaba una dualidad con respecto a la doble función de la constitución y la administración: mientras que el sujeto de primera era aquel al que le eran reconocidos los derechos, el sujeto de segunda era el oficiante de los deberes. De modo que es retomada en esta división del campo de sujeción, en cierta medida, aquella dialéctica ya presente en Kant y Hegel, según la cual la limitación de unos sujetos frente a los otros se formula en los términos de que “el derecho de uno es deber para los otros,

y el deber de uno comienza en los derechos del otro”. Pero aquí esta tensión está referida a la limitación de un conflicto de intereses que concierne a las dos caras del *homo oeconomicus*: esta limitación en términos legales formales determina la coacción del comportamiento entre el consumidor como reclamante y el productor como ofertante, el demandante y el servidor, siendo ambos dos caras del mismo individuo como “emprendedor”. Y el lugar del emprendedor aquí es el de todo sujeto inserto en la concurrencia, donde la diferencia entre empresario y obrero tendría que verse tendencialmente sosegada: de allí que no haya, en este sentido, una repartición del poder al nivel de apuesta en operación de un emprendimiento, pues no se puede servir a otro amo que al de la reglamentación de las leyes del mercado dictadas por cada uno para sí mismo:

El Estado debe establecer para el participante individual en el proceso económico obligaciones concretas y, en primer lugar, el deber de la concurrencia. El pasaje de la libertad de la concurrencia al deber de la concurrencia es una consecuencia necesaria del hecho de que el Estado en un régimen económico, como lo exige la Escuela de Friburgo, no solamente libera el automatismo sino que asegura que sus reglas sean respetadas por todos. Estas obligaciones pesan sobre los emprendedores (Bilger, 1963, p. 162).

Encontramos en esta caracterización algo más que una caracterización doble del campo de sujeción concerniente a la planificación del sujeto emprendedor: se trata de una definición del régimen político. A partir de esta delimitación de poderes se derivaría lo que Bilger denomina, de forma por cierto oracular, la “democracia económica global”, es decir, el *Ordnung* de la delimitación de los poderes en la regulación de la concurrencia a través de los reglamentos del *Rechtsstaat*. Pero el término “democracia” aquí no menta otra cosa que al hecho de que en este régimen de la ley reina la soberanía del consumidor y el gobierno del productor, siendo este el mismo emprendedor en sus dos “caras”: “Si el individuo obedece en cuanto funcionario, él manda en tanto que ciudadano. Y si el individuo obedece en tanto que trabajador, se debe hacer todo para que mande en tanto que consumidor” (Bilger, 1963, p. 163). El régimen democrático es “participativo” no por el reconocimiento de derechos especiales a las clases, ni por mecanismos de negociación sindical con la administración: en la óptica ordoliberal una ordenación tal supondría desde ya una disimetría entre los portadores de derechos sociales y los portadores de derechos liberales, o bien, a nivel de la negociación entre los empleadores y los obreros empleados a través de los cuales mediaría la administración en sus medidas de arbitraje. La participación, en cambio, concierne a que la lucha de intereses se ve limitada en un equilibrio tendencial, que se determina a partir de una válvula de regulación indirecta entre cada uno de los emprendedores mismos: esto no supone, por lo tanto, una conciliación de los intereses sectoriales

en unos intereses generales a través de una medida unilateral. No supone, tampoco, una asociación monopólica de intereses: más bien limita ambas posibilidades, comprendiendo al interés general como la interacción entre los intereses del consumidor y aquellos del productor mas, cosa curiosa, sin la intervención de un Tercero, es decir, del Estado como regente del “interés común nacional”: “El estado de derecho reposa, por el contrario, en la idea de una primacía del interés social, parcialmente encarnada en la idea de una constitución establecida libremente, y expresando todos los valores de la personalidad humana” (Bilger, 1963, p. 163).

Ahora bien, la reducción de los medios de la administración por medio de una reglamentación constitucional fija no anula la determinación de leyes secundarias que permitan la aplicación de tal reglamento. De allí la modificación del estatuto de la relación entre la economía y el derecho: esta normatividad del ordoliberalismo no es “pura”, como podría verse en Kelsen, de un modo que se referiría a la facticidad de forma separada de la esfera del deber-ser, concerniente a la normatividad misma. En la racionalidad que formulan los ordoliberales, en cambio, la norma no es coactiva con respecto a un deber (derecho positivista) pero tampoco con respecto a un ser (leyes naturales de la economía), sino en la efectividad de sus medios de coerción: estos permiten regular el proceso a través del refuerzo de los procedimientos reglamentados. Ahora bien, para que de esta intervención por procedimientos reglamentados se siga un proceso de regulación es preciso suponer que las variables dadas ya implican un orden relativo de por sí: ya que, si no fuera así se volvería al dilema de ruptura que, si bien resuelve el pasaje de la norma al acto, lo que no podría resolver sería el pasaje de una variación caótica dada a un orden establecido. De allí también la importancia del recurso a la normatividad tal como estaba contenido en el concepto clásico del Estado de derecho: este, para poner en funcionamiento un aparato de orden jurídico, no podía partir del pasaje de un “estado de naturaleza” caótico a un “orden soberano” por medio de un contrato ya que, como lo habían visto los utilitaristas, esto no aseguraba al derecho sino bajo el mando la decisión soberana. El Estado de derecho como orden reglamentario tenía que suponer, entonces, al mismo poder soberano y el poder gubernamental al modo de operar como un límite a su arbitraje, explicado en términos del “exceso” y la “desmesura” del mismo: esta limitación, a su vez, comprendía una limitación interna en la cual los poderes se regulaban por medio de una separación de sus funciones. Cuando los ordoliberales adoptan el término del Estado de derecho para explicar el carácter coercitivo que exige la realización posible de su modelo económico normativo, también suponen una instancia previa dada sobre la cual la reglamentación y la regulación viene a ser aplicada: como lo vimos, esta instancia de variación dada se rige por los intereses, sea en términos del poder de la administración, sea en términos de la formación de monopolios o carteles a nivel de las asociaciones civiles. En ambos casos, la reglamentación se aplica sobre una tendencia a la concentración de los intereses,

que es preciso delimitar por medio de la coerción, de modo tal que la dinámica de los mismos se regule gradualmente en vistas a la concurrencia perfecta (a nivel marco) y a la maximización racional (a nivel micro), de modo que la facticidad se vuelva medible en un índice tendencial con respecto al término del mismo proceso (medición desde la cual el concepto actual de la gobernabilidad encuentra sus supuestos epistemológicos primeros):

Una constitución sin política es como un alma sin cuerpo, una política sin constitución es como un cuerpo sin alma. La constitución es el modelo ideal sin el cual toda política deviene empirismo, desordenado, arbitrario y, finalmente, ineficaz. Pero la política es el instrumento sin el cual la constitución quedaría siendo una pura construcción del espíritu, sin ningún valor (Bilger, 1963, p. 171).

Como se observa, delimitar la efectividad de la ley fundamental supone a la vez develar y delimitar, para su campo de sujeción respectivo (el sujeto emprendedor), un campo de intervención o aplicabilidad. Y que haya una previa determinación de la aplicabilidad supone que el aparato de reglamentación constitucional no es solo el criterio general a aplicar, sino también la adaptación al objeto “histórico” o el proceso sobre el cual el criterio es aplicado: de allí que el desarrollo del proceso a través de los procedimientos determina su modificación de forma tendencial, poniéndola en vistas a generar (en términos de la aplicabilidad de la norma) un Estado de derecho “perfecto”:

Desde el momento en que se encuentra cada nación los liberales piensan que el Estado debe tener una política de gradual adaptación, al llevar al frente la realización del “principio”, es decir, del sistema liberal integral. Este principio está ya inscripto en la constitución y, por consecuencia, una política tal se encuentra desde ya en armonía con ella. El estado opera espontáneamente en el sentido de un relajamiento progresivo de sus poderes económicos a medida y en tanto que la economía concreta se aproxime al modelo constitucional (...). Se entiende que la evolución puede alejarse de la realidad del modelo, frente a lo cual el Estado debe intervenir para armonizar. De allí que el modelo constitucional tiene, en esta óptica, una utilidad doble para la política económica: es, a la vez, objetivo histórico y criterio general (Bilger, 1963, p. 171-72).

El establecimiento de una grilla de aplicabilidad opera entonces un aparato de intervención y no simplemente una pura sujeción, la cual es solo el correlato formal e ideal al que tiende el marco interventor. En principio, según lo interpreta Bilger, este sería un aparato de regulación cuyos mecanismos de legalidad pudieran prescindir de la intervención gubernamental, acordes al funcionamiento de la

conurrencia perfecta, sin intervención de la administración: pero tal afirmación solo tiene sentido considerada con respecto al funcionamiento objetivo, es decir, con respecto al modelo ideal; con respecto al índice tendencial, en cambio, de lo que se trata no es tanto de considerar la perfección de la norma, como la aplicabilidad general y sin excepciones de la misma a la variabilidad del caso, como se puede notar con claridad mayor en el neoliberalismo norteamericano que en el alemán. De allí que el Estado de derecho perfecto no quiere decir que, como en las utopías del siglo XIX y las distopías de Orwell, rija un Estado donde el orden se concierte de forma total y unilateral (sin delitos, ni infracciones), sino un Estado donde la “inevitable variabilidad” de los delitos y las infracciones estén predeterminadas bajo una reglamentación antecedente para su sanción, la cual sea coercitivamente efectiva con respecto al coste de su aplicación (antes que proporcional o correctora) y no a los efectos consecuentes.

Tenemos aquí, en cierta medida el mayor punto de disensión interno entre los dos modelos de neoliberalismo que vimos, aquel de Hayek y aquel de Eucken, aun cuando ambos se opongan al socialismo en puntos comunes: el carácter tendencial de la regulación es un índice característico de Eucken y Böhm, mientras que Hayek, como veíamos en su concepción de la planificación, la escisión entre la norma y el hecho es substituida por aquella del medio y el fin. Ahora bien, teniendo en cuenta el modo en que se concierta un desplazamiento en el modo de comprensión de la norma y el hecho, entre las cuales ya no se encuentra una escisión insalvable, a nivel de los supuestos epistemológicos puede hablarse de una transformación. Sin embargo, no tendría sentido hablar aquí de un “cambio de paradigma” (Kuhn), o una ruptura a nivel de los supuestos epistémicos (Foucault), en cuanto lo que se quiebra aquí no son tanto los supuestos del análisis instaurados por los neoclásicos (Jevons, Walras, Pareto), sino el modo en que la determinación de los modelos de la racionalidad son comprendidos con respecto a la efectividad: lo que se modifica es el modo en que el proceso económico es analizado con respecto a las determinaciones procedimentales que este supone o, en otras palabras, el modo en que la regularidad del proceso depende de un conjunto de reglamentaciones de procedimiento. Desde Eucken y Röpke, las decisiones vuelven a tener relevancia en cuanto ajustan la legalidad a tal o cual sistema de variabilidad, más a partir del modelo de reglamentación antecedente: no se deja, en este sentido, como Hayek, dar por supuesto a la existencia del agente planificador, sino que este solo incorpora a sí de forma coercitiva (en mayor o menor grado) la racionalidad del modelo de previsión e impulsa consecuentemente sus iniciativas según las leyes del mercado.

No es suficiente con el establecimiento reglamentado de un campo de sujeción “formal”, sino que es precisa una intervención que mantenga la regularidad: el Estado de derecho de los ordoliberales tiene que definir una coerción que viene

a reforzar la ley (en su aplicabilidad) que no es simplemente una coacción como deber implicado internamente por el reconocimiento subjetivo de la norma. De allí, a pesar de su pretendido kantismo, la transformación procedimental que esta coerción implica no se funda ya bajo el supuesto de un reconocimiento interno de la ley por parte del sujeto, pero tampoco en una normación que viniera a plegarlo a una normalidad antecedente: la escisión pasa más bien a determinar la relación entre la reglamentación procedimental y el modo en que esta se refuerza para mantener la regulación del proceso inmanente. Hay que distinguir por ello dos niveles en la inmanencia del Ordo: por un lado (a) se desarrolla un proceso económico que privilegia la planificación individual y que la incentiva de forma regulativa e indirecta por los mismos miembros de la “sociedad civil”; por otro lado (b) la determinación de un cuadro económico que privilegia la intervención gubernamental directa en vistas a reforzar la reglamentación legal como siendo su fuerza “ordenadora”. Pero la intervención no viene de forma “externa” a través de las medidas y disposiciones de una administración: es el desarrollo mismo del proceso económico lo que supone previamente la reglamentación como aquello que delimita las “reglas del juego” que lo regulan de forma inmanente y delimitan ante todo el “respeto” al mecanismo de los precios: ahora bien, la evocación del “respeto” como sentimiento del deber que encontramos en la fórmula kantiana, según la cual los sujetos tienen que reconocer en el otro la ley que, hipotéticamente, se dieron a sí mismos de forma democrática, no opera aquí más que una función “reguladora” como supuesto del refuerzo coercitivo de la ley.

Y si bien es cierto que el establecimiento de los medios de intervención responde a reglas secundarias que llevan a cabo y le dan su aplicabilidad a la instancia de la ley fundamental, con todo, la reducción de la administración no es absoluta, por lo cual Foucault pudo hablar de una gubernamentalidad formulada a nivel de la política social (*Gesellschaftspolitik*) y Bilger de una “mano visible” del intervencionismo estatal: pero la intervención administrativa sobre el particular no modifica ni afecta el orden del concurso económico que se opera, en cierta medida, a sus espaldas. En este punto, es preciso reconsiderar un problema: tanto el diagnóstico de Foucault como el de Bilger se enfocarán en mostrar cómo la social-democracia alemana vendrá a plegarse lentamente a las invectivas del discurso neoliberal en la República Federal, al modo de abandonar todo aparato de planificación social y adherir a la liberalización de una economía de mercado. Sin embargo, la elección de la Ley de Bonn de adoptar la definición de la República federal como un Estado social de derecho (*sozialer Rechtsstaat*) no puede considerarse simplemente como un adherido formal, aunque tampoco, como creía Schmitt, es preciso referirlo a un procedimiento de partición y redistribución socialista: de allí que el dictamen de Peter Ipsen que cita Schmitt, en torno a la redistribución de la propiedad y a la inclusión participativa de los excluidos del régimen de propiedad, no sea el punto decisivo con respecto a las políticas alemanas desde Schumpeter. El punto está

más bien en que la política social no va a apuntar ya a la administración planificada de la producción repartida y distribuida a los no-propietarios: va a apuntar, en cambio, a modificar el poder adquisitivo o poder de compra de los mismos. Transformación que no es menor ya que las políticas sociales antecedentes se fundaban en dos supuestos incompatibles con este: en primer lugar, en el caso de Heller, este suponía que la política social implicaba una integración de la clase obrera en el derecho que, sin cambiar su estatuto de clase por medio de una revolución social, si mantuviera en vigencia la redistribución parcial asignada a los requisitos del nivel de vida medio; en el caso de Forsthoff (1933), en quien Schmitt se apoya con respecto al problema del estatuto de la socialización de la postguerra, este se atiene todavía a pensar que es inevitable el hecho de que el “espacio vital” de los individuos en la sociedad de masas se vea expuesto con respecto a las necesidades básicas, que deben ser provistas por un organismo del Estado, aunque Schmitt se oponga a llamar “Estado” a tal organismo de distribución (precisamente por no esclarecer el problema subyacente de la “toma”):

La antítesis democracia-liberalismo se disuelve ella misma en el sistema industrializado de la protección social de masas (*Massen-Daseinsvorsorge*) perdóname esta palabra mounstruosa, la cual es tristemente demasiado conforme a la realidad) y solo encuentra su legitimidad en el nivel de vida a mantener e incrementar. He aquí lo que me rodea, aquí, en la República Federal (Schmitt, 2006, p. 168).

De forma análoga, Arendt (1993), en *La Condición humana*, podía referir una explicación del denominado “milagro alemán” de la postguerra, consistente en la recuperación económica casi inmediata de la Republica Federal, a un régimen económico de consumo y producción severa. Lo cierto, sin embargo, es que no era este aparato de distribución puesto en vistas de la protección de las necesidades del individuo lo que vendría a regir, como mera distribución de los bienes en servicio de la necesidad, sino un aparato de modificación de las condiciones de existencia que preceden al poder adquisitivo: es a este nivel que se ejerce y se calcula la redistribución administrativa. Lo que se ve modificado, entonces, es el modo en que es abordado el campo de intervención, es decir, aquello que pasa a denominarse una *Vitalpolitik*: solo a partir de la transformación de la misma es posible establecer, a nivel distributivo, una *Gesellschaftspolitik*.

#### IV. Conclusión

La formulación neo- u ordo-liberal del Estado de derecho tiene lugar en la época de Weimar, donde la disputa jurídica estaba rodeada de un trasfondo “teológico”, de modo tal que su posición viene a situarse entre los extremos de las dos tesis clásicas: en puntos antagónicos, por un lado Kelsen apelaba a la “verdad terrestre”

del procedimiento individual de elección a partir de la chance subjetiva, por otro Schmitt a la “verdad celeste” de la exigencia de la decisión sobre el estatuto del caso excepcional para determinar el orden. Ahora bien, a diferencia de la teología que comprendía esta distinción en términos ontológicos de las leyes naturales y divinas, en esta disputa lo que se pone en juego son las condiciones de la normatividad aplicada al caso: Kelsen supone un orden como regularidad ordinaria, mientras que Schmitt supone una instancia de intervención extraordinaria. Eucken y su escuela, en cambio, apuntan a una teología de las causas primeras y las causas segundas o auxiliares, es decir, al refuerzo de una reglamentación instituida con respecto al curso ordinario por medio de reglas de coerción secundarias que establecen intervenciones generales y no con respecto a la particularidad del caso.

Es evidente que la implementación efectiva de estas posiciones formulada en tiempos de entre-guerras no tuvo lugar a nivel gubernamental sino con la crisis de la economía socialista que, desde los sesenta, se fue agravando en Europa occidental y a fines de los ochenta se extendió a Europa oriental. Ahora bien, no es posible comprender el tránsito histórico que va de la disputa de Weimar a la formación de la República Federal Alemana con las formas estatales correlativas sin comprender que la adopción de un aparato procedimental u otro estaba determinado por la situación histórica emergente: el problema del paso de un Estado tutelar planista y dirigista a un Estado de derecho regulador de la libre competencia tiene, sin embargo, un signo coyuntural decisivo que concierne al pasaje de una economía de financiación bélica excepcional, tal como proponía el keynesianismo en los años treinta, a una economía financiera con tendencia a la integración pacífica mundial, que sería propulsada desde principios de los años ochenta a nivel mundial, pero que tenía como caso ejemplar a la República Federal Alemana. De allí que el estado de derecho formulado por el ordoliberalismo luego de Hayek, y ante todo en Böhm, Eucken y Röpke, viene a trazar el modelo definitivo del *Rule of law* tal como lo conocemos desde inicios de los años ochenta. La división entre legalidad y administración, que era característica del Estado de derecho desde el siglo XIX y que había entrado en crisis en los tiempos de Weimar, es ahora reformulada en términos de reglas primarias y secundarias. Este aparato, de forma algo inusitada, será adoptado por las políticas del Consenso de Washington y aplicado en los países del Tercer mundo luego de la caída del Muro de Berlín y la expansión de la economía capitalista. Sin embargo, los tratadistas en torno a la cuestión han tendido a disociar esta transformación económica con respecto al aparato legal del Estado de derecho y su división normativa. Esta disociación, sin embargo, por mayores que sean sus esfuerzos, no puede negar la procedencia de su sistema operativo, de modo que, por más que se adopten políticas económicas de socialización, la estructura jurídica que suponen tales reformas sigue siendo la del ordo. Es más, en cuanto esta relación es continuamente negada, al verse escindidos en su trata-

miento epistemológico el funcionamiento económico de la libre concurrencia y el aparato del Estado de derecho, entre medio de ellos viene a intervenir el ambiguo y vacuo concepto de “gobernanza” como gestión (*management*) que no es sino la última manifestación de la reducción del aparato del Estado a una asociación civil corporativa. Frente a una crisis en el tratamiento de la relación entre el derecho y la economía, la denominada “ciencia política” viene a relevar ese hueco con una dudosa e ineficaz epistemología que es preciso llamar “ideología”, tomando esta palabra en el sentido específico que la usaban los discípulos de Hegel. Pero hay un problema mayor a resolver: se trata de determinar el modo en que el supuesto general implícito en el Ordo tal como lo habían formulado solo podía funcionar bajo dos supuestos procedimentales: en primer lugar, la condición de un proceso global integrado de las diversas economías a la libre concurrencia, de modo que los varios capitalismos locales pudieran mantenerse en un índice tendencial hacia la concurrencia perfecta; por otro lado, la exigencia normativa de equilibrar los desequilibrios por medio de normas de coerción secundarias. Lo que este sistema no prevé, como veremos, es la situación de “crisis” que, al ver directamente ligados los términos de la transformación económica y la jurídica, hacen de la crisis inflacionaria una situación de excepción difícil de afrontar. El Estado de derecho deja de ser, en este sentido, un concepto puramente “estatal” y pasa a regir como una medida global: pero esto, como veremos, no quiere decir que venga a anular la soberanía o la primacía del Estado a nivel de la política, sino, más bien, que viene a extender de forma indefinida los recursos jurídicos.

## V. Bibliografía

Arendt, H. (1993). *La condición humana*. Barcelona: Paidós.

Bilger, F.s (1963). *La pensée économique allemande dans l'Allemagne contemporaine*. Paris: Librairie general du droit et jurisprudence.

Forsthoff, E. (1933). *Der totale Staat*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.

Forsthoff, E. (1959). *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*. Stuttgart: Kohlhammer.

Foucault, M. (2004). *Naissance de la biopolitique*. Paris: Gallimard.

Habermas, J. (1994). *Ensayos políticos*. Barcelona: Península.

Hayek, F. A. (1961). *The Constitution of Liberty*. Oxford: Routledge and Kegan Paul / ClarendonPress.

Hayek, F. A. (2005). *The Road to Serfdom*. Chicago: University of ChocagoPress.

Heller, H. (1995). *La soberanía*. México: Fondo de cultura económica.

Heller, H. (1985). *Teoría del Estado* México: Fondo de cultura económica.

Heller, H. (1985). *Escritos políticos*. Madrid: Alianza.

Schmitt, C. (2000). *Der Hüter der Verfassung*. Berlin: Dunker & Humboldt.

Schmitt, C. (2000b). The liberal Rule of Law. *Jacobson, A. J.*

Schmitt, C. (2006). *La guerre civile mondiale. Essais (1943-1978)*. Paris: Editions Èrè.

Von Mohl, H. (1844). *Die Polizei-wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Berlin: H. Laupp.

Von Stein, L. (1852). *System der Staatswissenschaft*. Basilea: Statistik

Wolfgang, A. (1977). *Der demokratis cheund soziale Rechts staatais politische-Auftrag*. Suhrkamp. Ffm

Fecha de recepción: 16-04-2018

Fecha de aceptación: 27-05-2018