

CONSENTIMIENTO: CONTRATO SOCIAL VS. REDES CONTRACTUALES

ANDRÉS CASAS SOTO*

Fecha de recepción: 24 de junio de 2014.

Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2015.

Resumen: El presente texto se enfoca en abordar como la idea de consentimiento como manifestación expresa de la voluntad individual de vincularse se presenta para los ámbitos de la vida civil y política. Tradicionalmente la misma idea de consentimiento era manejada en los ámbitos del derecho privado y de la política, al menos en la tradición que antecede a la filosofía política libertaria. Sin embargo a raíz de las teorías contractualistas, las ideas de consentimiento que se practican en el derecho civil y en el ámbito del Estado (con la idea de representación) se han disociado.

Palabras clave: Consentimiento, Propiedad, Individualismo, Red Contractual, Contrato Social.

Clasificación JEL: FALTA.

Abstract: FALTA

Key words: FALTA

JEL Classification: FALTA.

* Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración y Máster en Economía de la Escuela Austriaca por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

I INTRODUCCIÓN

La idea de consentimiento es una idea central en el análisis de las relaciones intersubjetivas, tanto en el ámbito de los ciudadanos en sus relaciones privadas entre sí, como a la hora de analizar las diferentes realidades políticas que han ido tomando forma a lo largo del tiempo, la más importante de las cuales ha sido el conocido como «Estado Moderno». La idea de consentimiento, y pese a los intentos que veremos que ha habido de trasladarla al ámbito de lo político, es esencialmente una noción propia de las relaciones jurídicas entre particulares. Es una idea que cumple su papel en derivación de las normas de los derechos de propiedad. Y todo intento de trasladar la noción de consentimiento hacia un aparato de compulsión social como el Estado Moderno, está condenado a fracasar. Esta cuestión la trataremos con más detalle cuando hablemos concretamente de un tipo de explicación (descriptiva y normativa) concreta que se ha dado del Estado Moderno: la teoría basada en la existencia de un «Contrato Originario», «Pacto Social» o «Contrato Social».

Creemos que existe una alternativa realista a este enfoque que permite trasladar la idea jurídico-privada de consentimiento al ámbito de las sociedades complejas y de las organizaciones. Este mecanismo creemos que debe ser llamado de «Redes Contractuales», y resulta mucho más adecuado para el estudio de cualquier fenómeno de tipo social y organizativo que el enfoque alternativo de un único «Contrato Social» de carácter holístico y permanente.

II SOBRE LA IDEA DE «CONSENTIMIENTO»: PRIVADO Y PÚBLICO. CONTRATO SOCIAL

La idea de consentimiento juega un papel esencial en las relaciones cotidianas entre los particulares. El consentimiento es la base de los contratos y tiende a considerarse a los mismos como un elemento central y nuclear de la idea de libertad de los individuos. No obstante es necesario precisar un par de errores bastante di-

fundidos con respecto al consentimiento antes de proceder a continuar con nuestro análisis sobre la cuestión.

La primera idea errónea respecto del consentimiento consiste en afirmar que el consentimiento es la causa de la libertad. El consentimiento tiene una doble relación con la libertad. Por un lado, y en el sentido propio del individualismo metodológico (centrándonos siempre en el individuo) el consentimiento no es causa, sino efecto de la libertad. El consentimiento es aquí lógica y temporalmente posterior a la libertad. O dicho de otro modo: puesto que somos libres, podemos prestar nuestro consentimiento y si no lo fuésemos, no podríamos consentir porque nuestro consentimiento no sería válido.

La confusión sobre la prioridad del consentimiento sobre la libertad solamente puede producirse como consecuencia de abandonar ese individualismo metodológico e intentar razonar en términos de agregados sociales. El razonamiento sería del siguiente tipo: para que la sociedad sea libre, debe existir un consentimiento por parte de los miembros de la misma respecto de las normas. Pero démonos cuenta de que aquí lo que alguien está haciendo es hablar de la «libertad» de un ente agregado, una sociedad. Está abandonando el individualismo metodológico que tan necesario es para comprender estos fenómenos que, como el consentimiento, son producto de la acción humana individual.

Otro error que a veces ha sido planteado consiste en pensar que la propiedad privada es consecuencia del consentimiento y, por lo tanto, de los contratos. Mas la cuestión no es así, sino justamente a la inversa. Para comprender adecuadamente los contratos (y el consentimiento en que se basan) es preciso que previamente existan títulos de propiedad sobre los bienes, propiedad que deriva del entorno de escasez, la apropiación legítima originaria de los bienes y el traslado de los mismos desde un propietario anterior a uno posterior como consecuencia del intercambio voluntario. Es la propiedad la que antecede de nuevo lógica y temporalmente al contrato y el consentimiento. Es esta idea la

¹ Véase a título de ejemplo Evers (1977a); Rothbard (2009); Kinsella (2003); Barnett (1986a), ídem (1986b), ídem (1992a).

que late tras las diferentes teorías del contrato basadas en la transferencia de títulos y el consentimiento.¹

Por lo tanto tiene que ser fundamental describir cual es nuestro punto de partida inicial para tratar el fenómeno del consentimiento. Este punto de partida viene determinado por lo siguiente:

- 1) Un enfoque basado en el individualismo metodológico, propio del razonamiento praxeológico propio de la Escuela Austriaca de Economía.
- 2) Una teoría previa sobre los derechos de propiedad que en nuestro caso nos parece más razonable que se fundamente en las implicaciones necesarias derivadas del axioma de que el ser humano es capaz de argumentar racionalmente.²

Partiendo de esta base podemos ya proceder a definir lo que entendemos por consentimiento. Podemos definir el consentimiento como la *manifestación expresa de la voluntad de modificar las relaciones jurídicas existentes entre una persona y una cosa o entre una persona y una persona, y cualidad moral por la cual esa manifestación de voluntad es jurídicamente exigible*.

Por lo tanto, el consentimiento tiene una doble naturaleza: una naturaleza si se quiere de tipo económico y epistemológico; y una naturaleza de tipo ético. El consentimiento, como mecanismo intersubjetivo de relación permite dos cuestiones fundamentales:

¹ Véase a título de ejemplo Evers (1977a); Rothbard (2009); Kinsella (2003); Barnett (1986a), ídem (1986b), ídem (1992a).

² No podemos detenernos en esta idea porque excede el ámbito inicialmente considerado del trabajo. Simplemente señalaremos que la idea fundamental es que del hecho de que los seres humanos son capaces de argumentar racionalmente se sigue necesariamente que son capaces de reconocerse a sí mismos como propietarios de aquellos bienes escasos que hacen posible continuar el proceso de argumentación racional, empezando por su propio cuerpo y siguiendo con los recursos escasos necesarios para continuar con el proceso. El intento de negar a otro esos mismos derechos de propiedad que son necesarios para continuar con el proceso de argumentación racional supone una contradicción lógica insalvable con mi propia preferencia demostrada en la acción a favor del proceso de argumentación racional, y por lo tanto es un argumento necesariamente inválido o un no-argumento. Este proceso, más desarrollado, es lo que se conoce como «Ética de la Argumentación» y ha sido principalmente desarrollado por Hans-Hermann Hoppe y otros autores, como Jörg Guido Hülsmann, Stephan Kinsella o Frank Van Dun entre otros.

- 1) Asegurarse de que la asignación de los recursos en una sociedad se asigne aprovechando las mejores potencialidades de conocimiento de circunstancias particulares de los diferentes individuos.³
- 2) Dota de respaldo ético a los contratos, al permitir que estos respeten a las personas en cuanto que personas naturales libres y autónomas.⁴

Son estas dos características fundamentales (y no otras) las que dotan al «consentimiento» de un papel praxeológico fundamental.⁵ Lo importante aquí no es tratar sobre cuál de las dos características fundamentales (económica y ética) del consentimiento tiene un carácter, si se quiere, «más fundamental». Esa discusión sería interesante pero irrelevante a nuestros efectos. Lo esencial para nuestro trabajo consiste en darse cuenta de que ambas características caminan en la misma dirección: la de señalar el papel central que para la consecución de los fines individuales y el respeto de los individuos como personas naturales separadas tiene el reconocimiento del papel central del consentimiento en toda teoría de la propiedad privada y su transmisión mediante los contratos.

Respecto de la primera característica del consentimiento (la que hemos calificado como «económica», o si se prefiere incluso «epistemológica») tenemos previamente que comprender el fenómeno de las preferencias. Las preferencias tienen un origen

³ Ver Barnett (1992b)

⁴ Ver Van Dun (2003)

⁵ Dice Hülsmann: «This comparison [between economic means and political means of appropriation] has a particular character, though, that needs to be emphasized. Because the alternative between economic and political means is dichotomous, the choice of one of them precludes the other. [...] It follows that the comparison between the two possible courses of action is a counterfactual one. Whatever Jones does, one compares it to what he could have done instead.» Hülsmann (2004, 58). A nuestro juicio, el razonamiento contrafactual expuesto por Hülsmann debe ser tenido como uno de los tres pilares fundamentales del razonamiento praxeológico, siendo los otros dos el axioma de la acción y el a priori de la argumentación. Precisamente la distinción entre «medios económicos» y «medios políticos» se encuentra, en la existencia o no de un consentimiento válido (no sometido a violencia ni fraude), como manifestación expresa de la elección individual.

exclusivamente basadas en la apreciación subjetiva que los individuos al actuar damos a los fines que perseguimos, así como a los medios que utilizamos para alcanzar esos fines. Esta noción es una implicación lógica necesaria del axioma de la acción humana entendida como el comportamiento humano deliberado orientado a alcanzar unos fines determinados entre otros posibles.

Como los recursos (medios) son escasos para alcanzar un número prácticamente ilimitado de fines alternativos de un mismo sujeto o de varios individuos diferentes, debe existir algún criterio que permita que los recursos se orienten hacia la satisfacción de aquellos fines que son más intensamente perseguidos por los individuos que forman parte de todo un entramado complejo de relaciones intersubjetivas basadas en la división del trabajo y del conocimiento.

Siendo las preferencias subjetivas, y por lo tanto internas a los sujetos, el único modo que podemos tener de conocer, siquiera sea de intuir, las preferencias de los diversos agentes que operan el proceso de cooperación social, dichas preferencias deben de algún modo poder ser externalizadas y transmitidas al resto de actores, con la finalidad de que estos puedan conocerlas y adaptar sus propios comportamientos a una situación tal en que puedan tener en cuenta (y por lo tanto, respetar mediante su acción) las mismas. En el ámbito de una economía de mercado, esta «externalización de preferencias» se manifiesta en la fijación libre de precios que permite que los actores accedan a una información muy condensada, pero suficiente, con la que orientar sus diferentes cursos de acción.⁶

En esta función el consentimiento juega un papel fundamental, ya que es dicho respeto del consentimiento el que permite que los recursos se asignen eficientemente de acuerdo con las preferencias demostradas por los actores de acuerdo a sus circunstancias particulares persiguiendo unos fines subjetivos y utilizando para ello unos recursos que perciben como útiles para alcanzarlos.

⁶ Quizás el mejor tratamiento del papel de los precios como transmisores de información se encuentra en el célebre artículo de Hayek titulado «The Use of Knowledge in Society». Ver Hayek (1945).

El papel del consentimiento es tan esencial para el surgimiento y evolución de los precios de mercado que Randy Barnett llega a afirmar:

The requirement of consensual transfers affects our ability to take into account the knowledge of others far more profoundly than this simple example suggests. Such a requirement also makes possible the evolution of a powerful institution that enables this personal and local knowledge to be «encoded» and transmitted worldwide in a form that can be easily understood by others and incorporated into their decisions without centralized direction. In short, the requirement of consent permits the evolution of prices.⁷

Derivado de todo ello, podemos entender por qué desde la ciencia económica pueden articularse dos leyes económicas distintas según hablemos de un intercambio voluntario (es decir, donde media el consentimiento) o de un intercambio involuntario o coercitivo (donde el consentimiento no existe, ya sea por culpa de la violencia, la amenaza de violencia, o el fraude). En tanto que economistas podemos concluir que un intercambio voluntario se realizará si, y solamente si, lo que ambas parten esperan obtener del intercambio tiene mayor valor para ellos que aquello que esperan entregar a cambio. O lo que es lo mismo, en un intercambio voluntario, en el momento de realizar el mismo, cada uno de los actores demuestra su preferencia por lo que obtienen sobre lo que entregan. Por el contrario, un intercambio no voluntario permite satisfacer los fines de una sola de las partes del proceso (el que coacciona o defrauda) a costa de dejar de satisfacer los fines de la otra (el coaccionado o defraudado, cuya preferencia demostrada es por un «no intercambio»). De este modo vemos como el consentimiento marca la diferencia entre el hecho de que las preferencias de ambas partes sean tenidas en cuenta con respecto al hecho de que solamente las preferencias de una parte entren

⁷ Barnett (1992b). La lectura de este artículo es especialmente conveniente para analizar como la propiedad privada y la libertad contractual basadas en el consentimiento permiten lidiar con los problemas de conocimiento e interés (parcialidad e incentivos) en una sociedad libre.

en la ecuación, haciendo imposible formar auténticos precios de mercado para la transacción y asignar de un modo eficiente los recursos en una sociedad.

La otra gran característica que hemos mencionado tiene nuestra teoría sobre el consentimiento es que permite dotar de una justificación ética a los contratos, una justificación ética que permite a los individuos respetarse entre sí como personas naturales separadas y diferenciadas que son. Aunque hablemos de alguna manera de «seres humanos», estos no son una abstracción genérica (como veremos, uno de los principales problemas de las teorías contractualistas consiste en no tener en cuenta este hecho), sino individuos concretos con una existencia real, que mediante el proceso discursivo son conscientes de su propia individualidad. Ese proceso discursivo permite a cada individuo ser consciente de su naturaleza como *ego*. Enfrente del *ego*, y separado física y mentalmente de él, se encuentra el otro, un *alter*. Y es mediante el proceso de argumentación racional entre *ego* y *alter*, que estos son plenamente conscientes no solamente que son dos personas física y mentalmente separadas, sino que a su vez, la persona de *alter* tiene la condición de *ego* para sí misma y la categoría de *alter* para con nosotros del mismo modo en que nuestro caso es igual pero a la inversa. Del mismo modo en que yo (*ego*) soy una persona natural, el otro (*alter*, que a su vez es *ego* para sí mismo), debe ser también una persona natural (un *ego*) solo que distinta de mí (y por eso para mí es *alter*), y no hay nada que yo pueda decirle a él para negar su condición de persona natural física y mentalmente independiente de mí sin contradecirme a mí mismo al hacerlo.⁸

La importancia del consentimiento, en su sentido ético, es que es la condición por la que los sujetos se reconocen mutuamente como personas naturales, capaces de elección y argumentación autónomas, y por lo tanto la negación del consentimiento implica la negación de las condiciones que son básicas para un proceso de argumentación racional. El consentimiento en la argumentación es la facultad de los individuos autónomos implicados para

⁸ Ver Van Dun (2009).

alcanzar alguna clase de acuerdo, incluso aunque simplemente sea el acuerdo sobre que ningún otro acuerdo es posible.⁹

Un orden tal de personas naturales (al que Frank Van Dun llama «orden natural») que sea armónico y ético, por lo tanto exige como condición necesaria (aunque no siempre suficiente) un respeto por la naturaleza autónoma de esas personas naturales en su transmisión de títulos de propiedad y en sus relaciones jurídicas. Y eso solamente es posible a través de un respeto por el consentimiento del otro.

Viendo la importancia que el consentimiento tiene, no debe sorprendernos que el artículo 1261 del Código Civil establezca lo siguiente:

«**Art. 1261.** No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1) Consentimiento de los contratantes.
- 2) Objeto cierto que sea materia del contrato.
- 3) Causa de la obligación que se establezca.»

Lo importante no es que se recoja en el Código Civil (al fin y al cabo, una simple norma de derecho positivo), sino que el Código Civil se limita a sistematizar en este punto un principio general del derecho que establece que para que un contrato sea válido deben existir al menos tres elementos esenciales: consentimiento, objeto y causa del contrato.

La idea del consentimiento como elemento central de las relaciones entre individuos particulares es, por lo tanto, bastante clara e incontrovertible. Sin embargo nos encontramos con un problema cuando esa idea sobre el consentimiento pretende trasladarse al ámbito de las relaciones políticas, entendidas como relaciones de poder. Entre muchos filósofos del derecho y de la política se produce un salto cualitativo: parecen creer adecuada la noción de consentimiento en un sentido «micro», pero lo abandonan en cuanto dan el paso al nivel «macro» de las relaciones sociales. Esta idea es aún más radical en el caso de los llamados

⁹ Ver Hoppe (2010). Capítulo 7.

«científicos políticos», que inspirados por el empirismo estricto de los positivistas y el colectivismo metodológico, refieren sus estudios simplemente a agregados medibles y cuantificables, completamente despersonalizados y al análisis de supuestas «estructuras de poder» de las cuales los individuos (siempre genéricos) no son más que simples recipientes sin almas propias, que vienen determinadas por las circunstancias estructurales, olvidando que si esto fuese así, como bien señala Steven Lukes, «dentro de un sistema caracterizado por un total determinismo estructural no habría sitio para el poder».¹⁰

En el ámbito de la «ciencia política»,¹¹ las interpretaciones han transformado el concepto de consentimiento tan rico que se produce en el ámbito de las relaciones intersubjetivas, hasta reducirlo simplemente a un mucho más estrecho concepto de «representación» y a una serie de reglas de adopción de decisiones colectivas, la más importante de las cuales es la que se conoce con el nombre de «regla de la mayoría».

Además, incluso el concepto de «representación» ha sido transformado, de tal modo que hoy resultaría incomprensible el fenómeno de la representación (con nuestro concepto actual) para aquellos que empezaron a utilizar este concepto siglos atrás. El origen de la representación (en su sentido político) cobra interés fundamentalmente a partir de la Edad Media, y fundamentalmente cobra especial impacto en Inglaterra, mientras va de la mano de dos nuevos elementos del mundo político medieval: el surgimiento de los rudimentarios parlamentos, y el comienzo de surgimiento de una cierta administración fiscal en manos de los reyes. El conocido adagio del «No Taxation Without Representation» muestra muy bien cuáles son los orígenes de estos mecanismos.

¹⁰ Lukes (2007, 59).

¹¹ Según Ludwig von Mises, «lo que hoy se conoce como ciencia política es la rama de la historia que estudia la historia de las instituciones políticas y la historia del pensamiento político manifiesto en los escritos de autores que disertaban acerca de las instituciones políticas y diseñaban planes para su modificación» Mises (2012, 149). Han pasado 50 años desde que Mises escribió *Los fundamentos últimos de la Ciencia Económica*, y pese a su pretendido cientificismo y cuantificación, lo que hoy conocemos y se enseña como «Ciencia Política» no ha producido más avance que el de proporcionar nuevos datos e interpretaciones diferentes sobre la historia.

El mandato, como relación entre los representantes y los representados, es quizás el cambio más significativo que ha sufrido esta figura de la representación. En sus orígenes, el mandato de representación guardaba relación con la figura del derecho privado mediante la cual el mandante (o representante) está claramente vinculado por las instrucciones dadas por el mandatario (o representado), y suponía una delegación de cierto modo bastante limitada en su ámbito (por lo general para votar en un sentido u otro sobre un determinado impuesto concreto o para presentar determinado consejo al Rey en sus labores de gestión del reino). Esta figura, conocida como «mandato imperativo» establecía una relación directa, limitada y responsable entre la figura del representante y la de sus representados. Si acudimos por ejemplo a los textos del movimiento leveller (los niveladores) veremos como John Lilburne o Richard Overton se refieren a la representación en ese sentido.

Sin embargo el concepto de representación actual ha sido totalmente trastocado. En nombre de la libertad y el progreso, la figura que vinculaba a representante y representado se vacía de contenido. Una herencia que desde la Revolución Francesa se hizo imparable y que ha llegado hasta nosotros de forma corregida y aumentada. El mandato imperativo (al que se considera fruto de otros tiempos ya superados) ha dejado paso a una nueva figura, la del «mandato representativo» (que por ejemplo consagra nuestra Constitución vigente en su artículo 67.2). Siguiendo a Sieyes, una nación es «un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representados por una misma legislatura»¹² y todos y cada uno de los representantes reunidos en el parlamento representan a la nación en su conjunto (sea esto lo que quiera significar que sea). Vemos por lo tanto que a partir de la Revolución Francesa la relación entre representados y representantes se quiebra para ser sustituida por una relación en el mejor de los casos indirecta, general, ilimitada (salvo por sí misma), y cuya rendición de cuentas frente a los representados es, cuanto menos, dudosa. La regla de la mayoría se convierte, además, en la regla habitual

¹² Sieyes (2008, 92).

para tomar decisiones, con el riesgo de que una mayoría suficientemente extensa pueda pisotear completamente los derechos de los individuos.

No obstante, hay una cierta tradición no siempre adecuadamente percibida, que mantiene vivos los principios del consentimiento aplicados al ámbito de la política. En un par de excelentes artículos, Carl Watner¹³ repasa la tradición que desde la Edad Media y a través del individualismo, ha acabado llegando a nuestros días. Esa tradición voluntarista se resume en la máxima romana de derecho privado *quod omnes tangit, ab ómnibus approbetur* (lo que afecta a todos, debe ser aprobado por todos) e identifica las bases culturales de esta máxima (muy presente durante la Edad Media y en los albores del surgimiento del Estado Moderno) con tres nociones fundamentales: el concepto aristotélico del derecho de la comunidad a participar de su gobierno, la idea germánica de *Genossenschaft* (que recoge el derecho de los miembros de la tribu a elegir a su propio líder), y las nociones de autonomía moral propios de la tradición judeo-cristiana. La idea de consentimiento en esta tradición, pese a que de partida pueda parecer colectivista para algunos lectores superficiales, se aclara perfectamente por parte de Watner como tiene un impulso individualista, porque no debe entenderse como una voluntad del grupo, sino como una voluntad de todos y cada uno de los integrantes del grupo. La idea consiste en que la decisión sobre aquello que pertenece a todos y no puede ser divisible en partes alícuotas se toma atendiendo al criterio de unanimidad, mientras que lo que pertenece a cada uno de ellos de forma distinguida se rige por vincular solamente a los que manifiesten la voluntad de obligarse. No se trata de una regla de la mayoría, ni tampoco de un «contrato social», sino más bien de una derivación de la idea ius-privatista del consentimiento hacia el ámbito de la comunidad política. Estas ideas están presentes en el «Movimiento Conciliarista», en figuras como Marsilio de Padua y Guillermo de Occam,¹⁴ se

¹³ Watner (1986), ídem (2005).

¹⁴ Dos figuras a las que por otra parte Rothbard nunca llega a entender. Califica a Marsilio de Padua como «el [primer] y más influyente de [los] campeones tardo-medievales del absolutismo» y señala que el nominalismo de Occam «desde el punto

trasladan hacia la escolástica española (y en especial hacia el padre Juan de Mariana), y desembarcan en el mundo anglosajón gracias a John Ponet, al «Movimiento Leveller» (en especial a John Lilburn y Richard Overton) y terminarán desembocando en la tradición del «anarquismo individualista» americano, tradición que ya en la segunda mitad del siglo XX será recogida por los teóricos austro-libertarios.

Una última consideración sobre el consentimiento que resulta importante consiste en revisar la idea sobre el llamado «consentimiento tácito» que ha sido frecuente en ciertas teorías contractualistas. Esta idea puede remontarse hasta el diálogo platónico de «Critón»,¹⁵ y que consiste en señalar que existiendo la posibilidad de emigrar, la decisión de permanecer en un determinado territorio debe considerarse como una aceptación tácita de las normas establecidas políticamente.

La mejor refutación de esta idea la ofrece David Hume, cuando al señalar lo siguiente: «Sería como si afirmásemos que, pues sigue en el barco, un hombre consiente libremente en obedecer a su capitán, aunque lo llevaron a bordo mientras dormía y para dejar el navío tendría que saltar al mar y perecer».¹⁶ Resulta por lo tanto completamente injustificado hablar de un consentimiento tácito de las normas políticas, y por lo tanto hemos insistido en nuestra definición de consentimiento hablando de manifestación expresa de la voluntad.

Desgraciadamente, la tradición señalada por Carl Watner no ha sido la única que ha abrazado la idea de consentimiento. Las teorías contractualistas han dominado en buena medida la filosofía política sobre legitimidad y consentimiento, en la obra de

de vista político, fue incapaz de proporcionar criterios de ley natural que oponer al estado, lo que le hacía encajar en el creciente absolutismo estatal del Renacimiento». Ver Rothbard (1999, 102-103). Olvida Rothbard el papel que ambos autores conceden a los individuos libres y al consentimiento voluntario, que para Marsilio de Padua y para Occam son los auténticos fundamentos del gobierno. En el caso de Guillermo de Occam, incluso, se excluye la posibilidad remota de que individuos libres y bajo consentimiento voluntario entreguen un poder absoluto y definitivo a los gobernantes.

¹⁵ Evers (1977b).

¹⁶ Hume (2006, 105).

grandes autores y en muchas cabezas de ciudadanos comunes, hasta estar presentes todavía el día de hoy.

No es objeto de este trabajo analizar en profundidad cada una de las teorías contractualistas, sino establecer sus características generales y enumerar algunos de sus principales errores con el fin de posibilitar nuestra alternativa basada en el consentimiento y en las redes contractuales.

Lo primero que tenemos que decir es que no existe una sola teoría del «Contrato Social», sino que podemos distinguir al menos dos etapas muy claramente diferenciadas, y en cada una de ellas diferentes teorías. Podemos así distinguir entre un contractualismo clásico, vinculado sobre todo a las obras de Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau (así como a otros autores como Spinoza o Kant), y una serie de teorías neo-contractualistas surgidas en las últimas década a raíz de la obra «Teoría de la Justicia» de John Rawls. Aunque ambas tradiciones comparten ciertos rasgos, se trata de dos tradiciones intelectuales diferentes, cada una de ellas con sus propios inconvenientes.

El contractualismo clásico se puede analizar por autores, pero existen una cierta serie de rasgos generales que todos ellos comparten en mayor o menor medida y es en estos elementos en los que vamos a centrar nuestro análisis.

En primer lugar, las teorías del contractualismo clásico ofrecen un intento de explicación integral de la sociedad humana (y en esto se diferencian claramente de los neo-contractualistas). Partiendo desde una idea misma de la naturaleza humana que en cada autor es diferente, idean una situación de «estado de naturaleza» que por un motivo o por otro es inadecuado para la cooperación social. Puede ser un estado de guerra permanente (como en Hobbes), de cooperación social con ciertas dificultades (como en Locke), o de un buen salvaje que se ha visto corrompido por las instituciones de la sociedad, y en concreto de la propiedad privada (sería el caso de Rousseau). Para salir de dicha insatisfacción, los individuos participan de una suerte de gran pacto o contrato que engloba a toda la sociedad, por el cual los hombres abandonan el estado de naturaleza ingresando en un nuevo «estado de sociedad». El contrato es, para estos autores, el origen mismo de la sociedad humana tal como la conocemos.

Es el fundamento de todas las normas y derechos de los individuos y de sus gobernantes (en ocasiones, como en Locke, los que serán gobernantes participan del propio contrato, mientras que en otras, como el Leviathan de Hobbes, el pacto es entre los súbditos pero el soberano queda formalmente fuera del mismo). Tras el pacto y la entrada en sociedad, las decisiones deben ser adoptadas siguiendo alguna clase de regla de decisión: la voluntad del soberano (Hobbes), la regla de la mayoría (Locke) y la noción, tan metafísica como inexplicable, de la «voluntad general» que no es una suma de voluntades individuales sino algo que, sin saber por qué, la trasciende (Rousseau).

Al margen de la posibilidad o no de desentrañar la corrección de una idea sobre la «naturaleza humana» en abstracto (cosa que realmente excede el objetivo de este trabajo), este esquema presenta algunos problemas. En primer lugar, presenta el contrato social como base a través de la cual se forma la sociedad. Se desconoce por lo tanto que el individuo, desde el momento mismo en que nace, participa ya en relaciones sociales, como el ámbito familiar. No existe por lo tanto tal «estado de naturaleza» independiente de las relaciones sociales. En segundo lugar, se hace desaparecer para el estado de sociedad el mismo criterio de consentimiento que estaba presente en la formación del contrato. La razón que da cada autor es diferente, pero todos tienen en común que parecen señalar que el criterio de consentimiento previo y posterior al pacto no es asimilable. En tercer lugar, el criterio de decisión que se adopta en los diferentes casos es arbitrario, pues ni la regla de la mayoría, ni el criterio de voluntad del soberano, ni la idea de «voluntad general» ofrece criterios de «consentimiento» de carácter colectivista, completamente desvinculados del consentimiento tal como lo hemos entendido en este trabajo.

El segundo elemento que las diferentes teorías contractualistas comparten es que pretenden tener una doble naturaleza. Por un lado buscan ser teorías que den cuenta sobre el origen histórico del Estado, mientras que por el otro buscan servir de sustento normativo a la legitimidad de la dominación política. Respecto de la primera idea, puede señalarse claramente como ninguno de los estados que conocemos, ni tampoco los gobiernos que los

dirigen, han aparecido o llegado al poder como consecuencia de ningún pacto firmado expresamente por los gobernados. Por el contrario, todos ellos son consecuencia de una variada proporción de fenómenos complejos, el donde las luchas internas y las guerras (más que los contratos) han desempeñado un papel fundamental.¹⁷

Respecto de la segunda idea, la de la justificación de la dominación política, debemos señalar que todos estos autores se acogen de uno u otro modo a una idea del consentimiento tácito,¹⁸ con lo que la introducción de esa idea vicia de por sí cualquier razonamiento al respecto, al ser un consentimiento que, como hemos señalado, no puede considerarse válido ni permite justificar en su nombre norma política alguna.

La tesis de los autores neo-contractualistas es más modesta. Estos autores (entre los que podemos destacar a Rawls, Gauthier y Buchanan) lo que buscan es encontrar una justificación a las normas de justicia y a la labor del Estado respecto de las mismas.

El razonamiento es ligeramente distinto al de los contractualistas previos. Para ellos existe una situación o posición originaria, pero reconocen que no es más que un constructo teórico con fines de la exposición. En esa situación de posición originaria, los individuos deben racionalmente elegir sobre las situaciones de partida en el seno de una sociedad, atendiendo a una serie de criterios que cada autor considera más importantes pero compartiendo todos ellos que los individuos en la posición originaria se encuentran inmersos en una situación de «velo de la ignorancia» o «velo de incertidumbre» que les impide conocer ex ante la posición de partida que ocuparán en cada sociedad. El «contrato» o «pacto» es el acuerdo racional entre los individuos (bajo criterios de justicia moral y de maximización económica) sobre el tipo de normas que permiten alcanzar lo que a juicio de cada uno de estos autores es una sociedad más justa, con normas diferentes en cada caso (por ejemplo Rawls se inclina por ciertas políticas

¹⁷ Tilly (1985).

¹⁸ Evers (1977b).

de redistribución de la riqueza que intentan mejorar a quien menores recursos iniciales tiene, mientras que Gauthier y Buchanan consideran que dichas normas carecen de justificación en el contexto del pacto).¹⁹

Los tres principales errores de estas teorías consisten en:

- 1) Desconocen que la racionalidad del ser humano no funciona del mismo modo en que parecen explicarla los modelos de maximización propios del enfoque económico neoclásico.
- 2) El problema del «velo de ignorancia» o «velo de incertidumbre» no consiste en la admisión de problemas del conocimiento por parte de los actores. Para estos autores, no existen realmente problemas de conocimiento al usar los mecanismos de la economía neoclásica. El problema del «velo de la ignorancia» lidia con «problemas de interés». ²⁰ Debería por lo tanto rebautizarse, para una mayor comprensión como «velo de imparcialidad».
- 3) Al igual que el contractualismo clásico, presentan los problemas de la adopción de decisiones, consentimiento tácito y problemática colectivista desligada de una noción verdaderamente individualista y dinámica del consentimiento y el contrato. La propia idea de un solo pacto social, debe darnos la idea del error.

III

REDES CONTRACTUALES COMO ALTERNATIVA REALISTA Y DINÁMICA

Nuestra crítica no pretendía ser una crítica completa de las teorías contractualistas, sino más bien una crítica en el problema de enfoque y de entendimiento sobre el consentimiento. No

¹⁹ Kymlicka (1995). Pese a que no compartimos el enfoque presentado por Kymlicka, excesivamente colectivista y basado en los «derechos de grupo», su trabajo sí repasa cuales son los elementos explicativos más frecuentes en la teoría neo-contractualista rawlsiana y en sus alternativas más «libertarias».

²⁰ Barnett (1992b).

obstante, consideramos que es posible una alternativa a la concepción estática y holística que ofrecen las diversas concepciones contractualistas sobre el consentimiento.

Nuestro modelo se fundamenta en una perspectiva tanto realista como dinámica para trasladar la noción de consentimiento propia de los contratos privados al ámbito de la organización de fenómenos de interacción social de cierta complejidad (a nuestro modo de entender, da buena cuenta explicativa de las sociedades mercantiles, de las comunidades de propietarios y de las redes de relaciones de vasallaje durante el feudalismo, aunque sería posible encontrarle otras aplicaciones). Las características o rasgos fundamentales del modelo de redes contractuales que proponemos son los siguientes:

- 1) El modelo de redes contractuales presupone la existencia de individuos (personas naturales) con un conocimiento limitado y disperso, y que son titulares de derechos de propiedad tanto sobre sí mismos como de aquellos bienes que originalmente se apropian (o producen) de manera legítima.
- 2) El modelo de redes contractuales presupone un individualismo metodológico, esto es identifica al individuo como el sujeto de pensamiento, sentimiento y acción único. Solamente los individuos piensan, solamente los individuos sienten, solamente los individuos actúan. Sin embargo, individualismo metodológico no implica individualismo atomizado: desde nuestro mismo nacimiento (en el seno de una familia) estamos insertos los individuos en un marco de relaciones intersubjetivas. Estas relaciones intersubjetivas son las propias de un «orden de personas naturales», y se traducen en el principio de no agresión y en el respeto del otro como persona natural física y mentalmente separada de nosotros (realidad que se hace evidente en el proceso de argumentación).
- 3) El consentimiento en un marco de redes contractuales se corresponde con el consentimiento propio del derecho privado que hemos señalado. Debe por lo tanto ser expreso, y el fundamento del consentimiento consiste en hacer expresa la voluntad de modificar las relaciones jurídicas existentes previamente. El contrato no solamente no es único sino múltiple, sino que

además tampoco es estático sino que cambia, como lo hacen las manifestaciones expresas del consentimiento. Además, el hecho de que el consentimiento sea necesariamente expreso no implica que el contrato deba plasmarse en documento físico tangible (es válido un contrato verbal, siempre que se explicita la voluntad de vincularse al mismo).

- 4) La «sociedad» no se rige por un único contrato social homogéneo y vinculante para todos. En la «sociedad», por el contrario, se producen cantidad de contratos privados entre los individuos, todos ellos conviviendo en un mismo tiempo y espacio y resultando vinculantes exclusivamente para aquellos que hayan consentido en vincularse a los mismos. La «sociedad» es por lo tanto un inmenso orden espontáneo de relaciones contractuales, un inmenso mapa conceptual de contratos vinculados o no entre sí, superpuestos, integrados de forma no centralizada. Ese mapa conceptual va sufriendo pequeñas variaciones paulatinas, cada vez que una relación jurídica entre dos personas o entre una persona y una cosa se modifica a través de un acuerdo voluntario. Cada nueva transformación varía también las normas de las relaciones en un gran mecanismo de «leyes policéntricas».
- 5) Las organizaciones, son también ellas mismas pequeñas redes contractuales de ámbito más reducido. La principal diferencia entre la gran red contractual y estas otras más limitadas, a parte del ámbito, consiste en que todos los individuos que forman parte de esta organización tienen entre sí relaciones contractuales por el hecho mismo de formar parte de esta (es decir, los contratos en red, producen un vínculo entre todos y cada uno de los miembros de la organización).
- 6) Aunque el modelo de redes contractuales presupone la idea de propiedad privada entendida como uso exclusivo de recursos escasos, no excluye por sí misma la posibilidad de que los propietarios decidan la posibilidad de poseer propiedades en común. Las decisiones de gestión de las propiedades en común, para respetar plenamente nuestra idea de consentimiento deben adoptarse teniendo en cuenta la máxima de *quod omnes tangit, ab omnibus approbetur* y por lo tanto exige la norma de unanimidad. Fórmulas como la regla de la mayoría vulneran

el principio de consentimiento en la gestión de propiedades que son poseídas verdaderamente en común.²¹

Brevemente vamos a intentar explicitar el modo en que nuestra idea de redes contractuales permitiría explicar tres fenómenos distintos: las sociedades civiles y mercantiles basadas en derecho privado, las comunidades de propietarios en una sociedad libre, y las redes de vasallaje de la sociedad feudal.

Respecto de las sociedades civiles y mercantiles, encontramos que una serie de individuos, compartiendo una serie de fines comunes deciden establecer una organización para alcanzar dichos fines, dotando a la misma con personalidad jurídica. Sin embargo, esta idea no es más que una simplificación del fenómeno que realmente tiene lugar. En una sociedad civil o mercantil, lo que realmente se produce es una intensa transformación de los vínculos contractuales entre todos sus miembros (para simplificar, entre los socios en su origen, grupo al que luego se añaden otros individuos, como por ejemplo los que prestan servicios laborales en la sociedad). Esta transformación de vínculos, tradicionalmente se plasma en un documento al que se da el nombre de «contrato de sociedad». No obstante, el contrato de sociedad simplemente es uno de los contratos que tienen lugar, quizás el único que se plasma en un documento formal, pero no es ni mucho menos el único contrato (y por ende, consentimiento expreso) que tiene lugar. Todos y cada uno de los socios, entre sí, establecen una red de vínculos contractuales ligados entre sí por el contrato de sociedad formal. La personalidad jurídica que se concede a la sociedad no es sino un constructo conceptual teórico que permite entender las relaciones internas de los socios, simplificar las relaciones de

²¹ A estas alturas debería estar claro que, siempre a nuestro juicio, la totalidad de los Estados existentes y buena parte de las sociedades mercantiles (al menos en sus formas habituales de Sociedad Anónima y Sociedad Limitada) tienden a vulnerar este principio de consentimiento y son, por lo tanto, contrarias a lo que entendemos como criterio de consentimiento para una sociedad libre, al menos en lo que se refiere a las decisiones sobre gestión de propiedad común. Vulnerar este principio no niega la existencia (y el posible análisis conforme a nuestro modelo) de dichas organizaciones, simplemente establece un criterio de que las mismas vulneran el consentimiento libre y voluntario del derecho privado en su composición actual.

los socios con terceros y dotar de un cierto carácter de «inmortalidad» a la sociedad permitiéndole mantenerse en el tiempo más allá de la presencia de los socios en la misma. No deja, sin embargo, de ser una simple ficción legal, pues las únicas personas reales son los individuos que participan de la relación de sociedad.

La explicación más frecuente para las comunidades de propietarios es la explicación «descentralizadora» según la cual un único individuo se apropia del total de la propiedad y va enajenando partes de la misma a terceros con ciertas condiciones.²² No obstante, también es posible una explicación «federativa» según la cual propietarios aislados originalmente, deciden integrarse a través de una serie de pactos entre ellos en una comunidad de propietarios de nueva creación. Las explicaciones libertarias tradicionales responden bien al primer modelo, pero creemos que para el segundo resulta más conveniente nuestra idea de redes contractuales.

Un caso muy parecido es el que se produce entre las relaciones de vasallaje en la sociedad feudal. Los contratos de vasallaje (a diferencia de las relaciones de servidumbre también propias de la sociedad feudal) deben entenderse como contratos sinalagmáticos (de derechos y obligaciones por ambas partes) integrados en una red que vincula a múltiples individuos en calidad de señor y de vasallo, hasta el punto que un señor podía ser a la vez vasallo de otro. Las explicaciones tradicionales tienden a percibir una «pirámide de vasallaje», aunque las relaciones quizás fuesen más horizontales y de «redes contractuales» de lo que normalmente se piensa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARNETT, R. (1986a): *A Consent Theory of Contract*. Columbia Law Review (March, 1986). Disponible en: <http://randybarnett.com/consent.htm>
- (1986b): *Contract Remedies and Inalienable Rights*. 4 Social Philosophy & Policy 179 (1986). Disponible en: <http://randybarnett.com/4socphilpol179.html>

²² Por ejemplo, Evers (1977a).

- (1992a): *Some Problems With Contract As Promise*. Cornell Law Review (July, 1992). Disponible en: <http://randybarnett.com/some.htm>
- (1992b): *The Function of Several Property and Freedom of Contract*. Social Philosophy & Policy (1992). Disponible en: <http://randybarnett.com/9socphilpol62.html>
- EVERS, W. (1977a): *Toward a Reformulation of the Law of Contracts*. Journal of Libertarian Studies, vol. 1, n.º 1 (1977). Disponible en: http://mises.org/journals/jls/1_1/1_1_2.pdf
- (1977b): «Social Contract: A Critique». *Journal of Libertarian Studies*, vol. 1, n.º 3 (1977). Disponible en: http://mises.org/journals/jls/1_3/1_3_3.pdf
- HAYEK, F. VON (1945): *The Use of Knowledge in Society*. *American Economic Review*. XXXV, n.º 4 (Sept 1945). Disponible en: <http://www.econlib.org/library/Essays/hykKnw1.html>
- HOPPE, H.-H. (2010): *A Theory of Socialism and Capitalism*. Ludwig von Mises Institute. Disponible en: <http://library.mises.org/books/Hans-Hermann%20Hoppe/Theory%20of%20Socialism%20and%20Capitalism,%20A.pdf>
- HÜLSMANN, J.G. (2004): «The A Priori Foundations of Property Economics». *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, vol. 7, n.º 4 (Winter 2004). Disponible en: http://mises.org/journals/qjae/pdf/qjae7_4_4.pdf
- HUME, D. (2006): *Ensayos Políticos*. Editorial Tecnos, 2006.
- KINSELLA, S. (2003): «A Libertarian Theory of Contract: Title Transfer, Binding Promises, and Inalienability». *Journal of Libertarian Studies*, vol. 17, n.º 2 (Spring 2003). Disponible en: http://mises.org/journals/jls/17_2/17_2_2.pdf
- KYMLICKA, W. (1995): *Filosofía Política Contemporánea: Una Introducción*. Editorial Ariel, 1995.
- LUKES, S. (2007): *El Poder: Un Enfoque Radical*. Siglo XXI de España Editores, Segunda Edición en Español (ampliada), 2007.
- MISES, L. VON (2012): *Los Fundamentos Últimos de la Ciencia Económica*. Unión Editorial, 2012.
- ROTHBARD, M. (1999): *Historia del Pensamiento Económico, Volumen 1*. Unión Editorial, 1999.
- (2009): *La Ética de la Libertad*. Unión Editorial, Segunda Edición, 2009.

- SIEYES, E. (2008): *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los Privilegios*. Alianza Editorial, 2008.
- TILLY, Ch. (1985): *War Making and State Making as Organized Crime*. Incluido en: *Bringing the State Back In*. Editado por Peter Evans, Dietrich Rueschemeyer y Theda Skocpol. Cambridge University Press, 1985.
- VAN DUN, F. (2003): *Natural Law: A Logical Analysis*. Etica e Politica, Monográfico «Perspectives on Libertarianism», 2003. Disponible en: http://www2.units.it/etica/2003_2/vandun.htm
- (2009): *Argumentation Ethics and the Philosophy of Freedom*. Libertarian Papers, vol. 1, n.º 19 (2009). Disponible en: <http://libertarianpapers.org/articles/2009/lp-1-19.pdf>
- WATNER, C. (1986): «Oh, Ye Are For Anarchy!»: *Consent Theory in the Radical Libertarian Tradition*. Journal of Libertarian Studies vol. 8, n.º 1 (Winter 1986). Disponible en: http://mises.org/journals/jls/8_1/8_1_9.pdf
- (2005): *Quod Omnes Tangit: Consent Theory in the Radical Libertarian Tradition in the Middle Ages*. Journal of Libertarian Studies vol. 19, n.º 2 (Spring 2005). Disponible en: http://mises.org/journals/jls/19_2/19_2_4.pdf

