

# APOSTILLAS SOBRE CONSENSO Y CONSTITUCIÓN

Por **Leonardo Pablo Palacios**

## RESUMEN

El "consenso social" se presenta como un producto democrático, generador de debates participativos sobre cuestiones de interés social. Aquí se plantea una visión crítica de esa definición de "consenso", relacionándola más con la imposición que con la participación, que se verifica, en muchos procesos de construcción constitucional. Para ello se abordan las necesidades del modo de producción en determinado momento histórico y su influencia en la constitucionalización de determinados derechos. Entendemos que la noción de acuerdo resulta más adecuada para generar construcciones sociales más democráticas, y participativas, que incluyan la discusión sobre como una sociedad produce y distribuye los bienes y servicios necesarios para una vida armónica.

## PALABRAS CLAVES

Consenso – Constitución – Contrato Social – Capital – Medios De Producción – Fuerza De Trabajo - Ficción - Sujeto

# ANNOTATION ON CONSENSUS AND CONSTITUTION

By **Leonardo Pablo Palacios**

## ABSTRACT

The "social consensus" appears as a democratic, generating product of participative debates on questions of social interest. Here there appears a critical vision of this definition of "consensus", relating her more to the imposition than to the participation, which happens, in many processes of constitutional construction. For it there are approached the needs of the way of production in certain historical moment and her influence in the constitucionalización of certain rights. We understand that the notion of agreement to be more suitable to generate more democratic social, and participative constructions, which include the discussion on since a society produces and distributes the goods and services necessary for a harmonic life.

## KEY WORDS

Consensus - Constitution - Social Contract - Capital - Means Of Production - Workforce - Fiction - Subject

# APOSTILLAS SOBRE CONSENSO Y CONSTITUCIÓN

Por **Leonardo Pablo Palacios\***

“Los conceptos no tienen historia si no es en la materialidad de la historia de los hombres y de la sociedad” Antonio Negri.

## I. INTRODUCCIÓN

La presente comunicación tiene su origen en proyecto de investigación que se está comenzando llevar adelante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Mar del Plata, por el grupo que dirige Eduardo Pablo Jiménez, Profesor Titular Ordinario de Derecho Constitucional en dicha institución, entre otras. El proyecto se denomina “Estudio comparativo de la elaboración de pactos o modos de consenso previos a la generación de procesos constitucionales democráticos” y su objetivo general es estudiar la articulación de acuerdos democráticos, con plena participación de los sectores interesados, en forma previa a la generación de procesos de reformas constitucionales, como modo sustancial de afianzar los procesos democráticos.

Siendo integrante de investigación, me planteé algunas consideraciones previas, en relación a la noción misma de consenso. Realizar algunas reflexiones sobre dicha noción, son útiles no sólo en el marco específico del proyecto de investigación mencionado, a los fines de enriquecer las miradas sobre el mismo, sino sobre todo para evitar, en los estudios pretendidamente científicos, el uso de vocablos que sólo se definan por el *sentido común*.

En este marco, lo que sigue será una reflexión exclusivamente a título personal, y que no refleja – necesariamente – el pensamiento del grupo de investigación ni de su Director.

## II. EL CONSENSO

En una especie de *inconsciente colectivo* político y jurídico, la idea del consenso en el proceso de toma de decisiones relevantes dentro de una sociedad se vincula principalmente con tres situaciones, sin excluir otras:

- La participación universal o por lo menos mayoritaria, ora de individuos, ora de grupos o sectores de intereses comunes.
- Los canales más o menos formales por los cuales esa participación se puede expresar.
- La posibilidad de elegir entre varias opciones determinadas.

En ese *inconsciente colectivo*, la idea de consenso se relaciona con la forma en que se distribuye el ejercicio del poder político y a como –y por quien– se reglamentan los procesos sociales a los cuales va a estar atado tal ejercicio. De acuerdo a esta vinculación, habría un estrecha relación entre consenso y democracia, vocablo este último lo

---

\* Docente e investigador Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata.

suficientemente equívoco también<sup>1</sup>, pero con mucho mayor desarrollo que el de *consenso*. Como contrapartida de esa relación entre consenso y democracia, se instala la idea que en los regímenes de gobierno o de Estado cuyas características son más autoritarias que democráticas, las decisiones relevantes no se tomarían por consenso, sino en forma unilateral, o mayormente arbitraria, por quien o quienes ejercita o ejercitan el poder.

El Diccionario de la Real Academia Española (2001) define "consenso" como "(Del lat. Consensus.) m. Acuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo o entre varios grupos". Siguiendo el derrotero propuesto, buscamos "consentimiento": "m. Acción y efecto de consentir. // 2 Der. Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente. (...)". Así llegamos a "consentir": "(Del lat. Conentirue). Tr: Permitir algo o condescender en que se haga. // 2. crear (// tener por cierto algo). (...) // 4. Der. Otorgar, obligarse. // 5. p. us. Dicho de una cosa: Soportar, tolerar algo, resistirlo. (...)".

De acuerdo a la definición, y también a la idea que se desprende de un cierto "sentido común" jurídico, el consenso se presenta como un acuerdo, una acción, una omisión, una decisión o un proceso –o todo ello junto– en la cual deben participar varias partes interesadas o posiblemente afectadas por dichos procesos. En el tema que nos ocupa, y en forma muy reductiva, se supone que por lo menos habrá dos partes: quien tiene el poder formal de otorgarle eficacia a dicha decisión y quien debe cumplir el mandato del que se trate. Claro que también es posible que haya un ejercicio de poder constituyente originario, y en este sentido es difícil identificar una autoridad constituida, pero lo cierto es que habrá de todas maneras algún tipo de ejercicio de poder formal, aunque sea provisional, que se encontrará en camino de adquirir plena legalidad.

Lo que resulta opaco respecto a la utilización del término *consenso* en los discursos jurídicos y políticos, es el carácter de imposición que el mismo tiene. En la definición de consentir surge esta característica cuando indica que tal acción es *permitir algo o condescender en que se haga* e inclusive la de *otorgar u obligarse* y también, aunque de menor uso, puede ser la acción *soportar o tolerar algo*, e inclusive, en una definición jurídica, una *manifestación de voluntad expresa o tácita*. Está claro que las definiciones del término apuntan mucha más a una resignación respecto de decisiones que toman otros, que a una real participación en la toma de las mismas.

La definición de consenso entonces, genera el problema que presenta una decisión tomada por una sola parte, como una decisión tomada en conjunto, con la consecuencia lógica de su legitimidad. El ejemplo más claro de cómo funciona el consentimiento, remite a las características de los contratos de adhesión del derecho privado. Sin duda hay allí una manifestación de voluntad de la parte adherente, que claramente no se encuentra en pie de igualdad con la proponente, con la cual no puede "acordar" nada distinto del contenido predispuesto, de allí el carácter de la interpretación de los mismos, que debe ser pro adherente, dada la asimetría de la relación contractual.

Cuando nos referimos a la toma de decisiones relevantes en una sociedad, y hablamos de consenso, debemos entender al mismo más como imposición que como real participación, puesto que lo que sucede empíricamente es una imposición de condiciones materiales previas a la toma de una decisión, y allí está el efecto de consentir como aceptar, y no como una manifestación de voluntad expresa y libre.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Hacemos nuestra la advertencia de Strasser: "Empecemos entonces por decir que no está bien– salvo por extensión, para aludir a contextos mayores que están en alguna correspondencia con ella– hablar de la democracia como cierto tipo *estado*, el "estado democrático", ni como cierto tipo de sociedad, la *sociedad* democrática". En propiedad, la democracia no es sino un tipo de *régimen político*, un tipo de régimen de gobierno de Estado" (STRASSER, 1998, 33)

<sup>2</sup> Un solo ejemplo: se sostiene en general que el proceso de privatizaciones y reforma del Estado realizado durante 1898-1994 en nuestro país obtuvo *consenso* social. Más allá de la dificultad para medir el mismo, ya que no hubo instancias formales de

Claro que la imposición que se oculta o se distorsiona en la noción de consenso, nunca es evidente, puesto que si eso fuera así, se perdería precisamente esa opacidad que hace tan eficaz a la propia noción. Esto hace de la utilización del término *consenso*, una típica operación ideológica<sup>3</sup>, en el sentido de que presenta una representación de la realidad distorsionada o por lo menos recortada, reducida, que no da cuenta de la complejidad de la realidad material a que da origen la decisión política. Esta noción se apoya en otras concepciones lo suficiente eficaces como para mantener su solidez, en primer lugar en la teoría política y jurídica para luego atravesar con ella el cuerpo social.

La principal noción en que se apoya la ligazón entre consenso y participación democrática es la ficción del contrato social. Es evidente que no descubrimos nada al mencionar el contrato social como ficción, pero esa ficción, juega un papel fundamental al ser aceptada por todos y de allí su eficacia.

Algunas de las ficciones eficaces aceptadas, que están entrelazadas íntimamente con la del contrato social en el cuerpo teórico que las justifica, son la igualdad jurídica entre los hombres, la naturalidad de la propiedad privada, la separación entre Estado y sociedad civil (mercado) y entre otras. Entre éstas, no resulta menor la noción de sujeto cartesiano, es decir aquella que supone que todo ser humano es un ser racional y que por lo tanto actúa racionalmente, aún cuando pueda haber una racionalidad para las decisiones que tienen que ver con el mercado y otra para las decisiones que tienen que ver con lo político.

Resultan íntimamente entrelazadas en la teoría las nociones de igualdad jurídica, sujeto racional, contrato social, bien común y consenso. Si quisiéramos expresar brevemente el desarrollo de cualquier teoría política liberal, diríamos que todo ser humano es igual a otro, en el sentido que posee los mismos derechos y obligaciones, y que en iguales condiciones no se puede negar a uno lo que se puede otorgar a otro. Que a partir de dicha condición, no hay ningún hombre que pueda imponer a otro determinada forma de resolver los asuntos comunes, por lo que en el caso que no desee aislarse de la sociedad deberá llegar a alguna forma de acuerdo con otros semejantes para resolver dichos asuntos comunes dentro de algunas reglas más o menos permanentes, que les permitan superar el estado de guerra entre los hombres (versión Hobbes) o superar su individualidad para potenciar sus posibilidades de vida (versión Rousseau). Ese ser humano además, tiene la característica de ser racional, es decir un sujeto que a través de su capacidad de pensamiento, que piensa y recién luego existe, puede decidir en forma racional –no arbitraria, predecible– qué es lo que mejor le conviene, y por lo tanto, lo que acuerden la mayoría de los hombres, será lo más beneficioso para todos, ya que esta noción supone una semejanza en lo que *conviene* por parte de todos los hombres. Al ser esto así, se debe reconocer que el ser humano viviendo en forma conjunta tiene uno o varios puntos en que *todas* se favorecen, y es por ello que puede hablarse de bien común, o bienestar general.

---

participación que permitan afirmar tal extremo, por fuera de la actuación de la representación política formal –que dio su aprobación algunas veces de manera ajustada– y de la representación gremial –que lejos está de mostrar características democráticas y participativas–, lo cierto es que hubo un disciplinamiento social previo a través de dos grandes crisis económicas reflejadas en procesos hiperinflacionarios, que tuvieron menos que ver con las empresas del Estado que con los mandatos provenientes de los organismos de crédito internacionales –Consenso de Washington–, pero que junto a condiciones previas, como el continuo proceso de vaciamiento de las mismas, terminaron por hacer *consentir* a la mayoría de la sociedad, sobre la necesidad de que tal proceso de privatización y reforma debía ser llevado adelante, aún a sabiendas de sus efectos sociales negativos –desocupación, tarifazos, monopolios privados, etc.–. (MUCHNIK, 1998)

<sup>3</sup> Poulantzas expresa, advirtiendo el sobre el uso de la noción de los aparatos represivos e ideológicos de Estado: "...aún guardándose de identificar ideología y "falsa conciencia", el término ideología no conserva sentido más que a condición de admitir que los procedimientos ideológicos comportan una estructura de ocultación-inversión. Creer que el Estado sólo actúa de esa manera (represión/ideología) es simplemente falso: la relación de las masas con el poder y el Estado en lo designado particularmente como *consenso*, posee siempre un *sustrato material*, entre otras razones porque el Estado, procurando siempre la hegemonía de clase, actúa en el campo de un equilibrio inestable de compromiso entre las clases dominantes y las clases dominadas." (POULANTZAS, 1979, 30)

Teniendo en cuenta estos parámetros, podemos comenzar a delinear porque pensamos que la noción de consenso oculta más imposiciones que construcciones democráticas y plurales.

En primer lugar la noción de igualdad jurídica de los hombres, en tanto negación de derecho o diferencia natural alguna, ya sea de carácter divino o de algún otro tipo, **es una construcción política**. A pesar de su profunda implicancia en la filosofía en general y en la filosofía política clásica en particular, el triunfo de esta construcción política es además, relativamente novedosa, y está indisolublemente unida a la hegemonía de una clase social como consecuencia de la imposición de un determinado modo de producción. Esto no implica desvalorizarla, puesto que dicha construcción resulta muy cara en occidente, y en alguna medida parecería que, afortunadamente al ser tan positiva, ya no puede retroceder. Pero eso no significa desconocer que la historia de la humanidad se ha desarrollado mucho más dentro de sistemas que niegan dicha igualdad, que aquellos que la hacen realidad, con lo cual su condición de natural se encuentra en jaque. Sobre todo teniendo en cuenta que hoy en día las políticas estatales y no estatales basadas en discriminaciones por género, nacionalidad, origen étnico, opción sexual y/o religiosa y por discapacidad, nos permite sostener que la igualdad –en el plano civil y político, ya no económico– todavía es más una meta a cumplir que una realidad, incluso con los grandes avances que ha habido a lo largo del siglo pasado. Por otro lado, la ficción de la igualdad jurídica, es la contracara de lo que la clase dominante necesita para consagrar la mayor desigualdad que existe, y que es estructural en el modo de producción: la diferencia entre poseedores de medios de producción y trabajadores. La burguesía, al asegurarse los medios de producción, requiere forzosamente la posibilidad de comprar fuerza de trabajo, y para ello se necesita un hombre libre –y sin medios de producción– que sólo tenga tal fuerza para ofrecer: en ese contexto la igualdad jurídica y la libertad de contratación entre los hombres es una condición sine qua non<sup>4</sup>. Nadie supo mejor que los economistas clásicos, que lo único que genera valor es el trabajo, y eso aún hoy, en el imperio de la producción informacional, flexible y preponderantemente de trabajo inmaterial, sigue siendo así. Es decir que esa primera columna vertebral del edificio político jurídico que termina en una noción de consenso ligada a la igualdad, es más una aspiración política que una realidad comprobable en los hechos.

Columna central es la eficacia de estas ficciones, es la noción de sujeto que presentan. En general la mayoría de las teorías políticas, económicas y jurídicas tanto liberales como marxistas, se basan en la caracterización de un sujeto que piensa y luego es, claramente identificado con el sujeto cartesiano, “íntegro e identificado con la conciencia” (LÓPEZ, 1994, 195). Difícilmente se pueda sostener, luego de la irrupción de Freud en el pensamiento occidental –aunque no sólo él–, tal caracterización de sujeto. Sin embargo las mencionadas teorías, continúan haciendo del sujeto un ente ideal, totalmente inexistente. Las teorías de los juegos y las propuestas del individualismo metodológico son interesantes, pero al no tomar como variables el inconsciente y el deseo, reducen sus posibilidades explicativas:<sup>5</sup> Como expresa LÓPEZ (1994, 195): “El derecho que supone a “el hombre” de la naturaleza o la razón no soporta bien la ausencia de motivos ni el agujero de la causa”.

La noción de contrato social se apoya en aquel individuo que es igual a los otros, y que además es racional y por ello puede optar voluntariamente en ceder una porción de sus libertades para su propio beneficio y el beneficio

<sup>4</sup> “Así, los siervos y los esclavos liberados lo han sido en un mundo en el que la única manera en la que quedan tener acceso a los medios del hacer (y, por lo tanto, a los medios de vivir) es vendiendo su capacidad-de-hacer (su poder-hacer, transformando ahora en poder-para-trabajar o fuerza-de-trabajo) a aquellos que “poseen” los medios para hacer. De ninguna manera su libertad los libera de que estén subordinados a las órdenes de los otros” (HOLLOWAY, 2002, 56)

común. Lo que oculta esta fábula, es que su nacimiento es posterior a las condiciones materiales que determinaron su creación. Esto es así en tanto y en cuanto dicha creación es necesaria y fundamental para oponerse a una justificación del ejercicio del poder basado en la voluntad divina, que a fines del siglo XV ya no sólo no resultaba útil, sino que era un impedimento para el desarrollo del modo de producción basado en la apropiación de los medios de producción y en la compra de fuerza de trabajo.<sup>6</sup>

La ficción implica que un conjunto de hombres en determinado momento histórico se determinaron a unir esfuerzos, renunciando cada uno a una porción de la libertad total que ejercían hasta ese momento, para consagrar un gobierno común que administraría parte de esas libertades renunciadas. Y esto se realizaba porque a partir de su propia racionalidad los hombres podían convenir en que era lo más conveniente para el conjunto. Esta noción es la justificación, aún en la actualidad, más importante de las teorías políticas y jurídicas liberales.

Surge además la extensión temporal de este consentimiento implícito en el contrato social. Esto resulta fundamental, puesto que de aquella nacerán principios como la representación política, que en nuestro texto constitucional se expresa en un rotundo *"el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes"*<sup>7</sup> La primera operación es naturalizar la ficción del contrato, en el cual los viejos siervos feudales prestaron su *consentimiento* a una nueva organización social; la segunda, naturalizar la representación política en el marco de un sistema permanente. Al respecto Thomas Paine expresaba:

Nunca ha existido, nunca existirá y nunca puede existir un parlamento, ni una categoría de hombres, ni ninguna generación de hombres, en ningún país, en posesión del derecho de vincular y controlar a la posteridad hasta el *fin de los tiempos*, ni de ordenar para siempre como gobernará el mundo ni quien ha de gobernarlo, y por ende todas las cláusulas, leyes o declaraciones en virtud de las cuales sus autores tratan de hacer lo que no tienen el derecho ni las facultades de hacer, ni las facultades para ejecutar, son en sí mismas nulas de toda nulidad. Cada edad y cada generación deben tener tanta libertad para actuar por sí mismas y en todos los casos *como las edades y las generaciones que las precedieron*. La vanidad y la presunción de gobernar desde más allá de la tumba es la más ridícula e insolente de todas las tiranías. El hombre no tiene derecho de propiedad sobre el hombre, y tampoco tiene ninguna generación derecho de propiedad sobre las generaciones que sucederán. (PAINE, 194, 36)

<sup>5</sup> "La esencia del pensamiento estratégico es que nadie puede considerarse como un privilegiado en comparación con los demás: cada uno tiene que decidir partiendo del supuesto de que los otros son racionales en la misma medida que el" (ELSTER, 1984, 39) El destacado es nuestro.

<sup>6</sup> En este sentido, y siguiendo a Holloway (2003), el siervo se libera del señor feudal, pero el señor feudal y posteriormente el capitalista, se libera de la fuerza de trabajo impuesta, pudiendo desregular dicha fuerza y obtener las mejores condiciones para la producción. El siervo, es cierto, se encuentra libre; libre de ataduras jurídicas y/o económicas para con su señor, libre de producir lo que pueda, de ir donde pueda. Pero también se encuentra "libre" de tierras, "libre" de su inscripción a una comunidad determinada –atadura y a la vez refugio– en definitiva "libre", o mejor dicho desposeído, de medios de producción.

<sup>7</sup> "El pueblo, que es soberano, no ejerce la soberanía. Abelardo Castillo observó cuan poco delicado es nuestro texto fundacional: proscriptivamente enuncia que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes. No declara diplomáticamente, por ejemplo, que el pueblo delibera y gobierna a través de sus representantes." (LEWKOWICZ, 2004, 97)

La extensión temporal del consentimiento haría que el acuerdo prestado por generaciones anteriores sobre determinadas cuestiones de organización social, vinculadas principalmente a la distribución de los medios de producción, legitimen las condiciones actuales, algo que repugnaría el pensamiento de Paine<sup>8</sup>.

### III.- CONSENSO Y MODELOS CONSTITUCIONALES

La ficción del contrato social y de su aceptación consentida, es requisito para el nacimiento del constitucionalismo y la consagración de los llamados derechos humanos de la primera generación, aquellos que aseguraban libertades civiles y políticas del ciudadano –entendido como varón, propietario y natural del Estado–, tales como la igualdad jurídica, propiedad privada, libertad de circulación, de comercio, de ejercer industria, de contratación, etc. También coincide con la forma de la producción proveniente todavía de la primera y segunda revolución industrial, es decir aquella que comienza a industrializar la producción, pero que todavía no logra *encajonar* adecuadamente la fuerza del trabajo. Es decir, aquella que produce en base a la compra de trabajo libre, pero que como debe disciplinar ese mundo de trabajo, y crear las condiciones para que el viejo siervo se transforme en proletario, entre ellas crear mercados tanto de mercancías como de fuerza de trabajo, aún no logra condiciones de producción que no sean altamente aborrecibles para el trabajador. Las condiciones materiales del mundo del trabajo, impiden que exista un *consenso* sobre la legitimidad del ordenamiento social, y por ello las opciones revolucionarias se desarrollan ampliamente, y pueden poner en jaque a los modelos constitucionales del primer constitucionalismo. (NEGRI, 1994)

El pasaje del primer al segundo constitucionalismo, cuando es tratado por constitucionalistas, se presenta como una nueva positivización de derechos, que viene a mejorar un sistema con algunas falencias. Y en muchos casos explica el fracaso de algunos modelos primigenios por fuera de las condiciones sociales y políticas de la época. Así, Pablo Lucas Verdú (2003, 22) plantea que la imaginación constitucional es creadora de normas e instituciones y “una hazaña admirable de la libertad, de la justicia, de la igualdad y del pluralismo político-social que reconoce y resguarda la dignidad humana”

Se da por sentado que el constitucionalismo social positivo, si bien nació en México en 1917, tuvo su primera expansión en Europa a partir de 1919. Algunos otros países europeos, sancionaron luego constituciones enroladas en esta tendencia, cuyo principal y novedoso rasgo fue la limitación de un derecho de propiedad que hasta ese momento se presentaba como absoluto. Este derecho de propiedad, sin ser abolido, sufría limitaciones en aras del “interés público” o el “bienestar social” o cualquier otra forma de denominar a ese conjunto indeterminado de intereses que podrían imponerse por sobre el derecho a la propiedad privada.

La constitución europea emblemática de este período fue la Constitución de Weimar de 1919. Pero no olvidemos, entre otras, a la Constitución de Austria de 1920. Estos cuerpos constitucionales no lograron consolidarse en el difícil período en que les tocó convertirse en derecho vigente (HOBSBAWM, 1994, 45) Pensamos que la

---

<sup>8</sup> Se puede observar que, yendo a nuestro sistema constitucional, no habría impedimento para cambiar ninguna condición política, social o económica, ya que el texto vigente permite modificar la Constitución en cualquiera de sus partes. Sin embargo allí es donde se presenta claramente la operación ideológica del consentimiento, ya que presentan la aceptación de determinado ordenamiento como acatado en forma permanente, por ejemplo la irrestrictibilidad de la propiedad privada, cuando dichas condiciones son previas a la constitución misma del sujeto como habitante. Tan fuerte es esa vinculación que la intangibilidad de las declaraciones de principios, derecho y garantías de nuestra constitución fue “blindada” en el Pacto de la Rosada (13/12/1993), que dio origen a la aprobación de la Ley 24.309 de declaración de necesidad de la reforma constitucional de 1994, y que prohibía expresamente realizar modificaciones a dicha parte (JIMENEZ, 2000).

explicación a este “fracaso” lejos está de poder determinarse por motivos de diseño constitucional. Segundo Linares Quintana expresa:

Merece mención especial la Constitución austríaca de 1920, elaborada por Hans Kelsen, técnicamente perfecta pero que superando la realidad y posibilidades del país, fracasó en la práctica. Entre otras novedades institucionales consagró una Alta Corte Constitucional que declaraba la inconstitucionalidad de las leyes: fue la primera Constitución que atribuyó el contralor de constitucionalidad a un tribunal especial (LINARES QUINTANA, 1970, 612)

Coincidimos con Linares Quintana: por fuera de un diseño constitucional técnicamente correcto, imaginativo o aceptable, funcionan conflictos sociales que de acuerdo a como se expresan y a como se resuelven, toman por la fuerza el marco jurídico que estructura esa sociedad hasta destruirlo, modelarlo o resignificarlo según el caso.

Tan es así que Giorgio Agamben nos provee otro claro ejemplo, refiriéndose a la Constitución de Weimar, modelo ejemplar de constitución social demócrata:

“El texto del artículo 48 rezaba, de hecho: Si en el Reich alemán la seguridad y el orden público son seriamente (erheblich) perturbados o amenazados, el presidente del Reich puede tomar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y del orden público, eventualmente con la ayuda de las fuerzas armadas. En pos de este objetivo, puede suspender en su totalidad o en parte los derechos fundamentales (Grundrechte) establecidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 23, 124 y 153”. El artículo agregaba que una ley vendría a precisar en los particulares las modalidades del ejercicio de este poder presidencial. Como la ley no fue votada jamás, los poderes excepcionales del presidente permanecieron hasta tal punto indeterminados que no sólo la expresión “dictadura presidencial” fue usada corrientemente en la doctrina en referencia al artículo 48, sino que Schmitt pudo escribir en 1925 que “ninguna constitución de la tierra como aquella de Weimar había legalizado tan fácilmente un golpe de Estado” (AGAMBEN, 2003, 44-45)

El constitucionalismo social, pese a haber nacido antes, pudo materializar sus objetivos en la Europa occidental y desarrollada, luego de la segunda posguerra mundial, cuando el keynesianismo o Estado de Bienestar fue hegemónico, y con una serie de Constituciones nuevas dictadas bajo el influjo del genocidio y las consecuencias de los regímenes totalitarios. Esta hegemonía se gestó en buena medida porque la gran crisis que había sufrido el sistema capitalista a fines de la década de 1920, fue resuelta entre otras cuestiones, por una guerra que produjo decenas de millones de muertos; recién al finalizar la misma, se dieron las condiciones materiales que para hacer realidad un Estado regulador y una distribución de la renta que incluyera por primera vez a los trabajadores, como sujeto político y de consumo. (HOLLOWAY, 2003)

John Maynard Keynes fue quien plasmó como cuerpo teórico dentro de la disciplina económica, las políticas concretas que ya había iniciado entre otros, Franklin Delano Roosevelt en Estado Unidos. Sin duda, en el campo de la economía política, fue el teórico hegemónico de aquel período. El que teorizó sobre la posibilidad efectiva que en el campo económico, los conflictos que se dan al interior de la lucha entre capital y trabajo, no ya por la distribución de la renta, sino por la dirección del proceso productivo y por la apropiación de plusvalía, podían ser resueltos satisfaciendo a ambas partes, con la mediación del Estado. Económicamente se resolvía con un intervencionismo del

aparato estatal en la economía, no en el sentido liberal clásico –creando condiciones para una acumulación originaria, entre otras–, sino como productor directo en algunos casos, y como limitador de opciones/imposiciones en otros, como por ejemplo, la fijación de salarios mínimos o creación de juntas reguladoras de mercados. Pero esta propuesta económica presuponia unas condiciones políticas, principalmente caracterizadas por lo que se denominó *alianza de clases*, alianza en la que el trabajo renunciaba a su objetivo revolucionario, y el capital incluía en el mercado del consumo a los trabajadores.

En el campo de lo jurídico, Hans Kelsen, con su *Teoría Pura del Derecho*, imponía la noción de que en el marco de un ordenamiento jurídico jerarquizado y autosuficiente, con una lógica interna que no fuera afectada por cuestiones extra-jurídicas y respetando la supremacía de la norma fundamental del sistema, los conflictos políticos se podían resolver en el marco del derecho.

Ambos autores sentaron las bases –económicas y jurídicas– de lo que se conoció como Estado de Bienestar, que no iba a ser el modelo hegemónico en Occidente –y dentro de ese Occidente, en los países desarrollados– hasta luego de la segunda posguerra mundial. Este período permite sortear la crisis, sobretodo porque se basa en un sistema de producción superador de las limitaciones del control de la fuerza de trabajo en el primer período; es el modo de producción fordista, aquel que basándose en la gestión científica del trabajo desarrollada por Taylor (CORIAT, 1979), abre la puerta a la sociedad de masas, a la producción y al consumo masivo. Entre esta nueva forma de producción y la intervención del Estado en el mercado, nace una nueva *creencia/consenso* que permite legitimar esta segunda etapa, también basada en la creciente inclusión de los trabajadores en la vida política. Esta nueva creencia indica es que *el Estado somos todos*, ya que el soberano es el pueblo, y ahora ese soberano es elegido por todo el *pueblo* a través de los mecanismos de representación masificados –voto universal–, que ya no son sólo útiles para representar al varón propietario, sino que se han ampliado; sumado a que el Estado ahora protege los derechos de los trabajadores e interviene en la economía para regular las distorsiones del mercado, no quedaba otra posibilidad que admitir que se estaba ante el mejor de los mundos posibles.

Adam Przeworski, (1998) analiza el funcionamiento de la democracia capitalista en el marco del Estado del Bienestar, e indica claramente que es una forma de organización social en que toda la sociedad depende de las acciones de los capitalistas, ya que ellos se han asegurado la propiedad de los medios de producción. Que el resto de la sociedad pueda vender su capacidad de producción, depende del beneficio que dicha fuerza de trabajo produzca. Como esta condición se presenta como necesaria, “los capitalistas aparecen como portadores de intereses universales”. Esto hace que “la apropiación de los beneficios por parte de los capitalistas es una condición necesaria pero no suficiente para la futura realización de los intereses de ningún otro grupo”. Estos conceptos bastan para poner en duda, con un alto grado de seriedad, la existencia de algo que se pueda denominar *bien común*.

En este sentido se refiere a la aceptación de estas condiciones sociales cuando expresa:

Las relaciones sociales forman estructuras de decisión dentro de las cuales la gente percibe, evalúa y actúa. Consienten cuando eligen determinados cursos de actuación y cuando siguen esas decisiones en la práctica. Los asalariados consienten la organización capitalista de la sociedad cuando actúan como si pudieran mejorar sus condiciones materiales dentro de los límites del capitalismo. Más específicamente, consienten cuando actúan colectivamente como si el capitalismo fuera un juego de sumas positivas, es decir, cuando cooperan con los capitalistas al elegir sus estrategias. (Przeworski, 1998,169)

Coincidimos con Przeworski en su caracterización de *consentimiento*; lo que pensamos es que no se puede sostener que ese consentimiento sea prestado libre y voluntariamente –el autor citado no sostiene tal cosa–, ya que no le es materialmente posible a los trabajadores en su conjunto, decidir si van ser propietarios de los medios de producción o venderán su fuerza de trabajos. Es por ello que decimos que el consentimiento tiene que ver con las condiciones materiales preexistentes al momento en que es prestado.

Así, que el modelo constitucional del welfarismo se haya tornado hegemónico, nada tiene que ver con una imaginación o una fantasía constitucional: tiene que ver, principalmente, con las condiciones que necesitaba el capitalismo para sobrevivir a la gran crisis de sobreproducción que había explotado en 1929. No es un diseño constitucional el que puede limitar jurídicamente la propiedad privada en aras del bien común, y constitucionalizar los derechos de segunda generación, sino que es la necesidad del período de acumulación de capital del que se trate, el que va a plasmar principios constitucionales o resignificar los existentes.

Durante la vigencia del Estado de Bienestar algunos teóricos no dejaron de alertar sobre lo ideológico de estas creencias.<sup>91</sup> Es decir no dejaron de alertar sobre el hecho de que la función básica del Estado no había cambiado: seguía siendo la de asegurar la vigencia y reproducción del capital. Esto quedaría demostrado de forma incontrovertible luego de la crisis de la década del '70 del siglo pasado, en la cual comenzaría a agonizar ese *estado de bienestar* y surgiría el denominado neoliberalismo, con todos sus efectos.

Lo que sucede en este período es que algunas condiciones políticas y económicas anteriores entran en contradicción con el modelo constitucional welfariano, puesto que ahora resulta fácilmente demostrable que la acumulación de capital no se detiene ante la más brutal explotación del trabajo alienado, ni del trabajo esclavo, infantil, del tráfico de personas, del uso irracional de recursos naturales, ni ante condiciones de marcada desigualdad social, etc, no sólo en países periféricos como se podría suponer, sino también en países centrales, a pesar de las normativas de protección vigentes en el orden internacional y al interior de los Estados Nacionales.

Y sin embargo las condiciones del consentimiento prestado al funcionamiento básico del sistema se mantienen –aparentemente– vigentes, lo que da cuenta de la complejidad de la noción de consenso, entre otras no desarrolladas en este trabajo como legitimación, hegemonía, etc.

#### IV. CONCLUSIONES

En principio, sostenemos una noción de consenso vinculada a una operación de imposición, no como una producción en la cual quienes *consensuan* se encuentran en igualdad de condiciones a los fines de debatir normativas o

---

<sup>91</sup> “La política era considerada como el producto de la actividad social o, para ser más exactos, de las luchas sociales. De este modo las instituciones y las estructuras sociales podían ser leídas desde abajo, desde el punto de vista de la Revolución. Ni que decir tiene que esta posición entraba en contraposición con las posiciones mantenidas por el movimiento obrero “oficial” sobretodo, en lo que atañe a sus ataduras institucionales más extremas, cual es el caso de la afirmación de que era necesario actuar a través del parlamento para conseguir reformas. El análisis del pensamiento de Keynes y de la política del new deal , demostraron que, más allá de las ridículas pretensiones de la representación burguesa, si era posible conseguir reformas, pero para conseguir las era necesario luchar por la revolución” De la introducción a la traducción al inglés del artículo “John Maynard Keynes y la teoría capitalista del Estado en 1929” escrito en 1967, que se publicó en Hardt, Michel y Negri, Antonio, *The Labour of Dionysus. A critique of the State-Form*, University of Minnesota Press, Minneapolis-Lndres, 1994. En español este artículo está contenido en Negri, Antonio, *La forma-Estado*. Ediciones Akal, Madrid, 2003. pp. 183-285. Sobre el análisis del Estado de bienestar, también Negri en *Marx, más allá de Marx, cuadernos de trabajo sobre los Grundrisse*, Akal Ediciones, Madrid, 2001.

derroteros a seguir que impliquen reglas de las cuales no se pueden apartar. *Consenso* no es idéntico a acuerdo, más bien es antagónico. Pero lejos de presentarse como una imposición basada en la fuerza, el *consenso* se produce a partir de una operación ideológica, en el sentido de deformación de la realidad, que posibilita que a quien le es impuesta la norma, la regla, el derrotero, aparentemente lo acepte como producto de su *libre voluntad*. Decimos que el *consenso* es una operación ideológica, en tanto realiza una *representación* de la realidad, que no da cuenta de la complejidad de la misma, ocultando determinados aspectos de la misma y presentando otros, que son puramente creencia, como si fueran reales, como si pudieran ser (y hubieran sido) científicamente comprobables. Inclusive, se presentan y se sostienen estos aspectos deformados, más allá de la evidencia fácilmente demostrable (y demostrada históricamente) de su *aparición* deformada.

El consenso constitucional es producto de ese consenso social, como emergente de reglas básicas metajurídicas, que se imponen muchas veces sobre la normativa vigente. Todo acuerdo de creación o reforma constitucional tiene elementos consensuados (es decir impuestos) y elementos acordados, o pactados entre diferentes actores sociales (no necesariamente partidos), es decir productos de una negociación en alguna medida realizada en igualdad de condiciones, en la que se acuerdan diseños a partir de los propios intereses.

En este marco habría que tratar de asegurar que la participación popular en el marco de la representación formal, asegure que los elementos de *acuerdo* sean mayores a los de *consenso*, siempre teniendo en cuenta la complejidad que presenta el tema.

La "imaginación" constitucional puede resultar exitosa o no, pero lo que permitirá sociedades democráticas será la construcción social de otras condiciones materiales y subjetivas, por parte de los afectados por el actual sistema de producción y reproducción social.

**BIBLIOGRAFÍA**

- AGAMBEN, G. (2003) *Estado de Excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2004.
- BORON, A. (1991) *Estado, Capitalismo y Democracia en América Latina*, Buenos Aires, Imago Mundi, 1992.
- CALO, O. (2008) "Leyes y sujetos" en Minecelli, Mercedes (coord.) *Infancia e institución(es). Escrituras de la ley en la cultura vs .maltrato y abuso infantil. Políticas y derechos de la subjetividad infantil*, Buenos Aires, Ediciones Novedades Educativas, 2008, 71-91.
- CASTELLS, M. (1999) *La era de la información. La sociedad red, Vol. I*, Madrid, Siglo XXI, 2006.
- CORIAT, B. (1979) *El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*, Madrid, Siglo XXI, 1997.
- ELSTER, J. (1984) "Marxismo, funcionalismo y teoría de los juegos. Alegato a favor del individualismo metodológico", *Revista Zona Abierta*, Número 33, 21-62, 1984.
- GARGARELLA, R. (1999) "El republicanismo y la filosofía política contemporánea" en Borón, Atilio (comp..) *Teoría y filosofía política, la tradición clásica y las nuevas fronteras*, Buenos Aires, Clacso-Eudeba, 1999, 39-66.
- GARGARELLA, R. (2008) "El contenido igualitario del constitucionalismo" en Gargarella, Roberto (coord.) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, I, 7-22
- GARGARELLA, R. (2008) "Constitucionalismo vs. Democracia" en Gargarella, Roberto (coord.) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, I, 23-40.
- HOLLOWAY, J. (2002) *Cambiar el mundo sin tomar el poder*, Buenos Aires, Ediciones Herramienta-Universidad Autónoma de Puebla, 2002.
- JIMÉNEZ, E. (2000) *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000.
- LEWKOWICZ, I. (2004) *Pensar sin Estado, la subjetividad en la era de la fluidez*, Bs. As. Paidós, 2004.
- LINARES QUINTANA, S. (1970) *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970.
- LÓPEZ, H. (1994) "Del sujeto y la verdad en el discurso del Derecho: Una lectura psicoanalítica de la Teoría Pura del Derecho" en *Psicoanálisis, un discurso en movimiento, derivas del descubrimiento freudiano*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 1994, 193-216.
- MARX, C. (1867) *El Capital. Crítica de la economía política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- MUCHNIK, D. (1998) *Argentina modelo. De la furia a la resignación*, Buenos Aires, Manantial, 1998.
- NEGRI, A. (1994) *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias/Prodhufi, 1994.
- NEGRI, A. (1998) *Marx, más allá de Marx, cuadernos de trabajo sobre los Grundrisse*, Madrid, Akal, 2001.
- NEGRI, A. (1977) *La forma-Estado*, Madrid, Akal, 2003.
- PAINÉ, T. (1792) *Derechos de Hombre*, Madrid, Alianza, 1984.
- POULANTZAS, N. (1978) *Estado, Poder y Socialismo*, México, Siglo XXI, 1987.
- PRZEWORSKI, A. (1988) *Capitalismo y sociocracia*, Madrid, Alianza Editorial, 1988.
- STRASSER, C. (1999) *Democracia & Desigualdad, Sobre la "democracia real" a fines del siglo XX*, Buenos Aires, Clacso-Asdi, 1999.
- VERDÚ, L. (2003) "La imaginación constitucional como creación política" en AAVV, *Defensa de la Constitución, Garantismo y Controles.*, Buenos Aires, Ediar, 2003.