

La teoría crítica del derecho frente al debate sobre el modelo económico en la Constitución política peruana de 1993



*Marco Antonio Flores Ticona**

En Perú, hasta antes de la pandemia de COVID-19, cuestionar el modelo económico introducido en la Constitución de 1993, durante el fujimorato, además de su legislación, podía representar un pecado capital. Pues se presuponía que aquella constitución y su modelo de economía “liberal” habían “rescatado” a la economía peruana del fondo al cual las políticas nacionalistas del gobierno de la segunda mitad de la década de 1980 habían sumido. Para graficar la situación crítica, se apuntaba que la inflación a finales de aquella década alcanzó la cima de 8,000%.

Por su parte, desde la Constitución de 1993 en adelante, todos los gobernantes, aun posteriores a la caída de Fujimori en 2000, se mantuvieron “atados a las políticas del Consenso de Washington” (Crabtree y Durand, 2017: 180). En tanto, durante la primera década del presente siglo, algunos países vecinos iban virando hacia modelos alternativos como el posneoliberalismo, el Perú, sus gobernantes y políticas más bien se mantuvieron afines al paradigma neoliberal, recurriendo a distintos discursos: orden económico durante el fujimorato (1990-2000), chorreo (*trickle-down*) con Toledo (2001-2006), crecimiento económico con García (2006-2011), inclusión social con Humala (2011-2016), destrabe con Kuczynski (2016-2018) (Merino, 2018). Del mismo modo, los sucesivos y breves gobernantes: Vizcarra (2018-2020), Merino (2020), Sagasti (2020-2021), Castillo (2021-2022) y Boluarte (2023-2024).

* Diplomatura Corrientes Críticas del Derecho UNPAZ.

Sin embargo, aun cuando desde el inicio de vigencia de dicha constitución no hayan faltado las tensiones entre el Estado y la sociedad, no fue sino hasta la emergencia sanitaria del coronavirus que la población de manera general tuvo la sensación de que, pese a los discursos sobre estabilidad y crecimiento económico, las cosas no habían funcionado. Esa percepción fue la manifestación de la afectación inmediata y precedentes en ámbitos de la cotidianeidad de las personas, principalmente: salud, educación y trabajo. Así, en relación con la primera, en junio de 2021, Perú llegó a ser el país con la mayor tasa de mortalidad por COVID-19 en todo el mundo (Msf, 2021), con desbordes en la atención de las unidades de cuidado intensivo, ausencia de oxígeno medicinal para pacientes y brechas en el acceso a vacunas. En materia educativa, a febrero de 2022, la Unicef reportó que Perú era uno de los países que durante el 2022 y 2021 permaneció con las escuelas totalmente cerradas (Unicef Perú, 2022), limitando el dictado de clases a la virtualidad, esto sin tener en cuenta la brecha digital sobre todo en las zonas rurales. En cuanto al trabajo, es preciso apuntar que Perú tiene una de las tasas más altas de informalidad laboral en América Latina. En ese marco, con anterioridad a la pandemia de coronavirus, en 2019, la tasa de informalidad laboral fue de 72,9%, en tanto que durante los años 2020 y 2021 dicha tasa alcanzó al 75,3% y 76,8%, respectivamente (Observatorio Ceplan, 2023). Por lo general, la informalidad laboral se asocia a una deficiencia en la cobertura de protección social. Dicha situación se vio agravada con la declaratoria de estado de emergencia sanitaria, pues, en el ámbito del trabajo, se presentó el escenario de, por un lado, un gran porcentaje de la población con dependencia del trabajo diario para obtener ingresos que permitan su subsistencia y de sus familias, con limitaciones en la posibilidad de poder realizar trabajo remoto y; por el otro, fuertes restricciones y controles dispuestas por el gobierno para la libertad de tránsito de dichos trabajadores. A su vez, la imposibilidad de subsistir en las grandes urbes hizo que miles de personas migraran de regreso, incluso caminando, a sus lugares de origen, principalmente, en las zonas rurales (Chávez y Turkewitz, 2020).

Al desencanto de la población con el supuesto modelo de crecimiento, se añadieron reportes de organizaciones internacionales, como Oxfam internacional (s./f.), que indicaban que a 2015 el 1% de la población poseía más riqueza que el resto del planeta. Y que, en particular, la región de América Latina se habían tornado en una de las más desiguales del planeta (Lissardy, 2020). Ese sentimiento, de modo similar pero anterior, tuvo reacciones notables en otras latitudes como fue el caso del estallido chileno en 2019: expresión del rechazo popular al modelo neoliberal acogido en la Constitución chilena de 1980 durante la dictadura pinochetista.

Así pues, en Perú, a pesar de la posible estabilización económica que pudiera haber generado las políticas del consenso de Washington, la pandemia puso también en evidencia que el mantra de liberalización, desregulación y privatización no habían tenido mayores incidencias en salud, educación pública y trabajo desde el Estado peruano. Con todo, desde distintos sectores tanto del espectro político como del académico, se mantuvo un férreo respaldo al modelo económico del texto constitucional de 1993. En ese sentido, por ejemplo, un joven político de centro manifestaba “(v)amos a defender el actual capítulo económico de la constitución” (Perú 21, 2020); y otro, académico, destacaba, incluso antes de la pandemia, en referencia a la adopción constitucional del “despectivamente” llamado neoliberalismo, que fue “unánimemente adoptad[o] en la región [...] ha tenido buenos resultados” (Sumar,

2019), toda vez que, “consagra el manejo ordenado de la economía, el gasto enfocado en los sectores más sensibles socialmente y un balance entre regulación y libre mercado que incluso disgusta al más libertario” (Sumar, 2023).

A pesar de las críticas, estas no fueron tomadas en serio o materializadas en reforma alguna a nivel constitucional. En cambio, no faltaron los argumentos de defensa, usualmente de índole histórica, referido a que dicho modelo económico había traído estabilidad y crecimiento económico ante la crisis de la década de 1980; o, materialistas, que aludían a que una norma *per se*, como es el caso de la constitución, y su cambio, no garantizaba por sí misma la prosperidad económica de un país.

Sea como que fuere, la viabilidad de algún posible debate sobre el modelo económico constitucional fue minimizado. No fue sino hasta la primera mitad de 2021 que nuevamente se mostraron atisbos de aquella discusión, esto con ocasión de las elecciones generales en la que inesperadamente resultó electo Pedro Castillo, dirigente sindical, rondero y profesor de origen “provinciano”, extraño a la tradicional política capitalina y quien ganó, con pequeño margen y en segunda vuelta, a la hija del ex dictador Alberto Fujimori (Keiko Fujimori) –que alegó un fraude, no obstante sin pruebas–. Es innegable que la victoria de Castillo, además de recibir un gran respaldo popular por una cuestión identitaria al ser “alguien como nosotros”, fue también reflejo del descontento de la población frente a la desigualdad percibida (Fowks, 2021), así el eslogan de campaña de Castillo fue el de “no más pobres en un país rico”. Sin embargo, tuvo como némesis al parlamento, el cual integrado por una mayoría de oposición y con el fujimorismo a la cabeza bloqueó cualquier intento de transformación profunda en el rumbo del país. Ciertamente, Castillo tampoco tuvo la osadía de emprender algún cambio significativo. De modo que su mandato se limitó a la sobrevivencia, en medio de continuos cambios ministeriales, el asedio mediático, acusaciones penales y una rígida fiscalización parlamentaria; y que, el 7 de diciembre de 2022, concluyó con su vacancia y detención, luego de que él intentara llevar a cabo la disolución del Congreso y el cierre de varias instituciones.

Inmediatamente el Congreso peruano tomó juramento a la vicepresidenta de Castillo: Dina Boluarte, alguien que no contaba con mucha experiencia política, ni el carisma y reconocimientos de Castillo, y que, sin embargo, devino en la primera mujer presidenta de la historia republicana de Perú. Durante sus primeros días en el cargo manifestaba que su mandato sería una transición en tanto se convoquen y realicen las elecciones generales; sin embargo, prontamente la población advirtió la existencia de un pacto, entre Boluarte y el Parlamento, de permanencia hasta 2026. Ello dio lugar, en distintas regiones de Perú, a un estallido social, con un número significativo de 1327 protestas y movilizaciones sociales entre diciembre de 2022 y marzo de 2023, que terminó con un aproximado de 800 civiles heridos y la muerte de alrededor de 50 personas –varios de origen indígena e inclusive menores de edad– a manos de las fuerzas del orden (Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2023), en lo que organizaciones internacionales de derechos humanos han calificado como casos de “ejecuciones extrajudiciales”. No obstante, sin responsabilidad penal ni política hasta la fecha.

Durante el estallido social muchas fueron las consignas de población, a saber: la liberación de Castillo, el cierre del Congreso, el adelanto de elecciones generales, pero también la convocatoria a una Asam-

blea General que debatiera y aprobara una nueva constitución con un nuevo modelo económico y mayor representatividad (Rojas, 2023). Sin embargo, además de la brutal represión policial y militar, la estigmatización de las demandas por parte de las élites políticas y económicas disiparon la cabida de discusión sobre el modelo económico constitucional.

En el curso del estallido social, una de las proclamas de la población era la de “esta democracia ya no es democracia” y, ciertamente, desde el fin del estallido social, es interesante constatar que el Parlamento peruano ha ido emprendiendo una serie de (contra)reformas legales, institucionales y captura de estas con el objeto de obtener mayor poderío, por supuesto, con la aquiescencia de Boluarte y en clara violación del principio de separación de poderes, erosionando la democracia que linda con el autoritarismo. A decir de las reformas legales, por ejemplo, a nivel constitucional, luego de que en 2018 vía referéndum el 90% de la población electoral dijera que no a la bicameralidad, el actual Parlamento aprobó su restauración a 2026, modificando para ello 53 artículos de la Constitución (McCubbin, 2024). Así, a la fecha, el Parlamento, en total, ha realizado 65 cambios constitucionales orientados a modificar la estructura del Estado y la separación de poderes (Chinchay, 2024), lo que lleva a pensar que se erige como una Asamblea Constituyente de facto, modelando a conveniencia la Constitución. Por su parte, en lo que incumbe al régimen económico constitucional, dicho Parlamento, en cambio, no ha llevado a cabo reforma constitucional que implique algún tipo de transformación profunda en cuanto a su modelo económico. Se afirma, más bien, su “pulcritud ideológica”, no obstante manteniéndose en la población la percepción de fallo del modelo económico (Ipsos, 2023) y creciendo en ella el apoyo al cambio de Constitución (Pereda, 2023). Se añade a eso el actual mayoritario rechazo del Ejecutivo y Legislativo que gira en torno al 90% (Rodríguez, 2024).

Sin ánimo de extenderme más en la descripción de los hechos recientes y la situación actual de Perú, la discusión alrededor del modelo económico adoptado en la Constitución de 1993 me lleva a preguntarme sobre el papel que la teoría crítica del derecho podría desempeñar en un debate próximo sobre la cuestión, teórica en dicho caso, del derecho y el capitalismo neoliberal.

Para abordar esa interrogante, toda vez que el punto de vista inicial sea teórico, quisiera reaccionar, como provocación, a la reciente publicación de la obra *Crítica a la economía política del derecho* del jurista iusmarxista puertorriqueño Carlos Rivera-Lugo (2024), pues, en esta pequeña obra, el profesor Rivera-Lugo expone planteos centrales sobre la teoría crítica del derecho y el capitalismo neoliberal.

El primero se refiere a que bajo su concepción sería más preciso referirnos no tanto al derecho en general como a la *forma-jurídica* del capital, en particular, pues esta última es la “forma social e histórica específica que está *íntimamente* trabada con las relaciones sociales y de poder capitalistas” (2024: 40). Coincide con Evgeny Pashukanis al señalar que la forma-jurídica se encuentra relacionada a la forma-mercancía y a su proceso de intercambio patrimonial y reproducción del capital (p. 38). Para esto último, en particular –nos dice– ha sido relevante el papel del Estado, el Estado burgués, y su derecho de corte estadocéntrico. Mas, –añade– con el declive del Estado de bienestar o social “[e]l capital se ha hecho directamente Estado y lo ha privatizado para todos los fines” y que “sus leyes [...] se han constituido ya abiertamente en eje ordenador del derecho”. De ese modo “[l]o jurídico ha que-

dado así absorbido como nunca antes bajo lo económico, lo que le facilita al capital funcionar como forma directa de control y regulación social, mediante una serie de dispositivos de poder estatales y extraestatales” (p. 30).

En consecuencia, para Rivera-Lugo (2024), “el derecho es una forma fechitizada de dominación”, dado que “la alegada autonomía del derecho es una ficción o ilusión ideológica” (p. 62). A decir de esta última, afirma, que la pretensión de una autonomía relativa del derecho, por un lado, habría sido solo una excepción que se manifestó con el declive de los Estados de bienestar y que, por contrario, el carácter de dominación capitalista del derecho habría sido mostrado por la contrarrevolución neoliberal. Por otro lado, en sintonía con la teoría derivacionista del Estado, la autonomía relativa sería una “ilusión ideológica”, pues encubre las heterodeterminaciones reales (p. 90). Así pues, “sostener hoy la tan pregonada autonomía relativa de esas formas capitalista conocidas como Estado y derecho resulta ya insostenible” (p. 76).

De ahí que, en respuesta a su interrogante sobre en qué consiste la teoría crítica del derecho hoy, responda que “una teoría crítica del derecho debe asumir la obsolescencia de la forma jurídica como modo predominante de regulación social cuyo fin es la reproducción de las relaciones sociales prevalecientes bajo el capitalismo” (p. 36). Por lo que su propuesta central sea la de “transitar alternativamente hacia un horizonte de autonormatividad comunizada que rompa con la juridicidad Estadocéntrica del capital” (p. 34), que, siguiendo a Jean Carbonnier, se encontraría en un *no-derecho* (y un *no-Estado*). Entendiendo como *no-derecho*:

[a]l sistema normativo que se practica cotidianamente con independencia de que esté formalmente enunciado como parte del Estado de derecho. Es el orden normativo societal autogestionado y vivido, sin necesidad de su formalización jurídica, a nivel de la comunidad, los movimientos sociales, las asociaciones civiles, así como entre amistades, parejas y familiares, entre otros (2024: 38).

Pues, para Rivera-Lugo, el desafío de la teoría crítica del derecho es la potenciación de modos alternativos de normatividad (colectivos e individuales).

Presentados, en líneas generales, sus planteos centrales, y sin ánimos de dejar de reconocer lo interesante de ellos, pensamos, sin embargo, que algunas cuestiones pueden ser problemáticas, estas son: la restricción en su concepción del derecho y su autonomía relativa. En principio, en lo que respecta a la concepción del derecho, advertimos que para Rivera-Lugo el derecho se encontraría inmanentemente ligado a la forma-jurídica capitalista y estadocéntrica, de allí que afirme su superación por una pluralidad normativa que –siguiendo a Carbonnier– denomina *no-derecho* (y no-Estado). Creemos, sin embargo, que el planteo por un no-derecho (esto es, fuera del estadocentrismo), lo que hace en última instancia es afirmar dicho estadocentrismo del derecho. Pues, de algún modo, condena a pensar que el derecho tenga, pues, como única fuente de producción normativa al Estado y que alguna pluralidad normativa (distinta al Estado) se encontraría en un no-derecho.

Pensamos, en cambio, que la consciencia de una pluralidad normativa (o jurídica) no necesariamente tiene que pasar por una renuncia al derecho. En esa línea, resultan esclarecedoras las aproximaciones sociales a la teoría del derecho como la que hace Brian Tamanaha (2022), dado que este destaca, por ejemplo, que las teorías del derecho producida por los filósofos y científicos sociales pueden ser agrupadas en dos categorías básicas: en la primera, se encontrarían aquellas basadas en la función ordenadora social del derecho y, en otra, las que reducen al derecho a sistemas de reglas institucionalizadas.

Veamos mejor. En esta última categoría, Tamanaha ubica a aquellos teóricos que postulan al derecho bajo el paradigma del derecho estatal para luego eliminar sus características no esenciales. Y se tiene como resultado a la coincidencia entre la forma y función institucionalizadas del derecho estatal. Ciertamente, dentro de dicha categoría, se ubican autores como Hart, Raz o Shapiro, a quienes, con seguridad, Rivera-Lugo criticaría. Sin embargo, pensamos que al restringir su concepción del Derecho a lo estatal, Rivera-Lugo podría ubicarse también dentro de dicha categoría.

Por otro lado, en la primera categoría, Tamanaha ubicarían a autores pioneros de la sociología y la antropología del derecho, respectivamente, como Eugen Ehrlich y Bronislaw Malinowski. El primero identificó aquello que llamó “derecho vivo” con el conjunto de reglas que se aplicaban en la práctica por parte de asociaciones, empresas, familias, trabajadores, entre otros. En tanto que Malinowski, a propósito de sus etnografías con los habitantes de las islas Trobriand, observó la existencia de reglas que dichos habitantes tenían para cuestiones básicas, las cuales se invocaban para resolver disputas. Ambos niegan que el derecho necesariamente requiera de instituciones legales y que adopte la forma de derecho estatal. Más bien, el derecho se encuentra arraigado en la vida social pues es en esta donde se observa.

Ya el profesor David Sánchez-Rubio, en el estudio preliminar al texto *Pluralismo Jurídico* de Antonio Carlos Wolkmer (2018), refería que la concepción de pluralismo jurídico (o normativo) dependía de la concepción de derecho que uno tuviera. De manera que la atención al pluralismo jurídico en distintos ámbitos de la vida social y niveles no necesariamente se corresponde con la negación del derecho (postulando un no-derecho), sino con una concepción amplia del derecho como la que se pueden encontrar desde la sociología o la antropología del derecho.

La otra cuestión se refiere a la cuestión de la autonomía relativa del derecho. Recordemos que esta se encontraría en un espacio intermedio entre: i) aquella que postula una autonomía absoluta del pensamiento jurídico se orienta a su abstracción e independencia; y ii) la propuesta determinista que considera que el derecho sería reflejo inmediato de las relaciones, principalmente económicas. En ese sentido, siguiendo a Pierre Bourdieu (2000), el derecho se trataría de un campo con una lógica específica, “un universo social relativamente independiente de las demandas externas al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica” (p. 158). En dicho campo, agrega, “se desarrolla una lucha por el monopolio del derecho a decir el derecho” (p. 160).

Para una mejor comprensión sobre la autonomía relativa del derecho, resulta explicativa la propuesta de tipología de los movimientos críticos del derecho que realizó Mauricio García-Villegas (2010). Así, este parte de presupuestos epistemológicos y teleológicos para presentar el siguiente marco:

Tipos de crítica jurídica.

TELEOLÓGICA		CONTRA LA AUTONOMÍA	CONTRA LA NEUTRALIDAD
Epistemológica	interna	I Sociological jurisprudence (EE.UU.) Teoría del Derecho social en Francia	III Critical Legal Studies (CLS) Feminismo crítico Teoría racial crítica
	externa	II Sociología del derecho Estudios de conciencia legal Movimiento alternativo del derecho	IV Critique du Droit Corrientes críticas argentina

Fuente: adaptado de García-Villegas (2010: 80).

Desde el presupuesto epistemológico se procura distinguir a aquellas críticas que se realizan dentro del derecho (internas) de aquellas hechas desde las ciencias sociales (externas). Las primeras (I y III) –se nos señala– critican al derecho desde su interior, buscando mostrar sus inconsistencias, vacíos o sesgos. En cambio, las segundas (II y IV), no tienen en cuenta la racionalidad jurídica, ya que se aproximan al derecho como un objeto, ajeno a la disciplina desde la cual lo estudian.

En cuanto al aspecto teleológico, se encuentran aquellas teorías que tienen como pretensión el “atacar” la autonomía del derecho o su neutralidad política. Así, las primeras (I y II) exponen una brecha entre el derecho y la realidad social que puede ser recortada mediante cierta ingeniería institucional; en cambio las segundas (III y IV), ven al derecho como un mecanismo de dominación. García-Villegas, sin embargo, hace la precisión de que dichos cuadrantes no deban entenderse de manera rígida pues puede haber casos que no cuadren del todo (2010: 80).

Retomando el planteo de Rivera-Lugo, sin duda, su postura se entiende mejor si se la ubica en cuadrante IV. Así, su propuesta de rechazo a la autonomía relativa del derecho sigue a aquellas que señalan que tanto el Estado como el derecho son capitalistas y, en consecuencia, “inmanentemente” dominantes. De ahí que su proposición por un *no-derecho* y *no-Estado* sea de trascenderlos. Además, aun cuando Rivera Lugo señale que por capitalismo se refiere no únicamente a un economicismo propio del marxismo tradicional, sino a una totalidad sistémica del cual las cuestiones jurídica, social y política son parte; sin embargo, al hacer equivalente a la forma-jurídica con la forma mercancía, dicho argumento se diluye, pues se destaca el argumento económico.

Hechas ambas observaciones al texto de Rivera-Lugo, si retornamos a la cuestión sobre el papel de la teoría jurídica crítica en el debate sobre el derecho y el capitalismo neoliberal, podemos prestar atención a la tipología de crítica que García-Villegas. Como se puede observar, este autor coloca en el cuadrante IV a la crítica jurídica argentina, cuadrante que tiene un punto de vista externo al derecho y que lo concibe como un mecanismo de dominación. En dicho cuadrante, que se encuentra afín al marxismo, se encontrarían pues, para decir algunos, Cárcova, Marí y Ruiz. Sin embargo, considero que ello no es del todo preciso, toda vez que para la crítica jurídica argentina el derecho se refiere a una práctica social específica de carácter discursivo y paradójal, cuyo papel depende de las relaciones de fuerza. Precisamente, Cárcova (2007) señala que una definición funcional del derecho debe dar cuenta de su *carácter paradójal*, lo cual quiere decir que “[e]n manos de los grupos dominantes, constituye un mecanismo de preservación y de reconducción de sus intereses y finalidades, en manos de grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política” (p. 140). Así, desde la crítica jurídica argentina apreciamos que el derecho en cuanto discurso jurídico no es en todos los casos dominante, como se podría argüir desde el marxismo tradicional, en general, y acontece en Rivera-Lugo, en particular.

En consonancia, Boaventura de Sousa Santos (2009), ante la interrogante de si ¿puede el derecho ser emancipatorio?, apunta a que “el derecho no puede ser ni emancipatorio ni no emancipatorio” de manera inmediata, pues, agrega, “lo que son emancipatorios o no emancipatorios son los movimientos, las organizaciones de los grupos cosmopolitas subalternos que recurren al derecho para progresar en sus luchas” (p. 610).

En ese sentido, de lo que se trata es, pues, que la crítica jurídica asuma una postura de no renuncia al derecho, adoptando precisamente una concepción amplia del mismo, esto es, teniendo en cuenta su pluralidad. Al mismo tiempo, evitando que ella caiga en las determinaciones de abstracción/neutralidad de quienes pretendan una autonomía absoluta del derecho, o de quienes propugnan por tener al derecho como un reflejo inherente de las relaciones sociales y económicas dominantes. Más bien, la disputa por “decir el derecho” pasa por tener presente su carácter *paradójal*, como se postula desde la crítica jurídica argentina.

Esta posición nos da mejores luces para interpretar el momento actual en Perú, no solamente económico, sino también político y social, sin caer en determinismos que lindan con la desesperanza. Ahora, brevemente quisiéramos atender a las lecturas sobre la relación entre derecho y capitalismo que realizan algunos autores.

Primero, David Trubeck en su artículo *Max Weber sobre el Derecho y el ascenso del capitalismo* (2007 [1972]) muestra que Weber en su intento de explicar la razón por la cual el capitalismo industrial pudo surgir en Europa y no en otras partes del planeta, procuró identificar características distintivas del derecho europeo de otros sistemas jurídicos en otras civilizaciones que condujeron al capitalismo. Así, Weber postuló que el derecho europeo se caracterizaba por un tipo de dominación legal, distinto a la dominación tradicional o carismática, y por su racionalidad lógico-formal que garantizaban la coacción y previsibilidad (seguridad jurídica). Sin embargo, el caso paradigmático de desvío en relación a su investigación fue Inglaterra, precisamente el lugar donde el capitalismo industrial había te-

nido un desenvolvimiento formidable. Y fue de ese modo pues para entonces a Inglaterra le hacía falta el sistema jurídico lógico formal previsible que Weber identificada como necesario para el desarrollo del capitalismo; al mismo tiempo, el capitalismo, cuando se estableció en Inglaterra, tuvo pocos efectos sobre la racionalización del derecho inglés (p. 173). Para Trubeck, pues, la gran contribución de Weber fue la de analizar el derecho desde un punto de vista holístico, donde los fenómenos jurídicos no son completamente independientes ni dependientes de otros aspectos de la vida social (p. 179).

Por su parte, Foucault (2007) desencaja la relación del poder entre Estado y sociedad. Así, con el neoliberalismo, el poder ya no es nítidamente identificable ni se encuentra necesariamente a cargo del Estado, sino que la gubernamentalidad se ejerce de manera difusa y flexible sobre la vida (biopolítica). En referencia a la presentación que Louis Rougier realizara en el conocido Coloquio Walter Lippman (1938), sobre el descuido de los economistas clásicos sobre “la cuestión del marco legal”, Foucault subraya que

[n]o es la economía la que determina, lisa y llanamente, un orden jurídico que tenga con ella una relación de servicio y servidumbre a la vez. Lo jurídico informa lo económico, y éste no sería lo que es sin aquél (p. 194).

Para Foucault, en relación al neoliberalismo, resulta relevante que en lugar “de oponer un elemento económico que sea del orden de lo *infra* y un elemento jurídico político que sea del orden lo *supra*, en realidad hay que hablar de un orden económico jurídico”, subrayando que en el neoliberalismo “lo económico debe entenderse de entrada como un conjunto de actividades reguladas” (p.194). Así, en Foucault vemos una crítica al determinismo del derecho que lo relega a un ámbito de dependencia, situación, sin embargo, que sería aprovechada por el neoliberalismo al ser consciente de que el derecho da forma a lo económico.

A su turno, en su intento de llevar más lejos el argumento de Foucault, Wendy Brown (2017) apunta que el derecho no solo “da forma” a lo económico, sino que disemina la racionalidad neoliberal a ámbitos más allá del económico, como los elementos constitutivos de la vida política (derechos, ciudadanía, democracia), constituyéndose así en un “orden social institucionalizado” con incidencia en los distintos ámbitos de la vida (Fraser, 2020). Y aun cuando se refieran reiterativamente a su crisis, de lo que se advierte más bien es sobre su “polimorfismo, su capacidad combinatoria, versátil y mutante” y que, sin embargo, “no alisa las diferencias geográficas y políticas que producen aterrizajes y singularidades situadas del neoliberalismo, especialmente en los espacios periféricos, en articulaciones específicas con los espacios centrales” (Gago, 2021).

En esto, el Derecho, dado su carácter paradójico, ha desempeñado un papel importante que no le limita a ser solo un reflejo. Tal relevancia se advierte en Pistor (2022) cuando esta refiere que “la codificación legal del capital es un proceso de lo más ingenioso sin el cual el mundo nunca habría alcanzado el nivel de riqueza del que goza actualmente” (p.18), puesto que “la clave no es el proceso de físico de producción, sino la codificación legal” (p. 28) que se logra a través de cuatro atributos: prioridad,

universalidad, durabilidad y convertibilidad. Así, para Pistor “el capitalismo es más que el intercambio de bienes en una economía de mercado; es una economía de mercado en la que algunos activos están dopados con esteroides legales” (p. 29). Y que, a pesar de la relevancia del derecho y la codificación legal para el capitalismo, dicha autora, a propósito del litigio territorial del pueblo indígena maya ante el Tribunal Supremo de Belice, destaca que “la codificación legal podría ser usada para lograr otros objetivos distintos a la maximización de la riqueza privada” (p.48).

Desde la otra orilla, Hayek, en su *Camino de servidumbre* (2021 [1944]), a partir de la distinción entre gobiernos liberales y socialistas (o colectivistas), habiendo sido estos últimos la vía para el ascenso de los totalitarismos, zanja una distinción, a nivel normativo, entre ordenes espontáneos, intrínsecos a los primeros gobiernos, y ordenes planificados, propios de los segundos. Para Hayek el derecho no debía ser una herramienta del poder estatal centralizado y omnipotente –materializado en algún tipo de planificación económica–, sino de un orden espontáneo, con cierta autonomía, que garantice y respete la libertad individual, en la que encuentra, precisamente, sus límites. Para él, las normas jurídicas debían tener un carácter general (no específico) y procurar la seguridad jurídica.

Como lo venimos diciendo, de lo que se trata es que la crítica jurídica no renuncie al discurso jurídico; en cambio, teniendo en cuenta su función paradójica, dispute sus sentidos tanto desde el interior como desde el exterior al derecho. En esa disputa por los sentidos, creemos que la discusión con relación al modelo económico regulado por la Constitución política de 1993 desde la teoría jurídica crítica debiera pasar por tener una concepción amplia del derecho y en consideración de su relevancia para dar forma y diseminar el discurso neoliberal.

Para finalizar, podemos graficar lo que venimos señalando refiriéndonos a dos cuestiones, el primero se relaciona con propiedad al modelo económico en la Constitución de 1993 y la participación del Estado en la economía, en tanto que el segundo se vincula a la denominada economía informal.

En cuanto a lo primero, autores como Helena Alviar (2021), en lo que incumbe al caso peruano y la Constitución de 1993, de manera categórica, manifiestan: “la Constitución peruana contiene principios que pueden estar claramente asociados al neoliberalismo” y, en ese sentido, es “un ejemplo notable de principios neoliberales” (p. 18). Así, tales principios tendrían lugar en que, en su primer artículo [art.], para empezar, se coloque como centro al individuo y adopte como principios rectores al mercado, la privatización y los límites a la intervención estatal. Estipulando en su título “régimen económico” a la libertad contractual (art. 62), la libre competencia (art. 61), la categorización de guía de la economía a los principios de mercado (art. 58) no así al Estado y más bien sea el sector privado el motor de la economía. Introduciendo, además, el principio de trato igualitario entre las inversiones públicas/privadas extranjeras y las nacionales (art. 60 y 63). Y, en sintonía con la liberalización, disponiendo que el Estado peruano no puede imponer medidas proteccionistas de la economía nacional, las cuales únicamente podrían tener lugar cuando otra nación lo hiciese (art. 63). En cuanto a la propiedad (art. 70 a 73), su regulación es tradicional (derecho absoluto, donde, de manera excepcional cabe la expropiación previo cumplimiento compensatorio y de la formalidad legislativa); sin embargo, se encuentra despojada de alguna

función social o ecológica. Alviar advierte que, a pesar del reconocimiento de un régimen agrario y protección de la propiedad de las comunidades campesinas y pueblos indígenas (arts. 88, 89), la legislación tiene una preferencia por las inversiones privadas relacionadas a la actividad minera por encima de dicho reconocimiento constitucional (p. 19).

No le faltan razones, pues, a Alviar para resaltar que la Constitución peruana de 1993 adopta principios neoliberales o, lo que es lo mismo, los principios del Consenso de Washington. En ese sentido, aun cuando Gonzales Olarte subraye que una cosa es el Consenso de Washington, en cuanto modelo de desarrollo, y otra el neoliberalismo, en cuanto filosofía e ideología, lo cierto es que “todas las medidas propuestas por el [Consenso de Washington] se sustentaban en la filosofía e ideología neoliberal y en los preceptos de la teoría económica neoclásica del equilibrio general” (2023: 15).

En particular, en lo que concierne a la participación del Estado en la economía, el artículo 60 de la Constitución establece que “solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional”. Además de reacción al desastroso desempeño que tuvieron las empresas públicas peruanas durante la década de 1980, desde la dogmática constitucional se nos señala que el fundamento de dicha disposición se encuentra en que “son los privados, proveedores y consumidores, quienes generan riqueza, no así el Estado” (Calderón, 2023: 56). Dicho postulado, en Perú, es tenido como mantra; sin embargo, desde la teoría económica se nos advierte que aquel tiene correlato en la llamada “revolución marginalista” del valor por parte de los economistas neoclásicos. Dicha revolución consistió en trasladar el foco de la cuestión del valor de la oferta (producción) a la demanda (consumo), equiparándolo al precio. Y, por tanto, el valor (precio) de una cosa se determinaría respecto a la utilidad (y escasez) que tuviera para el comprador; así, cuanto más escasos sea un bien para el consumidor, más disposición habría en él para pagar por dicha cosa. A su vez, ello implicaba que cualquier sector que produjese mercancías para su intercambio en el mercado deviniera en uno productivo; en cambio, los sectores receptores de ingresos, como sucede al Estado con los tributos, serían considerados como improductivo (Mazzucato, 2019). De manera que, en esa redefinición del valor, “el Gobierno no produce nada [pues] no puede crear valor” (2019: 256). A contracorriente, la economista Mariana Mazzucato en la actualidad es una asidua partidaria de la importancia que tiene el Estado, mediante la inversión en innovación y desarrollo, en la creación de valor. Con ejemplos concretos ha ido mostrando cómo es que detrás de innovaciones en tecnología (como el internet, GPS, las pantallas táctiles), en salud (avances en biomedicina y laboratorios), entre otras inversiones públicas, se encuentran los Estados.

Como mencioné al principio, en Perú, la pandemia de coronavirus desnudó como nunca antes las carencias del sistema de salud pública a cargo del Estado al cual nos había llevado el neoliberalismo, revelándose las consecuencias de relegar la participación del Estado en el desenvolvimiento de actividades como el ofrecimiento de salud pública de calidad (además de educación, seguridad social, entre otros). En este aspecto, creemos que ceder en la disputa por el sentido del Estado, a través de su regulación por el derecho, generalizando su carácter dominante, es renunciar, por otro lado, a sus posibilidades emancipatorias y de justicia social.

La segunda cuestión tiene que ver con lo que se denomina economía informal, en particular, la informalidad laboral. Como se ha tratado al principio del este trabajo, en Perú, en la actualidad, más del 70% de la población en edad de trabajar se encuentra en el ámbito de la economía informal. Sin embargo, el derecho (*estatal*, laboral, constitucional, administrativa, etc.) únicamente regula de manera específica el resto de situaciones que serían la minoría; relegando a gran parte de la población a un limbo entre lo legal y lo ilegal. Para mencionar un supuesto, la Ley N° 27972 dispone que la regulación de los vendedores callejeros es potestad de los gobiernos locales, por lo que no existe una política general o central respecto a los derechos de tales trabajadores. De modo que dichos gobiernos locales, resaltado la condición de “informales” de aquellos, por lo general, “tienden a adoptar dos actitudes (...): tratan de eliminarla o se hace[n] de la vista gorda” (Chen, 2021: 14). En esa visión de la economía informal los gobiernos también asocian al informal con el precario –aun cuando eso no suceda en todos los casos– de modo que sus políticas se limiten a la implementación de algún programa de formalización. Como se puede apreciar, esto no necesariamente tiene que ver con la proyección de una realidad económico o social sobre el derecho, sino en cómo también este va dando forma a aquellas, por ejemplo, a través de su estigmatización. Contrariamente, en esa disputa por los sentidos, desde Latinoamérica, recientemente se han venido dado propuestas alternativas como la de “economía popular”. En esta no se parte de una actitud de negatividad sino más bien de afirmación y aceptación de la realidad. En el caso del trabajo, de la consciencia de la gran cantidad de trabajadores que se encuentran fuera del “capitalismo moderno” y que lo necesario no es introducirlos en programas de formalización legal y burocrática, sino apoyarlos en sus procesos de autoorganización colectiva que garanticen el desenvolvimiento de su trabajo ante terceros como el propio Estado (Mazzeo y Stratta, 2021). Pues ellos también serían productores de derecho, en un sentido amplio.

Conclusiones

En el presente trabajo hemos intentando, en principio, mostrar la ausencia y la necesidad de un debate serio que problematice el modelo económico neoliberal recogido en la Constitución política de Perú de 1993. Particularmente, se ha apuntado al papel que la teoría jurídica crítica pudiera tener en dicha discusión, que implique no renunciar a la disputa por los sentidos del derecho (y el Estado), más bien, apostar por una concepción amplia y plural del derecho, no restringida a lo estatal, que considere su autonomía relativa, sin caer en reduccionismos o determinismos, destacando su carácter paradójico.

Si bien el presente texto tiene cierto énfasis en el aspecto económico, sirve también para poder aproximarse a la actual situación política y social de Perú. En ese sentido, procura “dar una palabra” de esperanza a la multitud de peruanas y peruanos que fueron masacrados durante el estallido reciente. No estamos condenados a la dominación. ¡Hay aún posibilidades de emancipación!

Referencias bibliográficas

- Alviar-García, H. (2021). *Legal experiments for development in Latin America: modernization, revolution and social justice*. Routledge Focus.
- Bourdieu, P. (2000). La fuerza del derecho: hacia una sociología del campo jurídico. En P. Bourdieu y G. Teubner, *La fuerza del derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Brown, W. (2017). *El pueblo sin atributos: la secreta revolución del neoliberalismo*. Barcelona: Malpaso. Recuperado de https://www.google.com.pe/books/edition/El_pueblo_sin_atributos/6iYtDwAAQBAJ?hl=es-419&gbpv=1&pg=PT2&printsec=frontcover
- Calderón, A. (2023). *Verdades y mitos de la Constitución económica de 1993*. Madrid: Debate.
- Cárcova, C. M. (2007). *Las teorías jurídicas post positivistas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Chavez, R. y Turkewitz, J. (30 de abril de 2020). En Perú el virus provoca que miles de personas regresen al campo. *The New York Times en Español*. Recuperado de <https://www.nytimes.com/es/2020/04/30/espanol/america-latina/peru-virus-migracion-caminantes.html>
- Chen, M. (2012). La economía informal: definiciones, teorías y políticas. Documento de trabajo de Wiego. <https://www.wiego.org/sites/default/files/migrated/publications/files/Chen-Informal-Economy-Definitions-WIEGO-WP1-Espanol.pdf>
- Chinchay, M. (20 de junio de 2024). ¿Cuántos cambios ha realizado el Congreso de la República a la Constitución desde julio del 2021? *RPP Noticias*. Recuperado de <https://rpp.pe/politica/congreso/congreso-de-la-republica-cuantos-cambios-se-han-realizado-a-la-constitucion-desde-julio-de-2021-noticia-1563312>
- Crabtree, J. y Durand, F. (2017). *Perú: élites del poder y captura política* (Trad. F. Durand y J. Kates-Chinoy). Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú.
- De Sousa Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta.
- Foucault, M. (2007). *Nacimiento de la biopolítica: curso en el Collège de France: 1978-1979* (Trad. H. Pons). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Fowks, J. (20 de mayo de 2021). La insatisfacción con el modelo económico, clave en la segunda vuelta presidencial en Perú. *El País*. Recuperado de <https://elpais.com/internacional/2021-05-20/la-insatisfaccion-con-el-modelo-economico-clave-en-la-segunda-vuelta-presidencial-en-peru.html>
- Fraser, N. (2020). *Los talleres ocultos del capital. Un mapa para la izquierda* (Trad. J. Mari y C. Piña). Madrid: Traficantes de Sueños. Recuperado de https://traficantes.net/sites/default/files/pdfs/PC_21_Talleres%20ocultos_web_baja_0.pdf
- Gago, V. (2021) ¿Qué es la crítica al neoliberalismo? En R. Castro y E. Chamorro (eds.), *Para una crítica del neoliberalismo: Foucault y nacimiento de la biopolítica* (pp. 443-464). Madrid: Lengua de Trapo.
- García-Villegas, M. (2010). *Sociología y crítica del derecho*. México: Fontamara.
- Gonzales de Olarte, E. (2023). *El modelo de Washington, el neoliberalismo y el desarrollo económico. El caso peruano 1990-2020*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Hayek, F. (2021). *Camino de servidumbre* (Trad. J. Vergara, 9a reimpresión). Madrid: Alianza Editorial.
- Ipsos (2023). Intención de voto: Encuesta Perú21 - Ipsos | Lima. Recuperado de <https://www.ipsos.com/es-pe/intencion-de-voto-encuesta-peru21-ipsos-lima>
- Lissardy, G. (6 de febrero de 2020). Por qué América Latina es “la región más desigual del planeta”. *BBC News Mundo*. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51390621>
- Mazzeo, M. y Stratta, F. (2021). *¿Qué es la economía popular? Experiencias, voces y debates*. Buenos Aires: El Colectivo.
- Mazzucato, M. (2019). *El valor de las cosas: quién produce y quién gana en la economía global* (Trad. R. González). Madrid: Taurus. https://www.google.com.pe/books/edition/El_valor_de_las_cosas/hcqKDwAAQBA-J?hl=es-419&gbpv=1&printsec=frontcover
- McCubbin, R. (21 de marzo de 2024). ¿Nueva Constitución? Las 53 reformas que realizó el Congreso y los cambios que tendrá la próxima elección presidencial. *Infobae*. Recuperado de <https://www.infobae.com/peru/2024/03/22/nueva-constitucion-las-53-reformas-que-realizo-el-congreso-y-los-cambios-que-tendra-la-proxima-eleccion-presidencial/#:~:text=El%20art%C3%ADculo%2090%20de%20la%20nueva%20versi%C3%B3n%20de%20la%20Constituci%C3%B3n,Contralor%20general>
- Merino, R. (2018). *¿El poder de la Ley o la Ley del poder? Gobernanza y legalidad tecnocrática en el Perú neoliberal: el caso de las APPs*. Buenos Aires: Clacso. https://www.clacso.org.ar/concursos_convocatorias/Estudios_resultados_clacso_oxfam/Informe_Peru_vf.pdf
- Médicos sin Fronteras (4 de junio de 2021). *Perú es oficialmente el país del mundo más afectado por la COVID-19*. Recuperado de <https://www.msf.es/noticia/peru-oficialmente-pais-del-mundo-mas-afectado-la-covid-19>
- Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado (18 de octubre de 2023). Observaciones sobre la situación de los derechos humanos en el contexto de las protestas en Perú. United Nations Human Rights Office. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/peru/Peru-Report-infographics-2023-10-18-EN.pdf>
- Observatorio Ceplan (septiembre de 2020). Persistencia de la informalidad laboral y del empleo vulnerable. Observatorio Nacional de Prospectiva. <https://observatorio.ceplan.gob.pe/ficha/t29>
- Oxfam Internacional. (s.f.). Desigualdad extrema y servicios sociales básicos. Oxfam Internacional. Recuperado de <https://www.oxfam.org/es/que-hacemos/temas/desigualdad-extrema-y-servicios-sociales-basicos>
- Pereda, D. (5 de diciembre de 2023). Encuesta IEP: crece apoyo a cambio de Constitución, y rechazan reelección. *La República*. Recuperado de <https://larepublica.pe/politica/2023/12/05/encuesta-iep-crece-apoyo-a-cambio-de-constitucion-y-rechazan-reeleccion-carta-magna-bicameralidad-congreso-del-peru-crisis-politica-181305>
- Perú 21* (19 de enero de 2020). Alberto de Belaunde: “Vamos a defender el actual capítulo económico de la constitución” [video]. *Perú 21*. <https://peru21.pe/peru21tv/entrevista21/alberto-de-belaunde-vamos-a-defender-el-actual-capitulo-economico-de-la-constitucion-video-noticia/>
- Pistor, K. (2022). *El código del capital* (Trad. F. Herreros). Madrid: Capitán Swing.

- Rivera-Lugo, C. (2024). *Crítica a la economía política del derecho*. Buenos Aires: Clacso; México: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades - UNAM.
- Rodríguez, L. (13 de octubre de 2024). Encuesta Datum: Desaprobación de Dina Boluarte llegó a 92 % y rechazo a ministro del Interior se ubica en 76 %. *RPP Noticias*. Recuperado de <https://rpp.pe/politica/gobierno/encuesta-datum-desaprobacion-de-dina-boluarte-llego-a-92-y-rechazo-a-ministro-juan-jose-santivanez-se-ubica-en-76-noticia-1591017>
- Rojas, E. (14 de febrero de 2023). Perú: ¿oidos sordos a la demanda de una nueva Constitución? *Deutsche Welle*. Recuperado de <https://www.dw.com/es/per%C3%BA-o%C3%ADdos-sordos-a-la-demanda-de-una-nueva-constituci%C3%B3n/a-64702555>
- Sumar, O. (8 de octubre de 2019). Modelo económico y Constitución. *Menú legal. Gestión*. Recuperado de <https://gestion.pe/blog/menulegal/2019/10/modelo-economico-y-constitucion.html/?ref=gesr>
- Sumar, O. (1 de noviembre de 2023). ¿Cambio del capítulo económico? Universidad Científica del Sur. Recuperado de <https://www.cientifica.edu.pe/noticias/cambio-del-capitulo-economico-por-oscar-sumar/>
- Tamanaha, B. Z. (2022). *Sociological approaches to Theories of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Trubek, D. M. (2007). Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo (1972) (Trad. J. Zullo). *Revista Direito GV*, 3(1), pp. 151-185.
- Unicef Perú. (24 de enero de 2022). COVID-19: más de 635 millones de estudiantes siguen afectados por el cierre de escuelas. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), sección Perú. Recuperado de <https://www.unicef.org/peru/comunicados-prensa/covid-19-mas-de-635-millones-de-estudiantes-mundo-siguen-afectados-por-el-cierre-de-escuelas>
- Wolkmer, A. C. (2018). *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del derecho* (Trad. D. Sánchez-Rubio). Madrid: Dykinson.