

CALIXTO SALOMÃO FILHO

**TEORÍA
CRÍTICO-ESTRUCTURALISTA
DEL DERECHO MERCANTIL**

Obras seleccionadas

Traducción de
Laura Criado

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN. LA TRADICIÓN DEL PENSAMIENTO CRÍTICO, SU RENOVACIÓN E IMPORTANCIA PARA EL DERECHO MERCANTIL	9
--	---

I

EL DERECHO MERCANTIL EN PERSPECTIVA: HISTORIA, FUNCIÓN Y DISFUNCIÓN

CAPÍTULO 1. HISTORIA DEL CAPITALISMO Y DERECHO MERCANTIL. EL PODER ECONÓMICO EN LA HISTORIA Y LA SUMISIÓN DEL DERECHO	15
1. LA VISIÓN FILOSÓFICA.....	17
1.1. Los filósofos unitarios: KANT y HEGEL	17
1.2. Filosofía moderna: escisión entre ética y realidad	18
1.3. Contrapunto.....	19
2. LA VISIÓN ECONÓMICA.....	21
2.1. La marcha del pragmatismo	21
2.2. La síntesis schumpeteriana.....	24
2.3. Tendencias críticas	25
3. LA VISIÓN JURÍDICA.....	28
3.1. Del racionalismo jurídico al positivismo.....	28
3.2. Positivismo y poder económico	29
4. PERSPECTIVAS	30
CAPÍTULO 2. FUNCIÓN Y DISFUNCIÓN. REFLEXIONES SOBRE LA DISFUNCIÓN DE LOS MERCADOS	33
1. INTRODUCCIÓN.....	33
2. LAS PROHIBICIONES DE FUNCIONAMIENTO	34
2.1. Asimetrías de información.....	35
2.2. Bienes comunes	37

3.	LAS TRANSFORMACIONES DE FONDO	40
3.1.	El mercado unidimensional: las limitaciones de la dimensión precio..	41
2.2.	Instrumentos: institucionalización y nuevos indicadores	44
4.	CONCLUSIÓN.....	48

II

ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS: INSTRUMENTOS DE CRÍTICA EXTERNA

CAPÍTULO 3. LAS CAUSAS HISTÓRICO-ECONÓMICAS. MONOPOLIO COLONIAL Y SUBDESARROLLO	51
1. PODER ECONÓMICO (Y, POR ENDE, MONOPOLIO) COMO DETERMINANTE ESTRUCTURAL DE LAS ECONOMÍAS DE LOS PAÍSES SUBDESARROLLADOS	53
1.1. La hipótesis, el método de investigación y sus principales consecuencias.....	56
1.2. Colonialismo y constitución de los monopolios.....	59
1.3. Los orígenes históricos del subdesarrollo	60
2. MONOPOLIOS E INTERESES COMERCIALES DE LAS METRÓPOLIS ..	62
2.1. Los ciclos de crecimiento y estancamiento de la América Latina colonial y la formación de los Estados nacionales.....	64
2.2. La sucesión entre interés comercial exportador e importador en Asia.	68
2.3. Conclusión parcial: efectos de los monopolios comerciales sobre el proceso de desarrollo económico de las colonias.....	71
3. ESTRUCTURACIÓN DE LOS MONOPOLIOS Y LOS MERCADOS INTERNOS DE LAS COLONIAS	73
3.1. Los monopolios de importación de las economías esclavistas.....	73
3.2. La inserción de los monopolios privados en las economías asiáticas a través de la Compañía de las Indias	77
3.3. Conclusión parcial: monopolios y estructuración interna de los mercados de las colonias	81
4. ESTRUCTURA SOCIAL RESULTANTE EN LAS COLONIAS	84
4.1. Rigidez social y económica en las colonias latinoamericanas	86
4.2. Sistema de castas, comercio y pobreza en la India.....	87
4.3. Los diferentes niveles de pobreza en América Latina y Asia como consecuencia de las diferencias en la colonización.....	89
4.4. La economía colonial y la preparación del subdesarrollo	90
CAPÍTULO 4. ESTRUCTURAS DE DOMINACIÓN DE LOS BIENES COMUNES Y LAS POSIBILIDADES DE TRANSFORMACIÓN	93
1. INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA.....	93
2. LA INSUFICIENCIA DE LA DICOTOMÍA BIEN PRIVADO-BIEN PÚBLICO.....	94
3. BIENES COMUNES Y PODER ECONÓMICO	95

4. BIENES COMUNES Y MEDIO AMBIENTE: PODER ECONÓMICO FRENTE A COOPERACIÓN.....	97
5. ALTERNATIVAS DE INTERVENCIÓN ESTRUCTURAL.....	99
5.1. Apropiación: regulación y cooperación descentralizadas.....	101
5.2. Utilización: conexión entre producción y consumo.....	102
6. SISTEMAS PRODUCTIVOS, FALTA DE ELECCIÓN Y ABUSO DE PODER.....	103
7. CONCLUSIÓN Y CONTRAPUNTO.....	105

III

LAS DISTINTAS DISCIPLINAS: CRÍTICA INTERNA

CAPÍTULO 5. LO OPUESTO AL DERECHO EMPRESARIAL.....	109
1. LA EMPRESA INCLUSIVA.....	110
2. LA COOPERACIÓN ENTRE SOCIOS.....	111
3. LOS CONTRATOS COMO INSTRUMENTOS DE TUTELA DE INTERESES SOCIALES Y AMBIENTALES.....	113
4. UN MUNDO SIN PATENTES.....	114
5. UN MUNDO SIN MONOPOLIOS.....	117
6. CONCLUSIÓN.....	118

CAPÍTULO 6. PROPIEDAD INTELECTUAL. DERECHO INDUSTRIAL, DERECHO DE LA COMPETENCIA E INTERÉS PÚBLICO.....	121
1. RESEÑA HISTÓRICA.....	122
2. FUNCIÓN ECONÓMICA.....	124
3. CONSECUENCIAS SOBRE LA <i>FATTISPECIE</i>	126
3.1. Definición de patente y marca.....	126
3.2. Requisitos de la patente.....	127
3.3. Productos patentables: análisis crítico.....	128
4. CONSECUENCIAS PARA LA DISCIPLINA.....	130
5. CONCLUSIÓN: DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO INDUSTRIAL.....	134

CAPÍTULO 7. SOCIEDADES MERCANTILES. CONTRACTUALISMO, INSTITUCIONALISMO Y ANÁLISIS ESTRUCTURALISTA DEL INTERÉS SOCIAL.....	135
1. INTRODUCCIÓN.....	135
2. PODER Y ESTRUCTURA SOCIETARIA.....	137
2.1. Poder frente a derecho en la estructura societaria.....	137
2.2. Consecuencias de la prevalencia de las relaciones jerárquicas sobre las jurídicas.....	138
3. CONTRACTUALISMO FRENTE A INSTITUCIONALISMO.....	140
3.1. El contractualismo.....	140

3.1.1.	Contractualismo clásico.....	140
3.1.2.	Contractualismo moderno	142
3.2.	La teoría institucionalista	143
3.2.1.	Institucionalismo publicista.....	143
3.2.2.	Institucionalismo integracionista u organizativo.....	145
3.3.	La situación en Brasil: entre contractualismo e institucionalismo	147
3.4.	Análisis estructuralista del interés social.....	149
3.5.	Efectos aplicativos.....	151
3.5.1.	Conflicto de intereses	152
3.5.2.	Definición de sociedad	152
3.5.3.	La desestimación de la personalidad jurídica.....	153
3.5.4.	Sociedad unipersonal y sociedad sin socios	154
4.	CONCLUSIÓN.....	154
 CAPÍTULO 8. CONTRATOS MERCANTILES. FUNCIÓN SOCIAL DEL CONTRATO: PRIMERAS CONSIDERACIONES.....		 157
1.	EL CAMINO DE LA FUNCIÓN SOCIAL: DE LOS BIENES A LAS RELACIONES.....	157
2.	LA ESENCIA DE LA FUNCIÓN SOCIAL	159
3.	LOS INTERESES PROTEGIDOS POR LA FUNCIÓN SOCIAL DEL CONTRATO	161
3.1.	La noción de intereses institucionales en la teoría constitucional.....	162
3.2.	Expansión del concepto de garantías institucionales: las normas de protección	163
3.3.	El concepto tradicional de intereses difusos.....	164
3.4.	Intereses difusos y garantías institucionales.....	168
3.5.	Intereses institucionales y función social	173
4.	CONCLUSIÓN: EL SENTIDO DE LA FUNCIÓN SOCIAL DEL CONTRATO.....	174
 CAPÍTULO 9. REGULACIÓN ECONÓMICA. DE LAS TEORÍAS CLÁSICAS A LA TEORÍA CRÍTICO-ESTRUCTURALISTA DE LA REGULACIÓN		 179
1.	INTRODUCCIÓN.....	179
2.	LAS ESCUELAS CLÁSICAS SOBRE LA REGULACIÓN	181
2.1.	Escuela del interés público.....	182
2.2.	Escuela neoclásica o económica de la regulación. Origen del movimiento de desreglamentación. Crítica	185
3.	APUNTES PARA ELABORAR UNA TEORÍA CRÍTICO-ESTRUCTURALISTA DE LA REGULACIÓN	189
3.1.	Sectores que no se pueden reglamentar. Prestación del servicio directamente por el Estado	189
3.2.	Regulación y protección de la difusión del conocimiento económico.	190
3.2.1.	Regulación como <i>due process clause</i> en el campo económico: equilibrio entre agentes y garantía de acceso	190

3.2.2. Regulación y teoría del conocimiento económico..... 192
3.2.3. Regulación estructural y regulación neoclásica 195
3.2.4. Regulación y desarrollo económico 199

CAPÍTULO 10. DERECHO DE LA COMPETENCIA. LA PARÁLISIS DEL ANTITRUST 205

1. INTRODUCCIÓN: PENURIA DE UNA TEORÍA..... 205
2. DEFICIENCIAS DE INFORMACIÓN Y ANTITRUST..... 207
 2.1. Estructuras de información concentrada 208
 2.2. Redes y asimetría de información 210
3. PODER ECONÓMICO Y SUBDESARROLLO: PERSPECTIVA JURÍDICA NEOESTRUCTURALISTA DEL DERECHO ANTITRUST..... 212
 3.1. Poder económico y distribución de renta como determinantes estructurales de las economías de los países subdesarrollados..... 213
 3.2. La hipótesis: su método de investigación y sus principales consecuencias 216
4. CONCLUSIÓN: ESPERANZA..... 219

IV

UN NUEVO DERECHO

CAPÍTULO 11. NUEVO ESTRUCTURALISMO JURÍDICO: ¿UNA ALTERNATIVA PARA EL DERECHO?..... 223

1. DEL RACIONALISMO JURÍDICO AL POSITIVISMO..... 223
2. POSITIVISMO, INTIMISMO DEL DERECHO Y PODER ECONÓMICO 225
3. CONSECUENCIAS CONCRETAS: FALTA DE DEBATE DE INTERESES Y DERECHO MERAMENTE COMPENSATORIO 226
4. EL ESTRUCTURALISMO JURÍDICO..... 228

BIBLIOGRAFÍA..... 235

INTRODUCCIÓN

LA TRADICIÓN DEL PENSAMIENTO CRÍTICO, SU RENOVACIÓN E IMPORTANCIA PARA EL DERECHO MERCANTIL

«El pensamiento crítico en Derecho mercantil» es una de frase que, en el escenario jurídico, puede parecer esotérica o incluso contradictoria.

La tradición considera que las instituciones y las reglas del Derecho mercantil son dinámicas, sin embargo, el dinamismo se ve como una consecuencia de la capacidad de transformación y búsqueda de la originalidad del medio económico (y no del Derecho), es decir, el dinamismo de las instituciones jurídicas deriva, en general, del ritmo acelerado con el que se producen los cambios en el mundo económico.

Con frecuencia, también en el escenario internacional, el Derecho mercantil se encuentra asociado al mantenimiento de las estructuras y al conservadurismo, incluso, en una época en la que el sistema capitalista clama por cambios de fondo.

De este modo, el Derecho mercantil se reduce a una rutina pragmática en la que el medio jurídico incorpora las ideas estereotipadas de los hombres de negocios y las reproduce con principios jurídicos que deben repetirse de forma constante.

Pues bien, en este ámbito el Derecho brasileño goza, desde hace décadas, de una tradición crítica bastante rica, que no solo no debe olvidarse, sino que, por el contrario, merece ser rescatada.

La visión crítica no acepta considerar que el Derecho mercantil es tan solo un instrumento de defensa de los intereses del empresario. Por el contrario, ve en la transformación de la empresa, en la disciplina de los mercados, elementos estructurales para la transformación de un sistema que, de mantenerse sobre las mismas bases económicas y jurídicas actuales, da claras señales físicas (medio ambiente) y sociales (desigualdad y exclusión) de agotamiento.

Desde hace décadas, esta visión hunde sus raíces en el trabajo de mercantilistas de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo.

El pensamiento surgido en esta universidad sigue allí su tradición. Este libro pretende rescatarla, mediante textos dedicados a cultivar, ahondar y ampliar esta línea crítica a las distintas áreas del Derecho mercantil. La idea es rescatar la tradición crítica, revelar sus innovaciones y reformulaciones y sistematizarla de acuerdo con los estudios estructuralistas que vengo realizando (para debatir el significado del estructuralismo propuesto, debe consultarse el último capítulo titulado «Nuevo estructuralismo jurídico: ¿una alternativa para el Derecho?»). Los textos, todos de mi autoría y, en su mayoría, ya publicados como artículos o capítulos de libros, han sido adaptados y, en ocasiones, modificados para adecuarse a la línea maestra de este libro. En su conjunto, parecen tener unidad sistemática en torno a la idea de crítica y reconstrucción estructural.

Con este espíritu, el libro consta de tres partes y una conclusión. En la primera, se intenta situar el Derecho mercantil dentro de la perspectiva histórica del capitalismo y su función (así como, disfunción).

En la segunda, se analiza el Derecho mercantil desde fuera, desde otras áreas del Derecho o del conocimiento. De este modo, la crítica surge de la historia económica, que demuestra los límites del Derecho en función de la fuerza determinante de las estructuras económicas formadas a lo largo de la historia. A continuación, busco identificar un camino más allá del determinismo paralizante e intento demostrar cómo una visión más amplia e interdisciplinaria (antropológico-sociológica) de estructuras jurídicas de poder (Derecho de propiedad) y la disposición para modificarlas pueden llevar a transformaciones relevantes. Este razonamiento, por ende, cree en la fuerza del cambio derivada del medio social.

Por último, en la tercera parte, se introducen textos críticos sobre el contenido de distintas disciplinas del Derecho mercantil. Ya en el primer texto (*Lo opuesto al Derecho empresarial*, artículo aún inédito), intento exponer cómo muchas de las instituciones del Derecho mercantil pueden aplicarse, con una perfecta y directa base legal, de una forma distinta a la tradicional. La pregunta que, en definitiva, queda es: ¿por qué no se hace?

A continuación, presento unos textos en los que, sin seguir la corriente principal, abordo conceptos e instituciones clásicos del Derecho empresarial, preocupado, hago hincapié en la variada gama de intereses implicados en el proceso económico (no solo en aquellos que están en relación directa de dominio con el bien o el derecho): propiedad intelectual, sociedades mercantiles, contratos empresariales, regulación económica y Derecho de la competencia. La idea era abarcar deliberadamente varios campos del Derecho mercantil (aunque sin pretender englobarlos todos), a fin de mostrar que son posibles otros puntos de vista. Aunque a veces tengan foco en el Derecho brasileño, discuten y ponen en duda temas y conceptos hoy generalizados en el Derecho mercantil y, por consiguiente, de interés en varias jurisdicciones.

Así, la elección de este conjunto de textos busca abordar la idea de crítica desde no una sino dos vertientes. En primer lugar, desde la antes mencionada de contenido, esto es, en el sentido de crítica del funcionamiento del sistema. Y, en segundo lugar, desde un sentido metodológico. La intención es incentivar la

discrepancia y la crítica de ideas. Por ello, incluyo textos en los que critico directamente la doctrina y la práctica dominantes¹ o establezco de forma expresa y manifiesta un diálogo crítico con otro autor².

El objetivo es estimular la idea de que es posible un entorno académico abierto y crítico, algo raro en el tibio medio de falsas alabanzas, cordialidad superficial y falta de debate que impregna el medio jurídico en Brasil y que sigue impidiendo su desarrollo.

Para concluir, incluyo otro texto en el que intento ampliar los horizontes a la teoría general del derecho, divagando sobre las posibilidades de extender estas ideas críticas.

Este texto ayuda a explicar el significado del título. La crítica propuesta no es dispersa, inconexa o inconsciente (como con frecuencia sucede en derecho). Se conecta en un punto central: el reconocimiento de que se necesita un cambio estructural. Esta obra se organiza sistemáticamente en torno al análisis y la crítica de las estructuras económicas y jurídicas que dan apoyo al capitalismo y al Derecho mercantil. La capacidad de transformación de cualquier teoría crítica en derecho es limitada si no hay disposición para el cambio estructural. Las reflexiones sobre cambios en el orden constitucional, mediante la actuación del Estado, o las reflexiones críticas sobre el funcionamiento de las empresas o los mercados están coartadas por las estructuras económicas, que dificultan o restringen los efectos de los cambios. Todo teórico del Derecho que se pretenda transformador o crítico, en el sentido profundo del término³, necesita entender muy bien este hecho, a menos que sus ideales demuestren ser una mera fachada o, de ser verdaderos, tengan escasa eficacia. De esta forma, no podían faltar estos términos (estructuralista y crítica) en el título de una obra (aunque hagan que sea más pesado, menos sonoro y, tal vez, hasta de apariencia en exceso dogmática) que se pretenda crítica⁴, que no se limite a identificar contradicciones y se dedique a estudiar y proponer la transformación de las estructuras que sirven de base del Derecho mercantil y, en buena medida, del sistema capitalista mismo. Es desde esta perspectiva, de cohesión metodológica en torno a la crítica sistemática de las estructuras, que el otro término del título, «teoría» (hasta cierto punto pretencioso para un libro que no busca la integridad de temas) se justifica.

¹ A modo de ejemplo, este es el caso del texto *La parálisis del antitrust*.

² Aquí la referencia es a mi texto «Poder económico: a marcha da aceitação», en el que entablo un debate con ideas de F. K. COMPARATO, en F. K. COMPARATO y C. SALOMÃO FILHO, *Poder de controle na sociedade anônima*, 6.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, pp. 1 y ss.

³ En este sentido, la teoría crítica propuesta es bastante distinta al movimiento *Critical Legal Studies*. Aquel movimiento, progresista en sus inicios, pues criticaba el carácter conformista del Derecho, no fue más lejos y dejó de presentar propuestas o realizar análisis jurídicos transformadores (porque reducía todo a la esfera política). Véase al respecto, C. SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial, as condutas*, 1.^a ed., 2.^a tir., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 42, en particular la nota a pie de página 50. Entre las razones que supusieron la decadencia de este movimiento se encuentra justamente la incapacidad de percibir que el Derecho tiene un potencial transformador, siempre que se analicen las estructuras económicas y jurídicas desde un punto de vista transformador. En este trabajo, se propone un intento de este tipo.

⁴ Así, si el presupuesto del trabajo es una idea de crítica similar a la de la Escuela de Frankfurt (en el sentido del reconocimiento de la contradicción en las instituciones jurídicas, lo que resulta evidente en el texto *Lo opuesto al Derecho empresarial*), se pretende llegar más lejos, identificando las estructuras que se van a analizar y presentando, por consiguiente, ensayos para una propuesta transformadora.

Por último, es oportuno destacar que el proyecto de esta obra no se agota aquí. En realidad, un proyecto que pretende rescatar la tradición e introducir innovación en el pensamiento crítico, debe buscar la consolidación de una escuela, es decir, tener no solo pasado y presente sino también futuro. Por tanto, cabe esperar que el trabajo sirva de estímulo para nuevas generaciones de académicos con pensamiento crítico, así como para estudiantes de Derecho que no se conformen con las definiciones simplificadoras y los sistemas terminados, lógico-intimistas, de los manuales, tratados y obras jurídicas tradicionales. Si así fuera y el presente trabajo ya no tuviera ninguna otra utilidad, el esfuerzo ya habrá valido la pena, y mucho.

I

EL DERECHO MERCANTIL EN PERSPECTIVA: HISTORIA, FUNCIÓN Y DISFUNCIÓN

CAPÍTULO 1

**HISTORIA DEL CAPITALISMO
Y DERECHO MERCANTIL**

**EL PODER ECONÓMICO EN LA HISTORIA
Y LA SUMISIÓN DEL DERECHO**

No es nada original afirmar que el Derecho mercantil sigue la evolución del capitalismo. Además, como sugiere Galgano, a partir de la Edad Media, la historia del capitalismo puede contarse a través de la historia del Derecho mercantil (y viceversa)¹. De este modo, el estudio de las bases filosóficas, económicas y jurídicas de funcionamiento del sistema capitalista es capaz de arrojar luz sobre el funcionamiento, la función y la disfunción del Derecho mercantil. Así, en la historia del capitalismo, no hay un tema tan interesante como el poder económico, porque su disfrute y ejercicio afectan directamente a los intereses implicados en la economía capitalista² —y, en consecuencia, en el Derecho mercantil—. En realidad, la historia del capitalismo se corresponde, en gran medida, con la historia de la evolución de las estructuras de poder económico. Por ello, dedicar un capítulo a comprender la formación y la evolución de las ideas sobre el poder económico resulta de gran ayuda, como se verá, para revelar intereses y descubrir funciones y disfunciones del Derecho empresarial.

No es exagerado describir la evolución de la reflexión sobre el poder en las ciencias sociales como un desarrollo de la aceptación. Una rápida descripción de las nuevas concepciones filosóficas, económicas y jurídicas demuestra una —sin duda, peculiar— convergencia hacia la aceptación del poder como dato de la realidad, con el que se puede convivir pero que no se puede —y lo que es peor, en muchos casos, ni siquiera se debe— combatir o eliminar.

En ocasiones, esto se hace de forma abierta, tratando del poder, otras veces, tácita, al desconocer su realidad. Para ilustrar el primer grupo, basta con mencionar dos obras de importantes pensadores actuales que han tratado el tema po-

¹ Cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Roma, Il Mulino, 2010.

² Fue esta relación entre poder económico y capitalismo que quise perseguir en la historia en *Histoire critique des monopoles*, Paris, LGDJ, 2010.

der. La referencia es, respectivamente, a las obras *Macht und Gewalt (Sobre la violencia)*, de H. ARENDT, y *Macht (El poder)*, de N. LUHMANN. Es verdad que ambas adoptan una concepción muy genérica de poder, pues lo entienden como cualquier forma de coerción individual. Pero también es verdad que ambas llegan a conclusiones que a los ojos de un observador inocente son, como mínimo, sorprendentes.

Para H. ARENDT, poder y violencia son conceptos antagónicos³. La violencia surge cuando desaparece el poder. Bien es verdad que la autora tiene en mente el poder político democrático, que depende del consenso entre muchos. Pero, aun así, su conclusión es bastante benevolente e, incluso, elogiosa del poder. Como ve antagonismo entre poder y violencia, busca las raíces de la violencia. De modo que las encuentra en la burocratización del poder estatal. La violencia contra el sistema deriva del hecho de que, en el Estado burocrático, no se puede identificar al responsable de los problemas. De ahí resulta el uso de la violencia.

Salta a la vista que este análisis, tal vez dirigido a los problemas concretos de los países desarrollados en el momento en que fue escrito (en particular, la violencia de los movimientos de protesta estudiantil, a la que hace referencia en diversas ocasiones), deja de lado toda una serie de preocupaciones relativas a las organizaciones en general. Se trata de las relaciones de poder dentro de las organizaciones, incluidas las democráticas, como el Estado contemporáneo, que hacen que grupos económicos más poderosos tomen cuenta y se sirvan de la organización en su propio beneficio⁴.

El trabajo de LUHMANN parte de presupuestos distintos pero llega a conclusiones parecidas a las de H. ARENDT. Así, para LUHMANN, el poder constituye la sociedad, es un importante medio de comunicación, que determina comportamientos. De esta forma, también ve una distinción entre el poder y la violencia (o usurpación), el vínculo entre ambos conceptos solo sería típico en sociedades primitivas, que carecen de distintas formas de comunicación social⁵. Reconoce la necesidad de limitar el poder, aunque solo en la esfera civil de la sociedad (de modo que incide en el mismo problema identificado en el pensamiento de H. ARENDT). Sin embargo, acaba concluyendo que debe haber poder, porque en las organizaciones (instrumentos que, dentro de su teoría clásica de los subsistemas, son la mejor forma de control del poder en la sociedad civil) tiene que

³ «Macht und Gewalt sind Gegensätze: wo die eine absolut herrscht, ist die andere nicht vorhanden», H. ARENDT, *Macht und Gewalt*, 15.ª ed., München, Zürich, Piper, 2003.

⁴ B. DE JOUVENEL ilustra muy bien esta relación en la importante obra *Du pouvoir: histoire naturelle de sa croissance*, (Genève, Constant Bourquin, 1947, pp. 140 y ss.). Para este autor, al contrario, la historia demuestra que todo el poder lleva a la creación de élites que tienden a obrar en su propio beneficio. Basta con que los objetivos sociales y democráticos dejen de ser continuamente perseguidos en común y por todos y que su consecución pase a atribuirse a un grupo definido, al que la sociedad tiene acceso solo en intervalos predeterminados, para que se forme una élite que tiene un interés propio. Se trata del «exacto opuesto» al que se refiere H. ARENDT, es decir, de un razonamiento muy pesimista sobre cualquier forma de democracia no directa, pero que, sin duda, tiene base fáctica y que clama por que se establezcan, al menos, límites estructurales dentro de las organizaciones al ejercicio del poder por dicha élite en su propio interés.

⁵ Cfr. N. LUHMANN, *Macht*, 3.ª ed., Stuttgart, Lucius & Lucius, 2003, p. 31. Hay que señalar que la idea de pluralidad de formas de comunicación como instrumento de control del poder es bastante interesante. Se basa en la idea habermasiana de comunicación social (véase *infra*, apartado 1.3). Sin embargo, el autor llegará a conclusiones bastante distintas a HABERMAS, sobre todo, por su tendencia a la mitificación del poder y la tecnología.

haber poder. ¿Por qué? Solo a través del ejercicio del poder se pueden producir verdaderas ganancias tecnológicas derivadas de su capacidad de innovación, que no existe en la comunicación social⁶.

La justificación última del poder parece ser, también en este caso (como en la obra de ARENDT), casi una petición de principio, un acto de reverente admiración al poder. En realidad, la razón no es tan simple ni cabría imaginar que lo fuera en obras de pensadores de este nivel. Lo que sucede es que, en la historia de las ciencias sociales, desde hace siglos se viene construyendo esta postura reverente, muy influyente en el pensamiento moderno.

1. LA VISIÓN FILOSÓFICA

1.1. Los filósofos unitarios: KANT y HEGEL

La tensión entre ideal y realidad tal vez sea el rasgo más evidente de la filosofía moderna. Esta tensión es particularmente valiosa para analizar los fenómenos de poder.

Así se desprende de los dos grandes polos de la moderna filosofía unitaria. El mundo ideal, del conocimiento *a priori* de KANT abre las puertas al positivismo científico y al cientificismo del mundo moderno.

Para esta visión tecnocientífica con relación a los fenómenos sociales y de poder, resultan de gran utilidad en la filosofía kantiana los conceptos sintéticos *a priori*, es decir, los conceptos que, pese a no ser puramente analíticos (deducibles a partir de la lógica) y, por ende, necesitar un análisis y demostración práctica, pueden definirse *a priori*, esto es, antes incluso de la realidad que les corresponde interpretar⁷. Esta idea kantiana es, sin lugar a dudas, el fundamento filosófico último de toda la construcción teórica clásica y neoclásica y, en consecuencia, de buena parte de la construcción económica actual, que ensalza el poder económico. De hecho, solo un concepto *a priori*, definido puramente en el mundo de las ideas y que pueda compararse (pero no confrontarse) con la realidad (como es el concepto sintético *a priori*) es capaz, por ejemplo, de justificar el marginalismo en la microeconomía, a pesar de que sus premisas son claramente irrealizables. Como es bien sabido, este marginalismo es el que está por detrás del neoclasicismo y su visión indulgente del poder económico.

Para HEGEL, por el contrario, la realidad parece autoexplicativa y suficiente. HEGEL busca hacer de esta realidad algo ideal e idealizado, que se ajuste a su regla dialéctica universal⁸, cuyo principio es la oposición de las partes al todo. Y HEGEL identifica este todo, que tiende a prevalecer, justamente frente al Estado, que concentra el poder. Aunque no deja de referirse al poder privado, hace una verdadera apología del poder (estatal) como fuerza organizadora de la sociedad.

⁶ Cfr. N. LUHMANN, *Macht*, cit., p. 114. Aquí el autor intenta contraponer expresamente la tesis de HABERMAS.

⁷ Cfr. para el concepto de conceptos sintéticos *a priori* I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, Hamburg, Felix Meiner, 1956, pp. 48 y ss.

⁸ Tal vez la mejor explicación de la dialéctica hegeliana se encuentre en su complejo *Phänomenologie des Geistes*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1970, pp. 575 y ss., cuando trata del «*absolute wiesens*».