

# ORÍGENES Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONTRACTUALISMO POLÍTICO

Jorge Guillermo Portela



Editorial de la Universidad Católica Argentina



# **ORÍGENES Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONTRACTUALISMO POLÍTICO**



**JORGE G. PORTELA**

**ORÍGENES Y  
DESARROLLO  
HISTÓRICO DEL  
CONTRACTUALISMO  
POLÍTICO**



Editorial de la Universidad Católica Argentina

Portela, Jorge Guillermo

Orígenes y desarrollo histórico del contractualismo político /  
Jorge Guillermo Portela. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de  
Buenos Aires : Educa, 2020.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga

ISBN 978-987-620-485-9

1. Filosofía. 2. Política. I. Título.

CDD 320.011



**EDITORIAL  
DE LA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA ARGENTINA**

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA  
A. M. de Justo 1400 • P.B., Contrafrente • (C1107AAZ)  
Tel./Fax 4349-0200 • [educa@uca.edu.ar](mailto:educa@uca.edu.ar)  
Buenos Aires, octubre de 2020

ISBN: 978-987-620-485-9

---

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723  
**Printed in Argentine - Impreso en la Argentina**

## PRÓLOGO DEL AUTOR

El presente trabajo es el producto de una investigación llevada a cabo en el ámbito de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Por eso, puede decirse que su marco propio es genuinamente académico. Sin el apoyo de la UCA, probablemente el libro no habría podido ser escrito.-

Internarse en el terreno del contractualismo ha constituido para mí una experiencia verdaderamente fascinante y me ha ayudado a comprender más profundamente el fenómeno del positivismo jurídico, que es, de algún modo, su resultante natural. El uno explica al otro, sobre todo, a partir de su afán por considerar la ley como una cláusula del contrato político que suscribe el individuo con el Estado. De allí a la obligación de obediencia –quizás, la principal de las obligaciones del ciudadano– hay un solo paso.

La investigación me permitió darme cuenta, a medida que avanzaba en la lectura de las principales obras de los autores contractualistas más preclaros, que me encontraba frente a una doctrina político-jurídica mucho más antigua de lo que suponía. Cabe advertir, no obstante que el contractualismo abonado por Platón o San Agustín, por poner tan solo dos ejemplos, no posee ningún punto de contacto con el que podríamos llamar “clásico”. Este se inicia con Hobbes, posee una etapa de transición en Locke y finaliza en Rousseau y Kant. El de aquellos se encuentra presidido por una noción adecuada de justicia; el de estos está totalmente descentrado: ya no es necesario hablar de justicia, porque nadie es injusto consigo mismo.

A su vez, también notamos que la doctrina estudiada no ha muerto; Está muy vigente. La mejor prueba de ello son los modernos desarrollos de Rawls, Nozick o Buchanan. Hablan en términos contractualistas los políticos (“debemos sentar las bases de un nuevo contrato social”, aseguran), los escritores (*La rebelión de Atlas*, de Ayn Rand, es una novela cuyo argumento se basa en el contractualismo más estricto, como se explica en el trabajo) y hasta los pedagogos (¿no insisten, acaso, en que en la primera clase hay que “suscribir un contrato” educativo con el alumno?).

Es mi deseo que este libro pueda ayudar a cubrir cierto vacío que existe, a nivel doctrinario, en los estudios acerca del contractualismo. Si tal cosa ocurriera, el esfuerzo que se ha hecho para escribirlo tendría su recompensa.

Doy gracias a todos mis colegas, a mis estudiantes, a mis amigos. Hay algo de ellos, de sus influencias, de sus consejos, entre estas páginas, a las que seguramente les falta mucho para estar plenas de contenido. Ellas esperan, temerosas, la lectura correspondiente, pues, como siempre, es el lector el que tiene la última palabra.

Jorge G. Portela



## PRÓLOGO

Vivimos tiempos difíciles, momentos en los que el poder económico de los mercados parece querer manejar a los Estados. Las agencias de calificación, entidades sin una clara definición, se han convertido en una especie de instancia superior de carácter económico que, pese a no tener poder jurídico ni reconocimiento internacional como entidades soberanas, semejan haberse superpuesto a la propia soberanía de los países, dictando el sentido de muchas de sus más importantes decisiones. Palabras antes casi desconocidas, como “prima de riesgo” o “bono basura”, se han infiltrado en nuestra vida cotidiana, normalmente para amargarla cada mañana. Esta situación, si bien está más presente en algunos países que en otros, se ha convertido en el “pan nuestro de cada día” como consecuencia, quizá, de la época de la globalización en la que vivimos y de la interdependencia de las acciones de unos gobiernos en las decisiones de los otros. Es difícil para todos y acuciante para algunos; ha obligado a cada sociedad individualmente y la sociedad internacional en su conjunto a examinar sus cimientos de nuevo. En este planteamiento surgen, ineludiblemente, preguntas. Algunas, clásicas, indagan sobre el fundamento mismo de la organización social y del Derecho: ¿por qué los individuos ceden su poder al Estado para que decida sobre sus bienes y sus vidas?, ¿cuál es la razón de la obligatoriedad de la obediencia a la ley?, ¿hasta dónde llega su necesidad de cumplimiento?, ¿existe aún la soberanía?, ¿qué límites tiene? En la misma dirección se orientan, sin embargo, otros interrogantes más modernos: ¿cómo es posible que los bancos, los mercados o las agencias de calificación dominen la política internacional hasta el punto de que, por el simple hecho de calificar la deuda de un país de una manera u otra, puedan ocasionar irresponsablemente el hundimiento o reflote de su economía?, ¿ha cedido su puesto la ley positiva, que siempre se situó jerárquicamente como la primera fuente del ordenamiento jurídico, a la ley internacional, limitando notablemente la soberanía de los Estados? Creo que la actual coyuntura avala la oportunidad del doctor Portela en

la elección del tema objeto de este libro sobre el *contractualismo político*. Aquella no es novedad en su trabajo, ya que ha producido otras muchas obras de incuestionable valor científico y pertenencia pedagógica.

Conocí al autor de este libro hace ya muchos años –en realidad, más de los que me gustaría confesar, si no fuera porque en la amistad, como en el vino, la antigüedad aumenta la calidad– en Buenos Aires, con motivo de uno de mis primeros viajes a la Universidad Católica Argentina. Este fue el primero, pero no el último de nuestros encuentros. Después vendrían otros muchos en los que pude beneficiarme –sigo haciéndolo–, no solo de su gran calidad humana, sino también de su valía profesional. El doctor Portela es un estudioso del Derecho que ha conseguido aquello a lo que muchos aspiramos: tener una visión, a la vez, teórico-científica y práctico-operativa de la experiencia jurídica. Tengo para mí que esa dualidad, difícil de conseguir en nuestros días, hace de él un excelente profesional del Derecho que posee capacidad de enfocar los problemas desde un ámbito teórico y práctico simultáneamente, lo cual le proporciona, sin duda, un mayor ángulo de visión de la realidad jurídica en sí misma. No obstante, y a pesar de que considero que esa doble visión es un capital de suma importancia en su obra, no es eso lo que más me atrae de su obra y de su trabajo profesional. Lo que más me complace es su compromiso permanente con la búsqueda de la justicia y con la pacificación de las relaciones sociales. Para él, no todo sirve, la solución de un problema no se establece por la subsunción de la ley positiva al caso concreto. Él va más allá, indaga sobre la razón de ser de las cosas y sobre su aplicación práctica, en búsqueda de un Derecho más justo. Quizá por eso sea al mismo tiempo abogado de conocido prestigio y un académico de competencia probada.

El libro que aquí se presenta reúne una vez más las características de la obra intelectual del doctor Portela. Fiel a su concepción del Derecho de corte iusnaturalista, el profesor indaga sobre los *Orígenes y desarrollo histórico del contractualismo político* y da un lugar primordial en su filosofía política al estudio histórico. En efecto, *ex facto oritur ius*, el Derecho nace de los hechos, por lo que es preciso conocer el pasado para entender el presente y prever el futuro. En el caso del libro que nos ocupa, dice su autor que “nos encontramos frente a un concepto-teoría que puede ser aplicado a una multiplicidad de situaciones. Ese mismo hecho debe alertarnos, porque cuanto mayor sea la cantidad de usos del tópico ‘contrato social’, menor calidad científica va a poseer el término”.

Consciente de la actualidad de estudiar el contractualismo para entender su eficacia en el momento presente, el doctor Portela acude a las fuentes clásicas del pensamiento y advierte que la del contrato es una figura que acredita una antigüedad mucho mayor de la que se presupone. En efecto, sus primeros orígenes se remontan, según afirma el autor, a la Alianza celebrada entre Yahvé y el pueblo de Israel –si bien, en este caso, no se trata exactamente de un contrato, ya que no se cumple el requisito de igualdad entre las partes que lo celebran–. Posteriormente la idea estudiada está presente en el pensamiento griego y en la Edad Media bajo la premisa de que el ser humano es, por su propia naturaleza, social y por eso precisa realizar una alianza de *do ut des* para asegurar la convivencia pacífica. Desde ese momento, la evolución de la figura continúa con mayor o menor presencia en las preocupaciones de la filosofía jurídica y política, pero sin desaparecer nunca de ellas.

Advierte el doctor Portela sobre la posibilidad de enfocar el contrato social desde distintas perspectivas, que él concentra en dos. Por un lado, si la sociedad es fruto de un pacto fundacional creado por el hombre, este podrá incorporar como cláusula cualquier tipo de normas jurídicas o morales. De esta manera, no solo es artificial el contrato originario, sino también todas las leyes que derivan de él. Por el contrario, si la sociabilidad es una consecuencia de la naturaleza humana, su funcionamiento tendrá que respetar una serie de reglas y principios objetivos que escapan a la voluntad de los seres humanos. Consecuentemente, las normas jurídicas que surjan del consenso o voluntad de las mayorías deberán respetar unos mínimos naturales realistas, sin los cuales la sociedad como tal estaría condenada al fracaso. Desde estos presupuestos en la obra se desgana el surgimiento y la evolución del contrato social a partir del pensamiento de algunos de los autores que más han influido en su desarrollo. A los clásicos del tema –Hobbes, Locke, Rousseau y Kant– se añaden otros, algunos anteriores, como las filosofías griegas y medievales –que se consideran antecedentes–, otros posteriores, como Rawls, Nozick y Buchanan, cuya atención se centra más en la justicia, el pluralismo y el consenso –en el caso de Rawls– o en los aspectos económicos –en el caso de los otros dos–. Al hilo del pensamiento de estos autores, el doctor Portela expone sus ideas y muestra al lector las dificultades, aciertos o incongruencias de las reflexiones analizadas.

Concluye el autor señalando que la influencia que ha ejercido el contractualismo en la modernidad ha sido decisiva y que es la del contrato una figura que, con sus luces y sus sombras, posee un riquí-

simo potencial. El contractualismo sirve, a su juicio, para liberar al Derecho de sus dudas en cuanto a su legitimación. Sin embargo, a la vez, induce a errores de gran envergadura, como el desprecio total por la noción de verdad, que se sustituye por un hipotético consenso que, en algunas ocasiones, nada tiene que ver ni con la justicia, ni con la misma realidad de las cosas, sino que es el resultado de un juego de fuerzas que se interrelacionan.

El doctor Portela finaliza su trabajo diciendo modestamente que ha querido hacer un aporte al estudio de los orígenes y desarrollo histórico de la teoría del contrato social que quizá abra una perspectiva para futuras investigaciones, seguramente, mejores que la suya. Yo lo insto a que sea él mismo quien haga futuras investigaciones sobre el contractualismo, con la certeza de que su buen hacer, su dedicación al estudio y su necesidad de conocer la verdad para mejorar el mundo en que vivimos son los elementos necesarios para dar respuesta a los interrogantes que ha querido dejar abiertos en su trabajo. A mi juicio, nadie mejor que él puede responder a la pregunta que se plantea con la seguridad de que, como él mismo afirma, “el contractualismo es una teoría que ha de respetarse, por todo lo que ha significado en la evolución de las ideas políticas, pero puede mejorarse si llenamos con un contenido objetivo las cláusulas del pacto hipotético”. Moralmente objetivo, por supuesto.

Dra. Milagros Otero Parga<sup>1</sup>

Santiago de Compostela, 7 de mayo de 2012

1. Doctora en Derecho y Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela.

## ORÍGENES Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONTRACTUALISMO POLÍTICO

### PROPÓSITOS DE LA OBRA

Esta investigación procura ahondar en los orígenes de la peculiar explicación acerca del fundamento de la sociedad política que es el contractualismo. Tendremos que trabajar cuidadosamente, ya que la misma designación “contractualismo” o “pactismo”, nos remite ineludiblemente a las tres versiones más difundidas de dicha teoría: la propuesta por Thomas Hobbes, principalmente en el *Leviatán*; la que explicara John Locke, esbozada en el segundo *Ensayo sobre el gobierno civil*; y la perteneciente a Jean Jacques Rousseau, quien se encarga de describirla en sus principales obras dedicadas al estudio de las relaciones entre el hombre y el Estado: *El contrato social*, *El Discurso sobre la desigualdad entre los hombres* y el *Emilio o la educación*. Podríamos preguntarnos, con todo derecho, si el contractualismo en estado puro no es, acaso, una concepción mucho más antigua, una teoría “clásica”, para decirlo sintéticamente. Se podría entonces averiguar legítimamente si la concepción que nos ocupa, en lugar de ser una elaboración relativamente moderna (tengamos en cuenta que la obra de Hobbes, el *Leviatán*, data de mediados del siglo XVII –1651, para ser más exactos–), no es quizá la exposición, o la versión, de una peculiar forma de entender los vínculos que unen al hombre con el Estado (o con el poder), cuyos gérmenes más evidentes pueden verse ya en los albores mismos de la historia de las ideas. Al respecto, no podemos dejar de evocar los precisos estudios de Max Weber, quien concluía que la significación del “contrato”, en el sentido de un convenio libre como fundamento jurídico de ciertas pretensiones y deberes, se hallaba muy extendida en las épocas y estadios más lejanos del desarrollo del derecho. Precisaba además, el gran pensador alemán que en realidad el contrato racional libremente celebrado, ya sea como fundamento histórico real de todas las formas de socialización, incluyendo al Estado, ya como criterio de estimación, llegó a ser uno de los principios formales universales de

la construcción iusnaturalista<sup>1</sup> de tipo racionalista, en boga a partir del siglo XVII.

1. WEBER, Max: *Economía y sociedad*, 17<sup>a</sup> reimpr., Fondo de Cultura Económica, 2008, págs. 536 y 642, respectivamente. Aclara Weber: “Como todo derecho natural formal, descansa este en principio sobre la base de un sistema de los derechos legítimamente adquiridos en virtud de un ‘contrato teleológico’ y, también, tratándose de bienes económicos, sobre la base de una comunidad económica consensual surgida del pleno desarrollo de la propiedad. Entre los elementos esenciales de ese derecho natural figura, por supuesto, el principio de que se tiene la libre disposición sobre la propiedad adquirida en virtud del contrato originario (celebrado con todos), o de un contrato celebrado solo con algunos; lo que a su vez implica el principio de la libre competencia” (pág. 642). Por supuesto, el derecho natural racionalista no posee ningún punto de contacto con el derecho natural verdaderamente clásico. Para este punto, se puede consultar: PORTELA, Jorge G.: *La justicia y el derecho natural*, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2006.

## CAPÍTULO I

### ALGUNOS DATOS

Si hemos de creer en la seriedad y la autoridad de Guido Fassò, podemos ver que cita –ni más, ni menos– a San Isidoro de Sevilla en las *Etimologías*<sup>1</sup> y advierte que en él está presente la idea sofista y epicúrea de la existencia de un estado de naturaleza como estado salvaje primordil, en el que vivían los hombres desnudos e inermes, sin reparo de las intemperies ni defensa contra sus enemigos.<sup>2</sup> Esa idea ya se encuentra planteada también en Cicerón, quien en su *República*<sup>3</sup> se plantea que “cuando hay un respeto recíproco, de hombre a hombre, y de clase a clase, entonces, como nadie confía en sí mismo, se da como un pacto entre el pueblo y los poderosos, gracias al cual se produce ese tipo mixto de ciudad que elogiaba Escipión”. Si vamos aún más atrás, la latinidad nos regala la versión de Lucrecio, quien en *De rerum natura* (La naturaleza de las cosas) nos cuenta que los hombres, en un tiempo primario, “arrastraban errabundos una vida con hábitos de fiera”.<sup>4</sup> En aquella época,

aún no sabían industriarse con el fuego, ni usar pieles y vestir el cuerpo con despojos de fieras, sino que habitaban los bosques, las cuevas de los montes, las selvas, y entre malezas ocultaban sus miembros rugosos para evitar el castigo del viento y de la lluvia. Aun no podían contemplar un bien común ni sabían convenir entre sí por costumbres o por leyes.<sup>5</sup>

1. SAN ISIDORO DE SEVILLA: *Etimologías*, Madrid, BAC, t. 2, 1982, XV, 2.

2. FASSÒ, Guido: *Historia de la Filosofía del Derecho*, Madrid, Pirámide, 1982, t. 1, pág. 148.

3. CICERÓN: *Sobre la república*, Madrid, Gredos, 1991, III, 13, pág. 133.

4. LUCRECIO: *Naturaleza de las cosas*, La Plata, Andes, 1959. Traducción de Carlos A. Disandro, V, 920-930, págs. 191-192.

5. *Ibíd.*, V. 950.

Aparece también aquí, entonces, la idea de una edad primera, parecida a la del estado de naturaleza en donde el género humano ignora cómo “convenir entre sí”.

El dato no es menor. Como es sabido, las *Etimologías* receptan todo el conocimiento científico de la época, por lo que no resulta aventurado pensar que la idea de un “estado de naturaleza” estaba ya instalada entre los más importantes pensadores de la antigüedad. Sin embargo, concedamos, por ahora, que admitir la existencia de ese estado edénico –característica común a casi todas las versiones contractualistas–, no nos lleva necesariamente a catalogar como pactistas a quienes creen de verdad en que *in illo tempore*, en los albores de la humanidad, existió efectivamente una situación paradisíaca. Ya volveremos sobre ello.

Encontramos también algunos resabios contractualistas en San Agustín<sup>6</sup> y quizás aquí se encuentre una de las explicaciones que pueden darse a la insistencia que pone este autor en el deber de obediencia, como una especie de contraprestación a la obtención de la anhelada paz y de la seguridad (pensemos en ese fino concepto de paz, expuesto agudamente en *La Ciudad de Dios*, como la tranquilidad en el orden). En efecto, en cuanto a las *Confesiones*, allí el hiponense afirma que

Respecto de los pecados que son contra las costumbres humanas, también se han de evitar según la diversidad de las costumbres, a fin de que el concierto mutuo entre pueblos o naciones, firmado por la costumbre o la ley, no se quebrante por ningún capricho de ciudadano o forastero, porque es indecorosa la parte que no se acomoda al todo.<sup>7</sup>

Existe aquí, en forma muy larvada, la idea de un acuerdo, de un contrato. En *La Ciudad de Dios*, por su parte, nuestro autor confirma la idea de que la ciudad terrena quiere también la paz a través de la concordia entre los ciudadanos que mandan y los que obedecen. Sin ese trato elemental, sin ese acuerdo, parece imposible la vida en la polis.<sup>8</sup>

6. SAN AGUSTÍN: *Confesiones*, Madrid, BAC, 1974, III, 8; también, *La Ciudad de Dios*, Madrid, BAC, 1965, t. 5, XIX, 17.

7. SAN AGUSTÍN: *Confesiones*, ob. cit., III, 8, 15.

8. *Ibíd.*, XIX, 17.



Sea como fuere, la idea del contrato político pasa a los bárbaros, pero con una variante fundamental. Mientras que para el Estado romano el emperador era *legibus solutus*, las poblaciones germánicas instaladas en los territorios del Imperio de Occidente poseían una concepción del derecho completamente opuesta a esta. Señala Fassò que ya Tácito, en *Germania*, observa que entre los germanos “el rey no tiene un poder ilimitado o libre”, hasta el punto de que la soberanía no pertenece al rey, sino a la asamblea de los hombres libres. Y cuando los bárbaros establecidos en tierras del Imperio hicieron suyo el concepto de los pueblos sometidos a un Derecho escrito codificado, no lo concibieron como un derecho establecido por el rey, sino como concordado entre este y el pueblo. De tal modo, la concepción absolutista de la última época imperial y de la legislación justiniana fue sustituida por una concepción implícitamente contractualista, en virtud de la cual el poder legislativo del príncipe no es puramente teórico, sino efectivamente delegado en su persona por el pueblo y circunscrito a los límites señalados en forma taxativa por este último.<sup>9</sup> Aquí vemos con absoluta claridad cómo la idea del contrato sirve o contribuye a cimentar con eficacia las relaciones recíprocas entre el Estado (representado por el soberano) y los súbditos. Por ejemplo, en Rabano Mauro (776-856) encontramos la idea de igualdad entre los hombres –base, por qué no decirlo, del más moderno constitucionalismo–, aunque su versión del estado originario de naturaleza difiere de la concepción cristiana en cuanto a que para él, en esa situación, los hombres no vivían seguros los unos junto a los otros.

Sea como fuere, hay una noción común: *ab initio*, existió una situación con características especiales. En una concepción, la inseguridad misma permitió el contrato. En otra, ese estado naturalmente bueno, propio de tal situación, concluyó por causas morales (el descubrimiento del mal, la noción de la propiedad privada) o religiosas (el pecado, la caída), tras lo cual el hombre toma conciencia de que debe suscribir un contrato con los demás, que permitirá la vida misma en sociedad. En todo caso, en otras versiones, el estado de naturaleza se caracteriza por una extrema indigencia, que hace necesario un pacto que permita el ingreso a la sociedad política. La idea de contrato, en consecuencia, no es nueva. Tal como hemos visto, la tenemos en la base de la explicación isidoriana y agustinia-

9. FASSÒ, Guido: *ob. cit.*, pág. 149 y *passim*.

na de la sociedad política. Cicerón también la conocía, como vimos más arriba, a partir de fuentes epicúreas. De una manera totalmente renovada, también podemos apreciarla en los pueblos germánicos, lo que contribuye a delimitar claramente los vínculos entre el poder soberano y el individuo, con base en la común idea de igualdad entre los hombres.

Pero esa concepción ¿es de origen patrístico? Nuestras lecturas e intuiciones permiten asegurar que el contractualismo, como explicación política de los vínculos entre el individuo y el Estado, ya se encontraba en los griegos. Incluso se puede ir más lejos: es posible explicar el origen mismo del vínculo entre Yahvé y el pueblo de Israel, el cual, a través de ese peculiar “acuerdo de voluntades” religioso, pasa a transformarse –ni más, ni menos– en el pueblo elegido.

## CAPÍTULO II

### LOS GRIEGOS

Fassò advierte que la idea del contractualismo se encuentra presente en la sofística griega, es decir, en la teoría según la cual tanto el origen histórico como el fundamento de la validez del derecho y del Estado residen en un acuerdo voluntario entre los asociados. Nuestro autor adjetiva de absurda dicha teoría, pues sostiene que está privada de cualquier basamento histórico. Pero acierta al sostener que es políticamente importante, porque en ella va implícita –y en los tiempos modernos se explicita– la idea de que el Estado y el derecho, dado que no tienen otro fundamento que la voluntad de los ciudadanos, deben reclamar siempre su consenso, y que el poder del que gobierna encuentra en aquel un límite imposible de transpasar. En síntesis, el contractualismo contiene en germen el principio de la soberanía popular.

Por otra parte, concluye con razón Fassò, se trata de una teoría ligada a una concepción esencialmente individualista, ya que los particulares, según esta doctrina, son antes que el Estado y, acaso, que la sociedad misma, porque ambas son sus voluntarias creaciones.<sup>1</sup> Aquí nos encontramos en el meollo mismo del contractualismo: el hombre no es naturalmente un animal político, sino que ingresa en la esfera política a través de un artificio: el contrato. Y el contrato está hecho a la medida del hombre. Si unimos esta “arquitectura” propiamente humana a una de las más conocidas máximas sofistas, atribuida a Protágoras, que asegura que “el hombre es la medida de todas las cosas”, resulta fácil ver que es correcto el análisis que relaciona, precisamente, el origen del pactismo con el desarrollo de las posturas sofistas.

En efecto, el relativismo comienza a aflorar, con ellas, desconfían ahora de una noción de justicia universal, la *physis*, opuesta

1. *Ibíd.*, pág. 38.

por completo al *nomos*, creación específicamente humana y, por eso preferible. Es la primera vez que en Grecia se observa semejante contradicción, impensable antes, entre justicia y ley. Recordemos, por ejemplo, el drama de Antígona o la percepción de Parménides: si algo había caracterizado al pensamiento griego, había sido el descubrimiento de la existencia de una norma que regía la vida del universo y de la cual el hombre no debía apartarse, so pena de cometer *hybris*. En cambio, el derecho y el Estado poseen, a partir de los sofistas, un origen puramente voluntario y convencional. Licofrón, por ejemplo, considera a la ley una mera “convención” (*syntheke*) que garantiza los derechos recíprocos, pero no para producir buenos y justos ciudadanos. Son ideas en las que aparece clara la conciencia del valor meramente técnico y de la naturaleza empírica del derecho positivo creado por los hombres, y de la diferencia de este con el ideal de justicia.<sup>2</sup>

Pero la influencia de la sofística no debía durar mucho tiempo. Su desarrollo siembra las condiciones para que aparezca el siglo de oro de la filosofía griega: Sócrates, Platón y Aristóteles. Si bien para ellos resulta claro, como hemos visto anteriormente, que el hombre es naturalmente un animal político, un *zoon politikon*, es en Platón, sin embargo, en donde notamos de nuevo expuesta la noción de contrato. Es preciso referirse aquí a uno de los diálogos que mayor influencia han tenido en el desarrollo de las ideas políticas: el *Critón*.<sup>3</sup>

El argumento resulta conocido. Nos encontramos frente a Sócrates, quien atraviesa el duro trance de tener que someterse a una sentencia injusta que acabará con su vida. Critón, su discípulo, trata entonces de convencerlo para que no cumpla esa decisión arbitraria y lo tienta para que evada la prisión. La contestación de Sócrates podría calificarse como la propia de un hombre que posee una superioridad moral increíble: la sentencia debe cumplirse porque no se puede responder a la injusticia con otra injusticia, que se produciría por la falta de cumplimiento de la ley. Emerge aquí, perfectamente delineada, la llamada “teoría de la obligación política”: como ciudadano, cada uno de los habitantes de la polis posee determinadas cargas, pero la principal es la de obedecer la ley.

La sola enunciación de los conceptos de “carga” o de “obligación”, nos remite a la idea de un contrato “moral” que el hombre sus-

2. *Ibíd.*, pág. 39.

3. PLATÓN: *Critón*, Buenos Aires, Astrea, 1973. Traducción de Luis Nussan-Letry.

cribe con la polis, por el solo hecho de ser ciudadano. En otros términos: como todo contrato, las partes intervinientes no solo poseen derechos. También tienen obligaciones. El lenguaje es el propio del acuerdo jurídico, del pacto, del contrato. Y los pactos han nacido para ser cumplidos. Para que no exista ninguna duda respecto de la idea contractualista, vigente en este diálogo platónico, intervienen de inmediato en apoyo de la argumentación socrática las Leyes, quienes participan activamente en este tramo de la obra. Ellas afirman: “y al procurar destruirnos estás obrando como solo lo haría el más vil esclavo al intentar fugarte *en contra de los acuerdos y de los compromisos según los cuales conviniste con nosotras regir tu vida ciudadana*”.<sup>4</sup>

“¿No era esto acaso lo que habíamos convenido?”, le preguntan las Leyes a Sócrates, al referirse, precisamente, al deber de obediencia. Una y otra vez, hablan en forma negativa del quebrantamiento de los convenios y de los compromisos:<sup>5</sup> “Si, quebrantados tus compromisos, vas cayendo en falta contra ellos, ¿qué bien te depararás a ti mismo y a tus amigos?”.<sup>6</sup> Como refuerzo dialéctico, traen a colación todos los beneficios que proporcionan al ciudadano: educación, posesión de un nombre, constitución de una familia. Esos son los *derechos*. Existe aquí un convencionalismo explícito, puesto que el hombre que vive en la polis puede agregar más derechos, reforzar algunos de ellos o suprimir otros: todo depende, claro está, del grado de participación que posean en el proceso político de creación de las normas. Y si las leyes no son de nuestro agrado, queda el último recurso de irnos a otra polis, que posea normas que se ajusten más a nuestras preferencias personales: “...le está permitido, si no le agradamos, tomar lo suyo e irse donde quiera”.<sup>7</sup> La noción de “compromiso” (en el sentido de “convención”) aparece una y otra vez en *Critón*. Se trata de un compromiso “de hecho”, no con palabras,<sup>8</sup> pero que, desde el punto de vista jurídico, tiene el mismo valor que un “cuasi consentimiento”: nos encontramos, entonces, frente a una posición propia del contractualismo.

Platón nos da aquí una clara lección de ciencia política, que no es rebuscada y que forma parte del sentido común. Pero, también indudablemente, ubica en su verdadero lugar al pactismo: el hombre, el

4. *Ibíd.*, 52 d, pág. 56.

5. *Ibíd.*, 52 e.

6. *Ibíd.*, 53 b, pág. 59.

7. *Ibíd.*, 51 d.

8. *Ibíd.*, 52 d.

ciudadano, es el dueño del contrato, porque lo hace a su conveniencia y a su medida. El hombre continúa siendo por naturaleza un ser social. La sociedad no se transforma así en un artificio, sino en el destino normal del hombre. La polis es “la casa” del hombre común pero este, como ser inteligente, la modela conforme a sus necesidades.

Finalmente, como lo deja ver en ese monumento de filosofía de la historia que es *La República*, no cabe duda que, para Platón, la justicia no puede concebirse sin la existencia del orden y de la seguridad. Mejor aún, ella es cifra del orden, en donde cada uno deberá cumplir la función que le es propia. Es, como lo entrevió genialmente Gómez Robledo,<sup>9</sup> no un *suum cuique*, sino más bien un *suum agere*. Que cada uno cumpla lo que le corresponda en ese macroantropos en el que consiste el Estado. Pensamos, sin embargo, que en ninguna otra obra como en el *Critón*, Platón se ha mostrado más convencido de que existe un acuerdo que permite la convivencia política. No creemos que puedan rastrearse elementos contractualistas en el Libro II de *La República*, tal como lo sostienen Rodríguez Feo<sup>10</sup> y hasta el mismo Fassò. En efecto, en el Libro II de aquella extraordinaria obra, Platón nos dice, en pleno diálogo:

En mi opinión, proseguí, una ciudad nace cuando los individuos en particular se encuentran en la imposibilidad de bastarse a sí mismos y de procurarse las muchas cosas de que han menester [...] Un hombre, por tanto, se asocia con otro en vista de tal necesidad, y con otro por tal otra; y así, por la necesidad en que están muchos de muchas cosas, se van reuniendo en el mismo domicilio como asociados y auxiliares, y a esta convivencia le damos el nombre de ciudad.<sup>11</sup>

El párrafo transcrito nos ilustra acerca de lo que Platón entiende que es el origen de la ciudad, pero en él no descubrimos elemento contractualista alguno, al menos en el sentido moderno del término. Se suele mencionar erróneamente, en apoyo de la tesis del presunto contractualismo platónico yacente en *La República*, aquel otro párrafo en donde se expresa:

9. GÓMEZ ROBLEDOS, Antonio: *Meditación sobre la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, pág. 27.

10. RODRÍGUEZ FEO, Joaquín: “Prólogo”, en *Tratado sobre el ciudadano*, Madrid, Trotta, 1999, pág. XXV.

11. PLATÓN: *La república*, México, UNAM, 1971. Versión, introducción y notas de Antonio Gómez Robledo, 369 b-c, págs. 55-56.

Por lo que se dice comunmente, el cometer la injusticia es un bien conforme a la naturaleza, y el sufrirla, un mal, y que el mal de padecer la injusticia excede al bien de cometerla. De aquí que, así como los hombres tuvieron experiencia tanto de las injusticias cometidas como de las resentidas, aquellos que no pudieron esquivar la peor suerte ni abrazar la mejor, juzgaron que les sería útil entenderse todos entre sí para no cometer ni sufrir injusticias; y de allí tuvieron principio las leyes y convenciones que establecieron entre sí, y los preceptos de la ley fueron llamados legalidad y justicia.<sup>12</sup>

Pero no se tiene en cuenta que aquí el personaje que efectúa tal afirmación es Glaucón, utilizado por Platón para mostrar cómo un muchacho bien representativo de la juventud ateniense se encontraba confundido y no podía, por lo tanto, entender la realidad. Lo que debemos tener en claro es la preocupación central, expuesta tal como hemos visto en el *Critón*, referida a la teoría de la obligación política. En un esquema filosófico así, la desobediencia a la norma no solo acarreará inseguridad y desorden, sino que constituirá una violación, una ruptura de ese contrato original que une al ciudadano con la pólis.

La ley constituye así un instrumento ético que posibilita la formación integral del hombre. Esta idea también la encontramos en Aristóteles, aunque con un sentido más técnico y político: la ley es el orden y su esencia es que no se mande más de lo que se debe mandar, y que se haga alternativamente para todos en igual modo.<sup>13</sup> Para el genial filósofo griego, el hombre es por naturaleza un animal político<sup>14</sup> y, por ende, el Estado no es un *artificio*. Este es un punto de separación respecto de las doctrinas contractualistas posteriores. En Hobbes, por ejemplo, ya existe de modo inicial una crítica a Aristóteles: cuando los hombres se agrupan y disfrutan de la mutua compañía, lo hacen accidentalmente. Las sociedades civiles no son meras agrupaciones, sino alianzas, y para conseguir estas son necesarios la lealtad y los pactos.<sup>15</sup>

De todas maneras, no encontramos en Aristóteles algún vestigio contractualista como en Platón. Para el estagirita, el hombre vive

12. *Ibíd.*, II, 359 a, pág. 43.

13. ARISTÓTELES: *Política*, México, UNAM, 1963. Versión, introducción y notas de Antonio Gómez Robledo, III, 16, 1287 a, pág. 100.

14. *Ibíd.*, I, 1253 a 5, pág. 4.

15. HOBBS, Thomas: *Tratado sobre el ciudadano*, Madrid, Trotta, 1999, cap. I, 2.

siempre asociado, primero en familia, luego en la tribu, por último en el Estado; allí radica, precisamente, su naturalidad política.<sup>16</sup> En la *Política*, el filósofo reafirma que sin la virtud, “la ley es una mera convención, o como decía el sofista Licofrón, una garantía de los derechos recíprocos, pero no será capaz de hacer a los ciudadanos buenos y justos”.<sup>17</sup> Esto no resulta compartido por el epicureísmo, doctrina según la cual no hay un “instinto natural” que haga surgir a la sociedad humana, sino que esta es el producto de un pacto, de un contrato que se suscribe teniendo en cuenta la escasez de todo tipo existente en la situación inicial, en el estado de naturaleza.

16. La postura aristotélica, en este punto, es empírica: la observación pura y simple del comportamiento del hombre. La diferencia con el punto de vista contractualista, al considerar el pacto como algo necesario y a priori, resulta en este punto obvia.

17. ARISTÓTELES: *Política*, ob. cit., III, 1280 b 10, pág. 82.



## CAPÍTULO III

### EL HOMBRE VETEROTESTAMENTARIO

Sin embargo, la postura contractualista se extiende aún más allá en la historia. Creemos que su primera formulación puede verse, a través del relato bíblico, en la misma formación del pueblo judío. A esta conclusión llega también Hannah Arendt, quien pone como ejemplo de “acuerdo originario” el pacto bíblico, contraído entre un pueblo en conjunto y su Dios, en virtud del cual el primero consentía en obedecer cualquier ley que pudiera decidir revelarle una todopoderosa divinidad. Asegura nuestra autora que, si hubiese prevalecido esta versión puritana del asentimiento, habría sido, como John Cotton advirtió, “[establecer] la teocracia como la mejor forma de gobierno”.<sup>1</sup>

Por supuesto, aquí tenemos que proceder con tiento, ya que una de las primeras premisas que nos proporciona la idea del contrato es la de la igualdad de los contratantes, lo que no ocurre —obviamente— cuando analizamos la naturaleza del pacto efectuado entre Yahvé y el pueblo de Israel: ante a un Dios lejano, todopoderoso, que incluso responde casi crípticamente cuando se le pregunta acerca de su naturaleza (pensemos en el episodio de la zarza ardiente: “yo soy el que soy”<sup>2</sup>), la distancia es tan grande que nos cuesta pensar en la existencia de algún tipo de equivalencia entre los participantes del acuerdo.

Pero el pacto está allí. Como lo recuerda Gilson, la historia del pueblo de Israel, tal como nos la cuentan sus sacerdotes, está dominada por un trato entre él y Dios, cuyos términos este último ha definido. Las condiciones son simples: “Si escucháis mi voz y guardáis mi alianza, seréis un pueblo elegido entre todos los pueblos, ya que toda la tierra es mía; pero seréis para mí un reino de sacerdotes y una nación santa”.<sup>3</sup> Gilson añade que no se puede dudar sobre el verda-

1. ARENDT, Hannah: *Crisis de la república*, Madrid, Taurus, 1999, pág. 93.

2. Éx 3,13-14.

3. Éx 6,7; 19,5-6.

dero sentido de dicho pacto. A cambio del culto exclusivo que debe rendir el pueblo de Israel, Yahvé le asegura su exclusiva protección contra todos los demás pueblos de la tierra:<sup>4</sup>

Hoy Yahvé, tu Dios, te manda que pongas por obra estos preceptos y mandatos; que los guardes y practiques con todo tu corazón y toda tu alma. Hoy has hecho que Yahvé te diga que Él será tu Dios; y has prometido seguir sus caminos, guardar sus leyes, sus mandamientos, sus preceptos y obedecer su voz. Yahvé te ha dicho hoy que serás para Él un pueblo singular, como ya te lo había dicho antes, guardando todos sus mandamientos, y dándote el Altísimo sobre todas las naciones que Él ha hecho la superioridad en gloria, en fama y en esplendor, para que vengas a ser un pueblo santo para Yahvé, tu Dios, como Él te lo ha dicho.<sup>5</sup>

En el Levítico, se expresa similar idea, en las llamadas “maldiciones a la desobediencia”, en donde Yahvé asegura que el desprecio a sus leyes y a sus juicios, al no cumplir lo que se ha establecido, viene a ser una manera de invalidar el pacto.<sup>6</sup> Aquí, como en otras partes del Antiguo Testamento, la utilización de la palabra “pacto” es explícita.

Evidentemente, nos encontramos frente a un verdadero “tratado”, una alianza. Pero, como acota Gilson, solamente Yahvé conoce el sentido profundo de sus términos y seguía dueño de interpretarlos, lo cual nos da rápidamente la idea de desigualdad antes apuntada, pues ¿cómo concebir que una sola de las partes se reserve el derecho de interpretar unilateralmente las cláusulas de dicho contrato? En realidad, lo que Yahvé pretende es acabar completamente con el politeísmo, que el pueblo de Israel le rinda culto en forma exclusiva y excluyente. ¿Cuáles son las contraprestaciones de ese pacto? Como vimos, hemos de partir de la base que el destinatario se transforma en el pueblo elegido. A cambio del culto, se le otorga una tierra y una descendencia. En el Levítico (Lev 26) encontramos las cláusulas más impactantes de dicha alianza, entre las que sobresale, desde luego, el deber de obediencia que pesa sobre el pueblo de Israel a los mandatos de Dios. Truyol y Serra, en su importante obra *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, nos habla del principio de la

4. GILSON, Étienne: *Las metamorfosis de la ciudad de Dios*, Madrid, Rialp, 1965, pág. 27 y passim.

5. Dt 26,6-19.

6. Lev 26,15.

“retribución nacional”, el cual es la lógica consecuencia de la elección colectiva de Israel.<sup>7</sup>

En el mismo sentido se pronuncia García-Pelayo, quien advierte que Israel se constituye políticamente a través del acto sacro del Sinaí, pues antes no existía un pueblo, sino doce tribus. Es, pues, tal acto el que constituye al “pueblo de Dios”, que lleva el nombre religioso de Israel, es decir, “señoreado por Dios”, la “nación santa”. El pacto del Sinaí es, así, simultáneamente, un acto sacro y uno político constituyente. En cuanto a su esencia, no significa una relación natural –como la de los otras naciones orientales con su Dios–, sino el resultado de un hecho histórico voluntario por el que el pueblo hebreo, siendo escogido por el Señor, se une a Él en una relación de protección, obediencia y lealtad recíproca. El acuerdo contiene “los estatutos y derechos del pueblo de Israel”, fuente de todo su ordenamiento jurídico, que son, simultáneamente, los “mandamientos de la ley de Dios”. Toda la existencia histórica de Israel se funda en la vivencia de este pacto, de modo que sus “renovaciones” no se sustentan en la repetición de un ritmo natural, sino en la “restauración” del acontecimiento histórico de la Alianza del Sinaí.<sup>8</sup> En la medida que el pueblo cumpla la Ley, es decir, los términos del trato, tendrá la protección de Dios; si deja de cumplir, Él le retirará el resguardo y lo hará objeto de justo y terrible castigo. Yahvé ejerce el gobierno a través de vías variables según las épocas y situaciones, pero que, en todo caso, son resultado de la idea de que los hebreos están bajo el gobierno de Dios y no de los hombres. Del mismo modo, las instituciones liberales son resultado de la idea de que gobierna el derecho, y no los hombres y las democráticas de que gobierna el pueblo y no unos grupos minoritarios. Dios, en fin, ha asignado la tierra al pueblo de Israel. Él es quien lo ha constituido como tal, quien ha establecido su orden jurídico, le ha dado su tierra y ejerce su gobierno, de manera que todos los factores componentes de la comunidad política tienen carácter sacro.<sup>9</sup>

Poco importa polemizar en el sentido de que el tratado se concibe en términos exclusivamente religiosos, no políticos, tal como se puede apreciar con claridad en el Génesis.<sup>10</sup> Como bien lo señala

7. TRUYOL Y SERRA, Antonio: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Madrid, Revista de Occidente, 1970, t. 1, pág. 70.

8. GARCÍA-PELAYO, Manuel: *El reino de Dios, arquetipo político*, Madrid, Revista de Occidente, 1959, pág. 7.

9. Ídem.

10. Gén 12,1-3.

Chevalier, la verdad fundamental que retenía al pueblo de Israel, se expresaba en él en una forma exclusivamente religiosa, que se aparecía más como un bien particular del pueblo elegido que como el bien común de todas las naciones y todos los hombres.<sup>11</sup> Lo que debemos tener en claro, para nuestros propósitos, es que la noción de contrato se encuentra en el origen del judaísmo, tal como también ocurre – *mutatis mutandi*– respecto del inicio mismo de la sociedad humana con las versiones pactistas más ortodoxas.

Una acotación más: así como en el contractualismo existe una versión común referida a la existencia de un llamado “estado de naturaleza”, cabría preguntarse si el relato bíblico del Génesis en el que se relata el acto creacional de Dios y al hombre viviendo una situación edénica hasta caer en el pecado, no corresponde, precisamente, a ese estado. Esta condición termina por la naturaleza caída del hombre, a causa de la cual él no solo deberá ganar el pan, en lo sucesivo, con el sudor de su frente, sino también vivir en sociedad. Una sociedad política, en el sentido caínico del término, que necesite –finalmente– la suscripción de un contrato de no agresión entre todos los hombres, a fin de posibilitar las mínimas condiciones de paz que hagan posible la vida.

Parece, entonces, que la recurrencia a la imagen del contrato a la hora de explicar el origen mismo de la sociedad civil, tal como lo advertimos más arriba, no tiene un origen relativamente moderno. Pero hay diferencias cuando llega el momento de precisar el sentido que se le asigna a dicho pacto.

11. CHEVALIER, Jacques: *Historia del pensamiento*, Madrid, Aguilar, 1968, t. I, pág. 38.

## CAPÍTULO IV

### CONTRARREFORMA Y ORIGEN DE LA SOBERANÍA

Hay que señalar aquí una cuestión que resulta fundamental cuando procedemos a estudiar el origen del contractualismo. En efecto, parece que toda la fuente de la autoridad y del poder, en el pactismo, deriva del contrato. Es una invención humana que, en última instancia, constituye la razón germinal de la soberanía.

Ya encontramos delineada esta teoría, por ejemplo, en Juan de Mariana, autor de la célebre obra *Del Rey y de la institución de la dignidad real*, escrita hacia 1599. El capítulo primero de dicho ensayo tiene un título sugerente: “El hombre, por su naturaleza, es animal sociable”. Esto podría preanunciar un grito de guerra contra toda forma de contractualismo, habida cuenta de que, en esta teoría, el origen de la sociedad es algo tan artificioso como un contrato. Sin embargo, podemos leer:

Aislados los hombres en el principio del mundo, vagaban por los campos a manera de fieras; se hallaban sometidos a los únicos deseos de sustentarse y de procrear y criar a sus hijos. No hallándose sujetos a ninguna ley ni al mando de ningún gobernante, solo por un impulso ciego o por un instinto de la naturaleza se tributaba en cada familia el honor supremo al que parecía distinguirse y aventajarse a todos por las prerrogativas de la edad.<sup>1</sup>

Este es un estadio idílico, parecido a las descripciones del estado de naturaleza de Rousseau, como veremos más adelante. En efecto, en tal situación

1. MARIANA, Juan de: *Del Rey y de la institución de la dignidad real*, Buenos Aires, Partenón, 1945, cap. 1, pág. 26.

no se conocían ni el fraude ni la mentira, ni tampoco poderosos a quienes fuese preciso saludar, defiriendo a sus deseos. Ni los límites de las propiedades, ni el estruendo de la guerra alteraban la vida pacífica de estos hombres. Aún todavía la implacable avaricia no había pretendido usurpar los beneficios que prodigaba la mano de Dios.<sup>2</sup>

Indudablemente, nos encontramos inmersos en la felicidad, que para Mariana “solo puede ser comparable con la de los bienaventurados”.<sup>3</sup>

Empero, esta situación no es permanente, pues siempre está presente la amenaza de violencia (“no había lugar seguro para la inocencia ni para la debilidad”,<sup>4</sup> comenta nuestro autor). Había toda clase de peligros, por lo que los hombres comienzan a unirse poniendo los ojos “en uno que aventajaba a los demás en justicia y fidelidad”.<sup>5</sup> Según Juan de Mariana, de aquí nace la majestad real. Y concluye:

Así, pues, de la necesidad de muchas cosas, del miedo y de la conciencia de su propia debilidad tuvieron su origen los derechos de la Humanidad, por la cual somos hombres, y la sociedad civil, en la que bien y felizmente se vive.<sup>6</sup>

En conclusión, el fundamento de la sociabilidad, para este autor, consiste en que el hombre nace desnudo y débil, que necesita de socorro ajeno, de la cooperación y auxilio de los demás. Si bien notamos que Mariana en ningún momento nos habla de la idea de “contrato”, anticipándose a Hobbes advierte que el miedo y la sensación de inseguridad son los antecedentes inmediatos del estado social.

Sin embargo, el punto de vista del pactismo en cuanto a que, como ya hemos visto, pudo haber tenido un origen común en las concepciones sofisticadas —que luego se transformará en un lenguaje preciso de la mano de Hobbes—, sufre una profunda réplica de parte de dos de los más importantes autores pertenecientes a la llamada Contrarreforma”: Vitoria<sup>7</sup> y Suárez. La respuesta del maestro sal-

2. Íd.

3. Íd.

4. Íd.

5. Íd.

6. *Ibíd.*, pág. 32 y *passim*.

7. VICTORIA, Francisco de: *Relecciones teológicas; De la potestad civil*, Madrid, BAC, 1960, págs. 154.

mantino lo lleva a efectuar una distinción entre el orden de las causas final, eficiente y material. La causa final del poder, que es también su causa esencial, aquello en vista de lo que está constituido, es la protección de los individuos. A diferencia de los animales, el hombre está desprovisto de medios de protección naturales, de tal suerte que no puede prescindir de la ayuda de sus semejantes; pero, dotado de la razón —en la cual reside su “naturaleza” propia—, es capaz de organizar esta ayuda mutua de una manera que sobrepasa a todos los animales, ya que funda el orden en la justicia. Para Chevalier, a partir de esta idea, parece claro que Vitoria rechaza la idea de una sociedad salida de un contrato artificial. Pero, por otra parte, no se contenta con hacer intervenir como principio de explicación última el instinto natural de sociabilidad; busca sus componentes y los descubre en nuestra debilidad física, que apela a nuestra superioridad moral para encontrar una solución: la sociedad, con el lenguaje y con todas las instituciones que derivan de ella.<sup>8</sup> Asimismo, el conocimiento del fin, que responde a una exigencia profunda de la naturaleza del hombre, nos pone en el camino de la causa eficiente, que confiere la existencia a la sociedad: esta causa es Dios, porque

al admitirse que el poder público está constituido por la ley natural, como, por otra parte, la ley natural tiene a Dios, y solo a Dios, por su autor, resulta evidente que el poder público proviene de Dios y que no está contenido ni en un acuerdo de los hombres, ni en ninguna otra ley positiva.<sup>9</sup>

Por último, la causa material, en la que reside, como consecuencia del derecho natural y divino, la autoridad política, no es otra cosa que el Estado o la comunidad pública misma, a la que pertenece naturalmente el poder de gobernar, de administrar y de ordenarlo todo al bien común. Vitoria ve en este principio el fundamento y el límite de lo que se denominaba entonces el “derecho divino de los reyes”:<sup>10</sup> reciben su poder no de los hombres, sino de la ley natural y divina, es decir, de Dios mismo, así como la comunidad que delega en ellos el ejercicio para el bien común y la paz, derivando tanto la soberanía de los unos como la de la otra, de la soberanía divina. Así, la causa que constituye la soberanía del Estado o de la ley la limita al postu-

8. CHEVALIER, Jacques: *ob. cit.*, t. 2, pág. 641.

9. VICTORIA: *ob. cit.*, pág. 164.

10. *Ibíd.*, pág. 642.

larla: para que una ley humana sea justa, no basta que la voluntad del legislador la haya querido; es preciso que esté ordenada al bien.

En Francisco Suárez encontramos una ligera variante: los reyes no reciben su poder inmediatamente de Dios, sino que el poder no se encuentra naturalmente en tal o cual individuo, porque la naturaleza no hace los príncipes ni los reyes; reside en la comunidad y solo en ella, a la cual Dios da directamente el poder y es la que, por tanto, lo ostenta por derecho de naturaleza. *La soberanía pertenece solo a Dios y es simplemente delegada por Él al pueblo, cuyo consentimiento constituye el título original de la autoridad del príncipe.* El Estado expresa, pues, un orden querido por Dios, conforme con la naturaleza del hombre e inscripto en su naturaleza. De tal suerte, basta consultar mediante la razón la naturaleza para conocer el orden querido por Dios y realizarlo, lo que viene a ser, a la vez, el fundamento, el fin y el límite del poder del Estado.<sup>11</sup> Como dato histórico, podemos apuntar que fue, precisamente, esta teoría suareciana del contrato la que utilizaron en nuestro medio los hombres de Mayo para fundamentar los episodios de 1810. Así, Juan Bautista Alberdi cita textualmente un escrito de Moreno: “Disueltos los vínculos que ligaban los pueblos con el monarca, cada provincia es dueña de sí misma, por cuanto el pacto social no establecía relaciones entre ellas directamente sino entre el rey y los pueblos”.<sup>12</sup>

Como se puede notar, son dos versiones casi similares pero que parten de una misma fuente: la “Epístola a los Romanos”, escrita por San Pablo, de la que se desprende concluyentemente que todo poder viene de Dios, por lo que existe un deber de obediencia a las autoridades políticas.

Según Touchard, los textos hacen un uso frecuente de las palabras “contrato” y “pacto”, hasta el punto de que se suele considerar a los monarcómanos como los inventores de la “teoría del contrato”. La noción significa, en Théodore de Bèze, el conjunto de condiciones a las que está ligada la elección del rey. Por su parte, Buchanan dice que es “un pacto mutuo entre el rey y los ciudadanos”.<sup>13</sup> La idea de contrato parece así próxima a la de constitución, pues se exterior-

11. SUÁREZ, Francisco: *Tratado de las leyes y Dios legislador en diez libros*, Madrid, Instituto de Estados Políticos, 1967, III, 3. 3. 4.

12. ALBERDI, Juan B.: *Grandes y pequeños hombres del Plata*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1991, pág. 87.

13. TOUCHARD, Jean: *Historia de las ideas políticas*, Madrid, Tecnos, 1970, pág. 223.



riza el compromiso del rey, en su juramento, de respetar las leyes fundamentales. Sin embargo, continúa acotando Touchard, este lenguaje propio del derecho constitucional es insuficiente. Según De Bèze, en el pacto “se considera como expresado todo aquello que está basado en la razón y en la equidad natural”.<sup>14</sup> Lo esencial es el contenido implícito que nos remite al orden y, en última instancia, a la voluntad de Dios. Las *Vindiciae* no dejan dudas a ese respecto, al distinguir, estudiando el ejemplo hebraico, dos pactos, dos alianzas: el primero entre Dios, el rey y el pueblo; el segundo, entre el rey y el pueblo. Dios no se constituye en parte en este último pero, como ambos pactos están ligados, continúa siendo garante. Estamos, por tanto, ante un rey sometido a leyes, sólidamente atado por el pacto. Al quebrantarlo, se convierte en un tirano. Pero ¿quién sancionará esta ruptura? Según De Bèze, “a ningún particular le está permitido oponer a la fuerza del tirano la fuerza de su autoridad privada”,<sup>15</sup> porque corresponde a los magistrados subalternos, a los oficiales del reino que representan a la nación. Encontramos una solución análoga en las *Vindiciae*, que designan para tal misión a los “tutores del pueblo”, “éforos e inspectores públicos”;<sup>16</sup> en una palabra, a los oficiales y a los grandes. Todo esto se refiere al enfrentamiento con un tirano “manifiesto”, o sea, con un rey que ha roto el contrato. En cuanto al tirano de origen, que jamás tuvo título legítimo, la cuestión ni se plantea. Es un “fuera de la ley” a quien todo el mundo puede oponerse.

Como no podía ser de otra manera, la teoría del contrato está en la base de muchas doctrinas que explican (o justifican) el origen mismo del poder político. La diferencia de las concepciones clásicas con el contractualismo moderno en lo referente a tal origen se va delineando lentamente. Tan lentamente que entre el *Tratado de la ley y de Dios legislador*, escrito por Suárez en 1613 y el *Tratado del ciudadano*, escrito por Hobbes en 1642, median escasos treinta años. Ha llegado el momento, pues, de estudiar el contractualismo en las versiones más divulgadas y populares: las de Hobbes, Locke y Rousseau, respectivamente.

14. *Ibíd.*, pág. 223 y *passim*.

15. *Íd.*

16. *Íd.*



## CAPÍTULO V

### LA VERSIÓN DE HOBBS

Ha hecho notar McPherson que el estado de naturaleza de Hobbes es una hipótesis lógica, no histórica. Es una “inferencia basada en las pasiones”; con palabras del filósofo de Malmesbury, “cuál sería el género de vida de no existir un poder común que temer”. En consecuencia, Hobbes *deduce*, a partir del contrato, los derechos y deberes de los súbditos y del soberano, como si el pacto *realmente hubiera existido en algún momento determinado*.<sup>1</sup> Esto es de gran importancia, pues se trata de un autor formado en el rigorismo lógico y matemático. Podríamos decir que, en Hobbes, la idea de contrato tiene prácticamente el valor de un axioma. En consecuencia, para tener un estado completamente soberano, los hombres debían actuar *como si mediante un pacto hubieran salido de un estado de naturaleza*. Por ello, su estado de naturaleza es una formulación del comportamiento al que los hombres, tal como son ahora –hombres que viven en sociedades civilizadas y tienen los deseos de los hombres civilizados–, se verían conducidos si se eliminara el cumplimiento de la ley y de los contratos. Para conseguir el estado de naturaleza, Hobbes tomó en cuenta el comportamiento y los deseos históricamente adquiridos de los hombres.<sup>2</sup> Adviértase, por otra parte, que en realidad nuestro autor está tomando en cuenta principalmente las dos cláusulas más importantes de ese contrato: la que habla de las obligaciones del hombre en sociedad y, en consecuencia, la que se refiere a los derechos del soberano. Secundariamente (o por añadidura), se perfilan los derechos del ciudadano para que su vida no sea obscena, solitaria, pobre, embrutecida y breve, tal como es característica del estado de naturaleza. En verdad, nos adelantamos a decir,

1. MCPHERSON, C. B.: “El estado de naturaleza”, en SUBIRATS, Joan y VILANOVA, Pere (eds.), *La evolución del Estado en el pensamiento político*, Barcelona, Petrel, 1981, pág. 57.

2. *Ibíd.*, pág. 58.

los únicos derechos a los que puede aspirar el hombre son a la paz y la seguridad que le confiere el soberano, por el solo hecho de vivir en la sociedad política.

Esto ha llevado a Hanna Arendt a sostener que la variedad hobbesiana del contrato social (según la cual, cada individuo concluye un acuerdo con las autoridades estrictamente seculares para garantizar su seguridad, para cuya protección abandona todos sus derechos y poderes) puede ser llamada “versión vertical” del contrato social. Arendt apunta con agudeza que esta variante hobbesiana es incompatible con la comprensión americana del gobierno porque reclama para este un monopolio del poder en beneficio de todos los súbditos quienes, mientras que esté garantizada su seguridad física, carecen de derechos y de poderes. La república americana, en contraste, descansa en el poder del pueblo –la antigua *potestas in populo* romana– y el poder concedido a las autoridades es un poder delegado que puede ser revocado.<sup>3</sup>

Creación de derechos y obligaciones, o causa de ellas, el contrato se transforma así en la clave de bóveda de la arquitectura social. Pero la base de este núcleo, en el que se entrecruzan el derecho individual con la obligación del soberano y la obligación particular con el derecho de aquel, es la noción de *poder*. En el hombre, la tendencia generalizada a satisfacer sus impulsos engendra un insaciable deseo de poder que solo cesa con la muerte y que, dada la esencial igualdad de los seres humanos, genera inevitablemente conflicto. El deseo de maximizar el poder, al definirse como competición por los mismos bienes u objetos, expone a la persona a ser de continuo atacada por los otros. Consecuencia de ello es un constante temor recíproco, tanto más acrecentado cuando que se decreta la igualdad natural de todos los hombres en su *inseguridad*.<sup>4</sup>

Como lo enseña claramente Belisario Tello, la igualdad de naturaleza impone la igualdad de derechos, pero de una y otra igualdad nace la enemistad y la guerra, desde el instante en que dos hombres desean la misma cosa. Entonces, la igualdad natural se vuelve natural enemistad. El hombre es el enemigo de su semejante (*homo homini lupus*) y el estado de pura naturaleza se resuelve en estado de continua hostilidad: la posesión de todo por todos produce la guerra

3. ARENDT, Hannah: *ob. cit.*, pág. 94.

4. VALLESPÍN OÑA, Fernando: *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Madrid, Alianza Universidad, 1985, pág. 35.

y esta provoca todos los males. El estado de guerra de todos contra todos resulta, pues, del derecho de todos a todo y constituye el mayor de los males.

Además, las leyes naturales callan en el estado de naturaleza, el cual es alegal y amoral a la vez: la mayor anarquía sin el máximo poder. La única ley es la falta de ella. La noción de derecho no concide con el estado de guerra, sino que más bien lo contradice; pues la violencia y el dolo reemplazan en él a la justicia y la injusticia. Estas nociones no se hallan en su lugar cuando están fuera de la sociedad, pues una y otra no califican al hombre como ser solitario, sino como ser societario. Además, justicia o injusticia no competen al hombre como tal, sino al hombre como ciudadano (aunque no se explica cómo pueden ser cualidades del ciudadano sin serlo también del hombre, problema que, al parecer, Hobbes no se planteó).<sup>5</sup> En realidad, como dirá Hobbes en *Behemot. El largo parlamento*, la única ley natural es la obligación de obediencia:

¿Cuáles son las leyes a las que se llama fundamentales? Pues, en efecto, no entiendo cómo puede una ley ser más fundamental que otra, excepción hecha de la ley natural que a todos nos obliga a obedecer a aquel, sea quien sea, a quien legítimamente, y en aras de nuestra propia seguridad, hemos prometido obediencia. Ni que haya para un rey otra ley fundamental, sino la *salus populi*: la seguridad y el bienestar de su pueblo.<sup>6</sup>

Para Hobbes, esto es claro: “Todos los deberes de los gobernantes se encierran en este único: *la ley suprema es la salvación del pueblo*”.<sup>7</sup>

De todas maneras, como puede advertirse, se perfila aquí una noción de derecho como creación puramente estatal. En el contractualismo moderno, en efecto, no existen derechos anteriores al contrato. Todos nacen a partir de este, por consenso, y son puramente positivos. En efecto, en el sistema hobbesiano no queda ya nada del derecho natural objetivo de la tradición antigua y clásica, fundada sobre la idea general de una armonía universal que se descubre en

5. TELLO, Belisario: *El mito del Leviatán*, Córdoba, Arkhé, 1966, pág. 31 y pássim.

6. Hobbes, Thomas: *Behemot. El largo parlamento*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, diálogo II.

7. HOBBS, Thomas: *Tratado del ciudadano*, ob. cit., cap. XIII, 2. La cursiva es propia.

las cosas. El camino de Hobbes sigue una dirección inversa a la de Platón, Aristóteles y Santo Tomás: parte de ideas simples y claras, surgidas de un trabajo de análisis, especialmente de la noción primera de individuo, y de la libertad natural del individuo, o derecho subjetivo natural. Sobre esta base será reconstruido un derecho objetivo, producto artificial del hombre (positivismo jurídico, en el primer sentido del término), que debe ser conforme con las exigencias de la lógica del espíritu humano sistemático, axiomático, que se esfuerza por adquirir la forma de una construcción geométrica.<sup>8</sup>

El estado de guerra precede a la sociedad civil o la suspende, es decir, puede revestir el doble carácter de un ingreso o un regreso a la anarquía. El hombre no es para Hobbes un ser progresivo, sino regresivo, señal de cierto pesimismo antropológico. Por eso, toda sociedad tiende a volver al estado natural, de modo que el *bellum omnium contra omnes* no solo debe considerarse como anterior a la constitución del Estado, sino también como la anarquía posterior a la disolución del mismo, pues el *status naturae* se halla latente en su vida misma, como lo demuestra la conducta bélica del Estado pacífico. La destrucción de este implica, entonces, el retorno al estado de naturaleza que Hobbes nos describe con imágenes muy sombrías. En pocos aspectos de su pensamiento se patentiza tanto su pesimismo como en este. El estado de guerra es, a sus ojos, el más desastroso y el mayor mal que puede ocurrir en la vida de los hombres. Tello, en fin, cree ver aquí una ruptura con la cristiana y una prolongación de la tradición epicúrea. Pero su idea del *status naturae* configura una imagen invertida de la *aurea aetas* de los antiguos.<sup>9</sup>

El capítulo decimotercero de la primera parte del *Leviatán*<sup>10</sup> contiene la descripción más cruda y patética del estado de naturaleza: la lucha del todos contra todos, en donde cada hombre resulta enemigo de los demás y no cuenta con otra seguridad que la de su fuerza o ingenio. Detengámonos ahora en esta idea, central en la teoría hobbesiana: donde falta un poder común, solo existe la común destrucción. Pero tampoco hay ley donde está un tal poder ausente, y donde no hay ley tampoco hay justicia. Esta noción es uno de los

8. VILLEY, Michel: *Los fundadores de la escuela moderna del Derecho Natural*, Buenos Aires, Ghersi, 1978, pág. 9.

9. *Ibíd.*, pág. 33.

10. HOBBS, Thomas: *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

pilares del positivismo jurídico —o, al menos, de lo que Bobbio<sup>11</sup> denomina el “positivismo ideológico”—: la identificación de la justicia con la ley. La primera, entonces, se resume en el cumplimiento de los requisitos formales de creación de la segunda. Por eso, mientras que para el formalismo positivista una ley es justa si es válida, para el iusnaturalismo clásico, una ley es válida solo si es justa.

En definitiva, la necesidad del Estado se funda en la debilidad humana. Su organización interrumpe el estado de naturaleza y pone orden donde antes había anarquía. Pero la tesis de la existencia de dicha situación inicial, como advierte Tello, no solo es irreal, sino que es verdaderamente contraria a la naturaleza. En la realidad solo existe la comunidad política. Por tanto, la idea de una comunidad prepolítica no es más que un mito político. La visión de ese estado, por otra parte (al menos en la tesis de Hobbes), es completamente distinta de la noción edénica, tal como se la describe en el Antiguo Testamento. En el paraíso, no hay inseguridad ni, mucho menos, estado de guerra permanente, que haga necesario el estado de sociedad (*status societatis*). Tal como se expresara más arriba, se ingresa a la sociedad política, la sociedad de los hombres, como consecuencia del pecado.

Pero la sociedad es producto de la naturaleza humana: el hombre es un animal político que va espontáneamente al encuentro de los demás. En este punto, Hobbes se aparta en forma conciente de las principales tesis aristotélicas. En el estagirita advierte elocuencia pura y simple que incita a la rebelión. En cuanto a su ética, es acusada de haber atizado las disputas acerca del vicio y la virtud, “sin por ello proporcionar conocimiento alguno de lo que son, ni un método para practicar la virtud y evitar el vicio”.<sup>12</sup>

En realidad, Hobbes es un nominalista: las palabras “esencia”, “entidad”, son una “barbarie”, “carecen de significado”.<sup>13</sup> La verdad reside en lo dicho, no en la cosa, porque siempre lo *verdadero* hay que referirlo a la verdad de la proposición. Adelantándose a las críticas de la filosofía analítica, escribe: “Y eso que dicen los metafísicos de que el ser uno y el ser verdadero son lo mismo, es pueril y baladí, porque ¿quién no sabe que hombre, un hombre y hombre verdadero

11. BOBBIO, Roberto: *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, pág. 230.

12. HOBBS, Thomas: *Behemot*, ob. cit., diálogo I.

13. HOBBS, Thomas: *Tratado sobre el cuerpo*, Madrid, Trotta, 2000, cap. III, 5 y 7, pág. 56.

significan lo mismo?<sup>14</sup> *Todo juicio, lo mismo que todo razonamiento, versa, pues, en primer término, sobre nombres y solamente sobre nombres*, y al ser todos estos de institución arbitraria, se sigue de aquí que proposiciones como: “todos los hombres son seres vivos” o “la caridad es una virtud”, no afirman más que una conveniencia de sentido de los dos términos que se asocian. De esta suerte, verdad y falsedad no son solamente subjetivas, como lo son todos nuestros conocimientos, salidos de la sensación, sino también arbitrarias y no tienen otro origen, otra norma, otra medida, que la voluntad de los hombres. Por lo tanto, no podemos concluir según la experiencia que una cosa deba ser llamada justa o injusta, verdadera o falsa, ni generalizar ninguna proposición, a menos que esto se realice según el recuerdo del uso de los nombres que los hombres han impuesto arbitrariamente a las cosas.<sup>15</sup>

Por lo demás, en la visión hobbesiana, los hombres no se asocian por naturaleza sino por artificio: la sociedad resulta creada a partir de un contrato. Los hombres no se asocian por inclinación natural, sino por coerción exterior y, por eso, no habrá sociedad alguna mientras no haya un poder coactivo. Pero todos los medios de seguridad son inseguros y un poder moderado se presenta siempre como impotente. De ahí que los gobernantes, cuyo poder es grande, traten de hacerlo mayor todavía mediante leyes en el interior o mediante guerras en el exterior. Tello acierta al sostener que su teoría de la sociedad se resuelve en doctrina de la seguridad social.<sup>16</sup>

Por otra parte, la ley no es ya una norma moral destinada a la rectificación de la conducta, sino una forma psicológica ordenada a la consecución de la obediencia, es decir, queda reducida a mera fórmula coercitiva. En realidad, la parte más importante del contrato

14. *Ibíd.*, págs. 56-57.

15. CHEVALIER, Jacques: *ob. cit.*, t. 3, pág. 39. El autor alude aquí al comentario que hace Descartes acerca de este punto de vista de Hobbes. En sus “Respuestas” a las terceras objeciones califica a tal concepción como extravagante, puesto que desdeña ciertamente lo esencial, a saber, que los nombres, que son signos, no tienen significación más que por las ideas que representan y por las cosas que significan. “¿Quién duda [escribe Descartes], que un francés y que un alemán no puedan tener los mismos pensamientos y razonamientos en lo tocante a las mismas cosas, aunque sin embargo conciban palabras enteramente diferentes? Si este filósofo [Hobbes] admite que algo es significativo por medio de las palabras, ¿por qué no quiere que nuestros discursos sean antes la cosa significada que la palabra misma?”.

16. TELLO, Belisario: *ob. cit.*, pág. 40.



social es la que se refiere a esa obediencia ciega que debe tener el hombre frente a la ley. Pero a cambio de ello, se instaura la paz y se garantiza la seguridad, bienes superlativos en la particular óptica hobessiana. Hay aquí cierto egoísmo, que el pensador cree está en la base de la naturaleza humana. *Si el súbdito se somete al soberano, es a fin de garantizarse su seguridad individual, pero no para participar del bien común, concepto este último completamente extraño a su filosofía. Luego del pacto no hay producción del bien común, sino protección del bien individual.* Además, Hobbes no emplea jamás la expresión *bonum commune*, sino la de *bonum publicum*, cuya consecución depende fundamentalmente de su unión con el *bonum privatum*.

En fin, el temor a la inseguridad y el deseo de seguridad conducen al hombre a la sociedad. Esta no reposa sobre un impulso tendencial, sino sobre una decisión racional del individuo. Pero el punto de partida de una sana filosofía política no es el estado de naturaleza, sino la naturaleza del hombre.<sup>17</sup> “El origen de las sociedades grandes y duraderas no se ha debido a la mutua benevolencia de los hombres sino al miedo mutuo”, expresa con especial énfasis en el *Tratado sobre el ciudadano*.<sup>18</sup> ¿Por qué el miedo? Porque hay un estado de guerra, de lucha del todos contra todos. Se hace imperioso, entonces, salir de semejante estado,<sup>19</sup> a fin de buscar la paz.

## V.1. El contrato

Es importante hacer notar este punto, que resalta la diferencia, como lo señalamos en el párrafo anterior, entre el contractualismo y la consideración del hombre como *zoon politikon*. El Estado, para Hobbes y todo el pactismo posterior, no es el resultado de un impulso de sociabilidad presente en el orden de la creación, sino que “nace” de un contrato entre individuos más o menos autónomos y aislados. Esta deducción responde a una previa afirmación de *individualismo abstracto*: la sociedad se concibe integrada por personas independientes y aisladas, libres e iguales, que tratan de imponer sus fines propios enfrentándose unos con otros. Para Vallespín Oña, esto es –precisamente– lo que las lleva a abrir un “procedimiento

17. *Ibíd.*, pág. 42.

18. HOBBS, Thomas: *Tratado del ciudadano*, ob. cit., cap. I, 2.

19. *Ibíd.*, cap. I, 13.

negociador”. Se concibe, entonces, la sociedad civil como un artificio impuesto por el derecho positivo y respaldado por el Estado. Las leyes son normas formales y generales que aseguran a los ciudadanos determinados marcos de actuación en los que pueda desplegarse su libertad:<sup>20</sup> todo Derecho, como consecuencia del contrato, surge del Estado y muere en él. Antes del pacto, en ese estado de temor y beligerancia total en que consiste el estado de naturaleza, tan solo hay individuos aislados. El contrato los convierte en ciudadanos, en miembros del cuerpo político, y se logra de esta manera la consecución de la paz. Tiene una función conciliativa y, por eso, estar a lo pactado implica conservar la paz. Lo único que puede conseguirla es la sumisión de voluntades de todos a la de un solo hombre o una asamblea. Ello se da cuando cada uno se obliga mediante un pacto ante los demás a no resistir a la *voluntad* de aquel *hombre* o aquella *asamblea* a los que se somete.<sup>21</sup>

Bobbio ha sostenido con agudeza que en Hobbes se invierte radicalmente el juicio de valor y el miedo se convierte en un factor benéfico de la vida política. En efecto, el Estado, monstruo bueno o Leviatán, nace de la situación de “temor recíproco” en la que se encuentran en el estado de naturaleza para no caer en la guerra civil, monstruo malo o Behemot. En consecuencia,

si no fuera por el miedo recíproco que sienten los hombres en el estado de naturaleza a morir unos a manos de otros, el Estado no habría aparecido nunca; no habría surgido ese hombre artificial que los propios hombres han fabricado para salir de una situación de miedo incontrolado, en la que cada uno teme a todos los demás, ni hubieran entrado en una situación donde la amenaza de la fuerza (origen del miedo) se dirige solo contra los que transgreden las leyes establecidas por el poder soberano o, con las propias palabras de Hobbes, para dejar atrás una situación en la que “nos protegemos solo con nuestra fuerza” y entrar en otra en la que “estamos protegidos por la fuerza de todos”.<sup>22</sup>

Tello acierta al señalar que el contrato es la base jurídica del Estado. Este tiene vida por aquel, verdadero *fiat* creador y conservador del cuerpo político. El *pactum subjectionis* fundamenta la existencia

20. VALLESPÍN OÑA, Fernando: *ob. cit.*, pág. 36.

21. HOBBS, Thomas: *Tratado del ciudadano*, *ob. cit.*, V, 7.

22. BOBBIO, Norberto: “El equilibrio del terror”, en *El tercero ausente*, Madrid, Cátedra, 1997, pág. 77-78.

del Estado; por eso, el primero no es la resultante del segundo, sino su principio fundamentante.<sup>23</sup> De hecho, cambia la multitud en Estado. Este ya no es el efecto de la decisión tomada por un hombre, sino de un contrato celebrado por una multitud de ellos, pues en la base del Estado hobbesiano no encontramos nada más que un contrato o, lo que es igual, una multitud de hombres que ha decidido acordar la constitución de un Estado. Este, asume por lo tanto, un carácter contractual o legal, no natural. Es, entonces, un invento humano: el contrato no es el origen histórico del Estado, sino su fundamento racional.

Ahora bien, dentro del contrato nos encontramos con la figura del soberano, el cual puede asegurarse el cumplimiento de lo pactado mediante la imposición de penas. Los individuos le delegan un poder coercitivo. “La transferencia mutua de derechos es lo que los hombres llaman contrato”, asegura en el *Leviatán*.<sup>24</sup> Previamente, en el *Tratado sobre el ciudadano*, había dicho que “a la acción de dos o más que se transfieren mutuamente sus derechos se la llama contrato”.<sup>25</sup> Pero el poder que resulta de dicha cesión es amplísimo, ya que el soberano tiene el derecho no solo de ejecutar, sino de juzgar. El soberano es el único legislador y ejecutor. Como veremos más adelante, el individuo ni siquiera tiene derecho a poseer una conciencia, porque eso equivaldría a hacerse juez de sí mismo y a encontrar, de esa manera, una vía de escape a lo pactado en el contrato.

En una situación así, el individuo tan solo se contenta con la obtención de la paz y seguridad tan ansiada. Eso es lo único que le importa. Todo lo demás está delegado a ese soberano omnímodo. En cierto sentido, en el *Leviatán* no hay individualidades, sino una suma o adición de cuerpos singulares (*conglutinantur*) que da lugar a la formación de ese organismo artificial en que consiste el Estado. Resulta impresionante, al respecto, el dibujo que ilustra la primera edición del *Leviatán*: el cuerpo humano formado por la unión de hombres más pequeños, como la unión de las abejas entre sí forma el enjambre y este, a su vez, el colmenar.

¿Quién decide la constitución del Estado? La mayoría. En Hobbes, tanto como en Locke y Rousseau, aparece con toda nitidez la función que la mayoría adopta en ese cuerpo político que forma el Estado. Aquí podemos encontrar diferencias entre los autores mencionados, ya que –muy singularmente–, con Hobbes la minoría care-

23. TELLO, Belisario: *ob. cit.*, pág. 47.

24. HOBBS, Thomas: *Leviatán*, *ob. cit.*, I, 14.

25. HOBBS, Thomas: *Tratado sobre el ciudadano*, *ob. cit.*, cap. II, 9.

ce por entero de derechos, solo posee la obligación pura de obediencia, idea que también podemos encontrar en Rousseau.

Existe pues una asamblea deliberativa, en donde los individuos eligen su constitución como Estado. Pero con ella, la multitud deviene pueblo, el cual posee desde ese momento una sola voluntad a la que se atribuye también una acción única. La esencia del Estado se define, entonces, como una multitud de ciudadanos sometidos a su propio mandato. Unión y sujeción hacen por igual a dicha esencia, en cuya constitución inciden tanto el consentimiento de todos como el sometimiento a uno: el soberano. En otros términos, la seguridad de todos exige la sujeción a uno. La designación de quien manda consume la constitución del Estado; este no es más que un grupo de personas naturales reunidas en una persona civil para su autoconservación y protección.<sup>26</sup> Por ello, para Hobbes la esencia de un Estado puede ser definida como

una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituída por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común. El titular de esta persona se denomina soberano, y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que le rodean es súbdito suyo.<sup>27</sup>

Por otra parte, de la institución de un Estado derivan todos los derechos y facultades de aquel o de aquellos a quienes se confiere el poder soberano por el consentimiento del pueblo reunido. El pacto originario es la base de todos los derechos; por eso no se puede hacer un pacto nuevo *ni siquiera con Dios*. Además, ninguno de los súbditos, siquiera fundándose en una infracción, puede ser liberado de la sumisión que le debe al soberano en virtud del contrato.<sup>28</sup> En otros términos: no puede existir un quebrantamiento, una violación del mismo. Estos son los dos principales derechos conferidos al soberano por el consentimiento del pueblo. Pero hay más: el sometimiento a la mayoría que ha proclamado al soberano (en una fórmula impresionante, Hobbes concluye: “avenirse a reconocer todos los actos que realice, o bien exponerse a ser eliminado por el resto”);<sup>29</sup>

26. TELLO, Belisario: ob. cit., pág. 55 y pássim.

27. HOBBS, Thomas: *Leviatán*, ob. cit., parte II, cap. 17.

28. *Ibíd.*, cap. 18.

29. *Ibíd.*, pág. 144.

la inmunidad de los actos de este, que no pueden en modo alguno ser considerados injustos; la imposibilidad de que sea castigado; el hecho cierto de que sea juez de las doctrinas que favorecen o las que son adversas a la paz, el poder de dictar —como ya hemos visto—, normas jurídicas; el ejercicio de la jurisdicción, es decir, la capacidad de resolver conflictos; el derecho de hacer la guerra y la paz con otras naciones o Estados; la elección de todos los consejeros y ministros; el poder de castigar a los súbditos toda vez que se viole la ley (“o si no existe ley, de acuerdo con lo que el soberano considera más conducente para estimular a los hombres a que sirvan al Estado, o para apartarlos de cualquier acto contrario al mismo”);<sup>30</sup> por último, la adjudicación de títulos, honores y dignidades a cada hombre.

Para Hobbes, este conjunto de derechos, enumerados taxativamente en el *Leviatán*, constituye la esencia misma de la soberanía y representa los signos externos por los cuales un hombre puede darse cuenta de dónde reside el poder soberano.

Se ha sostenido con sutileza que la teoría del contrato social, tal como Hobbes la presenta, es autocontradictoria. En efecto, si en el estado de naturaleza la gente no tiene derechos ni obligaciones, ninguna “promesa” formulada entonces puede indeclinarse, ya que no existe la institución de la promesa con cuya existencia encontrar deberes a cumplir. En el caso de nuestro autor, por ejemplo, sus afirmaciones empíricas incluyen la tesis de que, en la situación primordial, los hombres no tienen compromisos morales; en el conjunto de su teoría, en cambio, debe sostener que tienen una obligación prepolítica de mantener sus promesas, pues de otro modo, no habría bases éticas para nuestra exigencia de obedecer el contrato original. ¿Cómo puede un contrato al que se llega en un contexto amoral fijar los presupuestos morales requeridos para lograr ser obligatorio?<sup>31</sup>

## V.2. La arquitectura del poder

En *Leviatán*, hay dos grandes motores, pero uno depende indefectiblemente del otro: el poder del soberano y la obediencia consecuente de los súbditos. Poder y obediencia son la síntesis de lo que un Estado debe ser. En efecto, la falta del primero acarrea la guerra

30. *Ibíd.*, pág. 148.

31. CAMPBELL, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Barcelona, Gedisa, 2002, pág. 105.

perpetua, es decir, una especie de vuelta al estado de naturaleza. Pero a su vez,

en ningún gobierno existe ningún otro inconveniente de monta sino el que procede de la desobediencia de los súbditos, y del quebrantamiento de aquellos pactos sobre los cuales descansa la esencia del Estado. Y cuando alguien, pensando que el poder soberano es demasiado grande, trate de hacerlo menor, debe sujetarse él mismo al poder que pueda limitarlo, es decir, a un poder mayor.<sup>32</sup>

Desde luego, ese poder durará mientras el soberano tenga capacidad para proteger a sus súbditos. El derecho que los hombres tienen por naturaleza a protegerse a sí mismos, cuando ninguno puede protegerlos, no puede ser renunciado por ningún pacto. En otros términos, la finalidad de la obediencia es la protección; cuando esta cesa, culmina también aquella.<sup>33</sup>

El instrumento por excelencia del que se sirve quien manda para proceder a esa protección que brinda la seguridad es la ley. Pero para Hobbes, la ley se reduce brutalmente a una mera formalidad que permite distinguir por sí misma a lo justo de lo injusto. Aquí, lo justo equivale a “lo no contrario a la ley” y lo injusto es precisamente lo opuesto a ella. Sin duda, se repite el esquema: es el poder soberano quien obliga a los hombres a obedecer a esas normas jurídicas.

Pero esta ley no puede ser interpretada ni conforme a la razón privada (porque existiría entre las leyes tanta contradicción como en las escuelas), ni de acuerdo a la intención del legislador (porque también tendríamos el mismo problema y no nos pondríamos de acuerdo acerca de cuál sería la verdadera intención). *Lo que constituye la ley, en consecuencia, es la razón del Estado.*<sup>34</sup> Como corolario, ninguna ley puede ser injusta;<sup>35</sup> esta fórmula sintetiza de un modo impresionante el positivismo legalista. En fin, Hobbes añade: “Ocurre con las leyes de un Estado lo mismo que con las reglas de un juego: lo que los jugadores convienen entre sí no es injusto para ninguno de ellos. Una buena ley es aquello que resulta *necesario* y, por añadidura, *evidente para el bien del pueblo*”.<sup>36</sup> El brocárdico latino también expresa: *salus populi suprema lex*, lo cual, como afirma acertadamente

32. *Ibíd.*, cap. 20.

33. *Ibíd.*, cap. 21.

34. *Ibíd.*, cap. 26.

35. *Ibíd.*, cap. 30.

36. HOBBS, Thomas: *Leviatán*, ob. cit., pág. 285.

Tello, se ha convertido en lugar común del derecho público liberal.<sup>37</sup> El sumo imperante está limitado por la *salus populi* y esta es la medida de sus deberes. Tal principio regula toda la construcción política hobbesiana.

En el Estado, el hombre es reducido prácticamente a la nada. Aquí creemos, en contra de Tello, que no nos encontramos estrictamente en presencia de un protoliberal. Para el ilustre iusfilósofo argentino, el Estado absoluto de Hobbes es algo tan absolutamente mítico como el estado de naturaleza. Sin embargo, no reviste ese mismo carácter la seguridad común de los ciudadanos. Este es el aspecto doctrinariamente positivo de su teoría política y aquello que hace de él un precursor del moderno Estado liberal. Leviatán no está al servicio del interés común, sino del egoísta interés privado. Ciertamente, un liberal no hubiera escrito ese alegato tremendo en contra del valor de la conciencia humana, que encontramos en el *Leviatán*:

Otra doctrina repugnante a la sociedad civil es que cualquiera cosa que un hombre hace contra su conciencia es un pecado, doctrina que depende de la presunción de hacerse a sí mismo juez de lo bueno y de lo malo. En efecto, la conciencia de un hombre y su capacidad de juzgar son la misma cosa; y como el juicio, también la conciencia puede equivocarse. Por consiguiente, si quien no está sujeto a ninguna ley civil peca en todo cuanto hace contra su conciencia, porque no tiene otra regla que seguir, sino su propia razón, no ocurre lo mismo con quien vive en un Estado, puesto que la ley es la conciencia pública mediante la cual se ha propuesto ser guiado. De lo contrario y dada la diversidad que existe de pareceres privados, que se traduce en otras tantas opiniones particulares, forzosamente se producirá confusión en el Estado, y nadie se preocupará de obedecer al poder soberano, mas allá de lo que parezca conveniente a sus propios ojos.<sup>38</sup>

La doctrina expuesta no parece ser propia de un liberal, quien –sostenemos– se vería más inclinado a proteger la libertad de conciencia.

En realidad, estamos en presencia de un autor que sacrifica el valor del individuo frente a ese monstruo mitológico que es el Esta-

37. TELLO, Belisario, *ob. cit.*, pág. 69. A favor de la opinión de Tello, Vallespín Oña sostiene que Hobbes posee una reducida visión individualista, que define a los seres humanos en su naturaleza y pasiones, sin ningún tipo de referencia a un contexto social. (VALLESPÍN OÑA: *ob. cit.*, pág. 41).

38. HOBBS, Thomas: *Leviatán*, *ob. cit.*, parte II, cap. 29.

do. El soberano, nuestro representante, lo es todo. Nuestra propia razón, la conciencia privada, no existe o carece, en todo caso, de valor. Lo único que cuenta es la *razón pública* y esta se manifiesta en la de aquel, que además es el supremo representante de Dios, por lo que le hemos dado un poder máximo, a fin de que haga todo lo necesario para nuestra paz y defensa.<sup>39</sup>

Tal como puede advertirse, vemos siempre el tópico de la seguridad enanclado al de la obediencia, “un mandato de obedecer a nuestros soberanos civiles, que hemos instituido sobre nosotros por pacto mutuo, de uno con otro”.<sup>40</sup> Esto es, precisamente, lo que hace ingresar al hombre al estado de sociedad y abandonar la condición anterior que poseía en el estado de naturaleza, donde “existe continuo temor y peligro de muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve”.<sup>41</sup> En este punto, el esquema de Hobbes es simple: al derecho absoluto de quien asume la autoridad le corresponde tanta obediencia por parte de los ciudadanos cuanta sea necesaria para el gobierno del Estado, es decir, para que el derecho no se conceda en vano.<sup>42</sup> En efecto, sin la obediencia, el derecho a mandar sería en vano y, en consecuencia, el Estado no se constituiría en absoluto. Por ello, tal como lo ha notado Cassirer, antes que los individuos hayan celebrado el contrato con el soberano, no son más que una muchedumbre desordenada, un puro agregado que no ofrece rasgo alguno de totalidad. Solo con la dinámica del poder supremo se establece y se funda el todo estatal, y solo por su ejercicio ilimitado puede ser mantenido como tal. El contrato político, como contrato de sumisión, constituye el primer paso que nos lleva del *status naturalis* al *status civilis* y representa la *conditio sine qua non* de la conservación y continuidad de este último.<sup>43</sup> Para Hobbes el contrato social no puede ser, por lo tanto, sino un puro contrato de sumisión. Dominación y sometimiento son las dos únicas fuerzas

39. *Ibíd.*, parte III, cap. 37.

40. *Ibíd.*, parte III, cap. 43.

41. *Ibíd.*, parte II, cap. 30.

42. HOBBS, Thomas: *Tratado del ciudadano*, ob. cit., VI, 13.

43. CASSIRER, Ernst: *Filosofía de la Ilustración*, México, Fondo de Cultura Económica, 1950, pág. 284. Como puede verse, nos encontramos lejos de la doctrina del derecho natural clásico, pues esta es la negación de la tesis de que el hombre sea el único autor de su derecho. Él no es “creador” de normas, al menos de las del derecho natural. Su tarea no es otra que la de descubrirlas, de recopilarlas, de abstraerlas de las cosas donde ellas nos están dadas. Ver VILLEY, Michel: *ob. cit.*, Ghersi 1978, pág. 73.



que transforman en un cuerpo único lo que por naturaleza se halla separado políticamente, y mantienen su existencia. Pero, obviamente, la obligación de obediencia termina cuando se vulnera la esencia misma del contrato, su razón de ser: el logro de la paz y la seguridad, en virtud de la cual se suscribe el *pactum subjectionis*. Esta idea preside toda la obra hobbesiana. En *Behemot. El largo parlamento* concluye también

La virtud de un súbdito está comprendida por entero en la obediencia a las leyes del Estado. Obedecer las leyes es justicia y equidad, y eso es la ley natural, y consiguientemente la ley civil en todas las naciones del mundo. Y donde nada vaya contra la ley, no hay injusticia ni iniquidad. Del mismo modo, obedecer las leyes es la prudencia del súbdito, pues sin esa obediencia el Estado —que significa seguridad y protección para todo súbdito— no puede subsistir.<sup>44</sup>

Consecuentemente, las virtudes del soberano tienden al mantenimiento de la paz en el interior y a la resistencia contra los extranjeros enemigos.

A su vez, como el Leviatán no solo es una república o un Estado civil, sino también eclesiástico, el soberano será el único intermediario entre el hombre y Dios. Por carácter transitivo —a fin de cuentas, nos encontramos frente a una geometría legal, donde el rey es cabeza de la Iglesia—, obedecer sus leyes y edictos públicos significa obedecer a Dios.<sup>45</sup>

Para Hobbes, pues “la única ley fundamental de toda república es la de obedecer permanentemente las leyes hechas por aquel a quien el pueblo ha entregado el poder supremo”,<sup>46</sup> con lo cual insiste en esta tensión permanente que ha de darse en forma continua entre el poder soberano y la obediencia de los súbditos, en la que resuelve la vida del hombre común en la sociedad política. Los términos de esa relación, son relativamente sencillos. La noción de ley se reduce a un mandato del que puede obligar, y el “poder” en la *voluntad* de

44. HOBBS, Thomas: *Behemot*, ob. cit., diálogo I, pág. 15.

45. HOBBS, Thomas: *Leviatán*, ob. cit., pág. 486. Por esa razón, Hobbes era profundamente antipapista. No podía concebir que la cabeza de la Iglesia fuera juez en materia de moral y de doctrina, ya que ello significaba la soberanía más absoluta posible. Siendo así, “una sola y misma nación tendría dos reinos, y ningún hombre sería capaz de saber a cuál de sus dos dueños debe obediencia” (HOBBS, Thomas: *Behemot*, ob. cit., pág. 14 y passim).

46. *Ibíd.*, diálogo IV.

los hombres que constituyen tal poder en orden a la paz. De esa forma, según Hobbes, se llegará a la conclusión “de que los apetitos de los hombres y los movimientos de las mentes son de tal género que si no se ven sujetos por algún poder, se perseguirán unos a otros con guerras, cosa que se puede comprobar por la experiencia de todo el que examine su propia mente”.<sup>47</sup>

La mejor síntesis que puede hacerse del punto de vista de Hobbes quedaría resumida en la siguiente frase: dentro del Estado, todo; fuera de él, nada. Ciertamente, como ya lo hemos visto, fuera del Estado cada uno tiene derecho a todo, lo que ocasiona temor y guerra permanente. Por tanto, “en el Estado, todos disfrutan con seguridad de un derecho delimitado”.<sup>48</sup> ¿Delimitado por quién? Por las leyes.

A partir de esta constatación, se concluye que el hombre le debe todo al Estado. Recordemos que para entrar en la “sociedad” y salir del estado de naturaleza, se le han transferido al Estado todos los derechos. Refiere Hobbes en la obra que constituye el antecedente más directo del *Leviatán*:

Antes de aceptar el yugo civil nadie poseía nada con derecho propio, y todo era común para todos. Por lo tanto, dime, ¿de dónde te ha venido esta propiedad sino del Estado? Y ¿de dónde le ha venido al Estado sino del hecho de que cada uno ha transferido al Estado su derecho? Por lo tanto también tú has concedido tu derecho al Estado. En consecuencia tu dominio y tu propiedad serán tan grandes y durarán tanto cuanto quiera y mientras quiera el Estado.<sup>49</sup>

Nunca antes se había llegado tan lejos en la construcción de una explicación “racional” y “geométrica” de la naturaleza del hombre y del origen del Estado:

si se conociera la razón de las acciones humanas con el mismo grado de certeza con el que se conocen las razones de las dimensiones de las figuras, la ambición y la avaricia, cuyo poder se apoya en las falsas opiniones del vulgo acerca de lo justo y de lo injusto, quedarían desarmadas.<sup>50</sup>

47. HOBBS, Thomas: *Tratado sobre el cuerpo*, cap. VI, 7, pág. 81.

48. HOBBS, Thomas: *Tratado del ciudadano*, ob. cit., cap. X, 1.

49. *Ibíd.*, *Tratado del ciudadano*, XII, 7, pág. 107.

50. *Ibíd.*, “Dedicatoria de la obra al Conde de Devonshire”, pág. 3.

## CAPÍTULO VI

### LA VERSIÓN DE LOCKE

A diferencia de Hobbes, que posee una producción más nutrida desde el punto de vista de sus doctrinas políticas, lo que más interesa a nuestro objeto de estudio es el *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, publicado en el año 1690. El *Primer ensayo*, como asegura Truyol, nos ofrece poco interés por tratarse de una refutación a la obra *Patriarcha* de Robert Filmer. El *Segundo ensayo* constituye también una contestación, en este caso, al absolutismo de Hobbes. Esta verdadera “refutación” es, para Truyol, velada. Fraile asegura que, en el libro que nos ocupa, Locke ha adoptado una actitud mucho más templada y moderada.<sup>1</sup>

Ciertamente, respecto de la disputa con Filmer, debemos agregar que este suponía que la autoridad era derivada desde Adán mismo y que desde entonces pertenecía por derecho a todos los príncipes.<sup>2</sup> En este punto, la réplica de Locke es clara: Dios no otorgó un poder inmediato a Adán sobre los hombres y no lo convirtió en gobernante o monarca. Además, asegura Locke, tampoco le otorgó el *dominio* personal sobre las criaturas inferiores, sino un derecho compartido con toda la humanidad y, por tanto, tampoco era monarca sobre la base de la propiedad que aquí se le otorgó.<sup>3</sup>

Según nuestro autor, es absolutamente evidente que el hombre posee una *libertad natural*, porque todos aquellos que comparten, en la misma naturaleza común, facultades y poderes, son iguales por naturaleza y deben participar de los mismos derechos y privilegios

1. TRUYOL Y SERRA, Antonio: *ob. cit.*, t. 2, pág. 183; FRAILE, Guillermo: *Historia de la Filosofía*, Madrid, BAC, 1978, t. 3, pág. 783.

2. LOCKE, John: *Primer ensayo sobre el gobierno civil*, en *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid, Espasa Calpe, 1991, II, 9, pág. 57. Edición a cargo de Joaquín Abellán.

3. *Ibíd.*, IV, 24, pág. 70.

comunes.<sup>4</sup> En el *Primer ensayo sobre el gobierno civil*, la única referencia a la existencia de un contrato originario, fuente —en todo caso— del poder que ostenta el gobernante, la encontramos allí donde Locke nota que si el poder se fundamentó en un *contrato*, este únicamente puede transmitirse a aquel a quien por medio suyo se otorgue tal derecho;<sup>5</sup> si se funda en la *generación*, solo lo posee aquel que *engendra*; y si se fundamenta en la *concesión* o donación positiva de Dios, solo tendrá derecho de sucesión aquel a quien dicha donación se lo conceda explícitamente. Todo esto le hace concluir que el derecho de hacer uso de todas las criaturas se fundamenta en el que goza los hombres a subsistir y disfrutar de las facilidades de la vida.<sup>6</sup>

Como podemos apreciar, la referencia es muy escueta y por ello podemos decir que el *Primer Ensayo* carece de interés para cualquier estudio sobre los orígenes y el desarrollo del contractualismo.

No ocurre lo mismo con el *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*. En efecto, en la primera parte de esta obra, Locke vuelve a cargar contra Filmer, para criticar ahora su concepto de libertad. Filmer, según la interpretación lockeana, pretendía que aquella era ilimitada: es “una libertad por la cual cada uno hace lo que quiere, vive como le place y no está ligado por ninguna ley”.<sup>7</sup> Por el contrario, nuestro autor sostiene que eso es una definición, no de la libertad, sino del libertinaje. “La libertad tiene límites, y es la sana razón que el Creador ha dado a todos los hombres la que los prescribe. Cada cual lleva en su corazón sus caracteres trazados por el dedo de la misma Divinidad”. La libertad de la naturaleza está limitada por la ley natural. El derecho del hombre está circunscrito a su persona. Implica derecho a la vida, a la integridad corporal, a la libertad y a la propiedad de las cosas que produzca con su trabajo. El hombre no tiene potestad sobre su propia vida, que debe conservar por ley natural. El derecho contra el ofensor no es ilimitado y no se extiende tanto como la propia fuerza, sino solamente hasta donde lo señalan la razón y la conciencia. Una persona no puede hacerse esclava de otra. La esclavitud, en todo caso, es como la prolongación del estado de guerra. Todo esto marca, desde ya, una diferencia radical con el esquema de Hobbes tal como ya lo hemos visto.

4. *Ibíd.*, VI, 67, pág. 108.

5. *Ibíd.*, IX, 96, pág. 137.

6. *Ibíd.*, 97, pág. 137.

7. LOCKE, John: *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, en *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, ob. cit., IV, 22, pág. 219.

Ciertamente, para Locke el estado de naturaleza es un *estado de perfecta libertad* pero es también un *estado de igualdad*. Nuestro autor presenta en su teoría ciertos rasgos propios de un iusnaturalismo de tipo racionalista: en ese estado de naturaleza, en donde existe, como vimos, una situación de libertad, no existe, sin embargo, una absoluta licencia para hacer cualquier cosa, porque hay un límite impuesto por la ley natural: “Y la razón, que es esa ley, enseña a todos los humanos que se molesten en consultarla que al ser todos iguales e independientes, nadie puede perjudicarlo en su vida, salud, libertad o posesiones”.<sup>8</sup> Aparece también aquí cierto rasgo de lo que Kant denominará el “principio de universalidad”:

De la misma manera que cada uno está obligado a preservarse y no abandonar su puesto cuando le venga en gana, por la misma razón, cuando no está en juego su propia conservación, tiene el deber de preservar al respecto de la humanidad, tanto como pueda y, al menos que se trate de hacer justicia a alguien que sea culpable, nadie puede arrebatar ni perjudicar la vida de otro, ni privarle de nada que favorezca la conservación de la vida, la libertad, o la salud de los miembros o los bienes de otro.<sup>9</sup>

Como puede notarse, en el estado de naturaleza, los hombres conservan o son dueños de ciertos derechos, que podríamos llamar, en la acepción moderna del término, “fundamentales”: el derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad, a la salud.

Otra diferencia marcada respecto de Hobbes consiste en que ningún poder, en tal situación, puede ser absoluto o arbitrario. En el estado de naturaleza imaginado por Locke, no nos encontramos, por ende, en la situación de guerra de todos contra todos, ni en un puesto en el que el hombre no sea dueño de algo: tal como vimos, conserva ciertos derechos naturales fundamentales. Ciertamente, como lo señala con precisión Vallespín Oña, en su concepción se vuelve a dotar de fundamento divino al derecho natural: existen normas asentadas por Dios en nuestra naturaleza racional de las que podemos deducir conclusiones verdaderas sobre nosotros mismos y sobre la realidad que nos circunda; ellas deben cumplir la función de regular nuestra conducta individual y social. Su visión de la racionalidad práctica trasciende, así, los límites del estricto interés propio racional de

8. *Ibíd.*, II, 6, pág. 206.

9. *Ibíd.*, pág. 207.

Hobbes, recurriendo a un derecho objetivo que obliga moralmente –no solo prudencial en forma– a todas las personas. De ahí que surja la idea de la existencia de un conjunto de derechos naturales anteriores al Estado e invulnerables por este, que abarcan bastante más que el mero derecho a la vida. La descripción del estado de naturaleza, desde el que ha de imponerse la necesidad racional del cuerpo político, sufre así una importante transformación.<sup>10</sup>

Bobbio resume la concepción lockeana:<sup>11</sup> considerar al Estado una asociación surgida del común acuerdo de los ciudadanos para proteger sus derechos naturales, lo que se pone de manifiesto en el *Segundo ensayo*:

La finalidad del gobierno es el bien de los hombres; ¿qué es mejor para la humanidad: que el pueblo se encuentre siempre expuesto a la tiranía o que los gobernantes se expongan alguna vez a la oposición cuando se excedan en el empleo de su poder y lo utilicen para destruir y no para conservar las propiedades del pueblo?<sup>12</sup>

Arendt reinterpreta la versión contractualista de Locke, caracterizándola como un “tercer tipo” de contrato (recordemos que esta autora hablaba de un primer modelo teocrático –el pacto bíblico– y de una segunda versión “vertical” –la hobbesiana–), en donde aquí no el Gobierno, sino la sociedad introduce una “alianza” entre todos los miembros individuales, quienes contratan para gobernarse tras haberse ligado entre sí. Llama a este modelo, versión “horizontal” del contrato social: este pacto limita el poder de cada individuo miembro pero deja intacto el poder de la sociedad, la que establece entonces el gobierno sobre la simple base de un contrato originario entre individuos independientes. En cierto modo, todos los contratos, pactos y acuerdos descansan en la reciprocidad y la gran ventaja de la versión horizontal del contrato social es que esta “reciprocidad” liga a cada miembro con sus ciudadanos. Es la única forma de gobierno en la que los ciudadanos están ligados entre sí, no a través de recuerdos históricos o por homogeneidad étnica como en la Nación-Estado ni a través del Leviatán de Hobbes, que “intimida a todos” y así les une, sino a través de la fuerza de promesas mutuas. En el pensamiento de Locke, esto significaba que la sociedad permanecería intacta incluso

10. VALLESPÍN OÑA, Fernando: *ob. cit.*, pág. 40.

11. BOBBIO, Norberto: “La desobediencia civil”, en *ob. cit.*, 1997, pág. 125.

12. LOCKE, John: *Segundo ensayo*, *ob. cit.*, XIX, 229, pág. 371.

si “es disuelto el Gobierno” o si rompe su acuerdo con la sociedad, evolucionando hacia una tiranía. Una vez establecida, la sociedad, mientras exista como tal, no puede ser devuelta a la ilegalidad y a la anarquía del estado de naturaleza.<sup>13</sup>

Locke resuelve la situación de parcialidad que se produciría en el estado de naturaleza, cada vez que uno se hiciera juez de la defensa de sus derechos. Ese es el origen del gobierno civil, el que se va a encargar, primariamente, de resolver los conflictos que puedan plantearse<sup>14</sup> e incluso imponer sanciones.

Queda claro, sin embargo, que en el sistema lockeano, en el estado de naturaleza “la libertad es el fundamento de todo lo demás”,<sup>15</sup> con lo cual se anticipa a las más modernas formulaciones rawlsianas del primer principio de justicia, de tanta prioridad en este autor contemporáneo. En fin, todo atentado contra la libertad supone un ingreso al estado de guerra.<sup>16</sup> Desde el punto de vista del derecho a la propiedad, el mismo se encuentra indisolublemente unido al concepto de *trabajo*: “siempre que coja algo y lo cambie del estado en que lo dejó la naturaleza, ha mezclado su trabajo con él y le ha añadido algo que le pertenece, con lo cual, lo convierte en propiedad suya”.<sup>17</sup> La propiedad, también de fundamental importancia en Locke, hace nacer también la idea de contrato, que surge cuando se fijan los límites de los territorios y de las tierras particulares: “De esta forma, mediante un *acuerdo positivo*, alcanzado entre ellos mismos, se estableció la *propiedad* de la tierra, dividiéndosela en distintas partes y parcelas”.<sup>18</sup> Del consenso mutuo también nace el dinero. El término libertad abarca la preservación de la vida, la “libertad y” las haciendas.<sup>19</sup>

## VI.1. La sociedad política

El origen mismo de la sociedad civil o política difiere también, en este autor, del giro que le había dado Hobbes anteriormente. Para

13. ARENDT, Hannah: *ob. cit.*, pág. 94.

14. LOCKE, John: *Segundo ensayo*, *ob. cit.*, II, 13.

15. *Ibíd.*, III, 17, pág. 215.

16. *Íd.*

17. *Ibíd.*, V, 27, pág. 223.

18. *Ibíd.*, V, 45, pág. 236. El resaltado es original.

19. *Ibíd.*, IX, 123, pág. 293.

Hobbes, en efecto, la salida del estado de naturaleza confluye necesariamente en un pacto de sujeción, de subordinación en el sentido fuerte del término, fundado ante todo en el temor a la inseguridad. Para Locke, la sociedad política nace cuando cierta cantidad de hombres deciden unirse, renunciando a esa especie de “facultad ejecutiva” que les otorga la ley natural en favor de la comunidad. En consecuencia, en palabras de Locke, habrá una sociedad política o civil

siempre que cualquier número de hombres que viven en el estado de naturaleza constituyan una sociedad, formando un solo pueblo, un cuerpo político bajo un gobierno supremo, o bien cuando se unan e incorporen a un gobierno ya constituido [...] Tal es lo que saca a los hombres del estado de naturaleza y los introduce en el ámbito de una república, el establecimiento de un juez sobre la tierra con su autoridad para dictaminar sobre todas las controversias y reparar los daños que puedan ocurrir a cualquier miembro de esa república. Este juez no es otro que el legislativo, o el magistrado designado por él. Y siempre que encontremos que un grupo de hombres, aunque vivan en sociedad, carezcan de ese poder decisivo al que apelar, podemos asegurar que todavía se encuentra en el estado de naturaleza.<sup>20</sup>

Con otra fórmula, nuestro autor señala:

aquello que constituye la comunidad y saca a los hombres del inseguro estado de naturaleza, convirtiéndolos en una sociedad política, es el acuerdo al que llega cada uno con los demás para incorporarse y actuar como un solo cuerpo, constituyendo así una república distinta y separada de las demás.<sup>21</sup>

En Locke, entonces, el legislativo es un poder eminente pero que, de todas maneras, no puede dictar cualquier tipo de leyes. Por supuesto, ellas deberán ser obedecidas por los miembros del cuerpo político, pero la posibilidad de insumisión se encuentra abierta si, siguiendo a Hooker, “contradicen la ley de la razón o la ley de Dios”.<sup>22</sup> En cualquier caso, lo que diferencia al estado de naturaleza del *status societatis* es la existencia, en el caso de esta última, de una autoridad a la que apelar para que decida en cualquier diferencia que pueda existir entre los hombres. Pero esto es también lo que diferen-

20. *Ibíd.*, VII, 89, pág. 267.

21. *Ibíd.*, XIX, 211, pág. 359.

22. *Ibíd.*, VII, 90, pág. 267.



cia lo que podríamos llamar la “república” del príncipe absoluto: en el gobierno de este, nos encontramos bajo su dominio y volvemos irremediablemente al estado de naturaleza. Esto parece ser una crítica abierta a Hobbes:

Ningún hombre en la sociedad civil puede estar exento del cumplimiento de las leyes de dicha sociedad. Pues si alguien puede hacer lo que le place y no existe ninguna posibilidad de apelar en este mundo para obtener seguridad y reparación contra cualquier daño que pueda cometer, en tal caso podremos entender que se halla perfectamente dentro del estado de naturaleza y, en consecuencia, que no es parte ni miembro de la sociedad civil.<sup>23</sup>

Locke sigue aquí a Hooker con rigor clásico puesto que la ley civil es un acto de todo el cuerpo político, su ámbito de aplicación incluye todas y cada una de las partes de ese cuerpo. En su sistema, al contrario de lo que ocurría con Hobbes, resulta inconcebible que alguien sea superior, viva apartado de los demás o no le alcancen las leyes que forman parte del entramado normativo de la sociedad política.

En el *Segundo ensayo* se menciona una poderosa fuerza política,<sup>24</sup> a la cual Locke le adjudicará suma importancia y trascendencia: *la mayoría*; más específicamente, el consenso, el acuerdo que logre esa mayoría. En efecto, el cuerpo deberá dejarse guiar por esa mayoría que, desde ese momento, pasa a ser un acto de la totalidad. En esto consiste el pacto originario: cada hombre que consiente formar parte de un cuerpo político bajo un gobierno, se pone a sí mismo bajo obligación, ante todos los miembros de esa sociedad, de someterse a la determinación y resoluciones de la mayoría: en el acuerdo en cuestión, cada hombre hace entrega, ante la mayoría de esa comunidad, de todo el poder necesario para cumplir los fines para los que se ha unido en sociedad,

con lo cual, aquello que da inicio y constituye en realidad a una sociedad política no es más que el consenso de un grupo de hombres libres capaces de formar una mayoría para unirse e incorporarse a tal sociedad. Y esto y solo esto es lo que dio o pudo dar principio a cualquier gobierno legítimo del mundo.<sup>25</sup>

23. *Ibíd.*, 93, pág. 274.

24. *Ibíd.*, a partir de VIII, 96 y ss.

25. *Ibíd.*, VIII, 99, pág. 275.

El principio de la sociedad política depende del consenso de los individuos que deciden juntarse y dar lugar a aquella.

Esto nos lleva a la consideración acerca de la finalidad misma de la sociedad política. Por cierto, en el estado de naturaleza, por ser el hombre dueño *absoluto* de su propiedad y posesiones, vive, sin embargo, en un estado de inseguridad grande. Y si bien esta sensación no es ese terror absoluto que encontramos en Hobbes, resulta suficiente impulso para anhelar vivir bajo un gobierno algo que resulta prioritario: la preservación de la propiedad. Llegados a este punto, las desventajas de vivir en el estado de naturaleza saltan a la vista: 1) se carece de una ley aceptada por el consenso común y que sea *el modelo de lo justo y de lo injusto*; 2) no existe un juez imparcial, dotado de autoridad para resolver los conflictos; 3) las sentencias justas carecen de la posibilidad de cumplirse, al no existir un poder ejecutor que las respalde y apoye. Por lo tanto, no prevalecen ya las ventajas que nos ofrece semejante posición (ser dueños absolutos de nuestra persona y posesiones). Así, cuando los hombres ingresan a la sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que disfrutaban anteriormente y ponen todo esto en manos de la sociedad, pero *para que el legislativo disponga de ello en función del bien de la comunidad*. Contra el modelo hobbesiano, el legislativo nunca ha de salirse del terreno que delimita el bien común. Aquí ingresamos en el ámbito de los beneficios que acarrea la vida en sociedad: 1) existen aquí leyes vigentes, establecidas, promulgadas y conocidas por el pueblo; 2) hay jueces imparciales que deciden las controversias de acuerdo a ellas; 3) se emplea la fuerza exclusivamente para ejecutarlas leyes. En síntesis, el único fin de la sociedad es la obtención de la paz, la seguridad y el bien público del pueblo.<sup>26</sup>

## VI.2. Los poderes de la república

Tal como hemos visto, la finalidad principal del ingreso de los hombres en la sociedad es disfrutar de la propiedad en paz y tranquilidad. El instrumento para que reine ese estado es la existencia de leyes. De allí que Locke le otorgue preponderancia al establecimiento de un *poder legislativo*. Este es, entonces, el poder supremo de la república. Si ese poder, debidamente elegido y nombrado por el

26. *Ibíd.*, IX, 131, pág. 296.

pueblo, no *sanciona* la ley, se carecerá de lo que hace que la ley tenga fuerza por sobre todas las cosas: el “consenso de la sociedad”.<sup>27</sup>

Esta fuerza otorgada por el consenso es lo que también hace nacer nuestro deber de obediencia debida al legislativo. Pero —nueva diferencia con Hobbes— dicho poder no puede ser arbitrario: extrae aquí una máxima propia del derecho privado: *nadie puede dar un derecho mejor no más extenso del que se posee*, por lo que nadie puede tener un poder arbitrario absoluto sobre sí mismo ni sobre ningún otro. En todo caso,

el poder del legislativo tiene como límite último aquel que viene marcado por el bien público de la sociedad: no puede arrogarse el derecho de destruir, esclavizar o empobrecer deliberadamente a sus súbditos. Los imperativos de la ley natural no se anulan al entrar en sociedad.<sup>28</sup>

Por lo demás, el legislativo tiene otra restricción no menos importante: está obligado a administrar justicia y dictaminar los derechos de cada súbdito, de acuerdo con leyes vigentes y por medio de jueces conocidos. Esta cualidad que deben poseer las leyes —es decir, la certeza que otorga su promulgación, puesto que de esa manera los ciudadanos pueden conocer cuál es su deber—, es la esencia de la república imaginada por Locke.

Finalmente, ese “superpoder” que es el legislativo no puede quitar la propiedad a ningún hombre ni fijar impuestos sin su consentimiento, ni transferir el poder de hacer las leyes a ningún otro. Esos son los límites fijados muy enfáticamente a su actuación. En Hobbes, en cambio, no existía ninguna cortapisa a ese poder omnímodo que se le transfería al soberano, a cambio de la obtención de la paz y la seguridad. En efecto, la diferencia salta a la vista si se repara en una circunstancia no menor: *la comunidad retiene a perpetuidad el poder supremo de sustraerse a los manejos de cualquiera (incluso del legislativo) toda vez que este tome medidas que atenten contra la libertad o la propiedad de los súbditos*. Aquí no hay contrato alguno que autorice a renunciar a su propia preservación.

Siempre atento al problema de los límites al poder, Locke se muestra partidario del derecho de resistencia, siempre y cuando con ella se impida una fuerza injusta e ilegal. Como buen contractualis-

27. *Ibíd.*, X, 134, pág. 300.

28. *Ibíd.*, 135, pág. 302.

ta, privilegia la obligación de obediencia porque de lo contrario “se correría el peligro de desquiciar y desbaratar todas las sociedades políticas, y en lugar de orden y gobierno, no habría más que anarquía y confusión”.<sup>29</sup> Vemos aquí un argumento clásico a favor de la obediencia que, como tal, ya encontramos en Platón y en San Agustín.<sup>30</sup>

Queda claro, según lo analizado, que los hombres entran en sociedad para preservar su propiedad y autorizan a un cuerpo legislativo para que existan leyes promulgadas a tal fin, pero también para limitar el poder. Por lo tanto, iría en contra del acuerdo original el que el poder que cada individuo entrega a la sociedad al entrar en ella pueda recaer en los individuos *mientras la sociedad o el gobierno subsistan*. Análogamente, si el poder resulta mal ejercido hay una *pérdida del derecho a la autoridad* y, en ese caso, el poder recae nuevamente en la sociedad. En tal situación, “el pueblo tiene derecho a actuar en calidad de poder supremo y constituirse ellos mismos en legislativo”.<sup>31</sup>

### VI.3. Balance del contrato social

No deja de resultar interesante la inclusión que hace Locke de un elemento totalmente nuevo, que toma indudablemente de Hooker: los derechos naturales. Tales derechos actúan indudablemente como un límite preciso al ejercicio del poder político. Y si bien en Locke existe un claro iusnaturalismo racionalista,<sup>32</sup> que lo diferencia de aquel de cuño clásico, cuyos principales exponentes —como es sabido—, fueron Aristóteles y Santo Tomás, la aparición de ese “límite” no deja de constituir un avance en la teoría política, dominada hasta entonces por la idea de un poder absoluto que no debería rendirle cuentas a nadie y frente al cual tan solo existe un deber de sumisión y de obediencia.

Se ha dicho, no sin razón, que no deja de llamar la atención cómo la teoría del contrato social, aun permaneciendo en su estricta dinámica conceptual, puede jugar con ideas tan ambivalentes en lo

29. *Ibíd.*, XVIII, 203, pág. 353.

30. PORTELA, Jorge G.: *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia*, Buenos Aires, Educa, 2005.

31. LOCKE, John: *Segundo ensayo*, ob. cit., XIX, 243, pág. 383.

32. Se ha señalado acertadamente que Locke alude indistintamente, al referirse a la ley natural, a la “recta regla de la razón” y también a “la ley de la razón”, por lo que parece suscribir una postura racionalista. Para el tema: *Ensayo sobre el gobierno civil*, Bernal/Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes/Prometeo, 2005, pág. 19, nota 12. Traducido por Claudio Amor y Pablo Stafforini.

que se refiere a sus implicaciones jurídico-constitucionales. Efectivamente, puede instrumentalizarse tanto en favor de un Estado liberal democrático cuanto en favor de un absolutismo cerrado. Quizá podamos arriesgarnos a afirmar, también, que la opción por una u otra salida corresponde a dos ciclos diferentes en la evolución de la sociedad burguesa. Uno, primero, ajustado a su fase de afianzamiento, en la que debe competir con las instituciones feudales; otro, correspondiente ya al asentamiento definitivo de su poder social y económico. Parecería que Locke intenta esclarecer la instrumentalidad de su obra para los intereses objetivos de la nueva burguesía, que ya sí habría asentado su poder social. Su logro consistiría en haber dotado de base o fundamento moral a un Estado de clase pero –y aquí reside su peculiaridad– a partir de los postulados de los derechos naturales individuales e “iguales”.<sup>33</sup>

Producto fatal de su racionalismo, en última instancia, la norma de lo justo y de lo injusto es la ley positiva dictada a partir del consenso. No hay aquí una noción que indique que la naturaleza es la fuente de lo justo, en la medida en que esta es obra del Creador. La medida, aquí, es puramente humana, y ello resulta coherente con su posición filosófica, de cuño empirista y antiinnatista. En efecto, como lo apunta Fassò, Locke niega la existencia en la mente del hombre de principios prácticos innatos. La convicción de la existencia de estos, dice Fassò, está deshabitada por el uso de la razón, es decir, de la crítica, y es costumbre del dogmatismo. Locke prefiere poner toda su confianza en la razón, incluso hasta el punto de creer posible llegar por medio de ella a una moral que esté entre las ciencias susceptibles de demostración: “por proposiciones evidentes por sí mismas, mediante consecuencias necesarias, no menos incontestables que las de la matemática, se podrá deducir la medida de lo justo y de lo injusto”.<sup>34</sup>

Fassò incluso no está muy convencido del contractualismo de Locke. El Estado lockeano nace, según él, no tanto del *pactum subjectionis*, cuanto de la concesión de confianza (*trust*) del pueblo a los gobernantes, idea que no encaja, en rigor, dentro del esquema del contrato social del iusnaturalismo del siglo XVII.

No coincidimos con la posición del ilustre historiador y iusfilósofo italiano: tal como lo hemos visto, el Segundo Ensayo está estructurado sobre la matriz contractualista, en donde existe previamente un “estado de naturaleza” y *a posteriori* un ingreso a la so-

33. VALLESPÍN OÑA, Fernando: *ob. cit.*, pág. 42 y pássim.

34. FASSÓ, Guido: *ob. cit.*, t. 2, pág. 151.

ciudad política, a través de un pacto, idea que Locke se encarga en repetir una y otra vez.

Pero existe, sin duda, una diferencia, sobre todo en su comparación con el modelo hobbesiano: el pueblo delega su autoridad a los gobernantes, pero esta delegación conlleva los límites que son los que la ley natural pone a toda autoridad, incluida la del pueblo. Recordemos que la concepción del Derecho y del Estado en Locke es democrática, o representa la primera sistematización teórica democrática moderna, porque el poder de hacer y aplicar las leyes, el Estado lo posee en cuanto se lo ha transmitido el pueblo, en el que, por tanto, reside la soberanía. Por eso, el pueblo, para actuar y garantizar la validez de la ley natural —que, como ley dictada por la razón, es razón ella misma— pone límites que traspasan cualquier tipo de voluntad.<sup>35</sup>

Otros autores sostienen, en cambio, que Locke insiste más en el principio liberal de los derechos individuales naturales, sustraídos al arbitrio estatal, que en el principio democrático de la voluntad popular. Así, para Truyol y Serra, el gobierno se ejerce dentro de límites rigurosos, y sus atribuciones han de interpretarse en sentido restrictivo. Quedan fuera de su competencia, ante todo, la familia y la religión. El poder político es “el derecho de hacer leyes que impliquen la pena de muerte y por consiguiente todos los castigos menores, para regular y proteger la propiedad y emplear la fuerza de la comunidad para ejecutar tales leyes y defender al Estado contra agresiones de fuera, todo ello en aras del bien común”.<sup>36</sup> La mejor forma de ejercerlo es prácticamente una monarquía constitucional como la establecida en Inglaterra en 1688.

Truyol parte de una visión crítica de la obra de Locke. Asegura que su teoría del contrato social carece de rigor, ya que no resulta claro si este constituye la sociedad o simplemente el gobierno. Por lo demás, su teoría de los derechos naturales como “innatos” parecen difícilmente conciliables con su gnoseología, consagrada en gran parte a refutar la teoría de las ideas innatas. Tampoco el racionalismo de su filosofía jurídica y política se compagina del todo con el espíritu empirista de su filosofía general. Sin embargo, a juicio de nuestro comentarista, hay un elemento positivo y es haber destacado eficazmente, junto al derecho natural en sentido objetivo de ley, el conjunto de derechos naturales subjetivos inalienables, que ocupa el primer plano dentro de su obra. Con ello, apuntaba Locke hacia el

35. *Ibíd.*, pág. 144.

36. TRUYOL Y SERRA, Antonio: *ob. cit.*, t. 2, pág. 184.

futuro de la teoría del Estado de derecho.<sup>37</sup> Esta observación parece cierta, si tenemos en cuenta que no solo el mismo Montesquieu se inspiró en las tesis lockeanas al elaborar su teoría de la división de los poderes, sino también la mayoría de los autores franceses del siglo XVIII y los artífices de la Declaración de la Independencia y las constituciones en los Estados Unidos de Norteamérica.

Su influencia, pues, en el ámbito de la ciencia política, ha sido grande, más todavía si tenemos en cuenta su insistencia en la importancia del derecho de propiedad y esa especie de plusvalía que le da el trabajo humano.<sup>38</sup> El trabajo es, así, el título que confiere verdaderamente el derecho de propiedad o el que dio origen “a un título de propiedad sobre aquellas cosas comunes de la naturaleza, cuyo límite venía señalado por el alcance del consumo posible”.<sup>39</sup> Se genera así lo que bien podríamos calificar como el “teorema básico del capitalismo”: el derecho y la conveniencia caminan en paralelo, ya que en tanto un hombre solo tuviera derecho sobre aquello que fuera producto de su trabajo, en la misma medida no se sentiría tentado a trabajar para obtener más de lo que pudiera utilizar. “Y así, no queda sitio para controversia respecto al título, ni para atropellar el derecho de los demás; y resultaba tan inútil como deshonesto el acaparar más de lo necesario”.<sup>40</sup> Uno se siente tentado a pensar que aquí existe cierta ingenuidad de parte de Locke al especular sobre la misma estructura de la naturaleza humana. Los hechos, sin embargo, han demostrado que, lejos de contentarse con vivir con lo básico, con lo que uno puede consumir y utilizar, el hombre pretende acaparar y tener más y más. Esto acarrea otros problemas de orden económico, cuyo análisis nos alejaría de nuestro propósito central, que no es otro que el del contractualismo.<sup>41</sup>

37. *Ibíd.*, pág. 185.

38. LOCKE, John: *Segundo ensayo*, ob. cit., V, 27.

39. *Ibíd.*, V, 51, pág. 240.

40. *Id.*

41. Algunos problemas relacionados con la ética y las cuestiones económicas: ¿Son primarios los derechos de propiedad privada, en algún sentido, previos al contrato social, o bien también hemos de concebir el mercado como una práctica social compleja de la cual los derechos son solo un componente? ¿Es justo el sistema de libre mercado? ¿Es la forma más eficaz de distribuir bienes y servicios en la sociedad? ¿Cuáles son las funciones legítimas (e ilegítimas) del gobierno en la vida de los negocios y cuál es la función de la regulación gubernamental? Sobre el tema: SOLOMON, Robert C.: “La ética de los negocios”, en SINGER, Peter (ed.): *Compendio de Ética*, Madrid, Alianza Editorial, 1995, pág. 490.



Lo expuesto, no obstante, demuestra hasta qué punto puede considerarse que, en comparación con las tesis hobbesianas, los puntos de vista de Locke permiten un enfoque mucho más apropiado del fenómeno del poder y cómo este tiene límites bien precisos que, al franquearse –tal como lo hemos visto más arriba–, pueden dar lugar a un fenómeno impensado en Hobbes: el derecho de resistencia. La acción del gobernante tiene, entonces, ciertos límites morales que no pueden traspasarse, si no es a costa de la pérdida de esos derechos naturales.

En efecto, los derechos del gobierno son limitados, puesto que algunos no han sido transferidos y no pueden ser justificablemente transgredidos por el gobierno o por una persona individual. Los restantes derechos individuales son el derecho a la vida, la salud, la propiedad y la libertad, con la excepción de los límites que se le imponen cuando entra en conflicto con los derechos de los demás y los derechos transferidos al Estado. A juicio de Brandt, Locke ofrece dos razones en favor de la posición de que estos derechos no han sido nunca transferidos al gobierno. En primer lugar, mantiene que no se puede suponer, razonablemente, que los hombres hayan traspasado derechos si tal transferencia, evidentemente, los dejaría en una situación peor que la que hubieran disfrutado sin una organización política. En segundo término, ciertos derechos no pueden haber sido cedidos, porque los propios hombres nunca han disfrutado de ellos, y nunca podrían transferir lo que no han poseído. Por ejemplo, un hombre no tiene ningún derecho moral a sacarse la vida, por tanto, no puede conceder a otro el derecho a que le prive de la vida. “Ya que nadie posee un poder arbitrario absoluto sobre sí mismo, o sobre cualquier otro, a destruir su propia vida, o quitar la vida o la propiedad a otro”.<sup>42</sup> De este modo, según Locke, “los gobiernos poseen un poder que no tienen otra finalidad que la conservación y, por consiguiente, nunca pueden tener derecho a destruir, esclavizar o deliberadamente empobrecer a los súbditos”.<sup>43</sup> Se nota aquí cierta influencia del derecho privado, de tradición romanista, para el cual –como es sabido– nadie puede transferir a otro un derecho mejor ni más extenso del que posee. No es para menos: esta influencia del derecho privado en el ámbito del derecho político es patente si se tiene en cuenta que la figura del “contrato” y su utilización como metáfora política se extrae, precisamente, del centro mismo del derecho civil.

42. LOCKE, John: *Segundo ensayo*, ob. cit., II, 11, pág 210.

43. *Ibíd.*, a contrario, II, 6, pág. 207.



En el seno de la sociedad organizada políticamente, los hombres todavía poseen su derecho a la vida, la propiedad, la salud y la libertad de acción (excepto cuando infrinjan los derechos de los otros y los derechos transferidos al gobierno). Estos deben ser respetados en toda ocasión: son absolutos. Constituyen también los únicos derechos individuales en un Estado: uno posee el derecho a que ningún hombre ni el gobierno interfieran en sus asuntos, pero no tiene ningún derecho a la educación, un puesto de trabajo, justicia económica o atención médica.<sup>44</sup>

De aquí fluye, indudablemente, un rasgo propio de la teoría lockeana de la sociedad: su liberalismo político. Tanto Truyol y Serra como Brandt, en este punto, son coincidentes: los dos ensayos sobre el gobierno civil (principalmente el segundo, que es el más rico en formulaciones teóricas respecto del fenómeno del contractualismo), son completamente afines con la filosofía política de la Declaración de la Independencia y el preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos, así como de muchos otros documentos políticos del siglo XVIII. El ejemplo más claro se puede encontrar, precisamente, en el mismo pacto de los peregrinos del “Mayflower”, que suscribieron entre sí un nuevo contrato, en el que convenían en “constituarnos juntos en un cuerpo civil y político” y en virtud de ello “dictar, constituir y concebir justas y equitativas leyes, ordenanzas, decisiones, constituciones y administraciones, [...] según sea bueno y conveniente para el bien general de la colonia, a las cuales todos juramos aquí sumisión y obediencia”.<sup>45</sup> Se nos presenta aquí, en consecuencia, el ejemplo más práctico de un contrato de asociación política, en el cual se menciona expresamente su causa final: el bien común (“según sea bueno y conveniente para el bien general de la colonia”). El contractualismo pasa aquí a ser, no una mera disquisición teórica, sino un ejemplo de enorme trascendencia en el plano de la praxis política.

De todas formas, ha de señalarse que Locke resulte quizás el más moderado de la tríada de contractualistas clásicos que conforma junto con Hobbes y Rousseau. Existe en su teoría una mención al respeto que el Estado o el cuerpo político le debe a un núcleo de derechos que el individuo ya poseía en la situación presocial y que, tal como lo hemos visto, si son desconocidos, pueden acarrear si-

44. BRANDT, Richard B.: *Teoría ética*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pág. 510.

45. TRUYOL Y SERRA, Antonio: *ob. cit.*, pág. 186.

tuaciones en las que se justifique la resistencia a la opresión, de tan importantes que resultan.

Sin embargo, Locke considera esos derechos “naturales” a la manera racionalista. Fiel a su posición filosófica, no encontramos en su sistema una sola mención al término “naturaleza” –en su acepción metafísica originaria– que nos permita elucidar una noción de finalidad y de perfección. Estamos situados muy lejos de la concepción propia de lo que podríamos denominar, de modo genérico, “iusnaturalismo verdaderamente clásico”, es decir, aquel inspirado en la filosofía de Aristóteles y que fuera receptado en plena Edad Media por Santo Tomás. Ello, a pesar de la indudable influencia que ha tenido Hooker en la construcción básica de su sistema de derechos anteriores al ingreso del individuo en sociedad. Así, el pueblo que sufre un maltrato generalizado y contrario al derecho puede, como ya hemos visto, hacer uso del derecho de resistencia y –como el mismo Locke lo advierte–, “quitarse de encima una carga que le resulta demasiado pesada”,<sup>46</sup> aunque la rebelión es mirada con desconfianza.

Como bien señala Ventura, de acuerdo con Locke, no está en las causas de la sociedad política un pacto de asociación, pues de conformidad con la ley natural, la sociedad de los hombres es natural; tampoco es un pacto de sumisión, resultante de la entrega al Estado de la suma de todos los poderes o derechos de las personas. El origen de la sociedad política es la convención, por la cual se entrega el poder de hacer lo que le parece bien para su salvaguardia y la de los demás hombres a la reglamentación de las leyes que dicte la sociedad y renuncia de una manera total al poder que tenía de castigar. Esas facultades las cede con un objeto, que se convierte en la restricción que tendrá el poder de la sociedad: salvaguardar mejor a las personas, libertades y propiedades.<sup>47</sup> Aquí pues surge el límite, que no podrá ser traspasado por el gobierno. Esas libertades y esos derechos se encuentran perfectamente descriptos en otra obra de Locke, que resulta de lectura necesaria para conocer su pensamiento político, la *Carta sobre la tolerancia*, pues allí vuelve sobre las principales tesis sobre las que se asienta su contractualismo. En efecto, allí encontramos claramente descriptos el universo de derechos y libertades infranqueables:

46. LOCKE, John: *Segundo ensayo*, ob. cit., XIX, 224.

47. VENTURA, Eduardo: *Sobre hechos e ideas políticas*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, págs. 180-181.

El Estado es, a mi parecer, una sociedad de hombres constituida solamente para procurar, preservar y hacer avanzar sus propios intereses de índole civil. Estimo, además, que los intereses civiles son la vida, la libertad, la salud, el descanso del cuerpo y la posesión de cosas externas, tales como el dinero, tierra, casas, muebles y otras semejantes”.<sup>48</sup>

De alguna forma, la sociedad política se instituye para asegurar a cada hombre la posesión de esas cosas externas que enumera en la *Carta*.

Los propósitos de la sociedad civil son, en consecuencia, más mundanos. Lejos estamos de considerar, como Hobbes, que la transferencia de derechos a favor del soberano debe ser total, a fin de asegurar la ansiada paz y seguridad que solo nos puede brindar el Leviatán. De hecho, asegura Locke, “el bien público es la regla y medida de toda actividad legislativa. Si una cosa no es útil a la comunidad, no puede ser establecida por la ley, por indiferente que sea”.<sup>49</sup> En una sociedad así concebida, “el papel del magistrado consiste solamente en procurar que la comunidad no sufra ningún perjuicio y de [sic] que no se haga daño a ningún hombre ni en su vida ni en sus bienes”.<sup>50</sup> Por lo tanto, la idea central en el pensamiento de Locke es que las leyes deben circunscribirse a la seguridad del Estado, de los bienes y de la persona de cada hombre en particular. Eso es lo que fuerza a los individuos a asociarse políticamente. Nuestro autor mira con cierta desconfianza a la naturaleza humana, porque “se prefiere robar los frutos de las labores de los demás a tomarse el trabajo de proveerse por sí mismos”.<sup>51</sup> De este modo,

la necesidad de preservar a los hombres la posesión de lo que con su honesta industria han adquirido y también de preservar su libertad y su fuerza, para que puedan seguir adquiriendo lo que deseen, obliga a los hombres a entrar en sociedad unos con otros, a fin de asegurarse unos a otros, mediante la asistencia mutua y la unión de las fuerzas, sus propiedades, en las cosas que contribuyen a la comodidad y a la felicidad de esta vida.<sup>52</sup>

48. LOCKE, John: *Carta sobre la tolerancia*, Madrid, Tecnos, 2005, pág. 8.

49. *Ibíd.*, pág. 35.

50. *Ibíd.*, pág. 40.

51. *Ibíd.*, pág. 51.

52. *Íd.*

Así, las sociedades se encuentran fundadas en pactos de asistencia mutua para la defensa de los bienes temporales de los individuos. Así, el cuidado de ese conjunto de bienes está a cargo del poder legislativo, que, como ya hemos visto en el *Segundo ensayo*, posee un carácter “supremo”. Ese poder legislativo debe ser regulado hacia el bien temporal y la prosperidad de la sociedad. Esa es, tal como lo describe expresamente en la *Carta sobre la tolerancia*, “la única razón por la cual los hombres entran en sociedad y lo único que ellos buscan y pretenden con ello”.<sup>53</sup>

En ese marco, el hombre no le transfiere al magistrado derecho alguno sobre su conciencia, tal como ocurría con Hobbes. Aquí Locke es enfático: los hombres no están obligados por la ley en contra de sus conciencias. Sin embargo, no deja de ser curioso que, pese a haber escrito la *Carta* mencionada, en la cual predica la comprensión mutua entre individuos que abrazan distintas creencias religiosas, no admite la existencia de forma alguna de respeto hacia los ateos: “Las promesas, convenios y juramentos, que son los lazos de la sociedad humana, no pueden tener poder sobre un ateo. Prescindir de Dios, aunque solo sea en el pensamiento, disuelve todo”.<sup>54</sup> Adviértase, por otra parte, que nuestro autor adjudica al “convenio” ser uno de los verdaderos lazos de la sociedad humana.

Se han sentado las bases para el ingreso a la escena del tercer gran contractualista clásico: Juan Jacobo Rousseau. De los autores ya estudiados, por otra parte, Rousseau es, sin duda, el que ha sido objeto de mayor difusión. Esta, a su vez, corre pareja con la complejidad de su obra.

53. *Ibíd.*, pág. 52.

54. *Ibíd.*, pág. 57.

## CAPÍTULO VII

### LA VERSIÓN DE ROUSSEAU

Rousseau fue un pensador con una vida personal azarosa y contradictoria, en los hechos, con las ideas que impulsaba en sus obras. No tiene el menor inconveniente en dar consejos en materia pedagógica, con manifiesta preocupación por la educación del niño, para luego abandonar a sus cinco hijos en la casa de expósitos “sin el menor escrúpulo”, tal como lo refiere en sus *Confesiones*.<sup>1</sup> “Hombres, sed humanos”, proclama en el *Emilio*.<sup>2</sup> Sin duda, esta afirmación resulta correcta; no obstante, a la luz de su comportamiento personal, él mismo no fue tan humano. En la frase que sigue encarna la primera idea de esa extensa obra dedicada a la educación: “todo degenera entre las manos del hombre”. Aquí se pone en evidencia, tal como ocurría con Hobbes y, en cierto modo, con Locke, un cierto pesimismo antropológico que explicará su idea del contrato.

La personalidad de Rousseau es compleja y extraña. Ha tenido grandes intuiciones, que abundan en el *Emilio* o en el mismo *Contrato social*,<sup>3</sup> pero a su vez nos sorprende con afirmaciones inconsistentes, propias de alguien no acostumbrado al rigor académico. Asegura, por ejemplo, que el preceptor de un niño debe ser joven, porque de esa manera se atraerá su confianza y compartirá sus diversiones. Llega a advertir que es la debilidad del hombre lo que lo hace sociable,<sup>4</sup> con lo cual parece que nos encontráramos frente a un clásico griego o romano. Aprecia que, en el estado social, el bien del uno ocasiona necesariamente el mal del otro, que esa relación está en

1. ROUSSEAU, Jean J.: *Las confesiones*, Buenos Aires, Jackson, 1950, libro VII, pág. 314.

2. ROUSSEAU, Jean J.: *Emilio*, Madrid, Edaf, 1985, libro II, pág. 52. La frase completa es: “Hombres, sed humanos; este es vuestro primer deber”.

3. ROUSSEAU, *El contrato social*, en: *Escritos de combate*, Madrid, Alfaguara, 1979.

4. ROUSSEAU: *Emilio*, ob. cit., libro IV.

la esencia de la cosa y no hay medio de cambiarla. Por otra parte, nos sorprende con el siguiente discurso, cuya liviandad asombra: “Que Emilio corra por las montañas descalzo, en cualquier estación, por la habitación, por la escalera, por el jardín; lejos de reconvenirle, le imitaré; solamente tendré cuidado de apartar los vidrios”.<sup>5</sup>

Sin embargo, sus concepciones éticas y políticas han entrado de lleno en la modernidad, no tanto por la influencia que pudo haber tenido en el movimiento revolucionario francés (algunos autores aseguran que fue prácticamente inexistente), sino por la atracción que tuvo en las ideas de otro gran filósofo, Kant, para quien Rousseau mismo fue una especie de Newton de la ciencia política,<sup>6</sup> aunque la vida personal del ginebrino no hubiera resistido el más mínimo de cualquiera de los tests de moralidad pensados por el filósofo de Koenigsberg.

Le cabe a nuestro autor, por lo tanto, el mote que le pone Paul Johnson en su obra sobre los intelectuales: “un loco interesante”.<sup>7</sup> Avala lo expuesto la afirmación del conde de Montaigne, del cual Rousseau fue secretario, mientras aquel tenía el cargo de embajador francés en Venecia: nuestro pensador estaría condenado a la pobreza debido a su “temperamento vil” e “increíble insolencia”, producto de su “insania” y de la “alta estima en que se tenía a sí mismo”.<sup>8</sup> La opinión es compartida por Samuel Johnson, quien dijo de él que “es uno de los peores hombres que ha habido, un bribón que merece ser expulsado de toda sociedad” y por Burke, quien lo motejaba de “Sócrates loco de la Asamblea Nacional”.<sup>9</sup>

5. *Ibíd.*, libro II, pág. 157.

6. “Newton fue el primero en ver el orden y la regularidad unidos a una gran simplicidad allí donde antes de él no se encontraba más que desorden y una mal ponderada multiplicidad y, desde entonces, los cometas caminan por vías geométricas. Rousseau fue el primero en descubrir, bajo la multiplicidad de las supuestas formas humanas, la naturaleza recóndita del hombre y la ley oculta según la cual la providencia queda justificada por su observancia. Antes valía el reproche hecho por Alfonso y por Manes. Después de Newton y de Rousseau, Dios está justificado y la sentencia de Pope es verdadera”, KANT, *Werke* (Hartenstein), VIII, 630. Citado por CASSIRER, Ernst: *ob. cit.*, pág. 175 y *pássim*.

7. JOHNSON, Paul: *Intelectuales*, Buenos Aires, Vergara, 2000, pág. 13.

8. *Ibíd.*, pág. 18.

9. Citado por BARGALLÓ CIRIO, Juan M.: *Rousseau. El estado de naturaleza y el romanticismo político*, Buenos Aires, Abeledo, 1952, págs. 28 y 29.

## VII.1. La naturaleza del hombre

Debemos precisar previamente que el término “naturaleza”, como ya lo hemos estudiado en otro trabajo,<sup>10</sup> tiene carácter análogo. El primer analogado de dicho concepto, de acuerdo con la filosofía clásica, es *el modo de ser como cada realidad se manifiesta siendo*. Por eso, desde la filosofía tradicional, naturaleza es fin y como el fin de cada ser puede genéricamente adscribirse a su perfección, entonces resulta natural a un sujeto lo que sirve a su perfeccionamiento.<sup>11</sup> Aquí tenemos que andar con tiento: Rousseau también supone que la naturaleza implica cierto ideal de perfección, pero como una especie de reflejo del mundo de “lo espontáneo”. En las cartas intercambiadas entre Voltaire y el notamos esta característica, que no podemos pasar por alto.

Nadie [escribe Voltaire mofándose] ha puesto jamás tanto ingenio en querer convertirnos en animales; se sienten deseos de caminar en cuatro patas cuando se lee vuestro libro. Sin embargo, como hace más de sesenta años que he perdido el hábito de hacerlo, siento desgraciadamente que me sería imposible volver a él, y dejo esta marcha natural a los que son más dignos de ella que vos y yo.<sup>12</sup>

Rousseau responde: “No tratéis de caer nuevamente en cuatro patas; nadie en el mundo lo conseguiría menos que vos. Sabéis muy bien enderezarnos sobre nuestros dos pies para que dejéis de teneros sobre los vuestros”.<sup>13</sup>

Por otra parte, en el *Emilio* se manifiesta cierto pesimismo antropológico ya desde el inicio mismo de la obra: “Todo es perfecto al salir de las manos del hacedor de todas las cosas; todo degenera entre las manos del hombre”.<sup>14</sup> Como comenta Cassirer, así Dios queda descargado y la culpa de todo el mal se atribuye a los hombres. Pero

10. PORTELA, Jorge G.: *La justicia y el derecho natural*, Arequipa, UCSP, 2006, págs. 65 y 66.

11. PORTELA, Jorge G.: *Derecho natural*, Buenos Aires, Legislación Ordenada, 1985, pág. 22 y pássim.

12. MONDOLFO, Rodolfo: *Rousseau y la conciencia moderna*, Buenos Aires, Imán, 1943, pág. 20. El texto completo de la carta en respuesta a Voltaire se puede consultar en: ROUSSEAU, Jean J.: *Escritos de combate*, ob. cit., págs. 213-215.

13. *Ibíd.*, págs. 20-21.

14. ROUSSEAU, Jean J.: *Emilio*, libro I, pág. 35.

lo mismo que esta culpa pertenece a este mundo y no al otro, y no antecede a la existencia histórico-empírica de la humanidad, sino que ha nacido dentro de ella, así también la solución y liberación habrá que buscarlas en este terreno. Ninguna asistencia sobrenatural nos puede traer la libertad, que tiene que ser obra de nuestras manos. Por lo tanto, su teoría ético-política coloca la responsabilidad en un lugar donde nunca, antes de él, había sido buscada. Su auténtica significación histórica y su valor sistemático consisten en haber creado un nuevo sujeto de *imputación* que no es el hombre individual, sino la *sociedad humana*. El individuo, tal como sale de manos de la naturaleza, se halla todavía fuera de la oposición del bien y del mal, se abandona a su natural instinto de conservación y es dominado por el *amour de soi*. Pero este amor de sí mismo no degenera todavía en egoísmo, en *amour propre*, que se complace en oprimir a los demás y solo con tal opresión puede satisfacerse. Este tipo de amor propio viene a cargo exclusivo de la sociedad; ella es la que convierte a los hombres en tiranos de la naturaleza y de sí mismos.<sup>15</sup>

¿Cómo compatibilizar, entonces, la libertad propia del hombre natural y el sometimiento a reglas que supone la vida en sociedad? Sin duda, es la debilidad del hombre lo que lo hace sociable.<sup>16</sup> ¿Cómo unir ambos extremos y permitir que la libertad propia del hombre natural sea posible viviendo en sociedad?

Ahora bien, esta especie de “vuelta a la naturaleza” ya se preanuncia completamente en el inicio mismo del *Contrato social*: “El hombre ha nacido libre, pero por doquier se halla encadenado”.<sup>17</sup> ¿Puede legitimar el poder el mero uso de la fuerza? Parece que no porque, si bien es bueno obedecer, es mejor aún recobrar la libertad.<sup>18</sup> Renunciar a su libertad es hacerlo a la cualidad de hombre: tal renuncia es incompatible con su naturaleza. Quitar a su voluntad toda libertad supone privar de toda moralidad sus acciones. “El orden social es un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás”, asegura Rousseau. Y sin embargo, tal derecho no procede

15. CASSIRER, Ernst: *ob. cit.*, pág. 179.

16. ROSSEAU, Jean J.: *ob. cit.*, libro IV, pág. 252.

17. ROSSEAU, Jean J.: *El contrato social*, *ob. cit.*, libro I, cap. I, pág. 401.

18. “Esperando luces mucho más intensas, conservemos el orden público; respetemos las leyes en cualquier país; no perturbemos el culto que en ellos se prescribe; no llevemos a los ciudadanos a la desobediencia; pues no sabemos ciertamente si es un bien para ellos dejar sus opiniones por otras y sabemos con certeza que es un mal desobedecer las leyes” (*Emilio*, libro IV, pág. 358).



de la naturaleza sino de las *convenciones*. La principal cuestión, por ende, es saber cuáles son esas convenciones.

La diferencia con Aristóteles es nítida. Como sabemos, para el Estagirita, el hombre es naturalmente un ser social. Para Rousseau, el pacto o convención (un artificio simbólico) es lo que justifica (legítima) el orden social. Además, en un sentido estricto, ningún hombre tiene autoridad natural sobre sus semejantes: si la naturaleza no produce derecho alguno, quedan las convenciones como base de toda autoridad legítima entre los hombres.<sup>19</sup>

Sin embargo, ¿puede sostenerse realmente la afirmación de que la naturaleza no produce derecho alguno? El mismo autor parece contradecirse cuando asegura que algunos principios derivados del derecho de la guerra (lo que llamaríamos hoy en día el “derecho internacional humanitario”, por ejemplo, no matar a una persona que se rinde indefensa) “no se fundan en las autoridades de los poetas, sino que se derivan de la naturaleza de las cosas y se fundan en la razón”.<sup>20</sup>

De todas formas, nadie puede *convenir* transformarse en esclavo, o pactar puros y permanentes perjuicios en su contra. El valor de la libertad es tan grande que las palabras “esclavitud” y “derecho” son contradictorias. En nuestros días, ha sido Rawls el que ha retomado esta idea roussoniana, al aseverar que ninguna mejora económica justifica una pérdida de la libertad, la cual, como principio constitutivo, posee una prioridad lingüística y procesal sobre cualquier otro. Pero Rousseau es extremista: en su sistema se nos obliga a ser libres. Rawls, en cambio no justifica la pérdida de la libertad porque lo considera irracional, pero no existe ninguna imposición de ella al hombre: simplemente si perdiéramos por voluntad propia nuestra libertad, existiría algo así como un tremendo acto de ilogicidad, porque el individuo ha de comportarse siempre racionalmente.

En consecuencia, mediante un esfuerzo argumental importante efectuado por nuestro autor, vemos que existe en su sistema: 1) un reconocimiento de la libertad como el valor natural que acompaña al hombre; 2) una afirmación concluyente: el hombre no puede renunciar a ella; 3) la admisión inequívoca de que lo que legitima el poder no puede ser jamás la fuerza física: siempre estamos obligados a obedecer a poderes legítimos;<sup>21</sup> 4) la aserción de que la única forma

19. ROSSEAU, Jean J.: *El contrato social*, ob. cit., libro I, cap. IV, pág. 405.

20. *Ibíd.*, pág. 408.

21. *Ibíd.*, libro I, cap. III.

de explicar el origen de las relaciones de mando y obediencia en una sociedad es a partir de la idea de un pacto o contrato. Consecuentemente, el contrato es lo único que legitima al poder.

## VII.2. Voluntad general y contrato social

Una de las diferencias, en todo caso, más nítidas del autor, aquí tratado con respecto a Hobbes y Locke es que aquel asegura que hay que remontarse siempre a una primera convención. En un pueblo siempre se nota no una mera agregación de personas, sino una asociación: antes de elegir a un rey, hay un acto en virtud del cual “un pueblo es tal pueblo”. Y ese acto, es el verdadero fundamento de la sociedad.<sup>22</sup> El contrato social soluciona un problema que Rousseau juzga “fundamental”: “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes del asociado, y en virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca empero más que a sí mismo y quede tan libre como antes”.<sup>23</sup> Ya veremos, no obstante, que esta última pretensión no deja de ser más que una aporía que Rousseau no puede solucionar satisfactoriamente. En sus aspectos esenciales, el contrato puede ser reducido a los siguientes términos: “Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y nosotros recibimos corporativamente a cada miembro como parte indivisible del todo”.<sup>24</sup> En el *Emilio*, escrito en 1762, en forma casi simultánea al *Contrato social*, encontramos una fórmula similar.<sup>25</sup> Políticamente, se forma un cuerpo moral y colectivo “compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea”, que toma el nombre de “república o cuerpo político”; cuando se lo considera pasivamente, sus miembros lo llaman “Estado”; cuando se lo hace activamente, “soberano; poder”, cuando se lo compara con sus semejantes. Respecto de los asociados entre sí, el cuerpo recibe el nombre de “pueblo”, Los integrantes de este se llaman “ciudadanos” en cuanto partícipes de la autoridad suprema y “súbditos” en cuanto sometidos a las leyes del Estado. Este acto de asociación encierra un compromiso recíproco del público y de los particulares, puesto que

22. *Ibíd.*, libro I, cap. V, pág. 409.

23. *Ibíd.*, libro I, cap. VI, pág. 410.

24. *Ibíd.*, libro I, cap. VI, pág. 411.

25. ROUSSEAU, Jean J.: *Emilio*, ob. cit., libro V.

cada individuo “contratando por decirlo así consigo mismo, se encuentra obligado bajo una doble relación, a saber, como miembro del soberano hacia los particulares, y como miembro del Estado hacia el soberano”.<sup>26</sup>

El tránsito del hombre a la sociedad constituye, así, un punto crítico en su doctrina: el punto en el cual se trata de resolver el problema de la relación entre el derecho natural subjetivo y la validez objetiva de la ley civil, o sea, entre la libertad y la autoridad.<sup>27</sup> Mondolfo apunta aquí que Rousseau busca la solución del problema en la distinción entre la “voluntad de todos” y la “voluntad general”. Esta preocupación lo lleva al repudio no solo de los intereses particularistas (propiedad privada), sino también de los métodos, llegados después a ser esenciales en la democracia moderna (discusión, propaganda, partidos) que le parecen perturbadores de la conciencia individual espontánea de los fines y de las *exigencias naturales* (universales).<sup>28</sup> Como bien lo señala Rafart, en estos planteamientos no se deja de notar que el suizo no admite la oposición a la voluntad general. Si un individuo disiente de la voluntad general, lo hace también del bien común y, por tanto, contra sí mismo. Se plantea, a partir de ahí, una fractura entre el ciudadano y el hombre privado en cuanto a la idea de la libertad. Según Rousseau, estamos obligados a ser libres, pero ¿en qué consiste esa libertad y de dónde proviene?

Rafart alude aquí a una reflexión de la filósofa Hannah Arendt, quien señalaba en las notas de su *Diario filosófico*, de 1952:

Lo que hace tan asesina esta solución [la de la “voluntad general”] es el hecho de que el soberano ya no es una persona o una pluralidad de personas que yo haya de dominar, sino que, por así decirlo, está en mí como “el ciudadano”, que es contrapuesto al “hombre particular”. De hecho, en la *volonté générale* cada uno se convierte en su propio verdugo.<sup>29</sup>

Desde luego, en el tránsito del estado natural al social, para Rousseau, el hombre sustituye el instinto por la justicia, otorgando a sus acciones la moralidad que antes le faltaba. El individuo, en consecuencia, pierde algo en ese “desplazamiento” de una situación

26. *Ibíd.*, pág. 532.

27. MONDOLFO, Rodolfo, *ob. cit.*, pág. 71.

28. *Ibíd.*, pág. 72.

29. RAFART, Susanna: *Rousseau. Vida, pensamiento y obra*, Planeta DeA-gostini, 2007, pág. 126.

a otra: su libertad natural y un derecho ilimitado a hacer lo que le plazca. Pero, en cambio, gana la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. Sin embargo, la denominada “libertad civil” se halla limitada por la “voluntad general”. De hecho, también el estado social diferencia la *propiedad*, que solo puede fundarse en un título positivo, de la mera *posesión*, que únicamente tiene como antecedente la fuerza.<sup>30</sup>

Pero la libertad no es, para Rousseau, tan solo un impedimento, sino que significa *autonomía*: la libertad se entiende aquí no simplemente la ausencia de impedimentos procedentes de normas exteriores, sino el dotarse de leyes. Por eso mismo, no se trata la falta de leyes, como entendía Hobbes, sino de la obediencia a las establecidas por nosotros mismos. Con el concepto de autonomía, la libertad no consiste ya en que no haya leyes, sino en la presencia de estas cuando son íntimamente queridas e internamente proclamadas.<sup>31</sup> La libertad es “la obediencia a la ley que nos hemos prescripto”.<sup>32</sup>

En última instancia, el autor ve una ventaja adicional al sistema social que emana de un pacto “fundamental”: sustituye por una igualdad moral y legítima lo que la naturaleza pudo poner de desigualdad física entre los hombres. En la sociedad y merced al contrato, los hombres se hacen todos iguales en derecho.

Por su parte, solo la voluntad general puede dirigir las fuerzas del Estado con arreglo al bien común, concepto este que Rousseau asimila al de un concierto de intereses particulares o lo que hay de común en ellos.<sup>33</sup> Solo en razón de ese interés común debe ser gobernada la sociedad. La soberanía, –que resulta inalienable e indivisible– así, no es más que el ejercicio de esa misma voluntad general. Esta última noción adquiere una importancia liminar y es descripta en forma impresionante de la siguiente manera: “la voluntad general es siempre recta y tiende siempre a la utilidad pública”.<sup>34</sup> En definitiva, la autoridad soberana es *la misma voluntad general*. A través de una fenomenal ficción, cada hombre, al obedecer al soberano *solo se obedece a sí mismo, y de esta manera somos más libres en el pacto social que en el estado de naturaleza*.

30. ROUSSEAU, Jean J.: *El contrato social*, ob. cit., libro I, cap. VIII, pág. 415.

31. BOBBIO, Norberto: “La igualdad y la dignidad de los hombres”, en *ob. cit.*, pág. 104.

32. ROUSSEAU, Jean J.: *El contrato social*, ob. cit., libro I, cap. VIII, pág. 415.

33. *Ibíd.*, libro II, cap. I.

34. *Ibíd.*, libro II, cap. III, pág. 424.

Ahora bien, esa descripción se completa con otra no menos increíble, en la que Rousseau analiza la naturaleza misma de la ley positiva, es decir, la normativa que surge del Estado. Así,

las leyes son actos de la voluntad general. Frente a esta afirmación no podemos ponernos a sostener si la ley puede ser injusta, puesto que nadie es injusto consigo mismo; ni cómo se puede ser libre y estar sometido a las leyes, puesto que no son estas sino registros de nuestra voluntad.<sup>35</sup>

Como puede verse, se repite de algún modo la fórmula hobbesiana que niega toda consideración acerca de la justicia o no de las leyes positivas: desde el momento en que las leyes emanan del Estado, son correctas. Únicamente hay que considerar que el soberano ahora cambia de nombre: es la voluntad general. Hay una vuelta al voluntarismo descarnado en el que también había incurrido Hobbes: la voluntad general o soberana ha de dominar siempre y ser la regla única de todas las demás.<sup>36</sup> Esta hipervaloración de la voluntad general adquiere, a nuestro juicio, un punto culminante cuando, en el *Contrato social*, Rousseau parte de la siguiente premisa:

El ciudadano consiente en todas las leyes, aun en aquellas que se han aprobado a pesar suyo, e incluso en las que le castigan si osa violar alguna. La voluntad constante de todos los miembros del Estado es la voluntad general, ya que por ella son ciudadanos y libres. Cuando se propone una ley en la asamblea del pueblo, lo que se les pregunta no es precisamente si aprueban la proposición o si la rechazan, sino si es conforme o no a la voluntad general que es la suya; cada uno, al emitir su voto, expone su parecer sobre el particular, y del posterior escrutinio se deduce la declaración de la voluntad general. Así pues, cuando es la opinión contraria a la mía la que prevalece, eso no demuestra otra cosa sino que yo estaba equivocado, y que lo que tenía por voluntad general no lo era.<sup>37</sup>

Este principio es conocido en teoría política con el nombre de “regla de la mayoría”, pero para Rousseau llega a tener una extensión verdaderamente alarmante. En efecto, hoy en día ya nadie discute que las mayorías a menudo se equivocan. Él va mucho más

35. *Ibíd.*, libro II, cap. VI, pág. 432.

36. *Ibíd.*, libro III, cap. II, pág. 456.

37. *Ibíd.*, libro IV, cap. II, pág. 497.

allá: casi podría decirse que el criterio de la mayoría es el que sirve para discernir la verdad o falsedad de las cosas, que es algo así como sostener la célebre *boutade*: “un millón de moscas no puede equivocarse. Coma basura”.

Esas consecuencias no parecen afectar a nuestro autor. En su sistema, todo se sacrifica en aras de ese principio mayor que resulta ser, como hemos visto, la voluntad general. Para Locke recordemos, hay un concepto que parece cumplir análoga función, pero no de un modo tan absoluto: *el consenso*. Pero, para Rousseau, el término “voluntad general”, pese a sus posibles consecuencias irracionales, es llevado a la categoría de axioma. Ella es lo que permite, en última instancia, el paso del estado de naturaleza al estado social: el soberano, al no poder obrar sino por voluntades comunes y generales, no debe, en consecuencia, generar actos cuyos objetivos no sean generales y comunes.

Carpintero Benítez efectúa una interesante interpretación de la doctrina rusioniana de la voluntad general y de la *volonté de tous*. Puesto que el pensador tenía que explicar nociones morales como las de deber u obligación –necesariamente teológicas–, pero sin contar con Dios, inaugura o que podríamos llamar “técnica de las dos barajas”, que llega hasta hoy. Esta consiste en oponer al hombre real o empírico un hombre misterioso que es incondicionalmente bueno. El hombre empírico está representado en la obra Rousseau por la voluntad efectivamente manifestada en las votaciones, a la que se denomina “*volonté de tous*”: esta no le merece confianza al autor, porque puede estar viciada por intereses particulares. El hombre ideal es una voluntad incondicionalmente buena y verdadera, que viene a ocupar el lugar de Dios, a la que se nombra como “*volonté générale*” y que nada tiene que ver con la realmente manifestada. La *volonté générale* se produce cuando la formación de la mayoría se ha producido sin coacciones, venta de votos, etcétera. Carpintero Benítez advierte aquí que Rousseau salva su argumentación porque usar dos barajas tiene la ventaja de que una sustituye a la otra cuando es necesario. Por ello, confunde metódicamente la *volonté de tous* con la *volonté générale*<sup>38</sup> y lleva a sus lectores a pensar –o mejor, a sentir– que toda voluntad mayoritaria realmente manifestada (la *volonté de tous*) es siempre una manifestación de la *volonté générale*: así legítima cualquier votación y se quita de encima los problemas

38. A partir de: *Ibíd.*, libro II, cap. VI.

que necesariamente plantea su utopía.<sup>39</sup> Se yergue aquí, en toda su extensión, el concepto de ley.

### VII.3. La importancia de la ley positiva

En el conjunto de las obras del autor en estudio, encontramos un principio central: la declaración de la voluntad general se hace por medio de la ley.<sup>40</sup> En este punto, el criterio es realmente rígido: las opiniones de un pueblo nacen de su constitución y, aunque la ley no rige las costumbres, es la legislación la que las hace nacer. De esta manera, Rousseau da una nueva vuelta de tuerca a su acendrado voluntarismo, ya que, en última instancia, piensa románticamente que las leyes, cual mandatos de ese Dios en la tierra que es el hombre, hacen nacer las cosas con solo nombrarlas. Como corolario, *nada legítimo tiene fuerza ya cuando las leyes no la tienen.*

Por otra parte, hay una especie de religión civil que posee una suerte de un dogma: la santidad del contrato social y de las leyes.<sup>41</sup> La consecuencia es clara: en el *Emilio*, el autor advierte respecto de las consecuencias de la desobediencia:

Esperando luces mucho más intensas, conservemos el orden público; respetemos las leyes en cualquier país; no perturbemos el culto que en ellos se prescribe; no llevemos a los ciudadanos a la desobediencia; pues no sabemos ciertamente si es un bien para ellos dejar sus opiniones por otras y sabemos con certeza que es un mal desobedecer las leyes.<sup>42</sup>

Como con Hobbes, por tanto, la desobediencia a la ley es inconcebible. Recordemos: la ley no puede ser injusta porque nadie es injusto consigo mismo, ya que las leyes son las condiciones de la asociación civil.<sup>43</sup> De allí la importancia del orden jurídico positivo:

39. CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco: “¿Razonamientos sin cosas?”, en PUY MUÑOZ, Francisco y LÓPEZ MORENO, Ángeles (coords.): *Manual de Filosofía del Derecho*, Madrid, Colex, 2000, pág. 228.

40. ROUSSEAU, Jean J.: *El contrato social*, libro IV, cap. VII, pág. 514.

41. *Ibíd.*, libro IV, cap. VIII.

42. *Ibíd.*, libro IV.

43. *Ibíd.*, libro II, cap. VI.

Ninguna sociedad puede existir sin cambio, ningún cambio sin medida común y ninguna medida común sin igualdad. Por tanto, toda sociedad tiene como primera ley alguna igualdad convencional, sea en los hombres, sea en las cosas. La igualdad convencional entre los hombres, bien diferente de la igualdad natural, hace necesario el derecho positivo, es decir el gobierno y las leyes.<sup>44</sup>

El giro que da Rousseau es grande: la igualdad no es un título natural, algo que el hombre posea por el hecho de ser tal, sino que tiene como título la ley, el derecho positivo. No hace falta aquí hacer metafísica o adentrarnos en las profundidades del derecho natural verdaderamente clásico.<sup>45</sup> ¿Qué es, entonces, una ley?, se pregunta. Y contesta: “mientras nos contentemos con adscribir a esta palabra únicamente ideas metafísicas, continuaremos razonando sin entendernos, y cuando se haya dicho lo que es una ley de la naturaleza no por ello sabremos lo que es una ley del Estado”.<sup>46</sup> En consecuencia, mientras los ciudadanos se someten —a través del contrato— a las condiciones que ellos mismos han acordado o que aceptaron por decisión libre y racional, no obedecen más que a su propia voluntad. Cassirer advierte: han renunciado de una vez para siempre a aquella independencia natural que regía en el estado de naturaleza, pero han recibido a cambio algo más valioso: se han convertido en individuos en sentido supremo, en verdaderos sujetos de voluntad, mientras que antes no eran más que un haz de impulsos y de pasiones sensibles. Este entusiasmo por la fuerza y la dignidad de la ley es lo que caracteriza la ética y la política de Rousseau y lo convierte a él en un auténtico predecesor de Kant y de Fichte.<sup>47</sup>

Encontramos aquí, por otro lado, el verdadero valor o, mejor dicho, la real importancia que se le asigna al contrato. Como lo ha advertido lúcidamente Mondolfo, la noción del mismo se había in-

44. ROUSSEAU, Jean J.: *Emilio*, ob. cit., libro III, pág. 216.

45. Es Cassirer el que advierte que Rousseau se aparta del derecho natural, sobre todo en su psicología social. En efecto, recordemos que rechaza expresamente la doctrina del *apetitus societatis*, de un instinto social primordial que empuja a unos hombres hacia otros. No repara en volver, en este punto, a Hobbes y enlazarse directamente con él. No describe el puro estado de naturaleza como una guerra de todos contra todos, pero sí como un estado en que cada cual se halla aislado por completo de los demás, que le son indiferentes. CASSIRER, Ernst: *ob. cit.*, pág. 287.

46. ROUSSEAU, Jean J.: *El contrato social*, ob. cit., libro II, cap. VI, pág. 431.

47. CASSIRER, Ernst: *ob. cit.*, pág. 290.



roducido para responder a dos problemas de naturaleza diversa: el uno, histórico o de hecho; el otro, ideal o jurídico. Estos son: el problema de los orígenes de la sociedad y el del fundamento de la validez de la ley.<sup>48</sup>

La ley positiva, entonces, toma su fuerza del contrato originario, pero conlleva la libertad, un derecho natural que se transforma en un verdadero derecho civil y, como hemos visto, de carácter fundamental —ya que renunciar a la libertad es incompatible con la naturaleza misma del hombre—. En consecuencia, es un verdadero acto de soberanía que, en su universalidad, es verdaderamente expresión de la voluntad general, indivisible, inalienable y no delegable en alguno. Rousseau se opone, de hecho, al régimen representativo. Su resistencia nace de una conciencia de la soberanía popular más profunda aún que todo lo que las democracias modernas han logrado realizar, con excepción del uso del *referendum*,<sup>49</sup> utilizado hoy en día en contadas ocasiones y cuya forma típica es la participación directa del electorado. En este punto, se separa de Locke y Montesquieu: Rousseau establece los principios inspiradores de las democracias modernas; la libertad sigue siendo para él inalienable, porque el derecho del *ciudadano* es el mismo derecho del *hombre*, asegurado a causa de la garantía que le presta la fuerza común.

En síntesis, la principal obra de la voluntad general es la ley. Esta es elevada a la categoría de “mandamiento” de una especie de religión civil, por lo que debe ser respetada y obedecida a ultranza. La voluntad general es siempre recta y justa, por lo que el contenido de la ley es equiparable a la verdad: la fuerza que la sanciona jamás puede equivocarse ni errar. En los hechos, el hombre se encuentra, pues, sometido a la ley de la mayoría: el criterio con que nos regimos es puramente cuantitativo. Al respecto, explica Verdross que el pensador suizo creyó que el simple contrato social no es suficiente para fundar la unidad mística del pueblo, y exige el apoyo de las costumbres, de la opinión pública y, sobre todo, de una religión civil aceptada por la asamblea social del pueblo: ella sirve para asegurar la inviolabilidad del contrato social y de las leyes. Así, la nueva sociedad no tolera ninguna religión distinta de la estatal, menos aún la religión católica, a la que Rousseau, al igual que Maquiavelo, repro-

48. MONDOLFO, Rodolfo: *ob. cit.*, pág. 79.

49. *Ibíd.*, pág. 91.

cha su independencia frente al Estado y su pretensión universal.<sup>50</sup> Del contrato social surge la fuerza que legitima la ley. Asimismo, en él se halla implicado y debe fundarse todo lo que pretenda presentarse como poder legítimo: allí donde rige la ley en su pureza efectiva y en su auténtica generalidad, se cumplen también las verdaderas exigencias éticas fundamentales del individuo.<sup>51</sup> A su vez, ella iguala a los hombres, porque es lo único que nos *universaliza*. Aquí también hay cierto giro respecto de la concepción clásica, en la que encontramos que lo que nos igualaba era el mismo concepto de naturaleza. No obstante, no olvidemos que, en el estado social, la *naturaleza* ha sido reemplazada por la ley, que es pura creación del individuo reunida en lo que se llama la voluntad general. De todas maneras, la idea de que la ley libera e iguala no es propio de Rousseau, sino que ya lo encontramos en lo más granado del pensamiento griego. En efecto, para citar tan solo un ejemplo, ya Eurípides había dicho en *Las suplicantes*<sup>52</sup> que una vez que aquella está escrita, “el débil y el rico gozan de igual derecho”.

Debemos recordar otro punto, en cuanto a la importancia que se le asigna a la ley positiva como emanada de la voluntad general. Como muy bien lo apunta Innerarity, entre Hobbes y Rousseau hay una semejanza de fondo, una ruptura que ambos padecen igualmente: la moralidad se separa de la legalidad y se disuelve la unidad abarcadora de la filosofía práctica.<sup>53</sup> A partir de aquí, la ética pasa a ser una mera convicción privada, políticamente irrelevante: sobre ella pesa la prohibición de comparecer en público, por lo que se retira al campo estrictamente particular de las relaciones interpersonales. La legalidad es la verdad misma, ya que –recordemos una vez más– la voluntad general no puede equivocarse jamás. En última instancia la relación entre ética y política se neutraliza. Rousseau inicia el camino del pensamiento moderno, que expresa la reducción de la política a una mera técnica organizativa refractaria a las valoraciones morales.<sup>54</sup> También aquí, de algún modo, abre el camino hacia Kant, quien tanto insistía en la autonomía de la moral y la

50. VEDROSS, Alfred: *La filosofía del derecho del mundo occidental*, México, UNAM, 1983, págs. 199-200.

51. CASSIRER, Ernst: *ob. cit.*, pág. 291.

52. EURÍPIDES: *Las suplicantes*, Buenos Aires, El Ateneo, 1966, pág. 248.

53. INNERARITY, Daniel: *Dialéctica de la modernidad*, Madrid, Rialp, 1990, pág. 202.

54. *Ibíd.*, pág. 211.

heteronomía del derecho, y, con ello, en la radical separación entre ambos órdenes normativos.

La base de todo el orden jurídico es, según lo dicho, el contrato social, que nos obliga a ser libres e iguala a todos los ciudadanos. A partir de allí, el mismo establece, como una de sus cláusulas principales, que la voluntad general, dominada por la mayoría, será la encargada de construir el edificio del derecho positivo. Se puede ver entonces que lo que preocupa fundamentalmente a Rousseau es el problema de la libertad y de la igualdad. El *Contrato social* pretende dar respuesta a la primera de esas inquietudes. El *Discurso sobre la desigualdad entre los hombres* explica la segunda de esas dificultades, que para nuestro autor parece ser inherente a la condición humana.

#### VII.4. El concepto del hombre

Habíamos adelantado, páginas atrás, que la antropología rousseauniana es francamente pesimista. Pero eso no le impide, claro está, advertir que el estudio acerca del hombre es el más útil, aunque el menos adelantado de todos los conocimientos.<sup>55</sup>

Ya desde su inicio, Rousseau se manifiesta crítico respecto de la idea que tienen los juristas del concepto de ley, al que identifican con la “ley natural”. Hay aquí una postura confrontativa con la noción de esta última manejada por la tradición clásica, ya que, según él, la misma limita su aplicación al único animal dotado de razón: el hombre. Por lo tanto, dicho concepto debe ser abandonado, no solo por la razón antes expuesta, sino también porque entender cabalmente la ley natural demanda un esfuerzo grandísimo, dada la dificultad que encierra.

Con todo, el autor piensa que hay dos principios de los que emanan “todas las normas del derecho natural” (cita textual), que son anteriores a la razón: el primero, el interés que manifiesta el hombre por nuestro bienestar y conservación; el segundo, aquello que sentimos cuando vemos perecer o sufrir a cualquier otro ser sensible, principalmente, a nuestros semejantes. Para él, hay que excluir otros principios, por ejemplo, la tendencia a la sociabilidad, con lo que se

55. ROUSSEAU, Jean J.: *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, en *Escritos de combate*, ob. cit., prefacio, pág. 141.

aparta también de la tradición aristotélica anterior. Este distanciamiento resulta consecuente con las principales bases teóricas de su doctrina. En efecto, como hemos anticipado, si pudiera hacerse una síntesis de su posición, diríamos que supone que el hombre, en el estado de naturaleza, nace bueno; es la sociedad quien lo hace malo, según veremos más adelante.

Ahora bien, para Rousseau, existen dos formas de desigualdad: una natural, es decir, establecida por la naturaleza —es la que encontramos con la diferencia de edad, de salud, de las fuerzas del cuerpo—, y otra que puede llamarse “moral” o “política”, ya que depende de una especie de convención y se encuentra establecida (e incluso autorizada) por el consenso de los hombres. Dentro de aquella, podemos percibir la diversidad de privilegios que poseen los distintos individuos: el ser más ricos, más poderosos o el disponer de autoridad sobre los demás. Por supuesto, esta última desigualdad es propia de la vida en sociedad. Recordemos el primer párrafo del *Contrato social*: “el hombre nació libre, y en todas partes se le encuentra encadenado”.<sup>56</sup>

En el *Discurso*, encontramos un apartamiento explícito de las ideas de Hobbes respecto del estado de naturaleza. Para el filósofo del Malmesbury, como hemos estudiado, el hombre es por naturaleza un ser intrépido y no busca otra cosa que atacar y combatir. Eso lo coloca en una situación de lucha de todos contra todos, en donde la regla es la inseguridad: el hombre es el lobo del hombre. Esta situación provoca la necesidad de vivir en sociedad y transferir al soberano todos los derechos.

Para el ginebrino, tal teoría implica un error. El estado de naturaleza supone una forma de vida sencilla, uniforme y solitaria: la condición del hombre en dicha situación es óptima. Dicho estado es el más idóneo para la paz y el más conveniente para el género humano. Consecuentemente, al hacerse sociable y esclavo, el hombre “se vuelve débil, temeroso, rastrero, y su manera de vivir blanda y afeminada acaba de enervar a la vez su valor y su fuerza”.<sup>57</sup> No debemos olvidar, sin embargo, que el estado de naturaleza es una hipótesis explicativa de la existencia actual del hombre, necesaria para juzgar bien nuestro estado presente.

Debemos considerar ahora lo que Rousseau denomina el aspecto “metafísico y moral” del espíritu humano. Como hemos dicho,

56. ROUSSEAU, Jean J.: *El contrato social*, ob. cit., libro I, cap. I, pág. 401.

57. ROUSSEAU Jean J.: *Discurso sobre la desigualdad entre los hombres*, ob. cit., parte I, pág. 157.

nuestro autor es francamente pesimista en su descripción de la naturaleza humana: “el hombre que medita es un animal depravado”;<sup>58</sup> el estado de reflexión es *contra natura* y parece ser propio, más bien, de la vida en sociedad. De todas maneras, hay algo que es exclusivo del hombre: su condición de agente libre. “La naturaleza da un orden a cualquier animal, y este obedece. El hombre experimenta la misma impresión, pero se reconoce libre de acceder o de resistir y es, sobre todo, en la conciencia de esa libertad donde se manifiesta la espiritualidad de su alma”.<sup>59</sup> Además, posee capacidad de perfeccionamiento.

Sin embargo el filósofo tiene que explicar el pasaje inevitable del estado de naturaleza al estado social. Para ello, recurre a diversos argumentos pero, centralmente, se detiene en uno: la noción de propiedad, que es la que –de algún modo– origina el conflicto. En efecto, se pregunta

quién sería el hombre lo bastante insensato para atormentarse con el cultivo de un campo que será saqueado por el primero que llegue, hombre o animal, al que aquella cosecha convenga [...] ¿cómo podrá esta situación inducir a los hombres a cultivar la tierra mientras no se llegue a un justo reparto de esa tierra entre todos ellos, es decir, mientras que el estado de naturaleza no sea suprimido totalmente.<sup>60</sup>

En su teoría, además, existe ese segundo principio preracional que, como hemos visto, incita al hombre a ser compasivo y sensible, y constituye una especie de “piedad natural” que –a su juicio– contribuye a la conservación mutua de toda la especie. Este sentimiento, en el estado de naturaleza, sustituye a todas las leyes y agrega una ventaja adicional: nadie la desobedece: “será ella la que impida a cualquier salvaje robusto quitar a un débil chiquillo o a un anciano inválido su subsistencia adquirida con esfuerzo, si espera poder encontrar la suya en otra parte”.<sup>61</sup> Aquí nuestro autor se aparta también, concientemente, de la regla de oro ética, “haz a los demás lo que quisieras para ti”, a la que denomina “justicia razonada”. En el estado de naturaleza, la misma es suplida por otra: “procura tu bien con el menor mal posible para tu prójimo”,<sup>62</sup> la que juzga menos perfecta,

58. *Ibíd.*, pág. 156.

59. *Ibíd.*, pág. 159.

60. *Ibíd.*, pág. 162.

61. *Ibíd.*, pág. 173.

62. *Íd.*

pero más útil acaso que la anterior. La justicia razonada debe ser suplida, pues, por un mero sentimiento natural. Nos encontramos aquí con otra gran ingenuidad de Rousseau, para quien ese estado de naturaleza tendría una característica casi idílica, en donde —en virtud de esa piedad y repugnancia por el sufrimiento del otro— no existiría violencia posible, algo que la historia se ha encargado de desmentir rotundamente.

En el estado de naturaleza, al no existir estrictamente la noción de la propiedad, los hombres no eran propensos a contiendas peligrosas: carecían de la noción de “lo tuyo” y “lo mío”, por lo cual no tenían una verdadera idea de la justicia. En efecto, en estricta lógica rusioniana: ¿cómo dar a cada uno lo suyo, si no se sabe qué es lo ajeno y qué es lo propio? En ese estado del “hombre salvaje”, en donde el individuo no sentía más que sus auténticas necesidades y en donde, en última instancia, podía sentirse eternamente niño, *la desigualdad natural, que aumenta con la institucional, no existía*. ¿Qué cadenas de dependencia podrán existir entre hombres que no poseen nada?, se pregunta Rousseau. Esto confirma una vez más que el origen de todos los males se encuentra en la propiedad: “el primero a quien, tras haber cercado un terreno, se le ocurrió decir: ‘Esto es mío’, y encontró personas lo bastante simples para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil”,<sup>63</sup> asegura nuestro autor en el primer párrafo de la segunda parte de su *Discurso sobre la desigualdad entre los hombres*.

En un principio, pues, en el estado de naturaleza, al hombre, está solo, errante por los bosques. Luego, intuye ocasiones en las que el interés común debe hacerle contar con la ayuda de sus semejantes, pero eso dura solo lo que la necesidad pasajera que la conformó. Los individuos, entonces, comienzan, aunque en forma muy incipiente, a adquirir una idea rudimentaria de los compromisos mutuos y lo ventajoso de cumplirlos. El paso posterior (que Rousseau califica de “revolucionario”) se logra con la instauración y la diferenciación de las familias. Ello introduce cierta especie de propiedad: cada familia viene a ser una pequeña sociedad. Los hombres, a partir de allí, poseen un asentamiento más fijo. Sea como fuere, al principiar las desigualdades (los individuos toman conciencia de quién es el más fuerte, el más elocuente, quien tiene más poder, etc.) y diluirse, en consecuencia, esa bondad existente en el puro estado de naturaleza,

63. *Ibíd.*, pág. 180.

se hace preciso que los castigos se hicieran más severos, a medida que las ocasiones de ofender son más frecuentes “y que el terror de las venganzas era el llamado a suplir al freno de la ley”.<sup>64</sup> Recién aquí, en este último estadio, nos encontramos con una hipótesis que guarda cierta analogía con las tesis de Hobbes. Rousseau describe un panorama aterrador:

Y así como los más poderosos o los más miserables hicieran de su fuerza o de sus necesidades una especie de derecho al bien ajeno, equivalente según ellos al de propiedad, al quebrantamiento de la igualdad hubo de seguir el más tremendo desorden: las usurpaciones de los ricos, los bandidajes de los pobres y las pasiones desenfrenadas de todos ahogaron la piedad natural y la voz todavía débil de la justicia, e hicieron a los hombres avaros, ambiciosos y malvados.<sup>65</sup>

El hombre debió reflexionar acerca de una situación tan miserable. El resultado de ello es la conciencia segura de que solo la institución de normas de justicia y paz, a cuyo acatamiento se obliguen todos sin exención de nadie, es lo único capaz de sacar a la especie humana de la condición en la que había caído. Ese es el origen de la sociedad civil y, sin embargo, allí se siembran las bases para la desigualdad y la reducción a la miseria de la mayoría de los hombres a expensas del rico. Hay aquí una nueva crítica a la propiedad privada.

Según lo analizado, la naturaleza fundamental de todo gobierno es un *pacto*. Sin embargo, este es una suerte de “contrato de gobierno”, que no posee los mismos efectos benéficos del verdadero “contrato social”. En efecto, si bien en virtud de ese acuerdo político ambas partes se obligan a la observación de las leyes que se estipulan y que forman los vínculos de esa unión, la experiencia muestra los inevitables abusos de semejante constitución. Sin duda, como la magistratura y sus derechos no tendrían otra base que las leyes fundamentales, tan pronto, estas fueran invalidadas, los magistrados dejarían de ser legítimos, el pueblo no estaría obligado ya obligado a obedecerles y, puesto que no habría sido el magistrado, sino la ley la que constituyera la esencia del Estado, todos volverían por derecho al disfrute de su libertad natural.<sup>66</sup>

64. *Ibíd.*, pág. 186.

65. *Ibíd.*, pág. 192.

66. *Ibíd.*, parte II.

La otra dificultad que Rousseau ve en este contrato puramente político es que, al no existir un poder superior que pueda garantizar la fidelidad de los contratantes ni obligarlos a cumplir sus compromisos recíprocos, las partes serían los únicos jueces de su propia causa y cada una de ellas tendría siempre el derecho de renunciar al pacto tan pronto como viera la falta de cumplimiento de la otra parte de las obligaciones a su cargo. La única alternativa que ve Rousseau es la constitución no de un mero contrato de gobierno, sino del contrato social. No obstante, como hemos visto al comienzo del *Discurso*, tal como advierte agudamente Truyol y Serra, el problema fundamental de la política consistirá en establecer en la sociedad las condiciones que más se acerquen a la situación originaria,<sup>67</sup> pues ella es la que a juicio de nuestro autor parece ser la ideal.

El contrato social se distingue del de gobierno, del que se habla en el *Discurso* porque instauro un Estado de Derecho, el único Estado legítimo, que devuelve a sus miembros los derechos naturales perdidos bajo la forma de derechos civiles.<sup>68</sup> Vale decir, con el contrato social el hombre gana libertad civil, aunque pierda libertad natural, limitada por la voluntad general. Por otra parte, el hombre solo enajena, en virtud del pacto social, la parte cuyo uso importa a la comunidad. Trabajar para el compromiso social es hacerlo para uno mismo. El pacto social ejerce la equidad entre los ciudadanos, con lo que las condiciones para ellos siempre serán más ventajosas respecto de las que se dan en el estado de naturaleza.<sup>69</sup>

La antropología rusoniana se incardina, pues, en su teoría política, a tal punto que una no puede concebirse sin la lectura de la otra. Nuestro autor concilia así el estado del hombre natural, en donde no se conoce el mal, con el estado social: el contrato hace defender con la fuerza común al individuo, quien, a su vez, unido a todos, no pierde su propia libertad.<sup>70</sup> Hay así, una completa dependencia entre el plano puramente filosófico y el de la teoría política. En este sentido, no podemos reprocharle a Rousseau haber sido contradictorio con los principales puntos de su teoría.

67. TRUYOL Y SERRA, Antonio: *ob. cit.*, t. 2, pág. 261.

68. *Ibíd.*, pág. 264.

69. RAFART, Susanna, *ob. cit.*, pág. 127.

70. *Ibíd.*, pág. 124.



## CAPÍTULO VIII

### LA VERSIÓN DE KANT

Ha tenido una fina intuición Agustín de Asís al haber señalado que, para Kant, lo verdaderamente revolucionario de Rousseau estaba en dos principios: el de la autonomía de la voluntad y el de la idea de la legalidad. La doctrina de la voluntad buena, del *bon sauvage*, permitiría fundar en el mismo hombre la teoría moral y del derecho: única posible explicación científica laica de la moral. Solamente con base en una legalidad abstracta, de la pura formalidad, se podría encontrar una validez universal a la moral. Rousseau, como Locke y Montesquieu, trató de buscar una legalidad explicativa del fenómeno social, y la *formuló mediante la idea de un contrato como tipo jurídico simbólico*.<sup>1</sup>

Por otra parte, para él el derecho natural es una arbitraria creación humana, bien como propiedad intelectual en un hipotético y racional estado de naturaleza o como ideal inalcanzable, bien como arquetípica y teleológicamente creado por la voluntad pactante. No hay naturaleza humana objetiva que exprese el contenido objetivo del derecho, sino una creadora naturaleza humana subjetiva. Rousseau es uno de los mayores negadores del derecho natural.<sup>2</sup>

Tal postura fue el camino que condujo al pensamiento kantiano a considerar que de ninguna manera pueden igualarse el orden jurídico y el natural así como que es aquí en donde se realice la consciente y perfecta mutación del derecho natural en un “derecho racional”

1. DE ASÍS, Agustín: *Manual de filosofía del derecho*, Granada, Monteju-  
rra, 1959, pág. 92.

2. *Ibíd.*, pág. 93. De Asís explica que el derecho natural habría que enten-  
derlo, en el pensamiento del filósofo ginebrino y sus seguidores, como derecho en  
el estado de naturaleza, donde Rousseau describe, como ya hemos visto, un ideal  
al que jamás se puede volver, pero que se hace de continuo presente mediante  
idea ejemplarizadora o en forma de derechos subjetivos no renunciados, como  
podría ser el abstracto derecho de libertad.

(vernunftrecht)–, pues no se trata de extraer de la naturaleza un orden de la conducta humana, sino de desplegar la actividad formalizadora de la razón. Advierte al respecto Truyol que la Filosofía del Derecho y del Estado kantianas guardan plena coherencia con sus posiciones gnoseológicas y metafísicas.<sup>3</sup> Debemos, por tanto, explicarlas, aunque sea en forma muy sumaria.

### VIII.1. Gnoseología y ética kantianas

Explica Sofía Vanni Rovighi, con gran claridad, que la moral kantiana parte de un fundamento: *hay una ley moral con valor universal*. Este es un “hecho de la razón”, injustificable ulteriormente. Hay aquí una especie de intuicionismo moral, porque se parte de un presupuesto: *se da una ley moral con valor absoluto y se trata de ver cuál es esa ley, como está formulada, como es posible*. Esto nos lleva a fijar diez puntos que condensan, podría decirse, toda la ética kantiana:<sup>4</sup>

- a) La ley moral no puede ser deducida de la experiencia, porque de otra manera no expresaría una necesidad. El principio de la moral, la suprema ley moral, debe ser *a priori*, o sea, conocido independientemente de la experiencia. La moral debe ser una ciencia *a priori*, una metafísica, no una física de las costumbres.
- b) Las leyes morales deben ser racionales, no solo porque deben ser conocidas racionalmente, sino también porque son leyes del hombre en cuanto ser racional.
- c) Las leyes morales no pueden expresar exigencias que el hombre sigue por necesidad de naturaleza, porque no serían normas, preceptos, mandatos; deben, por el contrario, suponer la posibilidad de una resistencia, esto es, deben ser *imperativos*.
- d) Hay dos tipos de imperativos: el hipotético, que subordina el mandato de la acción a cumplir a la consecución de un fin (“haz esto, si quieres obtener esto otro”; “ahorra de joven, si quieres tener una vejez tranquila”), y el categórico, que

3. TRUYOL Y SERRA, Antonio: *ob. cit.*, t. 2, pág. 299.

4. Seguimos, en este apartado a VANNI ROVIGHI, Sofía: *Introducción al estudio de Kant*, Madrid, Fax, 1948, pág. 171 y passim.

manda la acción en sí misma, absolutamente (no mentir, no para ser estimado por los hombres ni por otro fin cualquiera, sino porque la mentira es en sí condenable). La norma moral debe ser un imperativo categórico porque, de lo contrario, no tendría ya valor en sí misma. “Hacer depender la ley moral de la tendencia a un fin equivaldría a hacerla dependiente de un impulso sensible, de la tendencia al placer; equivaldría al hedonismo o al utilitarismo, objeto de crítica de la moral kantiana”.<sup>5</sup>

- e) Si la ley moral es un imperativo categórico, su valor no se subordina del objeto al que se refiere, de su contenido, de la materia. Depende, por tanto, de su forma de ley, y esta es la universalidad. He aquí la primera fórmula del imperativo categórico: “Obra de tal manera que la máxima de tu acción pueda ser ley universal”.<sup>6</sup>
- f) El concepto mismo de bien no es presupuesto de la ley moral, sino deducido de esta. La ley moral no dice: “haz el bien” porque ¿qué podría ser el bien prescindiendo de la ley moral? Solo podría ser un fin determinado y, entonces, la ley moral se convertiría en un imperativo hipotético. Bien, por el contrario, es lo que está imperado por la ley moral. “Haz el bien” significa “sigue la ley moral”.
- g) La ley moral debe tener valor por sí misma y, puesto que es la ley de la voluntad racional, *esta es autónoma*, es decir, se da a sí misma su ley.
- h) El fin de la acción moral solo puede ser, por consiguiente, la misma naturaleza racional del hombre. De aquí la segunda fórmula del imperativo categórico: “Obra de modo que trates al hombre, tanto en tu persona como en la persona de todos los demás, siempre como fin y nunca solo como medio”.<sup>7</sup>
- i) Si la voluntad racional se da a sí misma su ley, significa que no la recibe de otros, que es libre. Si estuviera determinada necesariamente por otro (por el impulso, por la tendencia sensible, por un dueño), no podría ser voluntad moral. Pero es de tal manera que *debe* ser voluntad moral, luego es libre. Puede porque debe.

5. Íd.

6. Íd.

7. Íd.

- j) La libertad es el primer postulado de la razón práctica (o sea, la primera verdad que se debe afirmar como una exigencia de la vida moral.

Un principio fundamental de la ética kantiana es el de la autonomía de la razón práctica. Para que una voluntad pueda querer por puro deber es preciso que no esté sometida a una ley extraña, sino que sea legisladora suprema de sí misma: solo obedecerá entonces a su propia ley que, a la vez, es ley universal. El desconocimiento de este principio trajo consigo, según Kant, el hecho de que los intentos anteriores de hallar el principio de la moralidad fueran insatisfactorios, porque al someter la voluntad a la ley de otro (heteronomía), no obtenían nunca un deber, sino una necesidad de obrar según cierto interés. Ahora bien, la naturaleza racional del hombre hace que este sea un fin en sí, lo cual se traduce en el imperativo: “Obra de tal manera que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca meramente como un medio”.<sup>8</sup> Veremos más adelante que de este criterio (heteronomía/autonomía) Kant deduce una de las más importantes distinciones entre moral y derecho. En efecto, el primer y verdadero criterio de distinción es el del motivo por el cual se obedece a la legislación: es absoluto, del deber por el deber, en el caso de la legislación moral (que, por tanto, no puede ser sino interna); es empírico en el caso de la legislación jurídica (que, por tanto, es externa).<sup>9</sup>

## VIII.2. El derecho

Este conjunto de principios nos permitirá, sin duda, adentrarnos en el contractualismo de cuño kantiano. Para este, el conjunto de reglas que disciplinan exteriormente la legalidad de las acciones es el derecho, el cual a diferencia de la ética, se desinteresa del motivo que lleva a cumplir la acción. Con esta afirmación, el filósofo de Königsberg coincide con uno de los más importantes avances que ya había efectuado Santo Tomás en plena escolástica, al distinguir a la justicia como virtud, en cuyo acto existe intención, “perseverancia firme en el propósito”, de la justicia como cualidad intrínseca del acto justo, en la que este se cumple tan solo “formalmente”. En el

8. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *ob. cit.*, pág. 301.

9. *Ibíd.*, pág. 303.

caso, se “exterioriza” un acto objetivamente justo: se cumple solo con las exigencias formales del ordenamiento jurídico, pues a este no le interesa primariamente el problema de las intenciones, sino solo desde un punto de vista mediato.<sup>10</sup>

Para Kant, el derecho positivo posee una fundamentación objetivamente necesaria. No es algo cuya obligatoriedad dependa del logro de un fin que nosotros podamos querer o no, sino que, en tanto que orden cierto e inviolable de la convivencia, es condición para el ejercicio de la libertad trascendental en el mundo sensible y, por tanto, condición de la moralidad. Es decir, justifica la posibilidad de un fin cuya realización es para nosotros un imperativo absoluto, como predicado de nuestro propio ser racional y ético. De esta manera, el concepto de derecho positivo queda inserto en el ámbito del “reino de los fines” y dotado de una justificación ética formal incondicionada,<sup>11</sup> justificación ética formal incondicionada, que encontramos en varios pasajes de la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, en donde se postula el cumplimiento del derecho como un deber moral. Kant asegura que “es la moral la que ordena observar sagradamente el Derecho”,<sup>12</sup> como así también que “convertir en máxima para mí el obrar de acuerdo con el Derecho, es una exigencia que la moral me formula”.<sup>13</sup> Sin embargo, estas delimitaciones no le impiden distinguir absolutamente la moral del derecho, pues otorga a aquella y a este ciertas y determinadas características que tendrán gran influencia, posteriormente, en el desarrollo del paleopositivismo.

Kant insiste en que todo derecho, en sentido estricto (*ius strictum*), está unido a la facultad de ejercer la coacción.<sup>14</sup> “Al Derecho se halla unida en sí la facultad de ejercer coacción sobre aquel que la viola”.<sup>15</sup> Este carácter no existe en la moral y constituye, en todo caso, la primera gran diferencia entre ambos órdenes normativos:

10. PORTELA, Jorge G.: *La justicia*, Buenos Aires, Ariel, 1980, pág. 17; también, *La justicia y el derecho natural*, Universidad Católica de San Pablo, Arequipa, 2006, pág. 18 y ss.

11. GONZÁLEZ VICEN, Felipe: “Introducción” en KANT, Immanuel: *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, 2005, pág. 24.

12. KANT, Immanuel: *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 35.

13. *Ibíd.*, pág. 41.

14. *Ibíd.*, pág. 51.

15. *Ibíd.*, pág. 47.

“derecho y facultad de coacción significan una y la misma cosa”, afirma con énfasis nuestro autor.<sup>16</sup>

Hay una segunda diferencia, que Kant juzga no menos importante: el Derecho es heterónimo, externo, viene desde afuera. La moral, por el contrario, es autónoma, interna:

La legislación ética [...] es aquella que no puede ser externa y jurídica aquella que sí puede serlo. Así, por ejemplo, el cumplir la promesa otorgada contractualmente es una obligación externa, pero el imperativo, en cambio, de hacer esto tan solo porque es obligación, sin tener en cuenta otros motivos del obrar, pertenece al campo de la legislación interna.<sup>17</sup>

Las normas éticas, en consecuencia, no pueden tener ningún legislador externo. Finalmente, el conjunto de leyes para las cuales es posible una legislación externa se llama “teoría del derecho (*ius*)”,<sup>18</sup> entendiéndose por tal, en el caso de una legislación real, la teoría del derecho positivo.

Por otra parte, así como la ley moral es ley puramente formal y su valor consiste en su universalidad, del mismo modo la legalidad de las acciones, que es objeto del derecho, tiene el mismo carácter formal. El concepto de derecho tiene por objeto la relación del arbitrio propio con el de otra persona. Kant lo aclara:

en esta relación recíproca del arbitrio no se tiene en cuenta en absoluto la materia de este, es decir, el fin que cada uno persigue con el objeto —no se pregunta, por ejemplo, si el que me compra una mercancía para su propio comercio obtendrá o no con ella un beneficio—, sino solo la forma en la relación del arbitrio recíproco, en tanto que es considerada como libre, y el hecho de si la acción del uno puede conciliarse con la del otro de acuerdo con una ley general.<sup>19</sup>

Para el autor, el derecho, por ende, es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el del otro, según una ley general de libertad. En otra formulación, “una acción es conforme a Derecho cuando, según ella o según su máxima,

16. Íd.

17. *Ibid.*, pág. 36.

18. *Ibid.*, pág. 40.

19. *Ibid.*, pág. 46.

la libertad del arbitrio de cada uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general”.<sup>20</sup>

De todas maneras, concebir el concepto de Derecho necesariamente unido a la coacción lleva al filósofo a privilegiar la obediencia a la ley positiva, como encontrábamos antes en Hobbes y en Rousseau. Este elemento está presente en la totalidad de la obra kantiana. Un buen ejemplo de ello es el opúsculo titulado *Sobre la paz perpetua*, en donde nuestro autor define el Estado teniendo en cuenta la relación de obediencia que debe tener el súbdito: “todo Estado implica la relación de un superior (legislador) con un inferior (el que obedece, es decir, el pueblo)”,<sup>21</sup> Remata sosteniendo que “no hay certeza de que el rigor o la vanidad, el poder de uno solo o la unión de varios, la nobleza, incluso, o el poder popular mantengan mejor al pueblo en la obediencia y en un florecimiento simultáneo por mucho tiempo”.<sup>22</sup>

La única forma de gobierno adecuada, según Kant, es la *república*. Esto surge taxativamente en el trabajo recién citado (sección 2da., 1er. Art. Definitivo para la paz perpetua), en donde asoma su contractualismo:

La constitución republicana es aquella establecida de conformidad con los principios, 1º de la libertad de los miembros de una sociedad (en cuanto hombres), 2º de la dependencia de todos respecto a una única legislación común (en cuanto súbditos) y 3º de conformidad con la ley de la igualdad de todos los súbditos (en cuanto ciudadanos): es la única que deriva de la idea del contrato originario y sobre la que deben fundarse todas las normas jurídicas de un pueblo.<sup>23</sup>

Como observamos en el opúsculo en cuestión, Kant parece alejarse en este punto de Rousseau, ya que considera que

la democracia es, en el sentido propio de la palabra, necesariamente un *despotismo*, porque funda un poder ejecutivo donde todos deciden sobre y, en todo caso, también contra *uno* (quien, por tanto, no da su consentimiento), con lo que todos, sin ser todos, deciden; esto

20. *Ibíd.*, pág. 46.

21. KANT, Immanuel: *Sobre la paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 1998, pág. 21.

22. *Ibíd.*, pág. 56.

23. *Ibíd.*, específicamente, sección II, art. 1. “Definitivo sobre la paz perpetua”.

es una contradicción de la voluntad general consigo misma y con la libertad.<sup>24</sup>

### VIII.3. El contrato

Al igual que Rousseau en su *Discurso sobre la desigualdad*, Kant arriesga una explicación sobre el origen y la evolución misma de la humanidad. Así, en *Probable inicio de la historia humana* nos habla de una especie de “estado de naturaleza” en donde el hombre se encontraba a gusto hasta que comenzó a despertarse en él la voz de la razón y, con ella, ciertas características propias de la especie humana (el descubrimiento de una capacidad para elegir por sí mismo su propia manera de vivir, la reflexiva expectativa de futuro, y sobre todo, la comprensión que él constituye en realidad el *fin de la Naturaleza* y nada de lo que vive sobre la tierra podría representar una competencia en tal sentido).<sup>25</sup>

Kant advierte, sin embargo, que tal concepción implicaba la reflexión contraria, es decir, que no le era lícito tratar así a hombre alguno, sino que había de considerar a todos ellos “como copartícipes iguales en los dones de la Naturaleza, es decir, una remota preparación para las limitaciones que en futuro debía imponer la razón a la voluntad en la consideración de sus semejantes”.<sup>26</sup> De esa manera, el hombre se colocó en pie de igualdad con todos los seres racionales, en lo tocante a la pretensión de *ser un fin en sí mismo*, de ser valorado como tal por los demás y no ser utilizado meramente como medio para otros fines. Esto constituye una necesidad racional, un imperativo de la razón, tal como ya hemos visto.<sup>27</sup>

En consecuencia, hay un tránsito “de la rudeza propia de una simple criatura animal” a “la humanidad”;<sup>28</sup> del instinto a la guía de la razón. En otras palabras, como todos los autores contractualistas, hay un paso del estado de naturaleza al estado de libertad, representado este último por el imperio de la razón. Esa “razón” es, precisa-

24. *Ibíd.*, pág. 18.

25. KANT, Immanuel: *Probable inicio de la historia humana*, en *¿Qué es la Ilustración?*, Madrid, Alianza Editorial, 2007, pág. 164, cap. VIII, 114.

26. *Ibíd.*, pág. 165.

27. Ver *ibíd.*, pág. 73, especialmente, nota 74.

28. *Ibíd.*, pág. 166.



mente, la que posibilita el pasaje del primitivo estado de naturaleza al estado social:

también surgió cierta disposición para la constitución civil y la justicia pública, en principio con las miras puestas únicamente en la enorme violencia cuya venganza no queda ya en manos del individuo, como ocurría en el estado salvaje, sino en las de un poder legal que se ve respaldado por el conjunto de la sociedad, constituyéndose una especie de gobierno sobre el que no cabe ejercer violencia alguna.<sup>29</sup>

Empero, si bien la constitución de un poder legal, característica propia del estado social, se genera precisamente por dos características –o, más bien, dos tendencias– propias del hombre, la *sociabilidad* y la *seguridad civil*, en esa época también hizo su aparición la *desigualdad* entre los hombres, “ese rico manantial de tantos males, pero asimismo de todo bien, desigualdad que se fue acrecentando en lo sucesivo”.<sup>30</sup> En los párrafos transcritos puede notarse cierta influencia de Locke, en la medida en que Kant advierte que el estado social frena completamente la posibilidad de la venganza, al aparecer un poder legal “que se ve respaldado por el conjunto de la sociedad”.<sup>31</sup> Nuestro autor está describiendo aquí al Estado, y también de Rousseau, al insistir en la idea de desigualdad, aunque Kant no vea en ello algo totalmente negativo. Además, como ya hemos visto, en el autor francés, la “desigualdad” es remediada por el mismo contrato social.

Donde efectivamente podemos ver al Kant contractualista es en un trabajo publicado en Berlín en 1793: *Teoría y Praxis (Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* [Sobre el refrán: eso puede ser correcto en la teoría pero no sirve para la práctica]). En la obra, cuando el autor estudia la relación de la teoría con la práctica en el derecho político –estudio que, por otra parte, dirige directamente contra Hobbes–, asegura que el *pactum sociale* es un contrato por el cual una multitud de hombres se une en una sociedad. Sin embargo, el contrato que establece entre ellos una *constitución civil (pactum unionis civilis)*, posee características peculiares: en él se puede ver no la unión de muchas perso-

29. *Ibíd.*, pág. 172.

30. *Íd.*

31. *Íd.*

nas en orden a cualquier fin, sino la que es *fin en sí misma* (fin que cada uno *debe tener*) y que se da en todas las relaciones externas, las cuales no pueden evitar verse abocadas a un influjo recíproco. Tal unión, que constituye un deber primordial e incondicionado, solo puede encontrarse en una sociedad que se encuentre en *estado civil*, en la medida en que constituya una comunidad. Kant aclara que este fin –que es en sí mismo un deber e incluso *la suprema condición formal de todos los demás deberes externos*– es el derecho de los hombres bajo leyes coactivas públicas, mediante las cuales se puede atribuir a cada uno lo que es suyo y garantizárselo frente a una usurpación por parte de cualquier otro.<sup>32</sup>

El filósofo de Königsberg reitera aquí lo que había preanunciado en su *Introducción a la teoría del derecho* ya mencionada: el criterio que conduce a distinguir la moral del Derecho tiene que ver con ese factor de la exterioridad (y la consiguiente heteronomía), que es tan propio de lo jurídico. A su vez, ve que el concepto de un derecho externo procede totalmente del de *libertad* en la relación externa de los hombres entre sí. En realidad, aquí nuestro autor también repite una noción que ya había analizado también en su *Teoría*: el derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de que ella concuerde con la de todos, en tanto tal concordancia sea posible según una ley universal. De aquí se deduce una conclusión importante: si toda limitación de la condición de tales por parte del arbitrio de otro se llama *coacción*, resulta que la constitución civil es una relación de hombres *libres* que, sin menoscabo de su libertad en su unión con otros, se hallan, no obstante, bajo leyes coactivas. Surge nuevamente la segunda característica propia del derecho en su comparación con la norma moral: su carácter coactivo. Como puede verse, la insistencia en la libertad es la gran diferencia que encontramos entre Kant y Hobbes, para quien el contrato era, fundamentalmente, signo de sumisión. Por lo tanto, el estado civil se funda, según Kant, en los siguientes principios *a priori*: 1) la libertad de cada miembro de la sociedad en cuanto hombre; 2) la igualdad de este con cualquier otro, en cuanto súbdito; 3) La independencia de cada miembro de una comunidad, en cuanto ciudadano.

Ahora bien, la *libertad* en cuanto hombre se expresa en la siguiente fórmula:

32. KANT, Immanuel: *Teoría y práctica*, en *¿Qué es la Ilustración?*, Madrid, Alianza Editorial, 2007, pág. 205.

Nadie me puede obligar a ser feliz a su modo (tal como él se imagina el bienestar de otros hombres), sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante, libertad que puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal (esto es, coexistir con ese derecho del otro).<sup>33</sup>

Esta expresión también reitera, tal como puede constatarse fácilmente en su conocida definición de derecho, que ya analizamos: el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad. De allí que “una acción es conforme a Derecho cuando, según ella o según su máxima, la libertad del arbitrio de cada uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general”.<sup>34</sup>

En lo referente a la igualdad, Kant asegura que está representada en la medida en que cada uno tenga, respecto de los demás, “derechos de coacción”, “salvo el Jefe de Estado puesto que es el único que tiene la facultad de coaccionar, sin estar sometido él mismo a una ley de coacción”.<sup>35</sup> En efecto, según el derecho (que, como decisión de la voluntad general, solo puede ser uno y que concierne a la forma del mismo, no a la materia o al objeto sobre el que lo tengo), todos son, en cuanto súbditos, iguales entre sí, pues *ninguno puede coaccionar a otro, sino mediante la ley pública*.

De todas formas, la igualdad es perfectamente compatible con la mayor desigualdad en cantidad o en grados, tanto respecto de su propiedad como en lo concerniente al ámbito físico o espiritual.

Ningún hombre que viva en el estado jurídico de una comunidad puede perder o declinar esta igualdad, a no ser por su propio delito; jamás por un contrato o por la fuerza de las armas.<sup>36</sup> Esta aserción también nos recuerda a las formulaciones contemporáneas del mismo Rawls, para quien el primer principio de justicia –que él asimila a la libertad “igual”– es tan prioritario que ningún hombre

33. *Ibíd.*, pág. 206.

34. KANT, Immanuel: *Introducción a la teoría del derecho*, ob. cit., pág. 46.

35. KANT, Immanuel: *Teoría y práctica*, ob. cit., pág. 207.

36. *Ibíd.*, pág. 211. En la edición de la obra publicada por Leviatán, el traductor anota: “Nadie puede, por un contrato, obligarse a una dependencia por la que deja de ser persona; pues solo como persona puede hacer un contrato”, como cita de *Rechtslehre*, Bd. IV, pág. 451. Ver *Teoría y Praxis*, Buenos Aires, Leviatán, 1984, pág. 48, nota 26.

puede renunciar a su ejercicio, ni aun en el caso de que esa renuncia le trajera aparejada una mejora económica.

Respecto de la independencia, ella alude al carácter de *colegislador* que posee un miembro de la comunidad como ciudadano. Aquí se nos muestra a Kant directamente influenciado por Rousseau: una ley pública *es el acto de una voluntad pública, de la que surge todo derecho*. Pero esa voluntad no puede ser otra que la del pueblo todo (todos decidiendo sobre todos, y por consiguiente cada uno sobre sí mismos), pues solo con respecto a sí mismo nadie puede ser injusto. En otros términos, ninguna voluntad particular puede legislar para una comunidad. Este concepto se construye con los otros no menos importantes de *libertad externa, igualdad y de unidad de la voluntad de todos*, y es la independencia la condición de esta unidad, puesto que el voto es requerido cuando libertad e igualdad están reunidas. Esta “ley fundamental”, que solo puede surgir de la voluntad general del pueblo, no es otra cosa que el *contrato originario*, “sobre el cual se puede fundar entre los hombres una constitución civil enteramente legítima y constituir una comunidad”.<sup>37</sup> No obstante, este (nueva influencia de Rousseau) no es ni ha sido un *hecho*, es decir, algo que ha existido en el mundo de la realidad, sino *una mera idea de la razón que sin embargo tiene una indudable importancia práctica: obligar a todo legislador a que dicte sus leyes como si estas pudieran haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo*. Kant advierte que aquí se encuentra la piedra de toque de la legitimidad de toda ley pública. Este principio tiene enorme significado e importancia en el pensamiento iusfilosófico de comienzos del siglo XX, tal como lo vemos expuesto, especialmente, en Hans Kelsen. El contrato social es, así, una idea *a priori*, un criterio infalible. En efecto, también para el jurista vienés la *Grundnorm*, la norma básica fundante no es un hecho, sino una mera obra de la razón, una ficción, una hipótesis que contribuye a que el jurista pueda sostener metodológicamente todo el sistema de normas coactivas al que se ve reducido el derecho.

Por otra parte, la ley está ligada a la facultad de coaccionar. En consecuencia, se encuentra prohibido oponerse a la voluntad del legislador. En el sistema kantiano, la ley no admite ser desobedecida, porque la desobediencia –como tal– no puede ser universalizada: si todos los ciudadanos fueran insumisos, se “destruiría toda constitu-

37. *Ibíd.*, “Conclusión”, pág. 216.

ción civil, aniquilando el único estado en que los hombres pueden poseer derechos en general”.<sup>38</sup>

¿Equivale esto a pensar que el gobernante es infalible como un Dios? Lejos se encuentra Kant de pensar semejante cosa, pues que implicaría admitir que el soberano ni siquiera puede equivocarse, imaginarlo como un ser sobrehumano dotado de inspiración celestial. En realidad, el ciudadano puede *censurar*, pero siempre *obedeciendo*: la libertad de pluma es el único paladín de los derechos del pueblo. Negarla sería retroceder al esquema hobbesiano y significaría la renuncia a tener derechos frente al gobernante.

En síntesis, la tesis kantiana incluye una máxima obediencia, con arreglo a leyes coactivas, pero con un espíritu de libertad, en donde los hombres mismos estén persuadidos de que tal coacción es legítima. Como señala con razón Vanni Rovighi, el problema de la conciliación entre el libre ejercicio de la razón y la obediencia necesaria para conservar la contextura estatal es planteado por nuestro autor en su célebre artículo de 1784 titulado “¿Qué es el Iluminismo?”. Allí se dice que “Ilustración significa el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo”.<sup>39</sup>

En todo caso, si el estado del menor de edad es aquel en que el hombre es guiado por otro en su pensamiento y en su acción, salir de dicha minoría significa juzgar con la propia razón, obrar según el juicio de la misma; esto es un acto eminentemente moral, porque significa sacudir la pereza y aceptar responsabilidades. Es, pues, una de las condiciones del Iluminismo intrínseca al individuo, es un acto de valor: *sapere aude*, ¡ten el valor de servirte de tu propio pensar! Pero otra condición es extrínseca al individuo, y es que el Estado deje la libertad de pensar con la propia cabeza. Y, sin embargo, por todas partes se oye: ¡no razonar! El oficial, el agente de arbitrios, el sacerdote me dicen: ¡no razonar! Parece, por tanto, que hay incompatibilidad entre el iluminismo, el uso de la propia razón

38. *Ibíd.*, pág. 219. Aquí Kant vuelve sobre la idea del contrato como un mero dato de razón: “...como no cabe hallar ningún documento de un contrato realmente propuesto a la comunidad, aceptado por su soberano y sancionado por ambos, consideraron a la idea de un contrato originario –idea que siempre se halla en la razón a título de fundamento– como algo que tiene que haber ocurrido *realmente*, y así pretenden reservar siempre al pueblo la facultad de rescindir ese contrato a discreción, en cuanto juzgue que se ha producido una violación flagrante del mismo”. *Ibíd.*, pág. 223.

39. KANT, Immanuel: *¿Qué es la Ilustración?*, Madrid, Alianza Editorial, 2007, págs. 83-93.

y la autoridad necesaria para la conservación del Estado. Kant cree superar la dificultad distinguiendo uso privado y uso público de la razón, y recuerda una frase de Federico II: “Razonad cuanto queráis, pero obedeced”. Lo que quiere decir: mientras ejercéis vuestras funciones como miembros de la sociedad, seguid las leyes y las órdenes de la autoridad, aun cuando os parezcan defectuosas; pero cuando habéis cumplido vuestro deber, tenéis el derecho, como hombres, de exponer públicamente vuestras opiniones. El filósofo, en este artículo, no parece tomar en consideración el caso de un gobierno que prohíba aun la expresión de opiniones no conformes con las suyas.<sup>40</sup>

La explicación puede resultar un tanto contradictoria: se puede ser libre, pero no del todo. En este punto, no se advierte la razón por la cual teme tanto que el pueblo pueda considerar rescindido el contrato originario.

Sea como fuere, el contractualismo de Kant es el puente que une la antigua concepción pactista con las más modernas formulaciones del contrato social, tal como las encontraremos en Rawls, Buchanan y Nozick. Creemos que el presente trabajo se completaría adecuadamente si se estudiaran los autores contemporáneos que adscriben a la teoría neocontractualista. Empezaremos esa tarea en los capítulos siguientes.

40. VANNI ROVIGHI: *Sofía, ob. cit.*, pág. 218 y pássim.

## CAPÍTULO IX

### EL NEOCONTRACTUALISMO

Hemos anticipado que la culminación de esta investigación se tendría que referir, necesariamente, al neocontractualismo. En efecto, esta postura novedosa es una suerte de “remate”, la conclusión del protocontractualismo, por un lado, y el precipitado lógico de la línea de pensamiento que nace con Rousseau y concluye con Kant. De aquel toma la idea de que las convenciones son la base de toda autoridad legítima entre los hombres, tal como el ginebrino lo había expuesto expresamente en el *Contrato social*.<sup>1</sup> De este, la noción de los derechos subjetivos interactuando entre sí en una órbita de libertad, idea tan importante en el desenvolvimiento y la estructura del mundo moderno.

En todo caso, como sugiere Nozick, uno de los más importantes neocontractualistas contemporáneos, “los contratos permiten a una persona atarse a sí misma para ejecutar una acción, estimulando así a otra a contar con ello y a ejecutar una acción que la deja suspensa en una rama que sería segada si la primera persona no ejecutara la suya”.<sup>2</sup> Puesto que la primera persona se beneficia de la acción de la segunda —que no sería ejecutada si aquella no se hubiera atado contractualmente a sí misma para ejecutarla—, está dispuesta de antemano a constreñirse a sí misma a actuar del modo convenido, aun en el caso de que sus incentivos futuros cambiaran. Así ocurre porque, si se dejara su actuación a merced de las fluctuaciones futuras, la segunda persona no ejecutaría la acción complementaria que la primera desea que se ejecute. Esta es una explicación que, —sin duda—, pone el acento en la fuerte interdependencia que genera el concepto mismo de contrato, el cual, llevado a su máxima expresión, es utilizado para explicar el origen mismo de la sociedad política.

1. ROUSSEAU, Jean J.: *El contrato social*, ob. cit., libro I, cap. IV.

2. NOZICK, Robert: *La naturaleza de la racionalidad*, Barcelona, Paidós, 1995, pág. 29.

Sin embargo existe un rasgo en el neocontractualismo que lo diferencia de las concepciones clásicas. En estas –con excepción de Rousseau, que, en este aspecto, puede ser considerado como un verdadero adelantado a su época–, existe la convicción común de que el contrato originario realmente existió, que fue suscripto en algún momento, *in illo tempore*, por nuestros antepasados, hartos de vivir en situaciones en donde imperaba la inestabilidad y la inseguridad. En las posturas más recientes, solo es utilizado con el único afán de explicar el origen de la sociedad, pero sin la certeza de que un pacto originario haya tenido alguna existencia real. En consecuencia, pasa a transformarse en una pura hipótesis, una precondition necesaria que permite –desde el plano puramente metodológico– la construcción referida a los postulados sociales. El contrato se transforma, entonces, en un constructo, un invento humano; no es algo que históricamente haya tenido lugar en un momento determinado permitiendo el origen de la sociedad. Esta es la fundamental diferencia entre el neocontractualismo y las posturas clásicas del contrato social. Algún autor –por ejemplo Nozick– incluso denuesta la existencia misma del Estado.

Entre los máximos referentes del neocontractualismo encontramos al ya citado Robert Nozick, a John Rawls y a James Buchanan. Hay matices que los diferencian claramente entre sí, por lo que debemos proceder a estudiar sus teorías por separado.



## CAPÍTULO X

### ROBERT NOZICK Y EL ESTADO MÍNIMO

Este autor parte de la tesis de considerar si la noción de Estado es necesaria *a priori*. Formula una pregunta sugerente: si no existiera el Estado, ¿sería necesario inventarlo? Esta cuestión, indudablemente, debe ser respondida por la filosofía política.<sup>1</sup>

Para Nozick, resulta necesario investigar el estado de naturaleza lockeano, en la medida en que el pensador inglés asegura que los límites del derecho natural exigen que nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesión. Cuando algunas personas transgreden estos límites, el perjudicado y sus agentes pueden recobrar del transgresor “tanto como pueda dar indemnización por el daño sufrido”.<sup>2</sup> Según Nozick, el estado de naturaleza concebido por Locke tiene en su base una concepción de la justicia netamente retribucionista, ya cuando los derechos sean violados, ya como medio de defensa de los mismos frente al transgresor.

De todas formas, el mismo Locke, al existir inconvenientes en el estado de naturaleza concede que el gobierno civil es el remedio apropiado. ¿Cuáles son estos inconvenientes? El principal es que, al no poder el derecho natural estipular cada contingencia en forma apropiada, al hombre le está vedado transformarse en juez de su propio caso, pues la aplicación privada y personal de los propios derechos conduce a contiendas, a series interminables de actos de represalia y de exigencias de compensación: no hay medio seguro de resolver las disputas. Del mismo modo, en un estado de naturaleza, una persona puede carecer de capacidad para aplicar sus derechos o estar del todo imposibilitada para castigar o exigir compensación de un adversario más fuerte que haya violado sus derechos.<sup>3</sup>

1. NOZICK, Robert: *Anarquía, Estado y Utopía*, México, Fondo de la Cultura Económica, 1988, pág. 17.

2. LOCKE, John, *Segundo ensayo*, ob. cit., 11, 8.

3. NOZICK, Robert: *Anarquía, Estado y Utopía*, ob. cit., pág. 24.

La pregunta que nos podríamos hacer es: ¿cómo solucionar estas dificultades en un estado de naturaleza? Podríamos pensar que grupos de individuos formen asociaciones de protección mutua: todos responden a la llamada de cualquier miembro en defensa o exigencia de sus derechos. Sin embargo, si bien la unión hace la fuerza, existen dificultades que acechan a estas asociaciones de protección mutua. Por ejemplo, ¿qué ocurriría si los diferentes miembros de la misma asociación disputan lo mismo, llamando cada uno a sus compañeros para que vengan en su ayuda? La asociación podría intentar enfrentarse a los conflictos entre sus propios miembros mediante una política de no intervención, pero esto acarrearía discordia y podría conducir a la formación de subgrupos que podrían luchar entre sí, causando de esa forma la disolución de su sociedad.<sup>4</sup> Al ser consciente de los peligros de ser juez de su propia causa, el individuo podría acudir a alguna parte neutral para que tome la decisión sobre si en verdad ha sido afectado y en qué grado. Claro que esta situación existe actualmente, dado que las personas llevan a menudo sus disputas para ser resueltas fuera del orden jurídico del Estado. Nozick se hace cargo de una cuestión importante y sostiene que, presumiblemente, lo que lleva a la gente a usar del sistema de justicia del Estado es el problema de la ejecución de las decisiones judiciales: solo el Estado puede imponer una sentencia en contra de la voluntad de una de las partes.<sup>5</sup>

Esto nos lleva al análisis de lo que puede denominarse, en terminología de Nozick, “asociación de protección dominante”.<sup>6</sup> Nos encontramos ante este fenómeno toda vez que exista un conflicto entre clientes de diferentes asociaciones o compañías de protección. En otras palabras, ¿qué pasa si llegan a diferentes decisiones en cuanto a los méritos del caso y una agencia intenta proteger a su cliente, mientras la otra intenta castigarlo o hacerle pagar una indemnización?

Se abren aquí tres variantes:

- a) Dos agencias luchan y una de ellas gana siempre las contiendas. Al estar mal protegidos en conflictos con clientes de la agencia ganadora, los clientes de la agencia perdedora abandonan su agencia y entran en arreglos con la ganadora.

4. *Ibíd.*, 25.

5. *Ibíd.*, pág. 27.

6. *Íd.*

- b) Una agencia tiene su poder concentrado en un área geográfica y la contraria en otra. Cada una gana las batallas cerca de su centro de poder. Las personas que tratan con una agencia, pero viven bajo el poder de la otra, se mudan, entonces, más cerca del cuartel general de su agencia o cambian su patrocinio a la otra agencia de protección (de suyo, el límite entre ellas puede ser tan conflictivo como el límite existente entre Estados).
- c) Las dos agencias pelean reñida y frecuentemente. Ganan o pierden casi en la misma proporción y sus entremezclados miembros tienen frecuentes tratos y disputas entre sí. En tal caso, para evitar batallas frecuentes y antieconómicas, probablemente acuerden resolver pacíficamente las disputas. Conviene nombrar y someterse a las decisiones de algún juez o tribunal al cual acudir en casos de diferencias. Surge un sistema de tribunales de revisión y normas sobre jurisdicción y conflicto de leyes.

En cada uno de esos casos, las personas que viven en una misma zona geográfica se encuentran bajo un sistema común que juzga sus pretensiones contradictorias y aplica sus derechos.<sup>7</sup> Se forma aquí algo que se parece mucho a un *Estado mínimo* o un grupo de ellos, geográficamente diferentes. Sin duda, aquí la seguridad es totalmente relativa, pues depende de la fuerza. Por lo demás, a diferencia de otros productos que son evaluados en comparación, no pueden coexistir unos servicios de protección en máxima competencia: su naturaleza lleva a las agencias no solo a competir por el patrocinio de clientes, sino también a violentos conflictos entre sí.<sup>8</sup> Esto nos conduce a lo que Adam Smith denominaba “explicaciones de mano invisible”: (“cualquier individuo [...] solo piensa en su ganancia propia, pero en este como en muchos otros casos, es conducido por una mano invisible a promover un fin que no entraba en sus intenciones”).<sup>9</sup> ¿Hay una explicación de mano invisible del Estado en la descripción de la asociación protectora dominante que acaba de hacer Nozick?

Ciertamente, en contra de la opinión de Max Weber, quien aseguraba que tener un monopolio sobre el uso de la fuerza en un área

7. *Ibíd.*, pág. 29.

8. *Ibíd.*, pág. 31.

9. *Ibíd.*, pág. 31.

geográfica –incompatible con la imposición privada de derechos–, es fundamental para la existencia de un Estado, cabe señalar que dentro de sus límites pueden existir, sin embargo, grupos como la mafia, el KKK, asociaciones violentas, etcétera. Por ende, parece que *exigir tal monopolio no es suficiente*. A juicio de Nozick, el Estado reclama que este se extienda sobre la decisión acerca de quién puede usar la fuerza y cuándo. Únicamente él puede determinar en qué condiciones, se reserva para sí el derecho exclusivo de legislar sobre la legitimidad y permisibilidad de cualquier uso de la fuerza dentro de sus límites. Más aún, se arroga el derecho de castigar a todos aquellos que violen su pretendido monopolio.<sup>10</sup> Por eso, una condición necesaria de la existencia de un Estado es que este anuncie que, hasta donde pueda, castigará a cualquiera de quien descubra que ha hecho uso de la fuerza sin autorización expresa. El sistema de asociaciones de protección privada carece de cualquier elemento monopólico y, por lo tanto, no constituye ni contiene un Estado. Por lo demás, en dicho sistema, solamente aquellos que pagan por la protección usual de un Estado y viven dentro de sus límites geográficos obtienen (o están facultados para obtener) su protección.

Ahora bien, si el Estado gendarme de la teoría liberal clásica puede ser llamado, según Nozick, un “Estado mínimo” –porque está limitado a las funciones de protección de todos sus ciudadanos contra la violencia, el robo y el fraude, y a la de hacer cumplir los contratos–, debido a tales características puede ser calificado de “redistributivo”. En él, algunas personas pagarían más para que otras pudieran ser protegidas, lo que no ocurre en una agencia de protección, para la cual no sería un negocio cobrarle a alguien por proporcionar su producto a otros.

Para el estadounidense, podemos imaginar un orden social intermedio entre el esquema de asociaciones de protección privadas y el Estado gendarme (mínimo): el Estado ultramínimo. Este mantiene un monopolio sobre todo el uso de la fuerza, con excepción del que es necesario en la inmediata defensa propia y, por lo tanto, excluye la represalia privada. Sin embargo, únicamente ofrece protección y servicios de ejecución a aquellos que compran sus pólizas de protección y aplicación. En realidad, la única función legítima del Estado que parece aceptar el defensor del “Estado ultramínimo” es la de proteger los derechos de los particulares contra su violación.

10. *Ibíd.*, pág. 36.

Esto presupone contar con una base kantiana a la hora de justificar los derechos: colocarlos como restricciones indirectas a la acción por realizar (“no se violen las restricciones R”).<sup>11</sup> Los derechos de los demás determinan los límites de nuestras acciones.<sup>12</sup> En efecto, el principio kantiano subyacente es que los individuos son fines, no simplemente medios; por lo tanto, no pueden ser sacrificados o usados sin su consentimiento para alcanzar otros fines. Los individuos son inviolables.

Lo antedicho, por otra parte, es la base de un fuerte antipateralismo siempre presente en cualquier versión del liberalismo político: hay solo personas individuales, diferentes entre sí, con sus propias vidas. Usar a una de ellas en beneficio de otros es hacerle algo a él por el bien de terceros. Por ende, hablar de un bien social superior encubre esta situación. Ello así, no hay ningún sacrificio justificado de alguno de nosotros por los demás. Para Nozick, esta idea básica de que hay diferentes individuos con vidas separadas y que, por tanto, ninguno puede ser sacrificado por los demás, sirve de fundamento para la existencia de restricciones morales indirectas pero también conduce a restricciones indirectas de la libertad que prohíben la agresión a otros.

Hasta aquí, según nuestro autor, se ha explicado convincentemente cómo surgiría el Estado a partir del estado de naturaleza sin que los derechos de nadie sean violados. Las objeciones morales que el anarquista individualista dirige al Estado mínimo quedan superadas. Este último no es una imposición injusta de un monopolio. El monopolio *de facto* crece por un proceso de mano invisible y a través de medios moralmente permitidos, sin que los derechos de nadie sean violados y sin que se reclamen ciertos otros que los demás no poseen. A su vez, los derechos que posee el Estado son aquellos *que cada individuo ya tiene en el estado de naturaleza*.<sup>13</sup> anteriores y preexistentes al surgimiento del mismo. En consecuencia, el Estado mínimo es el más extenso que se puede justificar: cualquier otro más extenso viola los derechos de las personas.<sup>14</sup>

Ahora bien, si esos derechos a que se alude más arriba son *anteriores* o, incluso, han sido adquiridos por justo título (ya sea por adquisición o por transferencia legítima), ¿por qué razón habría que

11. *Ibíd.*, pág. 41.

12. *Íd.*

13. *Ibíd.*, pág. 121.

14. *Ibíd.*, pág. 153.

atender a principios de justicia distributiva? Nozick desconfía de lo que, en terminología analítica, denomina “justicia distributiva”, pues con ella *siempre se juzga de conformidad con algún principio estructural de lo que se considera cuál es la distribución justa*.

Frente a tal concepto, encontramos puntos de vista completamente diferentes (el de Rawls, el propugnado por el utilitarismo, la justicia distributiva socialista, entre otros) Nuestro autor defiende aquí un sistema retributivo, en oposición al distributivo, que está constituido por los objetos individuales de las transacciones particulares, pues con él no se requiere “ningún fin más general” (es decir, ninguna pauta distributiva). Esto supone una violación de los derechos de las personas. Por ejemplo, cuando se cobran impuestos sobre salarios que superen cierta cantidad por medio de la confiscación de utilidades o de la existencia de una gran olla social,

de manera que no es claro de dónde viene qué y a dónde va qué, los principios pautados de justicia distributiva suponen la apropiación de acciones de otras personas. Apoderarse de los resultados del trabajo de alguien equivale a apoderarse de sus horas y a dirigirlo a realizar actividades varias. Si las personas lo obligan a usted a hacer cierto trabajo o un trabajo no recompensado por un periodo determinado, deciden lo que usted debe hacer y los propósitos que su trabajo debe servir, con independencia de las decisiones de usted. Este proceso por medio del cual privan a usted de estas decisiones los hace copropietarios de usted. Sería tener un derecho de propiedad, tal y como se tiene dicho control y poder de decisión parcial, por derecho, sobre un animal u objeto inanimado.<sup>15</sup>

Interpreta correctamente Vallespín Oña que lo claro es que Nozick rechaza frontalmente el carácter social de la justicia y desacredita toda toma de decisiones sociales. De esta forma, echa por tierra la extendida concepción de que toda justa distribución de los bienes debe ser contemplada como el resultado de un proceso de aquellas decisiones.<sup>16</sup>

¿Por qué razón Nozick puede ser calificado como neocontratualista? A nuestro juicio, la parte más apropiada y fecunda de su argumentación no es la que tiene que ver con la explicación de los supuestos ultraliberales en los que funda su teoría –las cuales, al fin y al cabo, no son demasiado originales–, sino el análisis que efectúa

15. *Ibíd.*, pág. 173 y *passim*.

16. VALLESPÍN OÑA, Fernando: *ob. cit.*, pág. 160.

del estado de naturaleza concebido por Locke en su *Segundo ensayo*. El pasaje de dicho estado a la sociedad política, según su parecer, bien puede suplirse con la idea del Estado mínimo que, al fin de cuentas será aquel que verdaderamente respete los derechos de las personas, al no utilizarlas como medios, es decir, de un modo puramente instrumental.





## CAPÍTULO XI

### JOHN RAWLS, POSICIÓN ORIGINARIA Y NOCIÓN DE JUSTICIA

La versión más difundida de la posición neocontractualista es la desarrollada por John Rawls en dos obras que pueden considerarse clave para comprender su pensamiento: *Teoría de la justicia*, publicada en 1971,<sup>1</sup> y, anteriormente, *Justicia como equidad*,<sup>2</sup> que nace primero como un artículo dado a la luz en 1958 y luego conformado por diversos estudios que irán completando lo que finalmente será la versión definitiva. Finalmente, su obra *El liberalismo político*<sup>3</sup> constituye una relectura y, en algún caso, una rectificación de ciertos puntos de la *Teoría de la justicia*. En cierto modo, puede considerarse como la versión definitiva de su publicación de 1971, tal como veremos más adelante.

Como puede apreciarse, se trata de un pensamiento que ya ha cumplido más de cincuenta años y que, sin embargo, sigue poseyendo una influencia decisiva en la elaboración de las más novedosas tesis relativas a la ciencia política en general. Pese a que puede decirse que el punto de vista de John Rawls es, en definitiva, el de un filósofo que contempla la sociedad desde una posición analítica, no deja de llamar la atención la enorme popularidad que ha cobrado este autor en los cenáculos académicos,<sup>4</sup> en donde se ha receptado su teoría de la justicia.

1. RAWLS, John: *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978.

2. RAWLS, John: *Justicia como equidad*, Madrid, Tecnos, 1986.

3. RAWLS, John: *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 2006.

4. Decimos esto en el sentido fuerte del término, ya que Rawls, curiosamente, es uno de los filósofos contemporáneos más citados pero menos leídos. Por eso, hay en todas partes una versión “popular” de la teoría de la justicia, que desconoce las influencias y las implicancias de la totalidad de la obra rawlsiana.

En primer lugar, es posible advertir que resulta difícil hablar de filosofía analítica, pues bajo este nombre se recogen tendencias sumamente distintas. Acierta Martínez García al señalar que el panorama es muy heterogéneo y que, más que de una filosofía, quizás se pueda hablar simplemente de un estilo intelectual. Sin embargo, dentro de esta diversidad, se detecta un rasgo llamativo: el progresivo abandono de un planteamiento meramente lingüístico de la filosofía y la consiguiente vuelta a los problemas reales.<sup>5</sup>

Aquí podemos plantear qué lugar ocupa en la filosofía anglosajona el pensamiento rawlsiano. Muy sintéticamente, puede decirse que, durante buena parte del siglo XIX y principios del siglo XX, la ética anglosajona ha estado bajo el signo de Hume: todo conocimiento sustantivo deriva de la experiencia sensible, lo cual tiene una consecuencia concreta en filosofía moral: el emotivismo. Para esta postura, las acciones morales no entran en el campo de lo verificable y no son ni verdaderas ni falsas, puesto que solo expresan sentimientos o actitudes del que habla sobre la materia en discusión. Así, la razón está confinada a actuar sobre datos sensibles y, por eso, la moral es independiente de ella. No se puede deducir de la experiencia sensible un argumento moral, pasar concluyentemente del ser al deber ser, y lo ético depende solo del sentimiento.<sup>6</sup> En el ámbito jurídico, tal postura posee un correlato representado por las teorías de Hans Kelsen y de Alf Ross. Como sabemos, este último llega a comparar el concepto de justicia con el hecho de dar un golpe sobre una mesa, debido al desprecio que manifiesta por las realidades objetivas.<sup>7</sup> Posteriormente, el pensamiento anglosajón se abre a la discusión planteada por el utilitarismo, postura que, con su neutralidad frente a los deseos de todos y su pretendido carácter no metafísico, podría ser una ética normativa aceptable.

Sin embargo, como advierte Martínez García, la opinión de Hume acerca de que lo moral es expresión del sentimiento e independiente de la razón provocó la respuesta de Kant, quien lo situó en el centro mismo del hombre como ser racional. Las cuestiones

5. MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús I.: *La teoría de la justicia en John Rawls*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pág. 2.

6. *Ibíd.*, pág. 4.

7. ROSS, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pág. 267. Allí se lee: "Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto".

morales solo surgen necesariamente en seres racionales y libres, y la moral se basa en la razón, que posee un papel constitutivo. El emotivismo intenta ser superado por el prescriptivismo, para el cual las actitudes morales, a diferencia de los meros gustos o preferencias, son implícitamente universalizables.<sup>8</sup> Como veremos, Rawls es tributario del pensamiento kantiano, al que sigue no solo en su postura contractualista, sino también en su interpretación del principio de universalidad.

En segundo lugar, al tratar el pensamiento de Rawls, no debe perderse de vista el peculiar contexto histórico en el que este desarrolla sus tesis. Tal punto de vista ha sido puesto de relieve también por Martínez García con gran precisión. En efecto, la década de 1960 fue en los Estados Unidos un periodo de intensa politización y conflictividad social, de radicalismo político y cultural. Cobran notoriedad el problema negro, la cuestión de los derechos civiles, la guerra de Vietnam –que tanto contribuyó a desestabilizar la sociedad norteamericana–, sin perder relevancia lo referido al enorme desarrollo que tuvo la protesta estudiantil y el nacimiento del fenómeno de la contracultura. Por lo demás, la presidencia de John F. Kennedy tuvo que enfrentar serios problemas, entre los cuales resalta la disminución del crecimiento económico y la pérdida de confianza en el futuro del país. A nivel general, todo eso entraña un desafío a la legitimidad del sistema y su capacidad de engendrar y mantener la creencia de que las instituciones políticas existentes son las más apropiadas.<sup>9</sup> Esta contextualización resulta importante, puesto que la obra de Rawls tiene sentido si la situamos dentro de la realidad americana. Si bien nuestro autor jamás abandonó la postura analítica, dio una respuesta no solamente lingüística a los problemas concretos. No es para menos, ya que ante la magnitud de las cuestiones políticas, sociales y culturales planteadas, decir que esos hechos eran meros problemas de palabras hubiera significado un desprecio evidente hacia lo real.

Ahora bien, tal como hemos visto en la totalidad de los autores precedentes, la noción de contrato social es una forma a la que muchas visiones políticas diferentes pueden adaptarse, pero en la que hay una raíz común: el significado que tiene el obtener el consentimiento de los individuos respecto de las normas que limitan su supuesta libertad inicial. Dentro de este marco, como nota Campbell,

8. *Ibíd.*, pág. 4.

9. *Ibíd.*, pág. 5.

en los comienzos de su desarrollo surgen dos interpretaciones bien distintas del estado de naturaleza y del contrato social. La primera concede una importancia considerable a la historicidad del fenómeno, de modo que se asume que hubo personas en un estado de naturaleza que llegaron a acuerdos reales. Esta afirmación es de gran importancia si se dice que la obligación política deriva directamente del contrato social, ya que entonces solo los acuerdos reales son obligatorios.<sup>10</sup> Dentro de esta línea encontramos, claramente, la postura de Hobbes y, en cierta medida, también la pensada por Locke. El segundo enfoque, más radical, consiste en abandonar enteramente la idea de un contrato histórico o real y reinterpretar el concepto en términos hipotéticos, de manera que el contrato se transforma en el acuerdo al que *habrían* llegado las personas de un cierto tipo en una cierta clase de situaciones. Hay aquí una razón más bien epistemológica. Imaginar y pensar las consecuencias de un estado de naturaleza hipotético es un modo de lograr conocer el contenido de las normas sociales y políticas, y el sistema de gobierno que debería crearse y defenderse aquí y ahora. Los acuerdos a los que podrían llegar los individuos libres e iguales en esa circunstancia son los que deben ser adoptados como las normas básicas de la vida social.<sup>11</sup>

Hecha esta salvedad, parece claro que podemos enrolar a Rousseau y a John Rawls en la postura epistemológica –no histórica– respecto del contrato. El pacto o acuerdo, así concebido, es un constructo (en cuanto algo creado artificialmente) que va a servir para fundamentar toda la postura política que hay detrás de los autores del *Contrato social* y de la *Teoría de la justicia*, respectivamente.

### **XI.1. Estructura básica, justicia social y justicia aristotélica**

Para Rawls, la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Por ende, la verdad y la justicia no pueden estar sujetas a transacciones. Esta última expresión debe ser entendida en el sentido de que debe existir una *primacía* de la justicia.<sup>12</sup> El tema central, por tanto, es el de la *justicia social*, que es algo así como el objeto primario de la justicia en general: la estructura básica de la sociedad, más exacta-

10. CAMPBELL, Tom: *ob. cit.*, pág. 103.

11. Íd.

12. RAWLS, John: *Teoría de la justicia*, *ob. cit.*, pág. 20.

mente, el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales, y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social.

Rawls entiende por instituciones más importantes a la misma constitución política y a las principales disposiciones económicas y sociales. Se apresura a sostener que la protección jurídica de la libertad de pensamiento y de conciencia, la libertad de comercio y la familia monogámica son ejemplos de las instituciones sociales más importantes, puesto que, tomadas en su conjunto, ellas definen los derechos y los deberes del hombre e influyen sobre sus perspectivas de vida, sobre lo que pueden esperar hacer y sobre lo que hagan.<sup>13</sup> Reconoce el mismo Rawls que esta “estructura básica”, así definida, puede ser un tanto vaga pero, sin embargo, resulta central a la hora de estudiar lo que es el caso más importante de la “justicia social”, que no es otro que el de la asignación de derechos: “una concepción de la justicia social ha de ser considerada como aquélla que proporciona, en primera instancia, una pauta con la cual evaluar los aspectos distributivos de la estructura básica de la sociedad”.<sup>14</sup> En realidad, el concepto de justicia ha de ser definido por el papel de sus principios al asignar derechos y deberes, y al definir la división correcta de las ventajas sociales.

Hay que agregar que Rawls parte del supuesto de que su concepción no entra en conflicto con la teoría tradicional de la justicia, a la cual identifica centralmente con el pensamiento aristotélico, en donde, para nuestro autor, el concepto de justicia se centra en la idea de *pleonexia*, es decir, un “abstenerse de”– concretamente, de obtener ventaja apoderándose de lo que le pertenece a otro–. Él cree que la teoría aristotélica de la justicia está proyectada para aplicarse a acciones y que las personas son justas en la medida en que tienen, como uno de los elementos permanentes de su carácter, el deseo constante y efectivo de actuar justamente. Pero los derechos, a su juicio, se derivan de instituciones sociales y de las expectativas legítimas que ellas originan. Su concepto de justicia, por ende, está diseñado para ser aplicado directamente a lo que él juzga que es el caso más importante: la justicia de la estructura básica. En tal caso, no hay conflicto con la noción tradicional de la justicia aristotélica.<sup>15</sup>

13. *Ibíd.*, pág. 23.

14. *Ibíd.*, pág. 26.

15. *Ibíd.*, pág. 27.

La interpretación que de esta efectúa Rawls puede merecer más de un reparo. Desconoce, centralmente, la noción de justicia política, en donde el estagirita nos muestra la misma realidad de las distintas formas de justicia, en el aspecto de su encarnación, y explica su funcionamiento en el seno mismo de la polis. En realidad, tal como se desprende de su concepción neocontractualista –pero que, a su vez, abreva en la línea del contrato social tal como se encuentra en Locke, Rousseau y Kant–, nuestro autor entra en conflicto rápidamente con esa noción tradicional con la que procura, desde el comienzo mismo de su obra, no colisionar.

El objetivo de la teoría rawlsiana es, en consecuencia, presentar una idea de justicia cuya directriz sea que sus principios, para el diseño de la estructura básica de la sociedad, sean el objeto de un acuerdo original, aunque hipotético.<sup>16</sup> Esos *principios* son aquellos que las personas libres y racionales, interesadas en promover sus propios intereses, aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación. Ellos regulan todos los acuerdos posteriores. Esta situación –como ya se dijo, puramente hipotética– se denomina “justicia como imparcialidad” y corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social: es una situación caracterizada de tal modo que conduce a una cierta concepción de justicia.<sup>17</sup>

## **XI.2. Situación originaria y principios de justicia**

Como interpreta correctamente Riddall, para Rawls una sociedad justa es aquella en la que la gente querría vivir si pudiera escoger. Aquí encontramos, sin duda, una variante interesante respecto de las anteriores teorías sobre el contrato, ya que todas ellas hacen suponer que efectivamente hubo un contrato firmado. En cambio, la teoría en estudio se refiere a aquello que las personas acordarían *si pudieran elegir*. En consecuencia, la ve como si, de hecho, nunca hubiesen efectuado esta elección. La interesante propuesta epistemológica resulta original si consideramos que cualquiera que piense acerca de la forma de la sociedad en la que le gustaría vivir, consideraría la respuesta según sus propias circunstancias. El giro que Rawls da a su teoría es el siguiente: “una sociedad justa es aquella con la que

16. *Ibíd.*, pág. 29.

17. *Ibíd.*, pág. 29.

estaríamos de acuerdo aunque no supiéramos las circunstancias en las que vamos a vivir”.<sup>18</sup> Del mismo modo, también podemos decir que esta teoría de la justicia se puede entender si recurrimos a la analogía de las reglas que un grupo de personas acordaría al saber de su participación en la tripulación de un barco, aunque sin conocer el puesto que va a ocupar: nadie sabe quién va a ser el capitán o el timonel; en lo que todos están de acuerdo es en aceptar un conjunto justo de reglas para gobernar el barco. La posición es la misma en el caso de una sociedad completa. La justicia consiste en establecer las normas que una persona acataría sin conocer su lugar en la sociedad de la cual va a formar parte.

Surge aquí otra noción cara al sistema rawlsiano: la del “velo de ignorancia”. Únicamente si la gente hace la elección sin saber cuál será su situación, se podrá crear un sistema justo para todos.<sup>19</sup> En consecuencia, los participantes de esa posición originaria –en la que se eligen los principios de justicia que van a conformar el contrato–, desconocen sus propias circunstancias dentro de la sociedad: su mano de cartas está boca abajo sobre la mesa, como lo explica Ridall con una metáfora tan eficiente como apropiada. Así se garantiza la igualdad y se logra que en la posición originaria nadie tenga ventajas ni escoja los principios motivado por conveniencias personales. Aquí hay, por parte de Rawls, una apelación a la racionalidad de la decisión. Pero, en última instancia, ¿qué es lo que nos asegura que la decisión o la elección sean plenamente racional? Este aspecto de la teoría parece encontrarse influenciado por la conocida tesis del “observador ideal” o del “preferidor racional” –elaborada por Hume y Hutcheson–, según la cual “ $x$  es mejor que  $y$ ” significa “si cualquier persona, con relación a  $x$  e  $y$ , estuviese totalmente informada, tuviese una imaginación viva, fuese imparcial, tuviese un ánimo templado y se encontrase, por lo demás, en un estado normal, *preferiría*  $x$  a  $y$ ”.<sup>20</sup>

Debemos, pues, describir los principios supremos de justicia, que son aquellos que las personas deberían elegir indefectiblemente, si es que se comportan como seres racionales. Nuestro autor selecciona dos pautas muy generales –pero que deberían encontrarse presentes siempre en las instituciones–, a las que llama “principio de reciprocidad” (nadie aceptaría un sistema que le causara una pérdida

18. RIDALL, J. G.: *Teoría del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, pág. 196.

19. *Ibíd.*, pág. 199.

20. BRANDT, Richard B.: *ob. cit.*, pág. 207.

duradera para conseguir una mejor situación en la sociedad como un todo) y “principio de ahorro justo” (debería conseguirse un nivel adecuado de conservación y ahorro para promover mejor los intereses de los miembros peor situados de la generación existente). A partir de las pautas mencionadas se enuncian los dos principios fundamentales de justicia:

- Cada persona que participa en una práctica o se ve afectada por ella tiene un igual derecho a la más amplia libertad, compatible con una similar para todos (principio de libertad).
- Las desigualdades son arbitrarias, a no ser que se pueda razonablemente esperar que redundarán en provecho de todos, y siempre que las posiciones y cargos a los que están adscritas, o desde los que pueden conseguirse, sean accesibles para todos (principio de diferencia).

De esta manera, el primer principio supremo de justicia se postula en contra de las distinciones y clasificaciones hechas por los sistemas jurídicos y por otras prácticas, en la medida en que infrinjan la libertad original e igual de las personas que participan en ellas. El segundo define en qué casos puede rebatirse el precepto anterior, ya que explicita qué tipos de desigualdades son permisibles: especifica cómo puede dejarse sin efecto lo establecido por el primer principio.<sup>21</sup> Para Rawls, ambos expresan la justicia como un complejo de tres ideas: libertad, igualdad y recompensa por los servicios que contribuyan al bien común.<sup>22</sup>

Ahora bien, tal como lo habíamos anticipado, cuando nuestro autor formula los principios en cuestión, reelabora la idea tradicional del contrato social, a fin de otorgarles validez. En efecto, el centro de la construcción lo ocupa el diseño de una situación de deliberación para la elección colectiva de los mismos. Al recurrir al concepto de un acuerdo, Rawls somete el problema de su fundamentación a un tratamiento “procedimental”: el carácter de “racional” o “bien fundada” de una concepción de la justicia social no consistirá en su concordancia con una presunta esfera de verdades morales previas e independientes, sino en su susceptibilidad de ser acordada siguiendo un cierto procedimiento. Por un lado, se presu-

21. RAWLS, John: *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, ob. cit., pág. 20.

22. *Ibíd.*, pág. 19.



pone que los que toman parte en la posición original no obedecen, al momento de adoptar un acuerdo de este tipo, a ningún tipo de motivación moral, sino que se orientan por máximas prudenciales: evalúan principios de justicia alternativos en términos de racionalidad autointeresada o mutuamente desinteresada. Por otro lado, a partir del “velo de ignorancia”, se garantiza que los hipotéticos pobladores de la situación original adopten necesariamente un punto de vista universal. Rawls consigue hacer operativa la idea de universalización kantiana.

En consecuencia, los principios correctos serían aquellos que convienen las partes en la posición original *por el hecho mismo de acordarlos. No los acuerden porque sean los correctos en relación con algún patrón moral previo*, ya que, fuera del procedimiento mismo de construcción, no existe criterio alguno para juzgar sus convenciones. Por otra parte, es oportuno aclarar que el primer principio de justicia posee una prioridad absoluta, lingüística y procesal, respecto del segundo. De este modo, por ejemplo, cualquier mejora económica que se pudiera conseguir por obra de este no podría justificarse jamás si se logra a partir de una disminución de las libertades enunciadas en el primero. En otras palabras, no sería racional perder libertad a cambio de mayor bienestar.

Esta es una aplicación de la teoría de la elección racional que, como ya vimos, se enuncia a partir de los desarrollos que se efectuaran a partir del siglo XVIII con el modelo del observador ideal.

### **XI.3. El tópico del consenso**

La obra *El liberalismo político* ha sido considerada como la versión definitiva de la *Teoría de la justicia*. En este trabajo, Rawls insiste una y otra vez en la idea de “consenso entrecruzado” o “traslapado”. Las tesis del contractualismo clásico en cuanto a la importancia asignada al consenso y a la mayoría han hecho eclosión en este autor.

Para Rawls, el problema que presenta una sociedad democrática moderna es la pluralidad de doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales que son incompatibles entre sí y, sin embargo, son razonables. Ninguna de ellas es abrazada por los ciudadanos de un modo general. El liberalismo político –doctrina que Rawls termina profesando– parte del supuesto de que, a efectos políticos, una pluralidad de doctrinas razonables pero incompatibles es el resultado

normal del ejercicio de la razón humana, en el marco de las instituciones libres de un régimen constitucional democrático.<sup>23</sup> Nuestro autor concluye que el problema del liberalismo político es, entonces, responder a los siguientes interrogantes: ¿cómo es posible que pueda existir a lo largo del tiempo una sociedad estable y justa de ciudadanos libres e iguales profundamente divididos entre ellos por doctrinas religiosas, filosóficas y morales razonables?; ¿en qué términos equitativos puede establecerse una cooperación social entre tales ciudadanos?.<sup>24</sup>

Por lo tanto, según el juicio de nuestro autor, el liberalismo político busca una concepción de la justicia –política, no metafísica– con la esperanza de atraerse, en una sociedad regulada por ella, el apoyo de un consenso entrecruzado de doctrinas diversas. Sin embargo, como hemos dicho en otra oportunidad,<sup>25</sup> aquí Rawls comete el primer tropiezo: saca de la cuenta todas aquellas que posean un fundamento y un sustrato metafísicos. La aporía es evidente: el catolicismo, el judaísmo, por ejemplo, poseen una base metafísica y no reniegan en absoluto de ella, pero en el sistema rawlsiano son excluidas a priori del cálculo racionalista que nos propone. La estructura misma de la sociedad acaba siendo, pues, absolutamente arbitraria.

En consecuencia, una sociedad bien ordenada ha de apoyarse en un “consenso entrecruzado” en el que los valores y los compromisos políticos más generales de los ciudadanos sean aproximadamente los mismos.<sup>26</sup> En una concepción tal, la noción de “razonabilidad”, utilizada una y otra vez por Rawls, resulta central. En efecto, desde su punto de vista, las personas son razonables cuando se encuentran dispuestas a proponer principios y criterios en calidad de términos equitativos de cooperación y a aceptarlos de buena gana *siempre que se les asegure que los demás harán lo mismo*. No están movidas por el bien general como tal, sino por el deseo mismo de un mundo social en el que ellas, como libres e iguales,

23. RAWLS, John: *El liberalismo político*, ob. cit., pág. 12.

24. *Ibíd.*, pág. 21

25. PORTELA, Jorge G.: “Construcción del consenso, moral del consenso y ley natural”, ponencia presentada en las Jornadas sobre Ley Natural y Consenso organizadas por la cátedra internacional Ley Natural y Personal Humana, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, octubre de 2010.

26. RAWLS, John: *El liberalismo político*, ob. cit., pág. 63.

puedan cooperar con las demás en condiciones que todo el mundo pueda aceptar.

Quizás Rawls sea incapaz de concebir a un hombre capaz de oblación o entrega al otro en forma altruista: fiel al contractualismo más crudo, en su esquema siempre hay algo de egoísmo, por más que haya dicho en su *Teoría* que, en la posición original, los individuos son *mutuamente desinteresados* por la sencilla razón de que a nadie conciernen los bienes de los demás. Desde luego, aunque Rawls no lo quiera reconocer, nos encontramos en las antípodas de la concepción clásica de la justicia, para la cual el hombre justo es aquel que reconoce la presencia del otro y le otorga por tanto, lo que le corresponde.

El segundo traspie que, a nuestro juicio, comete Rawls surge al sostener que una sociedad bien ordenada está regulada por una concepción pública efectiva de la justicia. Y, curiosamente, añade:

Puesto que deseamos que una tal sociedad sea aceptablemente realista, partimos del supuesto de que existe en las circunstancias de la justicia [...] Las instituciones de la estructura básica de la justicia son justas y todos los dotados de razón lo reconocen.<sup>27</sup>

De este modo, Rawls tiene que reconocer que sus principios de justicia solo pueden ser definidos de una manera realista, no racionalista. En efecto, como veremos rápidamente, alguien solo puede reconocer algo en la medida en que ese “algo” se encuentre anclado en la realidad. Pero sucede que esa idea política de la justicia, que se apoya en principios que no pueden omitirse, es un constructo puramente racionalista: tal como se ha comentado más arriba, *ellos no se eligen porque son buenos; son buenos porque se eligen*.<sup>28</sup> Su teoría sobre la justicia es puramente procedimental, formal. No se ve claramente, por ejemplo, por qué razón las partes, sometidas a la experiencia de la posición original, no puedan escoger otros principios en lugar de los de libertad e igualdad. Esta concepción es denominada por Rawls como “constructivista”. Para ella,

27. *Ibíd.*, pág. 97.

28. VALLESPÍN OÑA, Fernando: *ob. cit.*, pág. 64. Este autor interpreta que la justicia de los principios elegidos en ella (en la posición original) viene condicionada por el propio proceso a través del cual son seleccionados. Así, no existe ningún criterio independiente sobre lo que es justo, sino que habrá que esperar el resultado del procedimiento para poder definir algo como tal.

el pleno significado de una concepción política constructivista descansa en su vínculo con el hecho del pluralismo razonable y con la necesidad que una sociedad democrática tiene de garantizar la posibilidad de un consenso entrecruzado acerca de sus valores políticos fundamentales”.<sup>29</sup>

Pero el constructivismo prescinde, en su formulación de la visión política, *del concepto de verdad*.<sup>30</sup>

Esta omisión a sabiendas de la noción de verdad tiene, desde luego, sus consecuencias. En efecto, Rawls debe fijar, “anclar” en algo la razonabilidad de los principios que se elegirán en la situación originaria. Utiliza entonces, como hemos visto, la teoría del “observador ideal”: las ideas políticas son objetivas –objetividad es aquí sinónimo de estar fundada en un “orden de razones”–, si se trata de personas razonables y racionales, lo suficientemente inteligentes y concientes a la hora de ejercer sus facultades de razón práctica, y cuyo razonamiento está libre de los habituales defectos del razonar, que pueden llegar a aceptar esas convicciones o menguar significativamente sus diferencias acerca de ellas.<sup>31</sup> Así termina Rawls de “armar” ese fabuloso e ingenioso constructo en que consiste su idea de la sociedad política.

Como acabamos de ver, los puntos centrales de su teoría son: 1) la elección de principios en la situación del contrato original; 2) esos principios se escogen a través de un proceso que no está presidido por el concepto de verdad; 3) la concepción de un consenso entrecruzado en lo que denomina “doctrinas de concepción política”. A juicio de nuestro autor, la estabilidad es posible cuando las doctrinas partícipes en el consenso son abrazadas por los ciudadanos políticamente activos de la sociedad.

Este “consenso” al que alude una y otra vez Rawls –y que tiene tanta influencia en nuestros días–, es puramente ideal y es el producto de una peligrosa concepción iniciada en la filosofía moderna a partir del padre del contractualismo contemporáneo: Kant. Ciertamente, el filósofo propone una sola razón, que ha de ser práctica. Pero la pérdida de la razón teórica implica que la práctica, desasisti-

29. RAWLS, John: *El liberalismo político*, ob. cit., pág. 121. Rawls mismo reconoce que “la idea de usar la posición original para captar conceptualmente tanto la libertad como la igualdad”, “como mecanismo que es de representación, su elevado grado de abstracción se presta a malentendidos” (Ibíd., pág. 56 y ss.).

30. Ibíd., pág. 125.

31. Ibíd., pág. 150.

da de aquella que ante todo conoce, tiene que *decidir* por sí sola, sin fundamento alguno en el mundo del ser. Este mundo, finalmente, le juega una mala pasada al constructor, ya que el mismo Rawls debe terminar reconociendo un punto de unión con el mundo real, que no es solo racional.



## CAPÍTULO XII

### EL CONTRACTUALISMO DE JAMES BUCHANAN

Este autor posee un lugar relevante en el grupo de los “nuevos contractualistas” o neocontractualistas. Su análisis, sin embargo, resulta de interés, pues al contrario de lo que sucede con Nozick o Rawls, que son fundamentalmente filósofos especializados en ciencia política, Buchanan es economista. Esta rama del saber es la que está presente en toda su teoría. Así, por ejemplo, en una de sus obras más conocidas, *El cálculo del consenso*,<sup>1</sup> escrita en colaboración con Gordon Tullock, parte de la premisa normativa básica que la política se conciba como una empresa paretiana que actúe en beneficio de todos.<sup>2</sup>

Como economista, el tópico del *beneficio* aparece una y otra vez en su análisis. Advierte que los primeros teóricos (Hobbes, Althusius, Locke y Rousseau) supusieron un consenso en la formación del contrato original. Lo hicieron así porque la esencia de cualquier acuerdo contractual es la participación voluntaria, y ningún ser racional estará de acuerdo voluntariamente con algo que le proporcione, en términos netos, daño o perjuicio esperado.<sup>3</sup> Por eso, en la medida en que la participación en la organización de una comunidad o un Estado es mutuamente ventajosa para todas las partes, se hace posible la formación de un “contrato social” sobre la base del acuerdo unánime.

Para Buchanan, el conjunto de derechos existentes puede ser explicado en términos contractuales porque, en efecto, el orden social

1. BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon: *El cálculo del consenso*, Barcelona, Planeta DeAgostini, 1993.

2. BUCHANAN, James: *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, Buenos Aires, Katz, 2009. La influencia de Pareto es puesta de relieve por Hartmut Kliemt en el prólogo a la edición que citamos. KLIEMT, Hartmut: “Prólogo”, en *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, ob. cit., pág. 11.

3. BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon: ob. cit., pág. 289.

como tal implica algo parecido a un contrato o cuasicontrato social, aunque aquí cabe hacer una precisión. Para el autor, es esencial que respetemos la distinción categórica entre el contrato constitucional, que delinea derechos, y el contrato posconstitucional, que atañe a los intercambios de estos. En otras palabras, hay dos fases en la interacción social: una que implica la selección de reglas y otra que atañe a la acción en el marco de aquellas normas que fueron elegidas. Desde luego, el primer paso (es decir, el que define los derechos que van a regir) es el que más se adapta al molde de un contrato social inicial. La segunda fase tiene que ver con lo que se hace con esos derechos, lo cual depende de nuestra propia conducta política. Esto vale no solo para los ciudadanos, sino también para el Estado, ya que, como veremos más adelante, hacer cumplir la ley es esencial, pero la negativa de aquellos funcionarios que deben aplicarla a castigar de manera efectiva a los que la incumplen augura, por fuerza, la erosión y la destrucción final del orden que observamos.<sup>4</sup>

Para facilitar su análisis, Buchanan parte de la descripción de lo que llama la “utopía anarquista”, en una síntesis que nos recuerda a Nozick, aunque su punto de vista es más crítico. Así, nuestro autor sostiene que el individualismo equivale al anarquismo: para el individualista, el mundo ideal o utópico es necesariamente anarquista en un sentido filosófico básico. En efecto, prosigue Buchanan, el mundo anarquista está poblado exclusivamente por personas que respetan el conjunto mínimo de normas de comportamiento dictadas por la tolerancia y el respeto mutuos. Los individuos permanecen libres para “hacer sus cosas” dentro de esos límites y las empresas cooperativas son exclusivamente voluntarias. Las personas conservan la libertad de elegir abandonar cualquier acuerdo común al que puedan sumarse. Por lo demás, ningún hombre tiene el poder de coaccionar a otro y no hay burocracia impersonal, militar o civil, que imponga una restricción externa. De hecho, el Estado se desvanece en esta utopía. Las relaciones cooperativas son necesariamente contractuales y deben representar un beneficio mutuo a todos los participantes, al menos *ex ante* o en una etapa anticipada.<sup>5</sup> Lo descrito constituye una utopía. Las personas que viven en ese estado de cosas no necesitan hacer nada más que respetar a sus pares, lo que en sí mismo es un límite de conducta mínimo.

4. BUCHANAN, James: *ob. cit.*, pág. 14.

5. *Ibíd.*, pág. 19.



Sin embargo, pese a que la utopía anarquista tiene un atractivo persistente, es tan solo un espejismo. En efecto, al comienzo, permitir que cada hombre haga lo suyo parece practicable, pero ¿qué pasa cuando no hay acuerdo mutuo sobre los límites de lo que corresponde? Aquí aparece inevitablemente el problema de los límites: si hay al menos una persona que piense que no es apropiado poner límites a la libertad de los otros para elegir sus propios estilos de vida, ningún orden anarquista puede sobrevivir, en el sentido estricto del término.<sup>6</sup>

Además, la anarquía como principio de organización básico del orden social se desmorona incluso si nos mantenemos dentro de los confines de la conducta personal en un sentido restringido. Sus límites se hacen más evidentes cuando dirigimos la atención a actividades que necesariamente implican posibles conflictos entre distintas personas. Existen incontables actividades que requieren que las personas cumplan con las reglas fundamentales de la tolerancia mutua, por ejemplo, una conversación normal entre varios individuos se da mediante una aceptación generalizada de la norma de que solo una persona hable en cada momento. La anarquía funciona, pero deja de hacerlo siempre que los individuos se nieguen a aceptar la regla mínima de la tolerancia mutua.<sup>7</sup> En suma, solo sigue siendo tolerable en la medida en que produce un aceptable grado de orden, que Buchanan estima como un bien sumamente apreciable. La guerra anarquista de uno contra todos, en la que la vida pasa a ser desagradable, bruta y corta, será dominada por el orden que, en el mejor de los casos pueda imponer el soberano.

Se hace necesario, entonces, pensar en los resultados que se producirán mediante interacciones personales voluntarias en ausencia de reglas formales. Es evidente, a juicio de este autor, que es “bueno” lo que tiende a surgir de las elecciones libres de los individuos implicados. Por ello, es imposible para un observador externo establecer criterios de lo bueno, independientemente del proceso mediante el cual se logren los resultados o las consecuencias.<sup>8</sup> Es claro que existe una coincidencia metodológica importante con la teoría rawlsiana, sobre todo en cuanto a que en la situación originaria, los principios no se eligen porque son buenos, sino que son buenos porque se eligen. Indudablemente, desde esta perspectiva –

6. *Ibíd.*, pág. 20.

7. *Ibíd.*, pág. 21.

8. *Ibíd.*, pág. 23.

tal como el mismo Rawls reconoce—, se prescinde totalmente de la noción de verdad. Buchanan sostiene: “cualquier resultado que surja merece ser clasificado como ‘bueno’, sin importar su contenido descriptivo preciso”.<sup>9</sup>

## **XII.1. Los derechos y el contrato**

De lo visto se desprende que la anarquía no es aceptable si no hay, al menos, un mínimo acuerdo. Solo funciona en la medida en que los límites entre personas son aceptados implícitamente por todos, o bien son impuestos por alguna autoridad que los hace cumplir.

Sin embargo, básicamente, la existencia de derechos también cumple una función de cierta oposición a la utopía anarquista: sin alguna definición o límites en el conjunto de derechos, apenas podría decirse que un individuo exista como tal. En cambio una vez definidos los límites, es una entidad bien diferenciada de los demás. Si la persona posee un conjunto de derechos, está informada sobre ellos sobre los que tienen los demás, está en posición de iniciar acuerdos con otras personas, de negociar intercambios o, en términos más generales, de comportarse como un hombre libre en una sociedad de hombres.<sup>10</sup>

Desde el punto de vista del contrato mismo, se hacen intercambios de manera eficiente porque dos partes están de acuerdo en los derechos de propiedad que les corresponden. Aquí surge una cuestión importante: la del respeto a la ley. Cuando se trata de un contrato, las partes reconocen que cualquier intento unilateral de violar el derecho de propiedad (un típico derecho de exclusión) está sujeto a una penalización por parte de los órganos y las agencias del Estado. En otras palabras, ambas están de acuerdo en lo que marca la ley para el caso en cuestión.<sup>11</sup> En consecuencia, el consentimiento mutuo respecto de derechos definidos facilita el intercambio económico entre personas. Por su parte, una vez que se establecen mediante acuerdo los alcances de los derechos de cada persona, el intercambio económico pasa a ser el arquetipo de la anarquía ordenada: los individuos pueden tratar unos con otros mediante conductas totalmente

9. Íd. Buchanan reconoce que “el escenario analítico está muy relacionado con el que emplea Rawls para derivar sus principios de justicia en un proceso contractual” (Ibíd., pág. 24, nota 4).

10. Ibíd., pág. 29.

11. Ibíd., pág. 37.

voluntarias, sin coacción ni amenazas. Pueden afrontar y completar intercambios sin conocimiento detallado de las opiniones políticas, las actitudes sexuales o el estatus económico de sus socios comerciales concretos.

A veces no somos capaces de reconocer u olvidamos que toda la institución del contrato, tanto si toma la forma más simple de comercio aislado entre dos partes, como si se plasma en el acuerdo más complejo entre un número mayor de personas, descansa sobre los cimientos –quizás poco firmes– del acuerdo mutuo respecto de los derechos individuales, incluido el acuerdo de un agente que haga cumplir las normas, un Estado, que debe también limitar su propio comportamiento. Si se quiere cumplir con los criterios de eficiencia, hay que hacer –según Buchanan–, algún contrato social entre todas las personas que requiera que todos los miembros de la comunidad participen en las decisiones colectivas que, a su vez, se tomen bajo una regla de unanimidad. Esta garantizará a cada individuo que la acción colectiva no lo perjudique ni le haga daño.<sup>12</sup> Por su parte, los derechos constitucionales básicos no se pueden cambiar de manera arbitraria, ya que decir lo contrario equivaldría a entrar en una contradicción semántica: si los derechos básicos se pueden modificar sin acuerdo, a duras penas podrían llamarse “básicos” o “derechos”.<sup>13</sup>

## **XII.2. La ley y el contrato**

A su vez, el contrato nos hace ver que la ley representa cierto capital público. A juicio de Buchanan, es simplemente una relación recíproca entre las partes, la encarnación de un contrato. Es voluntarista en un sentido análogo a cualquier relación contractual, ya que las partes se ponen de acuerdo en el conjunto entero de sus términos.

El respeto a la ley ejerce una economía externa pura: puede ser considerada un bien de consumo colectivo o público puro. Representa el coste que paga un individuo como parte del contrato legal-social global entre él mismo y los demás miembros de la comunidad, tratados como una unidad. Se explica, porque, en un sentido particular, de utilidad personal, cualquier límite al comportamiento individual es un “mal”, pero las personas racionales aceptan tales restricciones a cambio de o como resarcimiento por los “bienes” que representa el

12. *Ibíd.*, pág. 68.

13. *Ibíd.*, pág. 128.

respeto a la ley por parte de otros. Este comportamiento de los otros crea “bienes” debido al orden previsible, a la seguridad o a la estabilidad que genera en el conjunto de elecciones del individuo. Por ello, a los efectos de ilustrar el análisis, podemos pensar la ley como la encarnación del acuerdo general de respetar un conjunto de derechos o una disposición sobre la propiedad física. Ciertamente, no es difícil ver que una estructura legal confiere beneficios que tienen su origen en el orden que introduce.<sup>14</sup>

Como puede apreciarse, una y otra vez Buchanan piensa en las categorías propias del contrato. En efecto, no puede concebirse un acuerdo si el mismo no confiere algún tipo de provecho a las partes que lo suscriben. En este caso, la ventaja relativa que produce la ley (comparada, como vimos, con el contrato) es la producción de dos de los más relevantes valores jurídico-sociales: el orden y la seguridad. Por otra parte, la ley es un producto del conflicto: cuando este surge, la anarquía en su forma pura fracasa y el valor del orden sugiere establecer un contrato social, un sistema de ley formal o un conjunto de preceptos ético-morales generalmente aceptados.<sup>15</sup>

Esta última circunstancia deja planteado un principio que Buchanan juzga muy importante: la obediencia y el respeto a la ley son como los preceptos éticos más importantes. Sin embargo, surge aquí una observación político-sociológica de gran trascendencia: como sucede con las disposiciones éticas más generales, este principio del respeto a la ley como tal puede estar sujeto a una rápida erosión, una vez que se observe que una minoría crítica lo incumple.

Nuestro autor concluye su análisis en términos puramente económicos: sostiene que el contrato social es enormemente más complejo que el intercambio de mercado, pues incorpora a muchos individuos simultáneamente. Piensa que la noción central de la reciprocidad de la ganancia puede transferirse a la relación política. Cuando se traduce al comportamiento de un individuo, ella viene a ser equivalente al acuerdo unánime entre las partes contratantes.<sup>16</sup> De este modo, la esencia de la concepción contractual de la colectividad, independientemente de la validez empírica de esta construcción, implica la reciprocidad de ganancias entre todos los miembros del grupo.<sup>17</sup>

14. *Ibíd.*, pág. 166.

15. *Ibíd.*, pág. 175.

16. BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon: *ob. cit.*, pág. 291.

17. *Ibíd.*, pág. 292.

Buchanan, al igual que Rawls, parte de un supuesto metodológicamente correcto, que reafirma en varias partes de su obra:

La teoría del contrato social constituye una construcción puramente intelectual con poca o ninguna base en la realidad. Sin embargo, su relevancia debe estibar no en su explicación del origen del gobierno, sino en su ayuda potencial para perfeccionar las instituciones de gobierno existentes. Además, vista bajo este prisma, se debe aceptar alguna versión de la teoría contractual en la discusión de los temas políticos.<sup>18</sup>

Cuando abordemos las conclusiones, ya volveremos sobre este aspecto ofrecido por la perspectiva contractualista.

Un punto de vista análogo al de Buchanan ha sido expuesto por David Gauthier, quien se ha esforzado por tratar de demostrar lo que denomina “problema de la racionalidad práctica”, entendida esta en términos de maximización, en un intento por hallar un punto que vincule la moral y la conveniencia. Hay una relación, entonces, entre ambas: para Gauthier, una moral basada en el acuerdo ofrece una racionalidad que parte de un contrato establecido a fin de distinguir qué le está permitido hacer y qué no a cada persona. Los principios morales se presentan como los objetos de un acuerdo inicial completamente voluntario, establecido entre personas racionales e hipotético, pues supone un contexto premoral en el que se adoptan las reglas y prácticas morales. No obstante este último rasgo, las partes del contrato son reales, son individuos determinados que se distinguen por su capacidad, su situación y sus intereses. En la medida en que esos actores acepten limitar sus elecciones y restringir la búsqueda de sus propios intereses, están reconociendo una distinción entre lo que les es lícito hacer y lo que no. Como personas dotadas de razón que comprenden la estructura de su interacción, reconocen un lugar para la dimensión ética y para la mutua restricción de sus asuntos.<sup>19</sup>

Entre las estructuras de interacción propias de la sociabilidad, hay algo que merece nuestro análisis: la mencionada restricción mutua. En una teoría contractual, el elemento genuinamente problemático no es la introducción de la idea de moralidad, sino el paso desde

18. BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon: *ob. cit.*, pág. 361. Ver, también, pág. 291.

19. GAUTHIER, David: *La moral por acuerdo*, Barcelona, Gedisa, 1994, pág. 24.

el acuerdo hipotético a la restricción moral real. Según Gauthier, el hecho de apelar a la elección racional nos permite establecer, con una nueva claridad y una nueva precisión, por qué las personas racionales se adhieren *ex ante* a principios constrictivos, qué características generales deben tener dichos principios como objetos de un acuerdo racional y por qué las personas racionales están dispuestas a aceptar *ex post* las restricciones acordadas.<sup>20</sup> Nos encontramos aquí, en consecuencia, ante una teoría contractual de la moral desarrollada como parte de la teoría de la elección racional. El punto de unión con la teoría de Buchanan, e incluso con la visión rawlsiana, es más que evidente, pues aquí la moralidad exige un contexto de beneficio mutuo: al estar basada en el acuerdo, expresa la real preocupación que cada uno de nosotros tiene por mantener las condiciones en las cuales la sociedad pueda ser verdaderamente una empresa cooperativa.

20. *Ibíd.*, pág. 26.

## CAPÍTULO XIII

### **UNA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL CONTRATO SOCIAL A LA LITERATURA: *LA REBELIÓN DE ATLAS, DE AYN RAND***

Las tesis contractualistas han tenido favorable acogida, sobre todo, en la arena política, pues tal es el campo que les pertenece por derecho propio. En el plano teórico, por otra parte, es la hipótesis que más utiliza la oleada de filósofos y economistas contemporáneos que se agrupa en lo que ha dado en llamar, como hemos visto, *neo-contractualismo* y cuyas cabezas más visibles son Rawls, Nozick y Buchanan. Podemos encontrar cierto punto de unión entre estos tres autores, una característica común que, al mismo tiempo, es visible o se encuentra presente en casi todo el movimiento contractualista: su profunda raíz liberal, su omnipresente liberalismo político de base. Dicho rasgo podemos encontrarlo en una de las más interesantes y controvertidas novelas contemporáneas, *La rebelión de Atlas*, de Ayn Rand, quien va a plantear una situación que se puede asemejar al contrato originario.

Esta obra constituye también una ocasión para que la autora proclame un liberalismo extremo, que se entremezcla con proposiciones filosóficas de gran interés –propias del mejor pensamiento realista– y opiniones teológicas verdaderamente desacertadas, que denotan una profunda incompreensión del fenómeno religioso, en general, y del pensamiento católico, en particular (por ejemplo, negación de la complementariedad entre fe y razón; aseveración de que el conocimiento religioso es pura emoción; afirmación de que el pecado original es algo monstruoso, ya que un pecado sin elección sería una bofetada a la moral). Todo ello, desde luego, es fruto del liberalismo extremo que profesa Rand, cuya consecuencia más notable ya fue señalada por Castellani unificando la postura liberal: el error teológico. En efecto, para el liberal, el hombre nace bueno y la sociedad lo hace malo, cuando en realidad la postura correcta sería sostener el hombre no nace íntegro y la sociedad se encarga

de integrarlo o desintegrarlo del todo, según sea la sociedad buena o mala.<sup>1</sup>

El argumento de la novela es ucrónico, pues no nos muestra la historia que fue, sino la historia que pudo haber sido. En un relato muy bien logrado, nos retrata a los Estados Unidos en una situación de bancarrota económica y moral, a la que ha sido llevada por culpa de gobiernos populistas, empeñados en destruir lo que había hecho grande al país: su industria, que odian la propiedad privada y que sostienen en boca de un funcionario: “la propiedad privada es un fideicomiso mantenido para el beneficio de la sociedad como un todo”.<sup>2</sup> Estos gobiernos son identificados como “los saqueadores”, utilizan siempre una frase hecha como justificativo de sus malas políticas, el “bienestar público” y cuyas declaraciones están plagadas de expresiones tales como “poderes de emergencia” y “desequilibrio económico”, cuyo contenido y propósito son imposibles de definir.<sup>3</sup> Los funcionarios también se alimentan de un sustrato ideológico nefasto: el nihilismo más descarnado. El “filósofo oficial” está representado por el Dr. Pritchett, quien afirma cosas como: “nada es absoluto. Todo es una cuestión de opinión. ¿Cómo sabes que ese puente no se vino abajo? Tan solo lo *crees*”.<sup>4</sup> Eso conduce, desde luego, al escepticismo:

No hay que esperar coherencia, pues absolutamente todo es una contradicción de todo lo demás. Solo existen las contradicciones. No busques el sentido común. Demandar sentido constituye el sello de lo absurdo, ya que la naturaleza carece de sentido. Nada lo tiene: los únicos defensores del sentido son seres del tipo estudioso, las solteronas en potencia, incapaces de encontrar un novio, y los arcaicos comerciales convencidos de que el universo es tan simple como sus pequeños inventarios y sus amadas cajas registradoras. Rompamos las cadenas de ese prejuicio llamado lógica: ¿acaso nos va a detener un simple silogismo? ¿Tan seguro estás de tus opiniones? No puedes estar seguro de nada. ¿Eres capaz de poner en peligro la armonía de la comunidad, tu relación con el prójimo, tus antecedentes, tu reputación, buen nombre y seguridad financiera por culpa de

1. CASTELLANI, Leonardo: *Esencia del liberalismo*, Buenos Aires, Nuevo Orden, 1964.

2. RAND, Ayn: *La rebelión de Atlas*, Buenos Aires, Grito Sagrado, 2009, pág. 69.

3. *Ibíd.*, pág. 335.

4. *Ibíd.*, pág. 299.



una ilusión, en aras del espejismo de creer que piensas? ¿Correrás riesgos y te expondrás a desastres judiciales, en una época tan difícil como la nuestra, oponiéndote al orden social vigente en nombre de esas nociones imaginarias que llamas *convicciones*? ¿Dices estar seguro de tener razón? Nadie puede tener razón, ni la tendrá jamás. ¿Crees que el mundo que te rodea está equivocado? No tienes forma de saberlo. Todo está equivocado a los ojos del hombre, entonces, ¿de qué sirve luchar? No discutas. Acepta. Adáptate, obedece.<sup>5</sup>

Por supuesto, semejante estado de cosas tiene profundos costos personales, políticos y económicos. Parte de ellos están bien descritos por Rand:

Cuando vea que el comercio se hace, no por consentimiento de las partes, sino por coerción; cuando advierta que para producir, necesita tener autorización de quienes no producen nada; cuando compruebe que el dinero fluye hacia quienes trafican no bienes, sino favores; cuando perciba que muchos se hacen ricos por el soborno y por influencias más que por el trabajo, y que las leyes no lo protegen contra ellos, sino, por el contrario, son ellos los que están protegidos contra usted; cuando repare en que la corrupción es recompensada y la honradez se convierte en autosacrificio, entonces podrá afirmar, sin temor a equivocarse, que su sociedad está condenada.<sup>6</sup>

Todos los esfuerzos de la gente con sentido común son vanos. Si bien un número reducido de personas sabe que “la realidad es la última corte de apelación”,<sup>7</sup> que la lógica es el arte de la identificación no contradictoria y que la verdad es el reconocimiento de la realidad, se puede concluir que “todos los desastres que han asolado al mundo provinieron del intento de los líderes de ignorar el hecho de que A es A”.<sup>8</sup>

Por todo lo anterior, la última alternativa frente a ese Estado en ruinas, devorado por los saqueadores, es fundar otra sociedad. Aquí aparece la idea del contrato social. La idea de la novela es que en un lugar remoto e inaccesible de los Estados Unidos se congreguen los más capaces:

5. *Ibíd.*, pág. 378.

6. *Ibíd.*, pág. 456.

7. *Ibíd.*, pág. 1091.

8. *Ibíd.*, pág. 1090.

Todo lo que pudieron salvar de sus riquezas lo convirtieron en oro o en máquinas, como yo, y lo trajeron aquí. Éramos suficientes para desarrollar este valle y crear trabajos para quienes tenían que ganarse la vida en el mundo exterior. Ya habíamos alcanzado una situación en que la mayoría de nosotros podíamos quedarnos aquí. Este valle puede casi autoabastecerse y, en cuanto a aquellos bienes que todavía no podemos producir, los compro en el exterior a través de un agente especial, alguien que no permite que mi dinero llegue a los saqueadores. *No somos un Estado de ninguna clase, sino tan solo una asociación voluntaria de personas unidas nada más que por el interés personal.* Como propietario del valle, vendo los terrenos a los otros cuando los desean. En caso de desavenencias, el juez Narragansett actuaría como árbitro. Sin embargo, aún no hemos tenido necesidad de sus servicios. *Dicen que es difícil que los individuos se pongan de acuerdo, pero le sorprendería ver lo sencillo que es cuando todas las partes creen que nadie existe para beneficio del otro y que la razón es el único método de negociación. Se está acercando el momento en que todos deberemos vivir aquí,* porque el mundo se está haciendo pedazos con tanta rapidez, que pronto se declarará el hambre. Pero en este valle podremos alimentarnos.<sup>9</sup>

Rand plantea entonces con toda claridad una hipótesis contractualista, dominada por la idea de ese anarquismo utópico del que nos hablaba Buchanan o el que propugnaba Nozick. La idea de una sociedad conformada por individuos mutuamente desinteresados, por otra parte, es decir, personas a las que no les interesan los bienes de los demás, es típicamente rawlsiana, como tuvimos ocasión de estudiar más arriba. Por último, el ideario liberal propio de las personas participantes de dicho contrato original, es más que evidente, con argumentos verdaderamente sorprendentes.<sup>10</sup>

Por último, Rand formula una verdadera declaración de principios contractualistas, que bien podría haber sido suscripta por Locke:

El único propósito que corresponde a un gobierno es el de proteger los derechos del hombre, es decir, protegerlo de la violencia física. Un gobierno apropiado es solamente un policía que actúa como agente de la autodefensa del hombre, y como tal, puede recurrir a

9. *Ibíd.*, pág. 808. La cursiva es nuestra.

10. Por ejemplo, en su afán por alabar el dinero, la autora dice: “La frase ‘hacer dinero’ contiene la esencia de la moralidad humana. Sin embargo, debido a esas palabras, los estadounidenses fueron denunciados por las culturas podridas de los continentes de ladrones”. *Ibíd.*, pág. 457.

la fuerza *únicamente* contra aquellos que *inician* el uso de la fuerza. Las únicas funciones apropiadas de un gobierno son: la policía, para protegerte de los criminales; el ejército, para protegerte de invasores extranjeros, y los tribunales para proteger tu propiedad y tus contratos de las violaciones, incumplimientos o fraudes de los otros, y para dirimir las disputas apelando a reglas racionales y según la ley *objetiva*.<sup>11</sup>

Si bien Locke juzgaba que el Poder Legislativo era el más importante de todos, la cita precedente es una completa teorización del principio del *laissez faire*, uno de los ejes alrededor de los cuales gira todo el ideario político-económico liberal. Ese principio, a su vez, se transforma en una de las cláusulas principales del contrato social. El estado, se transforma así en un verdadero “estado mínimo”.

11. *Ibíd.*, pág. 1140. La cursiva es original.



## CAPÍTULO XIV

### CONCLUSIONES

Este trabajo estaría incompleto si no extrajáramos diversas conclusiones del análisis histórico y doctrinario que hemos efectuado respecto del contractualismo. Ellas nos ayudarán a efectuar una valoración. La utilidad de la postura contractualista a la hora de la elaboración de políticas concretas, sobre todo, las que tienen que ver con la creación de normas de derecho constitucional –que son las que más nítidamente surgen en la aparición del Estado, o cuando se adoptan o modifican normas jurídicas atinentes a derechos fundamentales– también resulta puesta a prueba a través de un análisis puntual de las características propias de la teoría en estudio.

La figura del contrato social ha sido utilizada una y otra vez por teóricos de la ciencia política, filósofos, periodistas (v.gr. “Scioli todavía no se ha preguntado, por ejemplo, si el *contrato* que firmó hace ocho años con los Kirchner, le permitirá ya no ser presidente, sino sobrevivir como gobernador por un mandato más”)<sup>1</sup> y políticos partidistas. Estos últimos parecen creer que con su sola invocación pueden “llevar agua para su molino”, como cuando expresan insistentemente que el problema argentino se soluciona suscribiendo un “nuevo contrato social”. Se ha hablado también de su ruptura como consecuencia de los graves hechos sufridos en nuestro país durante los años 2001 y 2002, en donde se sufrió, durante cortos periodos, la desaparición del Estado.

Eso indica que nos encontramos frente a un concepto-teoría que puede ser aplicado a una multiplicidad de situaciones. Ese mismo hecho debe alertarnos, porque cuanto mayor sea la cantidad de usos del tópico “contrato social”, menor calidad científica va a poseer el término. De todas maneras, recurriendo a la noción de la analogía, nos

1. PAGNI, Carlos: “La inseguridad, el factor que puede hundir al gobierno”, en *La Nación*, <[www.lanacion.com.ar/1341919-la-inseguridad-el-factor-que-puede-hundir-al-gobierno](http://www.lanacion.com.ar/1341919-la-inseguridad-el-factor-que-puede-hundir-al-gobierno)>. Publicado el 16/01/11.

encontramos con una idea común que ronda el concepto: *la voluntad de un grupo de hombres que, viven una situación particular y acuerdan generar derechos y obligaciones que tienen que ver, centralmente, con la vida en sociedad*. En este contexto que cobra sentido la afirmación de Buchanan, que por su importancia volvemos a citar:

La teoría del contrato social constituye una construcción puramente intelectual con poca o ninguna base en la realidad. Sin embargo, su relevancia debe estribar no en su explicación del origen del gobierno, sino en su ayuda potencial para perfeccionar las instituciones de gobierno existentes. Además, vista bajo este prisma, se debe aceptar alguna versión de la teoría contractual en la discusión de los temas políticos.<sup>2</sup>

a) Una primera conclusión es que el contractualismo es una teoría mucho más antigua de lo que se supone. Contra lo que había afirmado insistentemente cierta postura racionalista en cuanto a que el pactismo nace con Hobbes y muere con Rousseau –posición que verdaderamente ha triunfado en el reino de las ideas filosóficas–, se ha podido ver en este trabajo que, en cierto modo, la Alianza que celebra Yahvé con el pueblo de Israel asume la forma de un contrato. Es la versión teológica de la doctrina, que ya había sido entrevista por Hannah Arendt.<sup>3</sup> Más allá de este dato, de indudable relevancia histórica, la idea del contrato está presente en el pensamiento griego, y fue desarrollada posteriormente por San Agustín y durante la Edad Media. En todos los casos, desde luego, si bien se asume que el origen de la sociedad civil tomó la forma de un contrato, la concepción nunca se salió del quicio al pensar que el comportamiento en sociedad era solo producto de dicho artificio. El pensamiento antiguo, salvo pocas excepciones protagonizadas fundamentalmente por la sofística, siempre tuvo claro que el hombre es naturalmente un ser político destinado a vivir en sociedad. La diferencia es importante. Si se piensa que la sociedad es fruto de un contrato creado por el hombre, se pueden incorporar como cláusulas del pacto cualquier tipo de normas jurídicas o morales, porque ellas, en definitiva, han sido creadas por seres humanos. En consecuencia, no solo es artificial el contrato originario y fundante, sino también todas las leyes que derivan de él. Si se sostiene, en cambio, que la sociedad es un

2. BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon: *ob. cit.*, pág. 361.

3. Ver pág. 10, y nota 8.

dato natural, se tendrá que respetar ciertas reglas y principios que escapen a la voluntad de las personas, pues son objetivos y forman parte de la realidad. Análogamente, las normas jurídicas que surjan del consenso o de la voluntad de la mayoría deberán respetar estos datos naturales y realistas, sin los cuales el hombre y la sociedad están condenados al mayor de los fracasos.

b) Como una consecuencia de lo anteriormente expuesto, puede verse que las diversas versiones del contractualismo que se han ido presentando, desde Hobbes en adelante, son funcionalmente afines al positivismo jurídico. Fue precisamente el autor mencionado quien acuñó, como ya hemos visto al desarrollar su obra, una fórmula impresionante pero que preanuncia el desprecio por el derecho natural, del que partieron las formas más extremistas de paleopositivismo: *auctoritas, non veritas facem legem*.

Dicha postura ha sido morigerada por el neocontractualismo, que ahora propugna acudir –en la situación hipotética inicial– a lo que llama “principios de justicia”, aunque no en el sentido clásico y metafísico del término. Este termina siendo uno de sus errores más evidentes, puesto que, para hablar de esos principios de justicia, no tiene más remedio que referirse a conceptos objetivos (“injusticia patente”; “injusticia manifiesta”; injusticias “evidentes a cualquiera”, etc.).

El discurso de los neocontractualistas posee también una apelación a la moral, que no se encontraba presente en las formulaciones teóricas del paleopositivismo, el cual propugnaba una separación tajante entre política, ética y derecho. Esta distinción, por otra parte, se encuentra en la base del pensamiento kantiano, que ha influido, en definitiva, en la casi totalidad de los desarrollos de la filosofía contemporánea.

c) Las posturas contractualistas poseen un discurso uniforme basado en la idea de libertad, con excepción de la versión dura, encarnada en las teorías de Hobbes. Esa libertad tiene como límite preciso los derechos de los demás y requiere de mínima intervención estatal. Por lo tanto, puede decirse que el contractualismo, como teoría política, es la contracara del liberalismo político. A su vez, en el contrato inicial se postula de modo puntual la garantía de seguridad, paz y orden, que debe provenir del Estado. Esto es una consecuencia directa de la protección de la propiedad, cuyo origen es explicado de formas diversas por las distintas posturas contractualistas, pero siempre se encuentra en la base de la reflexión acerca del surgimiento de la sociedad civil. El mismo generalmente se entiende como un pasaje o una huida del estado de naturaleza hacia el *status societatis*.

d) Con Rousseau como única excepción, los representantes del contractualismo clásico (Hobbes y Locke), así como también los autores griegos y latinos que hemos analizado, creían buenamente – aunque sin ningún tipo de constatación empírica o histórica–, que el contrato social se había suscripto en algún momento, *in illo tempore*. Tal punto de vista fue corregido por el contractualismo posterior. Este toma la figura del contrato tan solo para manejarla desde un plano puramente metodológico y acepta, de esa manera, que es una mera hipótesis, un constructo ideado con la exclusiva finalidad de poder dar una explicación mínimamente coherente sobre origen de la sociedad civil.

El giro que se imprimió, así a la teoría es de una gran importancia, aunque en la nueva versión hay una tendencia marcada a “inventar”, por la sola vía de la razón, las cláusulas que llenan el contrato hipotético, como veremos seguidamente.

e) Ahora bien, la apelación a la figura del contrato como fundante de la sociedad política no es merecedora, bajo nuestra perspectiva, de reparo alguno, en la medida en que sepamos reconocer sus limitaciones y no pretendamos inventar principios de dudoso acogimiento en la hipotética situación inicial. En efecto, existe cierta arbitrariedad fundamentalista a la hora de llenar de contenido al acuerdo originario, puesto que no hay ninguna evidencia de que las cláusulas del pacto sean las propugnadas por Rawls, las de Buchanan u otras. Así, en las versiones propias del neocontractualismo se nota un racionalismo absoluto, ya que se escogen principios con el pretexto de una situación que garantice la máxima racionalidad (por ejemplo, la teoría del observador ideal). En consecuencia, de ese racionalismo a un máximo subjetivismo hay un solo paso. De hecho, no es inocente que casi todas las versiones del contractualismo y, posteriormente, del neocontractualismo rehuyan toda consideración acerca de la verdad. La única verdad, en todo caso, es la que surge del consenso o de la mayoría, con lo que las teorías aludidas se reducen a un mero formalismo procesal.

f) El contractualismo ha cumplido una función notable en el tópico referido al respeto a la ley positiva. En todas sus versiones, este es un tema central. En la perspectiva de Hobbes, ni siquiera se puede discutir mínimamente el mandato del soberano o de la asamblea política; en la teoría de Locke, el principal poder es el legislativo; en la de Rousseau, se considera que es imposible que existan leyes injustas, porque nadie puede ser injusto consigo mismo. En cualquiera de las formulaciones, la ley debe siempre respetarse, como



también, a su vez, siempre debe respetarse un contrato cualquiera que hayamos suscripto con nuestro vecino. La principal cláusula del contrato es la obediencia a la ley, de donde surge inequívocamente la teoría de la obligación política. De hecho, en la versión liberal, la ley es asimilada a un contrato. Así fue reafirmado por el creador del Código Civil Argentino, Dalmacio Vélez Sarsfield, quien al redactar el artículo 1198 de dicho cuerpo legal, sostuvo que “las convenciones existentes en los contratos forman una regla a la cual las partes deben someterse como la ley misma”. Por lo tanto, del mismo modo como no se entiende que firmemos un contrato o celebremos un pacto con la intención de incumplirlo, no se concibe que en la sociedad política la ley pueda desobedecerse. El mismo Rawls, al tratar en su *Teoría de la justicia* el tópico atinente a la desobediencia civil, pone tantas cortapisas a su ejercicio que, de hecho, esta termina siendo casi totalmente impracticable.

No es de extrañar que el mismo Bobbio señale como una de las características centrales del positivismo metodológico la teoría de la obediencia a la ley. Pero esa postura termina transformando el positivismo en una ideología, porque pasa del plano de lo puramente descriptivo, a una enumeración exacta de nuestros deberes frente al Estado cuando, precisamente, ese es el objeto de ciertas cláusulas constitutivas del contrato.

g) La obediencia a la ley posee, en el contractualismo, un valor primordialmente moral, no jurídico. Ya habíamos advertido que ese poderoso constructo que es el contrato originario está formado por cláusulas jurídicas, políticas y también morales. Ha sido el analítico Singer el que ha señalado con más insistencia este último aspecto de la obediencia a la ley, con un argumento que resulta convincente: dicha obligación no puede tener naturaleza jurídica porque, si así fuera, deberíamos ubicar la norma jurídica que nos dice que debemos acatar la ley. Ahora, en el supuesto que la encontremos, deberíamos, a su vez, hallar a otra que nos ordene obedecer la primera, y así hasta el infinito. Por lo tanto la obediencia a la ley es de naturaleza moral, no jurídica. Análogamente, el respeto al contrato es de la misma naturaleza, y este elemento también está presente en todas las versiones del contractualismo.

h) En el terreno puramente político, los contractualistas clásicos han realizado un aporte al desarrollo de las modernas formas de democracia. Con Hobbes, comienza a ser tratado el agudo problema de la representación y de la “mayoría”, modificado levemente por Locke con la noción de “consenso”. Finalmente, Rousseau aporta

el conocido concepto de “voluntad general”. Como se puede ver, cada una de estas ideas constituirá un eje temático de importancia fundamental para la ciencia política contemporánea, y tres de ellas (mayoría, consenso y voluntad general) no pueden concebirse sino a partir de un cálculo numérico en el que prevalece siempre el mayor número, la consagración de la regla de la mayoría. Con la única excepción de Locke, quien fija límites al consenso a partir de la noción de “bienestar común” (que jamás puede ser sobrepasado ni ignorado), esa operación matemática termina siendo engañosa, pues deja sin ningún tipo de protección jurídica al individuo (en la versión de Hobbes, ya que todos sus derechos son transferidos al “representante”) o a las minorías (en la versión de Rousseau, quien concluye que la voluntad general no puede nunca equivocarse). El “consenso por superposición” del neocontractualista Rawls, por más pretensión de racionalidad que posea, también incurre en el mismo equívoco resultado.

i) El concepto de consenso remite, inevitablemente, al resultado de la votación y a una cuestión que tiene que ver con lo que podríamos decir que constituye el aspecto moral de dicho resultado: su contenido de justicia. Este aspecto siempre fue muy descuidado por el contractualismo o, simplemente, mal resuelto, al punto de que el mismo Rousseau –tal como hemos visto– sostiene que cuando prevalece la opción contraria a la de una persona, eso no demuestra otra cosa sino que esta estaba equivocada y que lo que tenía por voluntad general no lo era, pues la misma jamás se equivoca.<sup>4</sup>

En verdad, es de toda pertinencia que nos preguntemos acerca de la justicia del acuerdo, pero tal cosa, nos lleva claro está, a realizar un análisis realista, no racionalista ni idealista, lo cual nos ubica en las antípodas del contractualismo. Notemos, por otra parte, que la noción de error solo tiene sentido si la relacionamos con la de verdad. Hablar de verdad, sin embargo, nos conduce de modo inexorable al realismo.

#### **XIV. 1. Síntesis final**

La influencia que ha ejercido el contractualismo en la modernidad ha sido decisiva. Pocas veces, sin embargo, los autores se han

4. ROUSSEAU, Jean J.: *El contrato Social*, libro IV, cap. II.

tomado el trabajo de efectuar un riguroso análisis de los supuestos sobre los que se yerguen sus contenidos teóricos.

El contractualismo es una postura que posee un riquísimo potencial, porque la utilización de la figura del contrato fundante puede ser especialmente beneficiosa a la hora de la creación de normas jurídicas y de instituciones políticas que, adecuadas a las circunstancias histórico-temporales, sean realmente útiles para el desarrollo de la sociedad y del individuo. El derecho pasa a identificarse, a partir de dicha concepción, con el Estado, lo que produce un efecto notable: libera al derecho de las dudas en cuanto a su legitimación. Este se puede desarrollar plenamente ahora en el Estado, en el “Dios mortal” –al decir de Hobbes–, como poderoso instrumento de orden. Sin embargo, solo en la figura del contrato –necesario, según sus seguidores, para posibilitar una sólida legislación del Estado–, sobrevive la duda acerca de si es realmente obvio el paso del libre y peligroso estado de naturaleza a un estado civil, limitado conforme a la ley.<sup>5</sup>

El desprecio por la idea de verdad es uno de los errores más graves cometidos por el contractualismo. Ciertamente, como lo ha puesto de manifiesto con notable lucidez Belisario Tello, puesto que toda persona está hecha para la verdad, esta no puede resultar indiferente a nadie. Otro tanto acaece con el derecho, que, en rigor, no es creado por el hombre, sino encontrado por este, al igual que ocurre con la verdad. Tampoco el derecho, en cuanto cosa de hombres, puede permanecer indiferente a ella, sino que, por el contrario, lo verídico es inherente a lo jurídico.<sup>6</sup> La negación o indiferencia absoluta hacia la verdad pone de relieve los componentes antimetafísicos, subjetivistas y relativistas que se encuentran en el origen de la postura contractualista. Es su falta de adecuación a la realidad la principal aporía de la teoría. Existe aquí cierta forma de inocencia política, producida precisamente por este racionalismo a ultranza, al cual hicimos referencia más arriba. Esto se patentiza con la noción de consenso, tan cara al neocontractualismo y que ya había ocupado las especulaciones de Locke.

En efecto, tal como ha precisado con certeza Carpintero Benítez, los filósofos son concientes de que el consenso real o empírico suele ser el resultado de un juego de fuerzas al que, con mucha

5. HARZER, Regina y NAUCKE, Wolfgang: *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2008, pág. 83.

6. TELLO, Belisario: “Hecho y Derecho”, *Prudentia Iuris*, XVI, 1985, pág. 55.

frecuencia, es ajeno cualquier forma de racionalidad digna de este nombre. Así, los sindicatos presionan con amenazas de huelgas y piquetes, los empresarios con despidos o cierres, etcétera. Hay campañas de prensa, dominio de los medios de comunicación y otros tipos de coacciones. No obstante, como estos filósofos se resisten a admitir que pueda ceder ante este tipo de fuerza, hablan de un consenso ideal, es decir, no empírico, al que autores como Habermas, por ejemplo, dan el expresivo nombre de *contrafáctico*.

Los integrantes de la ética dialógica reniegan de la ontología porque no reconocen la existencia de las cosas, de la realidad externa del hombre. Siguen una confusa filosofía del lenguaje que se crea autopoiéticamente. Por este motivo, solo hablan de reglas del habla racional, de ética dialógica, etcétera. Queda, pues, planteado un problema: ¿es posible llegar a resultados objetivamente vinculantes (es decir, que generen un deber ser real), si prescindimos de la realidad humana extralingüística?<sup>7</sup> debe tenerse en cuenta, en ese caso, a la realidad. Y en lo que respecta al tema del contrato, la dificultad radica en que necesitamos criterios que permitan guiar y calificar el consenso, y no solamente contentarse con invocarlo como si fuera una palabra mágica. Ahora bien, esos criterios deben responder a algo, porque el hombre no es un ser proteico. Puede ser radicalmente indeterminado un individuo a solas consigo mismo, pero no es indeterminado el hombre que constituye hipotecas, que compra, que vende, que tiene hijos, porque todo eso lo lanza exigencias objetivas, reales.<sup>8</sup>

Hemos creído hacer un aporte al estudio de los orígenes y desarrollo histórico de la teoría del contrato social, así como también acerca de cuáles son sus consecuencias en el plano fáctico político. Estas reflexiones quizás abran una perspectiva para futuras investigaciones, seguramente mejores que la nuestra. El contractualismo es una teoría que ha de respetarse, por todo lo que ha significado en la evolución de las ideas políticas, pero puede mejorarse si llenamos con un contenido objetivo las cláusulas del pacto hipotético. Dios quiera que estas páginas sirvan para alcanzar tal cometido.

7. CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco: "Los principios fundamentales del razonamiento práctico", en PUY MUÑOZ, Francisco y LÓPEZ MORENO, Ángeles: *ob. cit.*, pág. 218.

8. CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco: "¿Razonamientos sin cosas?", *ob. cit.*, pág. 224.

## BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ALBERDI, Juan B.: *Grandes y pequeños hombres del Plata*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1991.
- ARENDT, Hannah: *Crisis de la república*, Madrid, Taurus, 1999.
- ARISTÓTELES: *Política*, México, UNAM, 1963.
- BARGALLÓ CIRIO, Juan M.: *Rousseau. El estado de naturaleza y el romanticismo político*, Buenos Aires, Abeledo, 1952.
- BOBBIO, Norberto: *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.  
—: *El tercero ausente*, Madrid, Cátedra, 1997.
- BRANDT, Richard B.: *Teoría ética*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- BUCHANAN, James: *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, Buenos Aires, Katz, 2009.
- BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon: *El cálculo del consenso*, Barcelona, Planeta DeAgostini, 1993.
- CAMPBELL, Tom: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco: “Los principios fundamentales del razonamiento práctico”, en PUY MUÑOZ, Francisco y LÓPEZ MORENO, Ángeles: *Manual de Filosofía del Derecho*, Madrid, Colex, 2000.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco: “¿Razonamientos sin cosas?”, en PUY MUÑOZ, Francisco y LÓPEZ MORENO, Ángeles (coords.): *Manual de Filosofía del Derecho*, Madrid, Colex, 2000.
- CASSIRER, Ernst: *Filosofía de la Ilustración*, México, Fondo de Cultura Económica, 1950.
- CASTELLANI, Leonardo: *Esencia del liberalismo*, Buenos Aires, Nuevo Orden, 1964.
- CHEVALIER, Jacques: *Historia del pensamiento*, Madrid, Aguilar, 1968.
- CICERÓN: *Sobre la república*, Madrid, Gredos, 1991.
- DE ASÍS, Agustín: *Manual de filosofía del derecho*, Granada, Montejuorra, 1959.
- FASSÒ, Guido: *Historia de la Filosofía del Derecho*, Madrid, Pirámide, 1982.
- FRAILE, Guillermo: *Historia de la Filosofía*, Madrid, BAC, 1978.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel: *El reino de Dios, arquetipo político*, Madrid, Revista de Occidente, 1959.
- GAUTHIER, David: *La moral por acuerdo*, Barcelona, Gedisa, 1994.

- GILSON, Étienne: *Las metamorfosis de la ciudad de Dios*, Madrid, Rialp, 1965.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio: *Meditación sobre la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963.
- GONZÁLEZ VICEN, Felipe: “Introducción”, en KANT, Immanuel: *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- HOBBS, Thomas: *Behemot. El largo parlamento*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- : *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- : *Tratado sobre el ciudadano*, Madrid, Trotta, 1999.
- : *Tratado sobre el cuerpo*, Madrid, Trotta, 2000.
- INNERARITY, Daniel: *Dialéctica de la modernidad*, Madrid, Rialp, 1990.
- JOHNSON, Paul: *Intelectuales*, Buenos Aires, Vergara, 2000.
- KANT, Immanuel: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Barcelona, Ariel, 1996.
- : *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- : *¿Qué es la Ilustración?*, Madrid, Alianza Editorial, 2007.
- : *Sobre la paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 1998.
- : *Teoría y praxis*, Buenos Aires, Leviatán, 1984.
- LOCKE, John: *Carta sobre la tolerancia*, Madrid, Tecnos, 2005.
- : *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991.
- : *Ensayo sobre el gobierno civil*, Bernal/Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes/Prometeo, 2005.
- LUCRECIO: *Naturaleza de las cosas*, La Plata, Andes, 1959.
- MARIANA, Juan de: *Del Rey y de la institución de la dignidad real*, Buenos Aires, Partenón, 1945.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús I.: *La teoría de la justicia en John Rawls*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- MCPHERSON, C. B.: “El estado de naturaleza”, en SUBIRATS, Joan y VILANOVA, Pere (ed.): *La evolución del Estado en el pensamiento político*, Barcelona, Petrel, 1981.
- MONDOLFO, Rodolfo: *Rousseau y la conciencia moderna*, Buenos Aires, Imán, 1943.
- NOZICK, Robert: *Anarquía, Estado y Utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.
- : *La naturaleza de la racionalidad*, Barcelona, Paidós, 1995.
- PAGNI, Carlos: “La inseguridad, el factor que puede hundir al gobierno”, en *La Nación*, <[www.lanacion.com.ar/1341919-la-seguridad-el-factor-que-puede-hundir-al-gobierno](http://www.lanacion.com.ar/1341919-la-seguridad-el-factor-que-puede-hundir-al-gobierno)>. Publicado el 16/01/11.
- PLATÓN: *Critón*, Buenos Aires, Astrea, 1973.
- : *La República*, México, UNAM, 1971.
- PORTELA, Jorge G.: “Construcción del consenso, moral del consenso y ley natural”, ponencia presentada en las Jornadas sobre Ley Natural y Con-

- sensu organizadas por la cátedra internacional Ley Natural y Personal Humana, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, octubre de 2010.
- : *Derecho natural*, Buenos Aires, Legislación Ordenada, 1985.
- : *La justicia*, Buenos Aires, Ariel, 1980.
- : *La justicia y el derecho natural*, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2006.
- : *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia*, Buenos Aires, Educa, 2005.
- RAFART, Susanna: *Rousseau. Vida, pensamiento y obra*, España, Planeta DeAgostini, 2007.
- RAND, Ayn: *La rebelión de Atlas*, Buenos Aires, Grito Sagrado, 2009.
- RAWLS, John: *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 2006.
- : *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- : *Justicia como equidad*, Madrid, Tecnos, 1986.
- RIDALL, J. G.: *Teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- RODRÍGUEZ FEO, Joaquín: “Prólogo”, en *Tratado sobre el ciudadano*, Madrid, Trotta, 1999.
- ROSS, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- ROUSSEAU, Jean J.: *Emilio*, Madrid, Edaf, 1985.
- : *Escritos de combate*, Madrid, Alfaguara, 1979.
- : *Las confesiones*, Buenos Aires, Jackson, 1950.
- SAN AGUSTÍN: *Confesiones*, Madrid, BAC, 1974.
- : *La ciudad de Dios*, Madrid, BAC, 1965.
- SAN ISIDORO DE SEVILLA: *Etimologías*, Madrid, BAC, 1982.
- SINGER, Peter (ed.): *Compendio de Ética*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.
- SOLOMON, Robert: “La ética de los negocios”, en SINGER, Peter (ed.): *Compendio de Ética*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.
- SUÁREZ, Francisco: *Tratado de las leyes y de Dios legislador en diez libros*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967.
- TELLO, Belisario: *El mito del Leviatán*, Córdoba, Arkhé, 1966.
- : “Hecho y derecho”, *Prudentia iuris*, XVI, 1985.
- TOUCHARD, Jean: *Historia de las ideas políticas*, Madrid, Tecnos, 1970.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Madrid, Revista de Occidente, 1970.
- VALLESPÍN OÑA, Fernando: *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Madrid, Alianza Universidad, 1985.
- VANNI ROVIGHI, Sofía: *Introducción al estudio de Kant*, Madrid, Fax, 1948.
- VENTURA, Eduardo: *Sobre hechos e ideas políticas*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997.
- VERDROSS, Alfred: *La filosofía del derecho del mundo occidental*, México, UNAM, 1983.
- VICTORIA, Francisco de: *Relecciones teológicas*, Madrid, BAC, 1960.

VILLEY, Michel: *Los fundadores de la escuela moderna del Derecho Natural*, Buenos Aires, Ghersi, 1978.

WEBER, Max: *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.



## ÍNDICE

Prólogo del autor .....	7
Prólogo de Milagros Otero Parga.....	9
Propósito de la obra .....	13
I. Algunos datos .....	15
II. Los griegos .....	19
III. El hombre veterotestamentario.....	25
IV. Contrarreforma y origen de la soberanía.....	29
V. La versión de Hobbes .....	35
V.1. El contrato .....	41
V.2. La arquitectura del poder .....	45
VI. La versión de Locke .....	51
VI.1. La sociedad política .....	55
VI.2. Los poderes de la república.....	58
VI.3. Balance del contrato social .....	60
VII. La versión de Rousseau .....	69
VII.1. La naturaleza del hombre .....	71
VII.2. Voluntad general y contrato social .....	74
VII.3. La importancia de la ley positiva .....	79
VII.4. El concepto del hombre.....	83
VIII. La versión de Kant .....	89
VIII.1. Gnoseología y ética kantianas .....	90
VIII.2. El derecho .....	92
VIII.3. El contrato .....	96

IX. El neocontractualismo .....	103
X. Robert Nozick y el Estado mínimo .....	105
XI. John Rawls, posición originaria y noción de justicia .....	113
XI.1. Estructura básica, justicia social y justicia aristotélica .....	116
XI.2. Situación originaria y principios de justicia.....	118
XI.3. El tópico del consenso.....	121
XII. El contractualismo de James Buchanan .....	127
XII.1. Los derechos y el contrato .....	130
XII.2. La ley y el contrato.....	131
XIII. Una aplicación de la teoría del contrato social a la literatura: <i>La rebelión de Atlas</i> , de Ayn Rand.....	135
XIV. Conclusiones .....	141
XIV.1. Síntesis final .....	146
Bibliografía utilizada .....	149





**Editorial de la Universidad Católica Argentina**