



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

CAPÍTULO SEGUNDO

MODELO HOBBSIANO Y VARIACIONES DEL CONTRACTUALISMO.	21
I. La primacía de los derechos sobre los deberes	21
II. Thomas Hobbes	32
III. John Locke	40
IV. J. J. Rousseau.	50
V. I. Kant	57

CAPÍTULO SEGUNDO

MODELO HOBBSIANO Y VARIACIONES
DEL CONTRACTUALISMO*

I. LA PRIMACÍA DE LOS DERECHOS SOBRE LOS DEBERES

La mayoría de los autores que se han ocupado de derechos humanos o fundamentales buscan los fundamentos históricos y teóricos de dichos derechos en el jusnaturalismo y contractualismo modernos. Por ejemplo, escribe Michel Troper, en un ensayo que pretende ser una introducción sintética al tema:

Es posible afirmar con certeza solamente que la aparición de los derechos del hombre está vinculada a las doctrinas del jusnaturalismo moderno. Entre los primeros teóricos, ni Grozio ni Hobbes conciben a los derechos del hombre porque, aunque admiten la primacía de la razón y la evidencia del derecho natural, se limitan a plantear la idea del contrato social por medio de la cual los hombres renuncian a sus derechos naturales en favor de un soberano. Para estos autores el derecho natural sirve para fundamentar la legitimidad del derecho positivo. Locke es quien teoriza que la finalidad del contrato social es garantizar los derechos naturales del hombre, anteriores al Estado, que son la vida, la libertad, la propiedad; derechos que no necesariamente son respetados en el estado de naturaleza. Los hombres, a cambio de estas garantías, se comprometen a obedecer; pero si los soberanos no respetan su parte del trato y actúan despóticamente, los súbditos que-

* Traducción de Pedro Salazar Ugarte, investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

dan liberados de sus deberes de obediencia y legitimados para resistir a la opresión.¹³

Esta es la posición predominante sobre el origen de los derechos fundamentales. Ir más atrás en el tiempo, precisa Troper, para buscar en el pensamiento griego, en el derecho romano, o en la escolástica cristiana los fundamentos históricos y filosófico-jurídicos de los derechos puede ser engañoso: aunque existen algunos rastros, éstos no parecen suficientes para justificar que se busque reivindicar una paternidad. Como hemos observado en el capítulo anterior, en Aristóteles encontramos la idea de un derecho natural diferente y superior a las leyes de las ciudades particulares —idea que queda también expresada en el mito de Antígona—, pero no existen rastros de la autonomía individual que está detrás de la doctrina moderna de los derechos. Conviene advertir —aunque sea de paso— que la idea de la autonomía individual no es tan simple, lineal y realizable como podría parecer: no debemos olvidar que sobre este último aspecto, la autonomía sólo es posible en el contexto de las formas de democracia radical, de origen rousseauiano, en las que se pretende alcanzar la unanimidad en las deliberaciones; en cuando a la (aparente) simplicidad del concepto, me limito a señalar que la autonomía individual puede entenderse, por lo menos, en dos formas diferentes, dependiendo de si la entendemos como una *interest theory* de origen hobbesiano, lockeano y genéricamente utilitarista o, en cambio, como una *choice theory* de origen kantiano).

La falta de un concepto claro de autonomía individual, según Troper, no sólo caracteriza al pensamiento griego sino también al derecho romano, que es incompatible con la idea de derecho subjetivo, y con el pensamiento de Santo Tomás, que incorpora al hombre en una visión teológica y cosmológica ordenada por una voluntad superior (heterónoma). Esto por no afirmar, más

¹³ Troper, Michel, “I diritti fondamentali”, *Enciclopedia italiana de ciencias, letras y artes*, apéndice 2000, Roma, Treccani, 2000, p. 712, t. II.

banalmente, que la antigüedad y la edad intermedia consideran como una forma “natural”, legítima y legal, de la organización social a la esclavitud o a la servidumbre de la gleba. En síntesis, en ausencia de esos tres elementos —la concepción abstracta del individuo, de su autonomía y, por ende, de la universalidad de los derechos, atribuibles a todos por el hecho de ser seres humanos—, cualquier paternidad a propósito de los derechos fundamentales es, por lo menos, sospechosa.

En la misma dirección general se orienta la voluminosa y minuciosamente articulada historia de los derechos fundamentales orquestada por Gregorio Peces-Barba. En el capítulo “Derechos, sociedad y cultura en el siglo XVIII”, aunque los autores reconocen algunos precedentes de los siglos anteriores, afirman que debemos reconocer que: “el siglo XVIII, el siglo de las luces, es el tiempo de los derechos, aunque no se presente aun en toda su complejidad, en la plenitud de todos sus perfiles. El siglo XIX añadirá los derechos sociales, y el siglo XX, los restantes derechos de la persona concreta, ubicada en un contexto”.¹⁴ También Ferrajoli asume que el paradigma de la democracia constitucional, que se fundamenta en los derechos fundamentales, es “hijo de la filosofía contractualista”.¹⁵ Podríamos continuar citando otros autores importantes, comenzando por Bobbio. Pero, además, en su conjunto, todas estas son afirmaciones difíciles de objetar en el plano historiográfico. A parte de uno que otro tomista, ¿quién más podría negar que la incubadora de los derechos fundamentales haya sido el contractualismo moderno y, concretamente, que Locke esté al origen del constitucionalismo? Si bien, retomando a Hegel, podamos afirmar que lo que es sabido no es necesariamente conocido. O que la historia, la retórica y la filo-

¹⁴ Peces-Barba, Gregorio y Dorado Porras, Javier, “Derechos, sociedad y cultura en el siglo XVIII”, en Peces-Barba, Gregorio; Fernández García, Eusebio y Asís Roig, Rafael de (eds.), *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2001, t. II, vol. I, p. 7.

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, en Cabo de y Pisarello, G. (eds.), Madrid, Trotta, 2001, p. 38.

sofía no van siempre —de hecho, casi nunca lo hacen— de la mano (de manera creíble, razonable).

Dicho de otra manera: debajo de estas afirmaciones aparentemente obvias y descontadas se esconden insidias teóricas, problemas filosóficos que la propia retórica de los derechos fundamentales no permite enfrentar desapasionadamente y, por lo tanto, con rigor. De hecho, ya en estas primeras tesis resurgen —comenzando por el orden con el que los históricos colocan las teorías de los derechos y su génesis— dificultades, aporías y contradicciones. Por ejemplo, ¿derechos humanos y derechos fundamentales son términos intercambiables? Si no lo son, ¿cuál de estos términos es el género y cuál es la especie? O, de plano, ¿son géneros distintos y especies distintas, que caben dentro la clase genérica de los derechos subjetivos? Y, ¿qué hacemos con los orígenes contractualistas y, específicamente con Hobbes, en donde el jusnaturalismo y el juspositivismo están estrechamente atados por lo que surgen dos concepciones antitéticas del derecho? Y, aún más lejos, ¿es completamente cierto que los derechos subjetivos no pueden concebirse antes y por fuera de la base teórica que ofrecen el individualismo y el contractualismo moderno, o es necesario realizar mayores distinciones en el plano antropológico y también en el nivel político-jurídico?

Las diferentes respuestas posibles a estas preguntas originan teorías muy diferentes de los derechos “fundamentales”, incluso algunas teorías que los niegan. Inmediatamente después de la Declaración de 1789 algunas voces negaron la existencia abstracta de estos derechos: no sólo lo hizo la derecha aristocrática de los *émigrés* que escaparon de la Revolución francesa, sino también un liberal conservador como Burke quien sostuvo que podía entender qué cosa eran los derechos de los ingleses que pertenecían a la historia del pueblo inglés, a sus tradiciones y a sus batallas por conquistarlos, pero no entendía qué cosa podían ser —más allá de una peligrosa invitación a la rebelión y a la subversión— las doctrinas según las cuales todos los hombres, abstractamente, por el sólo hecho de serlo, tenían derechos (funda-

mentales). Por su parte, desde una posición “democrática”, muy distinta a la de Burke, el segundo Bentham, se cuestionó si la definición de los derechos, además de generar razonamientos peligrosos y actitudes anárquicas orientadas a desquiciar el derecho positivo, tenía un cierto sentido y una cierta utilidad. Como es bien sabido, Bentham concluye que la doctrina de los derechos del hombre y del ciudadano no tenía ningún sentido ni utilidad. Análogamente, Marx, consideró la prospectiva individualista-contractualista como una “robinsoneada” —esto es, como una perspectiva que menosprecia los vínculos histórico-culturales entre los individuos, y que los observa como si fueran muchos Robinson Crusoe en una isla desierta— útil sólo para la clase dominante que cuenta con los medios para aprovecharse de las libertades formales o “burguesas”, mientras el problema verdadero es liberar a todos los hombres de la alienación producida por el sistema de producción capitalista.¹⁶

Actualmente, como ha subrayado Bobbio, nadie niega (al menos no abiertamente) que existan derechos fundamentales. Pero esto no significa que estemos de acuerdo en el catálogo, en los sujetos a los que se les atribuyen y en las garantías que predisponen el legislador. El catálogo de la Iglesia católica no es el mismo que el de los laicos, y no lo es ni por prioridad ni por contenidos. Y si nos alejamos de lo que llamamos “occidente”, tenemos la reivindicación de los *Asian values* y, más en general, de los “derechos culturales” que se atribuyen no sólo a los individuos sino también a “colectivos” (grupos, comunidades). Y también son objeto del debate jurídico contemporáneo el escepticismo sobre la posibilidad de garantizarlos y de regular su ejercicio —convirtiéndolos en algo más que derechos de papel (Guastini)— así como sobre las potencialidades antidemocráticas del constitucionalismo rígido de los derechos (Waldron, y sobre todo, Pintore) o,

¹⁶ Una reconstrucción esencial, por precisa, de las posiciones de Burke, De Maistre, Bentham y Marx se encuentra en Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 1, pp. 89-120.

viceversa, sobre las potencialidades totalitarias de una democracia sin constitucionalismo rígido (Ferrajoli, Bovero).

Ya regresaremos sobre estos temas.¹⁷ Pero prosigamos en orden, replanteando la pregunta sobre el origen de los derechos fundamentales. Si dejamos de lado los elementos historiográficos, ¿existe algún modo filosóficamente convincente para atribuirle al contractualismo moderno la paternidad de los derechos? Creo que, sobre este particular, la mejor aproximación es la que nos ofrece Norberto Bobbio, que encuentra en el origen de los derechos fundamentales una verdadera revolución copernicana que hace de los derechos un *prius* y de los deberes correspondientes un *posterius*, con lo que invierte el modo tradicional, antiguo, para considerar las relaciones sociales, jurídicas y políticas. Si damos, de nueva cuenta, un paso hacia atrás, tenemos que esta transformación está determinada por el paso desde una concepción holística y organicista de la sociedad y del Estado hasta una concepción individualista y mecanicista (o artificialista) de los mismos. Escribe Bobbio:

Concepción individualista significa que primero está el individuo, entiéndase, cada individuo en lo singular, que tiene un valor por sí mismo, y después viene el Estado, no al revés. Que el Estado está hecho para el individuo y no el individuo para el Estado. Por el contrario, para citar el famoso artículo 2 de la Declaración de 1789, la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre es 'la finalidad de toda organización política'. En esta inversión en el sentido de la relación entre el individuo y el Estado también se invierte la relación tradicional entre el derecho y el deber. Por lo que se refiere al individuo, primero están los derechos y después los deberes; en lo que hace al Estado, primero están los deberes y después los derechos.

Y, poco más adelante, agrega:

¹⁷ Como ya lo he advertido en la introducción, estos dos temas serán estudiados en los capítulos IV y III de este trabajo.

el individualismo es la base filosófica de la democracia: una cabeza, un voto. En cuanto tal, siempre se ha contrapuesto, y siempre lo hará, a las concepciones holísticas de la sociedad y de la historia, provengan de donde provengan, que tienen en común el desprecio por la democracia como forma de gobierno en la que todos los individuos son libres de adoptar las decisiones que les afectan y tienen el poder de hacerlo.

Y concluye:

Con el surgimiento del Estado de derecho se realizó el paso final que va desde el punto de vista del príncipe, hasta el punto de vista de los ciudadanos. En el Estado despótico, los individuos en lo singular sólo tienen deberes y no tienen derechos. En el Estado absoluto, los individuos detentan derechos privados ante el soberano. En el Estado de derecho, el individuo no sólo tiene derechos privados ante el Estado sino que también tiene derechos públicos. El Estado de derecho es el Estado de los ciudadanos.¹⁸

A lo largo de este razonamiento se entiende mejor porqué las otras “paternidades” mencionadas por Troper son inapropiadas o solamente parciales. Inapropiada es la referencia al derecho romano. Ciertamente, nos dice Bobbio, también en el derecho romano existe una primacía del derecho sobre la obligación —así como existe la distinción, recordará más tarde Ferrajoli, entre derecho de la persona y derecho del ciudadano— pero los sujetos a los que dichos derechos se atribuyen son sujetos económicos, no políticos: la esfera de validez y aplicación de dichos derechos se limita a todo lo que es el derecho privado, o mejor dicho, a la parte que se refiere al negocio jurídico. Los individuos a los que se atribuyen los derechos son propietarios, titulares de derechos sobre las cosas, que interactúan con otros propietarios, con otros sujetos económicos. No se refiere al derecho público, a la relación política entre soberano y súbditos (en efecto: súbditos). El nacimiento del Estado de derecho, en cambio, se caracteriza por el *reconocimiento*

¹⁸ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 10, pp. 435-437.

(y no por la concesión como si se tratara de un efecto reflejo del poder estatal, según la tesis de los juspublicistas alemanes de finales del siglo XIX) de derechos públicos subjetivos.

La referencia a la tradición del pensamiento cristiano es, en cambio, problemática, ambigua. Por un lado, de hecho, es difícil negar que el jusnaturalismo fue ideado por un número importante de promotores del cristianismo —aunque, conviene precisar, no es el caso de Hobbes— o, para utilizar las palabras de Bobbio, de una “secularización de la ética cristiana” (a partir de la idea de Grocio del *etsi daremus non esse Deum*).¹⁹ Pero, por el otro lado, el propio Locke, aunque se refiere explícitamente a la tradición histórico-cristiana de la ley natural —el “sabio Hooker” multicitado en el Segundo tratado— rompe en parte con esa tradición, proponiendo una tradición atributiva y no imperativa de la ley natural (que adscribe *derechos* a los individuos antes que imponerles *obligaciones*). Subrayo, “en parte”, porque la idea de que los derechos se atribuyen mediante la ley natural contiene y subraya la prioridad de los principios sobre las normas, prioridad que representa la línea de continuidad entre el jusnaturalismo clásico y el neoconstitucionalismo contemporáneo. Pero también sobre este “hilo rojo” tendremos oportunidad de regresar.

Por lo que hace a la antigüedad griega, a pesar de la mayor distancia en el tiempo, el problema parece más facetado. De hecho, bajo ciertas condiciones, en algunos periodos y en algunas polis como Atenas —piénsese al elogio a la democracia ateniense de Pericles— *en principio* todos los que cabían en la categoría de los seres dotados de razón y juicio (que, entonces, eran los varones, autóctonos, adultos y libres) no sólo disponían de derechos políticos de participación en el gobierno de la polis, sino también, para poder ejercer estos derechos políticos, tenían derechos de libertad: por ejemplo, el derecho a la manifestación pública del propio pensamiento. Como ha advertido Bovero, la discriminación se daba en el

¹⁹ Sobre este aspecto veáse también el capítulo I, p. XXXX.

plano cultural y antropológico, no en el plano político-jurídico.²⁰ Y, cabe observar, algunas de esas luchas por la emancipación todavía no han terminado, ni siquiera después de la proclamación de los derechos en las Constituciones y en las cartas internacionales. Por lo mismo no parece del todo impropio afirmar que, en el ideal de la Atenas de Pericles, los seres (considerados) plenamente humanos disponían en la práctica —una práctica que no estaba protegida mediante Constituciones rígidas— de algunos derechos fundamentales. Sin embargo, en el plano filosófico, la existencia de un derecho natural objetivo que era expresión de un “racionalismo” de corte aristotélico e histórico —por ejemplo, el hecho de que los valores y las medidas cambiaran de ciudad en ciudad, pero en todas partes se intercambiarán bienes a partir de valores y medidas— tiene poco que ver con el individualismo moderno y con la atribución de derechos subjetivos (fundamentales o no) a las personas. De hecho, el derecho natural objetivo refleja el orden racional del ser y del discurso, la armonía del cosmos. La concepción organicista dominante que atraviesa a la antigüedad, desde Platón hasta Cicerón —con la excepción de Epicuro, los escépticos y algunos otras escuelas menores como los cínicos— y que continua en la edad de en medio, conduce al rechazo decidido de la prioridad de los derechos sobre los deberes: por el contrario, en esta concepción, el “ciudadano” es miembro de una comunidad política que puede pedirle el máximo de los sacrificios si la propia comunidad lo considera necesario.

Pues bien, esta inversión de las visiones del mundo, desde el holismo hasta el individualismo, y, por lo tanto, desde la prioridad de los deberes hasta la prioridad de los derechos, desde un punto de vista analítico, es una explicación que me parece plausible y convincente del *origen* de la doctrina de los derechos fundamentales. Esto no significa que esta sea la estrategia con la que Bobbio pretende resolver el problema de los *fundamentos*, que debe distinguirse analíticamente de la cuestión de los orígenes doctrinales, por más que existan indudables cruzamientos y superposiciones.

²⁰ Bovero, M., *Il governo dei peggiori*, Roma, Laterza, 2000, pp. 17 y 18.

Recordemos esa afirmación, muchas veces citada, según la cual el problema de los fundamentos es un falso problema, un problema sin solución que no lleva a ninguna parte. Este es un punto sobre el que regresaremos de nuevo pero conviene insistir —como se hizo en el primer capítulo—, en que la frase que afirma que “el problema de fondo en relación con los derechos del hombre no es el de *justificarlos* sino el de *protegerlos*” y que, como tal, sería un problema político y no filosófico, no debe entenderse como una renuncia a la discusión sobre la (o las) justificación(es) de los derechos, sino como una forma de quitarle coartadas a aquellos que, en aras de una presuntuosa búsqueda de los mejores fundamentos para los derechos fundamentales, sostienen que no deben respetarse o que no deben establecerse las garantías adecuadas.

Es cierto que *históricamente* los derechos se conquistaron después de las batallas contra los privilegios a cargo de aquellos que padecieron discriminaciones arbitrarias, y que, *políticamente*, su fundamento —que, en este caso, significa su fuerza para afirmarse como normas positivas en las cartas nacionales y supranacionales— sólo puede depender de lo que Bobbio ha llamado, refiriéndose a una fórmula de derecho natural premoderno, una especie de *consensus gentium* ecuménico, que sea lo más amplio posible y que sirva para lograr un acuerdo general más allá de las diferencias culturales, de las divisiones religiosas, políticas, etcétera.

Esto no quita que *filosóficamente* puedan valorarse las diversas pretensiones argumentativas a la luz de la razón e indicar, junto al *origen* de los derechos, a su más sólido y coherente *fundamento* (o núcleo de fundamentos). Y esto es exactamente lo que Bobbio ha hecho al enfrentar, al interior de la visión del mundo individualista, las razones del jusnaturalismo y las del positivismo. Tal vez es políticamente necesario hacer una referencia al venerado consenso de los pueblos como fundamento ecuménico de los derechos porque la modernidad política —que para algunos ya ha sido rebasada: estamos en el post-moderno— aún está muy lejos de cumplirse. Y ciertamente no faltan, precisamente en nuestra época post (o simplemente anti-)moderna, los que, tergiversando con ma-

yor o menor intencionalidad a Bobbio, quisieran someter los derechos fundamentales a la contingencia histórica y geográfica cambiante, en nombre de un relativismo absoluto, sin fundamento. Y, en mi opinión, si no asumimos el cuadro de referencia del jusnaturalismo moderno —es decir: sin un mínimo de argumentos plurales pero propios de la visión individualista del mundo que es la única que implica la primacía de los derechos sobre los deberes— entonces, no sin éxito, sería posible replicar de la mano de uno de los más duros adversarios de los derechos, Joseph De Maistre: ¿dónde están estos seres humanos a los que se atribuyen los derechos en cuanto tales? Yo veo ingleses, franceses y alemanes y, gracias a Montesquieu, sé de la existencia de persas, pero al hombre en general nunca lo he visto, y si existe yo lo desconozco. Bastaría con actualizar la provocación.

Por último, aunque parece superfluo subrayarlo, el sostener que el origen de los derechos está en las doctrinas individualistas y contractualistas de los siglos XVI y XVII no significa que los acontecimientos históricos sucesivos hayan favorecido su desarrollo y su ulterior realización (todo lo contrario: piénsese en el romanticismo y en el nacionalismo), o que la retórica actual de los derechos humanos fomente seriamente dicho origen y sus implicaciones —la prioridad de los derechos sobre los deberes—, hasta llegar a las (que deberían ser sus) consecuencias (por ejemplo, que los derechos de los pueblos en cuanto tales no existen), pero también sobre estas (inciertas) implicaciones tendremos oportunidad de regresar.

Ahora me interesa el núcleo de los argumentos que sirven para justificar, de manera plural pero no ecuménica, a los derechos fundamentales. Bobbio es claro en su posición e *in claris non fit interpretatio*. El punto decisivo sigue siendo el mismo: individualismo vs. holismo. Pero lo que puede ser interesante es desarticlar y rearticular, descomponer y recomponer, este punto decisivo —llamémoslo así, el argumento de Bobbio— mediante un análisis de las cuatro grandes teorías contractualistas de la modernidad: Hobbes, Locke, Rousseau y Kant. Yo creo que de es-

tos cuatro individualismos (y/o contractualismos), diferentes entre sí, podemos obtener cuatro “raíces”, o más bien, cuatro líneas inspiradoras muy diferentes que siguen siendo referencia y alimento de las doctrinas contemporáneas de los derechos. O, para decirlo de otra manera, lo que sigue es —espero que sin alterar el sentido filológico de los textos— un intento por subrayar algunos aspectos de su pensamiento que nos pueden servir para entender de mejor manera algunas de las cuestiones que atraviesan y animan el debate contemporáneo sobre los problemáticos nexos entre teorías de los derechos, formas de constitucionalismo y democracia.

II. THOMAS HOBBS

Bobbio, como es sabido, identifica el modelo “puro” del jusnaturalismo y del contractualismo moderno en Hobbes y no en Grocio. Los demás contractualistas modernos se definen, por diferencia específica, al interior del modelo hobbesiano. Compartiendo las líneas generales de la aproximación bobbiana, podremos definir de la siguiente manera los puntos esenciales del modelo hobbesiano.

El modelo se construye sobre la gran dicotomía “estado de naturaleza-sociedad civil”. Los elementos que lo caracterizan son seis: *a)* el punto de partida para analizar y comprender los fundamentos de la obligación política es el estado de naturaleza, una condición no política o prepolítica; *b)* el estado de naturaleza tiene como elementos constitutivos a los individuos, no asociados, aunque asociables; *c)* estos elementos deben considerarse, en el estado de naturaleza, como libres e iguales; *d)* el paso desde el estado de naturaleza hasta la sociedad civil y, por lo mismo, a la obligación política, tiene lugar mediante pactos o convenciones, es decir, a través de uno o más actos voluntarios acordados por los individuos, por lo que la sociedad civil o el Estado es una construcción artificial; *e)* el principio de legitimación de la sociedad política es el consenso de los li-

bres e iguales, ya no la relación jerárquica típica de las sociedades naturales (familia, sociedad patriarcal); *f*) en conclusión, entre el estado de naturaleza y el Estado político existe una contraposición y no una continuidad, en el sentido de que el Estado político se forma por antítesis al estado de naturaleza, para eliminar o corregir sus defectos estructurales.

Las principales variaciones del modelo hobbesiano, que se encuentran sobre todo en el pensamiento de Locke, Rousseau, Kant, se refieren al punto de partida (si el estado de naturaleza es un Estado histórico o hipotético, pacífico o beligerante, si es una condición de aislamiento total o de socialización parcial) y sobre todo, a la forma en la que se pasa desde la condición no política o prepolítica hasta la situación política: si el pacto debe ser uno solo, de tal manera que es posible construir mediante un sólo acto a la sociedad y fijar las condiciones de la obligación política, como pensaba Hobbes, o bien, si deben ser dos, el primero para fundar a la sociedad y el segundo para establecer la sumisión al soberano. De estas variaciones depende, con toda evidencia, la forma (absolutista, liberal, democrática) que adoptará el segundo elemento de la gran dicotomía, la sociedad civil o Estado.²¹

Aunque el modelo jusnaturalista moderno adquiere su nombre desde Hobbes, como hemos visto, Troper y muchos otros estudiosos, incluso en ocasiones el propio Bobbio, cuando se refieren al tema específico de los derechos hacen referencia a Locke, considerando que en Hobbes se encuentra definida de manera inequívoca la perspectiva o la visión del mundo individualista, pero que también inequívocamente no existe rastro alguno de una doctrina, siquiera en ciernes, de los derechos de la persona (aunque en Hobbes no falta, como sabemos, una teoría original del derecho subjetivo de los individuos en el estado de naturale-

²¹ Como es bien conocido, Bobbio propone una descripción articulada y completa de dicho modelo en la primera parte de Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo, *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Milán, Il Saggiatore, 1976. Con la única finalidad de servir como un recordatorio para el lector, me he permitido resumir esquemáticamente los términos.

za). Por el contrario, observa Bobbio, Hobbes, en su afán por demostrar el carácter absoluto del poder soberano, parece incurrir en la perspectiva contraria, organicista: la celebre imagen y la descripción del Leviatán —el Estado se imagina como un hombre gigante, cuyos miembros se integran por muchos hombres pequeños— serían, desde este punto de vista, la prueba contundente. Sobre los significados de esta imagen, sobre sus posibles interpretaciones, se podría plantear alguna interrogante, si invertimos el sentido “común” de la metáfora. Esto daría lugar a una disertación muy amplia, que prefiero evitar.²²

En todo caso, lo que parece claro es el carácter *marginal* que tienen los ciudadanos (súbditos) en la sociedad civil o Estado. Parece fuera de toda duda que, para Hobbes, la única libertad de los súbditos consiste en el *silentium legis*: todo lo que no está explícitamente prohibido se encuentra permitido, pero el soberano puede, al menos en principio, legislar sobre todas las materias y sobre todos los aspectos de la vida de los ciudadanos, sin que se encuentre previsto algún límite jurídico, constitucional. La esfera de libertad de los ciudadanos también puede ser muy grande, pero siempre es revocable, reducible y, en el caso extremo, totalmente anulable. Está es, por otra parte, la esencia del poder absoluto, esto es, *legibus solutus*: desde una perspectiva juspositivista, la voluntad del soberano es superior a la ley porque es la que la produce y, por lo mismo, el propio soberano no está obligado por la ley positiva porque puede desobligarse cuando quiera mediante una ley sucesiva; pero sí está obligado por la ley natural que sólo tiene vigor *en su foro interno*, ante su propia conciencia.

Así las cosas, parece imposible encontrar en Hobbes algún mínimo indicio de una teoría de los derechos fundamentales, que tienen razón de existir como límite (al menos) del poder político, del soberano. Soberano que dejaría de ser absoluto porque ya no estaría por encima de la ley, sino por debajo de ella, si la enten-

²² He tratado este tema en *Dal disordine al consenso. Filosofia e politica in Hobbes*, Milán, Angeli, 1994, en particular, pp. 79-89.

demos como el conjunto de normas constitucionales, superpuestas al legislador ordinario: sólo respetándolas el legislador es legítimamente soberano. Afirmar esto es, ateniéndonos a los que sostiene Hobbes, una especie de autodisolución de la política: se abrirían inmediatamente las puertas al estado de naturaleza cuando cada súbdito pudiese reivindicar sus presuntos derechos, comenzando por el derecho de libertad de expresión pública de sus opiniones, que se materializa en la licitud del disenso, de crítica al soberano sin correr el peligro de la censura, de la prisión, de la tortura de la muerte. Y conviene advertir que Hobbes parece preocuparse más por los derechos de libertad que por los derechos políticos: al menos en línea teórica, su soberano no es necesariamente una persona física, el monarca; también puede ser una asamblea democrática o aristocrática, en la que a todos los ciudadanos o a una parte de ellos se le reconocerían los derechos de participación política.

Así, aunque su preferencia se dirija hacia la forma de gobierno monárquica, el propio Hobbes plantea el tema, que todavía hoy sigue abierto, de una soberanía que se ejerce de manera democrática pero absoluta, sin límites constitucionales, sin (eficaces) tutelas para la minoría política y para el disenso individual. Para Hobbes, el absolutismo era *necesario* en toda soberanía, incluso cuando se ejercía por una asamblea y, paradójicamente, empuja a la democracia hacia formas despóticas o hacia el regreso a la anarquía del estado de naturaleza: si las condiciones por las que un cambio de mayoría se realiza pacíficamente no están garantizadas con límites constitucionales, mediante formas institucionalmente previstas, la única forma de obtener una transformación política es mediante la sustitución violenta o fraudulenta de los que ejercen el poder. Entonces, también los derechos de ciudadanía se manifiestan inexistentes o, como quiera que sea, impracticables. Por esta ruta —que indudablemente podría considerarse la ruta maestra de la interpretación hobbesiana, la que es más fiel a los textos— tendría razón Troper cuando sostiene que Hobbes afirma el punto de vista individualista, pero no deja

espacio alguno para pensar en derechos que se atribuyan a cada individuo.

Pero, en Hobbes, tal vez, existe otra ruta interna que no excluye el horizonte de los derechos fundamentales aunque mantenga viva la duda sobre la posibilidad de garantizarlos de manera efectiva y eficaz. En el fondo, ¿cuál es la razón que justifica y orienta el modelo hobbesiano? Evitar el regreso al estado de naturaleza en el que reina la inseguridad, la miseria y la brutalidad por lo que el bien primario de todos, la vida (que es el presupuesto de todos los demás bienes), se encuentra en continuo peligro, y la muerte violenta y prematura espera detrás de la esquina. El *ius in omnia* en el que, ficticiamente, se encuentran los seres humanos, en realidad, esconde la ausencia de una garantía del derecho primario y elemental a la vida. El trazado de todo el artificio contractual que elaboró Hobbes puede buscarse, en primer lugar, en una reivindicación del derecho a la vida (entendida como el no asesinato de un ser humano a partir de su nacimiento). Paz interna y seguridad externa, los objetivos explícitos del pacto de unión que funda a la sociedad civil y contextualmente al poder soberano, son las condiciones necesarias para garantizar el derecho a la vida.

Se podría objetar que para garantizar este derecho primario y mínimo, Hobbes, sacrifica de inmediato todos los otros derechos del individuo, sometiéndolo a un poder absoluto. Pero, si observamos con atención, dentro del razonamiento de Hobbes hay algo más. El derecho a la vida no es un derecho a la vida en sentido simplemente biológico. El hecho de que se considere un derecho reivindicable por un ser racional, excluye que la vida a la que se pretende tener derecho sea una mera supervivencia física. En el *De cive*, Hobbes, —enumerando los casos en los que el individuo puede legítimamente intentar abstraerse de la decisión del poder político al que él mismo ha autorizado— arroja la expresión cargada de consecuencias “vida digna de ser vivida” para explicar, precisamente, que un individuo pueda preferir morir a vivir una vida considerada *indigna* de vivirse. Los casos que retoma Hob-

bes se limitan, ciertamente, a la evasión de la muerte y al rechazo de acciones en contra de los afectos más cercanos (que son, para el individuo, una especie de extensión de sí mismo), pero, si observamos bien, en el *Leviatán* los casos contemplados se extienden y alcanzan también los rasgos del disenso, de la resistencia “política” ante decisiones que se consideren, en efecto, catastróficas para los individuos.²³ Ciertamente, es posible advertir, el derecho a una vida digna de vivirse se puede reivindicar contra el soberano, pero la única forma que admite Hobbes es extrajurídica, es la *rebellio* individual, el regreso de aquel o aquellos individuos a una condición de estado de naturaleza ante el soberano, que no por ello pierde legitimidad, como lo haría, en la propuesta del garantismo, un soberano que viole sistemáticamente los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

Es verdad que en el estado de naturaleza hobbesiano, no existe una correspondencia entre el derecho subjetivo a realizar todo aquello que sea necesario para aumentar las posibilidades de sobrevivir y el derecho de los demás a conservar su propia vida. La *rebellio* del ciudadano rediseña las relaciones con el soberano en términos de estado de guerra. Sin embargo, aunque no se trata de una obligación jurídica, también para el soberano hobbesiano existe, como colofón del pacto de unión que le otorga el poder para garantizar la paz y la seguridad, un fuerte vínculo de racionalidad en el ejercicio del poder político. El capricho y el arbitrio que caracterizan a la figura del déspota oriental quedan excluidos del horizonte de la razón calculadora hobbesiana, que precisamente encuentra su expresión más lúcida en la actuación del soberano. La prudencia política —o, si se prefiere, un realismo bien entendido— debe conducir al soberano hacia formas de autolimitación de un poder potencialmente absoluto. En la idea del vínculo de racionalidad que se encuentra en las páginas de Hobbes es posible encontrar el primer núcleo de la argumentación que considera que los derechos subjetivos son justificables

²³ A propósito de estos casos, véase en particular, el capítulo XXI.

sólo en tanto formas de autolimitación del poder soberano. Una tesis que, como advierte Ferrajoli, proviene desde la doctrina alemana de la segunda mitad del siglo XIX y que llega, transformada y al mismo tiempo reafirmada por la autoridad de Kelsen, hasta nuestros días.

En este sentido, regresar aun más atrás en el tiempo —hasta Hobbes— puede ayudarnos a entender si la ruta de la autolimitación es o no la única —o la mejor— justificación posible de los “derechos fundamentales” de los individuos. Retomemos ahora el hilo del razonamiento: si nos tomamos en serio una expresión como “vida digna de vivirse” podemos en apariencia construir con facilidad un catálogo de los derechos fundamentales que va más allá de la simple vida. A pesar del rechazo de Hobbes al juicio privado sobre el bien y el mal y, por lo tanto, a la distinción entre formas de gobierno buenas y malas, las formas de gobierno despótico —hoy diríamos simplemente a los totalitarismos— podrían caer en el supuesto en el que la vida no es digna de vivirse, porque los individuos son aniquilados mediante la continua amenaza de arbitrio y de prepotencia, como en el fondo sucede en el estado de naturaleza. Y de ahí, el paso para concluir que esta situación no puede resolverse con un simple llamado a la deontología del soberano —que es como apelar vanamente al respeto de las leyes naturales— sino mediante límites legales, creando una esfera de lo que no puede decidirse, es, aunque no directo ni obligado, lógicamente posible.

El propio Hobbes identifica en la conciencia religiosa el ejemplo por excelencia, y explica cómo, en ese supuesto, la *desobediencia* al soberano —que sigue siendo susceptible de condena— tiene una razón de ser, no es absurda. El caso del *martirio*, individual y colectivo, es el caso por excelencia porque mete en juego la reivindicación de la libertad de religión, una lucha que históricamente abrió la puerta a la reivindicación de todos los demás derechos de libertad. En esta lógica, la interpretación schmittiana de Hobbes en el sentido de un absolutismo en el que ya relucían, con la complicidad de la concepción individualista,

todas las vetas que darían lugar al liberalismo, a los límites del poder soberano y, por lo tanto, al constitucionalismo, es mucho más convincente que aquella que privilegia al estado de naturaleza y lo eleva a la condición de lo político, inclinándose hacia el decisionismo. Escribe Schmitt:

en Hobbes el Estado puede exigir todo, pero sólo exteriormente. El “*cuus regio eius religio*” se ha realizado pero mientras tanto la “*religio*” se ha desplazado por debajo de la mesa a un ámbito completamente diverso, inesperado y nuevo; esto es, a la esfera privada de libertad del individuo que piensa libremente, libremente siente y que, en su ánimo interno, es absolutamente libre [...] En el siglo XVIII fue Moses Mendelsohn quien en su escrito *Jerusalem, oder uber religiose Macht und Judentum* (1783) hace valer de manera conciente la separación entre interior y exterior, entre moralidad y derecho, sentimiento interior y comportamiento exterior, y pretende del Estado la libertad de conciencia.²⁴

Y poco más adelante concluye el razonamiento: “Hobbes pensó hasta el fondo la transformación del derecho en un mandato legislativo positivo [...] él es un antepasado espiritual de las Constituciones burguesas y del Estado de derecho que se afirmó en el continente europeo en el siglo XIX”.²⁵

Prescindiendo por ahora de la intuición schmittiana, podríamos preguntarnos: ¿en dónde y porqué se detuvo Hobbes cuando avanzaba por el camino de los derechos —entendidos como premisas indispensables para definir una vida digna de vivirse—, camino que parecía trazarle la combinación de un individualismo coherente con la conciencia de la condición humana como intrínsecamente débil, necesitada de la construcción político-jurídica de paz y seguridad? Hasta un cierto punto pueden darse respuestas en el plano historiográfico, en el sentido de que todas

²⁴ Schmitt, C., “El Leviatán en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes. Sentido y fracaso de un símbolo político (1938)”, en Galli, C. (ed.), *Scritti su Thomas Hobbes*, Milán, Giuffrè, 1986, pp. 109 y 110.

²⁵ *Idem*.

las ideas necesitan madurar y asentarse para poder transformarse en prácticas. Hasta un cierto punto, porque Hobbes vive durante la Revolución inglesa, cuando entre los puritanos y los *levellers* ya tenían voz las reivindicaciones de derechos de libertad. En todo caso, bajo el perfil filosófico que aquí nos importa, me parece razonable sostener la hipótesis de que para Hobbes fue fatal la preocupación metodológica de eliminar de su filosofía todo aquello que sonara como una *flatus vocis*, como una simple declaración retórica. De esta forma, si un derecho no tiene garantías, entonces no puede ser (si dejamos la retórica de lado) un verdadero derecho. Y si los derechos no son derechos verdaderos sin garantías, entonces, es necesario empezar a garantizar y transformar en derechos de verdad a los más elementales. Y, por lo tanto, si descubrimos que para garantizar de la mejor manera el derecho primario a la vida —el más elemental, por decirlo de algún modo— es necesario sacrificar todos los demás, será necesario interrumpir el elenco de los derechos que merecen ser garantizados, es decir, de los derechos fundamentales *tout court*. Tal vez de manera inesperada —y, sin duda, paradójica— esto implica que el derecho a la vida (así garantizado mediante la compleja institución del pacto, artificial, del *Leviatán*) genera las condiciones en las que muchos no tienen una vida digna de ser vivida, ya que impide u obstaculiza su capacidad de libre juicio; la autonomía moral y política implícita en la noción del individualismo que, mediante una concepción fuerte de la autonomía, aumenta de valor.

III. JOHN LOCKE

Salir de esta profunda contradicción —para garantizar plenamente el derecho primario a la vida es necesario negar los otros derechos: ¿pero, entonces, de que nos sirve conservar el derecho a una simple vida biológica?— es, en el fondo, la tarea que dejó Hobbes a sus sucesores. El primer intento para superar la cues-

ción lo ofrece John Locke. Según Locke, para superar esta contradicción inherente a toda concepción voluntarista de la ley —estrictamente legalista de la norma, tal como la imaginaba Hobbes, para quien *auctoritas non veritas facit legem*—, era necesario conjugar el contractualismo moderno con la tradición del viejo jusnaturalismo pero sin que ello implicara alterar o sustituir el punto de vista individualista. El ajuste no estaba orientado a los contenidos sino al sentido de la legitimidad de segundo grado —por decirlo de alguna manera—, de la *auctoritas* que los asociados-autores legitimaron en primer grado con el poder para hacer leyes positivas válidas.

Esta solución se encontraba preparada, sino es que inducida, por la reflexión del joven Locke en los *Ensayos sobre la ley natural* (1664) y por el estudio de la obra, frecuentemente citada, del teólogo R. Hooker. El primero de estos ensayos lockeanos se intitula “¿Existe una norma de conducta moral, o de ley de naturaleza?” y la respuesta, afirmativa, no hace otra cosa que recorrer los argumentos tradicionales del jusnaturalismo clásico: en particular, por lo que se refiere directamente a la sociedad humana y a las comunidades políticas, Locke, sostiene con convicción que, sin la ley natural, “los hombres no podrían tener una relación o un vínculo social entre ellos”. De hecho

¿en qué situación se encontrarían los propios seres humanos, si no existiera otra ley de naturaleza, superior, que deba ser obedecida también por los gobernantes, porque éstos últimos (...) no están, y no pueden estar, sujetos a las leyes positivas, ni por las de los otros? [Y, por otra parte, la condición de los gobernantes no sería mejor que la condición de los súbditos], si no existiera una ley de naturaleza, sin la cual el pueblo no estaría obligado a obedecer las leyes del Estado.²⁶

Dicho en otros términos, desde este ensayo —en el que reconoce sin problemas que existe un desacuerdo radical entre los hom-

²⁶ Locke, John, *Saggi sulla legge naturale*, Roma-Bari, Laterza, 1973, p. 10.

bres y los pueblos respecto de cuáles son las leyes de naturaleza—, Locke, plantea el problema de la meta-norma o de las meta-normas que definen (aunque sea, solamente, de manera implícita) el espacio de la *confianza* social, institucional y política entre los gobernados, entre los gobernantes (si el soberano es una asamblea) y *sobre todo* entre los gobernados y los gobernantes. Sin esta confianza —que define límites recíprocos de respeto entre los individuos en cuanto tales, no importa si son gobernantes o gobernados— no existe ninguna institución capaz de soportar el peso de los múltiples conflictos interindividuales y sociales: todo explota, y todo se retraduce en las formas autodestructivas del *bellum omnium contra omnes*. Se trata de una intuición que ya se encontraba en Hobbes cuando, en el *Behemoth*, reflexionando sobre las causas de la revolución inglesa, de paso afirma: “Si los hombres no saben cuál es su deber, ¿qué podrá llevarlos a obedecer las leyes? Un ejército, me dirán. ¿Pero quién obligará al ejército? ¿Acaso nuestras milicias no eran un ejército? ¿Y no eran un ejército los guardias de Constantinopla que no hace mucho tiempo asesinaron a Osman en su propio palacio?”²⁷

Hobbes, desde su perspectiva, considera que la respuesta consiste en el control estrecho del poder ideológico, y sugiere a los soberanos que no pierdan el control de las universidades, en donde pueden formarse rebeldes potenciales. Pero esta es una admisión de que algo siempre se saldrá de control de los gobiernos que hayan roto —o, peor aún: que desde un inicio hayan renunciado a— su relación de confianza con los gobernados. Llevando este razonamiento hasta sus últimas consecuencias, nos daremos cuenta de que se va caminando, poco a poco pero sin freno, hacia la guerra civil, que es la más peligrosa y concreta manifestación histórica del estado de naturaleza. Si el *Leviatán* se expresa mediante la mera coacción, tarde o temprano aparecerá el desorden político, *Behemoth*.

²⁷ Hobbes, T., *Behemoth*, Roma-Bari, Laterza, 1979, p. 69.

Locke parece partir de estas consideraciones. No se trata, por lo tanto, de buscar los derechos naturales que están grabados en la razón de cada ser humano, o desprendibles de la no menos controvertida y cuestionable ley divina, sino de un criterio y un recorrido que dé sentido y limite (y, por lo tanto, sentido del límite) a la gran conquista teórica hobbesiana según la cual son las sociedades civiles (o estatales) —entendidas como asociaciones artificiales pactadas— y no las leyes naturales las que pueden garantizar la paz y la seguridad entre los individuos contrayentes.

El recorrido más convincente y completo que Locke identifica se encuentra en el *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Según Locke, el estado de naturaleza inicial, o prepolítico, no es un estado de guerra, como había sostenido Hobbes, sino: “un Estado de perfecta libertad para regular nuestras acciones y disponer de los bienes y personas como mejor parezca, dentro de los límites de la ley natural, sin pedir el bienestar de los demás u obedecer a la voluntad de otros”.²⁸ Este Estado configura una forma de “igualdad de ley” (*isonomia*) entre los hombres que, evidentemente, no se refiere a la igual facultad de producción de la ley (porque es natural, no positiva o establecida), sino a la equidistancia respecto de la misma y a la reciprocidad en el poder y en la autoridad de hacerla respetar: en materia de autoridad y poder, en esta condición primigenia, “ninguno tiene más que los demás”. Siguiendo rigurosamente esta línea de razonamiento, en lugar de orientarse hacia los contenidos controvertidos de la ley natural, Locke, debería, por un lado, limitarse a enunciar la norma evangélica de oro que nos dice “haz a los demás lo que quisieras que te hicieran” y, por el otro, debería reconocer que la afirmación de una ley natural es, no puede no serlo, esta forma “evangélica”, cuyo significado político es predisponer las condiciones públicas para una vida digna de vivirse o, mejor aún, impedir o limitar las condiciones que pueden hacer que —desde el punto de vista público, civil— una vida no sea digna de vivirse

²⁸ Rousseau, J. J., *El contrato social*, Madrid, Sarpe, 1983, II, 4.

(alguien podría decir que el concepto de “vida digna”, que se encuentra en el discurso de Hobbes, es muy subjetivo, sino es que completamente vacío. Una bonita formulación retórica, solamente. Si saturamos al concepto de significados, corremos ese riesgo. Sin embargo, y lo digo de una vez por todas, si lo usamos con sobriedad, sobre la base de la experiencia intersubjetiva pasada y presente, creo que es una expresión capaz de resumir de un modo convencional, pero sensato, lo que sienten quienes se encuentran en una situación de extremo sufrimiento físico y moral, o son víctimas de la violencia extrema. Para echar mano del caso límite por excelencia: creo que la vida de un interno en un campo nazi de concentración, en cuanto tal, no era digna de vivirse).

Aunque, como pretendo demostrar más adelante, intente una ruta ambigua que lo conduce hacia el ámbito del jusnaturalismo clásico, Locke, intuye que este primer significado civil y político no puede asumirse como una evidencia natural capaz por sí sola de darle normas válidas y eficaces a una convivencia pacífica y segura. En primer lugar, porque incluso los hombres más justos —iguales en el poder y en la autoridad de juzgar si la ley natural ha sido o no ha sido violada— no sabrían aplicar con uniformidad un precepto tan vago y, por lo tanto, no sabrían afirmar, en conciencia y a la luz de una “razón” indeterminada, si en el supuesto concreto se configura o no una violación, y cuál es la magnitud de la misma. En segundo lugar, porque casi todos los hombres, cuando son jueces en causa propia, tienden a sobrevalorar sus propias razones y a subvalorar las razones de la contraparte. Cada controversia, incluso admitiendo la buena fe de las partes, tiende a quedar sin solución por vías pacíficas. Y, por lo mismo, como el propio Locke sostiene abiertamente, la *falta de un juez imparcial* con la autoridad y el poder para imponer sus decisiones es lo que provoca que el estado de naturaleza original fracase y se transforme en un estado de guerra peculiarmente hobbesiano. Consecuentemente, el Estado, es decir el aparato político-judicial que se constituirá a través del pacto, subsanará esta falta, realizando la función legislativa y judicial, estableciendo arti-

ficialmente y actualizando un ordenamiento de leyes positivas capaz de regular eficazmente la vida asociada de los individuos.

En el fondo, la diferencia con Hobbes está en la manera en la que conciben lo que es la “vida digna de vivirse”. Un derecho residual a la fuga y al silencio según las tesis de Hobbes —no estoy obligado a dejarme capturar y a autoacusarme, y lo mismo vale para mis seres queridos— se convierte en Locke en una ineludible especie de cláusula preliminar del contrato que conduce a la sociedad civil y al poder político: en virtud de una ley natural que, por más que sea indeterminada, reconoce a cada individuo la misma dignidad, precisamente en virtud de la igualdad en su interpretación, los individuos se asocian y, sobre todo, acuerdan sujetarse voluntariamente al poder político pero estableciéndole límites insuperables. Es como si dijeran recíprocamente: es cierto, tenemos interpretaciones muy diferentes, conflictivas y egoístas respecto de una ley natural que no sabemos con certeza qué es lo que prescribe pero, por lo menos, una cosa nos parece evidente: que somos intérpretes igualmente dignos.

En esta especie de isegoría y en su salvaguardia, no en la mera defensa de la existencia material, está la vida digna de ser vivida. Nos sujetamos al poder soberano necesario, pero como seres humanos, es decir, como intérpretes de la ley natural. Se trata, entonces, de imaginar —y nuestra propia naturaleza de intérpretes nos dice que somos capaces— esas medidas artificiales, convencionales que permiten crear un poder soberano eficaz pero respetuoso de seres humanos concebidos no sólo (hobbesianamente) como un manojito de deseos y preferencias —que rehuyen del mal y buscan el placer y la gloria— sino también como seres dotados de razón interpretadora, no exclusivamente instrumental. La monarquía constitucional es la forma histórica en la que se realiza el constitucionalismo (liberal) de los derechos fundamentales de libertad —las cuatro grandes libertades de los modernos: libertad personal, libertad de opinión, libertad de reunión, libertad de asociación—: es el primer estadio de realización político-jurídica de esta concepción del ser humano como intérprete de la ley natural, y que se au-

tointerpreta como tal precisamente para vencer su parte animal (estímulo-respuesta). Y, desde esta perspectiva, el soberano no es diferente del súbdito.

Estoy consciente de que la interpretación del paso decisivo desde el estado de naturaleza hasta la sociedad civil en términos de “isegoría interpretativa” se aleja —aunque, creo, sin llegar a contraponerse— de la interpretación común, la propuesta por el propio Bobbio, según la cual, Locke, retoma el jusnaturalismo clásico de una forma más aparente que real, superada por una concepción de la ley de naturaleza que no debe imponer deberes sino atribuir derechos a los individuos, “atribución” que en realidad se limita a indicar los principios (vida, libertad, propiedad) que deberán inspirar las normas de un Estado constitucional. Pero, me parece, con esta formulación resulta poco satisfactoria, desde el punto de vista teórico, la explicación de uno de los aspectos del *Segundo tratado*: la extensa argumentación sobre el derecho de resistencia. De hecho, si la ley de naturaleza establece los principios de los que se desprende la atribución de los derechos, pero su interpretación escapa a los titulares de esos derechos y queda exclusivamente en manos del legislador positivo, ¿cómo será posible que se forme el juicio que motiva la *rebellio* —cuál será su “piedra de comparación”—, el llamado al cielo, sobre todo en el caso más dramático, y al mismo tiempo más interesante, que se refiere a la ruptura del pacto de sumisión en el Estado constitucional, o sea la ruptura de la relación fiduciaria entre los ciudadanos y el Parlamento?, ¿cuáles son las violaciones de los principios contenidos en la ley natural que los ciudadanos podrán imputar al legislador positivo si a éste se le ha sido reconocido (de nuevo, en cierta medida, hobbesianamente) como el intérprete exclusivo de la misma?

En cambio, poner el acento sobre esto que he definido como la “isegoría interpretativa” permite, me parece, entender cómo es que ningún individuo conserva, limitándonos al ámbito *público*, esta facultad de juicio. Cuando muchos individuos coinciden en sostener que el poder político está descuidando los principios de

la ley natural interpretados correctamente, y que este comportamiento provoca condiciones de una vida no digna de vivirse, entonces surgen las premisas de la *rebellio*, del ejercicio del “derecho de resistencia”. Indudablemente, recorrer este camino tiene un precio, porque implica contaminaciones con el jusnaturalismo clásico, cuyo mínimo común denominador es la idea de que, en el fondo, existe una *evidencia natural* —algo más “espeso” o consistente de la capacidad interpretativa— al que podemos apelar, tanto por lo que hace a la conducta individual, como por lo que se refiere a la regulación colectiva de las relaciones entre estas conductas.

Quisiera especificar por lo menos tres de estas formas de contaminación ideológica presentes en la obra de Locke. La primera consiste en concebir como *natural* la propiedad y el derecho de propiedad que, entendido en sentido lato, comprende y orienta el sentido del derecho a la vida como propiedad de sí mismos y de los derechos de libertad considerados como corolarios del derecho de iniciativa económica sin impedimentos estatales. Con el trabajo que se invierte se adquiere un título válido sobre los bienes naturales; con la invención del dinero, y por lo mismo con la compraventa, se legitima la acumulación capitalista y la riqueza tendencialmente ilimitada de un individuo, superando el argumento moral del desperdicio de los bienes naturales perecederos.

Contar con espacios para hacer valer y tutelar la libertad de empresa —haciendo del Estado el custodio de tal libertad— es en el fondo el sentido profundo del gobierno representativo, de la monarquía constitucional lockeana. Ni siquiera un general —afirma Locke— que puede pedirle a sus soldados que arriesguen la vida en el campo de batalla, puede sacarles un centavo del bolsillo. De esta forma, el soberano no puede arrancarle un céntimo más de lo que acordaron como impuesto legal establecido por el Parlamento. Las otras garantías —el principio de la certeza del derecho, la prohibición para el Parlamento de transferir la representación a otras instituciones, etcétera— y libertades, así como los derechos políticos reservados para los individuos

propietarios, provienen de este enfoque de fondo. Existe un buen funcionamiento de las relaciones económicas —en el que se manifiesta y se expresa en primera instancia las relaciones entre los individuos— que sólo nos pide, en segunda instancia, ser eficazmente tutelado de distorsiones y encontrar un foro donde resolver, según el derecho positivo, las controversias que no lo logra autogestionar. Digámoslo así: corregir sin alterar, restablecer sin reconstruir.

La segunda forma de contaminación, derivada de la primera, consiste en colocar gran parte de este “constitucionalismo” en ciernes fuera del derecho positivo, es decir, de la Constitución formal del Estado. Locke, por ejemplo, no contempla muchas de las más elementales garantías que regulan las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo. Comenzando por la convocatoria del Parlamento que, como muchas otras cosas, entra dentro de las prerrogativas del Ejecutivo: no se contemplan formas obligatorias de autoconvocatoria ordinaria con plazos regulares. Lo que parece preocuparle a Locke, de hecho, es que el Parlamento controle al Ejecutivo, impidiéndole desviarse de sus tareas “naturales” como conservador del orden *natural* del mercado y no que el Parlamento produzca una legislación ordinaria articulada dentro del marco constitucional, instando a su vez al Ejecutivo a “gobernar” dentro de los límites legales. El Parlamento interviene para contratar y corregir las medidas emanadas esencialmente del Ejecutivo, impidiéndole invadir la esfera de las libertades (ante todo del mercado).

De este modo, enfrentamos la tercera forma de contaminación con el jusnaturalismo clásico, consecuente y paradójica al mismo tiempo, porque es la articulación teórica y puntual del “llamado al cielo”, del derecho de resistencia, que nos sirvió como punto de partida. Consiguiente porque a falta de instrumentos jurídicos del derecho positivo, de instituciones, la opción de rescindir el contrato de sujeción entre el pueblo y el soberano, aunque raramente utilizada por los súbditos, queda como la primera y única disponible (no por casualidad Locke retoma en buena medida el

cuadro conceptual elaborado en el medievo sobre la legítima resistencia al tirano *ex defectu tituli* y *ex parte exercitii*). Paradójicamente, porque el constitucionalismo —incluso un constitucionalismo en ciernes— parece servir para evitar en principio, haciéndola verdaderamente una extrema *ratio*, la eventualidad de la ruptura del contrato social, es decir, la eventualidad de la guerra civil. El argumento lockeano de la extrema pereza y maleabilidad del pueblo, que reacciona sólo ante situaciones insostenibles, es quizá sociológicamente agudo, pero es filosóficamente y jurídicamente debilísimo, por no decir inconsistente. Sin el entramado institucional del Estado de derecho, el peligro de la rebelión permanente, de la reiterada “denuncia”, de la falta de respeto a los acuerdos entre gobernantes y gobernados, está siempre en puerta. O mejor dicho, a falta de claros elementos artificiales y convencionales que permitan corregir en su interior el Estado de derecho, y al mismo tiempo distinguir la eventual (gradual o repentina) impracticabilidad de la corrección de las violaciones “constitucionales” dentro del ordenamiento, hay una de dos: o se incurre en el temor constante del estado de naturaleza como estado de guerra, o se renuncia de hecho a exigir el respeto del contrato, suceda lo que suceda, considerando siempre excesiva, desproporcionada e injustificada la respuesta del llamado al cielo.

Concluyendo. Si Hobbes delinea la posibilidad de buscar el espacio de los derechos en la autolimitación que proviene del vínculo de racionalidad del poder absoluto, Locke, parece sugerir implícitamente la reconstrucción de ese espacio a partir del vínculo de racionalidad política que atiene tanto a los gobernantes como a los gobernados, de donde proviene la admisibilidad pero también la “autolimitación” del derecho de resistencia. El *Segundo tratado*, nos invita de esta manera, *ante litteram*, a reflexionar, por un lado, sobre la ambigua desviación hacia el jusnaturalismo que está presente en la idea dworkiniana —pero no solamente suya— del *moral reading* de la Constitución; por el otro, pone el problema de la relación entre las Constituciones po-

sitivas y el constitucionalismo, es decir, de la inagotable posibilidad de mejorar a las primeras teniendo como base el parámetro del segundo. Además plantea el problema de los medios y modalidades de la lucha de resistencia —por ejemplo sobre algunas formas de resistencia civil— que puedan ser compatibles con el constitucionalismo de los derechos fundamentales y que no terminen por contradecir su sentido literal e ideal.

IV. J. J. ROUSSEAU

Según el *Contrato social*, el problema político fundamental que debe resolver el contractualismo —devolverle al hombre, aunque sea de otra manera, la libertad que, por causas que Rousseau dice desconocer, perdió en la sociedad civil, en la que se encuentra encadenado— no puede tener una solución respetuosa de la capacidad de juicio e interpretación individual (ingredientes necesarios para una vida digna de ser vivida) en los términos “preconstitucionalistas” propuestos por Locke. El gobierno limitado, constitucional “de los ingleses” es rechazado, como es sabido, por la explícita afirmación de que los ingleses creen que son libres pero en realidad lo son, a lo sumo, sólo el día de las elecciones. “El pueblo inglés cree que es libre, pero se equivoca enormemente; lo es sólo durante las elecciones de los miembros del Parlamento; apenas éstos son elegidos, vuelven a ser esclavo, no es ya nada. En los breves momentos de su libertad, el uso que hace de ella amerita que la pierda”.²⁹

Dicho de otra manera, los “ingleses” se encontrarían así cotidianamente, salvo un día cada tanto, en el dilema apenas expuesto: o someterse a decisiones heterónomas, permaneciendo encadenados, o intentar rescindir (con medios incluso violentos) el contrato de sumisión que los vincula al soberano siempre que no estén de acuerdo con él. La respuesta rousseuana va, como es

²⁹ *Ibidem*, III, 15.

sabido, en la dirección de la democracia directa, sin representantes, en la que el Poder Legislativo es el único poder político verdadero, y en donde el Ejecutivo (los magistrados) lo es en el sentido más restringido: un poder que aplica por decreto las normas deliberadas por la voluntad general, con muy poca capacidad de decisión, y obviamente sin ningún poder de iniciativa y de dirección política. “La fuerza pública necesita un agente propio que la reúna y la haga funcionar según las directivas de la voluntad general³⁰”: ésta es la única función propia de un gobierno. La voluntad general, los reunidos en asamblea para legislar, ocupa por ende el papel de un soberano absoluto, cuyo poder es inalienable, indivisible y hasta infalible. Por lo tanto es, por así decirlo, un soberano todavía más absoluto de aquel imaginado por Hobbes, que no llegó a atribuirle una verdadera y propia infalibilidad (por más que Hobbes y Rousseau comparten el temor a las facciones, a los partidos políticos que expresan voluntades e intereses particulares, siempre enemigos del Estado: lo cual explica la singular característica de la infalibilidad de la voluntad general, siempre recta justamente por que no es particular). La diferencia respecto a Hobbes es que dicho soberano absoluto es el propio destinatario de las normas. De la heteronomía se pasa a la autonomía (política, que debe entenderse en clave colectiva y, por tanto, distinguirse de la autonomía moral o individual): cada ciudadano es, por derecho, miembro del cuerpo soberano y contribuye a formar aquellas leyes que, después como súbdito, deberá obedecer.

Paradójicamente, sin embargo, la clase de “criptoconstitucionalismo” propio de la heteronomía hobbesiana —que, aunque termina en el absolutismo, rechaza una configuración “totalizadora” del poder porque representaría el regreso hacia formas de arbitrariedad e incertidumbre similares al estado de naturaleza, y tiende (muy a su pesar) a abrir el camino al pensamiento de los derechos subjetivos de libertad— no parece tener cabida en el

³⁰ *Ibidem.*, III, 1.

pensamiento de Rousseau. Aunque es verdad que, para él, la República no debe imponer cadenas inútiles a los gobernantes, ya que gobernados y gobernantes coinciden, tampoco deben imponerse límites al soberano porque éste es la expresión de la ley civil y de la ética pública. Antes de continuar, sin embargo, conviene realizar algunas precisiones filológicas. Aunque, como hemos podido ver, en el *Contrato social* se encuentra expresamente establecido que el gobierno, para Rousseau, es un simple instrumento ejecutivo de la voluntad general que se expresa en el legislativo, lo cierto es que se trata de una simplificación. Cuando profundiza sobre este tema, el propio Rousseau, argumenta de una forma más articulada y reconoce que el gobierno o el Príncipe, aunque sea un subordinado, tiene “un *yo* particular, una sensibilidad común a sus miembros”, en suma, una fuerza, una voluntad propia, distinta a la voluntad general. Dicha voluntad particular conduce hacia la autoconservación del propio gobierno; además, el gobierno debe ser más fuerte —esto es, capaz de conducción política— cuando es más grande el Estado y más son sus gobernados. Y, retomando parcialmente la distinción que ya está presente en la obra de Bodin, entre titularidad y ejercicio de la soberanía. Rousseau afirma que, si la *titularidad* del poder soberano reside en el cuerpo del pueblo, su *ejercicio* puede confiarse a un gobierno democrático, aristocrático, monárquico, que él mismo analiza identificando sus virtudes y defectos.

Por lo tanto, en Rousseau, el gobierno no puede quedar reducido —ni siquiera el democrático— a un simple brazo, simple ejecutor de la voluntad general. Por lo mismo, una Constitución, en su sentido antiguo como ordenamiento de las magistraturas, también es necesaria en la república ideal. Sin embargo, Rousseau afirma, de forma igualmente discutible, que la soberanía es absoluta, inalienable, indivisible e, incluso, infalible. Desde este punto de vista, por tanto, dicha soberanía no debería limitarse mediante una Constitución en el sentido moderno del término, o sea, mediante una Constitución que atribuya derechos fundamentales a los individuos y que contemple un “ordenamiento de

las magistraturas” que sirva para garantizar el respeto de dichos derechos, comenzando por la separación de los poderes. Y, desde esta perspectiva, Rousseau sigue siendo interesante para estudiar el problema actual de la relación entre *democracia* y *constitucionalismo* de los derechos fundamentales. No sin advertir que este es mi objetivo, retomo mi línea argumentativa.

En Rousseau la Constitución como un conjunto de derechos fundamentales que están por encima de la ley y por encima del soberano es simplemente un sin sentido, o mejor dicho su único sentido consiste en volver *a ser esclavos*, a obedecer una legislación heterónoma: volvería a prevalecer aquello de lo que finalmente se había escapado, las propias cadenas. Y de hecho, como hemos visto, Rousseau, utiliza el término “Constitución” en su sentido antiguo: el ordenamiento de las magistraturas, de los órganos que forman el Estado. Este ordenamiento —así como el propio contrato que funda la república, y por lo tanto la república misma— se encuentra continuamente a disposición de la voluntad general, concebido para decirlo junto a Sieyès, siempre y al mismo tiempo como poder *constituido* y como poder *constituyente*: “no existe en el Estado ninguna ley fundamental que no se pueda revocar, ni siquiera el pacto social; porque si todos los ciudadanos se reunieran para romper de común acuerdo dicho pacto, no hay duda que éste sería abrogado de manera totalmente legítima”.³¹

Por lo tanto, parece que en Rousseau no existe un rastro de constitucionalismo. Si algunos ordenamientos duran mucho en el tiempo, y con ello los Estados que regulan, es porque las leyes que los componen son *buenas leyes*, no porque sean leyes que se sustrajeron *artificialmente* al debate y a la deliberación de sus ciudadanos, es decir, del Legislativo, el poder político por excelencia: “la ley de ayer no obliga hoy: pero el tácito consenso se desprende del silencio, y se supone que el cuerpo soberano confirma continuamente las leyes que, aunque pudiera hacerlo, no

³¹ *Ibidem*, III, 18.

abroga (...) el prejuicio de la antigüedad hace que (las leyes) cada día sean más venerables”.³² Y la mejor garantía, por más frágil que sea, de que las leyes buenas no serán aplastadas por las malas leyes, por los intereses particulares, radica y sólo puede radicar en la participación política de los ciudadanos: “En cuanto alguno diga respecto a las cuestiones del Estado: ¿qué me importa?, podemos estar seguros que el Estado está perdido”.³³ Y sin embargo, se pregunta retóricamente Rousseau en otra parte del *Contrato social*, “en todo caso, un pueblo es siempre dueño de cambiar sus propias leyes, incluso las mejores; porque, si quiere dañarse, ¿quién tendrá el derecho de impedirselo?”.³⁴ Tanto como decir que o la democracia es el régimen del riesgo o no es democracia: si se aprueban medidas absurdas no existe ningún conjunto de derechos fundamentales, por más que estén positivizados, que pueda verdaderamente impedirlo. Todo lo demás —el constitucionalismo sobre todo— es paternalismo ilustrado. Podríamos decir algo más: si un conjunto de leyes que vinculan al soberano existe (no sólo en las especulaciones de los filósofos) es porque detrás del mismo se encuentran intereses y poderes particulares *no* democráticos.

Sin embargo, en la propia argumentación rousseauiana —o mejor dicho, para que dicha argumentación pueda ser enteramente coherente— los derechos fundamentales expulsados por la puerta parecen regresar por la ventana, aunque siguiendo un catálogo y con rasgos distintos a los del constitucionalismo liberal. ¿En qué sentido? Evidentemente en el sentido de que la existencia misma de un cuerpo soberano como éste, que ejerce colegiadamente el Poder Legislativo y abarca a todos los ciudadanos, implica el reconocimiento y la atribución a los ciudadanos de los derechos de participación política: como mínimo, el voto del mismo peso en la asamblea y la elegibilidad a las múltiples fun-

³² *Ibidem*, III, 11.

³³ *Ibidem*, III, 15.

³⁴ *Ibidem*, II, 12.

ciones ejecutivas. No sólo: implica que los ciudadanos puedan discutir y disentir en la asamblea, hasta el punto de disolverla (incluso cuando no es claro si este “derecho de recisión” debe entender como un derecho individual o como uno colectivo). En todo caso, esto significa introducir algunos derechos de libertad, en particular la propia libertad de reunirse en asamblea (que implica libertades de movimiento, de reunión y de información para preparar la asamblea misma), así como la igualdad en la facultad de intervenir libremente expresando su opinión en la asamblea, incluso en contra de la mayoría, sin sufrir consecuencias (integridad física).

Tenemos todavía más: una participación correcta y responsable en la asamblea implica derechos sociales (que ciertamente, Rousseau, en el contexto de ese debate del siglo XVII, no podía sino imaginar como leyes en contra del lujo). Es decir, un mínimo de instrucción pública de forma tal que todos puedan comprender con claridad el objeto de la deliberación, y de contención social de las desigualdades excesivas, para que nadie se encuentre en condiciones de vender su voto y encuentre a quien tenga el poder económico para comprárselo. En el fondo, si no se quiere ser (como en ocasiones parece en Rousseau) un cuerpo místico —unanimístico— comunitario en lugar de un cuerpo soberano democrático, el único derecho que la voluntad general no implica es la libertad de asociación, de formar partidos políticos para defender intereses específicos o particulares. Si la voluntad general obra contra estos derechos, los abroga, ciertamente puede hacerlo pero en ese caso *decreta* —no legisla de manera universal y abstracta acerca de— su (concreto y singular) acto de muerte. La democracia, la república, no es cualquier pacto de sumisión para lograr mayor paz y seguridad: responde a la exigencia de reapropiarse de manera política de la propia libertad natural. En suma, no me parece impropio o aventurado hablar de un constitucionalismo de corte democrático, no en el sentido de democracia que comprende al liberalismo, sino en el sentido estricto de una democracia que, dado que tiene que ser formal, basada en procedimientos decisorios inderogables, requiere

precisamente de sus universales procedimentales, es decir, de normas constitucionales. Ni siquiera Rousseau puede verdaderamente prescindir de ellos, so pena de hacer incoherente todo su proyecto político.

Lo que no significa esconder las diferencias entre este aspecto del pensamiento de Rousseau y el constitucionalismo de corte liberal. En Rousseau, los derechos políticos vienen primero, fundan y modelan tanto a los derechos de libertad como a los derechos sociales; en el catálogo “liberal” en sentido estricto, los derechos (entendidos como universales) políticos y los derechos sociales, son opcionales, pueden existir o no existir, mientras son verdaderamente fundamentales sólo los derechos de libertad y de autonomía privada (los otros, los políticos y los sociales, eventualmente son funcionales a éstos últimos). En cambio, en el constitucionalismo “democrático” republicano, sólo los *ciudadanos*, y no las *personas* en cuanto tales son en rigor titulares de derechos: la pertenencia a la comunidad política es anterior a la titularidad de cualquier derecho subjetivo fundamental. Por lo que hace a los fines, lo que es prioritario para el constitucionalismo liberal es *limitar* al poder político, crear para los individuos esferas protegidas de la interferencia política; en cambio, para el “constitucionalismo” democrático lo que es prioritario es *distribuir* de manera igualitaria entre los individuos ciudadanos el poder político, incluyéndolos en la esfera de los procesos decisivos públicos, cuyos resultados les afectan. La dificultad que se presenta en ambos sistemas nos lleva al final a la determinación a su área de compatibilidad y superposición institucional. En una palabra, de balancearse recíprocamente. No basta con limitar al poder, es necesario también distribuirlo; no basta con distribuirlo, es necesario como quiera que sea limitarlo. El punto débil en esta operación de ponderación – que sólo es fácil en apariencia – consiste en la ubicación social y en el significado y el peso político que se atribuye a los ineludibles *intereses particulares*.

V. I. KANT

Kant, el último gran autor del contractualismo moderno, ya se encuentra, en ciernes, ante las cuestiones que han sido planteadas. Hobbes, si bien partiendo desde los individuos y su derecho a la vida, en el fondo sacrificó los derechos individuales de libertad en el altar de la seguridad: conservar el bien primario, la vida, creando las condiciones públicas para que ésta no sea miserable y breve, requiere la renuncia a los derechos de libertad. La libertad de los súbditos depende del *silentium legis*, es meramente residual, se reduce a los ámbitos en los que el soberano ha decidido (por el momento) no legislar. Pero, al garantizarse el derecho a la vida (que justifica la construcción del *Leviatán*), sumado a la existencia de una libertad residual que no puede extinguirse por completo, se crean en los individuos (actores racionales pero también “vanidosos”) formas de ejercicio de dicha libertad que tienden continuamente a ampliar este espacio residual y a transformarlo en un espacio de otros y, más amplios, derechos, como límite al poder soberano (que llegan a transformar el *silentium legis*, el permiso negativo, en la *vox legis*, en el permiso positivo, para llegar hasta la norma que atribuye derechos subjetivos).

Locke intenta resolver esta contradicción recurriendo en parte a los instrumentos del jusnaturalismo clásico: de esta forma logra imponer límites al poder soberano, tutelando sobre todo el derecho individual de propiedad (si bien, concebido en sentido amplio y profundo, incluyendo de los otros dos principios que la ley natural exige respetar: *life and liberty*), pero lo hace, en última instancia, desde el exterior, recurriendo al argumento del derecho de resistencia desde una perspectiva rígida; como un derecho de resistencia que se opone al poder tiránico. El pueblo, y no el cielo, se convierte en el árbitro inapelable y, en el fondo, en el *iudex in causa sua*, cuando el soberano incurre en una “traición” constitucional. De esta forma no traduce los límites al poder político en una arquitectura institucional idónea para dirimir eficazmente las controversias entre los poderes públicos y entre éstos y

los ciudadanos. Paradójicamente Locke termina disolviendo su constitucionalismo en ciernes en el peligro teórico de la “subversión” permanente. Rousseau lleva a cabo la operación teórica igual pero contraria. Refuerza aún más la soberanía hobbesiana, colocando todo en las manos de la infalible voluntad general, dejándola en la titularidad del cuerpo de los ciudadanos: la distribución igualitaria del poder no resuelve sin embargo el problema de los derechos individuales y de sus garantías como límites a las decisiones de la propia voluntad general. También en este caso, las únicas posibilidades de solución para el eventual conflicto entre el individuo y el Estado consisten en la salida del individuo del cuerpo político o, como se ha advertido en el apartado anterior, en la decisión de la voluntad general de disolverse, en la autodestrucción del cuerpo político.

La *interpretación literal* de Kant se mantiene dentro de una vieja declinación del liberalismo: la democracia, la distribución del poder político entre todos los que deben observar sus decisiones, no pertenece al horizonte del pensamiento kantiano. Todos los que no son propietarios o que no ejercen profesiones libres, es decir, todos los asalariados, los jornaleros, en suma, todos los que prestan (venden) su fuerza de trabajo están excluidos de la representación, del circuito decisional público: “el que tiene derecho de voto en esta legislación se llama ciudadano (*citoyen*, es decir, ciudadano del Estado, no ciudadano de la ciudad, *bourgeois*). Esa es la única cualidad que se le exige, además de la natural (que no sea ni un niño, ni una mujer). Que sea dueño de sí mismo y, por tanto, que tenga alguna propiedad que le asegure los medios de subsistencia”.³⁵

Y Kant precisa en una nota al párrafo anterior: “El sirviente, el ayudante de un almacén, el jornalero, el peluquero pueden considerarse como obreros, no como artesanos (en el sentido am-

³⁵ Kant, “En torno al tópico tal vez eso sea correcto en teoría pero no sirve para la práctica”, en Rodríguez Aramayo, Roberto (ed.), *Teoría y Praxis*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 3-60. *Cfr.* Sección II.

plio de la palabra), ni como miembros del Estado y, por tanto, tampoco como ciudadanos”.

Pero podemos prescindir de este aspecto antidemocrático de Kant: y lo podemos hacer no tanto porque esta sea una conjetura teórica útil para nuestros fines sino porque en el liberalismo de Kant, a diferencia del de Locke, esta distinción entre propietarios y “proletarios” no es fundadora, en la medida en la que el individuo no está definido por la titularidad “por naturaleza” del derecho de propiedad (por más que la conversión desde lo provisorio hasta lo perentorio, desde lo “mío a lo tuyo externos”, esto es, de la propiedad, sea central en la descripción kantiana del paso desde el estado de naturaleza hasta la sociedad civil). En Kant en suma esta distinción parece ser un reflejo de la situación histórica y no una piedra angular de su filosofía política contractualista. Pero entonces ¿cuál es esta piedra angular? Para contestar a la pregunta es necesario comenzar desde Kant y tomarnos en serio las distinciones, con frecuencia descuidadas, entre derecho natural y positivo, entre derechos adquiridos y derechos innatos. En ciernes, en esta doble distinción, está la búsqueda de los argumentos para defender *tanto* la posibilidad de imaginar una sociedad civil institucionalmente bien ordenada y sólida —e incluso solidaria— y al mismo tiempo plural y agónica (compuesta por productores de intereses e ideas en conflicto recíproco, sin llegar a ser autodestructivas), *como* la posibilidad de superar, por un lado, al jusnaturalismo, que presenta a los derechos fundamentales como pretensiones morales que están a la base pero por fuera de los ordenamientos jurídicos y, por el otro, al juspositivismo que, en su versión extrema, considera que los derechos fundamentales son concesiones producidas (y ampliadas) y eventualmente abrogadas (y reducidas) por la autoridad legítimamente reconocida, por el legislador.

En primer lugar, Kant afirma que el derecho “se divide en derecho natural, que reposa exclusivamente sobre principios *a priori*, y en derecho positivo (estatal) que deriva de la voluntad

del legislador": sólo éste último "existe realmente".³⁶ Sólo el derecho positivo *existe realmente*. El derecho natural no, pero debe aportar los principios inmutables en los que se inspirará el derecho positivo, producto de la voluntad del legislador. Atención: Kant *no* dice que el derecho positivo desarrolla, aclara y sanciona —casi como si se tratara de un conjunto de leyes aplicativas, o incluso de decretos y circulares actuativas— el contenido del derecho natural: sólo dice que el legislador positivo debe respetar, legislando, los principios inmutables del derecho natural. A diferencia de lo que sostiene Locke, el derecho natural en sí y *per se* no es capaz de regular en lo más mínimo, ni siquiera en un nivel básico histórico, la vida social con sus inevitables y saludables antagonismos. Por la misma razón, el regreso al derecho natural nunca es una mejor alternativa, como si lo era para Locke en los casos en los que consideraba oportuno echar mano del derecho de resistencia, que el derecho positivo. Sin embargo, a diferencia de Hobbes (y en un cierto sentido también de Rousseau), para Kant no es un inútil *ius in omnia*, un derecho sobre todo que, en los hechos, se traduce en un trágico derecho a nada que conviene descartar de inmediato.

El derecho natural, así como el contrato originario, aparece en Kant en función de *als ob*, de un "como si". Para constituir al Estado de tal forma que se respete la dignidad de los individuos debemos hacer *como si* fuera el producto de un hipotético contrato originario entre individuos: para legislar bien —es decir: dentro de los límites de la moral y específicamente del contrato originario que idealmente le da al Estado una *Constitución* definiéndolo como una asociación de individuos autónomos (mayores de edad)— es necesario hacer *como si* el derecho positivo producido debiera ser *conforme* a los inmutables principios del derecho natural. Conforme en sentido no genérico, sino específico: las leyes positivas deben respetar no tanto contenidos de de-

³⁶ Kant, *Metafisica dei costumi*, en *Scritti politici*, Turín, Utet, 1965, p. 416.

recho natural (por más que Kant tenga presente toda la escuela del *Naturrecht*, de Pufendorf a Wolff), como la *forma* en la que se produce la ley que no se agota, como sostiene el positivismo jurídico, en la norma de reconocimiento que indica a la autoridad autorizada a legislar (Hart).

En un Estado bien edificado, aun cuando la ley emane de quien está autorizado para legislar, si esta autoridad en alguna ocasión actúa arbitrariamente —por ejemplo violando el principio de justicia: tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales— podría enfrentarse con esta especie de constitucionalismo implícito. Se evidencia una laguna “deóntica” (lógica) cuando un legislador autorizado viola las formas universales del derecho (las que lo definen como tal). No se trata de una orientación de contenido legislativo sino de un primer vínculo *lato sensu* constitucional. Si el legislador positivo, legislando, se coloca fuera de las normas del derecho, actúa arbitrariamente, inconstitucionalmente, aunque se encuentre autorizado. Dicho de otra manera, quien produce derecho en contra de su definición esencial —que para Kant es “el conjunto de las condiciones mediante las cuales el arbitrio de uno puede ser compatible con el arbitrio de otro siguiendo una ley universal de libertad”— puede también haber sido autorizado (como en el caso del tirano *ex parte exercitii*), pero no por esto produce, en sentido estricto, derecho. Paradójicamente produce derecho *de facto* no *de iure*.

Pero en Kant hay algo más. Podríamos preguntarnos, ¿cuáles son estos principios inmutables de ese genérico derecho natural (no positivo)? Analicemos la distinción kantiana entre derechos *innatos* y derechos *adquiridos*. En primer lugar, ésta depende del título que se exhibe para obligar a los otros (reivindicando nuestro derecho):

el derecho considerado como la facultad moral de obligar, es decir, como un motivo legal a su favor (*titulum*), se divide en derecho innato y derecho adquirido. De éstos, el primero es el derecho que independientemente de su aspecto jurídico, se transmite al hombre

por la naturaleza; el segundo, es aquél que requiere de un acto jurídico.³⁷

Esta distinción, aunque no sea explícito en Kant, forma parte del derecho natural; en el derecho positivo por definición no puede originarse un derecho innato (pero puede ser respetado y positivizado). Dentro del derecho genéricamente “no positivo”, la libertad (autonomía moral) es un derecho *innato*, cuyo título para obligar a los demás se funda en la naturaleza (del hombre como animal capaz de sustraerse a la cadena de la necesidad, de la concatenación determinista causa-efecto); la *propiedad*, a diferencia de Locke, es un derecho *natural adquirido*, lo que significa que también en el estado de naturaleza depende de un acto jurídico (para Kant el acto jurídico que fija la adquisición originaria de la propiedad consiste en la primera ocupación o en la toma de posesión). De esta forma, la libertad de un individuo (en el sentido apenas comentado) se encuentra completamente separada de la propiedad: un individuo sigue siendo libre, y no puede no serlo, incluso si no hace uso de su derecho natural (adquirido) de propiedad, incluso sino realiza actos jurídicos originarios de posesión (sino ocupa tierra libres, por ejemplo). En este núcleo durísimo del derecho innato a la libertad —por definición universal, inalienable, imprescriptible, irrenunciable— se encuentra el embrión del constitucionalismo de los derechos subjetivos. Por el contrario, la propiedad originaria, como acto jurídico consistente en la toma de posesión, podría legítimamente ser invalidada, abrogada o parcialmente corregida por el legislador positivo, por el hecho mismo de pertenecer, como título de la obligación de los demás, a la categoría de los actos jurídicos.

Así las cosas, la doctrina de los derechos fundamentales —que considera que la Constitución es *el* límite que impone el derecho positivo al legislador por lo que éste también está sometido a la ley siguiendo un principio de estricta legalidad (definido por Fe-

³⁷ *Op. cit.*, p. 416.

rrajoli el nuevo paradigma juspositivista)— es el desarrollo y la articulación de la concepción kantiana del individuo o persona. En una concepción teológica, finalista, determinista, darwinista, fatalista, o incluso burdamente utilitarista de la persona —o, mejor dicho, del ser humano— lo que cuenta en todos los casos es la salvación, la supervivencia, la felicidad, el éxito, el bienestar material del sujeto, no su autonomía moral como elemento fundador de la vida colectiva entendida como una asociación constituida sobre el consenso de los individuos que son iguales en derechos fundamentales pero diferentes y antagonistas por intereses, opiniones, juicios y elecciones de vida personales y políticas. La “felicidad” —si se considera como un conjunto estándar de modalidades heterónomas de bienestar relativamente duradero— no tiene directamente nada que ver con los derechos fundamentales y viceversa.

Los derechos pueden ser objetivamente una precondition pero no garantizan la felicidad; en una perspectiva kantiana, ni la felicidad individual ni la felicidad colectiva, es de *per se* una señal de que se han materializado los derechos fundamentales. Ni los derechos se plantean prioritariamente este objetivo. Hay que recordar que los *benefits* públicos que definimos con frecuencia como derechos sociales pueden incluso depender de formas de paternalismo o despotismo más o menos filantrópicamente ilustrado o prudencialmente interesado a conservar el *status quo*.

En conclusión, observando de nuevo la lección de los clásicos desde la perspectiva del debate contemporáneo, lo que nos sugiere Kant es que debemos repensar y no evitar el problema del paradigma moral al que referimos las doctrinas de los derechos fundamentales. A final de cuentas, la elección se presenta entre, por un lado, el deber (kantiano) de perfeccionamiento moral vinculado al principio de autonomía individual y, por el otro, el principio del interés (incluso bien entendido) del otro. Más en general, entre formas de *choice theory* y de *interest theory*. Mi sospecha es que las dos direcciones nos lleven a un callejón sin salida. De hecho, el ideal de la autonomía parece implicar una

dimensión teológica y ontológica del individualismo que, a su vez, nos remite, paradójicamente, hacia una voluntad o ley superior y hacia una visión providencialista de la historia.

En cambio, con la referencia a la utilidad y al interés —que privilegian las doctrinas de los derechos fundamentales que pretenden permanecer en la esfera del positivismo jurídico, aunque sea renovándolo— se escapa de esta contradicción, pero se abre la espinosa cuestión de los conflictos potenciales entre intereses y derechos individuales. Y, ¿si algunos individuos no consideran que la titularidad y, sobre todo el disfrute de los derechos fundamentales, estén dentro de sus intereses?, ¿si prefieren formas de servidumbre “voluntaria”? Desde esta perspectiva, ¿podemos asumir, seriamente, que los derechos son una *precondición necesaria* para satisfacer los intereses y las necesidades de los individuos?