

CAPÍTULO II

Contractualismo y derechos fundamentales

1. La primacía de los derechos sobre los deberes

La mayoría de los autores que se han ocupado de derechos humanos o fundamentales rimontano, *alla ricerca dei fondamenti storici e teorici di tali diritti*, al 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 quedan liberados de sus deberes de obediencia y legitimados para resistir a la opresión¹.

Esta es la posición estándar 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 puede ser engañoso: aunque existen algunos rastros, éstos no parecen suficientes para justificar que se busque reivindicar una paternidad. **Come già si è visto nel capitolo precedente**, 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; algo similar sucede con el 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 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.

¹ M. Troper, *I diritti fondamentali* in Enciclopedia italiana di scienze, lettere e arti, appendice 2000, tomo II, Treccani, Roma 2000, p. 712.

En la misma dirección general se orienta la voluminosa y minuciosamente articulada historia de los derechos fundamentales promovida (¿?) por Gregorio Peces Barba. **Nel capitolo "Derechos, sociedad y cultura en el siglo XVIII", aunque los autores admiten algunas anticipaciones en los siglos precedentes, 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"². También Ferrajoli asume que el paradigma de la democracia constitucional, que se fundamenta en los derechos fundamentales, es "hijo de la filosofía contractualista"³. Podríamos continuar citando otros autores **importanti, a cominciare da 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? **Aunque**, retomando a Hegel, podamos afirmar que lo que es sabido no es necesariamente conocido. O que la historia, la retórica y la filosofía 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

² G. Peces-Barba Martínez, J. Dorado Porras, *Derechos, sociedad y cultura en el siglo XVIII in Historia de los derechos fundamentales*, a cura di G. Peces-Barba, E. Fernández García, R. de Asís Roig, tomo II, vol. I, Dykinson, Madrid 2001, p. 7.

³ L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editado por A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid 2001, p. 38.

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 (fundamentales). 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 y **peligrosas** actitudes anárquicas orientadas a desquiciar el derecho positivo, tenía un cierto sentido y una cierta utilidad. **Com'è noto, Bentham concluse che non c'era alcun senso né utilità nella dottrina dei diritti dell'uomo e del cittadino.** Análogamente, Marx, consideró la prospectiva individualista-contractualista como una "robinsoneada" – cioè una prospettiva che sottovaluta i legami storico-sociali tra gli individui, preferendo considerarli come tanti Robinson Crusoe su un'isola deserta – 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 capitalista⁴.

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 predispone 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, e **soprattutto** Pintore) o, viceversa, sobre las potencialidades totalitarias de una democracia sin constitucionalismo rígido (Ferrajoli, Bovero).

Regresaremos, inevitablemente y también voluntariamente, a estos temas⁵. 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:

⁴ Per una essenziale ma limpida ricostruzione delle posizioni di Burke, De Maistre, Bentham e Marx rimando a N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1992, in part. pp. 89-120.

⁵ Come ho già avuto modo di precisare nell'Introduzione, questi due temi saranno l'oggetto, rispettivamente, dei capp. IV e III del presente lavoro.

"Concepción individualista significa que primero está el individuo, entendiéndose, 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:

"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 ciudadanos⁶.

A lo largo de este razonamiento se entiende mejor porqué las otras "paternidades" que **menciona** 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* (y no por la

⁶ N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, Torino 1999, pp. 435-37.

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.

En cambio es parcialmente atinada la referencia a la tradición del pensamiento cristiano. Por un lado, de hecho, es difícil negar que el jusnaturalismo fue ideado por un número importante de sus promotores – aunque, conviene precisar, no es el caso de Hobbes. Se trató, como afirma Bobbio, de una "secularización de la ética cristiana" (el grociano *etsi daremus non esse Deum*)⁷. Pero, por el otro, la igualdad de los hombres como hijos, todos, de dios - su fraternidad - no tiene de por sí un valor moral y tiene muy poco que ver con la igualdad en derechos fundamentales. La teología y la ética católica, por citar un ejemplo, siempre han discriminado, y siguen haciéndolo, entre los hijos de dios. Esto, al menos, a partir del género y de las preferencias sexuales.

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 antropológica de los seres plenamente humanos, dotados de razón y juicio (los jefes de familia, 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 plano cultural y antropológico, no es en político-jurídico⁸. 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 – **del holismo al individualismo** – y, por lo tanto, **de la prioridad – de los deberes a los derechos** – [Pedro, troppi guiones, mi pare che non funzioni bene] es,

⁷ Su questo punto vedi anche il cap. I, p. ¿?

⁸ M. Bovero, *Il governo dei peggiori*, Laterza, Roma 2000, pp. 17-18.

desde un punto de vista analítico, 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. 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 **ancora pero conviene insistere – come si è già fatto all'inizio del primo capitolo** – que esa frase en el sentido de que "el problema de fondo con relación a los derechos del hombre no es el de *justificarlos* sino el de *protegerlos*" – 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 (para un filósofo de la razón práctica ésta sería una especie de extraña renuncia de sí mismo), sino como una manera para quitarle coartadas a quienes, en aras de una presuntuosa búsqueda de los mejores fundamentos para los derechos fundamentales, sostienen que no deben respetarlos o que no deben establecer 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 fundacionales 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 mayor 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 también sin ningún fundamento – 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 – se podría replicar de la mano de uno de los más constantes adversarios de los derechos, Joseph De Maistre: ¿dónde están estos seres humanos a los que se atribuyen los derechos en cuanto tales? Yo sólo veo franceses e italianos o, si se prefiere, cristianos y musulmanes, y así sucesivamente. 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 y *'in claris non fit interpretatio'*. El punto decisivo sigue siendo el mismo: individualismo vs holismo. Pero lo que puede ser interesante es desarticular y rearticular, descomponer y recomponer, este punto decisivo – llamémoslo así, el argumento de Bobbio – mediante un análisis detallado de las cuatro grandes teorías contractualistas de la modernidad: Hobbes, Locke, Rousseau y Kant. Yo creo que de estos 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.

2. Thomas Hobbes

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.

Il modello è costruito sulla grande dicotomia "stato di natura-società civile". I suoi elementi caratterizzanti sono sei: a) il punto di partenza per analizzare e comprendere i fondamenti dell'obbligo politico è lo stato di natura, cioè una condizione non politica o prepolitica; b) lo stato di natura ha come elementi costitutivi gli individui singoli, non associati, anche se associabili; c) tali elementi vanno considerati, nello stato di natura, come liberi ed eguali; d) il passaggio dallo stato di natura alla società civile, e dunque all'obbligo politico, avviene mediante patti o convenzioni, cioè mediante uno o più atti volontari da parte degli individui, da cui deriva che la società civile o stato è una costruzione artificiale; e) il principio di legittimazione della società politica così costruita non può che essere il consenso di liberi ed eguali, non il rapporto gerarchico tipico delle società naturali (famiglia, società padronale); f) in conclusione, tra lo stato di natura e lo stato politico c'è contrapposizione e non continuità, nel senso che lo stato politico si forma per antitesi allo stato di natura, per eliminare o correggere i suoi difetti strutturali.

Le principali variazioni del modello hobbesiano, che si trovano soprattutto analizzando il pensiero di Locke, Rousseau e Kant, riguardano il punto di partenza (se lo stato di natura sia uno stato storico o ipotetico, se sia o meno fin dall'inizio bellicoso, se sia una condizione di assoluto isolamento o di parziale socialità) e soprattutto la forma del passaggio dalla condizione non politica o prepolitica a quella politica: se il patto debba essere uno solo, concepito in modo tale da costituire attraverso un unico atto la società e fissare le condizioni dell'obbligo politico, come

riteneva Hobbes, oppure debbano essere due, il primo che fonda la società, il secondo che stabilisce la sottomissione al sovrano. Da queste variazioni dipende, in tutta evidenza, la forma (assolutistica, liberale, democratica) che prenderà il secondo elemento della grande dicotomia, la società civile o stato⁹.

Per quanto il modello del giusnaturalismo moderno prenda il nome da Hobbes, come hemos visto, Troper y muchos otros estudiosos, incluso en ocasiones el propio Bobbio, cuando se refieren a la cuestión específica 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. 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 – **lo stato immaginato come un uomo gigante, le cui membra sono composte da tanti piccoli uomini** – 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. **Ciò darebbe tuttavia luogo ad una digressione troppo ampia, che preferisco evitare**¹⁰.

Pero en lo que no hay lugar para ambigüedades es en el carácter *marginal* que tienen los ciudadanos (súbditos) en la sociedad civil o estado. Está 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 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 entendemos 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

⁹ Com'è noto, Bobbio propone la descrizione più compiuta ed articolata di tale modello nella prima parte di N. Bobbio, M. Bovero, *Società e stato nella filosofia politica moderna*, il Saggiatore, Milano 1976. Al solo scopo di richiamarli alla memoria del lettore, mi sono permesso di riassumerne del tutto schematicamente i termini.

¹⁰ Ho affrontato la questione in *Dal disordine al consenso. Filosofia e politica in Hobbes*, Angeli, Milano 1994, in part. pp. 79-89.

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 **rispettivamente** a todos los ciudadanos o a 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 *marchingegno* 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 plenamente formado). 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 plenamente 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 Hobbes 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 individuos¹¹.

En todo caso, si nos tomamos en serio una expresión como "vida digna de vivirse" podemos construir con facilidad el catálogo de los derechos fundamentales que van más allá de la simple vida. A pesar de su contrariedad al juicio privado del bien sobre 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 a sostener 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, el paso es, **seppur né diretto né obbligato, logicamente concepibile**.

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 *'cuius 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”.

¹¹ A proposito di questi casi, si veda in particolare il cap. XXI.

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”¹².

Prescindiendo por ahora de la intuición schmittiana, podríamos preguntarnos: ¿en dónde y por qué 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 las ideas necesitan madurar y asentarse para poder transformarse en prácticas y navegar en las mareas de la historia. 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 **non sono veri diritti senza adeguate garanzie**, entonces, es necesario empezar a garantizar y transformar en derechos de verdad a los más **elementari**. Y, por lo tanto, si descubrimos que para garantizar de la mejor manera el derecho primario a la vida –el más **elementare**, 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- genere las condiciones para que muchos no tengan una vida digna de ser vivida, impidiendo u obstaculizando su capacidad de libre juicio, su autonomía moral y política implícita en las asunciones del individualismo o que, como sea, aumenta su sentido y su valor (superando el simple utilitarismo de las preferencias).

3. 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 en esta dirección está vinculado, obviamente, con el nombre de John Locke. Según Locke, para superar esta contradicción inherente a la concepción voluntarista de la ley – [**non capisco, mi pare che in questa frase qualcosa non**

¹² C. Schmitt, *Il leviatano nella dottrina dello stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico* (1938) in C. Schmitt, *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di C. Galli, Giuffrè Milano 1986, pp. 109-10.

funzioni] inherente positivista y estrictamente legalista de la norma planteada por Hobbes para quien *auctoritas non veritas facit legem* –, era necesario *sin* que ello implicara *alterar* o sustituir el punto de vista individualista hobbesiano, someter el contractualismo moderno a una robusta inyección de viejo jusnaturalismo. No tanto en los contenidos como en su inevitable exigencia de sentido sobre la legitimidad de segundo grado - por decirlo de alguna manera -, de la *auctoritas* misma que los asociados-autores invistieron (legitimaron en primer grado) del poder para hacer leyes positivas válidas, siguiendo un criterio de estricta legalidad.

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, se non esistesse un'altra, superiore, legge di natura, alla quale anche i governanti debbono obbedire, dal momento che essi (...) non sono, e non possono essere vincolati dalle proprie leggi positive, né da quelle degli altri? Y, por otra parte, la condición de los gobernantes no sería mejor della 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"¹³.

Dicho en otros términos, desde este ensayo –en el que reconoce sin problemas que existe un desacuerdo radical entre los hombres 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*. De paso, se trataba de una intuición que ya se encontraba en Hobbes cuando, en el *Behemoth, riflettendo sulle cause della rivoluzione inglese, de paso afferma:*

Se gli uomini non sanno quale sia il loro dovere, che cosa potrà costringerli ad obberire alle leggi? Un esercito, mi direte. Ma chi costringerà l'esercito? Forse che le nostre milizie non erano un esercito? E non erano un esercito le guardie che a Costantinopoli non molto tempo fa uccisero Osman nel suo stesso palazzo?¹⁴

¹³ J. Locke, *Saggi sulla legge naturale*, Laterza, Roma-Bari 1973, p. 10.

¹⁴ T. Hobbes, *Behemoth*, Laterza, Roma-Bari 1979, p. 69.

Hobbes, dalla sua prospettiva, ritiene che la risposta consista principalmente nello stretto controllo anche sul potere ideologico, e invita i sovrani a non farsi sfuggire dalle mani le università, dove altrimenti si possono formare a getto continuo potenziali ribelli. Ma questa è comunque un'ammissione che qualcosa sfuggirà sempre ad un potere che abbia completamente spezzato – o peggio: che abbia deciso fin dall'inizio di rinunciare – ad un rapporto di fiducia con i governati. Portando alle estreme conseguenze questo ragionamento hobbesiano, ci si accorge che si sprofonda per gradi, ma senza scampo, nella guerra civile, la più concreta e pericolosa manifestazione storica dell'ipotetico stato di natura. Se il Leviatano si esprime solo mediante la pura coercizione, prima o poi si riaffaccia il simbolo del disordine politico, Behemoth.

Da queste considerazioni sembra implicitamente ripartire Locke. Non si tratta, per lo tanto, di 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 límite (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 sul governo civile*. 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" (II, 4). Este estado configura una forma de "igualdad de ley" (*isonomía*) 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 único 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.

Aunque, como intentaré demostrar más adelante, intente una ruta ambigua que lo conduce al 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 artificialmente 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 (completamente) 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 y dialógica, 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 autointerpreta como tal precisamente para vencer su parte animal (estímulo-respuesta). Y, desde esta perspectiva, el soberano no es diferente del súbdito.

Pero, se podría objetar, en Locke las cosas no son exactamente así. Ciertamente. Y, de hecho, Locke incurre, con relación a esta perspectiva, en tres contaminaciones o conmixiones básicas con el jusnaturalismo clásico, objetivista. El mínimo común denominador de estas conmixiones es pensar que existe un mínimo de *evidencia natural* – un mínimo más "espeso" o

consistente de la capacidad dialógica e 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. La primera contaminación consiste en concebir como *natural* la propiedad y el derecho de propiedad que, en la obra de Locke, 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. El rey puede pedir la vida de su súbdito en el campo de batalla, pero 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, **il divieto per il parlamento di trasferire ad altra istituzione la rappresentanza**, etc. (**Secondo trattato, XI, 142**) – 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 la *naturaleza* de las cosas – 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 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).

Llegamos así a la tercera contaminación con el jusnaturalismo clásico, consiguiente y paradójica al mismo tiempo: la teorización articulada y puntual del "llamado al cielo", del derecho de resistencia. 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 Medioevo sobre la legítima resistencia al tirano *ex defectu tituli*

y *ex parte exercitii*). Paradójicamente, porque el constitucionalismo –incluso un constitucionalismo en ciernes- parece servir justamente 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.

4. J.J. Rousseau

Según Rousseau, el problema político fundamental que debe resolver el contractualismo –comprender cómo es posible que el hombre que nació libre en todas partes esté 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, **vuelve** a ser esclavo, no es ya nada. En los breves momentos de su libertad, el uso que hace de ella amerita que la pierda"¹⁵.

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 sabido, en la dirección de la democracia directa, sin representantes, en la que el poder legislativo es el único poder político verdadero, y en la cual 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 **escasa discrecionalidad** 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 general": 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

¹⁵ Il contratto sociale, III, 15.

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): cada ciudadano es, por derecho, miembro del cuerpo soberano y contribuye a formar aquellas leyes que, después como súbdito, deberá obedecer.

Paradójicamente, sin embargo, aquella clase de criptoconstitucionalismo implícito propio de la heteronomía hobbesiana –por el cual una configuración del poder totalitaria es el regreso a formas de arbitrariedad e incertidumbre similares al estado de naturaleza, y por lo tanto en la sociedad civil la idea de libertad como algo residual tiende muy a su pesar a abrir el camino al pensamiento de los derechos subjetivos de libertad- no parece tener lugar en Rousseau. No se debe limitar al soberano en modo alguno, ni siquiera éticamente, deontológicamente, porque *coincide con los súbditos*, expresa la ley civil y la ética pública. 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, en Rousseau, el término "constitución" se utiliza en el sentido de los antiguos: 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" (Il contratto sociale, III, 18)

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 abroga (...) el prejuicio de la antigüedad hace que (las leyes) cada día sean más venerables" (III, 11). 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" (III, 15). 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?" (II, 12).

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 particulares y poderes fuertes *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 funciones ejecutivas. No sólo: implica que los ciudadanos puedan discutir y disentir en la asamblea, hasta el punto de disolverla. 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).

C'è di più: una participación correcta y responsable en la asamblea implica derechos sociales. 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 – unanímistico – 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.

Hablábamos de las diferencias de catálogo de los derechos y de las características de su formulación respecto del constitucionalismo de corte liberal. En el catálogo implícito 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 decisorios 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 balanceo – **facile solo in via di principio** – consiste en la ubicación social y en la interpretación política que se atribuye a los ineludibles *intereses particulares*.

5. 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 el 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 produce en los individuos (actores racionales pero también "vanidosos") formas de ejercicio de dicha libertad que tienden continuamente a ampliar este espacio residual y a reivindicarlo como un espacio de otros y más grandes derechos, como límite al poder soberano.

Locke intenta resolver esta contradicción recurriendo en parte a la reconstrucción del jusnaturalismo clásico: de esta forma logra imponer límites al poder soberano, tutelando sobre todo el derecho individual de propiedad, pero lo hace, en última instancia, desde el exterior, recurriendo al argumento del derecho de resistencia imaginado de una manera demasiado rígida como el derecho de resistencia que se opone al poder tiránico. Constituyendo en realidad al pueblo, y no al cielo, en el árbitro inapelable y en el fondo como *iudex in causa sua*, de la "traición" constitucional del soberano, **es decir**, sin traducir los límites del poder político en una arquitectura institucional **realmente [togliere: todavía no]** 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 en la acción colectiva finalizada a su disolución.

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 decisonal público: **“colui che ha diritto di voto in questa legislazione si chiama cittadino (citoyen, cioè cittadino della stato, non cittadino della città, bourgeois). La qualità che a ciò si esige, oltre a quella naturale (che non sia un bambino né una donna), è questa unica. Che egli sia pardone di sé, e abbia quindi una qualche proprietà che gli procuri i mezzi per vivere”** (*Sopra il detto comune; questo può esser giusto in teoria ma non vale in pratica*, II)

E Kant precisa in nota: **“Il domestico, l'aiutante di bottega, chi lavora a giornata, lo stesso parrucchiere sono da qualificarsi solo como operai, non como artigiani (nel senso più largo della parola), né como membri dello stato e quindi neppure como cittadini”**.

Pero podemos prescindir de este aspecto: 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. 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 esta doble distinción se encuentra en ciernes el fundamento *tanto* de la posibilidad de imaginar una sociedad civil institucionalmente bien estructurada y sólida – e incluso solidaria – y al mismo tiempo plural y antagónica (integrada por productores de intereses e ideas antagónicas) *como* de la posibilidad de superar tanto al viejo jusnaturalismo, que coloca los derechos fundamentales como pretensiones morales que se encuentran en la base pero por fuera de los ordenamientos jurídicos (nomodinámicos), como al viejo juspositivismo que, llevado al extremo, sólo puede considerar a los derechos fundamentales como concesiones que la autoridad legítimamente reconocida como legislador produce y amplía pero también reduce y abroga.

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" (*Metafisica dei costumi*, in *Scritti politici*, Utet, Torino 1965, p. 416). 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, u **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 Locke, el derecho natural en sí y per se no es capaz de regular en lo más mínimo, ni siquiera en un hipotético grado cero, la vida social con sus inevitables y saludables antagonismos. Ni se contrapone, como se hace utilizando el derecho de resistencia, al derecho positivo. Y a diferencia de Hobbes (y en un cierto sentido también de Rousseau) no se considera como un fatal *ius in omnia*, como un derecho sobre todo que en los hechos se revela como un trágico derecho a nada que debe abandonarse inmediatamente.

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 derecho natural, que ni siquiera se dan claramente, si no la forma de la producción de la ley que no se agota, como sostiene el paleopositivismo, en la norma de reconocimiento de la autoridad autorizada a legislar.

En un estado bien constituido, aunque la ley emane de quien está autorizado a legislar, si es arbitraria – por ejemplo en el sentido de que viole el principio de justicia: trata igual a los iguales y desigual a los desiguales – podría caer dentro de 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):

“il diritto considerato come la facoltà morale di obbligare, vale a dire come un motivo legale a loro riguardo (titulum), si divide in diritto innato e diritto acquisito, di questi, il primo è quel diritto che indipendentemente da ogni atto giuridico è trasmesso all'uomo dalla natura; il secondo è quello per il quale è richiesto un tale atto giuridico” (Metafisica dei costumi, p. 416)

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 fundamentales. 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 tiene en la constitución e/límite de derecho positivo al legislador, también éste sometido a la ley siguiendo un principio de estricta legalidad (definido por Ferrajoli 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; ni la eventual felicidad, ni siquiera la felicidad colectiva, es de per sé 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 depender de formas de paternalismo o despotismo

más o menos filantrópicamente ilustrado o prudencialmente interesado a conservar el status quo.

Concluyendo, dos son los objetivos (alcances?), entre ellos complementarios, que se desprenden de la concepción kantiana de la persona: el primero consiste en la más amplia defensa (en sus diferentes niveles) de la *libertad de la pluma*, es decir de la libertad del *disenso*, también y sobre todo si se expresa individualmente, esto es, del *disidente* solitario en carne y hueso como manifestación extrema y paradigmática de la condición del ser minoría (de aquí los derechos de libertad de los que gozan también los que están en la mayoría); el segundo consiste en la defensa de la posibilidad que tiene la persona de *emanciparse* de cualquier pertenencia o forma de vida (religión, cultura, tradición, condición social), haciendo uso de la su propia autonomía moral a través de la opción *voice* (protesta) o a través de la opción *exit* (abandono).