

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 1995

DERECHO  
Y  
MODERNIDAD



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

*Editor:*

Agustín Squella

*Asistentes del Editor:*

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

*Comité Consultivo:*

Albert Calsamiglia (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),  
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),  
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

*Consejo Editorial:*

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín  
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,  
Jorge Iván Hubner, Máximo Pacheco y Eugenio  
Velasco.

ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
1995

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 13  
1 9 9 5

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las siguientes Universidades: Universidad de Concepción, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Católica del Norte, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad Central, Universidad del Desarrollo, Universidad Diego Portales, Universidad Internacional SEK, Universidad de Las Condes, Universidad del Mar, Universidad Nacional Andrés Bello, Universidad de La República, Universidad de Talca y Universidad de Valparaíso.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,

Errázuriz 2120 - Valparaíso.

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 1995

### DERECHO Y MODERNIDAD

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1995 - 1997)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

*La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, presenta el número 13 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 1995, el cual lleva por título "Derecho y Modernidad".*

*El título mencionado corresponde a la denominación que se dio en su momento a la Segunda Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, que se llevó a efecto en octubre de 1995, en la Universidad de Concepción, lo cual se debe a que la mayoría de las comunicaciones que entonces fueron presentadas se incluyen en la sección Ponencias de este volumen, que es la primera y más extensa que el mismo contempla.*

*A la sección indicada sigue una segunda, llamada Estudios, en la que el lector podrá encontrar cuatro trabajos de gran interés; una tercera, que lleva por nombre Discursos, en la que se incluyen, entre otros, los que fueron pronunciados en la inauguración y clausura de la Segunda Jornada Chilena de Filosofía del Derecho; y una cuarta y última, llamada Recensiones, en la que aparecen tres reseñas bibliográficas de gran actualidad.*

*Por último, deseamos expresar a nuestros lectores que ejemplares de éste y de los restantes números del Anuario pueden ser solicitados a la casilla 211-V, de Valparaíso.*

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

## PONENCIAS (\*)

---

\* Estas ponencias fueron todas presentadas en la Segunda Jornada Chilena de Filosofía del Derecho. Esta Jornada, sobre "Derecho y modernidad", tuvo lugar en la Universidad de Concepción, en Octubre de 1995.

DOS PARADIGMAS DE LEGITIMIDAD POLITICA  
Notas sobre la confrontación cultural de nuestra época

GONZALO IBÁÑEZ \*

La última década de este siglo y milenio no pudo iniciarse bajo mejores auspicios: meses antes de que ella comenzara, cayó el muro de Berlín y, en rapidísima sucesión, se desmoronaron los regímenes marxistas de Europa Central, siendo seguidos, poco después, por el mismo régimen de la Unión Soviética. Recientemente, sin embargo, muchos de los países que se liberaron del marxismo, han elegido para que los gobiernen a antiguos marxistas, porque los gobiernos intermedios no fueron, al parecer, lo suficientemente eficaces para resolver los graves problemas que los afectaban.

El rasgo común a estas situaciones es la *desorientación*. En otros países occidentales y, especialmente en los de nuestro continente americano, esa desorientación también está presente aunque, tal vez, un poco más atenuada. No tanto, en todo caso, para que podamos despreocuparnos de ella. Por una parte, se dispone de poder y de libertad, pero, por otra, se sabe poco qué hacer con ellos por lo que su uso suele causar a personas y países daños que, en algunos casos, llegan a ser extremadamente serios. Por eso, en esta ocasión me ocuparé de un tema que he tratado en anteriores congresos, seminarios o artículos, pero cuya importancia me parece tan fundamental para un buen orden social que no vacilo en insistir. Se trata precisamente de los criterios básicos para la orientación del

---

\* Doctor en Derecho, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Adolfo Ibáñez y Rector de esa Universidad.

uso tanto de la libertad como del poder que ella encierra, especialmente en el campo político.

El tema es similar para individuos y sociedades. En ambos casos, la libertad no puede actuar sino sobre la base de principios en los cuales pueda asentarse al menos un cierto esbozo de plan de acción. Esos principios, por cierto, no esperan ser *inventados* sino *formulados* a partir de una reflexión sobre la misma realidad de ese individuo o de esa sociedad, tanto en lo que tienen de universal o de común con otros individuos o sociedades, como en lo que tienen de peculiar, atendidas la historia, idiosincracia, circunstancia y características propias de cada uno. No es fácil convencerse, sin embargo, de que un uso de la libertad que no es precedido por esa reflexión puede conducir a graves catástrofes. Como paliativo, se suele afirmar que tal reflexión debe hacerse en torno no tanto a ideas forjadas en contacto con la realidad —y que, por ende, dejan espacio al error, pues el criterio de verdad será precisamente la correspondencia con la realidad— sino en torno a ideas que los mismos individuos inventan y de cuya veracidad ellos son la única medida: he ahí el origen de las ideologías, en las cuales, por lo visto, no cabe el error. Todo en ellas es verdad.

Occidente ha llegado a ser la cultura humana por excelencia, porque ha sabido asumir adecuadamente esta relación entre libertad e inteligencia, a pesar de que la tentación ideológica lo ha acompañado siempre y de que muchas veces se ha doblegado a sus encantos mortíferos, como cuando se deslumbró con el marxismo. No es, por eso, alarmismo llamar la atención sobre la debilidad que muestran los procesos políticos actuales, derivada de un peligroso oscurecimiento de la inteligencia y paralelo a un nuevo crecimiento de la tentación ideológica, pues ello puede comprometer todos los éxitos alcanzados.

Mi intención en este trabajo es ocuparme de este viejo tema sobre la base de examinar los dos grandes paradigmas que en nuestra historia reciente se han disputado acerca de la relación entre inteligencia y libertad, poniendo especial énfasis en el tema de las decisiones políticas de gobierno y sus consecuencias para la obediencia de los súbditos. Es la misma legitimidad del uso del poder político lo que está en juego.

## I. Auctoritas y Potestas.

En sus *Etimologías* escritas a fines del siglo VI y principios del VII de nuestra era, San Isidoro de Sevilla, acotaba y resolvía en una breve sentencia la disputa a que hacemos mención: *rex eris si recte facies, si non facies non eris* (lib. 9, cap. 3, párr. 4).

“Rey serás si obrares rectamente; si así no obrares, no lo serás”. Obrar rectamente: he ahí la condición para asegurar la legitimidad de una posición de mando y de las órdenes que de ella emanen. ¿Podemos, con todo, concluir que hay conductas u obras que no son rectas y que el uso de la libertad no se justifica por sí mismo? Es indudable que para San Isidoro y para toda la tradición cristiana y aún para la pagana en su versión clásica la respuesta es claramente positiva: sí, podemos concluirlo. Más todavía: hemos de concluirlo. ¿Por qué? y, en ese evento ¿cuál es el criterio de rectitud? He ahí las dos preguntas que con la brevedad que exige un trabajo de la índole requerida para la ocasión, quiero responder en esta primera parte.

### Respuestas de nuestra cultura clásica.

La respuesta a la primera pregunta —¿por qué?— es simple, aunque parece difícil de aceptar. Básicamente, ~~porque~~ somos criaturas. No es del caso profundizar ahora en este tema que es sumamente rico e importante. Reconozcamos, al menos, que no somos dueños de nuestro peculiar modo de ser, es decir, de pertenecer o no a la especie humana. Somos lo que somos al margen de nuestros gustos. Eso demuestra con bastante claridad la precariedad de nuestro existir y de que, en definitiva, ese existir se lo debemos, a la par como individuos y como especie, a otro ser superior.

Es importante subrayar este hecho, pues todo individuo humano cuando obra o actúa lo hace siempre pensando en su mayor bien o perfección, o en su felicidad, como también se suele decir. Sucede sin embargo que, por no definir nosotros nuestra propia entidad, sino por estar ésta ya definida, no cualquier acto nuestro es correspondiente con los requerimientos objetivos de esa entidad. Toda criatura irracional obra de manera de alcanzar la plenitud que le es *posible*. A los hombres se nos pide lo mismo, es decir, que hagamos un uso óptimo de nuestras posibilidades; mas, es preciso



agregar que ese obrar constituye, en el caso nuestro, un deber, precisamente porque a través de la libertad que nos caracteriza, nuestra conducta es la que nosotros queremos que sea. Pero, como decíamos, esa libertad no es tan potente como para determinar, por sí y ante sí, cuál es la perfección de nuestra naturaleza, de modo que todo acto de ella deba ser reputado como infaliblemente bueno. Por eso, en definitiva, antes de actuar debemos conocer y reflexionar acerca de nuestras posibilidades.

El acto libre consta así de dos grandes etapas. En primer lugar, un conocimiento de las alternativas que se nos ofrecen y una *reflexión* acerca de ellas, acerca de su capacidad para conducirnos a nuestro fin. La segunda etapa es la de *decisión* en la cual se pone en juego propiamente la libertad. Esa decisión implica, por cierto, optar por una de las alternativas pero, a la vez, renunciar a las demás lo cual, a veces, es sumamente difícil. En todo caso, aunque para considerarse libre es necesario el *poder* hacer una cosa u otra, *poder* tomar un camino u otro, ese poder debe ser iluminado por el conocimiento, hasta el punto de que podemos concluir sin temor a errar que una persona sólo es verdaderamente libre en aquel campo donde sabe; esto es, donde es *autoridad*. Esta significa precisamente conocer; quien es autoridad en una materia es el que sabe de ella tanto como para enseñarla. En el campo político, significa el saber que debe acompañar al poder del gobernante para que sus mandatos sean prudentes.

Henos aquí frente a la célebre relación entre *potestas* y *auctoritas*, tan válida y necesaria en el gobierno de la vida individual como en el gobierno de la sociedad. Así, el criterio de rectitud a que se refiere San Isidoro en su célebre sentencia, es precisamente la misma naturaleza humana y sus posibilidades en cuanto pueden ser conocidas por la inteligencia y proyectadas, después, para iluminar nuestras decisiones de modo de asegurar su sensatez y prudencia. La ley, en el caso de la sociedad política, es la expresión de la prudencia del gobernante que ordena los actos de la comunidad hacia el fin que le es conveniente, es decir, hacia el bien propio de la naturaleza humana o bien común. De ahí la definición de ley que enseña Santo Tomás:

. . . *prescripción de la razón ordenada al bien común y promulgada por quien tiene a su cargo la comunidad* (Suma de Teología, 1-2 q. 90 a. 4).

La razón de por qué se requiere de gobierno en la sociedad política radica en la insuficiencia de la inteligencia individual para dirigir la actividad de cada uno de manera de alcanzar el fin común. Por eso es menester que uno o algunos se eleven sobre los demás para que, apreciando la sociedad en conjunto, dicten pautas comunes que sirvan, después, como puntos de referencia para que los particulares tomen sus propias decisiones.

Lo que estas personas disponen no es, con todo, un mero consejo que pueda ser seguido o no, sino órdenes revestidas de verdadero *imperio*, en virtud del cual los súbditos quedan moralmente obligados a obedecer, como si se tratara de una disposición de la propia prudencia. En definitiva, por esa vía se obedece al mismo Dios, nuestro Creador y gobernante de todo el universo de criaturas. El, junto con buscar su propia gloria, busca —porque esa es su gloria— la plenitud del orden universal y el bien de sus criaturas, en especial, de los hombres. Dios es el autor de nuestra naturaleza y, por esa vía, de los criterios básicos que han de regir nuestra conducta individual y social. Como enseña San Pablo, no hay potestad que ~~no venga de Dios~~ y, las que hay, vienen todas de Dios. El gobernante político no está, por ello, para obedecer a sus gobernados, de quienes sería un *mandatario* —lo que es un perfecto contrasentido— sino a Dios; es a El a quien representa y es a El, por tanto, a quien hemos de ver en los gobernantes políticos. Estos participan así —de modo derivado— del carácter sagrado de Dios. Junto con deberles obediencia y gratitud les debemos, por todo ello, también una cierta reverencia.

Pero, por lo mismo que el gobernante político es un vicario del supremo gobernante universal, sus mandatos no pueden ser caprichosos, sino ejemplos de prudencia. La obediencia en nuestra cultura occidental tiene así límites muy precisos. Una disposición del gobernante que no se ajuste a la definición mencionada de ley carece de fuerza moral obligante y sólo puede ser obedecida eventualmente por ser un mal menor. Pero, si compromete gravemente el bien de la comunidad puesta a su cuidado, puede incluso permi-

tir e imponer la obligación de cambiar al gobierno. La sedición contra la legítima autoridad es un pecado gravísimo contra la caridad, pero cuando la acción se dirige contra un gobierno que abusa de su poder y comete graves injusticias, no hay razón de sedición, pues ésta radica en el mal gobierno según lo que enseña Santo Tomás:

*El régimen tiránico no es justo por no ordenarse al bien común sino al bien particular del regente, como se lee en Aristóteles. Por tanto, la perturbación de ese régimen no tiene razón de sedición, a no ser que se perturbe de tal manera desordenada, que la multitud tiranizada sufra mayor detrimento con la sedición que con el régimen tiránico; con todo, más sedicioso es el tirano que fomenta discordias y sediciones en el pueblo esclavizado para poder dominar con más seguridad. . . (Suma de Teología, 2-2 q. 42 a.2 ad. 3).*

## II. La vía "moderna": ¿modernidad o barbarie?

Ideas contrarias a las que hemos expuesto más arriba las ha habido siempre y, en general, han sido reiteraciones de los mismos argumentos. Ellas expresan el constante deseo de evadirse de esa orientación por parte de la inteligencia a que está sujeta nuestra libertad para alcanzar el bien humano o, por lo menos, de desatar a la inteligencia de esa necesidad de encontrar la verdad en las cosas y no en sí misma. A pesar del carácter reiterativo de estas ideas y de las pretensiones autonómicas que subyacen detrás, las corrientes que las sustentan en el mundo contemporáneo buscan presentarse bajo la etiqueta de la modernidad, afirmando que las ideas clásicas están ya perimidas y corresponden a épocas definitivamente superadas de nuestra historia. No me parece, sin embargo, que la modernidad merezca semejante tratamiento, pues los contenidos con que muchos tratan ahora de atiborrarla significan más bien un retroceso a la barbarie que un avance a cualquier otro fin.

Históricamente, este tipo de ideas renueva su presencia y sus afanes por imponerse cuando en una determinada sociedad ciertos resortes morales, indispensables para mantener a la inteligencia bien inclinada hacia la verdad, dan muestras de cansancio y tienden a aflojar. Es decir, cuando un número importante de personas que forman parte de esa sociedad comienzan a pensar que no es digno de la condición humana una situación de servicio a Dios y a su

creación, como la que fundamenta las ideas que ya vimos, y que lo justo es que sea el hombre y no Dios el centro de la vida cotidiana. Al margen, con todo, de las motivaciones morales que pueda haber detrás, nos interesa, en esta oportunidad, poner de relieve las formulaciones que, en la modernidad, adquieren esas viejas ideas.

No podemos, sin embargo, dejar de mencionar la situación de anarquía que se vivió en Europa en los siglos XVI y XVII con motivo de las sangrientísimas guerras de religión. Esa situación incitó a muchos intelectuales a buscar algún tipo de fórmula que restaurara la autoridad, pero —y esto es primordial subrayarlo— sin menoscabo de la autonomía moral que dejaban como legado los movimientos y las ideas reformistas que habían sacudido el continente. Y sin que tampoco fuera necesario intentar una reunificación religiosa. Como señalaba el pensador holandés Hugo Grocio, la meta estaba constituida por la elaboración de una doctrina que fuera válida, aún en la hipótesis de que Dios no existiera.

A la búsqueda de un poder fuerte, unánimemente obedecido y que, sin embargo, deje en pie el dogma de la autonomía moral del individuo.

En los hechos, la idea de que la libertad individual no podía ser gobernada más que por sí misma y no por alguna autoridad exterior —aunque fuera la inteligencia del mismo sujeto— no produjo en la época a que nos referimos sino anarquía y tremendos desórdenes. No se trataba, sin embargo, de volver atrás, sino *a partir de esa idea*, encontrar una fórmula que permitiera edificar un poder fuerte y obedecido por todos. Una fórmula, entonces, en virtud de la cual las órdenes del gobernante tuvieran que ser obedecidas por entenderse que ellas provenían de la misma libertad de cada uno. Muchos autores se abocaron a la tarea; de ellos, sin embargo, la historia ha retenido fundamentalmente a tres: Hobbes, Locke y Rousseau. Brevemente quisiera recordar algunas de sus ideas y las consecuencias que produjo o puede producir su aplicación, esto es, las consecuencias prácticas del hecho de elevar la libertad a la categoría de valor absoluto.

Como buen nominalista, para el inglés Thomas Hobbes (1588-1679) la vida en sociedad no es algo natural a los hombres. En su

obra más famosa *Leviathan* (1651), este autor afirma que el individuo humano, al revés de lo que afirmaba Aristóteles, está lejos de ser un "animal político"; lo natural para él es la vida en un estado de aislamiento respecto de los otros individuos y, además, de guerra permanente de unos contra otros, en virtud, precisamente, de esa autonomía moral que caracteriza al gobierno de su libertad. Mas, como de continuar en este estado, la vida de todos —ricos o pobres, débiles o poderosos— está gravemente amenazada, la razón nos impera a todos a abandonarlo y pasar a un estado civil donde nuestra seguridad quede garantizada. Tal conclusión constituye un imperativo moral, que Hobbes llama ley de la naturaleza, en virtud del cual la renuncia total a la libertad es paradójicamente el único uso racional que el hombre puede hacer de ella.

Esa renuncia se materializa en un pacto en virtud del cual se abandona el estado de naturaleza para ingresar al de sociedad, que se constituye precisamente cuando transferimos todo nuestro poder a alguien o a algunos. De esa manera, se conforma un poder central destinado a asegurar la supervivencia común y la defensa contra los enemigos. Aunque Hobbes no lo dice, queda la impresión de que, para él, el hecho de que ahora vivamos en sociedad, comprueba empíricamente que ese pacto existió. En todo caso, lo que en esta hipótesis interesa destacar es que, a partir del pacto, los súbditos que por él se constituyen como tales, no pueden volver atrás, pues han renunciado a su libertad. Y, también, que por el pacto se les impone, además de la obligación de obediencia, la obligación de estar de acuerdo con lo mandado, porque lo que mande quien detenta el poder ha de estimarse como si lo mandara cada uno de los que ha participado en el pacto, pues en ello consiste precisamente el pacto:

*Dícese que un Estado ha sido instituido cuando una multitud de hombres convienen y pactan, cada uno con cada uno, que a un cierto hombre o asamblea de hombres se le otorgará, por mayoría, el derecho de representar a la persona de todos (es de decir, de ser su representante). Cada uno de ellos, tanto los que han votado en pro como los que han votado en contra, deben autorizar todas las acciones y juicios de ese hombre o asamblea de hombres lo mismo*

*que si fueran suyos propios, al objeto de vivir apaciblemente entre sí y ser protegido contra otros hombres. . .*

*. . . como el derecho de representar la persona de todos se otorga a quien todos constituyen en soberano solamente por pacto de uno a otro, y no del soberano en cada uno de ellos, no puede existir quebrantamiento de pacto por parte del soberano, y en consecuencia ninguno de sus súbditos, fundándose en una infracción, puede ser liberado de su sumisión (id. cap. XVIII).*

Por cierto, estas ideas son extremadamente duras y nada fáciles de aceptar. Sobre todo, porque niegan a los súbditos toda posibilidad de rebelión aun cuando queda abierta la puerta para que las órdenes del gobernante puedan ser arbitrarias. No pueden rebelarse porque, en la hipótesis que comentamos, esas arbitrariedades en última instancia deben ser imputadas a los mismos súbditos.

En definitiva, en la Inglaterra de la época, las ideas que predominaron fueron más bien las de John Locke (1632-1704) expresadas en su obra *Two Treatises of Government* (1688), destinada a dotar a la Revolución producida ese año, y que derrocó a Jacobo II Estuardo, de un fundamento ideológico que la hiciera plausible. Según Locke, no siendo el estado de naturaleza tan terrible como lo pintaba Hobbes, el pacto social que constituía el estado civil no requería una renuncia total a la libertad primitiva. Sólo la estrictamente necesaria para constituir un poder central que dirimiera las disputas de los propietarios y que sirviera para proteger la propiedad, hacienda y vida de éstos.

Juan Jacobo Rousseau (1712-1778), ginebrino, apreció en las teorías de estos ingleses dos grandes fallas cuyo remedio él procuró aportar con sus propias ideas. La primera es la siguiente: si la renuncia de la libertad no es total, esto es, si cada uno conserva parte de su poder original, la tentación de entrar en combate con los vecinos es muy grande: no se consigue, pues, el fin que motivaba la constitución del estado civil y el abandono del natural, cual era la seguridad de las personas y de sus bienes. Pero, por otra, no se podía imponer una renuncia pura y simple de la libertad individual, pues ello constituía una contradicción con la premisa básica del movimiento, es decir, la afirmación de la autonomía moral de

la persona. La tarea a que se abocó Rousseau no fue, pues, sencilla, pues se trataba de producir una renuncia total a la libertad que, a la vez, no implicara de ninguna manera renuncia alguna a la libertad, toda vez que para él la libertad es la causa de la bondad.

*Una tal renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre, y significaría quitar toda la moralidad a sus acciones si se quitara toda la libertad a su voluntad* (Contrato Social Lib. I cap. IV).

Por desgracia, se produjo —en la hipótesis de Rousseau— un hecho lamentable como fue la constitución de la propiedad (Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres - 1753) que, en definitiva, produjo el dominio de unos hombres sobre otros. Marx retomará más tarde este punto de partida tanto como —en el fondo— la primera conclusión que da Rousseau:

*El hombre ha nacido libre, y por todas partes está encadenado* (Contrato Social. Lib. I Cap. I).

Para Rousseau no se trata entonces de pasar de un estado de naturaleza a uno civil, sino de uno civil contrahecho a uno civil donde el hombre recupere, por así decirlo, su humanidad y bondad a través de una plena recuperación de la libertad. Es lo que años después afirmará, por ejemplo, Maximilien Robespierre, el discípulo por antonomasia de Rousseau:

*El hombre ha nacido para la felicidad y para la libertad y, en todas partes él es esclavo y desgraciado. La sociedad tiene como fin la conservación de sus derechos y la perfección de su ser, y por todas partes la sociedad lo degrada y lo oprime. . .* (Discurso del 10 de mayo de 1793).

Sobre esta base, Rousseau enuncia el problema. Se trata de: . . . *encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no se obedezca sin embargo sino a sí mismo y siga tan libre como antes* (Id. cap. IV).

Es decir, tan libre como en el estado de naturaleza. Todos conocemos cómo continúa el raciocinio de nuestro autor: la solución

del problema está en la celebración de un contrato social en virtud del cual todos y cada uno renuncian a su libertad, sus derechos y bienes, para formar así un cuerpo común dotado de una voluntad que recoge y asume las voluntades y libertades individuales y que termina expresándolas a través de la *voluntad general*. Pero esa voluntad no es la de un jefe extrínseco a los súbditos, sino que es, efectivamente, la *misma* voluntad de éstos. En el hecho no hay ni súbditos ni jefes, sino una sola voluntad que es la más feliz expresión de la de todos y de cada uno. De esta manera queda salvado el gran escollo: el individuo queda obligado a obedecer sin que su plena y total libertad sufra ningún menoscabo, pues es de ella de donde emanan las leyes. La felicidad, en conclusión, debe ser la tónica en un estado organizado de esta manera: cada uno sabe que se hace su personal e individual voluntad y que, por ello, la bondad moral reina por doquier:

*El ciudadano consiente a todas las leyes, aun a aquellas que han sido promulgadas a pesar de él y aun a aquellas que lo castigan cuando él osa violar alguna de las leyes. . . Cuando, por ende, la opinión contraria a la mía triunfa, ella no prueba otra cosa sino que yo me había equivocado y que lo que yo estimaba ser la voluntad general, no lo era. Si mi opinión particular hubiera triunfado, yo habría hecho algo distinto a lo que yo quería, y entonces yo no hubiera sido libre* (Id. Libro IV cap. I).

Si, por azar, alguno de los miembros manifiesta una voluntad distinta a la general, ello, en definitiva, es un síntoma de esquizofrenia: doble personalidad. La verdadera voluntad es, por cierto, la voluntad general, por lo que obligar a alguien a someterse a sus dictados . . . *no significa otra cosa que se le forzará a ser libre. . .* (Id. Lib. I cap. VII). Como, en fin, la voluntad general ha asumido la voluntad de cada uno y, con ella, su libertad, esa voluntad asume asimismo su *total bondad*, por lo que nadie tiene nada que temer de sus decisiones, ni ella, por lo tanto, tiene que rendir garantía a nadie: lo que ella mande, porque lo manda ella es lo bueno, lo justo y lo verdadero:

*El soberano, por el solo hecho de serlo es siempre lo que debe ser* (Id. cap. VII).

\* \* \*

Con esta asombrosa conclusión llegamos al final de nuestro periplo: estamos, en las antípodas de San Isidoro y de Santo Tomás. No hay ahora que esmerarse en buscar normas a las cuales quien ejerza el poder político tenga que ajustarse: el soberano es el origen primero de toda norma y, por lo mismo, es impensable todo "derecho" a la rebelión por parte de los súbditos, pues no hay, en esta hipótesis, un orden previo contra el cual contrastarla; no hay, pues, posibilidad de ley injusta. He aquí, por lo demás, el origen del moderno positivismo jurídico para el cual la pregunta acerca de la justicia o injusticia de la ley carece de todo sentido. Sólo es posible preguntarse acerca de la validez o invalidez formal de la norma.

Cabe subrayar, con todo, que, a pesar de sus formulaciones teóricas, con el triunfo de estas ideas no cesaron las guerras intestinas; al contrario, se acrecientan, pues triunfando este contexto ideológico, de lo que se trata en adelante es de definir quién será el oráculo de la voluntad general, es decir quiénes serán los "partidarios" de la libertad y quiénes sus "enemigos":

*Todos los hombres razonables y magnánimos son del partido de la República; todos los seres pérfidos y corrompidos son de la facción de vuestros tiranos (Robespierre, discurso del 5 de diciembre de 1793). La Revolución es la guerra de la libertad contra sus enemigos; la Constitución es el régimen de la libertad victoriosa y en paz. El gobierno revolucionario debe a los buenos ciudadanos toda la protección nacional; no debe a los enemigos del pueblo sino la muerte (Id., discurso del 25 de diciembre de 1793).*

Conclusión.

El punto de partida de la historia que acabamos de narrar no pudo ser más deslumbrante: la independencia de la libertad de toda conducción por parte de la inteligencia, es decir, el término de la sujeción de la *potestas* a la *auctoritas*. De ahí en adelante no había de qué preocuparse: la libertad es buena de suyo. El punto de llegada no pudo ser más aterrador: la libertad concreta de cada persona entregada al capricho de aquel que lograba hacerse del poder y proclamarse como el único oráculo efectivo de la voluntad general. Fue lo que sucedió en la Revolución Francesa cuando estas ideas intentaron por primera vez ser aplicadas: Robespierre, el Comité de Sal-

vación Pública y el Terror se encargaron de mostrar, sin dejar lugar a dudas, cuál era su real significado.

Posteriormente, el nazismo y, sobre todo el comunismo, constituyeron aplicaciones fieles de ellas. Al negarse la sujeción del gobierno a normas objetivas; es decir, al afirmarse que la sociedad está enteramente por hacerse a partir de la voluntad general (léase, la voluntad de quienes se han hecho fuerte en el poder), cualquier experimento se hizo posible. Y no hay que engañarse por el hecho de que otras sociedades que en sus fundamentos teóricos han aceptado las ideas que comentamos, no las hayan llevado enteramente a la práctica. Sucede que, cuando no se dispone efectivamente del poder total en la sociedad, ésta se defiende de la agresión. Es lo que ha sucedido en la mayoría de los viejos países occidentales, donde la tradición de respeto a la naturaleza de los seres, especialmente del ser humano, es muy fuerte; por ello, los ideólogos no han podido llevar a término completo sus planes de ingeniería social.

El recurso a los llamados derechos humanos contra los excesos del poder político no pasa de ser, también, una falacia. Para demostrarlo está, desde luego, el mismo caso de la Revolución de 1789 que proclama los Derechos del Hombre y del Ciudadano y que, a reglón seguido, practica el primer genocidio de la historia contemporánea: el genocidio franco-francés. En realidad, esos derechos expresan el ideal de la libertad como valor absoluto, motivo por el cual los de una persona son contradictorios con los derechos de las demás, por lo que las limitaciones que puedan imponérseles sin contradecir su esencia son sólo aquéllas que provengan de la voluntad general tal como la definía Rousseau. Al respecto, la misma Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 6º es perfectamente explícita.

La exacerbación en la prédica de estos derechos y la pertinaz negativa a presentar una solución razonable —seguramente, porque no existe— a los numerosos casos de contradicción entre ellos muestra que el derrumbe del marxismo no ha sido sino un episodio al interior de una batalla que está muy lejos de haber terminado. Hasta ayer, el ataque a los fundamentos económicos de una sociedad bien organizada, esto es, a la propiedad, al mercado y a la iniciativa privada constituían la estrategia favorita; hoy, ella no goza, des-

pués de la caída de los "socialismos reales", de tanta fama como antaño. Pero la pretensión de organizar la sociedad a partir de las ideas claras y distintas de los ideólogos persiste y con virulencia. El matrimonio, la familia y la vida de los que están por nacer, constituyen en los días que corren el blanco favorito de los ataques.

La pretensión de que por ley se pueda convertir al matrimonio en una unión divorciable y, por ende, pasajera, es un claro caso de ingeniería social. La libertad real y concreta de los contrayentes se verá, en esta hipótesis, subordinada a la voluntad del poder político que declarará cuándo un matrimonio puede continuar y cuándo ha de acabarse. También será ella la que declare qué tipo de unión es matrimonio o no; por ejemplo, las uniones con cierto grado de estabilidad entre homosexuales o lesbianas comienzan a ser consideradas —en nombre de los derechos humanos— como uniones matrimoniales legítimas a las cuales se les pueden asignar hijos en adopción o custodia. Por último, un hecho biológico tan claro como la vida del que está por nacer es perfectamente desconocido para dejar entregada esa vida humana, por ahora, a la decisión de la madre, pero con la clara presión para que, en definitiva, sea el poder político el que decida quiénes nacen y quiénes no y, si fuera posible, cuál es el sexo de los que van a nacer: ingeniería genética.

Llama la atención sí, el hecho de que estas ideas sigan gozando de gran aceptación. Adulada la libertad por la perspectiva de ser considerada como absoluta, la tentación de profesarlas es fuerte; la soberbia no lo es menos. La aceptación de nuestra condición de criaturas libres, inteligentes y responsables constituye la base para una vida individual y social bien ordenada de acuerdo a los requerimientos de nuestra naturaleza, según lo veíamos en la primera parte. Sucede, sin embargo, que la aceptación de esta realidad parece ser, para muchos, imposible. Antes que reconocerse criaturas, ordenadas a un fin que ellos no han establecido y para alcanzar el cual han de seguir normas que ellos no han dictado, prefieren las consecuencias de los errores contrarios. El dilema para el hombre actual, en el umbral del tercer milenio, es así el mismo a que se ha enfrentado el hombre de todos los tiempos: reconocerse como hombre en toda su dimensión o jugar a convertirse en ángel con el riesgo de terminar haciendo la bestia.

## ¿ QUE QUEDA DE LA VOLUNTAD SOBERANA ? (Antecedentes históricos y consideraciones político-jurídicas)

EDUARDO ANDRADES RIVAS \*

*"... La tiranía de los legisladores es actualmente, y esto durante muchos años todavía, el peligro más temible". (Tomás Jefferson) (1).*

### Introducción.

Ha sido el Constitucionalismo clásico, tanto en su vertiente decimonónica, como en los atisbos ~~legislativos de principios~~ de este siglo, el que ha legado a los ordenamientos públicos de Occidente, la noción —ya que no teoría articulada y unívoca— de *voluntad soberana*, aplicada por unos al concepto político de Soberanía y por otros al concepto jurídico de Ley, en la forma de voluntad popular o general.

Los primeros esbozos u orígenes históricos del concepto se encuentran en las teorías pactistas o más precisamente contractualistas de fines del siglo XVII, que se desarrollan hasta alcanzar su punto culminante en el siglo siguiente, en la Europa Continental.

\* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

1 Carta de Jefferson a Madison, 15 de marzo de 1789, citado por TOCQUEVILLE, Alexis, "La Democracia en América", Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 265 y 693.