

RODRÍGUEZ, I.: "Presentación del Fiscal General de la República", en: *Informe Anual del Fiscal General de la República 2003*, Ministerio Público, Despacho del Fiscal General de la República, 2004.

ROMERO, A.; SALAS, J.; GARCÍA, A., y LUNA, C.: "El miedo a la violencia y el Guachimanismo: instrumentalidad versus conformidad", *Capítulo Criminológico*, vol. 29, n° 2, Instituto de Criminología Lolita Aniyar de Castro, LUZ, Venezuela, 2001.

SANJUÁN, A. M.: "La criminalidad en Caracas", *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, vol. 3, n^{OS}. 2-3/1997.

SANTOS ALVINS, T.: "Policía y democracia en Venezuela", *Policía y sociedad democrática*, n° 3, 199-218, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

SERRANO, P.: *Medios violentos. Palabras e imágenes para el odio y la guerra*, El Viejo Topo, Barcelona, 2008.

SOZZO, M. M.: "Seguridad urbana y tácticas de prevención del delito", *CDyJP*, n° 10, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

WACQUANT, L.: *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Buenos Aires, 2004.

ZAFFARONI, R. E.: *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1998.

www.cadenaglobal.com

www.elmundo.com.ve/ayuda/

http://el-nacional.com/www/site/p_contenido.php

www.eluniversal.com

www.globovision.com

www.ultimasnoticias.com.ve

LUIGI FERRAJOLI Y UNA MIRADA GARANTISTA DEL SOBERANO DE THOMAS HOBBS

MAURO BENENTE*

Resumen

En el presente trabajo reconstruyo, a partir de pasajes fragmentarios de su obra, la lectura que hace Luigi Ferrajoli de la obra de Thomas Hobbes, a quien le adjudica la construcción de un soberano limitado. Mi intención será problematizar esta clave de lectura, sugiriendo, a diferencia de la interpretación que postula Ferrajoli, que en la obra de Hobbes el soberano no se encuentra limitado por el contrato.

Palabras claves

Soberano - pacto - estado de naturaleza - leyes de la naturaleza.

I. Aclaración previa e introducción

Antes que nada, una aclaración no pedida: mi aproximación a la obra de Luigi Ferrajoli es bastante superficial.

Trabajar con una disciplina que tiene a sus espaldas, que en cada palabra, lleva con cada gesto, cada mueca, el fantasma, la som-

* Abogado (Universidad de Buenos Aires), estudiante de Ciencias Políticas (Universidad de Buenos Aires), Becario UBACyT (categoría estímulo), auxiliar docente de "Elementos de Derecho Constitucional", "Teoría del Estado" y "Sociología del Derecho" en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

bra, de algo tan escandaloso como la prisión, el hacer sufrir, no es una tarea fácil. Mi aproximación a Ferrajoli ha sido a partir de una pregunta que ha guiado mi lectura: ¿En qué medida en el discurso garantista hace más tenue, menos espesa, esa terrible sombra? En mi recorrido por la obra de Ferrajoli me he encontrado con una particular lectura de la obra de Thomas Hobbes, que será sobre lo que trabajaré a continuación.

Referirse a algo así como una lectura de Luigi Ferrajoli sobre la obra de Hobbes merece, tal vez, una aclaración. En ningún pasaje de *Derecho y razón*, la obra más importante de Luigi Ferrajoli y una de las más citadas dentro del derecho penal y de la filosofía del derecho, ni en otros trabajos de menor envergadura del autor italiano, es posible hallar un tratamiento exhaustivo, pormenorizado, de la obra de Thomas Hobbes, pero sí pueden extraerse numerosas referencias fragmentarias. Al abordar diferentes temáticas, el autor italiano suele apelar a la obra de Hobbes, y sobre estos abordajes fragmentarios es que me permitiré trazar ciertos mantos de sospecha.

Según diré, desde estas versiones fragmentarias, es posible afirmar que Luigi Ferrajoli construye una versión de un soberano limitado en la obra de Hobbes. En numerosos pasajes, Ferrajoli apela a la obra del autor inglés para dar cuenta de determinados límites al poder del Estado, y en consecuencia, al poder punitivo. Mi intención será, pues, problematizar esta clave de lectura que propone a un soberano limitado en la obra de Thomas Hobbes. En especial me centraré en la supuesta limitación a partir del pacto hobbesiano. Finalmente, presentaré dos *excursos*: uno referido al contrato como metáfora de la democracia y, otro, a las leyes de la naturaleza como límites del poder soberano. En este segundo excursus creo que puedo encontrar una guía, sólo una guía, para dar respuesta al interrogante antes planteado.

2. La paradoja hobbesiana

Una de las primeras referencias que en *Derecho y razón* hace Ferrajoli de la obra de Hobbes, la propone al citar la paradoja hobbesiana enunciada por Norberto Bobbio, prologuista del libro, paradoja que Ferrajoli extiende a gran parte del pensamiento ilustrado. Así afirma que "(1) a paradoja hobbesiana, señalada por Norberto Bobbio —para quien Hobbes ‘arranca de la ley natural y llega a la construcción de una sólida concepción positiva del estado’ y es, por consiguiente, iusnaturalista ‘de hecho’ pero iuspositivista ‘de derecho’, es en cierta medida común a todo el pensamiento

contractualista de la Ilustración: iusnaturalista en la medida en que halla en el derecho natural los fundamentos del estado y sus principios de justificación externa; pero al mismo tiempo iuspositivista en tanto en cuanto esos fundamentos externos, empezando por el principio convencionalista de legalidad, sirven precisamente para fundamentar, así como para moldear y *limitar*, al derecho estatal positivo como el único derecho vigente". (Ferrajoli, 1989:225).¹

Como vemos, pues, en aquel pasaje de la segunda parte del libro, consagrada a la *axiología*, a *las razones del derecho penal*, la extensión que hace Ferrajoli de Hobbes a todo el contractualismo ilustrado, lo realiza en los términos de un derecho natural que moldea y *limita* el derecho estatal.

Ferrajoli volverá a referirse de modo bastante superficial a la obra de Hobbes cuando lo encuadre como un autor que justifica al castigo dentro de un paradigma utilitarista, mostrando a dicho paradigma como limitante del poder punitivo del Estado (Ferrajoli, 1989:258-260), y cuando lo encasille, en particular, como un autor partidario una justificación de prevención general del castigo (Ferrajoli, 1989:275-277).

En la cuarta parte de su gran obra, Ferrajoli se dedicará a la *falta de efectividad de las garantías en el derecho penal italiano*. Dentro de este gran apartado, Ferrajoli da cuenta del principio de legalidad como una garantía, como un límite al poder punitivo, y sugiere que el principio de irretroactividad de la ley penal es uno de sus corolarios (Ferrajoli, 704-707). Asimismo cuando en el capítulo 7 —titulado *La pena. Cuando y cómo castigar*— de la tercera parte —dedicada a *las razones del derecho penal*— el autor italiano desarrolla la noción de irretroactividad de las leyes penales, a la que atribuye nuevamente el carácter de corolario del principio de legalidad acude, otra vez, a los desarrollos de Hobbes postulando que "(s)i ‘la pena’, afirma Hobbes, ‘supone un hecho considerado como una transgresión por la ley’, ‘el daño infligido por un hecho perpetrado antes de existir una ley que lo prohibiera no es pena, sino un acto de hostilidad, pues antes de la ley no existe transgresión de la ley’; por eso ‘ninguna ley hecha después de realizarse una acción puede hacer de ella un delito’" (Ferrajoli, 1989:381). Aquí no hay una atribución directa a la obra de Hobbes como alguien que esté pensando en los límites al poder estatal, pero no deja de llamar la atención que luego de dar cuenta del principio de irretroactividad, principio que erige como límite al poder estatal y punitivo, el primer autor

¹ El destacado es agregado.

al que cita lleva el nombre de Thomas Hobbes. Además cabe destacar que se trata de una referencia sesgada de la obra de Hobbes, ya que en el Leviatán se admite expresamente la facultad de aplicar castigos en ausencia de ley previa. Así, en el capítulo dedicado a los *derechos de los Soberanos por Institución*, se lee que “se asigna al soberano el poder de recompensar con riquezas u honores, y de castigar con penas corporales pecuniarias, o con la ignominia, a cualquier súbdito, de acuerdo con la ley que él previamente estableció; o si no existe ley, de acuerdo con lo que el soberano considera más conducente para estimular los hombres a que sirvan al Estado, o para apartarlos de cualquier acto contrario al mismo” (Hobbes, 1651:147-148).

Esta misma dinámica se repetirá en el capítulo 8 —*El delito. Cuando y cómo prohibir*— de esa misma tercera parte. Allí Ferrajoli enunciará los principios de necesidad y de lesividad como límites al poder punitivo, y luego, inmediatamente, citará la obra de Hobbes. Así, el autor italiano enuncia que con estos principios estamos ante una “doble limitación a la potestad prohibitiva del estado. El primer límite viene dictado por el *principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales* (...) del que deriva, por exigirlo la legalidad de penas y delitos, no sólo el principio de la pena mínima necesaria (...) sino también el de la máxima economía en la configuración de los delitos (...) ‘Porque el uso de las leyes, las cuales no son otra cosa que reglas autorizadas —escribe Hobbes—, no tiene como finalidad impedir al pueblo que realice acciones voluntarias, sino dirigir y controlar éstas de tal manera que los súbditos no se dañen mutuamente... Por tanto, una ley que no es necesaria, al carecer del fin que la ley se propone, no es buena’” (Ferrajoli, 1989:465).

3. El contrato hobbesiano como límite

Si de las anteriores referencias a la obra de Hobbes, es posible trazar una construcción de un soberano limitado, en lo que sigue me interesará sugerir, que de acuerdo con la lectura de Ferrajoli, esta limitación provendría, tendría su origen, en el contrato.

Ya más avanzado en su extenso libro, Ferrajoli da cuenta de tres acepciones, tres dimensiones de la noción de garantismo. La primera sugiere un ordenamiento que cuenta con medios de invalidación de todo ejercicio del poder que contraríe normas de carácter superior dictadas en vistas a tutelar los derechos fundamentales; la segunda dimensión presenta una teoría jurídica que posibilita la crítica y la deslegitimación interna de las normas vigentes. Finalmente, la terce-

ra acepción, la que me interesa aquí destacar, “designa una doctrina filosófico-política que permite la crítica y la deslegitimación externa de las instituciones jurídicas positivas, conforme a la rígida separación entre derecho y moral, o entre validez y justicia, o entre punto de vista jurídico o interno y punto de vista ético-político o externo al ordenamiento” (Ferrajoli, 1989:880).

Bajo este tercer aspecto, Ferrajoli distingue dos paradigmas, uno que propone una autojustificación del derecho penal como valor en sí mismo y, otro, que sugiere una heterojustificación como instrumento de protección de los intereses vitales de la ciudadanía. Nuestro autor recuerda que estas dos orientaciones son la base de un modelo autoritario y un modelo garantista del derecho penal, y tras tomar presuntas categorías de Niklas Luhmann, afirma que “podemos llamar auto-poyéticas a las doctrinas políticas del primer tipo, y hetero-poyéticas a las del segundo. Para las doctrinas auto-poyéticas, el estado es un fin y encarna valores ético-políticos de carácter supra-social y supra-individual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos. Para las doctrinas hetero-poyéticas, por el contrario, el estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si el mismo los viola” (Ferrajoli, 1989:881).

El profesor de la Universidad de Camerino muestra que de acuerdo con las perspectivas *hetero-poyéticas*, la justificación del derecho y del estado proviene de la sociedad, del conjunto de personas, fuerzas y clases que la integran. De acuerdo con estos abordajes, que según Ferrajoli pueden rastrearse en el iusnaturalismo laico y racionalista de la ilustración, “(1) *o natural* de por sí no es en efecto el estado o el poder, sino las personas y sus necesidades vitales; mientras que lo *artificial* no es la libertad y la vida, sino sus garantías jurídicas y en general los deberes y los poderes instituidos por las normas positivas para tutelarlos y *limitarlos*. Derechos *innatos* o *naturales*, más allá de las metafísicas iusnaturalistas en cuyo marco fueron concebidos, significan precisamente derechos ‘pre-estatales’ o ‘pre-políticos’, en el sentido de no haber sido fundados por esa criatura que es el estado, sino que son ‘fundamentales’ o ‘fundantes’ de su razón de ser, como parámetros externos y objetivos de su organización, *delimitación* y disciplina funcional” (Ferrajoli, 1989:882).²

² El destacado es agregado.

Hasta aquí la exposición no merece mayores reparos pero, según entiendo, la argumentación se vuelve problemática cuando dentro de este esquema argumentativo, Ferrajoli trae a colación la obra de Hobbes. Así, continuando con la anterior exposición afirma, que aunque “(e)s obvio que el ‘derecho’ y los ‘derechos naturales’ no existen (...) esto no quita nada del valor que se decida asociar a los mismos en cuanto fundamentos externos (...) del derecho positivo y del estado, y ni siquiera a la primacía y a la autonomía moral y política atribuida a los fines para los que estos son creados. La idea iusnaturalista del contrato social es, desde este punto de vista, una gran metáfora de la democracia. El estado, según el paradigma de justificación externa que la misma sugiere, no es ni un fin ni un valor: es antes bien un producto fabricado por los hombres, ‘pues es mediante el arte’ —son palabras de Hobbes— ‘como se crea ese gran Leviatán que llamamos república o estado, en latín *civitas*, y que no es otra cosa que un hombre artificial. Es éste de mayor estatura y fuerza que el natural, para cuya protección y defensa fue concebido’; de modo que vale en tanto en cuanto sirva a los ‘hombres naturales’ que con su acuerdo lo produjeron y no vale nada y deberá incluso ser transformado, remodelado y si fuera necesario demolido en el caso de alzarse contra ellos (...) No es, en suma, la fuente o la forma de las normas, sino sus contenidos concretos los que justifican o no justifican políticamente su producción” (Ferrajoli, 1989:882-883).

Esta problemática inclusión, actualiza la clave de lectura ya referida en el párrafo anterior de este trabajo, según la cual en la obra de Hobbes el soberano estaría limitado por estos principios fundantes, pre-estatales. Pero Ferrajoli avanza aun más y postula que en caso de que el Estado avasalle estos principios fundantes, debiera ser demolido. También resulta problemática la idea del contrato como metáfora democrática, que se encuentra radicalizada en una ponencia presentada en México en el año 2001 en el marco del *XI Seminario Eduardo García Máynez*, en la cual el autor italiano sostenía que “la naturaleza contractual es, en su conjunto, intrínseca a la noción misma de constitución. Lo es en el plano filosófico y lo es en el plano histórico. En el plano filosófico, ésta es el fruto de la idea contractualista, formulada por Hobbes y después desarrollada por el pensamiento jurídico iluminista de que el Estado no es, como en la concepción clásica y premoderna, sino un fenómeno artificial y convencional, construido por los hombres para tutelar sus necesidades o derechos naturales (...) En este sentido, la idea de contrato social es una gran metáfora de la democracia constitucional en sus dos dimen-

siones: de la democracia política o formal, dado que la legitimidad del poder público se funda a través de ella en el consenso de los contratantes; del estado de derecho y de la democracia sustancial, dado que este consenso está condicionado por el *respeto de aquellas cláusulas contractuales que son los derechos ‘naturales’ de todos*, transformados —gracias a su estipulación— en ‘positivos’ o ‘constitucionales’” (Ferrajoli, 2001:15).³

Si en las anteriores referencias no se percibe con suficiente claridad el origen de estos límites, que por el momento sólo sabemos que son preestatales, en una ponencia titulada *La soberanía en el mundo moderno* presentada en el *XIX Congreso Nacional de Filosofía del Derecho* en 1994 en Trento, Ferrajoli dirá que los límites al soberano provienen de la ley natural y del contrato. En aquella ponencia, nuestro autor sostenía una vez cumplido el proceso de secularización del Estado moderno, la soberanía estatal quedaba liberada de todo límite, “con las únicas *limitaciones*, según Bodin, de las leyes divinas y las leyes naturales y, según Hobbes, de la ley natural entendida como principio de la razón, y además del *vínculo contractual* de la tutela de la vida de los hombres” (Ferrajoli, 1994:134).⁴

De acuerdo con estos pasajes fragmentarios, pues, Ferrajoli proyecta su horizonte de sentido sobre la obra de Hobbes dando cuenta de los elementos: a) la limitación del poder soberano y b) el contrato, el pacto, como fuente de tal limitación. Mi intención será problematizar ambos elementos a través de un camino inverso al presentado, intentando sugerir que no es posible aseverar que, en la obra de Hobbes, el contrato limite al soberano. Para hacerlo trabajaré con *De Cive* —obra de 1642— y con *Leviatán* —obra de 1651— así como con comentaristas de estos trabajos.

4. El pacto en la obra de Thomas Hobbes

En el marco de una presentación muy preliminar, muy básica, puede afirmarse que dentro del contractualismo suelen destacarse dos pactos: el de asociación —*pactum societatis*— y el sujeción —*pactum subiectionis*—, y mientras que con el primer pacto se constituiría la sociedad, con el segundo, ésta quedaría sujeta a algún tipo de autoridad (Matteucci, 1976:366). Suele afirmarse que es en la obra John Locke donde estos momentos estarían diferenciados de modo palma-

³ El destacado es agregado.

⁴ *Ibidem*.

rio, y el segundo pacto vendría a dotar de autoridad las leyes que surgen en el marco, o a partir de los primeros pactos.⁵ Si bien lo anterior no es erróneo, es menester aclarar que en el segundo momento de la obra de Locke, no habría un contrato de sujeción, sino una confianza —la palabra empleada por Locke es *trust*— hacia la autoridad (Várnagy, 2000).

A diferencia del caso de Locke, en la obra de Hobbes estos dos momentos no están diferenciados sino que hay un pacto hacia un tercero, hacia el soberano, que de modo simultáneo es un pacto de asociación y de sumisión: “un pacto de asociación porque los contratantes son los individuos singulares entre ellos y no el *populus* por un lado y el futuro *princeps* por el otro; un pacto de sujeción porque aquello sobre lo que los individuos se ponen de acuerdo es la institución de un poder al que desean someterse” (Bobbio, 1979:79). En este orden de ideas, Hobbes arguye que “es algo más que un consentimiento o concordia; es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instruida por pacto de cada uno de los hombres con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: *autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho a gobernarne a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizareis todos sus actos de la misma manera*. Hecho esto, la multitud así unida en una persona se denomina Estado, en latín, *Civitas*. Esta es la generación de aquél gran *Leviatán*, o más bien (hablando con más reverencia), de aquel *dios mortal*, al cual debemos, bajo el *Dios inmortal*, nuestra paz y nuestra defensa” (Hobbes, 1651:141).⁶

Ese pacto “de cada uno de los hombres con los demás” crea, simultáneamente al soberano y a la sociedad, pero no hay nada que se asimile a un contrato entre el soberano y la sociedad. Así, la esencia del Estado sería “una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común” (Hobbes, 1651:141).⁷ De acuerdo con Hobbes, el titular de

⁵ Especialmente dotar de autoridad los mandatos que hacen a la protección de la propiedad privada (Locke, 1689:133-135). Recordemos que si para Hobbes no había propiedad antes del establecimiento del gobierno civil, para Locke aquella era anterior a éste (Locke, 1689:55-75).

⁶ Destacados en el original.

⁷ Destacado en el original.

esa persona lleva el nombre de soberano y una de las formas de alcanzar esta soberanía se da “cuando los hombres se ponen de acuerdo entre sí, para someterse a algún hombre o asamblea de hombres” (Hobbes, 1651:141), lo que origina el Estado *político* o por *institución*.⁸ Parece quedar claro, pues, que el contrato que en la obra de Ferrajoli se muestra como límite al poder soberano, es un pacto en el cual el soberano no participa. Este dato no es menor, porque en la obra de Hobbes la no participación en el pacto, implica que el soberano no viola, con sus accionar, aquello en lo que no ha participado.

El capítulo II de *De Cive* y el capítulo XIV de *Leviatán* están dedicados a la naturaleza de los contratos, a sus diferentes características y variantes y, en lo que aquí nos interesa, se define a la *injuria* como el incumplimiento del contrato. Teniendo esto en cuenta, vale realizar un salto hacia el capítulo VII de *De Cive*, dedicado al análisis de *las tres formas de gobierno* —monarquía, aristocracia y democracia—. Allí, Hobbes muestra que en la *democracia* quien gobierna se denomina *pueblo*, en la *aristocracia* son los *nobles* y en la *monarquía* lleva el nombre de *monarca* (Hobbes, 1642:142).

En la democracia, al decir de Hobbes, no existe contrato entre el *pueblo* —gobierno— y los súbditos ya que “(l) a democracia no se constituye por un contrato entre particulares y el *pueblo*, sino por pactos mutuos entre cada hombre particular con cada otro hombre (...) el *pueblo* no aparece antes de que se constituya el gobierno; hasta entonces no es una persona, sino una multitud de personas individuales. De lo cual se deduce que entonces no pudo establecerse contrato alguno entre el pueblo y el súbdito” (Hobbes, 1642:146).⁹ En la aristocracia tampoco existe contrato entre los nobles y los súbditos, ni obligación de aquellos hacia éstos ya que al “(i)gual que en una democracia el pueblo está libre de toda forma de obligación, así ocurre también con la corte de los nobles en una aristocracia. Pues así como los súbditos, no contratados con el pueblo, sino entre ellos mismos, estaban obligados a todo lo que el pueblo hacía, también en este caso están obligados a respetar ese acto por el cual este deposita su derecho de gobierno en manos de los nobles. Y esta corte (de nobles), aunque ha sido elegida por el pueblo, no está obligado por éste en

⁸ En *De Cive* la sumisión de la voluntad de todos los hombres hacia la voluntad de un solo hombre o de un consejo o asamblea, lleva el nombre de *unión* y cuando se produce una unidad entre la voluntad del súbdito y del soberano, la unión recibe el nombre de *ciudad*, *sociedad civil*, o *persona civil* (Hobbes, 1642:118).

⁹ Destacados en el original.

ninguna cosa” (Hobbes, 1642:147-148). La misma situación que se presenta con la *democracia* y con la *aristocracia*, se da en la *monarquía* ya que “tampoco el monarca se obliga a nadie por el mando que recibe (...) Los súbditos, por tanto, están obligados a prestar obediencia al monarca en virtud de esos contratos por los que se habían obligado mutuamente a observar todo lo que el pueblo les mandase, es decir, obedecer al *monarca* si ésta ha sido constituida por el pueblo” (Hobbes, 1642:148-149).

Concluyendo con lo anterior y ahora sin distinguir la forma de gobierno, nuestro autor concluye que “quienes poseen el *mando supremo* no se obligan contractualmente a ningún hombre, de ello se sigue necesariamente que no pueden hacer *injuria* a los súbditos. Pues una *injuria* (...) no es otra cosa que un incumplimiento de contrato; y por lo tanto, allí donde los contratos no entran en juego, no puede haber *injuria*” (Hobbes, 1642:149).¹⁰

Esta lectura bastante superficial de la obra de Hobbes creo que alcanza para trazar un manto de sospecha sobre aquella limitación que Ferrajoli sugería y que, según advertimos, estaría impuesta por el contrato. Según quise exponer en estas breves líneas, tal vez algo tediosas por las extensas citas —pero a la vez necesarias tanto para reconstruir a partir de fragmentos una lectura ferrajoliana de la obra de Hobbes, como para sospechar de aquella lectura—, la lección de un poder soberano limitado por el contrato que Ferrajoli hace de la obra de Hobbes, debe cuanto menos, ser problematizada.

– *Excurso I: El contrato como metáfora de la democracia*

Ya hemos visto que en una de sus presentaciones fragmentarias de la obra de Hobbes, en *Derecho y Razón* Ferrajoli distingue al contrato como una gran metáfora de la *democracia*, para luego, en el marco del *XI Seminario Eduardo García Máynez*, anunciarlo como una gran metáfora de la *democracia constitucional*.

Tal como ya he desarrollado, el pacto instituye, crea al poder soberano y este puede adquirir el formato de una *monarquía*, una *aristocracia* y una *democracia* —aunque es menester aclarar que cuando Hobbes se refiere a la *democracia*, está pensando, muy posiblemente, en una *democracia directa*—. El capítulo X de *De Cive* está dedicado a la comparación de las diferentes formas de gobierno, a fin de hallar cuál de ellas tiende de modo más eficiente a la preservación de la paz y la seguridad de los súbditos atendiendo, en tal capítulo, a las

¹⁰ Ibidem.

principales deficiencias de cada uno de los regímenes en vistas a lograr tales objetivos. Si bien no lo he tratado de modo explícito en este trabajo, no debemos olvidar que el pasaje del estado de naturaleza a la sociedad civil está motivado por la búsqueda de seguridad y paz.

Ya en el capítulo VII Hobbes había adelantado su preferencia por la *monarquía* ya que, mientras en la *aristocracia* y la *democracia* las reuniones y decisiones de gobierno se adoptan periódicamente, con la *monarquía* el ejercicio del gobierno es constante. “El *monarca*, que es uno por naturaleza, en todo momento está capacitado para ejercer su autoridad” (Hobbes, 1642:149) y este ejercicio constante de la autoridad evita los conflictos, las tensiones. Por el contrario, y siempre de acuerdo con Hobbes, en las *democracias* existen grandes asambleas en las que participan muchos hombres con ansias de ser alabados, siendo realmente pocos quienes están capacitados para administrar los asuntos públicos. Asimismo en estas populosas asambleas, las exposiciones de los oradores no concuerdan con los postulados de la razón sino que pretenden despertar las pasiones del auditorio emergiendo el peligro de “que de las asambleas surgen *facciones* en un Estado; y de las *facciones* provienen las sediciones y la guerra civil” (Hobbes, 1642:184). Atento a lo anterior, Hobbes sentencia que los “inconvenientes que encontramos en las deliberaciones que tienen lugar en las grandes asambleas ponen de manifiesto que la *monarquía* es mejor que la *democracia*, ya que en una *democracia* se deja que los asuntos importantes sean discutidos en asambleas como las que hemos descrito, cosa que no sucede en una *monarquía*” (Hobbes, 1642:185-186).¹¹

Dado el desprecio por la *democracia* que Hobbes luce, tal vez uno debiera desconfiar de aquella sentencia de Ferrajoli, según la cual el contractualismo sería una metáfora de la *democracia*.¹² Tal vez, con los pasajes citados de la obra de Hobbes, habría que enunciar algunos reparos sobre la ponente conclusión de Ferrajoli, o tal vez, y en una lectura mucho más inquietante, más oscura, uno debería confirmar tal conclusión.

– *Excurso II: La ley de la naturaleza como límite*

En el marco del *XIX Congreso Nacional de Filosofía del Derecho* en 1994 en Trento, Ferrajoli mostraba que además del contrato,

¹¹ Destacado en el original.

¹² No es el momento para desarrollarlo, pero en primer lugar uno debería deconstruir la idea de un significado propio y otro metafórico.

la ley natural entendida como principio de la razón, limitaba al soberano en la obra de Hobbes (Ferrajoli, 1994:134). Por su lado, cuando describía al contrato hobbesiano como metáfora de la democracia, refería que las cláusulas de los contratos eran los llamados derechos naturales que se positivizaban, y el respeto por estas cláusulas, funcionaban como condicionantes de la legitimidad del poder estatal (Ferrajoli, 2001:15).

Ya hemos visto que si el contrato ni sus supuestas cláusulas se erigen como limitantes del soberano. No obstante, es real que Hobbes dirá que la ley de la naturaleza sí opera como límite, pero en su obra es menester distinguir entre derechos naturales y leyes de la naturaleza, y luego es necesario dar cuenta de las características de estas últimas.

En el capítulo XVIII del *Leviatán*, dedicado justamente a las *penas* y las *recompensas*, y, curiosamente, no analizado por Ferrajoli, Hobbes mostrará que el derecho de aplicar castigos no fue delegado al soberano por los súbditos, que no tiene los límites del contrato, pero sí los límites dictados de la ley natural. Así, Hobbes formula que “los súbditos no dan al soberano este derecho, sino que, solamente, al despojarse de los suyos, le robustecen para que use su derecho propio como le parezca adecuado para la conservación de todos ellos: así que no fue un derecho dado, sino dejado a él, y a él solamente; y con excepción de los límites que han sido puestos por la ley natural, tan enteramente como en la condición de mera naturaleza y de guerra de cada uno contra su vecino” (Hobbes, 1651:254-255).

En *De Cive* las leyes de la naturaleza son presentadas como los dictados de la recta razón, respecto de las cosas que debemos hacer para conservar nuestras vidas. La ley de la naturaleza se presenta, pues, como una prescripción, un deber. En este sentido, la primera de estas leyes, la primera de estas obligaciones, consiste en buscar la paz allí donde pueda encontrarse y; cuando no es posible alcanzarla, proveernos de los medios para hacer la guerra (Hobbes, 1642:68). Algo similar será expuesto en el capítulo XIV de *Leviatán*, donde define a la ley de la naturaleza como “un precepto o una norma general, establecida por la razón, en virtud de la cual se prohíbe a un hombre hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios de conservarla; o bien, omitir aquello mediante lo cual piensa que pueda quedar su vida mejor preservada” (Hobbes, 1651:106), para luego anunciar, en un mismo párrafo, las dos primeras leyes de la naturaleza que prescriben que “cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene la esperanza de lograrla; y cuando no puede

obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas y ventajas de la guerra” (Hobbes, 1651:107).¹³

La diferencia entre ley y derecho natural reside en que la primera se mueve en el plano de las obligaciones y el segundo, en el marco de las libertades. Para Hobbes, “(l)a palabra *derecho* no significa otra cosa que la libertad que todo hombre tiene para hacer uso de sus propias facultades de acuerdo con la recta razón” (Hobbes, 1642:60). La noción de derecho alude, entonces, al empleo sin impedimentos externos, de las facultades humanas para la conservación de su propia vida.¹⁴ En este orden de ideas, en el *Leviatán* se lee que “(a)unque quienes se ocupan de estas cuestiones acostumbra confundir *jus* y *lex*, *derecho* y *ley*, precisa distinguir esos términos, porque el Derecho consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras que la ley determina y obliga a una de esas dos cosas. Así, la ley y el derecho difieren tanto como la obligación y la libertad, que son incompatibles cuando se refieren a una misma materia” (Hobbes, 1951:106).¹⁵ Lo que en el capítulo dedicado a las *penas* y las *recompensas* Hobbes enuncia como límite es la ley de la naturaleza y no, como equívocamente parece surgir de algún pasaje de las referencias de Ferrajoli, los derechos naturales. Es el momento, ahora, de dar cuenta de los caracteres de esta ley de la naturaleza.

Hobbes brinda una definición genérica de aquello que debemos entender por ley y estima que “la ley, propiamente, es la palabra de quien por derecho tiene mando sobre los demás” (Hobbes, 1651:131) y luego distingue, de acuerdo con la autoría entre leyes divinas, naturales y civiles (Hobbes: 1642:230). Charles Yves Zarka enumera tres componentes fundamentales en la definición de ley: a la noción de

¹³ En el original destacado en itálica.

¹⁴ Así, en el *Leviatán* explica que “(e)l *derecho de naturaleza*, lo que los escritores llaman comúnmente *jus naturale*, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir de su propia vida; y por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin. Por *libertad* se entiende, de acuerdo con el significado de la propia palabra, la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere; pero no pueden impedirle que use el poder que le resta, de acuerdo con lo que su juicio y razón le dicten” (Hobbes, 1951:106).

¹⁵ En el mismo sentido, en *De Cive* ya había sostenido que “(h)ay por tanto una gran diferencia entre *ley* y *derecho*. Porque la ley es una *traba*, un *grillete*, mientras que el derecho es *libertad*; y difieren entre sí como cosas contrarias” (Hobbes, 1642:230).

mandato, b- el modo de poner de manifiesto el mandato, que debe ser mediante signos suficientes y preferentemente a través de la palabra escrita en lugar de la hablada y, c- la especificación del legislador, factor determinante para distinguir si estamos ante una ley civil o natural (Zarka, 1995:159-162).

Zarka afirma que “en la definición de ley la noción de mandato es fundamental (...) La ley remite a una relación de obligación entre las personas (...) Como mandato, la ley es la declaración de voluntad de una persona a otra que le debe obediencia” (Zarka, 1995:161). El autor francés indica que Hobbes trata a la ley natural desde una perspectiva ética y una religiosa. Desde la primera perspectiva, “la ley natural, hablando con propiedad, no es una ley, es decir un mandato, para Hobbes, es un teorema, una conclusión, un precepto de la razón que concuerde a la acción, y al que el hombre puede llegar con un razonamiento verdadero sobre lo que favorece su preservación (Zarka, 1995:165)”.

En la obra de Hobbes, ley de la naturaleza es lo que permite el pasaje del *estado de naturaleza* a la *sociedad civil*, postulando nuestro autor que la asociación entre los hombres se produce por el miedo mutuo a una muerte violenta existente en el estado de naturaleza. Sobre el estado de naturaleza es menester aclarar que en el capítulo XIII del *Leviatán*, Hobbes sostiene que en algunos sectores de América —recordemos que el trabajo data de 1651—, a excepción del régimen de pequeñas familias, se vivía bajo el estado de naturaleza (Hobbes, 1651:104). No obstante, el mismo Hobbes aclara que nunca ha existido un estado de naturaleza a escala planetaria (Hobbes, 1651:10), situación que debiera tomarse como una hipótesis de la razón (Bobbio, 1979:57). En este sentido, entonces, sería equívoco enmarcar al estado de naturaleza dentro de un período histórico. No pertenece ni al pasado ni al presente, sería una posibilidad siempre presente (Wolin, 1960:282).

El pasaje del *estado de naturaleza* a la *sociedad civil* se produce a través del pacto, que no es más que un mecanismo inmunizatorio. Atento a que en el *estado de naturaleza* lo único que vincula a los hombres entre sí es la posibilidad de darse muerte,¹⁶ es menester

¹⁶ Para Roberto Esposito, “(l)o que los hombres tienen en común —he aquí el descubrimiento de Hobbes que lo convierte en el más valeroso adversario de la comunidad— es la capacidad de matar, y en correspondencia, la posibilidad que se den muerte: la potencia de muerte generalizada a tal punto que se convierte en el único vínculo que asimila a los individuos, por lo demás separados e independientes” (Esposito, 1998:62). En el mismo sentido véase también Esposito (2009).

apelar a mecanismos *inmunizatorios*, de protección negativa preventiva, para preservar la vida y escapar del temor a la muerte.¹⁷ El miedo no solamente está en el origen de la política, sino que más bien, no habría política sin ese miedo. Asimismo es de destacar que “el miedo no sólo origina y explica el pacto sino que también lo protege y lo mantiene vivo. Una vez que se lo ha sentido, ya no sale de escena” (Esposito, 1998:58-59).

Esposito sugiere que, atento a que en el estado de naturaleza se presenta un vínculo comunitario en el cual lo único compartido es la posibilidad de los hombres de darse muerte, el pacto, en vistas a la protección de la vida, debe eliminar todo vínculo comunitario: se disuelve toda relación entre los hombres y la relación pasa a ser de los hombres con el soberano, pero no entre ellos. Ahora bien, si el estado civil es la negación de la relación —y de esto se trata la *inmunización*—, la existencia de relación entre súbdito y soberano muestra que el estado de naturaleza nunca es definitivamente abandonado. Así, “no sólo el estado de naturaleza nunca es superado definitivamente por el civil, sino que además vuelve a aflorar en su centro, en la figura del soberano; soberano es aquel que ha conservado el derecho natural, en un contexto en que todos los demás han renunciado a él” (Esposito, 1998:70).

En el mismo sentido, y en lo que aquí nos interesa, cabe remarcar que el soberano no ha sido parte del pacto, persistiendo, por ende, en *estado de naturaleza*. Esto último implica que la posibilidad mutua de darse muerte no ha quedado abolida en la sociedad civil, sino que ha sido desplazada de todos los hombres hacia el soberano, por lo que “(p)uede sostenerse que Leviatán, el soberano, siempre se encuentra ‘en el estado de naturaleza’ con respecto a los sujetos, lo que quiere decir, con claridad, que es naturalmente tanto su ‘enemigo’

¹⁷ Nuevamente, Esposito sugiere que “(l)a inmunización es una *protección negativa* de la vida. Ella salva, asegura, preserva al organismo, individual o colectivo, al cual es inherente; pero no lo hace de manera directa, inmediata, frontal, sino por el contrario, sometiéndolo a una condición que a la vez niega, o reduce, su potencia expansiva. Tal como la práctica médica en relación con el cuerpo del individuo, la inmunización del cuerpo político funciona introduciendo dentro de él de una misma sustancia patógena de la cual quiere protegerlo, y así bloquea y contradice su desarrollo natural. En este sentido, cabe rastrear un prototipo de ella en la filosofía política de Hobbes: cuándo este no sólo pone en el centro de su perspectiva el problema de la *conservatio vitae*, sino que la condiciona a la subordinación a un poder constrictivo exterior a ella, como es el poder soberano, el principio inmunitario ya está virtualmente fundado” (Esposito, 2004:75).

como su 'protector' (más aún: es su enemigo *en tanto los protege*)" (Balibar, 2002:128).

Si lo anterior es correcto, si asumimos que en virtud de la ley natural los hombres pactan creando un soberano que se mantiene en estado de naturaleza, un soberano que puede dar muerte, parece contradictorio postular que esas mismas leyes de la naturaleza, esas leyes que posibilitan su creación, que legitiman su derecho de castigar, sean las que limiten al poder soberano, y en este caso, al poder punitivo. Esta contradicción, parece despejarse, pues, si asumimos lo que nos alertaba Zarka: la ley que limita, es una no-ley; un no mandato. Es un teorema que guía el accionar en vistas a la preservación de la vida y esta guía parece conducir al establecimiento del poder soberano que puede dar muerte.

No obstante, y en lo que puede que sea una lectura aún más escandalosa, esta aparente contradicción, esta situación por la cual lo que se intenta poner como límite del poder es aquello que lo permite, que se erige como su condición de posibilidad, tal vez no sea más que la fotografía más perfecta, más detallada, de los límites al poder punitivo. Tal vez esta aparente contradicción no sea otra cosa que la cara oculta del discurso garantista: Límites que limitan y legitiman, garantías que limitan pero también, y por sobre todo, garantizan el proceso penal, el castigo. Límites que lejos de hacerse más tenues, parecen ser la luz que genera aquella sombra de la prisión.

BIBLIOGRAFÍA

- BALIBAR, Etienne (2002): "El Hobbes de Schmitt, el Schmitt de Hobbes" (trad. de Horacio Corti y Paula Viturro), en BERGALLI, R. y MARTYNIUK, C. (comps.): *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Prometeo, Buenos Aires, 2003.
- BOBBIO, Norberto (1979): "El modelo iusnaturalista", en BOBBIO, N., y BOVERO, M.: *Sociedad y Estado en la filosofía política moderna* (trad. de José F. Fernández Santillán), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000.
- ESPOSITO, Roberto (1998): *Communitas. Origen y destino de la comunidad* (trad. de Carlo R. Molinari Marotto), Amorrortu, Buenos Aires, 2003.
- (2004): *Bíos. Biopolítica y filosofía* (trad. de Carlo R. Molinari Marotto), Amorrortu, Buenos Aires, 2006.

- : (2009): *Comunidad y violencia* (trad. de R. Orsi Portalo), Conferencia pronunciada en el Círculo de Bellas Artes, Madrid, 5/3/2009.
- FERRAJOLI, Luigi (1989): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. de P. A. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés), Trotta, Madrid, 1995.
- (1994): "La soberanía en el mundo moderno", en *Derechos y garantías. La ley del más débil* (trad. de P. A. Ibáñez y A. Greppi), Trotta, Madrid, 2002.
- : (2001): "Juspositivismo crítico y democracia constitucional" (trad. de L. Córdova y P. Salazar), *Revista Isonomía*, n° 16, México, 2002.
- HOBBS, Thomas (1642): *De Cive. Elementos filosóficos sobre el ciudadano* (trad. de Carlos Mellizo), Alianza, Madrid, 2000.
- (1651): *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (trad. de Manuel Sánchez Sarto), Fondo de Cultura Económica, México, 1980.
- LOCKE, John (1689): *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil* (trad. de Carlos Mellizo), Alianza, Buenos Aires, 1993.
- MATTEUCCI, Nicola (1998): "Contractualismo", en BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola, y PASQUINO, Gianfranco: *Diccionario de ciencia política*, Siglo XXI, México.
- VÁRNAGY, Tomás (2000): "El pensamiento político de John Locke y el surgimiento del liberalismo", en BORÓN, A. (comp.): *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, Clacso, Buenos Aires, 2000.
- WOLIN, Sheldon (1960): *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental* (trad. de Ariel Bignami), Amorrortu, Buenos Aires, 1974.
- ZARKA, Yves Charles (1995): *Hobbes y el pensamiento político moderno* (trad. de Luisa Medrano), Herder, Barcelona, 1997.