

**¿Puede ser el Derecho conforme a Derecho? Una lectura de la paradoja del  
Derecho en el constitucionalismo garantista desde el pensamiento de  
Thomas Hobbes**

**Presentado por**

**JENNY CAROLINA BURGOS CASAS**

**Directores**

**ANDRÉS FELIPE PARRA AYALA**

**FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ**

**Trabajo de investigación realizado para optar por el título de Magister en  
Derecho Constitucional**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana**

**2017**

## **Resumen**

La paradoja del Derecho que se deduce de la teoría hobbesiana reside en la facultad soberana que tiene la autoridad de determinar qué está conforme Derecho. No obstante, aquel Derecho sujeta solamente a los súbditos y no al poder soberano, pues al ser él el origen del ordenamiento jurídico, este no puede, al mismo tiempo, sujetarse e imponerse límites. Si está limitado quiere decir que hay un poder aún más grande que lo sujeta y, por tanto, no es la instancia capaz de darle lugar al ordenamiento jurídico. Ahora bien, varios constitucionalistas, entre los que encuentra Luigi Ferrajoli, han replanteado el carácter ilimitado de cualquier poder y con ello han buscado perfeccionar la máxima hobbesiana: *Auctoritas non veritas facit legem*, mediante la previsión de límites estipulados en el contenido sustancial de la constitución. Lo que este trabajo sostiene es que toda limitación al poder soberano se enfrenta a una cuestión abierta por el pensamiento de Hobbes: solo puede hablarse de sujeción al Derecho si hay una autoridad que confirme tal sujeción. Esto implica que la autoridad que confirma tal sujeción no puede estar sujeta a aquel Derecho. Si ello fuese así, tendría que haber otra autoridad que corroborara tal sujeción, lo que implica una regresión al infinito.

## **Palabras clave**

Hobbes, soberanía, Derecho, pacto, constitucionalismo.

## **Abstract**

The paradox of Law, which is deduced from Thomas Hobbes' theory, lies in the sovereign power held by the authority of establishing what is in accordance to the law and what not. Nevertheless, this law only subdues the subjects and not sovereign power, as upon this power is the origin of the legal order, it cannot be subdued, nor its limits being imposed by the law. If the sovereign power is limited, that means that there would be a bigger power which subdues it and hence that it is not the instance able to give a rise to the legal order. However, many constitutionalist, among those is placed Luigi Ferrajoli, raised again the question of the unlimited character of any authority and in doing this have sought to improve the Hobbesian maxim: *Auctoritas non veritas facit legem* through the prevision of limits prescribed in the substantial content of the Constitution. What I hold in this

work is that every limitation to a sovereign power must deal with a problem opened by Hobbes' thought: a subjection to law can be said to exist, only if there is an authority, which confirms and corroborates the subjection. That implies that the authority, which confirms the subjection, cannot be subdued to law. If so, there would have to be another authority, which corroborates the subjection, what implies an endless regression.

**Keywords**

Hobbes, sovereignty, law, pact, constitutionalism.

## Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN.....	5
I. LA “MALDAD” DE LOS HOMBRES.....	10
II. LA IRREVOCABILIDAD DEL PACTO.....	17
1. Transferencia del derecho de naturaleza .....	17
2. Diferencias entre <i>pacto</i> y <i>contrato</i> .....	19
3. El soberano nunca incumple o viola el pacto .....	25
III. LA PARADOJA DEL DERECHO .....	30
1. La Paradoja .....	31
2. La paradoja del Derecho en el constitucionalismo garantista .....	38
4. Principio de legalidad vs. Principio de autoridad .....	49
CONCLUSIONES .....	62
REFERENCIAS .....	65

## INTRODUCCIÓN

La lúcida y magistral narración que Kafka desarrolla en *Ante la Ley* devela la estructura paradójica del Derecho. La petición de un campesino que busca entrar a la Ley<sup>1</sup> se ve obstaculizada por un guardián que le señala que por ahora no puede hacerlo. Y aunque las puertas están siempre abiertas, el guardián advierte que hay otros guardianes aún más poderosos. “El campesino no había previsto semejantes dificultades. Después de todo, la Ley debería ser accesible a todos”. Pasan los años y el campesino permanece observando al guardián a la espera del permiso para entrar a la Ley. Al finalizar la vida del campesino este obtiene una respuesta: “*Nadie más podía entrar por aquí, porque esta entrada estaba destinada a ti solamente. Ahora cerraré*”.

La primera frase de la narración, antes de/ante la Ley hay un guardián (Vor dem Gesetz steht ein Türhüter<sup>2</sup>), es un esbozo que ejemplifica la esencia de la soberanía y del Derecho. La descripción paradójica de Kafka es incomprensible sin hacer alusión al significado del prefijo *Vor* en lengua alemana. *Vor* significa tanto *ante* como *antes de*. Derrida ha dicho al respecto que el guardián y el campesino que están ante la Ley están asimismo antes de ella: “la ley es trascendente, violenta y no-violenta, puesto que no depende más que de quien está ante ella – y en consecuencia antes de ella-, de quien la produce, la funda, la autoriza en un performativo absoluto cuya presencia se le escapa siempre”<sup>3</sup>.

¿En qué consiste pues la paradoja presentada por Kafka? Las teorías liberales, dentro de las que se halla la garantista, han asumido que la autoridad se funda en el Derecho y a este se encuentra subordinada. No obstante, y retomando la exposición

---

<sup>1</sup> A causa de un anglicismo, en los escritos académicos hispanos de filosofía del derecho se ha decidido prescindir del término “Ley” y se ha optado por usar el término “Derecho”, con “d” mayúscula, para referirse al conjunto de normas jurídicas. En este caso, aunque no a lo largo del texto, me mantengo en usar el término “Ley”, pues en el texto en alemán de Kafka se usa el término *Gesetz*, que se traduce como ley, y no *Recht*, que se traduce como derecho. En la traducción al inglés de este relato de Kafka se usa el término *law*. Por tanto, independientemente a mi renuencia de cambiar la palabra Ley por Derecho, se debe entender que me estoy refiriendo al *law*. Igualmente, en algunas citas de los textos de Hobbes y de diversos autores, el lector encontrará el término “Ley”, para estos casos también debe tomarse dicho término en el sentido de Derecho.

<sup>2</sup> Franz KAFKA, *Der Proceß*, Frankfurt am Mein, Fischer Verlag, 1990, p,226.

<sup>3</sup> Jacques DERRIDA, “Fuerza de ley: El ‘Fundamento místico de la autoridad’”, en *Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, trad. A. Barberá y A. Peñalver, 11 (1992), p. 164.

de Kafka, la cual muestra que detrás del guardián no hay nada y lo que protege al guardián es su posición de guardia – y no la Ley-, la autoridad siempre está por fuera del Derecho y es al mismo tiempo la que le da lugar. En este mismo sentido otros autores han precisado – también refiriéndose al relato kafkiano- que el Derecho no es autosuficiente y depende de las acciones de los hombres que le dan existencia, especialmente la autoridad o el soberano. Por ejemplo, Taubner G. ha señalado que las teorías jurídicas caen en la autoreferencia cuando sustraen a la autoridad como fundamento del Derecho y pretenden hallar ese fundamento en parámetros previstos en el propio Derecho<sup>4</sup>, como puede ser la Norma Fundamental. Por otro lado, Giorgio Agamben ha dicho que la Ley no prescribe nada y es por ello que el Derecho se basa en un esquema de excepción soberana en el que la Ley se aplica desaplicándose<sup>5</sup>. Eso significa, en otras palabras, que la autoridad no está subordinada al Derecho y aun así es la que le da origen.

La exposición del guardián ante la Ley solo es una forma más de mostrar la paradoja del Derecho que sobreviene de la teoría de la autoridad o la soberanía en Hobbes. Las principales obras de este pensador inglés (el *Leviatán* y el *Tratado sobre el ciudadano*) giran en torno a la justificación de la existencia de un poder soberano capaz de instar al orden y a la seguridad mediante un pacto, como modo de ceder el derecho de naturaleza y así abandonar el estado de naturaleza, en donde no puede

---

<sup>4</sup> En estos términos se va a referir Taubner, G.: “But then the Law becomes caught up in the paradoxes of self-reference. As with the lying Cretan, whose true statements become false and vice versa, what we are faced with is no longer a simple contradiction, but an infinite oscillation within the paradox: If right, then wrong. If wrong, then right... This is the fundamental paradox of the Law, which in response to the question as to its foundation does not get a clear yes or a clear no, but an almost mocking interchange between positive and negative value of a viable justification [...] The currently prevailing legal theory refuses to contemplate such paradoxical and unreasonable demands. The foundational paradox of the law, the decision-making paradox of the application of the law, the “double bind” of subjective Law are banned from legal theory. Some simply deny their existence, others forbid any paradoxical figures of thought on logical grounds, others again pour scorn on them and dismiss them as mere philosophical fancies. Against the background of the nightmarish suggestivity of Kafka’s texts, however, all three responses are revealed to be mere helpless gestures. Only a few present-day legal theoreticians take these paradoxes seriously: Niklas Luhmann, Giorgio Agamben and Jacques Derrida”. Gunther TEUBNER, “The Law before its law: Franz Kafka on the (Im-) Possibility of Law’s Self-Reflection”, en *Ancilla iuris*, trad. A. Lewis, (2012), p. 180/ p. 189.

<sup>5</sup> Giorgio Agamben ha señalado en su obra el *Homo Sacer* lo siguiente: “Vista en esta perspectiva, la leyenda kafkiana expone la forma pura de la ley, en la que ésta se afirma con más fuerza precisamente en el punto en que ya no prescribe nada, es decir como puro bando [soberano]. El campesino es entregado a la potencia de la ley, porque ésta no exige nada de él, no le ordena más que su propia apertura. Según el esquema de la excepción soberana, la ley es aplicada desaplicándose, le mantiene en el ámbito del bando abandonándole fuera de él. La puerta abierta, que sólo a él está destinada, le incluye excluyéndole y el excluye incluyéndole” Giorgio AGAMBEN, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, España, Pre-Textos, 1998, p. 69.

existir la noción de justicia. De acuerdo con Hobbes, el derecho de naturaleza – ese derecho a todo, que posee cada hombre- es trasladado por medio del pacto a un tercero: el soberano. En virtud de este traslado se da paso al Estado civil y a la sujeción de los ciudadanos a un poder común.

Pero la existencia de ese poder común no supone la desaparición completa del derecho de naturaleza (el derecho a todo). No porque los súbditos lo sigan manteniendo, sino porque precisamente lo han cedido. Por consiguiente, el derecho ilimitado sigue existiendo con todas sus prerrogativas en titularidad del poder soberano. Al ser destinatario de ese derecho ilimitado – con todas sus prerrogativas o beneficios- el soberano se convierte en el garante del pacto. Por esta razón es que el derecho (*right*) soberano se presenta como ese lugar en el que tiene origen el Derecho (*law*), es decir, las normas y los derechos de los ciudadanos; y a la vez como la instancia en la que hay ausencia de Derecho, dado que no hay nada más allá de su voluntad que lo delimite. Esta es la formulación paradójica del Derecho, según la cual la distinción entre estar y no estar sujeto al Derecho, se funda en el espacio vacío de su indistinción y tiene como consecuencia la idea de una autoridad no sujeta a límites que es necesaria para la constitución del orden jurídico.

Ahora bien, en el constitucionalismo contemporáneo se ha trazado un antes y un después del Derecho, a partir del paso del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho. Como se entrará a exponer en el texto, el Estado legislativo de Derecho sostiene, fundamentalmente, que las autoridades y las fuentes normativas ahora deben tener carácter legal y no depender del arbitrio moral o de las elaboraciones doctrinales. Sin embargo, este modelo de Estado que buscaba desligarse de la incertidumbre del Derecho premoderno se vio empañado por la constitución de un solo poder soberano de carácter absoluto e ilimitado. El intento de liberarse de la arbitrariedad y hacer un acercamiento a la certeza jurídica implicó la sumisión de los hombres a una sola arbitrariedad: la del soberano.

Según la lectura constitucionalista, este modelo del Estado legislativo de Derecho se erosionó con la Segunda Guerra Mundial y el paso al Estado constitucional de Derecho, pues se replanteó el carácter ilimitado de cualquier poder y con ello la máxima hobbesiana: *Auctoritas non veritas facit legem*. Con este modelo renovado de Estado, varias lecturas, como es el caso del constitucionalismo garantista, han

señalado que se superó el problema de la soberanía ilimitada al sujetar a las autoridades y poderes públicos al contenido previsto en una norma superior: la constitución.

Pese a esta tendencia, el constitucionalismo garantista no pretende presentarse, entonces, como una postura completamente contraria al modelo de Estado legislativo basado en la sentencia de Hobbes: *Auctoritas non veritas facit legem*, sino busca “perfeccionarlo” delimitando a las autoridades. De acuerdo con la interpretación del constitucionalismo garantista, entre cuyos principales defensores está Luigi Ferrajoli, el principio de legalidad proviene de la sentencia hobbesiana: *Auctoritas non veritas facit legem*, y se compone de dos elementos: el quién (una autoridad dotada de competencia) y el cómo (el cumplimiento de las formas legales que regulan la producción jurídica). En torno a dichos elementos gravitaba el Estado legalista. Pero con el paso al Estado constitucional de Derecho se le agrega un tercer criterio al que debe sujetarse el principio de legalidad: el *qué*, es decir, el contenido sustancial de las constituciones rígidas, que se identifica en otras palabras con los derechos fundamentales y la dignidad humana.

En virtud de lo expuesto, la pregunta que guiará este trabajo es la siguiente: ¿logra el constitucionalismo garantista solucionar el problema de la autoridad soberana abierto por Hobbes, es decir, la necesidad de una autoridad no sometida al Derecho como condición de posibilidad de existencia del ordenamiento jurídico? Lo que se va a sostener es que la propuesta de Ferrajoli se enfrenta a una cuestión abierta por el pensamiento de Hobbes: solo puede hablarse de sujeción al Derecho si hay una autoridad que dé cuenta y controle tal sujeción, pues la existencia del Derecho solo puede fundarse en un poder común no atado a ese Derecho. Esto implica que la autoridad última del Derecho que confirma y corrobora la sujeción de las conductas de ciertos individuos al ordenamiento jurídico no puede estar sujeta ella misma al Derecho. Pues si ello fuese así, tendría que haber una autoridad que corroborara tal sujeción, lo que implicaría una regresión al infinito. Por este motivo, se afirma que la propuesta de Ferrajoli se reduce en última instancia a una inversión de la máxima hobbesiana: *auctoritas facit legem* (la autoridad hace la ley), por la tesis de *Lex facit auctoritatem* (la ley hace la autoridad). Esta inversión fracasa por el ya nombrado problema de la regresión al infinito. No obstante, y adelantando las conclusiones, el



objetivo de este trabajo no se delimita exclusivamente a hacerle una crítica a las formulaciones del autor italiano, sino que más bien es la presentación de la lectura paradójica del Derecho que subyace en la teoría de Hobbes y que puede entrar a cuestionar otras interpretaciones liberales del Derecho, las cuales por delimitación temática y extensión no se podrían desarrollar acá.

Para abordar la pregunta se hará un análisis conceptual de las principales obras de Hobbes: el *Leviatán* y el *Tratado sobre el ciudadano*, aunque centrado en los apartes referentes al estado de naturaleza y al surgimiento del Estado civil. Ahora bien, por ser el *Leviatán* uno de sus últimos libros y, por ende, aquel en el que se encuentra expuesto de forma más madura su pensamiento, las referencias a esta obra tendrán mayor protagonismo, sin dejar de lado el *Tratado sobre el ciudadano*.

Frente a la estructura del trabajo, en la primera parte se reconstruyen los principales argumentos de la teoría hobbesiana acerca de la conformación y origen del Estado con la finalidad de exponer el razonamiento que justifica la existencia del pacto. En la segunda parte se analizan las nociones de pacto y contrato con la pretensión de cuestionar aquella lectura generalizada que asocia dichas nociones y, por otro lado, también se exponen las principales características del pacto. Finalmente, en la tercera parte se recopilan los argumentos señalados en los dos primeros acápites para formular la paradoja del Derecho, la cual se confronta con algunos intentos teóricos que abordan el problema de los límites de la autoridad última y fundamentalmente con los postulados del constitucionalismo garantista en dos aspectos: i) la separación entre Derecho y moral y ii) la disputa entre el principio de legalidad y el principio de autoridad como fundamento del Derecho.

## Capítulo I

### I. LA “MALDAD” DE LOS HOMBRES

Hay una posición generalizada en los escritos académicos que plantean a Hobbes como un teórico que parte del determinismo psicológico<sup>6</sup> de los hombres para justificar la existencia del *pacto*, que es el acto por el que los hombres constituyen el Estado. De acuerdo con esta lectura, para Hobbes la condición natural del hombre se caracteriza por ser violenta y destructiva, condenándolo a una guerra de todos contra todos. De semejante condición en la que los hombres poseen el denominado *derecho de naturaleza*, por el cual cada uno tiene la libertad de ejercer su propio poder *como quiera* – incluso sobre el cuerpo de los demás- para conservar la vida<sup>7</sup>, es que se justifica transferir el derecho de naturaleza (o el derecho a todo) mediante el pacto y la constitución del Estado.

---

<sup>6</sup> Respecto a esta afirmación se pueden identificar diversas lecturas que asocian el origen del Estado a las pasiones que dominan a los hombres. Isle Soto, por ejemplo, señala: “Como es sabido, Hobbes es conocido por ser uno de los primeros teóricos importantes del llamado “contractualismo”, esto es, aquella doctrina que sostiene que el origen de la comunidad política se encuentra en un hipotético contrato social. La doctrina del contractualismo, y la teoría penal de ella dependiente, derivan totalmente de las premisas antropológicas supuestas por Hobbes. Si el hombre es un ser naturalmente egoísta, con un deseo insaciable, una sed de poder también insaciable, y además con la misma capacidad de causar la muerte a otro, ¿cuál sería la situación en la que se encontraría si no hubiese un poder coercitivo” Isler SOTO, “Las bases filosóficas de la doctrina penal de Thomas Hobbes”, en *Revista De Estudios Historico-Juridicos*, 35 (2013), p. 687. Aznar, Pedro Luis, quien trata infructuosamente de hacer una lectura dialéctica de Hobbes con un resultado que se escapa a una lectura juiciosa de su obra, indica lo siguiente: “Si se trata de superar una enferma y estúpida situación de ignorancia, locura, vanagloria, es que se trata de llegar a otra de sana cordura, sabia y racional; se trata de superar un estado de guerra para lograr vivir un verdadero «estado de naturaleza». La salida está, por lo tanto, determinada positivamente por el nuevo objetivo, por el nuevo estado verdaderamente natural y, negativamente, por la supresión o eliminación de aquello que la falseaba” Pedro Luis AZNAR, “De la locura y la inseguridad del derecho a la racionalidad y el orden de la ley. Lectura dialéctica de Thomas Hobbes”, en *Isegoria*, 41 (2009), p. 243. Muriel Restrepo precisa en su escrito que el Estado es concebido para frenar las iniciativas pasionales: “Esta descripción se enfoca en el origen pasional que Hobbes ve en la voluntad de batallar de cada cual, situación que presupone la necesidad de que, en última instancia, la guerra deba ser impedida, porque de persistir está en juego, en rigor natural, la preservación de la vida humana y, en rigor político, la preservación misma del poder soberano. El análisis de la guerra, en cuanto iniciativa pasional de batallar, en cuanto guerra de unos contra otros, ha de conducir a plantear por qué para Hobbes el Estado debe dotarse como ente capaz y suficiente de refrenar dicha iniciativa pasional” Muriel RESTREPO, “La finitud de la guerra o la guerra infinita”, en *Ideas y Valores*, 63, 156 (2014), pp. 225-226. Fuentes, C. también entiende como presupuesto del pacto las pasiones: “Desde esta precariedad surgen las tres pasiones que, según Hobbes, mueven al hombre a pactar y que definirán, en gran medida, las condiciones impuestas por la razón al pacto” Claudia FUENTES, “La política en la hora del lobo del hombre: Propuesta para una lectura arendtiana de la teoría del contrato social de Hobbes”, en *Alpha*, 28 (2009), p. 249.

<sup>7</sup> Cfr. Thomas HOBBS, *Leviatán*, México: FCE, 2010, pp. 106-107.

Para Hobbes el derecho de naturaleza es la característica esencial de la subjetividad del hombre. Pues lo que nos hace ser sujetos no es solo tener poderes y talentos, sino tener un poder de disponer de esos poderes y talentos utilizándolos para conseguir nuestros fines<sup>8</sup>. Ello abre la puerta a que el ser humano pueda actuar de acuerdo con su propia voluntad y que sus acciones sean consideradas como la consecuencia del ejercicio de un derecho: el derecho a sí mismo. Esto implica un derecho radical e ilimitado a ejercer (o no ejercer) el propio poder sin ningún tipo de restricción jurídica externa<sup>9</sup>.

Antes de la constitución del Estado los actos voluntarios impulsados por las pasiones: la competencia, la gloria y la desconfianza<sup>10</sup>, hacen inviable la convivencia en el estado de naturaleza<sup>11</sup>, pues persiste un continuo temor a que la vida y todo

---

<sup>8</sup> Esta afirmación no implica asimilar el derecho de naturaleza al libre albedrío, entendido como la facultad de decidir sin ningún estímulo externo. Para Hobbes aquello que se puede llamar propiamente libertad es la ausencia de obstáculos para actuar. Libertad no es propiamente para él la falta de mediaciones – como las pasiones o los impulsos naturales - que nos llevarían a desear ciertas cosas. En este punto, se puede pensar la distinción entre hacer lo que se quiere y querer lo que se quiere. Tener la posibilidad de hacer lo que uno quiere se refiere a la ausencia de obstáculos de la que habla Hobbes. Ahora bien, querer lo que se quiere remite al concepto del libre albedrío, según el cual se podría tener control sobre qué se desea y qué no. En cierta medida es legítimo desde Hobbes hablar de libertad cuando decimos que una persona hace lo que quiere sin necesariamente poder querer lo que quiere. Se puede ejemplificar lo expuesto de la siguiente forma: una persona puede querer ir a hacer compras, irse a dormir, comer, etc. En este caso lo que decide si es libre o no es que no se encuentre encadenado o con un muro que le impidan realizar aquellas acciones. Pero esa posibilidad que tiene esa persona de disponer sobre los medios necesarios para alcanzar determinado fin no es igual a que el sujeto pueda decidir sobre querer (o no querer) realizar esas acciones. Esta distinción se esboza de la siguiente cita de Hobbes: “De acuerdo con esta genuina y común significación de la palabra, es un HOMBRE LIBRE quien en aquellas cosas de que es capaz por su fuerza y por su ingenio, no está obstaculizado para hacer lo que desea. Ahora bien, cuando las palabras *libre* y *libertad* se aplican a otras cosas, distintas de los *cuerpos*, lo son de modo abusivo, pues lo que no se halla sujeto a movimiento no está sujeto a impedimento. Por tanto, cuando se dice, por ejemplo: el camino está libre, no significa libertad del camino, sino de quienes lo recorren sin impedimento [...] Por último, del uso del término *libre albedrío* no puede inferirse libertad de la voluntad, deseo o inclinación, sino libertad del hombre, la cual consiste en que no se encuentra obstáculo para hacer lo que tiene voluntad, deseo o inclinación de llevar a cabo” Thomas HOBBS, *Leviatán*, ob. cit., p.172.

<sup>9</sup> Cfr. Andrés Felipe PARRA, “Hobbes y la paradoja del derecho”, en *Ciencia Política*, 9, 17 (2014), p. 201.

<sup>10</sup> Según Hobbes las tres causas principales de discordia entre los hombres en el estado de naturaleza son: la competencia, la gloria y la desconfianza. Las dos primeras pasiones llevan a los hombres a usar la violencia para obtener algún beneficio o ganar reputación frente a los demás, mientras que la última pasión lo lleva a buscar la seguridad por miedo a la muerte Cfr. Thomas HOBBS, *Leviatán*, ob. cit., p. 102.

<sup>11</sup> El estado de naturaleza no es un momento primitivo o salvaje en el que se halló la sociedad y anteceda a la civilización. Como bien lo explica Bobbio, a Hobbes lo que le interesa mostrar y resolver son los problemas que subsistían en su época debido a la presencia de autoridades religiosas que se autodenominaban independientes a la voluntad del Estado. El hecho de que la iglesia, por ejemplo, pudiera imponer tributos en aquel momento desencadenaba una situación intolerable y contradictoria, porque ponía en cuestión la autoridad del Estado, al ser esta una facultad que solamente este debería detentar. La única forma para resolver los conflictos que se suscitaban entre

aquello considerado como “propio” sea arrebatado por el otro, sin que exista más seguridad que la que proviene de la fuerza de cada uno. Por ejemplo, si alguien tiene una gran casa en la que vive con su familia y su vecino desea esa casa, porque requiere resguardarse o aparentar una mejor posición social, nada detiene en el estado de naturaleza a que el vecino por sus propios medios o con ayuda de otros pueda desposeerlo de su vida, familia y “bienes”. Pero tampoco nada le impide al que es agredido repeler el ataque, recuperar aquello que inicialmente tenía – en caso de ser desposeído-, despojar a otro o sencillamente abstenerse de realizar alguna acción; y, al mismo tiempo, nada le garantiza al invasor que no va a sufrir el mismo destino del sujeto al que despojó. Esta situación, en la que los hombres pueden disfrutar de aquello que sus capacidades le permiten y, al mismo tiempo, de disponer de todos los medios que dicta su juicio para conservar la propia vida – aunque con ellos despoje a los demás de su vida o su trabajo-, ha llevado a que haya una interpretación de Hobbes a partir de unas nociones eminentemente esencialistas (el hombre es malvado por naturaleza)<sup>12</sup>.

N. Bobbio, por ejemplo, es uno de los intérpretes que ha respaldado esa postura esencialista del hombre, al sostener que el estado de naturaleza se ve agravado a causa de las pasiones de los hombres, pues les impide convivir y, por el contrario, los mantiene en la insoportable e intolerable situación de guerra: “La situación se ve agravada por el hecho de que los seres a los que la naturaleza ha puesto en tal dificultad están dominados por las pasiones (lo que es también un don de la naturaleza madrastra) que les predisponen más para la insociabilidad que para la

---

la iglesia y el Estado y que muchas veces llevaban a guerras civiles, era mediante la existencia de un poder común que debía estar exclusivamente en cabeza del Estado Cfr. Norberto BOBBIO, *Thomas Hobbes*, España, Ediciones Paradigma, 1991, pp. 115-120. Conforme con lo expuesto por Bobbio, se puede indicar que Hobbes entiende el estado de naturaleza como aquél en el cual existe una pluralidad de poderes y voluntades que reclaman autoridad.

<sup>12</sup> Otras lecturas en las que se identifica una interpretación de Hobbes, a partir de nociones esencialistas, son las siguientes. Fraga, F. A., señala: “Hay aquí un valor que condiciona todo: la igualdad, un valor que, en Hobbes, adquiere sentido negativo y destructivo de las relaciones entre los hombres, pues éstos rigen la totalidad de sus acciones por pasiones que, careciendo de un control externo, producen enemistad. Tales pasiones son deducidas por Hobbes a partir de la naturaleza egoísta del hombre. Esta realidad antropológica natural, marcada por el egoísmo, la envidia y el orgullo es, según el filósofo de Malmesbury, la prueba más fuerte de la igualdad” Fernando Aranda FRAGA, “La teoría de la justicia en el estado natural y en el estado político, según Hobbes”, en *Pensamiento*, 61, 229, (2005), p. 97. Por su parte, Isler Soto indica: “Ante todo, para Hobbes el hombre es un ser psicológicamente egoísta, vale decir, un animal que por necesidad natural busca, en toda acción, conseguir un *bien para sí*. Si persigue algún bien para otro, lo hace necesariamente porque el que otro consiga tal bien es parte de su propio bien” Isler SOTO, “Las bases filosóficas de la doctrina penal de Thomas Hobbes”, cit., pp. 682-683.

sociabilidad. La opinión que tiene Hobbes de sus semejantes no es lisonjera”<sup>13</sup>. Otras lecturas como la de Leo Strauss<sup>14</sup> difieren de esta interpretación esencialista. Para él la filosofía política de Hobbes tiene un fundamento moral, que se mueve en una oposición entre la vanagloria y la autoconservación. Es la búsqueda de la gloria la que lleva al hombre a invadir, sobrepasar o aniquilar al otro con la finalidad de ser reconocido por esa hazaña. Pero es al mismo tiempo la autoconservación la que torna al hombre razonable, porque anula la vanidad al despertar la preocupación frente a la posibilidad de que un enemigo acabe con su vida de forma violenta. En suma, el origen del Estado no presupone caracterizar a todos los hombres como malos por naturaleza, como lo cree Bobbio, sino que se explica a partir de un juego entre las pasiones y la razón que remite a un problema moral.

Si bien esta concepción sobre el hombre está sin duda ampliamente expuestas en la obra de Hobbes y reseñadas por varios de sus intérpretes más relevantes, ya sea asumiendo la maldad natural del hombre o buscando la fundamentación moral que lo llevan a pactar, en ambas se da por sentada que en la situación de violencia o guerra el hombre se sumerge en un combate mortal del que debe salir por medio del pacto. Sin embargo, esta lectura es matizada por el mismo Hobbes cuando señala:

“Ahora bien, ninguno de nosotros acusa con ello a la naturaleza humana. Los deseos y otras pasiones del hombre no son pecados, en sí mismos; tampoco lo son los actos que de las pasiones proceden hasta que consta que una ley las prohíbe: que los hombres no pueden conocer las leyes antes de que sean hechas, ni puede hacerse una ley hasta que los hombres se pongan de acuerdo con respecto a la persona que debe promulgarla.

---

<sup>13</sup> Norberto BOBBIO, *Thomas Hobbes*, ob. cit., p. 65.

<sup>14</sup> En palabras de Strauss: “La filosofía política de Hobbes está basada realmente, como su autor proclama, en un conocimiento de los hombres que es profundizado y corroborado por el conocimiento de sí y el examen de sí del individuo, y no en una teoría general científica o metafísica. Y porque está basada en la experiencia de la vida humana, nunca puede, pese a todas las tentaciones de la ciencia natural, caer completamente en el peligro de abstracción de la vida moral y en el abandono de la diferencia moral. La filosofía política de Hobbes tiene, por este mismo motivo, un fundamento moral, puesto que no se deriva de la ciencia natural, sino que está fundada en la experiencia directa de la vida humana.” Leo STRAUSS, *La filosofía política de Hobbes*, Buenos Aires, Fondo de cultura económica., trad. S. Carozzi, 2006, p. 55.

Acaso puede pensarse que nunca existió un tiempo o condición en que se diera una guerra semejante, y, en efecto, yo creo que nunca ocurrió generalmente así, en el mundo entero”<sup>15</sup>.

En estas palabras Hobbes deja en evidencia que el problema central en torno al estado de naturaleza es jurídico y no moral o psicológico. La naturaleza del hombre no es solo la que lo condena al estado de guerra, lo que lo condena a dicho estado es fundamentalmente vivir ante la ausencia de las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia<sup>16</sup>. Y vivir sin esas nociones es hallarse ante la ausencia de una fuerza que les da lugar, sentido y significado. Así pues, Hobbes no acusa a las pasiones como el pecado mortal de los hombres. Para él el origen de todos “los males” es la inexistencia de un poder común capaz de sujetarlos a la realización de los pactos. Por esta razón su punto no parte esencialmente de una antropología pesimista, sino que hace una descripción de las consecuencias de la ausencia del Derecho. Aún más: aunque el hombre sea un santo por naturaleza, sea moralmente bueno, sus acciones no pueden ser valoradas como pecado o virtud si no existe un poder común que determine por medio del Derecho lo justo o lo injusto.

Esa descripción pesimista del estado de naturaleza se convierte en una posible vía, entre otras, para ilustrar la inevitable necesidad de un poder común. El estado de guerra descrito por Hobbes constituye una posibilidad fáctica ante la ausencia del Estado y del Derecho, aunque no la única. Podría haber opiniones que conciban la naturaleza del hombre en términos positivos, es decir, lo consideren esencialmente bueno. Pero, al fin y al cabo, las opiniones sobre la naturaleza humana son opiniones, afirmaciones empíricas que están sujetas al transcurso de la experiencia, por lo que no se podría saber por motivos puramente lógicos cómo se portarían los hombres si no hubiese Derecho. Frente a esto lo que Hobbes propone no es una teoría científica de la naturaleza humana con tintes negativos, sino que propone un experimento mental, una formulación que ilustra un mundo, entre tantos posibles. Así, dado que no sabemos cómo se portan los hombres en la ausencia de un orden jurídico, tanto las consecuencias buenas como las malas deben ser tenidas en cuenta.

---

<sup>15</sup> Thomas HOBBS, *Leviatán*, ob. cit., p. 103.

<sup>16</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 104.

A través de la óptica de un estado de naturaleza en el que cada hombre está gobernado por su propia voluntad e impulsado por determinadas pasiones, Hobbes deja en evidencia un mundo posible en el que no existe un poder común que posibilite lo justo y lo injusto. Solo uno, pues puede haber otras posibilidades. En este sentido, si por ejemplo alguien señalara que los hombres son buenos y podemos vivir en un lugar donde no exista la justicia o el Derecho, y a pesar de ello todos se portaran bien, tendríamos que aceptar cualquier consecuencia de vivir en un mundo donde esas nociones no tenga lugar: un estado comunitario que se base en el amor y la paz, un estado fundado en la propiedad común y la inexistencia de clases sociales o un estado en el que reine la guerra de todos contra todos. Aunque la descripción caótica del estado de naturaleza no es el único mundo posible, sí es uno de los que puede darse ante la ausencia de justicia. Y es esa posibilidad lo que justifica su abandono por medio de un pacto y la constitución de una fuerza capaz de obligar a cada hombre al cumplimiento de lo pactado. De este razonamiento se puede desprender lo siguiente:

- (1) Aceptar la ausencia del principio de justicia como deseable implica aceptar cualquier consecuencia de dicha ausencia en el mundo.
- (2) La descripción negativa del estado de naturaleza es una de las consecuencias que puede darse ante la ausencia del principio de justicia, aunque no la única (otra consecuencia puede ser un mundo en donde las personas se portan bien sin necesidad de un poder común).
- (3) Por miedo nadie acepta la descripción negativa del estado de naturaleza como algo deseable.

Por consiguiente,

- (4) Nadie acepta el principio de la ausencia de justicia por miedo a lo que puede pasar en el estado de naturaleza descrito negativamente.

Para ser consecuente en la argumentación se tendría que admitir todos los mundos posibles que se deriven de la ausencia de las nociones de justicia e injusticia. No se podría acceder a vivir en el estado basado en el amor y la paz o en un estado fundado en la propiedad común y, al mismo tiempo, por miedo, rechazar el estado de naturaleza. A partir de la anterior inferencia de justificación del pacto en Hobbes – independientemente del modo de vida antes de la conformación del Estado- aceptar

la ausencia de justicia como principio universal implica aceptar todas las consecuencias: si uno no las acepta, entonces debe rechazar el principio. Pero como los hombres no están dispuestos por miedo a vivir en el estado de naturaleza, consiguientemente rechazan la posibilidad de vivir sin justicia. No se requiere mostrar todos los escenarios posibles para justificar el pacto, solo se requiere ilustrar uno que es totalmente inaceptable e insoportables para que los hombres decidan pactar<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Para comprender mucho mejor este argumento acudamos al siguiente ejemplo, muy cercano a nuestra realidad política. El discurso contra la corrupción se ha vuelto la bandera política de muchos partidos. Pero, al mismo tiempo, por afinidad política algunas personas suelen condenar los casos de corrupción de otro partido y desconocer, ignorar o negar aquellos casos que afectan al partido del que políticamente son afines. Cuando se está en contra de la corrupción y se quiere ser consecuente argumentativamente, hay que rechazar todos los casos de corrupción y no tan solo unos. Conectando este ejemplo con lo que se postula en este aparte, no se puede rechazar el principio de ausencia de justicia para el caso del estado de naturaleza y, al mismo tiempo, sí aceptar (el principio) para los otros casos.



## Capítulo II

### II. LA IRREVOCABILIDAD DEL PACTO

La universalidad del razonamiento que sustenta la teoría hobbesiana es válido tanto para un mundo colmado de hombres “buenos” como para un mundo en el que los hombres vivan en una incesante situación de guerra, dado que obliga a aceptar la necesidad de un pacto en todos los escenarios posibles en los que no reine la justicia. Por consiguiente, independientemente si hay una versión idílica en la que no se considere necesario constituir el principio de justicia, basta una sola versión nefasta y caótica para rechazar su ausencia como algo deseable.

En la primera parte de este trabajo lo que se buscó mostrar es que la justificación lógica del pacto se sostiene independientemente de los postulados sobre la naturaleza humana que se tengan por ciertos. Ahora bien, en esta segunda parte se entrará a exponer el concepto de *pacto* y su diferencia con el término de *contrato* y la incidencia de esa distinción para explicar el carácter permanente de la institución de la soberanía. Finalmente, se presentará por qué el pacto es irrevocable y la razón por la cual el soberano nunca puede incumplirlo y en ese sentido se encuentra necesariamente por fuera del Derecho, es decir, no sujeto a este.

#### 1. Transferencia del derecho de naturaleza

El pacto, como se ha venido señalando, es el acto mediante el cual los hombres abandonan y transfieren todos aquellos derechos que perturban la paz. Este abandono de los derechos – que posibilita el pacto y da lugar a la constitución del soberano- puede darse mediante la renuncia o la transferencia. Para Hobbes estas dos figuras no se distinguen en su finalidad y consecuencia, aunque sí en el destinatario; es decir, tanto una como la otra buscan el abandono del derecho natural y la cesión de las condiciones de ese derecho, pero en la renuncia el beneficiario es indeterminado y en la transferencia es determinado. Al existir un destinatario específico con la realización del pacto: el Estado, Hobbes siempre se refiere a la transferencia del derecho natural y no a la renuncia. En estos términos, el autor señala:

“se abandona un derecho bien sea por simple renunciación o por transferencia a otra persona. Por *simple* renunciación cuando el cedente no se preocupa de la persona beneficiada por su renuncia. Por transferencia cuando desea que el beneficio recaiga en una o varias personas determinadas. Cuando una persona ha abandonado o transferido su derecho por cualquiera de estos dos modos, dicese que está obligado o ligado a no impedir el beneficio resultante a aquel a quien se concede o abandona el derecho”<sup>18</sup>.

Este abandono no significa la superación del derecho a todo por medio de un poder coercitivo<sup>19</sup>, es decir, el desvanecimiento de “la libertad de impedir a otro el beneficio del propio derecho a la cosa en cuestión”<sup>20</sup>. Para Hobbes renunciar o transferir el derecho no es otra cosa que la entrega de los medios para disfrutar de él<sup>21</sup> y la obligación de no impedir a quien se da el derecho el beneficio que resulte de la cesión<sup>22</sup>. Dicho beneficiario no es otro que el soberano, tal como se señala en el *Leviatán* y en el *Tratado sobre el ciudadano*:

“Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre 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 gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho y autorizareis todos sus actos de la misma manera”<sup>23</sup>.

“Pues ha de entenderse que los ciudadanos han transferido la totalidad de este derecho de guerra y de paz a un solo hombre o a una sola asamblea. Y este derecho (al que podemos llamar espada de guerra), pertenece al mismo hombre o a la misma asamblea que posee la espada de la justicia”<sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup> Thomas HOBBS, *Leviatán*, ob. cit., p.108.

<sup>19</sup> Soto, C. I señala que, “Para salir de tal situación, se debe renunciar al derecho a todo, y tal cosa sólo puede hacerse si se crea un poder coercitivo, capaz de poner coto a los impulsos agresivos de las personas, de modo que se cree una comunidad donde antes había un mero agregado de individuos. Tal poder coercitivo es el Estado, el soberano es su titular, y el derecho, su instrumento” Isler SOTO, cit., p. 690.

<sup>20</sup> Thomas HOBBS, *Leviatán*, ob. cit., p.107.

<sup>21</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 113.

<sup>22</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 108.

<sup>23</sup> *Ibíd.*, p. 141.

<sup>24</sup> Thomas HOBBS, *Tratado sobre el ciudadano*, Madrid, Trotta, 1999, p. 58.

En consecuencia, una vez se da la transferencia al Estado del derecho natural los hombres quedan sin ese derecho y quien pasa a ser su titular es el soberano. Ello despoja a los hombres de la posibilidad de impedirle al soberano los beneficios derivados de ese derecho, por lo que este puede usarlo de acuerdo con su voluntad y arbitrio<sup>25</sup>. Este derecho dañino, que hacía a los hombres indisolubles en la condición de naturaleza, no se elimina, se traslada. Sigue existiendo con todas sus prerrogativas, pero ya no en cabeza de los hombres, sino del Estado. El soberano se constituye, así, como el destinatario del derecho a todo y el garante del pacto.

Aquí se refleja la paradoja que subyace en el derecho de naturaleza: aquel que hacía a los hombres aptos para invadirse y destruirse mutuamente, ahora hace parte de la estructura y fundamento del Estado. Pues dicho derecho de naturaleza, el cual consiste, como ya se señaló en páginas anteriores, en la libertad para usar el propio poder para conservar la vida, incluso aniquilando el derecho del otro, y que goza de la ausencia de límites para suprimir y limitar el derecho de los otros, es transferido al Estado. Sin embargo, este derecho de naturaleza ahora ya no es autodestructivo: no se aniquila a sí mismo, porque solo hay un sujeto con el derecho a todo: el soberano, que da paso al orden jurídico o al Derecho. El problema del estado de naturaleza era que había multiplicidad de voluntades con ese derecho y la solución de Hobbes no fue entonces eliminarlo, dado que ello no es posible, sino constituir un solo poder que lo detentara.

## **2. Diferencias entre *pacto* y *contrato***

Aunque en el *Leviatán* y en el *Tratado sobre el ciudadano* Hobbes es claro en señalar que solamente en el estado de naturaleza y entre los hombres tiene lugar el pacto, varios autores han interpretado que en Hobbes existen dos momentos contractuales: uno que se da entre los hombres y otro ulterior en el que estos últimos contratan con el Estado para transferir el derecho natural<sup>26</sup>. No obstante, el

---

<sup>25</sup> Cfr. Andrés Felipe PARRA, "Hobbes y la paradoja del derecho", cit., p. 206.

<sup>26</sup> Cortés Rodas, F. indica que el derecho natural se transfiere al soberano a través del contrato, pero al mismo tiempo señala que ese contrato se realiza entre los individuos sin participación del Estado y por eso no crea una relación jurídica. Aunque el argumento no es claro, permite evidenciar la confusión que existe para distinguir la figura del contrato y el pacto en Hobbes y sus consecuencias. En este sentido, dice el autor, "En el *Leviatán*, el derecho a todo, como un derecho a gobernarse a sí mismo, es transferido al soberano a través del contrato. El suceso del nacimiento del Estado es resultado de la promesa recíproca hecha por cada uno de los individuos de renunciar a su derecho a

Estado es el resultado del pacto que hacen los hombres unos con otros para abandonar el derecho natural y, por ende, no tiene razón de ser que quien es resultado del pacto pueda al mismo tiempo pactar o contratar con los súbditos para “perfeccionar” dicho abandono, dado que “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”<sup>27</sup>. De ahí se infiere que no existe un momento contractual posterior al pacto entre los hombres, pues el Estado termina siendo un tercero neutral, por así denominarlo, que a partir del pacto ostenta la fuerza para compeler a los hombres a cumplirlo “por el temor de un castigo más grande que el beneficio que esperan del quebrantamiento de su compromiso”<sup>28</sup>.

La relación que se le ha atribuido a Hobbes con al término contractualista se ha derivado de aquella corriente de filosofía política moderna llamada contractualismo, que asume la fundación del Estado a partir de un momento contractual, al cual yo prefiero denominar convencional. Esta relación ha llevado a insertar el concepto de contrato en su obra y a presuponer que su propuesta se cimienta en dicho concepto. Sin embargo, en el *Leviatán* y en el *Tratado sobre el ciudadano* siempre usan el término *pacto*<sup>29</sup> como el acto de transferencia del derecho natural y jamás se emplea

---

todo. [...] La autorización es la acción fundamental de la construcción, que produce la realidad del Estado, compuesta de derechos y obligaciones. [...] Es un contrato de individuos, unos con otros, que es realizado a favor de un tercero no participante en el contrato. El acto de autorización no crea ninguna relación jurídica inmediata entre los individuos y el soberano” Francisco CORTÉS RODAS, “El contrato social en Hobbes: ¿absolutista o liberal?”, en *Estudios Políticos*, 37 (2010), pp. 26-29. También Aznar, P. L. B. ha señalado que hay un primer pacto entre los hombres y uno posterior entre los hombres y el soberano. En estos términos indica: “La guerra de todos contra todos ha sido vencida por el pacto de todos con todos y de todos con el soberano; por el *pactum unionis* y el *pactum subiectionis*. Es la tierra prometida por las leyes de la naturaleza cuyo cumplimiento exigía, según Hobbes, la garantía convencional de un nuevo derecho” Pedro Luis AZNAR, “De la locura y la inseguridad del derecho a la racionalidad y el orden de la ley. Lectura dialéctica de Thomas Hobbes”, cit., p. 248.

<sup>27</sup> Thomas HOBBS, *Leviatán*, ob. cit., p. 143. En el *Tratado sobre el ciudadano* también se señala que el pacto se da entre los hombres: “Ya que el poder supremo se ha constituido en virtud de los pactos que establecen los ciudadanos o súbditos entre sí mutuamente unos con otros” Thomas HOBBS, *Tratado sobre el ciudadano*, ob. cit., p.66.

<sup>28</sup> Thomas HOBBS, *Leviatán*, ob. cit., p. 118.

<sup>29</sup> Acá algunos ejemplos de varios de los capítulos del *Leviatán* y del *Tratado sobre el ciudadano*. En el capítulo XIV del *Leviatán*: “cuando se hace un pacto en que las partes no llegan a su cumplimiento en el momento presente, sino que confían una en otra, en la condición de naturaleza (que es una situación de guerra de todos contra todos) cualquier sospecha razonable es motivo de nulidad” *Ibíd.*, p. 111. En el capítulo XV del *Leviatán*: “donde no ha existido un pacto, no se ha transferido ningún derecho, y todos los hombres tienen derecho a todas las cosas” *Ibíd.*, p. 118. Capítulo XVII del *Leviatán*: “Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás” *Ibíd.*, p. 141. Capítulo XVIII del *Leviatán*: “como el derecho de representar la persona de todos se otorga a quien todos constituyen en soberano solamente por pacto de uno a otro” *Ibíd.*, p. 143. Capítulo III del *Tratado*

la palabra *contrato*. Si bien Bobbio o Strauss que se han constituido en unos de los intérpretes más autorizados de la obra de Thomas Hobbes no han caído en la confusión de trasladar el concepto de contrato al acto de traslado del derecho todo, muchos otros intérpretes sí han equiparado el concepto de pacto y contrato. Esta distinción ha pasado desapercibida en las discusiones académicas, aunque en este trabajo es crucial para explicar la vocación de permanencia e irrevocabilidad del pacto.

A lo largo de este escrito no se ha hecho mención de la palabra contrato, ni en el estado natural ni en el civil, pero sí a la figura del pacto. Ello es porque Hobbes distingue entre esas dos nociones. El contrato es definido como aquel acto en que las partes hacen una “mutua translación o cambio de derechos”<sup>30</sup> y, por su parte, el pacto se refiere a la perspectiva que tiene una de las partes sobre el contrato. Para la parte que ya ha cumplido con su prestación y espera que la otra lo haga, el contrato es visto como un pacto.

“La mutua transferencia de derechos es lo que los hombres llaman CONTRATO.

Existe una diferencia entre transferencia del derecho a la cosa, y transferencia o tradición, es decir, entrega de la cosa misma. En efecto, la cosa puede ser entregada a la vez que se transfiere el derecho, como cuando se compra y vende con dinero contante y sonante, o se cambian bienes o tierras. También puede ser entregada la cosa algún tiempo después.

Por otro lado, uno de los contratantes, a su vez, puede entregar la cosa convenida y dejar que otro realice su prestación después de transcurrido un tiempo determinado, durante el cual confía en él. Entonces, respecto del primero, el contrato se llama PACTO O CONVENIO”<sup>31</sup>.

---

sobre el ciudadano: “por lo tanto, dado que cumplir los pactos o mantener la fe dada es necesario para el establecimiento de la paz” Thomas HOBBS, *Tratado*, ob. cit., p.31.

<sup>30</sup> Thomas HOBBS, *Leviatán*, ob. cit., p. 111.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, p. 109. En este caso recorro a la cita en inglés del *Leviatán*, en lo que respecta a la distinción de pacto y contrato, puesto que ha sido conceptos que reiteradamente los interpretes de Hobbes han tomado como sinónimos, aunque en el texto en inglés queda clara la distinción y que su traducción al español es fiel a esa distinción: “The mutual transferring of right is that which men call contract. There is difference between transferring of right to the thing, the thing, and transferring or tradition, that is, delivery of the thing itself. For the thing may be delivered together with the translation of the right, as in buying and selling with ready money, or exchange of goods or lands, and it may be delivered some time after.

En el Tratado sobre el ciudadano, en la definición de *contrato y pacto* se agrega:

“A la acción de dos o más que se *transfieren* mutuamente sus derechos se le llama CONTRATO. En todo contrato, o ambos cumplen en el acto lo que se ha contratado, de manera que nadie fía nada a nadie, o uno cumple y fía al otro, o ninguno lo cumple. Cuando ambos cumplen en el acto, en ese mismo momento el CONTRATO, a la vez que se realiza, se termina. Pero cuando uno o ambos se fía, y aquel a quien se fía promete que cumplirá más adelante, entonces a esa clase de promesa se la llama PACTO”<sup>32</sup>.

En este sentido, la diferencia entre pacto y contrato es de orden subjetivo y no objetivo, porque se refiere a la percepción de las partes sobre el contrato y no a la naturaleza o al tipo de relación jurídica en sí. Para Hobbes el contrato nace y finaliza cuando para las partes hubo mutuo cumplimiento de las prestaciones. Por ejemplo, en el contrato de compraventa: *yo te entrego la tierra prometida y, al tiempo, el otro me entrega el dinero prometido por esa tierra*. El pacto, en cambio, es un acto en el que la realización de la prestación respecto a una de las partes queda sometida a un *meantime* o un *mientras tanto*, es decir a la *esperanza* de que el otro cumpla con su prestación. Esta obligación venidera entraña una promesa direccionada a transferir el derecho, en la que una de las partes dice: *yo abandono mi derecho y lo transfiero y*, la otra parte, responde: *yo también abandonaré mi derecho y lo transferiré*. La promesa, en este caso, respecto a quien ya entregó el derecho es equivalente a un pacto que obliga al promitente a cumplir con aquello a lo que se comprometió, pues al recibir este el beneficio o la prestación de aquel a quien promete da a entender inequívocamente que va a acceder a abandonar y transferir el derecho<sup>33</sup>. Dicha distinción resulta relevante, no solo porque la mayoría de los autores que escriben en torno al Derecho y la justicia en Hobbes<sup>34</sup> equiparan las figuras de pacto y

---

Again, one of the contractors may deliver the thing contracted for on his part, and leave the other to perform his part at some determinate time after, and in the meantime be trusted; and then the contract on his part is called pact, or covenant” Thomas HOBBS, *Leviathan*, London, 1651, p. 82.

<sup>32</sup> Thomas HOBBS, *Tratado*, ob. cit., p. 25.

<sup>33</sup> Cfr. Thomas HOBBS, *Leviatán*, ob. cit., p. 111.

<sup>34</sup> Aquí hay varios ejemplos en los que se equiparan estos términos. J.M. Bermudo señala que, “si todo contrato es ‘transferencia mutua de un derecho’, siendo la renuncia a un derecho ‘despojarse a sí mismo de una libertad’, no todos los derechos son alienables. Hobbes cita fundamentalmente dos circunstancias que invalidarían el pacto: cuando el mismo implica que una de las partes renuncie a autodefenderse o sea forzada a autoinculparse” José Manuel BERMUDO, “Libertad, igualdad, y justicia en Hobbes”, en. *Ideas y Valores*, 118 (1998), p. 70. Patiño-Arango, A. precisa que, “En el Leviatán, Hobbes define pacto como un tipo de contrato en el que se transfieren mutuamente derechos: aquel

contrato, sino por las consecuencias que se desencadenan para entender en términos temporales el pacto.

La definición que se da acá de pacto y contrato tiene un sentido totalmente específico o especial y que no es completamente fiel a la noción que se tiene tradicionalmente en el derecho civil<sup>35</sup>. Recordemos: estar ante un contrato o un pacto depende del punto de vista de los contratantes. Si para ambas partes se han cumplido a satisfacción las obligaciones, entonces estamos frente a un contrato. Pero si una de esas partes ha cumplido con la prestación y queda a la espera de que el otro cumpla, desde su perspectiva no está ante un contrato sino frente a un pacto. De manera que el pacto puede entenderse como un contrato precario. Es un contrato en la medida que reposa una obligación entre las partes de hacer algo: abandono y transferencia del derecho natural. Aunque precario al adolecer de un plazo cierto y determinable para la realización de la prestación: todos están a la espera.

Lo particular o peculiar del pacto que da nacimiento al Estado es que al final se termina ubicando a cada uno de los hombres participantes en la perspectiva de aquel que entrega la prestación y, al mismo tiempo, en la posición de ser la amenaza a lo pactado, es decir, aquel que está en deuda de realizar la obligación. De ahí que, para todos los implicados hay un pacto porque están a la esperan que el otro cumpla, pero para ninguno hay un contrato porque cada hombre piensa que el otro está en deuda de cumplir su obligación: para sí mismo, cada uno es aquel hombre que ya cumplió, pero para los otros es aquel que aún debe cumplir con su obligación para no viciar el pacto. En esta tensión entre el que cumple y el que está por cumplir tiene lugar el rol del Estado y de su titular, el soberano, como el tercero encargado de verificar lo pactado en el tiempo de espera.

De lo anterior se desprende que, al estar supeditado el cumplimiento del pacto a la confianza de que al transferir el derecho natural los otros realizarán la misma

---

tipo de contrato en el que uno de los contratantes transfiere a otro un derecho en ese momento, a cambio de acceder a otro bien en un tiempo posterior” (2015, p.67). Brioso, J. y Álvarez, J. M. D. dicen, “La comunidad política, al igual que la persona del soberano, tienen un carácter ficcional y son posteriores al pacto o contrato” Alejandro PATIÑO ARANGO, “Como hacer el derecho con palabras”, en *Revista Jurídicas*, 12, 1 (2015), p. 274.

<sup>35</sup> El artículo 1495 del Código Civil colombiano define el contrato o convención como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.

acción, la realización del pacto está postergada indefinidamente en un *mientras tanto*. Es decir, yo realizo mi acción y *mientras tanto* espero que los demás realicen la acción. Ese tiempo de espera hace inviable el pacto en el estado de naturaleza si no hay un tercero garante. Pues al pactarse en el estado de naturaleza es inevitable que ante una señal de desconfianza se desemboquen los hombres nuevamente en una guerra de todos contra todos, pues no hay una fuerza más allá de la *ley de naturaleza* (justicia, equidad, gratitud y otras virtudes morales) que los incline a la paz, la autoconservación y, por consiguiente, al cumplimiento del pacto. La obligación moral o en *conciencia* de abandonar el derecho natural y cumplir el pacto es insuficiente para evitar su quebrantamiento ante cualquier sospecha razonable, ya que no “obligan *in foro externo*, es decir en cuanto aplicación”<sup>36</sup>. De aquí la célebre frase de Hobbes: “los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre”<sup>37</sup>. Por ello es necesaria la presencia de una autoridad que esté vigilando constantemente que todos cumplan el pacto. Esta autoridad, que no es otra que el Estado, se convierte en la garantía para que el pacto se cumpla.

Ahora bien, el hecho de que el tiempo del pacto esté sometido a un *mientras tanto* para el cumplimiento del abandono del derecho natural, lleva a una consecuencia fundamental para la comprensión del Estado en términos temporales. Al tener la promesa de renuncia o transferencia del derecho natural la finalidad de establecer una garantía que inste a cumplir el pacto, la fuerza del Estado se constituye como el único mecanismo eficaz que tiene la capacidad para mantener la paz, garantizar la seguridad de los súbditos y contrarrestar la amenaza incesante de guerra. Esta amenaza a la que están sometidos los hombres, por encontrarse a la espera que los demás realicen su prestación, lleva a que la garantía del pacto (el Estado) se convierta en el vigilante que continuamente está verificando el cumplimiento de dicha prestación. En este sentido, el pacto es una figura que está sometida a la zozobra permanente de que en algún momento se anule por cualquier motivo de sospecha razonable y por ello su duración se encuentra correlacionada con la amenaza continua de guerra. En otras palabras, la condición de guerra que posibilita

---

<sup>36</sup> Thomas HOBBS, *Leviatán*, ob. cit., p. 130.

<sup>37</sup> *Ibíd.*, p. 137.



el pacto también representa una amenaza para éste, por lo que se requiere de una autoridad permanente que vigile el pacto y constriña a quienes quieran violarlo.

### **3. El soberano nunca incumple o viola el pacto**

Aunque, como ya se señaló, el pacto tiene las características de ser permanente e irrevocable, la afirmación de Hobbes, según la cual el temor de incumplimiento vicia los pactos<sup>38</sup>, ha llevado a que se interprete la posibilidad de que los hombres se liberen de lo pactado en el Estado civil. Algunas lecturas indican que para que los pactos celebrados entre las partes no se anulen deben cumplir su fin natural: la seguridad, y que en caso de encontrarse el Estado en una situación que le impida mantener el orden y, por consiguiente, el pacto, los hombres se remiten nuevamente al estado de naturaleza o “incrementan la condición natural”<sup>39</sup>. Si bien es cierto que existe la posibilidad de que los hombres retornen al estado de naturaleza, no es por la razón que se expone en esa lectura. Una cosa son las circunstancias que convergen a la nulidad del pacto y otra la inexistencia o imposibilidad del Estado para ser garante del pacto.

Cuando Hobbes en el capítulo XIV del *Leviatán* hace alusión a las causales de nulidad – la existencia de un pacto ulterior o la imposibilidad de defenderse a sí mismo- y a las formas de liberarse de los pactos – por cumplimiento del fin natural de la obligación o restitución del derecho natural-, se está refiriendo a circunstancias que son aplicables a los sujetos que hacen parte del pacto, es decir, a los hombres en el estado de naturaleza, y no al Estado civil. Esta interpretación ignora que el soberano al no ser parte del pacto no puede incumplirlo y, consecuentemente, colocar a los súbditos en riesgo de retornar al estado de naturaleza y recuperar su derecho natural. Ahora bien, Hobbes sí prevé situaciones que dan paso a la disolución del Estado: la renuncia y la adquisición<sup>40</sup>, las cuales no hay que confundir con las

---

<sup>38</sup> *Ibíd.*, p. 118.

<sup>39</sup> J.M. Bermudo “Cuando en un orden civil el poder político común se ve impotente para mantener el orden, el pacto, los hombres se desplazan al estado de naturaleza. Cada sociedad es, en definitiva, un equilibrio desigual e inestable entre el estado de naturaleza y el orden político. Pues bien, si en un momento determinado una sociedad ve debilitado su poder político e incrementada la condición natural, Hobbes considera que dicha circunstancia no es lugar de la justicia, pues en la inseguridad los contratos no son válidos” José Manuel BERMUDO, “Libertad, igualdad, y justicia en Hobbes”, *cit.*, p.71.

<sup>40</sup> Cfr. Thomas HOBBS, *Leviatán*, *ob. cit.*, p. 165-273.

causales de nulidad o de liberación de los pactos. Con la renuncia el soberano dimite de continuar gobernando a sus súbditos y con ello estos “vuelven a la libertad absoluta de la naturaleza”<sup>41</sup>. Mientras que con la adquisición la soberanía o la fuerza del Estado queda disuelta por la conquista o la victoria del enemigo en una guerra (ya sea interna o externa), caso en el cual los hombres quedan libres para protegerse a sí mismos por los medios que su juicio les dicte. Estos hombres libres al mismo tiempo por temor inminente a la muerte pactan entre ellos con la finalidad de sujetarse a la voluntad del vencedor. Hobbes es explícito en señalar que este pacto se realiza entre los hombres:

“Un Estado por adquisición es aquel en que el poder soberano se adquiere por la fuerza. Y por la fuerza se adquiere cuando los hombres, singularmente o unidos por la pluralidad de votos, por temor a la muerte o a la servidumbre, autorizan todas las acciones de aquel hombre o asamblea que tiene en su poder sus vidas y su libertad”<sup>42</sup>.

Tanto en la soberanía por institución como en la soberanía por adquisición “los derechos y consecuencias [...] son los mismos”<sup>43</sup>: los hombres pactan ya sea por miedo a los demás hombres o por el temor que infunde quien es instituido como soberano.

En vista de aclarar las circunstancias de nulidad de los pactos que señala Hobbes, es importante entrar a mencionar las condiciones de liberación del pacto previstos en los capítulos XIV y XVIII del Leviatán, en los cuales a partir de presupuestos distintos se hace referencia a la posibilidad de que los hombres se eximan de continuar con el pacto. En el capítulo XIV se muestra que hay dos maneras por la que “quedan los hombres liberados de sus pactos: por cumplimiento o por remisión de los mismos”<sup>44</sup>; es decir, en el primer caso, por la realización del fin natural de la obligación: la seguridad del pueblo, y, en el segundo caso, por la restitución del derecho natural. Para el caso de la seguridad del pueblo, este no es un fin el cual se pueda considerar plenamente alcanzable, sino que permanentemente se busca alcanzar dada la naturaleza del pacto: todos están a la espera de que el otro haga o

---

<sup>41</sup> *Ibíd.*, p. 181.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, p. 162.

<sup>43</sup> *Ibíd.*, p. 162.

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p. 114

realice su prestación. De ahí que Hobbes hace referencia al pacto y no al contrato, pues el tiempo de su realización es permanente y su cumplimiento incierto. Mientras que en el capítulo XVIII se precisa que los súbditos no pueden alegar que el soberano ha inobservado lo pactado en razón a que este no es parte en el pacto: “no puede existir quebrantamiento del pacto por parte del soberano, y en consecuencia ninguno de sus súbditos, fundándose en una infracción, puede ser liberado de su misión”<sup>45</sup>. En definitiva, unas condiciones son las que enmarcan el sujeto en el pacto y otras en el estado civil, las cuales no son equiparables entre sí y, por ende, es imposible pensar que alguna acción del Estado (por más cruel o totalitaria que nos pueda parecer) amenace la seguridad del pueblo, porque él es la seguridad del pueblo.

Sin embargo, podría objetarse que hay una causal de nulidad de lo pactado, la cual se expone tanto en el estado de naturaleza como en el Estado civil: la promesa de no resistir a la fuerza<sup>46</sup>, que daría la posibilidad de rebelarse ante el poder soberano cuando adelante actuaciones que pongan en peligro la vida del sujeto<sup>47</sup>. Las lecturas que sustentan esta posición señalan que la imposibilidad de transferir el derecho a protegerse a sí mismo mediante el pacto se traduce en la posibilidad de resistirse o desobedecer al soberano. Si esto fuera así se tendría que aceptar que existe una contradicción en Hobbes, porque él también acepta que es inherente a la soberanía el poder de vida y muerte de sus súbditos<sup>48</sup>. Pero no es cierto que haya una contradicción. En el capítulo XIV del *Leviatán* se menciona que el pacto busca que los hombres se protejan a sí mismos de la muerte y que el “anhelo de evitar esos males es la única finalidad de despojarse de un derecho, y, por consiguiente, la promesa de resistir a la fuerza no transfiere derecho alguno, ni es obligatoria en ningún pacto”<sup>49</sup>. Al ser el pacto un acto que se realiza entre hombres iguales para conservar la vida, es consistente con su propósito que no exista un deber que

---

<sup>45</sup> *Ibíd.*, p. 143

<sup>46</sup> *Cfr. Ibíd.*, p. 114-117.

<sup>47</sup> Así lo señala Soto, C. I.: “Es necesario que los individuos, al celebrar tal pacto, renuncien a su derecho a realizar cualquier acción. Sin embargo, piensa Hobbes, aunque se renuncie al derecho a todo, esto no implica una sumisión incondicional al titular del poder creado (el soberano): dado que el fin para el cual se crea el Estado y la soberanía es la protección del sujeto, cuando alguna orden del soberano ponga en peligro la vida del sujeto, éste se encontrará legitimado para resistirla” Isler SOTO, *cit.*, p. 692.

<sup>48</sup> *Cfr. Thomas HOBBS, Leviatán, ob. cit.*, p. 176.

<sup>49</sup> *Ibíd.*, p. 114.

imposibilite repeler una agresión, dado que la desconfianza que impera en el estado de naturaleza impide que haya seguridad sobre el cumplimiento del abandono del derecho natural y activa el instinto de autoconservación. Ahora bien, hasta el momento no se han mencionado las palabras Estado o soberano, y eso es porque el Estado no participa en el pacto, de ahí que el derecho a la legítima defensa<sup>50</sup>, que muchos señalan que en Hobbes se deriva de este postulado, solo aplica entre los hombres y no de los hombres hacia el Estado.

En el capítulo XXI también se hace alusión a una situación similar, pero esta vez ya no en el estado de naturaleza, sino en el Estado civil. Aquí los súbditos pueden desobedecer aquellos mandamientos legales que obligan a dañarse a sí mismo en virtud de la libertad natural. Sin embargo, esta resistencia es un límite ontológico y no jurídico, en otras palabras, el hombre jamás pierde la capacidad de controlar su propio cuerpo y de “resistir a la fuerza física sobre él ejercida”<sup>51</sup>. Así, la libertad natural de los hombres no anula la libertad del soberano para disponer del cuerpo de sus súbditos, dado que la acción de resistir la fuerza que daña el propio cuerpo es una “reacción natural inscrita a una naturaleza humana que jamás será modificada por la condición civil”<sup>52</sup>. Por esto el hombre puede desobedecer cuando el soberano le ordena que se mate o se dañe a sí mismo, pero el soberano puede matarlo o castigarlo (al hombre) y por institución considerarse como autor de su propio castigo<sup>53</sup>. Así expresa Hobbes literalmente esta idea:

“el consentimiento de un súbdito al poder soberano está contenido en estas palabras: *Autorizo o tomo a mi cargo todas sus acciones*. En ello no hay, en modo alguno, restricción de su propia y anterior libertad natural, porque al permitirle que *me mate*, no quedo obligado a matarme yo mismo cuando me lo

---

<sup>50</sup> Bermudo. J.M. lo explica de la siguiente forma: “En tales casos, la validez del pacto equivaldría a obligarle a ir contra su autoconservación, y tal pacto sería perverso. En consecuencia, las dos primeras circunstancias de la justicia, que hacen obligatorios los pactos, son que no nieguen la autodefensa ni exijan la autoinculpación. De hecho, estas circunstancias han sido recogidas como derechos en nuestras constituciones democráticas” José Manuel BERMUDO, cit., p.70.

<sup>51</sup> Andrea MEJÍA PÉREZ. “Auctoritas, non veritas”, Universidad Nacional de Colombia, Tesis para optar al título de Doctora en Filosofía, 2015, en <http://www.bdigital.unal.edu.co/49480/1/andreamejiaperez.2015.pdf>, p. 33.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, p. 32.

<sup>53</sup> Cfr. Thomas HOBBS, *Leviatán*, ob. cit., p. 143.

ordene. Una cosa es decir: *Mátame o mata a mi compañero, si quieres*, y otra: *Yo me mataré a mí mismo, o a mi compañero*<sup>54</sup>.

De lo anterior se concluye que en el Estado civil los hombres pueden oponer resistencia física y no jurídica. Alguien puede intentar escapar de un arresto policial o forcejear durante el proceso, pero no calificar esa acción del soberano como injusta apelando al Derecho. Ello sería acusar al soberano de algo de lo que él mismo es autor y que *per se* es conforme a Derecho.

---

<sup>54</sup> *Ibíd.*, p. 178.

## Capítulo III

### III. LA PARADOJA DEL DERECHO

Hasta acá se puede concluir que esa condición de naturaleza que disocia a los hombres solo puede ser contenida por un pacto en el que todos prometan renunciar al derecho de naturaleza. No obstante, el cumplimiento mutuo de esta promesa no lo realizan las partes en el momento presente, sino que queda sometida a la espera. Las partes confían una en otra su cumplimiento: yo abandono mi derecho natural y quedo a la espera de que los demás realicen la misma acción. Pero quien cumple (o piensa en hacerlo) primero en la condición de naturaleza no tiene la seguridad de que los demás van a cumplir, dado que la posibilidad de incumplimiento siempre está latente.

Por ello, el pacto no puede depender de la sola promesa de acceder a renunciar a dicho derecho, pues esta (la promesa) es insuficiente para atar a los hombres al cumplimiento de sus compromisos. Un pacto en el estado de naturaleza que descansa solamente en la palabra de hacer o no hacer determinada cosa está sujeto siempre a sospechas razonables que pueden llevar a su nulidad: “No es extraño [...] que (a parte del pacto) se requiera algo más que haga su convenio constante y obligatorio; ese algo es un poder común que los mantenga a raya y dirija sus acciones hacia el beneficio colectivo”<sup>55</sup>. Es solo el paso al Estado civil mediante la constitución de un poder común, un tercero, capaz de coaccionar al cumplimiento de la renuncia del derecho natural, que desaparece cualquier temor o causa que lleve a la inobservancia del pacto, en vista de que la desconfianza en el otro es razonable en el estado de naturaleza, pero no en el Estado civil, donde “existe un poder apto para constreñir a quienes, de otro modo, violarían la palabra”<sup>56</sup>.

En este capítulo, en primer lugar, se entrará a exponer la paradoja del Derecho que se deduce de la teoría de Thomas Hobbes, la cual consiste, en pocas palabras, en concebir la autoridad soberana como aquella en la que se funda el Derecho y, en

---

<sup>55</sup> *Ibíd.*, p. 140.

<sup>56</sup> *Ibíd.*, p. 112.

consecuencia, la distinción entre estar y no estar sujeto al Derecho. En segundo lugar, se indicará cómo el constitucionalismo garantista busca contrarrestar las consecuencias de la sentencia hobbesiana: *auctoritas non veritas facit legem*, incluyendo la sujeción de las autoridades a un contenido sustancial previsto en la constitución. Finalmente, se mostrará que la propuesta del constitucionalismo garantista de Ferrajoli se reduce en última instancia a una inversión de la máxima hobbesiana: *Lex facit auctoritatem*, pero no a su superación efectiva o perfeccionamiento.

## 1. La Paradoja

Acorde a todo lo expuesto, podemos comenzar a redondear los argumentos señalados para justificar el abandono de la condición de naturaleza y el paso al Estado civil, con las consecuencias que ello trae. El hecho que el derecho natural no se elimine, sino que se transfiera a un solo poder común con todos sus “beneficios”, implica que el soberano ahora tiene las prerrogativas para determinar qué es el derecho del ciudadano y sus límites mediante el ordenamiento jurídico, sin que estos límites constituyan restricciones a su poder soberano. A dicho razonamiento se llega por esta deducción lógica que hace Hobbes:

“Nadie puede darse algo a sí mismo, porque se supone que ya tiene lo que se puede dar; y tampoco obligarse, porque al ser el mismo el *obligado* y el *obligante*, y al poder el obligante liberar al obligado, uno se obligaría en vano porque puede liberarse de su arbitrio, y el que lo puede hacer ya es libre de hecho. Por eso las leyes civiles no obligan al Estado mismo: porque las leyes civiles son las leyes del Estado, y si le obligasen se obligaría a sí mismo”<sup>57</sup>.

Es decir, el soberano puede obligar a los súbditos o ciudadanos a sujetarse al cumplimiento del Derecho, pero al ser él el origen del Derecho, este no puede, al mismo tiempo, sujetarlo e imponerle límites. “Porque si se limitase su poder tendría que ser por un poder mayor, ya que el que señala los límites debe tener un poder mayor que el limitado por ellos”<sup>58</sup>. De esta manera el poder que limita no debe estar limitado, sí lo está, quiere decir que hay un poder aún más grande que lo limita.

---

<sup>57</sup> Thomas HOBBS, *Tratado*, ob. cit., p.62.

<sup>58</sup> *Ibíd.*, p.65.

Frente a esto podría decirse que los ciudadanos cuentan a veces con herramientas para actuar legalmente en contra del Estado o el soberano y por ello su poder sí tiene límites. Sin embargo, todo aquello que puede hacerse en su contra es porque él así lo dispuso. Aunque en estos casos él termina siendo el juez de esas controversias y falla conforme a su libertad (a Derecho)<sup>59</sup>.

Cuando se señala que el soberano tiene la potestad de otorgar derechos a los súbditos mediante las normas – ya que estos se despojaron de todo derecho- y, al mismo tiempo, la facultad de limitar esos derechos sin cometer ningún tipo de injuria o injusticia<sup>60</sup> – pues este (el soberano) no está sujeto a las normas-, estamos diciendo que esos derechos tienen su fundamento en la fuerza soberana. No es su reconocimiento en una hoja de papel o su carácter inalienable de donde se deriva su existencia. Pero no solo el derecho subjetivo tiene su fundamento en la soberanía, también el Derecho en sí (como ordenamiento jurídico) requiere de la constitución de una sola fuerza ilimitada, es decir, fundada en el derecho a todo y capaz por ello de establecer la distinción entre lo justo y lo injusto. Si hubiera otra instancia con derecho a todo, a la cual estuvieran sometidos todos los ciudadanos, como por ejemplo lo fue la iglesia en su momento<sup>61</sup>, se reproduciría el estado de naturaleza. El derecho soberano es así, solamente, el nombre de la fuerza más fuerte, que se llama a sí misma el “Derecho”<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup>“Pero aunque sean muchas las cosas que el Estado permite a los ciudadanos y por ello se pueda a veces actuar legalmente en contra de quien tiene el *poder supremo*, esa actuación no se deriva tanto del *derecho civil* como de la *igualdad natural*; ni se trata de lo que *pueda* hacer con derecho el que tiene el *poder supremo* sino de lo que *ha querido* hacer, por lo cual el juez será él mismo, entendiéndose que, una vez conocida la equidad, no podrá juzgar inicualemente” *Ibíd.*, p. 63.

<sup>60</sup> Hobbes señala que: “Pero en virtud de la institución de un Estado, cada particular es autor de todo cuanto hace el soberano, y, por consiguiente, quien se queja de injuria por parte del soberano, protesta contra algo de que él mismo es autor” Thomas HOBBS, *Leviatán*, ob. cit., p. 145.

<sup>61</sup> Bobbio, N., hace una exposición del contexto en que se encontraba inmerso Hobbes: un conflicto entre el Estado y la iglesia. Según, lo expuesto por el autor, Hobbes era espectador de una guerra en la que se luchaba en contra del poder civil alegando la obediencia a la voluntad de Dios y a los preceptos de las autoridades religiosas, las cuales eran hostiles a las autoridades terrenales. Había en ese momento una pretensión por parte de la iglesia de ser un intérprete autorizado de las leyes divinas y, en este sentido, considerarse superior a la voluntad del Estado. Sin embargo, para Hobbes este tipo de ideas incitaban a la guerra civil y al desorden. Por eso propone la existencia de un poder común fuerte que impida la existencia del estado de naturaleza Cfr. Norberto BOBBIO, ob. cit., pp. 96-97.

<sup>62</sup> Carrió R., G. busca presentar el concepto de poder constituyente originario con tintes y argumentos que parecen ser similares a la paradoja de la autoridad expuesta en este trabajo. De acuerdo con su lectura, el poder constituyente está siempre por fuera del ordenamiento jurídico, es autónomo, incondicionado e insubordinado, dado que proviene de un acto revolucionario cuya validez no se deriva de la existencia de otra norma, sino del querer de los titulares de dicho poder. No obstante, ese poder es al mismo tiempo jurídico, dado que su finalidad es producir la norma fundamental Cfr.



Por ende, el derecho de los ciudadanos o subjetivo no se basa en su inalienabilidad, pues para que haya una instancia que los reconozca, esa misma instancia debe disponer del derecho a todo (de garantizarlo, disponerlo o aniquilarlo).

Todo lo que hasta aquí se ha señalado puede expresarse en la siguiente inferencia, que constituye la paradoja en Hobbes:

- (1) Toda distinción entre Derecho y no-Derecho (justicia e injusticia, o legal e ilegal) requiere de una fuerza o autoridad que la constituya<sup>63</sup>. (Esa es la razón de ser del Pacto y lo que justifica la existencia del Estado).
- (2) La autoridad o fuerza que respalda el Derecho no puede estar sometida al Derecho, pues
- (3) Ese sometimiento requiere de una distinción entre Derecho y no-Derecho y, de acuerdo con (1), una autoridad que la respalde

Por consiguiente,

- (4) La distinción entre Derecho y no-Derecho no puede estar sometida al Derecho. O, dicho de otra manera:
- (4') El Derecho, que coincide totalmente con la distinción, no puede estar sometido al Derecho, pues él es la acción y la voluntad del soberano que por definición no está sometida a límites<sup>64</sup>.

---

Genaro CARRIÓ, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, p. 35 /p. 43 /p.39. Ahora bien, la tesis que sostengo en este trabajo es esencialmente diferente a la sostenida por Carrió, pues el autor aborda y aplica el esquema de la excepción soberana: una autoridad no subordinada al Derecho que al mismo tiempo es el origen del Derecho, exclusivamente al poder constituyente, sin extender o ampliar ese esquema a las autoridades institucionalizadas o que son producto de ese acto originario. De por sí, considera que las características atribuibles al poder constituyente son fundamentalmente distintas a las de los poderes constituidos. En sus palabras: "Este poder constituyente originario, como lo sugiere la última transcripción, tiene ciertas características muy peculiares que lo distinguen radicalmente de los poderes constituidos" *Ibíd.*, p. 40. Lo que pretendo exponer es que ese dilema que Carrió solo le adjudica al poder originario del orden jurídico, es el dilema en sí de la autoridad, independientemente del nombre que se le ponga: constituyente, judicial, legislativa, ejecutiva, etc.

<sup>63</sup> No es que existe la norma y luego viene alguien a obligarnos a cumplirla, sino que la autoridad es la que hace la norma; solo la palabra de algo con autoridad vale como norma. Esa es la razón de ser del Pacto y lo que justifica la existencia del Estado. Solo algo que sea titular del derecho a todo puede hacer normas o solo la palabra del titular del derecho a todo puede ser considerada ley. Esa es la relación entre la autoridad y el derecho: es interna y posibilitante, no externa y accidental.

<sup>64</sup> Este razonamiento puede concebirse a partir de una multiplicidad de términos que llevarían a la misma paradoja. En este sentido, el lector puede remplazar las palabras "Derecho" y "no-Derecho" por los términos justicia e injusticia o legal e ilegal. Este ejercicio evidencia de una forma más clara o alternativa la paradoja del Derecho.

Hasta aquí se ha hecho una reconstrucción del modo en que Hobbes le da fundamento y origen a la figura de la autoridad soberana como titular del Estado. Esta concepción de la soberanía, como una fuerza en la que tiene origen el Derecho, ha abierto el camino a dos tendencias en las discusiones académicas sobre el pensador inglés: una que lo señala como el padre o pionero del principio de legalidad positivista – este ha sido el caso del constitucionalismo garantista-, y otra que afirma que la teoría hobbesiana de la soberanía implica la negación de la existencia de dicho principio.

La primera tendencia calificará a Hobbes como un promotor del liberalismo, mientras la segunda lo entenderá afín a una teoría absolutista del Estado. Aquellos que acogen la lectura absolutista afirman que el principio de legalidad en el Estado civil no constituye una garantía frente a la arbitrariedad del soberano, pues este puede adelantar actuaciones que violan el Derecho vigente, lo cual niega la existencia de tal principio en el modelo hobbesiano. Si el soberano es el que determina qué es el Derecho y, al mismo tiempo, este se encuentra facultado para liberarse de su sujeción, queda en evidencia la arbitrariedad en la que se funda el poder soberano, negándose de esta manera el principio de legalidad<sup>65</sup>.

En definitiva, el punto crucial para quienes apoyan el carácter absolutista de la teoría hobbesiana, es que el soberano ostenta siempre un poder absoluto e ilimitado que lo autoriza a hacer todo aquello que considere necesario, sin que sus acciones estén sujetas a algún tipo de límite real en el Derecho o de revisión por parte de los súbditos: al no ser parte del pacto se sitúa en un nivel distinto a ellos (los súbditos). Aunque esta lectura es parcialmente cierta, por cuanto el soberano es una autoridad desprovista de límites, su visión reduce el concepto de soberanía hobbesiana a una forma *de* Estado o de régimen político y no la considera como la forma esencial del Derecho, incluso en los Estados en los que las autoridades están sujetas a límites legales y constitucionales.

La postura liberal, en la que está la garantista y que se va a desarrollar a continuación, señala que la teoría de Hobbes funda el principio de legalidad, pues da

---

<sup>65</sup>Juan David RAMÍREZ, *Thomas Hobbes y el Estado absoluto: del Estado de razón al Estado de terror*, Medellín Colombia, Colecciones Mejores trabajos de grado Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010, p. 78.

paso a un modelo de Derecho que reconoce la validez de las normas de acuerdo con unos juicios de verificación prestablecidos legalmente. Sin embargo, y de acuerdo con la propuesta garantista, este principio debe ser perfeccionado mediante la subordinación de los poderes públicos a los principios y derechos de carácter constitucional, suprimiéndose de esta forma la soberanía como *potestas legibus soluta*<sup>66</sup>. Luigi Ferrajoli, quien es el precursor de esta postura, recurriendo a la exposición de M.<sup>á</sup> C. Redondo, indica que la soberanía no sujeta a límites – presente en el Estado legislativo de Derecho- debe ser sometida por la constitución al Derecho y se le debe fijar una esfera de lo indecible: los derechos fundamentales, con la finalidad de estipularse de esta manera el carácter limitado de cualquier poder o fuente normativa<sup>67</sup>.

Lo que tienen en común ambas posturas (la garantista y la absolutista) es que de forma distinta cada una separa al Derecho de la soberanía. Una (la absolutista) considera que el soberano al ostentar las potestades de determinar qué es Derecho y tener la posibilidad de liberarse de su sujeción, desvanece la fuerza misma del Derecho y con ello del principio de legalidad. De este modo, se constituye el Estado como una apología a un régimen (si se quiere de terror) cuya única finalidad es mantener la seguridad y alcanzar la paz mediante un poder soberano absoluto e ilimitado. La otra postura (la garantista) pretende solucionar ese problema de la autoridad ilimitada sujetando sus actos a un Derecho con características constitucionales y no solamente legalistas. No obstante, ambas posiciones desligan a la soberanía del Derecho, en la medida que una entiende las facultades ilimitadas

---

<sup>66</sup> A continuación, se amplía el argumento de Ferrajoli, quien, citando a C. Redondo, expone el problema de los poderes soberanos en el Estado legal de Derecho: “Hay una tercera diferencia entre la ley y todos los demás actos formales, relativa a las *normas que regulan a la ley*, es decir, a las normas constitucionales sobre la producción legislativa dotadas de un grado más o menos elevado de rigidez. Quien ha expresado de la manera más lúcida esta diferencia y el consiguiente cambio de paradigma que ha generado ha sido M.<sup>á</sup> C. Redondo. En el Estado legislativo de Derecho, ha observado Redondo, existía una autoridad ilimitada: la autoridad de la ley en cuya producción, no sujeta a límites y a vínculos, se manifestaba el último residuo del gobierno de las personas. La constitución ha sometido también al Derecho a esta última autoridad ilimitada, estipulando lo que he denominado la «esfera de lo indecible» y, por ello, suprimiendo la soberanía como *potestas legibus soluta*. Por tanto, la diferencia del viejo modelo paleo-iuspositivista no está ligada solamente a la específica ubicación jerárquica de la constitución. No consiste solamente en un ulterior peldaño o en un eslabón más en la cadena de los desniveles normativos (Re., 247). Ella consiste, más bien, escribe claramente Redondo, en la estipulación del carácter limitado de cualquier poder o fuente normativa (Re., 250-252)” Luigi FERRAJOLI, “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011), pp. 320-321.

<sup>67</sup> Cfr. Luigi FERRAJOLI, “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, cit., pp. 320-321.

del soberano en términos de una característica propia de un modelo de Estado y no como la forma del Derecho y la otra quiere desligar al soberano de esas facultades ilimitadas (que son Derecho) sujetándolo a la Constitución.

En contraposición a estas posturas, que concibe las facultades soberanas bien sea como la anulación de la seguridad jurídica del Derecho o bien como aquellas que deben limitarse mediante el Derecho, desde la paradoja hobbesiana se va a entender que existe una relación indisoluble entre la soberanía y el Derecho, en razón a que el Derecho necesariamente se debe fundar en una instancia capaz de darle el carácter de “Derecho” siendo el soberano, por medio del Estado civil, que dota al conjunto de reglas que componen a los ordenamientos jurídicos de las condiciones que posibilitan su existencia. Precisamente ser el poder fundante en donde se localiza el Derecho y también la voluntad no atada a más límites que los que ella dispone, es hallarse en el lugar donde la indistinción entre estar conforme a Derecho y no estar sujeto al Derecho tiene lugar. En otros términos, podría decirse que el derecho soberano reside en un espacio jurídicamente vacío. Pues, como se ha señalado, el derecho soberano es el origen del Derecho, pero que no se sujeta o requiere ser conforme al Derecho, dado que nada puede sujetarse a sí mismo: “es un derecho que no necesita tener derecho”<sup>68</sup>.

El soberano, conforme a la paradoja hobbesiana, siempre se va a ubicar en la indistinción entre estar y no estar sujeto al Derecho; o en palabras de Agamben. G., estar “al mismo tiempo, fuera y dentro del ordenamiento jurídico”<sup>69</sup>. De ahí que, lo que se denomina conforme a Derecho es lo que la autoridad dice que es Derecho. Pero, al mismo tiempo, ser el poder fundante del Derecho existente, que garantiza el anclaje del ordenamiento jurídico, lo excluye de estar sujeto al conjunto de normas previsto en el ordenamiento. Puesto que ser la causa y origen de la regla aplicable, lo sustrae de sujetarse a la regla, pues nada puede atarse así mismo. Estar atado exige la existencia de un poder mayor limitador, si no hay poder limitador es porque se ha constituido como poder soberano – esa fuerza con derecho a todo-.

A partir de lo expuesto, el principio de legalidad al que apela el constitucionalismo garantista, entendido como la sujeción al Derecho, solo puede estar presente donde

---

<sup>68</sup> Giorgio AGAMBEN, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, op. cit., p. 28.

<sup>69</sup> *Ibíd.*, p. 27.

existe un poder soberano o una autoridad capaz de fundar el Derecho<sup>70</sup>. Sin embargo – y es lo que se va a entrar a discutir en las siguientes páginas- no es el principio de legalidad el criterio esencial que le da existencia al Derecho, sino el principio de soberanía y/o autoridad. Y aunque Ferrajoli deduce varias consecuencias de la máxima hobbesiana: *Auctoritas non veritas facit legem*, pues la considera fundamento de varias de las tesis del positivismo jurídico, dichas consecuencias no son congruentes o coherentes con los postulados del pensador inglés. En la medida que sitúa a los poderes soberanos como un resultado del Derecho y no como el poder fundante del Derecho, por lo que su propuesta parece basarse en una fórmula, que es de hecho opuesta a la sentencia de Hobbes: *Lex facit auctoritatem*.

---

<sup>70</sup> La literatura contemporánea, entre las que se destaca la de Raz, J., ha precisado que en el concepto de autoridad se debe distinguir entre autoridad *de facto* y autoridad *legítima*. De acuerdo con Raz la mera autoridad *de facto* es “aquella que ejercita poder sobre sus súbditos pero que carece del derecho para hacerlo” Joseph RAZ, “El problema de la autoridad: de nuevo sobre la concepción de la autoridad”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), p. 143. De este modo, la autoridad *de facto* pretende legitimidad al gobernar a aquellos que somete a su poder. Por otro lado, la autoridad legítima parte de la existencia de una justificación moral o de un derecho a gobernar, por lo que las directivas u órdenes “emitidas por la autoridad aspiran a constituir razones para sus súbditos y son vinculantes para ellos porque fueron pensadas para que lo sean. Si reconocemos un deber de obedecerlas reconocemos que tienen un derecho a darnos órdenes, no sólo a afectar las circunstancias que conforman nuestras oportunidades y obstáculos en nuestro camino” *Ibíd.*, p.149. En últimas, una autoridad es legítima cuando hay razones suficientes para que los súbditos estén sometidos a su voluntad. A partir de la distinción entre la autoridad que ejercita sencillamente poder para ser obedecida y la autoridad que da razones para obtener la obediencia de los súbditos, se ha afirmado que la teoría de Thomas Hobbes encaja en la autoridad *de facto*, pues se reduce a la disposición de garantizar el orden público y la obediencia de la mayoría de las personas emitiendo órdenes respaldadas por sanciones Tom CHRISTIANO, “Authority”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward ZALTA (ed.), Spring 2013, en <https://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/authority/>. Ahora bien, de acuerdo con lo desarrollado en este trabajo, sí existe una justificación racional para obedecer a la autoridad, lo que coincide con la tesis contemporánea de la “autoridad legítima”: aquella que da órdenes basándose en razones aceptadas por los súbditos. Esta justificación racional se resume en el imperativo de salir del estado de naturaleza mediante el pacto y, por consiguiente, el sometimiento la voluntad de todos a la voluntad de la autoridad, es decir, de la fuerza más fuerte, la cual garantiza (debido a su propia naturaleza) que todos los hombres cumplan el pacto. Sin embargo, esta justificación racional es indisoluble del ejercicio mismo del poder soberano, pues la razón para que los hombres constituyan el Estado está condicionada a la necesidad de que exista un solo poder al que todos deban someterse para garantizar la seguridad. Que sea esta la única justificación racional (por más mínima) y que no haya razones más “valiosas” o “sofisticadas”, no quiere decir que no haya autoridad legítima. Pero al mismo tiempo, que sea la finalidad de la autoridad legítima garantizar el orden, es decir, garantizar su propia existencia como autoridad – por cuanto ella es el orden- implica que los atributos de la autoridad *de facto* coinciden con los atributos de la autoridad legítima en Hobbes. Este problema que he tratado de esbozar acá debe leerse a la luz de la paradoja hobbesiana del Derecho.

## 2. La paradoja del Derecho en el constitucionalismo garantista

El constitucionalismo garantista, cuyo precursor es Luigi Ferrajoli, es una tendencia que ha surgido en respuesta al constitucionalismo principialista y como alternativa al modelo “paleopositivista”; este último identificado con el paradigma hobbesiano del Derecho<sup>71</sup>. Esta postura del constitucionalismo asume que hay una concepción distinta del Estado y del Derecho antes y después de la Segunda Guerra Mundial, la cual parte de distinguir entre el Estado de Derecho en sentido formal, enlazado al surgimiento del Estado moderno, y el Estado de Derecho en sentido sustancial, producto de la previsión de mecanismos de reforma constitucional y la creación del control de constitucionalidad de las normas ordinarias, dotándose con estos instrumentos de rigidez a las constituciones de la posguerra<sup>72</sup>.

El constitucionalismo garantista, propio del Estado de Derecho en sentido sustancial o del Estado constitucional de Derecho<sup>73</sup>, va a asumir que su diferencia estructural frente al Estado de Derecho en sentido formal (también denominado Estado

---

<sup>71</sup> Cfr. Luigi FERRAJOLI, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, 17 (2001), p. 32 y Luigi FERRAJOLI, “Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1, 15 (2006), doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2006.15.5772>, p. 118

<sup>72</sup> Cfr. Luigi FERRAJOLI, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, cit., p. 31; Luigi FERRAJOLI, “Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales”, cit., p114; y Luigi FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011), p. 18.

<sup>73</sup> Aunque existe una diferencia conceptual entre Estado de Derecho y Estado constitucional de Derecho (o Estado constitucional), Ferrajoli le agrega al concepto de Estado de Derecho la palabra “sustancial” y asume que es sinónimo del concepto Estado constitucional de Derecho. Para el autor se debe distinguir el Estado de derecho en un sentido lato, débil o formal y en un sentido fuerte o sustancia. Estos dos significados corresponden a dos modelos normativos diferentes. El Estado de derecho en sentido formal corresponde al modelo del Estado legislativo de derecho. Mientras el Estado de derecho en sentido sustancia corresponde al modelo del Estado constitucional de derecho Cfr. Luigi FERRAJOLI, “Pasado y futuro”, cit., p. 31. Ahora bien, aunque Ferrajoli en la definición de Estado legislativo de derecho y el Estado constitucional de derecho no se aparta a lo que comúnmente se sostiene en literatura académica, es importante tener en cuenta que técnicamente hay una diferencia entre los conceptos de Estado de Derecho y Estado constitucional de Derecho. Waldron, J. señala que si bien el concepto de Estado de Derecho (Rule of Law) es un ideal multifacético, la concepción mayoritaria considera que este exige como requisito esencial que la autoridad ejerza su poder conforme al marco previsto en el ordenamiento jurídico y no sobre la base de sus preferencias o ideología. Por tanto, el Estado de Derecho es violado cuando la autoridad se aparta arbitrariamente de las normas Cfr. Jeremy WALDRON, “The Concept and the Rule of Law”, en *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, 08-50 (2008), en [http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=lectures\\_pre\\_arch\\_lectures\\_sibley](http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=lectures_pre_arch_lectures_sibley), pp. 5-6. Por su parte, Zagrebelsky, G., va a indicar que el Estado constitucional de Derecho supone una relación de adecuación y de subordinación del ordenamiento jurídico y los actos de la autoridad a lo establecido en una norma superior denominada constitución Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 34.

legislativo de Derecho) es el modelo o noción del principio de legalidad. De acuerdo con la tesis garantista, el positivismo jurídico que se va a instituir con el surgimiento del Estado moderno gira en torno a la famosísima sentencia formulada por Hobbes: *Auctoritas non veritas facit legem*, la cual refunda las nociones de existencia y validez de las normas jurídicas que se tenían en el Derecho premoderno o iusnaturalista<sup>74</sup>.

El Estado legislativo de Derecho, tal y como lo señala Ferrajoli, va a instituir una garantía que libera al Derecho de la arbitrariedad y dota de certeza a los derechos ciudadanos, denominada: *principio de legalidad*. Este principio va a ser el criterio esencial para el reconocimiento del Derecho válido y existente, en contraposición a aquellas doctrinas que aludían a una “intrínseca racionalidad” para valorar las normas a partir de lo que es bueno y justo. Dicha alteración que se da con el surgimiento del Estado moderno precisa que la validez de una norma ahora corresponde exclusivamente al ámbito de las competencias de la autoridad que la dicta y al cumplimiento de las formas previstas para su expedición; y, por consiguiente, ya no se identifica (esa validez) con la valoración de lo debido, lo bueno o lo justo que se le pueda hacer a la norma. De esta tesis sobre la validez de la norma, que parte de un *quién* dotado de autoridad y de un *cómo*, con respecto a las formas previstas para la producción jurídica, se da paso a las teorías formales de la validez de la producción jurídica.

Asumir el principio de legalidad como criterio de identificación del Derecho válido y existente implica que ya no son las elaboraciones doctrinales de los doctores o la producción jurisprudencial la fuente normativa del Derecho, como sucedía en el Derecho premoderno. Ahora la fuente normativa recae en una autoridad dotada de competencias para producir normas y la implementación de un sistema de codificación que contiene todas las normas y reglas jurídicas válidas a las que deben sujetarse todas las autoridades. Según Ferrajoli, este cambio de paradigma en la ciencia jurídica y en la jurisdicción tiene su cimiento en la fórmula hobessiana de la autoridad, la cual inaugura el principio convencional del positivismo jurídico que cambia el título de legitimación: “ya no es la autoridad de los doctores, sino la

---

<sup>74</sup> Cfr. Luigi FERRAJOLI, “Pasado y futuro”, cit., p. 32 y Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 869.

autoridad de la fuente de producción; no la verdad, sino la legalidad; no la sustancia, es decir, la intrínseca justicia, sino la forma de los actos normativos”<sup>75</sup>.

La comprensión del principio de legalidad en torno al *quién* y el *cómo* de la producción jurídica, es para el constitucionalismo garantista una típica concepción de aquél primer constitucionalismo positivista, que explica la validez del Derecho acorde a parámetros predominantemente formales. En efecto, el Derecho válido es el que ha sido producido conforme a las formas de producción legislativa y por quien está habilitado, independientemente de su contenido<sup>76</sup>. Por consiguiente, a diferencia de las posiciones iusnaturalistas, que derivan el Derecho de valores morales o leyes naturales, para el positivismo el Derecho es una construcción totalmente artificial: “‘puesto’ o ‘producido’ por los hombres, que, por lo mismo, conllevan toda la responsabilidad, ya que el Derecho es, por completo, como los hombres lo piensan, lo proyectan, lo producen, lo interpretan y lo aplican”<sup>77</sup>.

Ahora bien, el constitucionalismo garantista no pretende presentarse como una postura completamente contraria al positivismo jurídico, tal y como lo han hecho el constitucionalismo no-positivista o principialista, sino que busca darle un significado más amplio frente a las condiciones de existencia y validez de las normas<sup>78</sup>. En este sentido, el constitucionalismo garantista se constituye como un iuspositivismo reforzado que transforma y perfecciona (no abandona) la legalidad positiva, a partir de la existencia de normas constitucionales rígidas que delimitan a los poderes soberanos. De este modo, en el Estado constitucional de Derecho el principio de legalidad no se entiende únicamente como el cumplimiento de las formas de producción normativa, pues adicionalmente está subordinado al contenido previsto en los derechos fundamentales, estipulados por las constituciones rígidas<sup>79</sup>.

El Estado Constitucional gravita en torno a la idea de que la producción normativa está sujeta a una norma que tiene un sistema de *meta-reglas*, es decir, de reglas que

---

<sup>75</sup> Luigi FERRAJOLI, “Pasado y futuro”, cit., p. 33.

<sup>76</sup> Cfr. Luigi FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista”, cit., p. 16.

<sup>77</sup> Luigi FERRAJOLI, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Distribuciones Fontarmara, S. A., 2004, p. 268.

<sup>78</sup> Cfr. *Ibíd.*, pp. 265-266.

<sup>79</sup> Cfr. Luigi FERRAJOLI, “Pasado y futuro”, cit., p. 34 y Luigi FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista”, cit., pp. 23-24-



permiten juzgar el contenido sustancial de otras reglas: la Constitución, destinada a los poderes públicos para garantizar los derechos<sup>80</sup>. Pero este sistema de reglas supraordenadas, no sólo tiene una noción estructural, es decir, la apelación al carácter superior de la norma, sino también una noción sustancial, referida a los contenidos normativos de la norma<sup>81</sup>. Desde este último aspecto, las constituciones son definibles como “un conjunto de derechos fundamentales de las personas (es decir, de principios) ... [y] un sistema de límites y de vínculos (es decir, de reglas) impuestos a los titulares de los poderes”<sup>82</sup>. En suma, de aquel iuspositivismo en el que el *cómo* y el *quién* eran los elementos relevantes de la producción jurídica – a lo que Ferrajoli denominará el *ser* legal del Derecho-, se llega al *qué* de las normas producidas como condición de validez – al *deber ser* constitucional del Derecho-, que exige que la producción y decisiones normativas a cargo de los titulares de los poderes públicos guarden coherencia con los derechos fundamentales<sup>83</sup>. Una de las consecuencias jurídicas de este cambio es, por ejemplo, que es “perfectamente posible que una norma formalmente válida y, por ello, vigente sea sustancialmente inválida por estar en contradicción con normas constitucionales como, por ejemplo, el principio de igualdad o los derechos fundamentales”<sup>84</sup>.

La positivización del *deber ser* constitucional del Derecho (los principios y los derechos fundamentales) implica la conversión de principios ético-políticos a principios jurídicos. Sin embargo, ello no diluye la separación entre Derecho y moral que se predica en las teorías positivistas. A diferencia de las teorías principialistas, para el constitucionalismo garantista la separación entre Derecho y moral es una exigencia del principio de legalidad y, por tanto, de la máxima *auctoritas (non veritas) facit legem*, que predica una sujeción de las autoridades a las leyes y no a su arbitrio moral<sup>85</sup>. Ahora bien, esta separación no descarta o niega que las normas o las decisiones adoptadas por las autoridades no tengan contenidos morales, sino que se apela a que los valores sean formulados necesariamente en normas o reglas

---

<sup>80</sup> Cfr. Luigi FERRAJOLI, *Epistemología jurídica y garantismo*, op. cit., p. 208 y Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 864.

<sup>81</sup> Cfr. Luigi FERRAJOLI, “El constitucionalismo garantista”, cit., p. 332.

<sup>82</sup> Luigi FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista”, cit., p. 40.

<sup>83</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 25.

<sup>84</sup> Luigi FERRAJOLI, *Epistemología jurídica*, op. cit., p. 118.

<sup>85</sup> Cfr. Luigi FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista”, cit., p. 27; Luigi FERRAJOLI, “El constitucionalismo garantista”, cit., p. 354; y Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*, op. cit., p. 870.

positivas y que no se incorpore al Derecho una concepción objetivista y cognoscitiva de la moral<sup>86</sup>. En este último punto, Ferrajoli riñe con aquella tesis que considera que la “injusticia extrema no es derecho”, de modo que una norma que sea extremadamente injusta no es válida, por cuanto presuponen la “existencia empírica de un mundo de valores morales objetivamente o naturalmente vinculante”<sup>87</sup> y, en consecuencia, “el criterio de reconocimiento de las normas válidas vuelve a ser, al menos en parte, el expresado por la vieja máxima del Common Law inglés: *veritas, non auctoritas facit legem*, en oposición a la máxima hobbesiana *autorictas non veritas facit legem*”<sup>88</sup>.

Según Ferrajoli, cuando se cree que existe una “verdadera moral” también implica que existe una “moral falsa”. Es el caso del aborto. No se puede tener por verdadera la tesis moral de los cristianos y católicos sobre la prohibición del aborto y por falsa o no tolerable la tesis laica sobre el derecho a la autodeterminación de la mujer. Tanto una tesis como la otra tienen argumentos racionales para su aceptabilidad, pero no por ello una es más verdadera que la otra<sup>89</sup>. Caer en la idea de que se puede identificar una tesis moral verdadera, conlleva a que todos la deban asumir como tal y que no haya nadie que se pueda oponer. “De ahí se sigue que ninguno de nosotros puede calificar las propias tesis como verdaderas y las tesis opuestas como falsas, sino afirmar – asumiendo la carga de la prueba- que estas últimas no son argumentables racionalmente”<sup>90</sup>.

En lo referente a la positivización de los principios y los derechos fundamentales, como forma de fortalecer su carácter normativo, se debe señalar que para Ferrajoli las características que se le atribuyen a los principios – incluyendo los derechos fundamentales-: generalidad, ponderación, indeterminación, también se pueden identificar en las reglas<sup>91</sup>; pero acepta que “existen principios que enuncian valores y directivas de carácter político, cuya observancia o inobservancia no es fácil identificar”<sup>92</sup>. En el Derecho, los principios solo pueden seguirse y garantizarse

---

<sup>86</sup> Cfr. Luigi FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista”, cit., p. 28.

<sup>87</sup> Luigi FERRAJOLI, “El constitucionalismo garantista”, cit., p.338.

<sup>88</sup> Luigi FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista”, cit., p. 30.

<sup>89</sup> Cfr. Luigi FERRAJOLI, “El constitucionalismo garantista”, cit., p. 339.

<sup>90</sup> *Ibíd.*, p. 343.

<sup>91</sup> Cfr. Luigi FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista”, cit., p.36.

<sup>92</sup> *Ibíd.*, p. 37. Es por esta razón que Ferrajoli hace una distinción entre *principios directivos* y los *principios regulativos*: “Cabe caracterizar a los primeros como expectativas genéricas e

mediante el cumplimiento de las reglas. Así pues, la inobservancia de un principio implica el incumplimiento de una regla y, viceversa, la observancia de una regla puede equivaler a la materialización jurídica de un principio: “detrás de toda regla hay un principio”<sup>93</sup>. Este es el caso del principio/derecho del respeto por la vida, el cual tiene una realidad jurídica específica en la regla del código penal que prohíbe el homicidio. En consecuencia, para Ferrajoli la relación entre principios y reglas sería como la que tiene lugar entre los materiales de una pintura y el cuadro como obra. Los materiales son el médium en el que la obra de arte – su intención y su significado- se muestran y pueden tener existencia específica como obra. Del mismo modo, las reglas son el médium en el que los principios cobran existencia dentro del Derecho u orden jurídico. Sin materiales no hay pintura, sin reglas no hay principios, aunque eso no quiere decir que sean lo mismo. Lo único que quiere decir es que uno necesita del otro para expresarse efectivamente. Por esta razón, los principios deben convertirse necesariamente en reglas para que su garantía sea efectiva dentro del Derecho.

Ferrajoli presenta su teoría como un modo de perfeccionar la sentencia hobbesiana: *Auctoritas non veritas facit legem*, a partir de la sujeción de las autoridades al contenido previsto en los principios y derechos fundamentales. Para el autor italiano la máxima hobbesiana refunda el Derecho a partir del principio de legalidad – que da paso al positivismo jurídico-, y desde el cual, a la vez, se exige la separación entre el Derecho y la moral. Acá hay dos puntos fundamentales que se desarrollarán a continuación a partir de los postulados hobbesianos. El primer punto hace alusión a las consecuencias que desprende el constitucionalismo garantista de la sentencia hobbesiana en torno a la separación entre Derecho y moral. El segundo punto se refiere a la intención del constitucionalismo garantista de perfeccionar o completar el principio de legalidad mediante la sujeción de las autoridades a los principios y derechos constitucionales, como modo de zanjar el problema de los poderes públicos ilimitados presentes en el Estado legal de Derecho.

---

indeterminadas, no de hechos sino de resultados, a diferencia de los principios regulativos, que expresan, en cambio, expectativas específicas y determinadas, a los que corresponden límites o vínculos, es decir garantías, consistentes en las correspondientes prohibiciones de lesión y obligaciones de prestación” *Ibíd.*, pp. 37-38.

<sup>93</sup> *Ibíd.*, p. 38.

### 3. La separación entre Derecho y moral

Ferrajoli, como se dijo, ha acudido a la máxima hobbesiana: *Auctoritas non veritas facit legem*, para justificar la separación entre Derecho y moral. Al respecto ha señalado que las posturas principialistas han invertido la sentencia de Hobbes al importar una concepción objetivista de la moral propia del iusnaturalismo<sup>94</sup>, según la cual los ordenamientos jurídicos satisfacen objetivamente mínimos éticos mediante los principios constitucionales que condicionan la validez de las normas. Presentar los principios como objetivamente justos es una tesis opuesta al principio de legalidad iuspositivista que condiciona la validez y la existencia no necesariamente aludiendo a criterios morales o de justicia. Por tanto, el constitucionalismo garantista rechaza aquel constitucionalismo que alude a tesis ético-cognoscitivistas y que pretende imponer una conexión necesaria entre Derecho y moral por chocar con los principios liberales que deben reconocerse en cualquier democracia: la pluralidad moral, ideológica y cultural<sup>95</sup>. De acuerdo con Ferrajoli, el “boom” del cognoscitivismo ético que se ha ido extendiendo en el constitucionalismo se deben a aquellas ideas que reconocen que se puede hallar una solución justa o correcta en los casos.

Las críticas a Ferrajoli por parte de varios constitucionalistas, tanto los que defienden la conexión entre Derecho y moral como los que atacan dicha conexión, no han sido pocas. Atienza, por ejemplo, señala que el Derecho y los derechos fundamentales “no pueden comprenderse, como supone Ferrajoli, en términos puramente formales, sino que poseen [...] una intrínseca connotación axiológica”<sup>96</sup>. En ese sentido, en un Estado constitucional el Derecho es “aproximadamente justo” porque en los casos que debe decidir alguna autoridad, como un juez, puede encontrar generalmente una respuesta justa, es decir, conforme a Derecho. Adicionalmente existen razones de peso que le dan sentido a la afirmación que hay

---

<sup>94</sup> Al respecto Ferrajoli ha elaborado una crítica a las posiciones principialistas que aluden a la tesis de conexión entre el derecho y la moral: “Pero, a su vez, una concepción objetivista de la moral remite a una concepción cognoscitivista de la misma. En pocas palabras, supone el cognoscitivismo ético. «Cuanto más extrema sea la injusticia», escribe Alexy, «tanto más seguro es su conocimiento». De este modo, el criterio de reconocimiento de las normas válidas vuelve a ser, al menos en parte, el expresado por la vieja máxima del *Common Law* inglés: *veritas, non auctoritas facit legem*, en oposición a la máxima hobbesiana *auctoritas non veritas facit legem*” *Ibíd.*, p. 30.

<sup>95</sup> *Ibíd.*, p. 32.

<sup>96</sup> Manuel ATIENZA, “Dos versiones del constitucionalismo”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011), p. 81.

una conexión entre Derecho y moral. Por una parte, el esquema de justificación inserto en toda decisión está mediado por razones morales que tienen las autoridades para obedecer el Derecho y, por otra parte, las autoridades en el proceso de interpretación de las normas constitucionales en los casos difíciles recurren necesariamente a una teoría moral para dotarlas de significado o sentido a los principios o derechos fundamentales<sup>97</sup>. Atienza termina precisando que, desde su comprensión, para Ferrajoli las autoridades no requieren recurrir a la moral a la hora de argumentar y que, por el contrario, él (Atienza) defiende un Derecho con una dimensión autoritativa y una dimensión axiológica<sup>98</sup>. Por otro lado, Ruiz Miguel, que ha hecho una lectura más aguda sobre el constitucionalismo garantista, señala que Ferrajoli defiende una metaética no cognoscitivista y antiobjetivista, en contraposición con la tesis principialistas que tienen una concepción cognoscitiva de los enunciados morales<sup>99</sup>. Para Ruiz, no obstante, Ferrajoli también tiene una pretensión de objetividad en su posición metaética a partir de su propuesta liberal sobre la separación entre Derecho y moral, la cual se desmorona “por carecer de referencias empíricas”<sup>100</sup>.

La forma en que se ha defendido Ferrajoli ante estas críticas es señalando que existe una confusión entre el objetivismo moral y el cognoscitivism ético frente a la fundamentación racional o la argumentación de las tesis morales<sup>101</sup>. Para el autor italiano, como ya se dijo, todos estamos en la capacidad de sostener tesis racionales, pero no por ello estas pueden ser calificadas como “verdaderas”, porque implicaría que los demás también deberían asumirlas como objetivamente verdaderas y, en consecuencia, tener las tesis opuestas como falsas. No obstante, la separación entre Derecho y moral que sostiene el constitucionalismo garantista no desconoce que el punto de vista moral o externo en el Derecho haga un aporte crítico, que llegue en algunos casos extremos a justificar la desobediencia civil como forma de resistir al derecho injusto<sup>102</sup>, ni tampoco la existencia de espacios de discrecionalidad

---

<sup>97</sup> Cfr. Manuel ATIENZA, “Dos versiones del constitucionalismo”, cit., p. 81.

<sup>98</sup> *Ibíd.*, p. 82.

<sup>99</sup> Cfr. Alfonso Miguel RUIZ, “Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011), p. 278.

<sup>100</sup> *Ibíd.*, p. 289.

<sup>101</sup> Cfr. Luigi FERRAJOLI, “El constitucionalismo garantista”, cit., p. 343.

<sup>102</sup> Cfr. Luigi FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista”, cit., p. 33.

interpretativa<sup>103</sup>. Pero mantener dicha separación (entre Derecho y moral) evita caer en la confusión de asociar la validez con la justicia y con ello en “la falacia iusnaturalista, que consiste en la identificación (y en la confusión) de la validez con la justicia, en algún sentido objetivo de este segundo vocablo, y la falacia ético-legalista, que consiste, también en la variante del constitucionalismo ético, en la opuesta identificación (y confusión) de la justicia con la validez”<sup>104</sup>.

La crítica del constitucionalismo garantista a las posiciones que defienden la conexión entre moral y Derecho se centra en señalar que hay una manifiesta oposición al principio de legalidad y una defensa al objetivismo moral que no tiene cimiento en los Estados democráticos. A partir de esto se hace una distinción entre fundamentación racional y objetivismo moral, aceptando que se puede argumentar racionalmente, pero sin que ello conduzca a aceptar que se pueden conocer las verdades morales. Ahora bien, mi reparo al constitucionalismo garantista frente a la separación de Derecho y moral, la cual defiende a partir del argumento de que no hay verdades morales, no se desprende de la teoría hobbesiana. Tanto la tesis que se amparan en el cognoscitivism moral como los que tienen posturas no cognoscitivas de la moral, dependen de la demostración empírica de que las verdades morales existen o no existen. Si no se demuestra sus argumentos pierde fuerza. A Hobbes le es indiferente la discusión si existen o no las verdades morales y si es posible o no conocerlas. El autor inglés está ubicado en el escenario de las condiciones provistas a la ley natural por medio de la espada o la fuerza de la autoridad en el Estado civil y no en el ejercicio de hallar un esquema de razonamiento moral.

La ley natural, la cual no hay que confundir con el derecho natural, es la fuente de la *justicia* porque, como se dijo en el aparte de la irrevocabilidad del pacto, es la que inclina al cumplimiento del pacto<sup>105</sup>. Por ende, “la justicia, la observancia del pacto, es una regla de la razón en virtud de la cual se nos prohíbe hacer cualquier cosa susceptible de destruir nuestra vida: es, por lo tanto, una ley de naturaleza”<sup>106</sup>. Sin embargo, por estas palabras no hay que creer que Hobbes es el bastión del

---

<sup>103</sup> Cfr. Luigi FERRAJOLI, “El constitucionalismo garantista”, cit., p. 344.

<sup>104</sup> Luigi FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista”, cit., p.33.

<sup>105</sup> Cfr. Thomas HOBBS, *Leviatán*, ob. cit., p. 118

<sup>106</sup> *Ibíd.*, p. 121.

*iusnaturalismo*, que reconoce la vida o la existencia de bienes básicos en términos inalienables, como límites a la autoridad y con carácter innegociable e inalterable. Todo lo contrario. Las leyes de la naturaleza (la justicia, la gratitud, la modestia, la equidad, la misericordia, etc.) y las demás virtudes morales son denominadas como *leyes de la naturaleza* por la Filosofía moral (hecha por hombres), la cual se ocupa de hallar las verdades morales que están de acuerdo o en desacuerdo con la razón<sup>107</sup>. Pero las que se puede denominar propiamente leyes son las “palabra[s] de quien por derecho tiene mando sobre los demás”<sup>108</sup>.

En el capítulo XXVI del Leviatán, dedicado a las leyes civiles, Hobbes va a señalar que la interpretación de las leyes de naturaleza no depende de lo que han dicho los libros de la filosofía moral sobre las verdades morales. Estas teorías sobre la moral no hacen parte del Derecho ni son derecho por la veracidad de los argumentos expuestos por los filósofos morales, sino por la autoridad del Estado<sup>109</sup>. Es por esto que, desde la teoría de la autoridad hobbesiana, es irrelevante la discusión sobre el conocimiento de las verdades morales y el grado de objetividad de las leyes naturales, pues estas no son más que “cualidades que disponen los hombres a la paz y la obediencia”<sup>110</sup>, es decir, atributos de la personalidad de los hombres y no leyes. Las discusiones particulares o de los filósofos morales sobre lo qué son las leyes naturales (la equidad, la justicia y las virtudes morales) solo pueden tener cabida en el Derecho mediante la autoridad, la cual es la única que les puede i) atribuir las condiciones para que sean obligatorias, ii) definir el contenido bien jurídico que las leyes naturales quieren proteger, pero que no pueden precisar por carecer de fuerza, y iii) determinar el castigo en caso de inobservancia. Pero esta obligatoriedad está dada exclusivamente en la autoridad y no en la verdad de sus predicados. En estos términos Hobbes va a indicar en torno al contenido de los actos que prohíbe la ley natural lo siguiente:

“El *hurto*, el *homicidio*, el *adulterio* y cualquier *injuria* están prohibidos por la ley natural, pero es la *ley civil*, no la *natural* la que debe determinar a qué se deba llamar *hurto*, a qué *homicidio*, a qué *adulterio*, a qué finalmente *injuria* en

---

<sup>107</sup> Cfr. *Ibíd.*, pp. 131-132.

<sup>108</sup> *Ibíd.*, p. 131.

<sup>109</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 227.

<sup>110</sup> *Ibíd.*, p. 219.

cada caso. Porque no siempre es *hurto* quitarle a otro lo que posee sino únicamente lo que es *suyo*, pero determinar qué es lo *nuestro* y qué lo *ajeno*, es un asunto de la ley *civil*. De igual forma, no siempre es homicidio matar a un hombre sino únicamente al que *la ley civil* prohíbe matar; ni todo acto sexual es *adulterio* sino sólo el que prohíbe las *leyes civiles*. Por último, la violación de una promesa es *injuria* si la promesa misma es lícita, pero si no existe el *derecho* a pactar no se transfiere *derecho alguno*<sup>111</sup>.

De aquí que, si bien la ley natural puede involucrar un mandato moral, es la ley civil la que especifica el contenido y significado de dicho mandato. Ello implica que las leyes de naturales son significantes que deben ser llenados de contenido por medio de la autoridad y el Derecho, pues sus criterios de reconocimiento no se identifican en la ley natural. Así, por ejemplo, la prohibición moral de robar o de matar presuponen una definición de la propiedad, qué es lo *suyo* y qué es lo *mío*, en el caso del hurto o una definición de las situaciones en las que se configura un homicidio, pues la pena de muerte es un castigo impuesto por la autoridad y no un homicidio que le acarree responsabilidad. Entonces la definición de propiedad no puede ser determinada por la prohibición moral de robar, sino que por el contrario esa prohibición moral presupone la definición legal de la propiedad, pues robar significa apropiarse de lo ajeno, pero la frontera entre lo propio y lo ajeno solo puede definirse a través de un mandato positivizado. Igualmente, la prohibición moral de matar necesita una definición legal, dado que no es lo mismo matar con justicia o autorización que matar injustamente, es decir, cometiendo un homicidio.

En otros términos, las normas no son más legítimas o menos ilegítimas por estar en consonancia con la ley natural o a algo verdadero. El Derecho no tiene conexión con las verdades morales, en el sentido de que estas sean una directriz que obliga a actuar, dado que son de las normas y de la autoridad que se deriva el contenido y estructura del ámbito moral de las leyes naturales y no al contrario. Por ende, en Hobbes no hay verdades morales que obliguen a la autoridad y por las cuales se le pueda enjuiciar, al ser ella la generadora del contenido y significado de esas leyes naturales.

---

<sup>111</sup> Thomas HOBBS, *Tratado*, ob. cit., p. 63.



Es claro que la ley natural no deriva obligación alguna para la autoridad o el soberano de acuerdo con lo señalado. Pero hay un solo deber moral o una verdad moral que sí se puede identificar en Hobbes y es la obediencia del pacto. Eso es lo justo. No obstante, ese deber moral no obliga al soberano sino a los súbditos; porque, como ya se indicó, el soberano no es parte en el pacto. Dicha verdad moral: el cumplimiento del pacto<sup>112</sup>, es la que le da origen al Estado civil y al Derecho, y es por esa razón que se constituye como el mandato o precepto de la razón que conducen a la paz y la convivencia

#### **4. Principio de legalidad vs. Principio de autoridad**

Las condiciones de validez del Derecho en el Estado Legislativo de Derecho, de acuerdo con la descripción dada por el positivismo garantista, parten del principio de legalidad, el cual exige que toda norma sea “puesta” por la autoridad de acuerdo con las normas de competencia. Con ello el propio sentido de la validez está dado exclusivamente en la competencia de la autoridad y en lo previsto en la legislación. Ahora, con la consolidación de las constituciones de la posguerra se incorpora la sujeción de las autoridades a las normas y principios de carácter constitucional y el respeto a la división de poderes. Esto, en palabras de Ferrajoli, significa que en el “Estado constitucional de Derecho no existen poderes soberanos, ya que todos están sujetos a la ley ordinaria y/o constitucional”<sup>113</sup>. Siendo así, pareciera que la teoría de los límites externos a la autoridad zanjara el problema de la soberanía de Hobbes: si hay límites que debe respetar la autoridad, esta deja de ser absoluta y soberana.

La superación del concepto de soberanía en el Estado constitucional es una tesis que ha ido cogiendo mucha fuerza en las discusiones académicas<sup>114</sup>, las cuales asumen

---

<sup>112</sup> Cfr. Thomas HOBBS, *Leviatán*, ob. cit., p. 119

<sup>113</sup> Luigi FERRAJOLI, “Sobre los derechos fundamentales”, cit., p. 115.

<sup>114</sup> En este punto se puede citar varias lecturas a fines esta tesis. Cruz, P., indica que “el supuesto Poder Soberano del Estado Constitucional Moderno, se puede decir, se encuentra en adelantado proceso de deterioración. [...] Este proceso de extinción de la Soberanía está [...] vinculado con la extinción del propio Estado Constitucional Moderno. Tanto es así, que en el ámbito político ya existe una contradicción, o una brecha, entre la idea de Estado Constitucional Moderno Soberano, por un lado, y la realidad de un mundo multipolar por el otro, en el cual se produce una creciente transnacionalización de los procesos de decisión política. Todo esto afecta de forma importante el principio de la Soberanía estatal” Paulo MARCIO CRUZ, “Soberanía y transnacionalidad: Antagonismos y consecuencias”, en *Jurídicas*, 7 (2010), p.20. Valdes-Ugalde, J., señala lo siguiente: “¿hasta dónde es visible que la soberanía esté desapareciendo?, ¿en qué medida la ha restringido o transformado la globalización?, ¿se trata de un fenómeno fragmentado por la movilidad intrínseca a la que ha estado sujeto por los flujos crecientes y veloces que ha impuesto la globalización? Ciertamente ya no se

que la nueva concepción del Derecho conlleva un desplazamiento de la figura del soberano o la autoridad como fuente y origen ordenamiento jurídico, no sujeta a límites. Sin embargo, la teoría de la soberanía expuesta por Hobbes no se restringe a justificar la existencia de soberanos con potestades ilimitadas, típica de los regímenes absolutistas y al estilo del monarca francés Luis XIV: *el Estado soy yo*, sino que ilustra la lógica de funcionamiento del Derecho en general. Y esto se debe dejar claro, el concepto de soberanía acá debe identificarse con la naturaleza propia del Derecho y no exclusivamente con los regímenes absolutistas. Pues aún en aquellos Estados en los que existen límites claros a los actos de las autoridades y una sólida división de los poderes, sigue estando presente la paradoja del Derecho y la soberanía de Hobbes.

La transformación del principio de legalidad, siguiendo los postulados del constitucionalismo garantista, presupone la sujeción de la autoridad a normas que tienen carácter constitucional. Sin embargo, que algo o alguien esté sujeto a una norma implica que existe un tercero autorizado para verificar tal sujeción a partir de las reglas previstas en el ordenamiento jurídico. Tener límites significa, al mismo tiempo, que existe alguien capaz de ejercer control. La pregunta es, entonces, ¿cuál es el límite de aquel que ejerce el control? Porque si partimos que en un Estado constitucional todo y todos deben estar sujetos a límites, entonces, aquel encargado de verificar la sujeción también debe estar sometido a control. Esa lógica de funcionamiento del Derecho nos pone en un escenario de regresión al infinito: una autoridad que debe revisar la sujeción de los actos de otra autoridad al Derecho, la cual, para que no sea soberana, debe estar sujeta a límites previstos también en el Derecho y por ello sometida también al control de otra autoridad.

---

puede decir que la soberanía siga siendo la misma que Rousseau conceptualizó como el poder único, inalienable, absoluto, pleno y total del Estado, porque entonces ya no existiría Estado soberano alguno, debido a las relaciones de interdependencia de carácter transnacional que los han afectado y que dominan el orden internacional” José Luis VALDÉS UGALDE, “Globalización vs. soberanía: gobernanza, guerra o progreso y orden mundial”, en *Revista Académica del CISAN-UNAM*, 10 (2015), p. 12. Incluso Ferrajoli, L., hace referencia a la crisis actual del modelo de Estado: “Es una consecuencia del fin del estado nacional como monopolio exclusivo de la producción jurídica. Es emblemático al respecto el proceso de integración de Europa. Por un lado, tal proceso está deformando la estructura constitucional de las democracias nacionales, tanto en el aspecto de la representatividad política de los órganos comunitarios dotados de mayores poderes normativos, como en el de su rígida subordinación a límites y controles constitucionales claramente anclados en la tutela de los derechos fundamentales. Por otro lado, ha situado fuera de los límites de los estados nacionales gran parte de los centros de decisión y de las fuentes normativas, tradicionalmente reservados a su soberanía” Luigi FERRAJOLI, “Pasado y futuro”, cit., p. 36.

Las discusiones académicas actuales, conscientes de que debe haber un sujeto institucional o popular en el que recaiga la última palabra en los Estados constitucionales y que debe romperse la cadena infinita de control sujeta a un *quién* (otra autoridad), han dado lugar a la elaboración de diversos trabajos para intentar identificar aquella autoridad más legitimada para *decidir* en última instancia sobre los asuntos constitucionales: el pueblo, los jueces o el legislador<sup>115</sup>. Pero estos intentos han estado mediados, al mismo tiempo, por el reconocimiento de que las actuaciones, *decisiones* o normas de la autoridad o los sujetos (el pueblo) legitimados para tener la última palabra deben estar delimitadas por la esfera de lo indecible<sup>116</sup> o los “cotos vedados”<sup>117</sup>: los derechos fundamentales y/o la dignidad humana.

a. ¿es el pueblo un límite a la autoridad?

Respecto a aquellos que han señalado que la última palabra en asuntos constitucionales debe recaer en el pueblo<sup>118</sup>, precisan, por un lado, que el pueblo

---

<sup>115</sup> Sobre este tema hay un asunto que ha cobrado una gran relevancia en el ámbito académico: el control de constitucionalidad. Según lo expuesto por Bouzat, G., el fallo *Marbury Vs. Madison* inauguró aquella doctrina que considera que las cortes o los tribunales supremos son los órganos competentes para decidir en última instancia sobre la constitucionalidad de las normas. Una de las críticas más fuertes que se le ha hecho a este control judicial de constitucionalidad es su carácter contramayoritario, pues se duda de la legitimada democrática de los jueces que componen los tribunales. Es por ello que hay quienes se adhieren a la teoría democrática, la cual considera que la voluntad popular, expresada a través de la regla de las mayorías, es la más legitimada para declarar la inconstitucionalidad de una norma. No obstante, hay otra posición, defendida por Bouzat, que se aleja de la regla de las mayorías, como modo más democrático para determinar la constitucionalidad de las normas, y recurre a la discusión o al debate público, que puede estar expresado en la legislatura, para reforzar el procedimiento de toma de decisiones. De esta forma, se justifica la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma por parte de un juez en la medida que verifique que el procedimiento democrático no funcionó correctamente, es decir, que no se cumplieron con los presupuestos para que el debate se diera de forma participativa e imparcial. Cfr. Gabriel BOUZAT, “La argumentación jurídica en el control de constitucionalidad. Una comparación entre la judicial review y el control previo y abstracto de constitucionalidad”, en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 2 (1997), pp. 201/ 206/ 297.

<sup>116</sup> Luigi FERRAJOLI, “Sobre los derechos fundamentales”, cit., p. 126.

<sup>117</sup> Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Algo más acerca del «coto vedado»”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 06 (1989), p. 209.

<sup>118</sup> A esta tesis se le ha denominado en la literatura anglosajona: constitucionalismo popular. De acuerdo con la lectura de Larry D. Kramer y Mark Tushnet, son los ciudadanos, en vez de las cortes o los tribunales, los intérpretes más autorizados de la constitución. Por tanto, los que dicen los tribunales no debería tener *prioridad normativa* a cerca del significado o contenido de las normas constitucionales. Se puede indicar, en términos generales, que Kramer aboga por un método que les permita a los ciudadanos dictar lo que es la constitución y que este ejercicio no sea exclusivamente reservado a las cortes, imponiéndose de esta forma límites a la revisión judicial que hacen las cortes de las normas que componen el ordenamiento jurídico. A su vez Tushnet cree que cada ciudadano o actor individual debe tener la capacidad y la responsabilidad de definir lo que cree que es la constitución, teniendo en cuenta el bienestar general. Cfr. Helen KNOWLES y Julianne TOIA, “Defining

debe tener la facultad de reversar decisiones tomadas por las autoridades institucionales y, por otro, que también debe estar posibilitado para prever en las constituciones límites indecibles para las autoridades. Frente a la discusión correspondiente al ámbito que es inderogable por parte de las autoridades cabe preguntarse ¿la esfera de lo indecible se refiere a que se garantice la existencia del enunciado en la Constitución o a la garantía de su aplicación en todos los casos concretos? Es ingenua la respuesta, si lo que se busca es que bajo la idea de los cotos vedados o derechos indecibles las autoridades no estén facultadas para derogar enunciados normativos o enmiendas precisas de las Constituciones; algo que, de suceder, es claramente identificable y constituiría por ello un límite a la autoridad evidente por sí mismo. La garantía de inderogabilidad del principio o derecho como algo que no puede ser “tocado” o “cambiado” implica pensar tales reglas solo en su vigencia (o existencia) y no en su aplicabilidad (o su fuerza). Para Hobbes esta postura carecería de fuerza para asegurar la protección de los derechos de los hombres, pues en sus palabras: “las leyes no tienen poder para protegerles si no existe una espada en las manos de un hombre o de varios para hacer que esas leyes se cumplan<sup>119</sup>. En tal sentido, en la vigencia no está contenida la *aplicación* – y, por tanto, su interpretación- si no existe una autoridad capaz de darle cumplimiento a ese derecho o principio (indeterminado y abstracto) en un caso concreto.

Lo anterior nos lleva a la segunda parte de la pregunta: ¿la esfera de lo indecible se refiere a la garantía de su aplicación en todos los casos concretos? El establecimiento de reglas o principios jurídicos indecibles como la dignidad humana exigen su concretización en casos y no solo estar escritos en las

---

'Popular Constitutionalism: The Kramer versus Kramer Problem", en *Southern University Law Review*, 9, (2014), p. 3/ p. 18/ p. 29. Por otro lado, Benítez, V señala que en los Estados constitucionales a causa de las constituciones rígidas se ha generado una tensión entre el principio de participación y el principio de protección de las libertades o derechos por parte de los tribunales. Son ahora los tribunales quienes deciden sobre las reformas o decisiones adoptadas por las mayorías. Ahora bien, la forma de reafirmar al pueblo como el soberano de las instituciones es que este tenga i) la posibilidad de dejar sin efectos las decisiones judiciales que controlen actos reformativos de la Constitución o ii) pueda recurrir a un recurso de insistencia mediante el cual tenga la facultad de decidir –en casos decisión adversa de la Corte- sobre la constitucionalidad de las leyes que convocan a referendo o a una Asamblea Nacional Constituyente. Adicional a ello, la previsión de cláusulas pétreas por el constituyente resulta ser una forma adecuada para garantizar ciertos elementos esenciales de la Constitución y que no sean los Tribunales los que creen las restricciones. Ello permite que sea el pueblo el que tenga la última palabra sobre la interpretación de la Constitución y no los tribunales constitucionales Cfr. Vicente BENÍTEZ, *Constitución Popular, no Judicial*, Bogotá, Editorial Temis, 2014, p. 5/ p.89.

<sup>119</sup> Cfr. Thomas HOBBS, *Leviatán*, ob. cit., p. 173.

constituciones. Pero la aplicación de la regla o el principio a un caso no es una operación meramente lógica o una verdad evidente, sino que es una actividad práctica de la autoridad – algo que creo muchos aceptamos-. Asumir esto, pone de nuevo sobre la mesa el dilema que he venido planteando sobre la sujeción y la regresión al infinito. Fundar el límite para actuar conlleva necesariamente su verificación por un tercero, dado que del contenido de una norma no se puede deducir su aplicación e interpretación<sup>120</sup>. Por tanto, una norma no requiere solamente de una autoridad que verifique su contenido semántico al aplicarse a un caso, sino de una autoridad no limitada que tome decisiones que van más allá de ese contenido semántico.

Para ejemplificar lo expuesto se puede señalar que del principio de dignidad humana – como “cláusula eterna”- no se puede extraer a partir de una operación meramente lógica una verdad evidente frente a casos respecto de los cuales se discuta su alcance, como el aborto. Independientemente de la postura que se tome en torno al aborto, la decisión adoptada por una autoridad implica decir algo más que no se desprende del contenido semántico del principio: ¿en qué situaciones la mujer o el *nasciturus* son titulares del principio de dignidad? Ese carácter irresoluble del problema se ve claramente en el hecho de que tanto los “pro-vida” como los “pro-elección” apelan al mismo principio: la dignidad es vida, pero también la posibilidad de autodeterminarse. Ahora bien, asumiendo que la autoridad decide despenalizar el aborto y justifica que esta decisión se sujete “realmente” al principio de dignidad humana previsto en la Constitución, tendríamos que tener una instancia que determine tal sujeción, para que esa autoridad no sea soberana (sin límites). ¿Es el pueblo esa instancia?

Las tesis que ponen al pueblo como el soberano facultado para revocar o reversar las decisiones de las autoridades, consideran que de él (el pueblo) emana la

---

<sup>120</sup> Agamben, reconstruyendo las tesis de Gadamer y Schmitt sobre la aplicación de las normas, señala un argumento cercano a lo que yo quiero exponer acá, el cual es el siguiente: “Una correcta postulación del problema de la aplicación exige, por lo tanto, que ella [la norma jurídica] se transferida en forma preliminar del ámbito lógico al ámbito de la praxis. No obstante, como ha mostrado Gadamer (1960, pp.360, 365), toda interpretación lingüística es siempre, en realidad, una aplicación que exige operación eficaz [...], sino que en el caso del derecho es perfectamente evidente – y Schmitt ha acertado al teorizar sobre esta evidencia- que la aplicación de una norma no está en modo alguno contenida en ella, ni tampoco puede ser deducida de ella, porque de haber sido así, no habría sido necesario crear todo el imponente edificio del derecho procesal” Giorgio AGAMBEN, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2010, pp. 82-83.

“verdadera” voluntad popular expresada en la Constitución y, por tanto, es la esfera más autorizada para evaluar la sujeción de una autoridad a los principios y derechos fundamentales al interpretar y decidir un caso. Sin embargo, la correspondencia entre el contenido semántico de un principio o de una regla y su aplicación específica a un caso, si pretende ser objetiva e independiente del acto de interpretación y/o aplicación por parte de la autoridad, no puede ser una cuestión sometida a votación. Pues los asuntos sometidos a votación implican que elegir entre una opción o la otra es cuestión de arbitrariedad o de preferencia políticas (por ejemplo, entre candidatos, un modelo económico o el sistema educativo). Incluso en una concepción más restringida del significado de la votación y la participación popular, según la cual, no todo es decidible por las mayorías, se presupone que si una o varias opciones son votables es porque esas opciones son todas democráticamente legítimas. Siendo así, tanto el candidato A que pretenden establecer un impuesto o el candidato B que busca plantear un nuevo modelo educativo son opciones aceptables en un sistema democrático. Ahora bien, eso no sucede con las cuestiones sometidas a criterios de constitucionalidad: si una opción es constitucional, implica que la otra no lo es y, por tanto, es ilegítima. En el caso del aborto, adoptar esta posición, es decir, someter la decisión de la autoridad a las mayorías, significa que las dos decisiones son igual de legítimas y no habría un conflicto con el principio de la dignidad humana. Pero, al mismo tiempo, asumir que cualquiera de las dos opciones es aceptable, diluye o desvanece ese carácter de “*indecidible*” que se le quería dar al principio de la dignidad, pues no se transgrede con ninguna de las opciones y por eso pueden ser votables, es decir, *decidibles*.

b. ¿son los derechos fundamentales y/o los principios constitucionales un límite a la autoridad?

Para aquellos que han legitimado que alguna de las autoridades institucionales debe tener la última palabra, sean los jueces<sup>121</sup> o el parlamento<sup>122</sup>, tienen algo claro: los derechos fundamentales contenidos en las constituciones constituyen un límite a los actos de las autoridades. Ahora bien, la aplicación de una norma y el reconocimiento de un derecho – independientemente de su carácter ordinario, superior o indecible- a un determinado caso no se deduce de forma independiente del acto soberano. Si fuera así, los derechos podrían existir y aplicarse de modo autónomo y no se necesitaría de una autoridad o de todo un aparato estatal para su reconocimiento, como diría Hobbes: serían facultades del cuerpo o del espíritu que podrían darse en un hombre que estuviera solo en el mundo<sup>123</sup>. Por ende, pensar que las normas son independientes a la voluntad soberana equivaldría a pensar que sería suficiente con que los hombres escribieran sus derechos en una pared y los reconocieran mutuamente sin necesidad del Estado. Ello haría del Derecho algo inútil y, a la vez, reemplazable por cualquier otro mecanismo de convivencia (por

---

<sup>121</sup> El juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, John Marshall, en el reconocido fallo *Marbury Vs. Madison* señaló que la última palabra respecto de la validez constitucional recaía en el poder judicial, pero igualmente dijo que todos los tribunales y poderes públicos están obligados por la Constitución: “Sin lugar a duda, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entrañan conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. [...] De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los EE. UU. confirma y enfatiza el principio, que se supone esencia para toda constitución escrita de que la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento” Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137; 2 L. Ed. 60; 1803 U.S. LEXIS 352.

<sup>122</sup> Carlos Nino es uno de los juristas que defienden que el método más confiable para aproximarse a una verdad moral es el procedimiento de discusión y decisión colectiva: “Si todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión ha participado en la discusión y ha tenido una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución a un conflicto, esta será muy probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos acepten libremente y sin coerción” Carlos NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Madrid, Gedisa, 1996, p. 166. Si bien este método puede concebirse en diversos escenarios institucionales, el Congreso o el Parlamento son por excelencia el espacio en el que se desarrollan los debates. Ahora bien, el procedimiento democrático de discusión no es suficiente para justificar una decisión, sino que también un conjunto de principios morales expresados en los derechos fundamentales: “las acciones y decisiones, como aquellas que se toman respecto de problemas constitucionales, no pueden ser justificadas sobre la base de normas positivas tales como la Constitución histórica, sino sólo sobre la base de razones autónomas, que son, al fin de cuentas, principios morales. Presumiblemente aquellos principios morales establecen un grupo de derechos fundamentales” *Ibíd.*, p.70.

<sup>123</sup> Cfr. Thomas HOBBS, *Leviatán*, ob. cit., p. 104.

ejemplo: el principio anarquista de la federación<sup>124</sup>). Por el otro lado, y partiendo de un punto opuesto, reconocer que la autoridad mediante la interpretación y/o la aplicación de la norma constitucional le da alcance y contenido, nos deja con la inquietud si dicha autoridad al interpretar y al aplicar los derechos previstos en la Constitución se está sujetando a esta en su contenido. La única forma de hacer tal verificación es mediante un tercero que afirme o niegue la sujeción, como forma de tener una garantía jurídica objetiva.

Esta discusión en torno al argumento de la regresión al infinito y la existencia de un control que garantice la sujeción al Derecho se puede presentar en términos más generales o conceptuales en la teoría de Ferrajoli cuando señala la distinción entre el *quién* y el *cómo* frente al *qué*. El autor italiano va a señalar, siguiendo la línea de algunas de las posturas anteriormente expuestas, que existen vínculos sustanciales (el *qué*) contenidos en las Normas Fundamentales de los Estados constitucionales que son límites a los que todas las autoridades (el *quién*) deben sujetarse. Oponiéndose, de esta manera, a aquellos modelos que toman los derechos fundamentales como *autolimitaciones* de la soberanía y, en consecuencia, sujetos a su *disponibilidad*<sup>125</sup>. Según este modelo, propio del Estado legislativo de Derecho, el principio de legalidad plantea como condiciones suficientes de la validez la sujeción al *quién* y al *cómo*. El vínculo al que deben someterse las actuaciones de las autoridades termina con su correspondencia a las formas: ¿cómo se hizo? ¿estaba autorizado? Para Ferrajoli estas condiciones son suficientes para dar cuenta de la validez formal de los actos provenientes de las autoridades, pero no de su validez sustancial. Y es por ello que él va a proponer una transformación y perfeccionamiento del principio de legalidad: “la legalidad ya no es sólo, como en el viejo modelo paleo-iuspositivista, «condicionante» de la validez de las normas infra-

---

<sup>124</sup> Pierre Joseph Proudhon propone un modelo alternativo de libre asociación, sin estructuras de poder absolutistas y tiranas: “Las unidades que forman el cuerpo político de la confederación no son los individuos, ciudadanos o súbditos; son los grupos, formados a priori por la naturaleza, cuyo tamaño promedio no supera el de la población de un territorio de cien leguas cuadradas. Esos grupos son pequeños Estados en sí mismos, organizados democráticamente bajo protección federal, y sus unidades componentes son los jefes de familia o ciudadanos. Sólo la federación así constituida resuelve el problema, teórico y práctico, de armonizar la Libertad y la Autoridad, dándole a cada una su justa medida, su verdadera competencia y toda su iniciativa. Por consiguiente, sólo ella garantiza el respeto inviolable del ciudadano y el Estado, así como el orden, la justicia, la estabilidad y la paz” Pierre Joseph PROUDHON, *El principio federativo*, Santiago de Chile, Instituto de Estudios Anarquistas, 2008, p. 231.

<sup>125</sup> Cfr. Luigi FERRAJOLI, *Epistemología jurídica*, ob. cit., p. 185.



legales, sino que ella misma está condicionada, en su propia validez, al respeto y a la actuación de las normas constitucionales”<sup>126</sup>. Ahora la legalidad debe estar sujeta a la validez sustancial, lo cual significa que los actos de las autoridades deben guardar coherencia con los derechos fundamentales previstos en la Constitución.

Respecto a esta idea entraré a cuestionar el alcance que le da las tesis del constitucionalismo garantista a la sentencia de Hobbes: *Auctoritas non veritas facit legem*. Ferrajoli ha recurrido en varios de sus escritos a esta fórmula como la expresión más acabada del principio de legalidad positivista<sup>127</sup>. Mi postura es otra. El contenido o significado que él desprende de dicho principio positivista no se fundamenta en la sentencia hobbesiana, sino en una muy distinta, que es de hecho opuesta: *Lex facit auctoritatem*. Entender el principio de legalidad, por un lado, como un conjunto de competencias dadas por las normas para actuar y, por otro, como sujeción a las formas “puestas” por la autoridad implica necesariamente reconocer que existe una *sujeción voluntaria* al Derecho por parte de las autoridades, o como dice Ferrajoli: *autolimitaciones*. Esta tesis está en consonancia con aquellas otras que consideran que la autoridad debe estar siempre “atada” a las normas constitucionales<sup>128</sup>. Es por ello que la fórmula de su teoría es *Lex facit auctoritatem*,

---

<sup>126</sup> Luigi FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista”, cit., p. 24.

<sup>127</sup> “Este es el moderno estado de derecho. Con base en éste, *auctoritas non veritas facit legem*. [...] De ello se deriva el carácter formal y no sustancial de los criterios de validez: es válida una norma creada de conformidad con las formas establecidas por las normas para su producción, independientemente de su contenido. De lo anterior se deduce el fundamento convencional o *bien juspositivista* de la validez: una tesis es válida en tanto que es válida con base en la ley: validez equivale a legalidad, independientemente de lo que diga la ley” (Ferrajoli, L., 2004, p.280). “Lo que cambia es el título de legitimación, que ya no es la autoridad de los doctores, sino la autoridad de la fuente de producción; no la verdad, sino la legalidad; no la sustancia, es decir, la intrínseca justicia, sino la forma de los actos normativos. *Auctoritas non veritas facit legem*: éste es el principio convencional del positivismo jurídico recogido por Hobbes en el ya recordado Diálogo, como alternativa a la fórmula contraria que expresa el principio opuesto, ético-cognoscitivo, del iusnaturalismo” (Ferrajoli, L., 2001, p.33). “Esto quiere decir que antes del surgimiento en la Edad Moderna del monopolio estatal de la producción jurídica no existió una distinción real entre el derecho como sistema de normas «objetivo» o apositivo y la ciencia del derecho [...] su principio de legitimación no era la fórmula iuspositivista *auctoritas non veritas facit legem*, sino la opuesta, iusnaturalista, *veritas, non auctoritas facit legem*. [...] La novedad del derecho moderno no radica tanto en los contenidos (extraordinariamente parecidos, en particular en el derecho privado, a los romanos), como sobre todo en la forma «legal», «convencional», o «artificial», es decir, «positiva», del derecho vigente consiguiente a la nueva fuente de legitimación: ya no la *veritas* sino precisamente la *auctoritas*” Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit., p. 869.

<sup>128</sup> Vicente F. Benítez señala “Por lo tanto, si bien la democracia se identifica con las reglas de la mayoría, existen ciertas ataduras con las cuales se impide que los sucesores de la generación redactora de la Constitución destruyan al pueblo del futuro. Ahora bien, esas restricciones deben observarse desde una postura optimista: así como las reglas de la gramática son restricciones que permiten la buena comunicación, las restricciones constitucionales son reglas capacitadoras en lugar de reglas incapacitadoras, esto es, son elementos que permiten el adecuado funcionamiento de la

porque sigue presuponiendo que es la existencia del Derecho lo que da lugar a la autoridad. Si Ferrajoli reconociera realmente que es la autoridad la que le da lugar al Derecho, como reza la sentencia de Hobbes, tendría que asumir que el problema de la *disponibilidad* de las normas o los derechos sigue estando presente, aunque haya un *qué* con valor constitucional.

La tesis *Lex facit auctoritatem* siempre va a tener un problema lógico cuando se enfrenta a la pregunta ¿cómo verificar la conformidad de las acciones de la autoridad última al Derecho?, pues si la autoridad proviene del Derecho – y no al contrario-, debe haber alguien que juzgue la correspondencia de la acción de dicha autoridad con lo previsto en la norma jurídica, para librar de ese modo al Derecho de los poderes ilimitados. Pero si eso pasara entonces ya no sería la autoridad última o soberana, sino que habría alguien superior al que todos deben sujetarse. La forma de cerrar ese dilema es acogiendo la máxima de Hobbes: *Auctoritas facit legem*, y aceptar que hay una indistinción entre el Derecho y el poder soberano, pues es la autoridad la que hace que una norma sea, en efecto, una *norma*– por ser la fuerza más fuerte-. Esto nos lleva al siguiente punto, si es la autoridad la que da lugar a una norma, no podría atarse a ella, dado que, de nuevo, estar atado a algo implica que hay alguien más que obliga y asegura esa sujeción. De lo contrario, se obligaría en vano, porque puede liberarse a su voluntad. En otras palabras, puede disponer de aquello que supuestamente lo sujeta.

Por lo expuesto, es que la teoría del constitucionalismo garantista, la cual sujeta a la autoridad al contenido de los derechos fundamentales, no rompe la cadena del control sujeto a control que se distribuye hasta el infinito. Una norma, así sea de carácter superior, no es indisoluble de aquel que la aplica o la interpreta (del *quién*), pues las normas constitucionales también están sujetas, como toda norma, a una autoridad que les da alcance y sentido. Por tanto, determinar que las acciones de las autoridades se realizan de acuerdo con las reglas constitucionales requiere necesariamente de alguien que lo afirme, lo ratifique o lo niegue. Esta respuesta pareciera que abre la puerta a la teoría general de la interpretación jurídica que

---

democracia y que contienen opciones liberadoras (Holmes, 2002, p. 248). Además de servir como presupuesto a las democracias, esas restricciones generan cierto tipo de estabilidad que, en últimas, son diques que contienen las decisiones equivocadas de una mayoría en un momento de efervescencia o pasión (Elster. 1989, p. 150)” Vicente BENÍTEZ, “Jueces y democracia: entre Ulises y los cantos de sirenas”, en *revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 42, 117 (2012), p. 375.

pretende identificar el contenido de los enunciados normativos a partir de su significado o de la determinación de lo justo<sup>129</sup>, como forma de hallar los límites a los cuales debe estar sujeta la autoridad. No obstante, saber con exactitud cómo se puede interpretar un texto no presenta una solución adecuada al problema de la autoridad sometida a control, sino que de hecho lo presupone: la pregunta de si determinadas interpretaciones y/o aplicaciones de la norma pueden ser consideradas malas o incorrectas desde determinados criterios conceptuales implica que esas interpretaciones *ya* tienen rango jurídico y legal. Incluso si se determina que un método es más apropiado para dar cuenta del *qué* de una norma (su contenido) que limita al *quién* (la autoridad), todo ello requiere de nuevo un *quién* (otra autoridad) que interprete y/o aplique el *qué*. Este planteamiento es ratificado por Hobbes de la siguiente manera: “La autoridad de los escritores, sin la autoridad del Estado, no convierte sus opiniones en ley, por muy veraces que sean”<sup>130</sup>.

El problema de fondo de la posición garantista de Ferrajoli es que en su pretensión de querer perfeccionar el principio de legalidad agregándole una sujeción constitucional a las autoridades (ya no solo deben estar dotadas de competencia y cumplir las formas legales, sino que sus actos deben estar conforme a los contenidos de los derechos y principios constitucionales) descarta el problema de la *disponibilidad* que tienen sobre sus *autolimitaciones* o ataduras, que reconoce existe en el Estado legalista, mediante la separación del *quién* y el *qué* sin justificar su procedencia conceptual. El autor da por sentada la suficiencia de esa distinción para resolver el problema de los límites y el control de las autoridades con el paso a la rigidez constitucional en la segunda posguerra<sup>131</sup>. No obstante, el problema del

---

<sup>129</sup> En cuanto a esto, Pulido Ortiz ha indicado que “la interpretación judicial puede ser concebida, desde un sentido mínimo, como la actividad consistente en atribuir significado a un texto normativo, y hasta un sentido máximo, concibiéndola como las actividades y productos necesarios para dar respuesta a un problema jurídico. Así, por ejemplo, para Lawrence Solum la interpretación es la actividad de determinar el significado lingüístico de un texto normativo y cuya finalidad es resolver las ambigüedades y vaguedades de los textos normativos. En cambio para Mitchell Willey el objeto de la interpretación es determinar lo justo” Fabio PULIDO ORTIZ, “Panorama de los problemas actuales en interpretación constitucional”, en *Dikaion*, 21, 1, (2012), pp. 126-127.

<sup>130</sup> Thomas HOBBS, *Leviatán*, ob. cit., p. 226.

<sup>131</sup> Aunque en el aparte que dediqué a exponer varios de los puntos fundamentales de la teoría de Luigi Ferrajoli ya abordé el tema referente a los cambios fundamentales del abandono del Estado legislativo de derecho y el paso al Estado constitucional de Derecho, vale la pena citar un aparte fundamental en donde se refiere a la rigidez constitucional: “La garantía jurídica de efectividad de este sistema de vínculos reside en la *rigidez* de las constituciones, asegurada a su vez, en las cartas

Derecho y los derechos como límite y, al mismo tiempo, como objeto de *disponibilidad* de las autoridades sigue estando presente cuando se presupone que la soberanía de los poderes o las autoridades se diluyen o se extingue con la sujeción a la norma constitucional. Porque volvemos al tema que se ha abordado a lo largo de este escrito ¿cómo se verifica esa sujeción?

Tanto en la teoría de Ferrajoli como en aquellas que busca identificar en un poder del Estado la última palabra en asuntos constitucionales consideran que los actos arbitrarios de la autoridad se evitan por medio de la existencia y sujeción de normas con valor constitucional de carácter abstracto, general o indeterminado: los derechos fundamentales y la dignidad humana. La insuficiencia de estas posturas encaminadas a limitar el poder soberano descansa en la imposibilidad de verificar la sujeción al Derecho, pues no existe un poder mayor al que se quiere controlar. Para Hobbes la imposición de límites a una autoridad está atada a la existencia de un poder limitador, “ya que el que señala límites debe tener un poder mayor que el limitado por ellos. Y de este modo aquel poder limitador, o carece él de límites o está a su vez limitado por otro”<sup>132</sup>. A partir de esto, queda aceptar que la forma de romper la cadena de control sujeto a control que lleva a una regresión al infinito es reconocer que la autoridad soberana nunca está atada a los límites sobre los que ejerce control porque es el origen del Derecho y, por tanto, el que da contenido a los límites y los derechos previstos en todo orden jurídico.

El derecho de naturaleza, al que me referí en reiteradas ocasiones en la primera parte, se presenta como la naturaleza misma de la autoridad soberana. Ese derecho que goza de la ausencia de límites para suprimir el derecho de los otros acá es el núcleo íntimo o el principio interno del derecho soberano y, en consecuencia, del Derecho. El Derecho es el lugar donde se da la articulación paradójica del derecho soberano, concebido como derecho a todo, y el ordenamiento jurídico. Se trata de una articulación en donde la autoridad soberana es la facultada para *decidir* sobre

---

constitucionales de la segunda posguerra, por un lado revisión de procedimientos especiales para su reforma, y por otro por la creación del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. [...] Gracias a la rigidez de las constituciones la legalidad ha cambiado su naturaleza: no es más solo condicionante y reguladora, sino que está ella misma condicionada y regulada por vínculos jurídicos no solamente formales sino también sustanciales” Luigi FERRAJOLI, “Sobre los derechos fundamentales”, cit., p. 114.

<sup>132</sup> Thomas HOBBS, *Tratado sobre el ciudadano*, ob. cit., p. 65.

lo que es o no conforme a Derecho en cada caso, sin que ese Derecho lo sujete por no existir poder mayor que verifique tal sujeción. Pero esa posibilidad de decidir sobre lo que es conforme a Derecho en cada caso solo es posible cuando se está por fuera del Derecho – por tener el derecho a todo-; y eso pertenece esencialmente al Derecho entendido como ordenamiento jurídico -.

## CONCLUSIONES

En la teoría de Thomas Hobbes el liberalismo ha encontrado un dogma que conecta la fundación del Estado moderno con la voluntad de los hombres, sosteniendo que son estos quienes se congregan mediante un pacto para dar surgimiento a la organización política y jurídica. Ahora bien, ser esa voluntad primigenia presupone para las corrientes liberales, entre las que se encuentra el constitucionalismo garantista, que existe una fuerza superior a todo orden jurídico: el pueblo, que se expresa en la constitución y a la cual todas las autoridades deben estar “atadas”. Sin embargo, y tomando en serio los presupuestos de la obra de Hobbes, para que tenga lugar esa organización política y jurídica, debe existir una garantía exterior, una fuerza o una voluntad que reúna a todas las voluntades particularmente consideradas en torno al pacto: el Estado. Sin la fuerza más fuerte el pacto se queda sin garantía ni posibilidades de realización, dado que cada hombre ve al otro como amenaza y como aquel que no está dispuesto a cumplir con la renuncia del derecho de naturaleza. De ahí que los hombres estén frente a un pacto y no a un contrato: el acto de abandonar aquel derecho para ejercer el propio poder *como quiera* y quedar a la espera de que el otro realice la misma acción.

Pero ser la garantía del pacto no hace al soberano una parte del pacto ni implica para él un deber distinto al de autoconservarse. Una vez más: ser la fuerza más fuerte. Pues no hay una espada que lo obligue – al ser él la espada-. Si existiera otra espada que lo obligara, entonces habría un poder más fuerte al que todos deberían sujetarse y a él se le ha de adjudicar el nombre de “soberano”. Por tanto, es contradictorio ser el poder supremo y fuente del ordenamiento jurídico y someterse, a la vez, a otras voluntades o a unas normas que limiten su propia autoridad. Y en esta idea descansan varios de los argumentos sostenidos en este trabajo, que ha pretendido develar la paradoja del Derecho como núcleo de la teoría de Hobbes, la cual sostiene que, en esencia, el Derecho se funda en una *autoridad* que posibilita hacer la distinción entre estar y no estar sujeto al Derecho y, por lo tanto, no está esta misma sujeta a la distinción.

La estructura paradójica del Derecho de Hobbes surge de la necesidad de una autoridad absoluta para garantizar el orden social y jurídico, que como tal debe ser una sola fuerza ilimitada. No obstante, concebir una autoridad con semejantes prerrogativas causa terror, pues eso nos pondría en un escenario donde nuestras vidas quedan desnudas y al arbitrio de alguien supremo, sin que podamos oponer más resistencia que la física. De ahí que, para saldar este problema de los poderes ilimitados e impedir la arbitrariedad, en el constitucionalismo actual se haya hecho eco a la idea de las *autolimitaciones* o de la *sujeción voluntaria* de la autoridad a una norma superior. Pero siguiendo el argumento desarrollado en este texto, si hay *algo* que sujete a una autoridad, quiere decir que no es soberana y que debe haber *alguien* autorizado para dar cuenta de tal sujeción en términos jurídicos, pues de lo contrario sería arbitraria. Ello conduce inevitablemente al problema de la regresión al infinito: la cadena de control sujeto a control, y al dilema lógico de si alguien se puede atar realmente a sí mismo, dado que, se obliga en vano cuando se es al mismo tiempo el obligado y el obligante, porque se puede liberar a su arbitrio.

Los intentos por diseñar una fórmula conceptual que desprenda a la autoridad de sus poderes ilimitados y la sujete al Derecho no han sido pocos. El fantasma del Estado legal de Derecho abrumba al constitucionalismo contemporáneo, por lo que la necesidad de abandonar, superar o “perfeccionar” aquel modelo que concebía a las autoridades con potestades absolutas y limitarlo a una norma fundamental ha desembocado en un sin número de trabajos, entre los que se encuentra el del constitucionalismo garantista de Ferrajoli. Aunque advierto, la paradoja que expongo acá no es una crítica exclusiva a las formulaciones del autor italiano, puedo decir que él tan solo fue un pretexto para ilustrar la lectura que he hecho de Hobbes y los problemas a los que se enfrenta la versión liberal del Derecho. Por esta razón, no me voy a extender recapitulando las críticas o anotaciones que le hice.

No obstante, este acercamiento hacia una crítica del Derecho, desde su concepción eminentemente liberal, no se reduce únicamente a mostrar una suerte de sin salida; de ahí el uso del término *paradoja*. Más bien es la respuesta al llamado de atención hecho por Giorgio Agamben a los abogados en su libro *el Estado de Excepción: Quare siletis juristae in munere vestro?* (¿Por qué guardáis silencio, juristas, sobre lo que os concierne?), el cual nos interpela a hacer un intento por sacar a la luz ese espectro

fundacional del Estado liberal y no ser dóciles a la gran mayoría de lecturas que conciben a los poderes públicos o fuentes normativas en su carácter limitado, encubriendo infructuosamente el problema de la autoreferencia, al sustraer a la autoridad como fundamento del Derecho y pretender hallar ese fundamento en el propio Derecho. Por tanto, el objetivo principal del trabajo fue esbozar la estructura conceptual del Derecho, por cuanto este opera en conexión con un elemento antagónico al propio orden jurídico, pero que es necesario para su existencia: el esquema excepcional o paradójico de la autoridad, como una forma de reconocer el dilema y afrontarlo.



## REFERENCIAS

Alejandro PATIÑO ARANGO, “Como hacer el derecho con palabras”, en *Revista Jurídicas*, 12, 1 (2015), pp. 59-77. DOI: 10.17151/jurid.2015.12.1.5

Alfonso Miguel RUIZ, “Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011), pp.275-288.

Andrea MEJÍA PÉREZ. “Auctoritas, non veritas”, Universidad Nacional de Colombia, Tesis para optar al título de Doctora en Filosofía, 2015, en <http://www.bdigital.unal.edu.co/49480/1/andreamejiaperez.2015.pdf>

Andrés Felipe PARRA, “Hobbes y la paradoja del derecho”, en *Ciencia Política*, 9, 17 (2014), pp. 189-215.

Carlos NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Madrid, Gedisa, 1996.

Claudia FUENTES, “La política en la hora del lobo del hombre: Propuesta para una lectura arendtiana de la teoría del contrato social de Hobbes”, en *Alpha*, 28 (2009), pp. 245-256.

Código Civil de Colombia, Ley 57 de 1887.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137; 2 L. Ed. 60; 1803 U.S. LEXIS 352.

Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Algo más acerca del «coto vedado»”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 06 (1989), pp. 209-213.

Fabio PULIDO ORTIZ, “Panorama de los problemas actuales en interpretación constitucional”, en *Díkaion*, 21, 1, (2012), pp. 119-158.

Fernando Aranda FRAGA, "La teoría de la justicia en el estado natural y en el estado político, según Hobbes", en *Pensamiento*, 61, 229, (2005), pp. 95-116.

Francisco CORTÉS RODAS, "El contrato social en Hobbes: ¿absolutista o liberal?", en *Estudios Políticos*, 37 (2010), pp. 13-32.

Franz KAFKA, *Der Proceß*, Frankfurt am Mein, Fischer Verlag, 1990.

Giorgio AGAMBEN, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, España, Pre-Textos, 1998.

Giorgio AGAMBEN, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2010.

Gabriel BOUZAT, "La argumentación jurídica en el control de constitucionalidad. Una comparación entre la judicial review y el control previo y abstracto de constitucionalidad", en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 2 (1997), pp. 201-212.

Gunther TEUBNER., "The Law before its law: Franz Kafka on the (Im-)Possibility of Law's Self-Reflection", en *Ancilla iuris*, trad. A. Lewis, (2012), pp. 176 -203.

Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2011

Helen KNOWLES y Julianne TOIA, "Defining 'Popular Constitutionalism: The Kramer versus Kramer Problem", en *Southern University Law Review*, 9, (2014), pp. 1-40.

Isler SOTO, "Las bases filosóficas de la doctrina penal de Thomas Hobbes", en *Revista De Estudios Historico-Juridicos*, 35 (2013), pp. 681-706.

Jacques DERRIDA, "Fuerza de ley: El 'Fundamento místico de la autoridad'", en *Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, trad. A. Barberá y A. Peñalver, 11 (1992), pp. 129-191

Jeremy WALDRON, "The Concept and the Rule of Law, en *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, 08-50 (2008), en [http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=lectures\\_pre\\_arch\\_lectures\\_sibley](http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=lectures_pre_arch_lectures_sibley)

José Luis VALDÉS UGALDE, "Globalización vs. soberanía: gobernanza, guerra o progreso y orden mundial", en *Revista Académica del CISAN-UNAM*, 10 (2015), pp. 7-46.

José Manuel BERMUDO, "Libertad, igualdad, y justicia en Hobbes", en. *Ideas y Valores*, 118 (1998), pp. 56-74.

Joseph RAZ, "El problema de la autoridad: de nuevo sobre la concepción de la autoridad", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), pp. 141-175.

Juan David RAMÍREZ, *Thomas Hobbes y el Estado absoluto: del Estado de razón al Estado de terror*, Medellín Colombia, Colecciones Mejores trabajos de grado Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010.

Leo STRAUSS, *La filosofía política de Hobbes*, Buenos Aires, Fondo de cultura económica., trad. S. Carozzi, 2006

Luigi FERRAJOLI, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011), pp. 15-53.

Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995.

Luigi FERRAJOLI, "El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011), pp. 311-360.

Luigi FERRAJOLI, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Distribuciones Fontarmara, S. A., 2004.

Luigi FERRAJOLI, "Pasado y futuro del Estado de derecho", en *Revista Internacional de Filosofía Política*, 17 (2001), pp. 31-45.

Luigi FERRAJOLI, "Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales", en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1, 15 (2006), doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2006.15.5772>, pp. 113-136

Manuel ATIENZA, "Dos versiones del constitucionalismo", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011), pp. 73-88.

Muriel RESTREPO, "La finitud de la guerra o la guerra infinita", en *Ideas y Valores*, 63, 156 (2014), pp. 223-241.

Norberto BOBBIO, *Thomas Hobbes*, España, Ediciones Paradigma, 1991.

Paulo MARCIO CRUZ, "Soberanía y transnacionalidad: Antagonismos y consecuencias", en *Jurídicas*, 7 (2010), pp. 13-36.

Pedro Luis AZNAR, "De la locura y la inseguridad del derecho a la racionalidad y el orden de la ley. Lectura dialéctica de Thomas Hobbes", en *Isegoria*, 41 (2009), pp. 231-251.

Pierre Joseph PROUDHON, *El principio federativo*, Santiago de Chile, Instituto de Estudios Anarquistas, 2008.

Thomas HOBBS, *Leviatán*, México: FCE, 2010.

Thomas HOBBS, *Leviathan*, London, 1651.

Thomas HOBBS, *Tratado sobre el ciudadano*, Madrid, Trotta, 1999.

Tom CHRISTIANO, "Authority", The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Edward ZALTA (ed.), Spring 2013, en <https://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/authority/>

Vicente BENÍTEZ, *Constitución Popular, no Judicial*, Bogotá, Editorial Temis, 2014.

Vicente BENÍTEZ, "Jueces y democracia: entre Ulises y los cantos de sirenas", en *revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 42, 117 (2012), pp. 359-391.