

3. EXTENSION

Pero he aquí la última consecuencia: mientras que en el lenguaje clásico el derecho de cada cual era una parte de las cosas sociales a repartirse, una fracción, un cuociente, limitado por definición, Hobbes recalca que el derecho subjetivo, en el estado de naturaleza, debe ser en principio infinito. El Derecho es esa libertad cuyo uso la Ley conserva en cada uno; aquella que es permitida por la Ley. Luego, no hay en el estado de naturaleza ninguna Ley que venga a restringirla. Es cierto que una Ley natural nos aconsejará usarla sólo de acuerdo a la *reason*, y en vista de la preservación (y entonces se revelará como racional el hacer un abandono de su derecho); pero acerca de eso cada uno es juez; no es en absoluto un "impedimento externo"; eso no toca en absoluto a la libertad. También es derecho del individuo el hacer todo aquello que a su propio juicio pueda parecer como útil a la conservación de su ser: "*is right of doing anything, which in his own judgment, and reason, he shall conceit to be the aptest means thereunto*". En principio, no hay límite al derecho, al menos en el estado de naturaleza: el derecho será *jus in omnia* [derecho a todas las cosas] (*El. of Law* I. 10; *De Cive* I. 10; *Lev.* XIV, p. 103, etc.).

Yo creo, incluso, (lo veremos más adelante) que esta infinitud original persistirá en el estado civil. El derecho se extiende en principio dondequiera que la Ley no haya mordido. Propiamente hablando, el derecho no tiene un objeto determinado. ¿Es él, para hablar el lenguaje si no del Derecho romano mismo¹⁸, de los romanistas europeos, *jus "in aliquod"*, *jus "in rem"*, *jus "in personam"* [derecho "a algo", derecho a "una cosa", derecho "a una persona"]?

Esas expresiones no se ajustan del todo al pensamiento de Hobbes. A decir verdad, el Derecho no tiene por objeto nada. Tiene por objeto todo: todo aquello que la Ley no ha exceptuado; es el "silencio de la Ley". Se refiere al sujeto mismo, del cual es la radiación, no a una cosa exterior; es el uso racional de lo que tenemos de libertad. Se define *negativa* *mente*, engloba a todo aquello a lo que no tenemos obligación. En todo caso, si fuera circunscrito, su campo de acción concentrado en ciertas cosas, permanece siendo con res-

¹⁸ Vid. nuestros artículos: *Du sens de l'expression "ius in re" en Droit romain classique*, en RIDA. 3 (1949), p. 426 ss. [supra p. 111 ss.]. *Le "Ius in re" du Droit romain classique au Droit moderne*, en *Conférences faites à l'Institut du Droit Romain* (Paris 1950) 6, p. 187 ss. [supra p. 123 ss.].

pecto a ellas un poder absoluto, total, arbitrario: "*the right of doing anything*", un poder de usar de la cosa, de gozar y de abusar "de la manera más absoluta", salvo excepción legislativa. Jamás los juristas romanos habrían tomado en cuenta tal idea¹⁹.

La historia de la noción de derecho subjetivo no concluye con Hobbes; le queda aún por conocer nuevos avatares con Locke, Spinoza, Wolf, Kant o Fichte, y con la doctrina de los juristas²⁰; acaecerá, por lo demás, que ella retroceda, acercándose, sea al modelo neo-estoico, sea, incluso, a la tradición clásico-aristotélica. Pero yo no creo que en ninguna parte más que en la Política de Hobbes se explicita la noción moderna de derecho como poder y libertad, en forma tan directamente opuesta a la de Aristóteles: porque la demostración de Hobbes revela, con perfecta claridad, sus orígenes filosóficos, que son la exaltación cristiana de la libertad de cada hombre, el Nominalismo y el método científico moderno.

II. EL SISTEMA JURIDICO DE HOBBS
COMO UN SISTEMA DE DERECHOS SUBJETIVOS

El principal aporte de Hobbes no me parece que es, sin embargo, el haber claramente definido la noción de derecho subjetivo, ya que en este punto tenía predecesores. Me parece que su aporte está, más bien, en haber construido sobre esta noción, originariamente extraña a la esfera de lo jurídico, la Ciencia del Derecho entera.

Yo no quisiera exagerar el sistematismo de Hobbes. Su doctrina no es uniforme; más que sistema perfecto, ella es investigación de sistemas, y no desemboca en un éxito total. Sin embargo, la Ciencia social de Hobbes se concibe, al menos en la intención; construida a la manera geométrica. Pero, en lugar de ser una Ciencia del orden resultante de la Ley natural, ella es Ciencia de los derechos subjetivos; basada en los derechos subjetivos naturales de los individuos; y cuyo único contenido son los derechos subjetivos civiles. Es el triunfo del

¹⁹ Recordemos aquí lo que ya es admitido por todos los especialistas: que la noción llamada "romana" de la propiedad absoluta es solamente obra de los romanistas. Por otra parte, que el dominio romano, que es el poder sobre una cosa, no es calificado en Roma de *ius*.

²⁰ Para la doctrina jurídica del S. XIX, últimamente: KASPER, *Das subjektive Recht* (1967), con bibliografía; para Wolff, el artículo de THOMANN, en *Archives de Philosophie du Droit* 9 (1964), p. 153.

derecho subjetivo, convertido en noción dominante de toda Ciencia del Derecho.

1. LOS DERECHOS SUBJETIVOS NATURALES COMO PRINCIPIO EN EL SISTEMA DE HOBBS

En la antigua representación del orden social y jurídico, ¿cuál era el concepto primero, la llave maestra de los sistemas? Yo pienso que todo dependía de la Ley. Y para los discípulos de Aristóteles, se trata de la Ley natural, no escrita, escondida en las cosas, llave de las relaciones sociales justas. El Derecho no era más que su proyección, su encarnación, su consecuencia.

Esta primacía de la Ley yo la veo también verificarse en las filosofías del Derecho de tipo neo-estoico, o cristiano-agustinista, aun cuando desde ahora se trata de la Ley moral, inscrita en la conciencia del Hombre o revelada en la Escritura, de la cual se quisiera que aún fuera posible extraer el Derecho. Hay ya en Cicerón una tendencia a basar el Derecho en las leyes morales estoicas. Y Grotius también ponía al principio de su sistema una multiplicidad de leyes de la Moral natural, las cuales obligarían no solamente a mantener las promesas hechas, sino que a reparar los daños, o a abstenerse de usurpar las posesiones de nuestros vecinos; y de ellas, no sin parallogismos, Grotius intentaba deducir el Derecho²¹.

El orden de Hobbes me parece que es inverso. En él, es del derecho subjetivo de donde se deduce el orden jurídico y el sistema de leyes jurídicas; por tanto, no es la Ley la que está en primer lugar. El lector quizá impugnará esta proposición, porque en el lenguaje de Hobbes el término "ley" permanece ambiguo: sirve tanto para designar las leyes divinas y naturales, como la Ley positiva humana²². Nosotros hablamos, por el momento, sólo de las dos primeras; ahora bien, ellas son originarias, preexisten al *Leviathan*, pero no podríamos de ningún modo deducir de allí un orden jurídico. De la Ley divina revelada, Hobbes nos repite explícitamente lo que había dicho ya Santo Tomás²³, pero que ciertas sectas protestantes de su tiempo habían olvidado: que ella no tiene ningún contenido jurídico. Si la Antigua Ley judaica contenía

²¹ Cours, p. 616 s.

²² Cours, p. 677 s. ("*Hobbes et la notion de la loi*").

²³ Vid. nuestro artículo *De la laïcité du Droit selon Saint Thomas*, ahora, en *Leçons*², p. 203 ss.

preceptos de Derecho, Cristo nos ha liberado de ellos. Y con respecto a la Ley natural (por lo demás conforme al Evangelio), es bien cierto que ella establece el derecho subjetivo del individuo, puesto que le invita a conservarse y le autoriza a hacer empleo de todos los medios apropiados; pero, en cuanto mantiene esa función, como lo apuntábamos, ella no es "*properly law*" (*Lev.* XXVI, p. 198); no establece una sujeción externa; no impone al individuo nada que no fluya de él mismo; no sustrae nada a su libertad. Ella coincide con el Derecho.

En definitiva, es realmente el derecho natural del individuo el que se encuentra en el principio del sistema, como resulta claramente del orden de los dos primeros tratados (*El. of Law*, cap. I: acerca de los derechos individuales, y *De Cive*, 1ª parte: acerca de la libertad). Sobre el derecho del individuo está construido todo el edificio: y antes que nada, sobre el contrato y el pacto, puesto que, según Hobbes, el contrato es cesión recíproca de derechos; el pacto, abandono del derecho, por tanto, uso, ejercicio del mismo. El pacto deriva del derecho subjetivo; luego, el pacto será la fuente de todo el orden jurídico positivo, incluso del Derecho sucesorio (*El. of Law* II. 4. II) o familiar (*ibid.*, 2 ss.). Fuente misma de toda justicia, no habrá injusticia para Hobbes sino que en la violación de los pactos: *Injustitia pactorum non praestatio* [En la injusticia de los pactos no hay responsabilidad] (*Lev.* cap. XV, p. 112). La *injuria* (*injuria-injury*)—acto contrario al Derecho—consistirá en la transgresión de los pactos (*El. of Law* I. III. 2 y 9; *De Cive* III 3, etc.). Del pacto nacerá el *Leviathan*, y por el *Leviathan*, todas las leyes, las leyes positivas humanas, aquellas que crearán para los sujetos una obligación externa, "porque el derecho de hacer las leyes no puede ser conferido a nadie sin el consentimiento de los ciudadanos y sin un pacto expreso o tácito" (*De Cive* XIV. 12).

No se podría decir otro tanto de ninguna doctrina anterior, ni siquiera de las antiguas doctrinas escolásticas del contrato social, que sólo extraían de éste el poder político y sus consecuencias, pero no el conjunto de reglas jurídicas. Todo el Derecho es reconstruido por Hobbes por grados sucesivos sobre la marcha del derecho subjetivo, y es en esto en lo que Hobbes invierte la Ciencia jurídica anterior. No más Justicia distributiva ni conmutativa naturales (*De Cive* II, 6; *Lev.* XV, p. 116, etc.), no más mío y tuyo según la naturaleza, en virtud de la Ley natural. En la cumbre del

orden jurídico, una sola y única regla: aquella que prohíbe violar los pactos. Pero esta regla, ella misma, deriva del derecho natural del individuo. Esa es la nueva peña sobre la que Hobbes ha construido su Política.

No nos vayamos a imaginar que el derecho subjetivo interviene únicamente en los orígenes del sistema, y para conferirle el impulso inicial sólo en el momento histórico del "estado de naturaleza" y de la celebración del contrato; ni que, a partir de ese momento, desaparece, teniendo el contrato como contenido la renuncia de cada uno a su derecho proveniente del estado de naturaleza. No, el derecho subjetivo natural es un fundamento permanente del orden jurídico positivo. Los derechos subjetivos naturales permanecen aún en ejercicio en el orden civil ya constituido, ellos son sus columnas vivientes.

a) Primeramente, hay al menos un derecho natural del individuo que evidentemente debe sobrevivir a la construcción del Estado. Sabemos con cuánta complacencia Hobbes, siguiendo las huellas de Bodin, describe los derechos (*jura-rights*) de la soberanía. Ahora bien, no se trata de los derechos múltiples y referentes a una pluralidad de objetos, sino que, en el fondo del pensamiento de Hobbes, del único derecho natural (*De Cive* II, cap. 6: *Of the right*), infinito, referente a "todas las cosas", que el príncipe poseía ya en el estado de naturaleza. Los sujetos no le han agregado nada nuevo por el contrato social; lo único que han hecho es abdicar a su derecho de resistencia, de competencia con el derecho del soberano; es así como Hobbes analizaba la forma de transferencia de los derechos (*El. of Law* II, 18; III. 118; IV. 88). Ese parece al menos su pensamiento más consecuente, aun cuando al respecto se encuentran en sus obras algunas contradicciones (*De Cive* XV. 5).

Este derecho del soberano conserva un carácter individual. Sin duda, tiene como titular, no ya una persona física, sino que una persona artificial. Es necesario al menos que la soberanía sea esta ficción del individuo: las "multitudes" no tienen derechos (*El. of Law* II. 211); el nominalismo hobbesiano sólo concibe el derecho individual. Por lo demás, este derecho no puede ser manejado sino que por un individuo real, único provisto de la "capacidad natural" de ejercer derechos (*Lev.*, cap. XXIII, p. 181; *Dial.*, p. 188). Es una de las razones de su preferencia por el régimen monárquico.

El príncipe conserva su derecho natural. Como se sabe, en las relaciones entre soberanos, el derecho natural se despliega en toda su amplitud: todo está permitido entre los Estados, según el incisivo veredicto de Hobbes, varias veces repetido. Su lógica lúcida ha roto con la pretensión de Grotius, más bien intencionado que riguroso en sus deducciones seudo-racionales, de extraer de la "Ley de naturaleza" un sistema de determinación de lo mío y de lo tuyo de cada Estado. De Derecho internacional no hay nada, a juicio de Hobbes, en el sentido de Derecho objetivo.

Del mismo modo, el príncipe hacia sus súbditos puede cualquier cosa, tiene *jus in omnia* [derecho a todo]; no hay *injury* en contra de ellos. Y es a partir de su derecho subjetivo que fluye la Ley civil: la Ley que es "aquello que place al príncipe", que es enteramente dependiente de su voluntad arbitraria, que es la expresión de su poder.

b) El caso de los ciudadanos es inverso. Y no obstante es evidente que en el espíritu de Hobbes, a pesar de la imagen de la "cesión de derechos", los ciudadanos, celebrando el contrato social, no abdicar de toda su libertad.

En primer lugar, ellos retienen una parte que se declara inalienable (*El. of Law* I. IV. 2; *Lev.*, cap. XIV, *O.L.*, p. 105 s.; cap. XXI, p. 161 s., etc.). El ciudadano no solamente conserva la libertad de su conciencia, sobre la cual el *Leviathan* no tiene influencia, sino que también su derecho a la legítima defensa, a la que no podría renunciar sin estar loco (*jus contra vim se defendi necessario retinetur*) [el derecho de defenderse contra la violencia necesariamente se retiene] (*ibid.*, p. 109). Nadie podría abdicar el derecho de defender su vida. Por lo tanto, desde que el *Leviathan* dejara de proporcionarle ese servicio, el Hombre recuperaría su libertad (*ibid.*, p. 168, etc.).

El ha conservado todavía bastante más, aunque sabemos que en el régimen político diseñado por Hobbes, las libertades del individuo frente al Estado casi no brillan; las voluntades libres se verán forzadas por la naturaleza de las cosas a imponerse terribles restricciones; volveremos sobre esto al terminar. Pero lo que nada ha podido extirpar es la raíz de las libertades, porque esta raíz es el ser del Hombre, del cual es inseparable. El Hombre ha renunciado sólo a las consecuencias que emanaban de la libertad en el estado de naturaleza, no a la libertad misma. A cada instante ella permanece en acto en el seno mismo de la vida civil.

De la misma forma que Dios crea el mundo continuamente, a cada segundo, así la existencia del *Leviathan* es una creación continua de las voluntades individuales. Sin duda, el pacto se presenta como celebrado de una vez y para siempre, de manera tal que desde ese momento vincula a su autor, por cuanto sería absurdo que se contradijera a sí mismo y porque persiste la causa del contrato: la Paz garantizada por los príncipes; aun así, todavía es necesario que el ciudadano persista en consentir sobre la materia. Y sin duda él debe sostener moralmente el Estado: su razón así se lo aconseja, y las circunstancias, la misma fuerza, pueden en la práctica excluir de su parte toda otra actitud. Lo cual no impide que todavía sea necesario su querer. El coloso del cuerpo político, que es un coloso con pies de barro (como lo demuestra bien la Historia), no reposa sino sobre esta base, y cuando ella falta se derrumba. El régimen monárquico, grato a Hobbes, tiene como fundamento permanente una voluntad democrática.

Es un régimen de hombres responsables, que han escogido cada uno su destino, quienes decididamente han hecho suya la gran reivindicación moderna de la libertad. En Grecia, en las ciudades antiguas, los ciudadanos eran libres, la Ley, en nombre de la naturaleza, decidía acerca de su constitución; es lo contrario en el *Leviathan* (*Lev.*, cap. 21; *O.L.*, p. 162). Se dice que Hobbes quiso destrozarse el soplo de anarquismo que había atravesado el Renacimiento; él se consideró enemigo de los monarcómacos; no puede evitar, sin embargo, el pertenecer en el fondo a la misma familia. Y en verdad, nada se ajusta peor a su espíritu que los fascismos y socialismos de los siglos XIX y XX, alimentados de una visión del mundo profundamente opuesta. Hobbes es hombre de su tiempo, es decir, de ese noble siglo XVII, de ese mundo cristiano y burgués (no desprovisto de un saldo de espíritu feudal y de sentido del honor nobiliario), embriagado de individualismo; que desea que cada uno sea responsable de sí mismo y de todos sus actos, ante Dios, ante su conciencia, ante su razón personal. Hobbes hace un llamado a la razón de cada cual, no a su fuerza. Unas voluntades individuales, perfectamente libres y razonables (las que sin duda no pueden ser el producto sino que de una élite de hombres iluminados) son las columnas del *Leviathan*. Y el poder de imperio del príncipe, productor del Derecho positivo, reposa a cada instante sobre los derechos naturales de todos; este es el gran principio del Derecho público de Hobbes.

2. LOS DERECHOS CIVILES

EN EL TERMINO DEL SISTEMA DE HOBBS

Pero hasta aquí hemos sólo incursionado en los preámbulos. El tiempo ha llegado para que salgamos. Porque nosotros los juristas no tenemos la reputación de complacernos con explicaciones teóricas: nos interesa menos la génesis y los fundamentos del orden jurídico que su contenido actual. Y nosotros, reconozcámoslo, nos preocupamos menos del estado de naturaleza, que es sólo una hipótesis abstracta, que del estado civil concreto.

Es ahora que yo llego a la parte propiamente jurídica de la obra de Hobbes y que concierne a los derechos privados de cada uno en el estado civil: Hobbes, a pesar de las apariencias, es mucho menos un publicista que alguien principalmente inclinado hacia el Derecho privado. Ahora bien, en el estado social, la noción de los derechos privados garantizados a cada cual por el Arte jurídico, cambia de estructura con Hobbes: era necesario que construyendo sobre distintas premisas, Hobbes llegara a otros resultados que los juristas de la escuela de Aristóteles. Partiendo de la concepción clásica de la Ley de naturaleza, esta Ley social y supra-individual informadora del orden de la ciudad, los juristas se ponían como meta tradicionalmente dada el *suum cuique* [a cada cual lo suyo], la parte propia que cada uno merece como consecuencia de esta Ley, según el sentido antiguo o clásico de la expresión "derecho individual". Partiendo, por el contrario, del individuo y del derecho solamente subjetivo que existía desde el estado de naturaleza, como atributo del individuo, Hobbes no puede sino que proponernos otra noción de los derechos civiles: los derechos civiles, en su sistema, serán también derechos subjetivos, como lo eran los derechos naturales de los cuales obtienen su origen.

Tal es la tesis que voy al menos a tratar de explicar y de defender, no sin saberla discutible, puesto que parecería, a primera vista, que el paso al estado civil hace desaparecer el derecho subjetivo. El *Leviathan* no puede construirse si no es por medio de la negación de la naturaleza; así, el derecho natural del hombre apenas ha sido concebido cuando ya se prepara su desaparición. Conocemos el esquema: en la hipótesis del Derecho de naturaleza, se atribuía al individuo un derecho general "a todas las cosas" (*El. of Law* I. 110; *De Cive* I. 10; *Lev.* XIV, p. 103). A veces, sin embargo, refiriéndose a

una doctrina tradicional, Hobbes se deja llevar a hablar de un comunismo originario, que es un concepto muy diferente. (Ejemplo: *De Cive* XII. 7). Pero este derecho, aún indefinido, es impracticable, "inútil" (*unprofitable*), porque se ejerce en concurrencia con el de los otros hombres; incluso, parecería nocivo a su titular, ya que es un factor de guerra, de inseguridad, de inquietud. El es "*neither propriety nor community but uncertainty*" (*Lev.*, en *E.W.*, p. 78). Entonces, el hombre pone manos a la obra para darle una forma nueva. Cuando en el comienzo de la Historia aparecen gobiernos o soberanías naturales, se constituyen los *dominia* sobre las personas o sobre las cosas, entonces la conquista, el poder parental o patriarcal y la ocupación son sus fuentes (*El. of Law* XXI. I. 5-2, 3, 4 y 5; *De Cive* III, 18, 7 y 18; *Lev.* xv. p. 119; xvi, p. 123 ss.; *Dial.*, p. 185 ss.). Pero el sentido de la operación no se revela abiertamente sino es con la creación consciente del *Leviathan*, por el contrato. Es una especie de contrato sinalagmático: los futuros ciudadanos renuncian, en provecho del nuevo soberano, a su derecho primitivo sobre todas las cosas, los abdican, se despojan de ellos (*deponere-lay down the rights: El. of Law* I. II. 4 ss.). Pero reciben a cambio nuevos derechos, derechos civiles, que esta vez no tienen el defecto de estar montados los unos sobre los otros. Uno de los oficios mayores del Príncipe es el de establecer por medio de su Ley (*distributive law*) esta determinación precisa de las propiedades de cada cual, que la naturaleza no había establecido (*De Cive* XIV. 6 y 7; *Lev.* XXIX; *Dial.*, p. 184 ss., etc.).

Pero en suma, bajo el régimen del estado civil, ¿qué es lo que cuenta?; ¿no ha muerto acaso el derecho natural del individuo y no ha sido reemplazado por algo completamente diferente?; ¿por una especie de dialéctica en el sentido hegeliano de la palabra?; ¿no nos ha descrito Hobbes la negación, la supresión del derecho subjetivo, su *Aufhebung*? La aproximación con Hegel no me parece aquí fuera de lugar, a condición de mantener su doble sentido al término alemán: conservación y superación. Los derechos civiles son todavía derechos subjetivos, pero refundidos para transformarse en efectivos.

a. CONSERVACIÓN

Podría parecer que por el juego del contrato social el derecho natural del individuo se ha apagado y aniquilado, y que los de-

rechos civiles que vendrían ulteriormente a reemplazarlo fueran de un tipo muy diferente: *dominia, proprietas, jura in personas, in res - rights over persons, over things*, así se expresa Hobbes describiendo el régimen del estado civil. Nosotros hacíamos notar que él se adapta aquí al lenguaje de los romanistas, e incluso, nos podríamos preguntar si no llega a unirse, cuando se trata de derechos civiles, a la antigua concepción clásica —de tipo aristotélico— del Derecho como parte que cada uno merece, y que la Ley viene a distribuir. Hobbes nos dice que la Ley del Estado instituye el *meum* [lo mío], el *tuum* [lo tuyo] y el *suum* [lo suyo] ("*mei, tui, sui constitutio, vocaturque proprietas*" [constitución de lo mío, de lo tuyo, de lo suyo, y se llama propiedad]: *Lev.* XXIV, O.L., p. 18), y como lo señalaba Grotius, es precisamente con esos términos que los juristas romanos expresaban su concepto del Derecho: lo que a cada uno debe corresponder.

Pero esas son nada más que concesiones hechas al lenguaje de los juristas. Y no es de presumir que, llegando a la descripción del orden del cuerpo político, Hobbes haya en verdad abandonado sus posiciones fundamentales. Hobbes no da más que una definición del Derecho, aquella del *right of nature*. Sus derechos civiles han ciertamente recibido amplias modificaciones en relación con el estado de naturaleza, pero conservan la misma esencia.

Y esto significa:

1. En cuanto a sus fuentes, que esos derechos siguen siendo en último término una emanación del sujeto. ¿Pero cómo entonces? ¿No acabamos de decir que son una creación de la Ley? El soberano crea las "propiedades", establece lo que en materia de derechos será propio de uno o de otro. Determinar el derecho de cada uno sólo puede proceder de la Ley (*El. of Law* II, 52; *Lev.* xx, p. 161), de la Ley positiva humana, de acuerdo con la vieja tradición estoica y agustiniana.

Pero responderemos: en primer término, que esa Ley de donde salen los derechos civiles no es más, como en Aristóteles, una Ley de la naturaleza que contiene en germen²⁴ la distribución de los bienes. No se trata sino que de la Ley humana, y esta estática Ley humana es ella misma un

²⁴ Salvo, por otra parte, incluso en Aristóteles, una precisa "determinación" proveniente de la Ley positiva humana. No habría que desconocer el margen enorme que es dejado al Derecho positivo por Aristóteles y Santo Tomás. Solamente que, para ellos, la Ley humana encontraba una guía en la naturaleza, ella se esforzaba por expresar y completar la Ley natural.

producto del pacto que, por otra parte, encuentra su fundamento en las libertades naturales y por consiguiente, en el seno del individuo. Pero aunque el límite de los derechos civiles proviene de la Ley humana, no le deben ellos su substancia: el pensamiento profundo de Hobbes no es que el soberano, ante el vacío que habría seguido a la abolición del estado de naturaleza, crea en todas sus partes un Derecho nuevo, una especie nueva de Derecho que proceda de la Ley y del "contrato" (cfr. *De Cive* XV.5). Hemos visto que de acuerdo a Hobbes, la libertad de los ciudadanos subsistía en el estado civil dentro de los límites fijados por la ley: "*Libertas civium in iis quae... legislator praetermisit*" [La libertad de los ciudadanos en aquellas cosas sobre lo que el legislador ha callado] (*Lev.* XXI, p. 161). El derecho es ese resto de libertad que la Ley no ha tocado. El soberano permite retener una parte de ese derecho que el sujeto poseía ya en el estado de naturaleza y que hacía proceder de sí mismo y de su razón (*De Cive* VI. 15: "*esse id cuique proprium quod sibi retinere potest per leges*" [es propio de cada uno lo que para sí puede retener según las leyes], etc.). Al menos es esa la fórmula que nos parece concordar mejor con el conjunto del sistema.

2. Así también en el estado civil (y a pesar de las frecuentes fluctuaciones del lenguaje de Hobbes), el derecho propiamente dicho no es más un "*suum*" [lo suyo], una cosa, una parte de las cosas distribuidas, sino que un poder proveniente del estado de naturaleza, atributo del ser humano individual. El derecho es un *dominium*, y esta palabra es ahora para Hobbes sinónimo de *jus*, lo que no sucedía en Roma.

3. Siendo este poder una "libertad", permanece en principio infinito, con excepción de las limitaciones legales. Su esfera misma de aplicación parece extenderse al infinito, a todas partes en donde la Ley no haya puesto límites. El Derecho del ciudadano inglés implica ciertamente el poder de ocupar todas las tierras incultas que la Ley no haya aún reservado a otros sujetos: "*Ubi non definit lex, unicuique faciendi vel non faciendi libertas est*" [En donde la Ley no limita, para cada uno existe la libertad de tener, de hacer o de no hacer] (*Lev.* XXI, p. 167).

Acepto que sobre este preciso punto el pensamiento de Hobbes permanece en el aire, por cuanto no logra desprenderse del lenguaje de los juristas de su tiempo: él habla de derecho sobre cosas rigurosamente circunscritas: *jura in rem*, *in personam* - *rights over persons, over things*... Pero, en todo

caso, el derecho civil permanece infinito (salvo excepciones expresamente formuladas por la Ley) en cuanto a la cantidad de poder que de ahora en adelante comporta para su titular. Tener el derecho de propiedad es hacer de su cosa todo lo que se quiera: "*to do anything which in his own judgment and reason, he shall conceit*", etc. (como decía Hobbes del derecho de naturaleza); es usarla según su fantasía, alienarla al precio que se quiera: implica, por tanto, una libertad de principio, reclamada por el juego del mercado (cfr. Mac Pherson). Hobbes es uno de los profetas de la economía liberal. Poderío absoluto: en ellos queda el derecho privado del estado civil; el derecho subjetivo natural, fuente de todo el orden jurídico, sólo ha podido engendrar en el estado civil un vástago parecido a sí mismo.

b. CONSOLIDACION

Pero, si bien no es falso que para Hobbes los derechos civiles son aún derechos naturales, ellos han progresado poderosamente en relación con el estado de naturaleza. Lo que han perdido en volumen (en cuanto a su esfera de aplicación) lo han más que recuperado en fuerza. Han ganado, desde luego, la ventaja de haber llegado a ser exclusivos (*De Cive* XIV. 17), dentro de los límites a que la Ley, sin embargo, los restringe (no se refieren más a "todas las cosas"); ellos son "propios" de su titular; el lenguaje de Hobbes hace la síntesis (en el estadio de la vida política) de dos términos que en Roma se distinguían: *jus* y *proprietas* (*property*), y de este tercero, *dominium*: entendemos que es el señorío absoluto del propietario, ahora reconocido como un derecho, que se encuentra celosamente protegido de toda intrusión de otro, y al que el egoísmo natural de los individuos aspiraba desde los orígenes.

En segundo término, los derechos civiles pueden ahora reposar sobre la protección del Estado. Su consistencia precisa, que es determinada por la Ley (consistencia que ha llegado a ser cierta y que los jueces no podrán ya poner más en duda en nombre de la "justicia"), está, de aquí en adelante, garantizado por la fuerza pública. Helo aquí en lo sucesivo sancionado (lo cual habrá de ser el criterio de lo jurídico en el sistema del pensamiento moderno). En lugar de ese derecho inútil que era el *jus in omnia* [derecho a todo] del estado de naturaleza, ahora he aquí para el propietario

un valor seguro y consistente; en lugar de ser una idea ilusoria, se ha transformado en realidad. Para continuar expresándonos en el lenguaje de Hegel, la ventaja del derecho civil está en que él es un derecho natural llegado a ser *wirklich*, efectivo, aunque sea al precio de algunos sacrificios.

Y yo pienso que tocamos aquí el fin mismo del sistema de Hobbes: él está esencialmente dirigido hacia la consolidación efectiva de los poderes del individuo. Los que leen a Hobbes desde el punto de vista de las ideas políticas, dicen que su fin es la instauración de la Paz, y yo así lo deseo; pero desde el punto de vista de la Historia del pensamiento jurídico, y en un sentido más positivo, nosotros diremos más bien: promoción, realización, seguridad (la Paz no es sino un medio para la seguridad) de los derechos subjetivos de cada uno.

Tal era la razón del pacto. Tal era el cálculo racional e interesado del individuo, y que lo había determinado a concluir el contrato social: hacer valer su derecho natural. Como un agente publicitario, Hobbes ha querido hacerle comprender los beneficios del asunto, y que, por lo demás, carece de riesgos: podemos dar por descontado con toda tranquilidad que el soberano cumplirá su parte en el contrato²⁵ aun cuando no esté en él comprometido, y que no haya suscrito ningún "pacto"; que no dejará de definir y de sancionar los derechos de cada uno. Todo lo incitará a ello: el deber moral, su responsabilidad frente a Dios, ante cuyo tribunal, en el otro mundo, deberá responder... Ello no es, sin embargo, suficiente: un burgués no concluiría un negocio con cauciones tan poco tangibles. Pero está incluso el propio interés bien calculado del Príncipe, por cuanto las fuerzas del *Leviathan* son la riqueza de todas sus células: "*divitiae singularium*" (*Lev.*, prefacio) y el bienestar (*well and delightful being*) de los sujetos mismos (*El. of Law* II. 5). No existe otra vía, para el *Leviathan*, de conservarse, que velar por los derechos de sus miembros. Todo hace prever que él procurará a sus ciudadanos la riqueza y la seguridad (*El. of Law* II. v. 1; II IX. 1. s.; *De Cive* XIII; *Dial.*, p. 81, 96 ss.). Sí; tal era la finalidad perseguida. Evidentemente, Hobbes no tiene nada de totalitario; más que en la fuerza de todo el "cuerpo político", él piensa en lo que será

²⁵ El "contrato", en efecto, es el negocio, el intercambio de prestaciones recíprocas. El soberano participa en el "contrato" sin obligarse por ningún "pacto", es decir, se trata de un compromiso consentido (*El. of law*, cap. 1). Por una vez, Hobbes se expresa aquí en el mejor lenguaje romano.

el resultado, el bienestar de los particulares. "*God made the Kings for the people*" (*Dial.*, p. 81). El *Leviathan* sólo ha sido construido para el provecho del hombre natural que es un ser individual: "*homo naturalis, propter cujus protectionem et salutem excogitatus est*" [El hombre natural, en razón de cuya protección y salud ha sido concebido (el *Leviathan*)] (*Leviathan*, prefacio).

Entonces, para concluir acerca del sistema jurídico de Hobbes, él ya no es más Ciencia de la Justicia (como aun en el decir de Ulpiano, el Derecho romano apuntaba a serlo), Ciencia de la armonía social. Nada está más ausente de la obra de Hobbes que la idea de Justicia social, de Justicia distributiva, de porciones repartidas justamente entre los miembros de un grupo social. ¿Cómo un discípulo de Occam y de Galileo podría proponerse como objetivo la armonía de un todo, que para él carece de existencia natural? El sistema jurídico de Hobbes es una Ciencia de los derechos subjetivos, de los derechos de los soberanos y de los súbditos, y de aquello que sale de esos derechos: los pactos, el Estado y la Ley que viene a rebotar sobre los derechos, ahora transformados en tales en el seno del cuerpo político, remodelándolos y otorgándoles fuerza y seguridad. Los derechos subjetivos no sólo están en el principio del sistema de Hobbes. Ellos son sus fines y sus valores. El *Leviathan* no sólo se ha instituido por el individuo, sino que también para el individuo. Los derechos subjetivos no son la causa eficiente del Derecho, sino que su causa final y formal, y la substancia misma del Derecho. Ellos son el *alpha* y el *omega*.

He aquí, pues, lo que me parece resultar del esquema coherente de Hobbes: este cambio de objeto en la Ciencia del Derecho; cambio no totalmente inédito en la época de Hobbes, pero que ha finalmente triunfado en el mundo de los juristas modernos gracias a la fuerza, al rigor, a la amplitud de su filosofía. A otros, a los juristas técnicos, a los romanistas, a los pandectistas, les corresponderá refundir el orden y los planes de los tratados de Derecho, clasificando los diferentes tipos de derechos privados en géneros y especies (reales, personales, etc.), su tenor, sus sanciones precisas y sus modos de adquisición. Yo no digo en absoluto, por lo demás, que ellos hayan podido seguir enteramente ese tipo ideal: el buen sentido, en ocasiones, ha resistido a esta fascinante construcción ideológica.

III. VISION CRITICA DEL SISTEMA DE HOBBS

Será conveniente, para terminar, echar una mirada crítica a esta filosofía del Derecho. En primer lugar, para hacer presente su acomodo a las presuntas inclinaciones de las clases dirigentes de la Sociedad de ese tiempo: de un mundo sediento de razón, de iniciativa, de responsabilidad personal, de libertad económica, de enriquecimiento y de seguridad material. Al menos, ese es el cuadro tradicional que se nos ofrece. La seguridad de las posesiones y de los derechos personales resultantes de diversos contratos comerciales, las libertades fundamentales, sus ventajas de orden económico y moral son a las que aspira, por sobre todo, la burguesía europea, al punto que ella querría que esos fines extra-jurídicos invadieran el Derecho mismo y que se transformaran también en su fin. Hobbes llena plenamente esos deseos. Pero esto no es una razón para que nosotros callemos las lagunas de su construcción.

La primera es el escamoteo de la Justicia distributiva. Habiéndola tarjado desde un comienzo de la Ley de naturaleza, Hobbes no podía reencontrarla en el Derecho del estado civil. ¿Quién distribuye lo mío y lo tuyo en el estado civil, lo que es para nosotros el verdadero oficio del Arte jurídico y del juez en cada proceso? La voluntad bruta del Príncipe. Hay que remitirse a su "equidad" (*De Cive* XIII; *Lev.* XXIV) (pero, ¿qué quiere decir la palabra equidad si no existe, según la naturaleza, una Justicia distributiva?). Presumimos que, por lo general, será permitido a cada cual el "retener" aquello que ocupaba antes de la conclusión del pacto. Nada por lo demás nos lo garantiza. La repartición de los derechos de cada uno procede no ya de un Arte de lo justo, sino que de lo absolutamente arbitrario. De qué manera se opera esa partición, es sobre lo que Hobbes no puede instruirnos, de lo que rehúsa ocuparse. El sistema jurídico de Hobbes porta en germen la injusticia social.

Y nuestra segunda crítica es que no acierta ni siquiera a proteger eficazmente esos derechos privados de los ciudadanos, distribuidos ciegamente y a la aventura. Yo habría ciertamente comenzado por ahí, si no se hubiera repetido tantas veces; esos derechos tan fuerte y tan severamente sancionados, lo son, sin embargo, solamente en el ámbito del Derecho privado y frente a los particulares, no en contra del Estado. Es el precio que ha debido pagarse para asegurar los derechos civiles: mantener un Prín-

cipe omnipotente, dejarle titular de su derecho universal del estado de naturaleza, renunciar, frente a él, a toda especie de resistencia. Entonces, el derecho del ciudadano, tan sólidamente instituido en las relaciones de Derecho privado, se desvanece frente al Estado. El derecho no es oponible al Príncipe. Haga lo que haga, tome lo que tome, el Príncipe no comete injusticia; él no puede causar "injuria" a nadie (*El. of Law* II. II. 3), puesto que no hay derechos contra él y que él mismo posee todos los derechos. Se encontrará en Hobbes algunos aspectos curiosamente reaccionarios: él expone con complacencia el sistema del Derecho feudal, interpretándolo todo en provecho de los derechos eminentes del soberano (*Dial.*, p. 184 s.); en otra parte le veremos enunciar sin tener nada que censurarles e incluso forzándolas, las durezas de la esclavitud romana (*El. of Law*, II. cap. III). El súbdito no puede nada contra el amo, y se considera que aquél ha aceptado su situación, por un pacto. En cuanto a las libertades públicas, el ciudadano no tiene otra que la de haber consentido, globalmente, en la existencia del Estado (e incluso, de manera forzada). Sobre todo, nada de libertad de cultos o de profesar sus propias opiniones en materia de Teología; ni de discutir, como pretenden indebidamente los parlamentarios o Eduard Coke, jefe de la casta de los jurisconsultos (*Dial.*, p. 89 s.), la Ley, que es la voluntad del Príncipe. Sostener que el Príncipe no tiene el derecho de quitar sus bienes a un súbdito, ya sea por medio de impuestos, ya sea de otra forma (doctrina de Bodin), a los ojos de Hobbes es una opinión sediciosa (*De Cive* VI. 15; XII. 7). ¿De qué sirven, pues, tantas precauciones y garantías contra los vecinos, si se está desarmado frente al Estado? Hay ahí para los publicistas (y finalmente para todo el mundo) un ejemplo, más bien curioso, "de individualismo jurídico". El sistema se salda con un fracaso.

Es cierto que Hobbes, exponiendo la omnipotencia del soberano, no hace sino que descubrir una situación de Derecho; y se persuade a sí mismo de que, de hecho, el soberano no abusará sino apenas; no tendría ningún interés en ello, dependiendo toda su riqueza y su poder de su cuidado en velar por los derechos de los particulares. Por otra parte, Hobbes ha podido estimar que las consecuencias de la anarquía eran más temibles en su tiempo que los abusos de la Realidad; y que la seguridad de los derechos privados constituía un bien preferible a las peligrosas libertades públicas, que amenazaban por entonces con ser excesivas. Sí; pero en

otras circunstancias, los abusos de los poderes públicos pueden revestir espantosas proporciones y, finalmente, aniquilar los derechos privados bajo el estatismo. El sistema de Hobbes los subestima. Las generaciones ulteriores, en su país, han rechazado a Hobbes y seguido a su adversario Coke; más tarde, ellas dieron razón al régimen parlamentario y al Liberalismo de Locke.

Pero, ¿cuál es la causa del fracaso del sistema de Hobbes? En realidad, nada encontramos que censurar a su lógica. Que su construcción, tendiente a la plena realización de los derechos privados de los ciudadanos, haya debido hacerse mediante el sacrificio de los derechos "públicos" frente al Estado, eso era una consecuencia que él no podía evitar habiendo partido de tales exigencias y premisas. Y esto llegó a otros: a Rousseau, quizá a Hegel. Es el drama del individualismo: cuando tiene que rendir cuenta del orden social, se ve él forzado a negarse a sí mismo y a engendrar de entre todos, los regímenes más opresivos al individuo.

El mérito de la doctrina de Hobbes, de su noble y lúcida empresa, es el de forzarnos a comprender frente a qué dilema nos encontramos los filósofos del Derecho. Es una apuesta la de basar el Derecho, sistema de relaciones entre los hombres, en el individuo aislado; es decir, basar el Derecho en la negación del Derecho. Cuadratura del círculo: a partir del individuo, a partir de su "derecho subjetivo", sólo se encontrará el anarquismo y la ausencia de orden jurídico, o bien, contradiciéndose a sí mismo, a partir del individuo, a su imagen se fabricará el individuo artificial, el monstruoso *Leviathan* que aplasta a los verdaderos individuos.

No reencontraremos jamás el Derecho a partir del Nominalismo. La Filosofía que salió de Guillermo de Occam y de Galileo (es decir, en general, la moderna), no puede rendir cuenta del Derecho. No es posible pensar el Derecho sino es en el Realismo, que considera las Sociedades como naturales, por cuanto un sistema de relaciones sociales sólo encuentra su fuente en las Sociedades. Hay que comenzar por admitir que el hombre es animal político, "naturalmente" político. Por nuestra parte, no vemos otra salida que la de dar vuelta atrás, más allá de Hobbes, en dirección a su adversario: a la doctrina de Aristóteles, que implica una noción enteramente distinta del derecho atribuido al individuo. Esto sería para nosotros una conversión necesaria, pero difícil.

VIII

EL DERECHO SUBJETIVO EN IHERING*

* Comunicación presentada al Coloquio sobre Ihering, celebrado en Göttingen en octubre de 1968. Publicada en *Seize Essais de Philosophie du Droit* (Dalloz, Paris, 1969), cap. XII: *Droit subjectif* III, p. 208 ss. Traducción de Jorge López (Univ. Católica de Valparaíso).

