

LA TESIS NO-CONTRATUALISTA DE UN PACTO CONSTITUCIONAL ORIGINARIO

Gabriel Zanotti
Universidad del CEMA
Friedman-Hayek Center for the Study of a Free Society

1. Planteo del problema

Es ya conocido el debate Nozick-Rothbard sobre la justificación del “Estado mínimo.” Nozick¹ argumenta que los *free riders*, que en principio no forman parte del estado ultra-mínimo, tenderían a asociarse al mismo para minimizar sus costos y que, finalmente, el Estado ultra-mínimo los podría forzar a formar parte para proteger a sus clientes de su agresión potencial (compensándolos después), lo cual sería la justificación ética del “Estado mínimo”. Rothbard² objeta la legitimidad moral de ese paso del Estado ultramínimo al mínimo. La agresión del *free rider* no es “actual” (en el sentido español del término, esto es real), sino potencial, y no está éticamente justificado iniciar la fuerza contra alguien que ni siquiera ha amenazado con iniciarla.

Si Rothbard tiene razón, su caso a favor del anarco-capitalismo estaría aparentemente ganado, pues todo Estado mínimo se enfrentaría con la misma objeción. Esa objeción alcanzaría a la única línea que queda, esto es el consenso tácito al que se refiere Hume en su famoso ensayo *Del contrato original*³, que tiene un punto importante a efectos del debate: reconocer que, *desde el momento presente hacia el pasado, todo gobierno es ilegítimo pues siempre se va a encontrar un punto donde haya habido un robo o un asesinato*. El “consenso tácito” al que se refiere Hume justificaría, por su utilitarismo, a un gobierno *desde un momento presente para adelante*, por su legitimidad de ejercicio, que luego legitimaría cierta línea de una legitimidad de origen. Esto es importante porque la teoría de Hume permite justificar los “pactos constitucionales originarios” donde hubo consenso sobre los “*constitutional essentials*” (Rawls⁴) básicos, *de un momento presente para adelante*.

Pero, como dijimos, un partidario de Rothbard podría seguir diciendo que ese “consenso tácito” de ningún modo implica que algún 100% de individuos hayan firmado una Constitución (el debate se aplica obviamente al *leading case* histórico, la Constitución de los EEUU), y que por ende la legitimidad moral del pacto histórico en cuestión sigue siendo objetable.

Ahora bien, la idea de un “pacto constitucional originario”, sin ser de ningún modo una teoría del contrato social, es importante porque permite explicar los consensos existentes en una democracia madura, republicana, que eviten una inestable “democracia de facciones”⁵ tan dominante en el momento histórico actual. De manera transitiva, es importante entonces reelaborar la teoría de Hume para evitar la aguda crítica de Rothbard y poder dar un nuevo fundamento a la recuperación de la importancia del consenso sobre los *constitutional essentials*.

2. El “pacto constitucional originario”. El caso histórico de la Alemania de 1949.

Esta teoría NO es otra teoría del contrato social. Como hemos visto en Hume, ningún derecho de propiedad, ni tampoco ningún poder político que se base en las elecciones o en la herencia, pueden evitar el peso de la Historia si nos remontamos para atrás: en todos los casos encontraremos un robo o un asesinato y por ende toda propiedad y todo gobierno sería ilegítimo.

En este punto es donde entra mi teoría de un pacto político originario, de tipo histórico. Es una teoría débil, un grado bajo de universalización, para tratar de explicar qué sucede en determinadas situaciones históricas con respecto a un “nuevo período de gobierno”.

Pensemos por ejemplo (como es una teoría que pretende explicar casos, los ejemplos son indispensables) en la Alemania posterior a la Segunda Guerra. Se podría conjecturar que la mayor parte de la población vivió una situación social y política traumática, colocando a la mayor parte de la población (“mayor parte”: es un lenguaje no cuantitativo,

¹ *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, New York, 1974.

² *The Ethics of Liberty*, New York University Press, 1982.

³ Hume, D., “Del contrato original”, en *Ensayos Políticos*, Unión Editorial, Madrid, 1975. Introducción y traducción de César Armando Gómez.

⁴ *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993.

⁵ Ver al respecto Grondona, M.: *El desarrollo político*, Sudamericana, 2011.

estamos tratando de simbolizar una situación general) en la evidencia de las miserias del autoritarismo y las miserias de la guerra. Ahora pensemos: ¿qué “apoyo” recibió la Ley Fundamental de Bonn de 1949?

Recurramos nuevamente a Hume. Nuestra glosa irá en itálicas: “...Si las generaciones humanas desapareciesen a la vez para ser sucedidas por otras, como ocurre con los gusanos de seda y las mariposas, la nueva raza, si tuviese suficiente sentido para elegir su gobierno, lo que no pasa entre los hombres, podría voluntariamente, y por general consenso, establecer su propia forma política sin consideración alguna por las leyes o el precedente de sus antepasados⁶. (*Lo que acaba de recordar Hume es la historicidad permanente de todo mundo de la vida, de todo horizonte, en términos de Gadamer*). Pero como la sociedad humana se halla en perpetuo fluir, y a cada instante desaparecen hombres del mundo y llegan otros a él, es preciso, a fin de conservar la estabilidad del gobierno (*la estabilidad: un valor permanente para dado su utilidad social, la misma utilidad NO constructivista que en Hume y Hayek explican “... la justicia o el respeto por los bienes ajenos, la fidelidad o el cumplimiento de las promesas se hacen obligatorios y adquieran una autoridad sobre todos los hombres”, normas morales que justifican a su vez que la estabilidad de la paz social tenga valor*) que los jóvenes se conformen con la constitución vigente y sigan los pasos de sus padres. En toda institución humana tienen que producirse necesariamente innovaciones, y es una suerte que el genio ilustrado de la época las oriente en la dirección de la razón, la libertad y la justicia; pero ningún individuo tiene derecho a hacer innovaciones violentas (*o sea: el cambio revolucionario de un gobierno por otro atenta contra la paz necesaria para la cooperación social; el mismo argumento de Mises en favor de la democracia*) que son peligrosas, incluso cuando las introducen los legisladores. De tales novedades precipitadas hay que esperar siempre mayor mal que bien; y si la historia nos ofrece ejemplos contrarios, no hay que tomarlos por precedente, y sólo deben servir como prueba de que la ciencia política da pocas reglas que no admitan excepciones, y que no puedan ser a veces superadas por razones y accidentes.” (Como vemos Hume admite el límite del conocimiento que estamos tratando de establecer).

La “obediencia” a determinada línea de autoridades se basa en el mismo juicio moral que fundamenta el respeto a la propiedad, a los contratos, al cumplimiento de los contratos: “...Con el deber político o civil de la obediencia ocurre exactamente igual que con los naturales de la justicia y la fidelidad. Nuestros instintos primarios nos llevan a concedernos una libertad ilimitada o a tratar de dominar a los demás; y sólo la reflexión hace que sacrificuemos tan fuertes pasiones al interés de la paz y el orden público. Un mínimo de experiencia y observación basta para mostrarnos que la sociedad no puede sostenerse sin la autoridad de los magistrados, y que esta autoridad no tardará en ser depreciada donde no es rigurosamente obedecida. La observación de estos intereses generales y palmarios esta fuente de toda observación cívica, y de la obligación moral que le atribuimos”. (p. 132).

Pero, vuelta, ¿cuál es el fundamento moral de esta “obediencia”?

“...Si se me pregunta por la razón de la obediencia que hemos de prestar al gobierno, me apresuraré a contestar: porque de otro modo no podría subsistir la sociedad, y esta respuesta es clara e inteligible para todos” (p. 133).

Hume habla de “aquello sin lo cual la sociedad humana no se podría conservar” (lo necesario para la cooperación social, de la cual hablaba Mises⁷) lo cual coincide con Santo Tomás, cuando se pregunta por el ámbito legítimo de la ley humana: “...Ahora bien, la ley humana está hecha para una multitud de hombres, en la que la mayor parte son imperfectos en la virtud. Y por eso la ley no prohíbe todos aquellos vicios de los que se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, aquellos de los que puede abstenerse la mayoría y que, sobre todo, hacen daño a los demás, **sin cuya prohibición la sociedad humana no podría subsistir**, tales como el homicidio, el robo y cosas semejantes”, I-II Q. 96 a. 2c, las negritas son nuestras). Hayek ha hecho notar esta *singular coincidencia* de ambos autores en cuanto a la *utilidad como aspecto moral* de la filosofía política⁸. Esto es esencial, porque en Santo Tomás, en Hume, en Hayek y en Mises la utilidad social es fuente de moralidad, y por ende una fundamentación “consecuencialista” de la legitimidad del gobierno es a la vez deontologista).

Y finalmente llega lo que podríamos llamar “el punto límite de la filosofía política”: “...Pero, ¿a quién debemos obediencia? ¿Quién es nuestro soberano legítimo? Esta pregunta es a veces difícil de responder y se presta a discusiones interminables” (Aquí Hume vuelve a reiterar que es imposible encontrar una legitimidad originaria). (p. 134).

¿Pero qué tiene que ver todo esto con nuestro ejemplo histórico? Que ahora tenemos más elementos para entender qué sucedió y justificarlo moralmente. Los alemanes habían tenido una experiencia traumática, una problematización de su mundo de la vida, en términos de Schutz⁹. Sabían ahora más que nunca que no podían volver para atrás, que todo intento de encontrar una legitimidad en el pasado era imposible. Sabían, además, sin haber estudiado ni a

⁶ Hume, D., op.cit., p. 129.

⁷ Mises, L. von: *Liberalismo*, Unión Editorial, Madrid, 1977; *La Acción Humana*, Sopec, Madrid, 1968; *Teoría e Historia*, Unión Editorial, Madrid, 1975.

⁸ Hayek, F. A. von: *Derecho, legislación y libertad*, vol. 2, Unión Editorial, Madrid, 1979, p. 28, nota 13.

⁹ Schutz, A., Luckmann, T.: *Las estructuras del mundo de la vida*, Amorrortu, Buenos Aires, 2003.

Gadamer¹⁰, ni a Hume ni a Hayek, que tenían una *continuidad histórica*, que eran *los mismos alemanes “anteriores a 1949” los que ahora tenían que seguir viviendo “democráticamente”*. Tenían que hacer un alto en el camino, tenían que de algún modo “consentir” un momento político del presente para adelante, y algunos de ellos tenían la memoria de lo que era una Constitución liberal. Y lo hicieron. ¿Fue un “consentimiento tácito”? Tácito, desde luego: no había otro modo de seguir adelante y una revolución contra una constitución liberal los volvería al pasado vergonzante. ¿Consentimiento? ¿De qué modo? Hume mismo lo plantea, recordando tal vez elementos de las teorías escolásticas de la “voluntad per accidens” que él obviamente no iba a citar. Quien tira lastre de un barco para que no se hunda lo hace voluntariamente, sí, pero *per accidens*, dada la circunstancia¹¹. Pues bien, hay infinitas circunstancias donde nuestras opciones no son las primeras, sino las segundas dadas las circunstancias. ¿Y de qué modo juzgar si eso fue “mayoritario” o en qué medida “en general”? Nuevamente, *no hay respuesta, es el límite de la ciencia política, hay que guiarse por el ejemplo*. ¿Qué iban a hacer? ¿Iban los nazis a estar en desacuerdo? No, habían sido juzgados y estaban presos, ejecutados, desaparecidos o habían huido a Sudamérica. ¿Y el resto de la población que había apoyado sin rebelarse, o sea, los que no fueron Sophie Scholl¹² u otros héroes similares, porque no pudieron, o no quisieron, o no tuvieron la fuerza mental, moral o psicológica para rebelarse? ¿Qué iban a hacer?

Si todo esto no alcanza para hablar de un “consentimiento tácito” y de la legitimidad *moral* de la Constitución liberal del 49, ¿qué alcanza entonces?

Es a esto lo que llamo un “pacto político fundacional”, o “pacto constitucional originario” de un determinado período histórico, que implica un consenso tácito *de un momento presente para adelante*, que legitima moralmente al gobierno adoptado. Esos pactos implican dos cosas importantes: a) dan un *alcance y un límite histórico* a las libertades individuales que se comienzan a respetar en ese momento (libertad de expresión, enseñanza, religión, etc.), b) dan un consenso generalizado, sobre las formas constitucionales elegidas, entre partidos políticos *diferentes*, con lo cual estos pactos dan origen a democracias maduras, republicanas, de consensos, entre los moderados de todos los partidos (NO “entre los partidos moderados” sino “en los moderados de todos los partidos”). Por supuesto, estos momentos históricos pueden degenerar en nuevas democracias de facciones o en nuevas guerras civiles ante las cuales no habrá otra opción que re-hacer el pacto político originario o desaparecer como proyecto de “nación” unificada.

3. Otros ejemplos

Pensemos en otros ejemplos. La Italia de la post-guerra. Francia, igual. La España de 1977, con los famosos Pactos de La Moncloa. Y Japón, nada más ni nada menos¹³.

Y en lo que a nosotros respecta, lo hemos intentado varias veces. Tal vez el pacto de San Nicolás, tal vez la Constitución del 53, pero nunca se alcanzaron los consensos suficientes. En 1983 se inaugura un momento donde la opción militar desaparece, que no es poco, pero la democracia que tenemos desde entonces es una democracia de facciones¹⁴. Para la Argentina, una democracia de facciones durante 42 años es todo un logro.

(Interesante señalar, para ver la ductilidad histórica del análisis de Hume, que la democracia argentina de 1983 en adelante, *se originó jurídicamente en un decreto de un gobierno militar*).

¿Y el famoso caso de EEUU? *Creo que no se puede resolver*. Si hubo o no el suficiente consenso tácito, se debatirá ad infinitum. Si alguna vez saldrá EEUU del imperio autoritario en el que se ha convertido (y **no** precisamente desde Enero del 25), lo veo difícil. Pero si alguna vez lo hace, ¿a qué teoría política podrá recurrir, sino a Hume?

4. Conclusión

Ante los interminables debates sobre la legitimidad del poder político, creemos que la filosofía política, desarrollada “in abstracto” de la Historia, llega a un límite infranqueable, *excepto* utilicemos esta teoría de Hume, que de algún modo está en Buchanan¹⁵, en Hayek¹⁶ y aún en Rawls cuando va a los EEUU como su base histórica¹⁷. Pero no sólo eso. Los consensos sobre los *constitucional essentials*, tanto en Europa como en EEUU, por las profundas dicotomías entre liberalismos (clásicos) e intervencionismos diversos, se han perdido. Hay gente en EEUU que

¹⁰ Gadamer, H.G.: *El problema de la conciencia histórica*, Tecnos, Madrid, 2000.

¹¹ Santo Tomás, I-II, q. 6, a 6 c.

¹² Sophie Scholl fue una joven estudiante alemana que a sus 22 años fue asesinada, junto con su hermano, por el régimen nazi por formar parte de una resistencia ilustrada llamada “Rosa Blanca”. Ver al respecto https://personajeshistoricos.com/c-pacifistas/sophie-scholl/#google_vignette

¹³ Sobre este último caso, ver Beasley, W.G.: *Historia moderna del Japón*, Sur, Buenos Aires, 1968.

¹⁴ Ver Grondona, op.cit.

¹⁵ *The Limits of Liberty*, University of Chicago Press, 1975.

¹⁶ *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1975.

¹⁷ Ver al respecto Kukathas, C., y Pettit, P.: *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos*, Tecnos, Madrid, 2004.

seriamente está hablando de secesión¹⁸. Lo mismo en Europa con los movimientos anti-globalización, ya sean de origen nacionalista o libertario. Y en Latinoamérica, esos “essentials” nunca se lograron. La importancia de este teoría, la del pacto constitucional originario, que renueva la teoría de Hume, es que *permite dar las bases teóricas de un futuro político donde haya nuevos acuerdos básicos que permitan superar estas guerras civiles potenciales.*

Seguimos pensando que Hume ha dado en la tecla de un problema político fundamental, para el cual su teoría permite explicar la evolución hacia la libertad, al mismo tiempo que señala los límites inexorables de la filosofía política.

¹⁸ Ver, al respecto, <https://www.lewrockwell.com/?s=secession>