

todo. Tal es el problema fundamental, cuya solución da el contrato social⁴: el sueño de todo buen romántico.

Continúa afirmando Rousseau que “esta persona que se forma así, por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de Ciudad, toma ahora el nombre de República o el cuerpo político, al cual llaman sus miembros Estado cuando es pasivo, Soberano cuando es activo, Poder cuando lo comparan con otros de su misma especie. Por lo que se refiere a los asociados, toman colectivamente el nombre de Pueblo, y se llaman en particular Ciudadanos como participantes en la autoridad soberana, y Súbditos como sometidos a las leyes del Estado”⁵.

Ya antes Locke y Hobbes habían caracterizado al hombre en estado de naturaleza como un solitario⁶. Rousseau agrega, además, que el buen salvaje es autosuficiente: “errante en las selvas, sin industria, sin palabra, sin domicilio, sin guerra y sin vínculos, sin necesidad alguna de sus semejantes, (...) sujeto a pocas pasiones y bastándose a sí mismo, no tenía más que los sentimientos y las luces propias de este estado”⁷. Se entiende, entonces, que en el paradigma liberal, la sociedad sea un fenómeno adventicio, una creación propia del estado de sociedad al que se llega por pacto. Allí, en la sociedad, el buen salvaje aprende a sujetar y encauzar su natural espontaneidad, pero la sociedad no deja de ser un inevitable artificio.

“Este paso del estado de naturaleza al estado civil, produce en el hombre un cambio muy importante, sustituyendo en su conducta el instinto por la justicia y dando a sus acciones la moralidad que les faltaba antes. Sólo entonces, cuando la voz del deber sucede al impulso físico y el derecho al apetito, el hombre, que hasta entonces no había mirado más que a sí mismo, se ve obligado a obrar con arreglo a otros principios y a consultar su razón antes de escuchar sus inclinaciones. Aunque se priva en este estado de varias ventajas que le ofrece la Naturaleza, gana otras igualmente grandes: sus facultades se ejercitan y desarrollan, sus ideas se amplían, sus sentimientos se ennoblecen, su alma entera se eleva hasta el punto que, si los abusos

de esta nueva condición no le degradaran a menudo por debajo de aquella de que salió, debería bendecir constantemente el dichoso momento que le sacó de ella para siempre y que, de un animal estúpido y limitado, hizo un ser inteligente y un hombre”⁸.

“Reduzcamos todo este balance a términos fáciles de comparar. Lo que el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo lo que le tienta y está a su alcance; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. Para no engañarse en estas compensaciones, hay que distinguir bien la libertad natural, que no tiene otros límites que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la voluntad general, y la posesión, que no es más que el efecto de la fuerza o el derecho del primer ocupante, de la propiedad, que sólo puede fundarse en un título positivo”⁹.

◆ “El buen salvaje ha sido elevado a ciudadano, ¿cómo se puede seguir siendo libre en el estado de sociedad, juntarse con otros, entregar libertad y propiedad y al mismo tiempo no obedecer más que a uno mismo? Es el deseo del casado que quiere seguir viviendo como soltero, del hombre o de la mujer con el síndrome de Peter Pan: niño siempre”.

El buen salvaje ha sido elevado a ciudadano, ¿cómo se puede seguir siendo libre en el estado de sociedad, juntarse con otros, entregar libertad y propiedad y al mismo tiempo no obedecer más que a uno mismo? Es el deseo del casado que quiere seguir viviendo como soltero, del hombre o de la mujer con el síndrome de Peter Pan: niño siempre¹⁰. Deseo de orden, de vida reglada, y a la vez, libertad del buen salvaje.

Libertad como espontaneidad, por un lado, y fidelidad a un promesa, por otro, son un contrasentido. Y Rousseau se hace un nudo con ambos temas. Un ser libre, solitario, individualista y autosuficiente no se ata a promesas. Con seres incapaces de comprometerse y movidos por su sola espontaneidad, no se puede hacer nada juntos, y menos sociedad. Pero ese es el paradigma liberal roussonianiano y así llega el buen salvaje al estado de sociedad, sociedad que no puede ser sino acuerdo tácito de voluntades, un contrato, un pacto que genera obligaciones exigibles jurídicamente. No hay más remedio para la espontaneidad del buen salvaje, que el derecho, entendido al modo liberal, como un orden coactivo, que hace previsible el futuro y tiene la suficiente fuerza para hacer cumplir las promesas y pactos.

4 Rousseau, J. J.: *El contrato social*. Ed. Orbis, Buenos Aires 1984, pp. 165-166.

5 Ibid., pp. 166-167.

6 Cfr. Glendon, M. A.: *Rights talk. The impoverishment of political discourse*. Free Press, New York 1991, pp. 66-75.

7 Rousseau, J.-J.: *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Ed. Orbis, Buenos Aires 1984, p. 97.

8 Rousseau, J.-J.: *El contrato social*, cit. pp. 168-169.

9 Ibid., p. 169.

10 Cfr. Polaino, A.: *¿Síndrome de Peter Pan? Los hijos que no se marchan de casa*. Ed. Desclée De Brouwer, Bilbao 1999.

Voluntad de todos y voluntad general

La distinción que hace Rousseau entre voluntad de todos y voluntad general es el intento de hacer compatibles la libertad natural con la libertad civil. Así, dice que "hay con frecuencia gran diferencia entre la voluntad de todos (volonté de tous) y la voluntad general (volonté générale); ésta se refiere sólo al interés común, la otra al interés privado, y no es más que una suma de voluntades los más y los menos que se destruyen entre sí, y queda como suma de las diferencias la voluntad general"¹¹. La voluntad de todos se expresa en las votaciones, pero puede ser voluntad moralmente mala, en cambio, la voluntad general es siempre recta. Para conseguir esta rectitud es preciso que el pueblo delibere, que los ciudadanos no se comuniquen entre ellos. Se requiere una completa homogeneidad. Hombres y mujeres sin sistema nervioso, puros espíritus en completa identidad.

"De modo que, para tener el verdadero enunciado de la voluntad general, importa que no haya sociedad particular dentro del Estado, y que cada ciudadano opine por sí mismo. Tal fue la única y sublime institución del gran Licurgo. Si hay asociaciones particulares, es preciso multiplicar su número y evitar su desigualdad, como hicieron Solón, Numa y Servio. Estas precauciones son las únicas adecuadas para que la voluntad general sea siempre esclarecida y para que el pueblo no se engañe"¹². Individuos iguales y negación de la libertad social, tal como sucedió en los primeros decretos de la Revolución francesa¹³ que negó el derecho de los patronos a utilizar el ámbito asociativo -2 de marzo de 1791- y rechazó cualquier tipo de asociación obrera o campesina -14 de junio y 20 de julio-.

Señala Francisco Carpintero que "aquella voluntad infalible se conseguiría privando a las voluntades realmente existentes de todo lo que poseen de parcial, por lo que su ética procedimental consistiría en una substracción continua hasta dar con la verdad adelgazada que es común a todos. Aparentemente estamos ante una versión renovada de la vieja teoría escolástica del bien común, pero no es así en este caso, porque Rousseau parece empeñado en exigir la inexistencia práctica o moral de los individuos: para él la inteligencia moral únicamente aparece en la sociedad, una vez concluido

el contrato social, y antes no existe la moralidad: ésta sería solamente un correlato del bien social obtenido de esta manera. Y si es duro afirmar la inexistencia de las personas en cuanto tales, más difícil le resultó caracterizar adecuadamente a la mística voluntad générale"¹⁴.

Rousseau trata a la voluntad general "como si fuera una persona o una cosa. Es la voluntad constante del Estado. De hecho, cuando se propone una ley en la asamblea del pueblo, lo que se le pregunta no es si la aprueba o la rechaza, sino si ella es conforme o no con la voluntad general. Finalmente, después de muchos equilibrios, Rousseau llama voluntad general a toda ley dictada por el Estado"¹⁵.

Para Rousseau, lo esencial no está en el Estado, sino en el Soberano que "constituye la garantía más segura de los derechos individuales. Por eso, no tiene sentido la elaboración de una Constitución o de una Declaración de derechos que, a la manera de América, consagrara los derechos de los individuos y los hiciera intocables para el legislador. En su opinión será la ley, siempre entendida como expresión de la voluntad general, o lo que es lo mismo elaborada democráticamente, la mejor y única garantía de los derechos de los individuos"¹⁶.

Voluntad de todos y voluntad general, de tal manera que aquel que no se ajuste a esta última, se le obligará a cumplirla, se le obligará a ser libre. Y si "para Montesquieu, las leyes se aplican como un acorde armónico sobre el espíritu general de una nación; para Rousseau, antes bien, son las leyes las que dan forma a los pueblos, para bien o para mal. En las circunstancias particulares de la Revolución, esta concepción habría de justificar al jacobismo y era el germen de las democracias totalitarias"¹⁷.

¿Qué ha sido de la voluntad general? La realidad, afortunadamente, la ha desmentido. Lo que tenemos es el puro juego de mayorías y minorías. Lo que ha existido y existe es la voluntad de todos, modestísima, pero real. Su expresión es la ley tal como la entendemos ahora "modo moderno": voluntad de una mayoría parlamentaria. La ley ya no es la "cierta ordenación de la razón" de la hablaba Tomás de Aquino, es simplemente voluntad de una mayoría, del mismo modo que entre

11 Rousseau, J.-J.: *El contrato social*, cit., p. 176.

12 Ibid., p. 177.

13 "Tenemos el convencimiento de que, en buena parte, los actuales e inequívocos síntomas de la creciente inestabilidad institucional surgen precisamente de la gran *negación de la libertad social* que trajo consigo la ideología de la Revolución francesa y que acabó por impregnar con su espíritu a todo el mundo occidental". Rodríguez Casado, V.: *Elogio de la libertad social*. Universidad de Piura, Piura 1984, p. 38.

14 Carpintero, F.: Op. cit., p. 340

15 Ibid., pp. 340-341.

16 Amuchastegui, J.: "Introducción" en Jellinek, G., Boutmy, E., Doumergue, E., Posada, A.: *Orígenes de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano*. Editora Nacional, Madrid 1984, p. 55

17 Jardín, A.: *Historia del liberalismo político. De la crisis del absolutismo a la Constitución de 1875*. Ed. Fondo de Cultura Económica, 2da. Edición, México 1998, p. 59

los particulares el contrato es acuerdo de voluntades. La deriva totalitaria existe, pero ha mutado. El sistema democrático cuando convive con el caudillismo, genera un tipo de gobernante que se ve como la encarnación de la voluntad general, cuando a lo sumo ha sido investido de poder tan sólo por la “voluntad de todos”, es decir, la mayoría simple o calificada del sistema electoral de turno. La voluntad general es un rezago de iluminismo platónico que rechaza a la política entendida como composición de intereses. Es la postura de un dios menor que actúa como déspota benevolente y obliga a sus díscolas criaturas a querer el bien que no ven. Es en ese sentido, un totalitarismo político que prescinde de los seres humanos reales, sin pasiones, sin libertad: cuando se intenta imponer la voluntad general desaparece el ser humano concreto y la política, queda la prepotencia y la violencia.

Por cierto, actuar como portador de la auténtica voluntad general -inexistente- no es patrimonio exclusivo del gobernante-caudillo. Cierta periodismo asume esa misma posición cuando se arroga el papel de intérprete de la opinión pública. Así es como se fabrica una opinión elaborada por un medio de comunicación y que pasa como si fuera fiel lectura de la realidad. Es el irresoluto problema de la disparidad de la agenda mediática con las ocupaciones y preocupaciones reales de los colectivos societarios.

Ya no es, quizá, el tiempo de las mal llamadas democracias totalitarias del telón de acero; han sido reemplazadas por las democracias fallidas, aquellas que entronizan al caudillo que prescinde del disenso de los que no votaron por él y gobierna como si fuera el intérprete de la voluntad general de su nación: uniformidad política, el despotismo vestido de seda. En las actuales sociedades políticas, no es la deriva totalitaria la que prevalece. La que prima es la vertiente emotivista liberal, la misma que pone en jaque continuo al moderno constitucionalismo.

El emotivismo libertario

Volvamos sobre la libertad. La situación en la que Rousseau ha dejado a la libertad y la ley es de una fragilidad tremenda. En la pugna entre libertad individual y ley, la balanza se inclina por la libertad emotiva, sin cabeza, puro corazón. El deseo quiere convertirse en derecho. Son las pretensiones de ciertos colectivos sociales que buscan el soporte jurídico a sus apetencias, desligadas de todo concepto de naturaleza humana. Deseo y libertad se fusionan, sensualidad y espiritualidad se superponen, el sentimiento opaca al pensamiento. El discurso se carga de emotividad.

El pacto social ha moderado el natural individualismo del buen salvaje, pero no lo ha eliminado. Está allí y al primer descuido salta, buscando recuperar el espacio perdido. La deriva a la libertad como mera espontaneidad es una constante en nuestra sociedad. Cornelio Fabro ha dicho que esta libertad carece de fundamento trascendental, “se ha constituido en objeto y fin de sí misma: se ha convertido en una libertad vacía, en una libertad de la libertad, ley de sí misma porque es libertad sin más ley que la explosión de los instintos o la tiranía de la razón absoluta, que se revela después como capricho del tirano”¹⁸. En efecto, allí está la común raíz de dos rasgos aparentemente inconciliables de las sociedades modernas: el emotivismo y el funcionalismo racionalista. El funcionalismo racionalista y legalista pone orden a las emociones en su aparecer caprichoso¹⁹. Sin derecho no hay promesa alguna que no sea más que un canto de cisnes en la sociedad liberal. Somos, en gran medida, salvajemente roussonianos.

La facultad de hacer promesas recorre toda la historia²⁰. Ciertamente es así, aún seguimos usando el viejo aforismo romano *pacta sunt servanda*, acompañado de la *fides romana* que es lealtad a la palabra dada²¹. Siglos después, a inicios del siglo XIX, en los albores del liberalismo contemporáneo, el Código Civil francés prescribe que: “Los convenios legalmente formados tienen carácter de ley entre quienes lo celebraron. No pueden ser revocados sino por mutuo consentimiento o por las causas que la ley establezca. Deben ser ejecutados de buena fe” (Artículo 1134). Por nuestra parte, el actual Código Civil peruano de 1984 establece también que “los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos” (Artículo 1361) y “deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes” (Artículo 1362). El contenido es el mismo en ambos códigos y no podía ser de otro modo, ya que el código civil francés, de marcado corte patrimonialista, inspiró al nuestro y a tantos otros que no hacían sino recoger los principios liberales triunfantes en la Revolución de 1789.

Los códigos introducen la seguridad que necesita toda revolución triunfante: “El marco jurídico, dentro del cual se desarrollan las decisiones de los individuos, es tanto más seguro cuanto más estable y rígido. El cálculo

18 Fabro, C.: *El templo de un padre de la Iglesia*. Ed. Rialp, Madrid 2002, p. 174.

19 Cfr. Cipriani, B.: *El tecnócrata moderno. Una mirada a la sociedad peruana*. Ediciones Universidad de Piura, Piura 2001, p. 89 y ss.

20 Cfr. Arendt, H.: *La condición humana*. Ed. Paidós, Barcelona 1996, pp. 262 y ss.

21 Cfr. D’Ors, A.: *Derecho Privado Romano*. EUNSA, Pamplona 1977, p. 58.

sobre el futuro, indisociable de toda iniciativa económica, estaría destinado al fracaso, si las variaciones del derecho frustrasen las expectativas e hiciesen no utilizables los instrumentos ya predispuestos. La exigencia de estabilidad (es decir, de absoluta previsibilidad de los comportamientos de los sujetos públicos y privados) está ciertamente en las raíces de las codificaciones del siglo XIX²². El liberalismo decimonónico queda, pues, consagrado jurídicamente en estos códigos civiles.

Sin derecho no hay, pues, promesa posible en la sociedad liberal. El derecho forma parte del funcionalismo racionalista sin el cual los engranajes de la sociedad no se moverían. Podemos aún precisar más, el contrato se convierte en el instrumento que viabiliza la promesa. Ya no es en virtud de la voluntad por la que uno permanece fiel a lo prometido, sino que es el contrato el que desde fuera ata y exige coactivamente el cumplimiento. Esta fuerza vinculante del derecho está tan metida en el común saber de la gente, que sin ninguna duda llamamos "palabras, tan sólo palabras", a aquellas promesas que carecen del soporte de lo jurídico. La novia sabe muy bien que si el compromiso no se formaliza "ante Dios y el registro civil", se ha perdido el tiempo por más promesas que se hagan. Detrás de este proceder, está la idea de que la promesa sólo adquiere consistencia y durabilidad cuando está de por medio el derecho. De ahí que, por ejemplo, a la novia la llamemos "prometida", pues aun existiendo la promesa recíproca de matrimonio -es decir la pedida de mano- no existe la obligación de casarse con ella (Artículo 239 del Código Civil Peruano). "Prometida" sin matrimonio y promesa sin contrato son como café descafeinado en la sociedad liberal.

En la sociedad liberal, el derecho se reduce a la ley y la ley llama a más leyes, con lo que el derecho muta y se convierte en una realidad de menor entidad llamado legalismo. Estamos atiborrados de leyes y sus derivados, pero es un mal necesario en una sociedad que ha renunciado a fomentar la vida buena de sus ciudadanos. Ha podido más el rigorismo de Hobbes que el republicanism virtuoso de Rousseau²³. Sin virtudes, sólo queda

22 Irti, N.: *La edad de la descodificación*. Ed. Bosh, Barcelona 1992, p. 19.

23 "En el modelo espartano Rousseau plantea magistralmente el núcleo del republicanismo: ¿Cómo puede llegar la ley al corazón de los hombres? Dicho problema tiene una resolución tan difícil, en política, como el de la cuadratura del círculo. Para Rousseau, *la materia última de la política es afectiva*. Ello permite entender al ginebrino como un demócrata radical y como un eslabón crucial en la tradición de la virtud. La unión entre política y sentimiento es parte de la herencia que Rousseau lega a los líderes de la Revolución francesa: «Los reyes y los aristócratas han desempañado muy bien su oficio: ahora os corresponde a vosotros desempeñar el vuestro, es decir, hacer a los hombres felices y libres por medio de las leyes». ¿Cuál es nuestro objetivo?, se preguntaba el Incorruptible: gozar pacíficamente de la libertad y la igualdad,

la coacción para hacer cumplir la promesa. Sí, los pactos deben ser cumplidos y deben negociarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe, pero lo cierto es que muchos pactos no se cumplen y las buenas intenciones escasean. De hecho, la buena fe no es liberal, es más bien republicana y sólo puede funcionar allí donde existan virtudes. Buena fe e individualismo radical son incompatibles. Detrás de una promesa, a veces está el caballero que honrará su palabra; pero también puede estar el buen salvaje dispuesto a sacudirse el pacto al llamado de los apetitos. Lo que antes fue una promesa libremente aceptada, ahora se convierte en camisa de fuerza que restringe su andadura de gitano.

La libertad espontánea y omnímoda del estado de naturaleza, se convierte en libertad ordenada en el estado social liberal, pero la deriva a la espontaneidad sigue presente, aunque en la sociedad concertada de los liberales el derecho le ponga ataduras a su natural expansión. El llamado de la selva es muy fuerte, y ni aun la ley es capaz de controlar sus pulsiones. Ilustraré esta idea con un cambio sustancial introducido en el derecho familiar peruano.

En el derecho liberal, el matrimonio es un contrato singular, pero, finalmente, es un contrato; es decir manifestación de voluntades, sujeto por tanto a término, de acuerdo a las causales de disolución del vínculo matrimonial, tales como el adulterio, la sevicia, la injuria grave, etc. Causales que pueden ser invocadas por el cónyuge inocente para pedir la separación de cuerpos y el divorcio. También está la separación convencional. Hasta aquí, simplemente estamos ante respuestas liberales que, cuanto menos, saben que el matrimonio es un asunto de por lo menos dos y que los desacuerdos deben verse también entre dos. Es la dinámica del estado de sociedad en donde la libertad del buen salvaje, se torna en libertad ordenada. Pero no es suficiente, el buen salvaje hace nuevamente su aparición, despertado, esta vez, por el emotivismo reinante.

Me refiero a la introducción en nuestro código civil del llamado divorcio unilateral²⁴. Se trata de la separación de hecho de los cónyuges durante un período

implantar una justicia eterna cuyas leyes hayan sido grabadas no en mármol o en piedra sino en los corazones de los hombres". Béjar, H.: *El corazón de la república. Avatares de la virtud política*. Ed. Paidós, Barcelona 2000, p. 94.

24 Art. 333, inc 12 del C.C. peruano; modificado por Ley 27495 del 7.VII.01: Son causas de separación de cuerpos: inc 12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo sería de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335 (ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio).

ininterrumpido de dos años, al término de los cuales, cualquiera de ellos puede solicitar el divorcio. Esta nueva causal rompe con la idea del pacto entre dos; es tan feroz el individualismo que la nutre, que le da la facultad de deshacer el matrimonio, incluso, al cónyuge culpable, fundando su demanda en hecho propio. Vuelve a entrar por la ventana el concepto de libertad como pura espontaneidad, sin vínculos u obligaciones. Es la regresión al estadio del buen salvaje, solitario, independiente, autosuficiente, desvinculado. Una situación así, ¿es tan sólo una excepción, una anomalía aislada en el tejido social? No, es simple consecuencia de uno de los radicales fundantes del liberalismo. La libertad roussoniana, tarde o temprano tiende a sacudirse los vínculos que la atan, no hay promesa ni virtud que aguante esta corrosión del carácter.

Desaparecida la fuerza de la palabra, sólo queda la fuerza del derecho para convertir la promesa en una realidad vinculante. La apelación a la buena fe de las partes tampoco mejora la fidelidad a lo pactado y, por eso, el derecho contractual moderno ha introducido ingentes cantidades de cláusulas penales para asegurar el cumplimiento del contrato. En este aspecto, el hombre liberal está más cerca de Hobbes que de Rousseau: no sólo da por sentado que la promesa humana es muy frágil, sino que desde el inicio ya cuenta con su defeción. La cláusula penal, en parte, asegura el cumplimiento de la obligación, pero principalmente protege del incumplimiento: estamos en el reino, no de las convicciones ni de los contratantes justos, sino simplemente en el mundo mecánico de premios y castigos.

Pero no todo es Hobbes. El emotivismo del mundo de la vida sigue en ebullición y los deseos pugnan por convertirse en derechos. Es la voluntad de unos que pugna por imponerse a la voluntad general. Ya no es un asunto de mayorías o minorías, ni mucho menos de racionalidad, es pura presión, la presión del buen salvaje roussoniano que busca recuperar su libertad desvinculada de la verdad de la condición humana.

