



EL MITO DEL CONTRATO SOCIAL Y DE LA LEGITIMIDAD DEL ESTADO BASADA EN EL CONSENTIMIENTO

THE MYTH OF THE SOCIAL CONTRACT AND THE LEGITIMACY OF THE STATE BASED ON CONSENT

PABLO GALINDO LEMA*

*Fecha de recepción: 15 de agosto de 2023
Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2023
Disponible en línea: 30 de diciembre de 2023*

RESUMEN

Las personas han pactado, cada una con cada una, en abandonar parte de su libertad natural y cederla al Estado, para que este sea quien gobierne sobre ellos en miras del bien común. Al menos eso es lo que afirma la teoría del contrato social, según la cual la legitimidad de un Estado deriva del consentimiento de sus ciudadanos. Para la doctrina, ese consentimiento puede ser expreso, implícito o hipotético. Sin embargo, ninguno de estos tipos de consentimiento es viable para legitimar al Estado, bien sea porque teóricamente no constituyen en un consentimiento real o bien porque, en la práctica, justifican las democracias iliberales. De esa manera, el contrato social es un mito, una ficción del derecho. Por ende, se propone que la verdadera fuente de legitimidad del Estado es la utilidad que este tenga para velar por el bien común y los derechos de todas las personas.

* Estudiante de cuarto semestre de la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá D.C., Colombia). Miembro del Semillero de Derecho Constitucional Contemporáneo. Contacto: galindo_p@javeriana.edu.co.

Palabras clave: Contrato social, legitimidad, consentimiento, democracias iliberales, Estado, bien común, estado de naturaleza, derecho constitucional.

ABSTRACT

People have agreed, each one with each other, to abandon part of their natural freedom and cede it to the state, so that it may rule over them for the common good. At least this is what the theory of the social contract says, according to which a state's legitimacy derives from its citizens' consent. This consent, following the doctrine, can be express, implicit, or hypothetical. However, none of these types of consent is viable to legitimize the State, either because theoretically they do not constitute real consent, or because in practice they justify the illiberal democracies. In this way, the social contract is a myth, a fiction of law. Therefore, I propose that the true source of legitimacy of the State is the utility it provides to ensure the common good and the rights of all the people.

Keywords: Social contract, legitimacy, consent, illiberal democracies, general welfare, state of nature, constitutional law.

1. INTRODUCCIÓN

Supongamos que usted vive en una pequeña ciudad en medio de una montaña. Allí habita junto con otras personas. Todo marchaba bien en términos generales: las relaciones entre vecinos eran pacíficas, el comercio funcionaba correctamente, en fin, era un ambiente agradable. Así fue por mucho tiempo, hasta que las cosas empezaron a marchar relativamente mal: un grupo de saqueadores llegó al pueblo para atormentar a sus habitantes. Desde su llegada, el miedo y la incertidumbre era predominante en las calles, pues en cualquier momento podría ocurrir una tragedia. Usted, cansado de la situación decide tomar cartas en el asunto y convoca a los vecinos para unirse y así solucionar de una vez por todas esta terrible situación. Las demás personas aceptan sin mayor reparo y juntos logran capturar a los criminales. Una vez capturados, deciden hacerles un juicio en la plaza del pueblo, en el cual se concluye que los malhechores serán sentenciados a la muerte por guillotina.

Después del veredicto, irrumpe en la plaza un grupo de militares. Bajo la amenaza de usar sus armas, ordenan detener el juicio inmediatamente. Usted, como líder de los vecinos, se acerca al jefe del escuadrón. Desconcertado, le

dice que lo único que están haciendo es hacer justicia, ya que en ningún momento el Estado estuvo allí para protegerlos. Sin embargo, la respuesta del militar lo deja aún más sorprendido, pues este alega que ningún habitante del pueblo puede privar de la libertad a nadie, mucho menos sentenciar a las personas a la pena de muerte, pues sólo el Estado está legitimado para ello. Es más, el militar le dice que el Estado no sólo es el único legitimado para hacerlo, sino que también fueron los mismos ciudadanos quienes han consentido a tal facultad. Evidentemente, sólo le queda a usted ceder ante las autoridades y entregarle a la justicia ordinaria los criminales.

Esta pequeña historia nos deja varias preguntas que, a primera vista, parecen ya haber sido respondidas por la academia. No obstante, realmente vale la pena detenerse en ellas y cuestionar aquello que damos por sentado. Preguntas como ¿por qué los ciudadanos no están facultados para realizar este tipo de actos?, ¿por qué sólo el Estado es quien puede hacerlos? y, consecuentemente ¿quién le dio al Estado dicha legitimidad? son cuestiones que se intentarán responder en este artículo. Ha habido varios intentos para solucionar estas preguntas, pero la teoría más aceptada parece ser la del contrato social, la cual, sin ir muy a fondo por ahora, nos dice que el Estado está legitimado para ejercer tales facultades porque nosotros, el pueblo, lo hemos consentido de esa manera. Es entonces, como a lo largo de la historia de la teoría contractualista ha habido varias interpretaciones de cómo se manifiesta aquel consentimiento que, siguiendo la clasificación de Huemer¹, este puede ser expreso, tácito o hipotético.

Al respecto se hablará a fondo en los siguientes capítulos. Pero adelantaré que, a la larga, no existe ningún tipo de consentimiento real por parte de los ciudadanos al Estado, sino que este es impuesto por nacimiento y aceptado por necesidad², y que por esa razón la legitimidad no puede predicarse del consentimiento sino de la utilidad del Estado mismo para satisfacer las necesidades y el bien común de su pueblo. Además de eso, el aceptar la teoría del contrato social da lugar a legitimar las democracias iliberales, pues al estas contar con la aprobación del pueblo, teóricamente se justifican, lo cual es inadmisibles. Para demostrar la tesis que propongo, seguiré una metodología de investigación de revisión de la literatura existente, en la que analizaré diversas fuentes doctrinales, antiguas y actuales, tanto de defensores de la teoría contractualista como de aquellos que la critican, así también como artículos académicos.

1 Michael Huemer. El problema de la autoridad política: Un ensayo sobre el derecho a la coacción por parte del Estado y sobre el deber de la obediencia por parte de los ciudadanos. Págs 8-9. Ed., Deusto. (2019).

2 Cosa que no necesariamente es algo malo.

2. EL ESTADO, EL PODER PÚBLICO Y EL CONCEPTO DE LEGITIMIDAD

Antes de adentrarnos a estudiar la teoría contractualista, es necesario entender el concepto de “Estado”, particularmente su elemento del “poder público” y su “legitimidad”. Generalmente, a los estudiantes de derecho nos enseñan que el Estado es un conglomerado social, asentado en un territorio determinado bajo un poder público organizado. De esa definición de Estado se extraen sus elementos, a saber, la población, el territorio y el poder público³. Centrémonos en este último ya que aquí es donde está el meollo del asunto.

Entiéndase poder público como aquellas instituciones a través de las cuales se busca organizar ese conglomerado social, es decir, es aquella máquina encargada de mantener el orden y de velar por el bienestar de los ciudadanos. Ahora bien, este poder público está dotado de soberanía, entendida como “la facultad para decidir en última instancia los asuntos que competen al bien común”⁴, para lo cual posee un poder de coacción, con el fin de hacer cumplir las normas que se emitan para regular nuestra conducta. Según la teoría constitucional, que el Estado tenga tal facultad se justifica debido al “consentimiento dado por los gobernados al poder que les dirige lo que le legitima y le da la cualidad de poder o gobierno de derecho”⁵. Dicho de otra manera, la legitimidad de un Estado se debe al consentimiento de sus ciudadanos y es precisamente por ello que tiene derecho a imponerse sobre nosotros con el fin de mantener el orden y el bien común.

3. LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO SOCIAL

El Estado tiene un poder superior al de cualquiera de nosotros. Puede decirnos qué hacer y qué no hacer, e incluso en dónde estar y en dónde no. El ejemplo más evidente y reciente en Colombia fueron todas aquellas medidas que se tomaron para mitigar el efecto del COVID-19: aislamiento preventivo, uso obligatorio de tapabocas, distanciamiento social e incluso el famoso pico y cédula para abastecimiento de víveres⁶. Si bien dichas medidas son completamente

3 Vladimir Naranjo Mesa. Teoría constitucional e instituciones políticas. Pág 98. Ed., Temis. (2018).

4 Gabriel Melo Guevara. ¿A dónde vas democracia?. Pág 30. Ed., Ibañez y Pontificia Universidad Javeriana.

5 André Hauriou. Derecho constitucional e instituciones políticas. Pág 133. Ed., Ariel. (1971).

6 Al respecto, véase por ejemplo los Decretos 162 de 2020 y 1026 de 2021, entre muchos otros.

comprensibles, es válido preguntarse ¿por qué el Estado puede hacer eso? Y es ahí donde entra la teoría del contrato social, la cual busca dar respuesta al porqué el Estado tiene derecho a imponernos determinadas conductas de dar, hacer o no hacer. Es una teoría de la legitimidad: el consentimiento del pueblo es el cimiento, el Estado es el medio, el bien común es su fin.

Como casi todo en la vida, no hay una sola una interpretación de las cosas, y el contrato social no es la excepción. Cada autor acopla la teoría contractualista a su pensamiento o a las necesidades históricas del momento. A pesar de ello, siempre se han mantenido dos elementos en común⁷: el estado de naturaleza y el contrato social en sí⁸. Es por eso que me resulta posible hablar de una *teoría general del contrato social*, pues los dos elementos mencionados son el fundamento a través del cual se construyen las teorías particulares, es decir, las de cada autor.

3.1. Elementos esenciales: el estado de naturaleza y el contrato social

El *estado de naturaleza* es nuestro primer elemento. Se puede entender como aquella “situación en que se encontraban originalmente los hombres, antes de todo pacto o contrato”⁹. La principal pregunta que se intenta responder con el concepto de estado de naturaleza es cómo se comportan los humanos en ausencia del Estado. Con base en ello, se busca explicar la razón por la cual los humanos decidieron instituir el Estado a través del contrato social. Para algunos, esa situación precontractual realmente ocurrió, como para Rousseau y en algunos casos Locke; para otros, es una situación hipotética mediante la cual se justifican los principios en los que se fundamenta el Estado, como para Rawls. Sin embargo, más allá de estas distinciones, el concepto es el mismo y responden a la misma pregunta.

Es crucial para entender el estado de naturaleza en sí y cómo se da su transición al Estado civil, conocer un poco de la doctrina iusnaturalista. En palabras de Bobbio, el iusnaturalismo es “aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre

7 Aunque hay algunos autores, como John Rawls, que los llaman de distinta forma o se aproximan de una manera diferente, sin embargo, en esencia son la misma idea pues responden a la misma pregunta. Al respecto se ahondará más adelante.

8 Vladimiro Naranjo Mesa. Ob. cit., pág. 219. Ed., Temis.

9 Vladimiro Naranjo Mesa. Ob. cit., pág. 219. Ed., Temis.

el segundo”¹⁰. Para el iusnaturalismo los derechos no emanan de la propia naturaleza del ser humano¹¹ o incluso algunos dicen que de Dios. Toda persona humana, por el simple hecho de serlo, está dotada de una serie de derechos que les son inherentes a él, razón por la cual son anteriores al Estado¹² ¹³, y en consecuencia, este último debe respetarlos. Según lo anterior, el derecho natural cobra importancia en la teoría contractualista en la medida en que es el motivo por el cual se da el contrato social: es la justificación de porqué decidimos pactar para formar el Estado¹⁴.

Ya una vez superado, el estado de naturaleza es que ocurre el *contrato social*, nuestro segundo elemento. Los humanos pactan, cada uno con cada uno, la forma en la que han de ser gobernados, cediendo al Estado parte de su libertad natural¹⁵ con el fin de que este sea quien regule sus relaciones. En palabras del doctor Juan Carlos Esguerra, es “El pacto o contrato por el cual unas gentes establecen y estructuran un Estado, lo habilitan para su gobierno y consienten someterse a él (...), dándole legitimidad y dotándolo del poder supremo de imperio y de mando”¹⁶. Como consecuencia del contrato social, nace una relación contractual entre el Estado y los ciudadanos. Podría decirse que esta relación se asemeja a la de un contrato bilateral, del cual surgen obligaciones para ambas partes: el Estado debe garantizar la seguridad, proveer los servicios básicos y resolver conflictos; los ciudadanos, a modo de contraprestación, deben pagar impuestos y cumplir las normas¹⁷.

Contrario a lo que ocurría en el estado de naturaleza, donde los pleitos entre personas los resolvían ellas mismas, ahora se ha centralizado el poder de coacción en una autoridad¹⁸. En ese mismo orden de ideas, “los ciudadanos deben

10 Norberto Bobbio. El problema del positivismo jurídico. Pág. 68. Ed., Fontamara. (2010).

11 Rodrigo Noguera Laborde. Introducción General al Derecho. Pág. 133. Ed., Universidad Sergio Arboleda.

12 Pues el ser humano, es anterior al Estado.

13 Gabriel Melo Guevara. Ob. cit., pág. 69.

14 Como es de esperarse, cada autor usa el derecho natural de manera distinta para justificar el pacto, pero la idea es la misma.

15 Hablo de libertad natural en el sentido de que, durante el estado de naturaleza, prácticamente los humanos pueden hacer lo que quieran.

16 Juan Carlos Esguerra Portocarrero. Los cimientos de la Constitución. Pág. 58. Ed., Tirant Lo Blanch. (2023).

17 Michael Huemer. Ob. cit., pág. 57.

18 Lo que en el derecho penal llaman el *ius puniendi*.

obedecer la ley porque así lo han acordado”¹⁹, y es allí donde cobra importancia el consentimiento, pues a través de este es como el Estado deriva su legitimidad. Entonces “El objetivo de las teorías contractualistas consiste en argumentar que, sólo sobre la base de un acuerdo entre los individuos, es posible llegar a un poder político legítimo”²⁰.

4. LAS TEORÍAS PARTICULARES DEL CONTRATO SOCIAL

Ya habiendo repasado los lineamientos generales de la teoría contractualista, vale la pena hacer énfasis en los autores más influyentes dentro de esta corriente. Empezaremos con los llamados “contractualistas clásicos” del siglo XVII y XVIII, tales como Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau. Seguiremos con los filósofos Immanuel Kant, Baruch Spinoza y Cesare Beccaria, para finalizar analizando la teoría de John Rawls, la más reciente.

4.1. Teorías clásicas del contrato social

Los llamados contractualistas clásicos han sido los máximos exponentes de esta teoría. Sus pensamientos han sido la base, de alguna u otra forma, del Estado moderno. A pesar de sus extensas obras, me centraré sólo en cómo fundamentan la legitimidad del Estado.

Por su parte, Hobbes describe un estado de naturaleza que puede describirse en una palabra: guerra. “Y no guerra simplemente, sino la guerra de todos contra todos”²¹. Esto se debe a que, como los humanos son iguales entre sí²², cuando dos personas quieren lo mismo, al no haber propiedad privada, naturalmente habrá conflicto²³. Es por eso que se dice que “el hombre es un lobo para el hombre”²⁴. En consecuencia a lo anterior, la recta razón nos ordena que

19 Michael Huemer. Ob. cit., pág. 58.

20 Iván Darío Fajardo Niño. *El procedimiento contractual desde la visión rawlsiana de la justicia como equidad*. Pontificia Universidad Javeriana. Abril de 2016. at. 1.

21 Thomas Hobbes. De Cive (Del ciudadano). Pág 35. Ed., Tecnos. (2014).

22 En el sentido de que a pesar de que puede haber personas más fuertes o inteligentes que otras, ninguno lo es de tal manera que pueda dominar a otro; nadie se impone sobre nadie.

23 Thomas Hobbes. Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos. Pág. 11. Ed., Tecnos. (2018).

24 Thomas Hobbes. Ob. cit., pág. 4. Ed., Tecnos.

debemos salir de dicha situación, y con base en una serie de leyes naturales²⁵, se concluye que la única manera de conseguir la tan anhelada paz es mediante la constitución de un Estado.

Para ello, las personas consienten, pactando entre ellas, en abandonar el derecho que tienen a todo para transferirlo a uno solo, el soberano. En palabras de Hobbes, los individuos dirían: “Autorizo y abandono el derecho a gobernarme a mí mismo, a este hombre, o a esta asamblea de hombres, con la condición de que tú abandones tu derecho a ello y autorices tus acciones de manera semejante”²⁶. Lo fundamental aquí es entender que, para Hobbes, la legitimidad del Estado yace en el consentimiento de los ciudadanos. En palabras de Bobbio, “en el momento en que haya logrado obtener el reconocimiento de los ciudadanos se vuelve un rey legítimo”²⁷, es decir, aquí el criterio de legitimidad es la aceptación de los ciudadanos, no si este es considerado como “bueno” o “malo”.

Por otro lado, el apodado padre del liberalismo, John Locke, describe un estado de naturaleza de perfecta paz, igualdad y libertad, sólo limitado por las leyes naturales²⁸. Tal igualdad se debe a que todos somos hijos de Dios. En ese sentido, estamos obligados a no dañar ni a nosotros mismos ni al prójimo²⁹. Pero, ¿qué ocurre si alguien transgrede nuestro derecho? En tal caso aplica se aplica la ley del talión, en el sentido de que la persona agredida tiene derecho a ser ejecutor de la ley de la naturaleza castigando proporcionalmente³⁰ a su agresor. En ese momento se entra a un estado de guerra, pues “quien derrama la sangre de un hombre está sujeto a que otro hombre derrame la suya”³¹.

Esto último no es para nada bueno, por lo que Dios nos ha otorgado, según Locke, la posibilidad de instaurar un gobierno para acabar con los males del estado de guerra³². Para constituir dicho Estado, hace falta que cada uno ceda el

25 Especialmente la primera, segunda y tercera ley, las cuales, según Hobbes son: 1) buscar la paz, 2) que los hombres estén dispuestos a renunciar al derecho que tienen sobre todas las cosas en pro de la paz, y 3) cumplir los pactos que se celebren.

26 Thomas Hobbes. Ob. cit., pág. 130. Ed., Deusto.

27 Norberto Bobbio. La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político. Pág 99. Ed., Fondo de Cultura Económica. (2018).

28 John Locke. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Pág. 42. Ed., Alianza. (2017).

29 John Locke. Ob. cit., pág. 44-45. Ed., Alianza.

30 John Locke. Ob. cit., pág. 47. Ed., Alianza.

31 John Locke. Ob. cit., pág. 49. Ed., Alianza.

32 John Locke. Ob. cit., pág. 51. Ed., Alianza.

poder que tiene en el estado de naturaleza³³. Es decir, “lo que origina y de hecho constituye una sociedad política cualquiera no es otra cosa que el consentimiento de una pluralidad de hombres libres que aceptan la regla de la mayoría y que acuerdan unirse e incorporarse a dicha sociedad”³⁴. Esto último es, claramente, el contrato social, por medio del cual deben establecer una Constitución y su forma de Estado³⁵.

Esto nos deja una pregunta que después será analizada detenidamente, ¿cómo entonces puede vincular un contrato a personas que nunca lo pactaron?, como, por ejemplo, las generaciones futuras ajenas al pacto. Locke, muy inteligentemente, se anticipa a esta objeción y responde diciendo que una persona, sólo por el hecho de disfrutar y de estar bajo un Estado, acepta a este último implícitamente^{36 37}. Entonces, a modo de resumen, Locke afirma que la legitimidad del Estado, en un principio, se dio mediante el consentimiento expreso de sus contratantes, pero las generaciones siguientes lo aceptaron tácitamente por el mero hecho de vivir y disfrutar de este.

Por último, para el ginebrino Jean-Jaques Rousseau, el estado de naturaleza está lleno de campos, las tierras son terrenos fértiles, cubiertos de bosques que ofrecen alimento y refugio a los animales, entre los que se cuentan los hombres, que se hallan dispersos alrededor del mundo. El hombre ha nacido libre, nadie puede por derecho disponer de otro³⁸. Contrario a Hobbes, Rousseau alega que el ser humano por naturaleza es un ser piadoso³⁹, no hay razón para su maldad⁴⁰.

A primera vista parece que no hay razón para abandonar dicho estado. Sin embargo, tarde o temprano la desigualdad llegó al mundo; su causa, la propiedad privada⁴¹. Ahora el mundo se dividió entre quienes tienen más y entre quienes tienen menos. Se ha destruido esa igualdad con la que todos hemos nacido.

33 John Locke. Ob. cit., pág. 121. Ed., Alianza.

34 John Locke. Ob. cit., pág. 134. Ed., Alianza.

35 John Locke. La ley de la naturaleza. Págs. 12-13. Ed., Tecnos. (2007).

36 John Locke. Ob. cit., pág. 154. Ed., Alianza.

37 Este es un claro ejemplo del consentimiento implícito.

38 Jean-Jacques Rousseau. Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. Pág. 34. Ed., Alianza. (2012).

39 Al ser humano descrito por Rousseau, los teóricos lo han catalogado como el “buen salvaje”, debido a su piedad y ausencia de maldad.

40 Jean-Jacques Rousseau. Ob. cit., pág. 145. Ed., Alianza.

41 Jean-Jacques Rousseau. Ob. cit., pág. 161. Ed., Alianza.

En consecuencia a ello, Rousseau se propone buscar:

Una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por virtud del cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes⁴².

Este es el problema que veía Rousseau en ese momento, a saber, cómo ha de ser un Estado que procure por el bien común, uno dónde las personas recuperen al máximo posible su libertad natural perdida por la desigualdad. Siendo así las cosas, el ginebrino propone como solución su famoso contrato social de mitigar esa desigualdad. Este contrato consiste en una asociación en la que cada persona consiente ceder parte de su libertad natural⁴³, con el fin de crear un único cuerpo político, que es el Estado, guiado siempre por la voluntad general⁴⁴, el querer del pueblo. Este último es el máximo e indivisible soberano⁴⁵. Todos serán iguales y sólo tendrán por encima de ellos la ley⁴⁶, pues a la larga, esta es una expresión de su propia voluntad, la voluntad general⁴⁷.

4.2. Otras teorías del contrato social

El famoso filósofo Immanuel Kant, conocido mundialmente por su gran trabajo filosófico, también escribió dentro su extensa obra sobre el Estado, basándose evidentemente en el contrato social. Bajo esta teoría, se define el derecho como el “conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad”⁴⁸, dónde la ley universal de la libertad⁴⁹ es aquella por medio de la cual la libertad de cada uno puede coexistir con la libertad del otro. En palabras simples, lo que quiere decir Kant es que por medio de la ley universal de la libertad, debemos buscar cómo podemos garantizar que podamos vivir de tal manera en que no afectemos a los demás.

42 Jean-Jacques Rousseau. El contrato social, o Principios del derecho político. Pág. 39. Ed., Comcosur. (2018).

43 Jean-Jacques Rousseau. Ob. cit., pág. 39. Ed, Comcosur.

44 Jean-Jacques Rousseau. Ob. cit., pág. 40. Ed, Comcosur.

45 Jean-Jacques Rousseau. Ob. cit., pág. 52. Ed., Comcosur.

46 Jean-Jacques Rousseau. Escritos constitucionales. Pág. 18. Ed., Tecnos. (2016).

47 Jean-Jacques Rousseau. Ob. cit., pág. 52. Ed., Comcosur.

48 Immanuel Kant. La Metafísica de las Costumbres. Pág. 39. Ed., Tecnos. (2018).

49 Justificada con base en la razón práctica pura. No nos adentraremos en este concepto pues no es el tema del artículo.

Por otro lado, el filósofo alemán no se refiere a un estado de naturaleza sino a uno *no-jurídico*⁵⁰. Aquel estado es uno social⁵¹, más no civil, pues no hay un Estado, y al no haberlo, no hay nadie que garantice la propiedad “debido al enfrentamiento inevitable por naturaleza del arbitrio de uno con el otro”⁵². Como no se sabe *lo que es tuyo y lo que es mío*, se trata pues de un estado de guerra⁵³. Ahora bien, como el estado no-jurídico no puede garantizar la coexistencia del arbitrio de las personas, la cual como ya vimos, es una ley universal, entonces es necesario un estado civil establecido por medio de un contrato social, con el fin de garantizar la propiedad y demás derechos adquiridos. En palabras de Kant:

El acto por el que el pueblo mismo se constituye como Estado (...) es el *contrato originario*, según el cual todos en el pueblo renuncian a su libertad exterior, para recobrar en seguida como miembros de una comunidad (...) para encontrar de nuevo su libertad en general, íntegra, en la dependencia legal, es decir, en un estado jurídico⁵⁴.

De nuevo, se retoma la idea de renunciar a la libertad del estado de naturaleza para así volverla a adquirir, de manera limitada, en un estado civil y jurídico. Dicho contrato solo puede emanar de la voluntad general⁵⁵, que en este caso entiéndase como la voluntad de la mayoría. Empero, a diferencia de las teorías clásicas, “Kant defiende la idea de que uno puede obligar a los otros a entrar en un estado social-legal o apartarse de mi lado porque un hombre o un pueblo en mero estado de naturaleza me priva de la seguridad”⁵⁶. Esto es, si bien no me pueden obligar a estar en una situación donde no me garantizan derechos como el de la propiedad, yo sí puedo, en cambio, obligar a otros a entrar en un estado donde el arbitrio de cada uno pueda coexistir con el de los demás y se garanticen tales derechos. De esa manera, si bien la legitimidad del Estado para Kant yace en el consentimiento de la mayoría, esto no implica la necesidad de un consentimiento de todos, sino más bien que, debido a la necesidad racional *a priori* de vivir bajo orden jurídico que proteja los derechos, como el de la

50 Que conceptualmente es lo mismo que el estado de naturaleza.

51 Contrario, por ejemplo, a lo que decía Rousseau sobre la naturaleza asocial del humano.

52 Immanuel Kant. Ob. cit., pág. 106. Ed., Tecnos.

53 Immanuel Kant. Ob. cit., pág. 140. Ed., Tecnos.

54 Immanuel Kant. Ob. cit., Págs. 145-146. Ed., Tecnos.

55 Immanuel Kant. Teoría y Práctica. Pág. 34. Ed., Tecnos. (2011).

56 Jürgen Sprute. Filosofía política de Kant. Pág 50. Ed., Tecnos. (2008).

propiedad, es posible obligar a aquellos que se nieguen a aceptar vivir bajo un estado civil.

En esa misma línea de las teorías del contrato social, el importante jurista Cesare Beccaria le da un enfoque penal al contractualismo, pues por medio de este justifica el *ius puniendi* del Estado. Este jurista italiano parte de un estado de naturaleza en el que los hombres viven en constante conflicto, no porque sean malos *per se*, sino porque buscan su supervivencia⁵⁷. Como tal situación no es útil para el humano, estos se unen y acuerdan que cada uno ceda parte de su libertad natural⁵⁸ a un Estado, en el que se depositarán y administrarán legítimamente las porciones de libertad cedidas por las personas. Así pues, el Estado se ha constituido como el único que posee el derecho a castigar⁵⁹, pues, debido al consentimiento de las personas, este está legitimado para hacerlo con el fin de que podamos vivir en paz. Esta aproximación penalista ha sido muy influyente, tanto así que la teoría del bien jurídico de Claus Roxin ha afirmado que el contrato social es lo que legitima al Estado para el *ius puniendi*⁶⁰.

Por su parte, el filósofo neerlandés Baruch Spinoza propuso una teoría hipotética⁶¹ del contrato social⁶², pues acepta que su aplicación práctica es difícil. Teniendo en cuenta ello, Spinoza empieza diciendo que el humano por naturaleza es un ser imperfecto, envidioso⁶³ y egoísta⁶⁴. En consecuencia, su estado natural es uno de guerra. Dicho estado natural está guiado por las leyes naturales, que de ellas nos interesa particularmente una, aquella que dice “que nadie descuide aquello que le parece bueno, a no ser con la esperanza de mayores bienes o el temor de males mayores”⁶⁵, es decir, debemos siempre buscar el bien mayor o el mal menor. En ese sentido, debemos abandonar el estado de naturaleza para constituir un Estado, pues en este último se nos garantizará la seguridad ausente en el estado natural. De esa manera,

57 Cesare Beccaria. De los delitos y las penas. Pág. 82. Ed., Temis. (2016).

58 Que en el estado de naturaleza es inútil, pues de nada sirve tenerla si en cualquier momento te pueden arrebatar la vida.

59 Cesare Beccaria. Ob. cit., Pág. 11. Ed., Temis.

60 Claus Roxin, et. al. La Teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. Pág. 477. Ed., Marcial Pons. (2007).

61 Baruch Spinoza. Tratado teológico-político y Tratado político. Pág. 89. Ed., Tecnos. (2018).

62 Sobre en qué consiste exactamente una teoría hipotética del contrato social se hablará en el capítulo de John Rawls.

63 Baruch Spinoza. Ob. cit., Pág. 92. Ed., Tecnos.

64 Baruch Spinoza. Ob. cit., Pág. 178. Ed., Tecnos.

65 Baruch Spinoza. Ob. cit., Pág. 72. Ed., Tecnos.

Puede formarse una sociedad y mantenerse siempre el pacto con gran fe sin repugnancia del derecho natural, si cada uno transfiere todo el poder que tiene a la sociedad, que reúne, por tanto, ella sola todo el derecho supremo de la naturaleza en todas las cosas, esto es, el soberano imperio al cual debe someterse cada uno, ya sea libremente, ya por miedo al máximo suplicio⁶⁶.

Como se evidencia al final de la cita anterior, esa cesión de la libertad natural que constituye el derecho del Estado puede ser voluntaria o forzosa⁶⁷. De ser voluntaria puede ser expresa o tácita. Esto es así puesto que incluso a pesar de que haya personas que se opongan al contrato, según Spinoza, es claro que vivir bajo un Estado civil es mejor que vivir en el estado de naturaleza. Teniendo en cuenta lo anterior, no podemos afirmar que para este autor la legitimidad del Estado yacza en el consentimiento. Entonces, ¿cuál es el fundamento de la legitimidad para Spinoza?

Para responder esta pregunta, recordemos esa la ley universal que consiste en buscar el mal menor o el bien mayor. Ahora bien, si el Estado se convierte en un mal mayor al estado de naturaleza, ya este último no tiene razón de ser. En ese orden de ideas, “El contrato o leyes por las cuales la multitud delega su derecho a una asamblea o a un hombre, deben sin duda alguna, romperse cuando el bienestar general reclame semejante infracción”⁶⁸, pero según Spinoza, la única persona que puede decidir en última instancia si se termina o no el contrato es el soberano⁶⁹. Entonces, a modo de conclusión, puede decirse que en este caso la legitimidad se fundamenta, no en el consentimiento, sino en la capacidad que tenga el Estado para velar por el bien común y en la eficacia del ordenamiento jurídico para la consecución de dicho fin⁷⁰.

4.3. Una nueva perspectiva del contrato social: John Rawls

El filósofo estadounidense John Rawls, se propone llevar más allá de como lo hicieron sus antecesores la teoría del contrato social. Lo interpreta de manera distinta; su objeto ya no es explicar por qué entramos a una sociedad o estable-

66 Baruch Spinoza. Ob. cit., Pág. 75. Ed., Tecnos.

67 Baruch Spinoza. Ob. cit., Pág. 78. Ed., Tecnos.

68 Baruch Spinoza. Ob. cit., Pág. 211. Ed, Tecnos.

69 No es de extrañar esta última afirmación pues Spinoza defiende los gobiernos no democráticos, como la monarquía o la aristocracia.

70 Baruch Spinoza. Ob. cit., Pág. 210. Ed., Tecnos.

comos una forma de gobierno⁷¹, sino más bien, es la de establecer cuáles han de ser los principios de justicia que guiarán la estructura básica de la sociedad”⁷².

Para ello, se busca llegar a la justicia como imparcialidad a través de lo que él llama la posición original, que corresponde al estado de naturaleza en las teorías clásicas del contrato social⁷³. Es una situación hipotética, donde las personas son racionales y velan por su bienestar individual, sin embargo, para llegar a esa anhelada imparcialidad, los sujetos están bajo el velo de la ignorancia. Esto último, hace referencia a que nadie conoce “su lugar en la sociedad, su posición, clase u *status* social; nadie tampoco sabe cuál es su suerte en la distribución de ventajas y capacidades naturales, su inteligencia, fortaleza, etc”. De esa manera, se puede esperar que las personas tomen una decisión justa, y es entonces que los principios que buscamos serán el resultado de un acuerdo en la posición original bajo el velo de la ignorancia.

Dado que es imposible en la práctica lo anteriormente descrito, Rawls justifica la elección de los principios en la Teoría de la elección racional, particularmente en el razonamiento maximin⁷⁴. Con base ello, los principios son:

1. “Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de las libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás”⁷⁵.
2. “Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen empleos y cargos asequibles para todos”⁷⁶.

En resumidas cuentas, su argumento para que las personas escogieran el primer principio, consiste en que, como los individuos no saben cuál es su

71 A mi juicio, esta interpretación de Rawls sobre el objeto de las teorías de contrato social de sus antecesores es errónea, pues si bien los dos aspectos que mencionó podrían constituir en su objeto, no son ni mucho menos el principal. En mi opinión, y como se ha expuesto en este artículo, el principal objeto del contrato social es fundamentar la legitimidad del Estado.

72 John Rawls. Teoría de la justicia. Pág. 24. Ed., Fondo de Cultura Económica. (2018).

73 John Rawls. Ob. cit., Pág. 25. Ed, Fondo de Cultura Económica.

74 Esto es, maximizar la utilidad mínima, ósea, que si bien la utilidad esperada no sea la más alta, sea la decisión más segura.

75 John Rawls. Ob. cit., Pág. 67. Ed., Fondo de Cultura Económica.

76 John Rawls. Ob. cit., Pág. 68. Ed., Fondo de Cultura Económica.

situación económica y social, la opción más segura es darle a todos las mismas libertades, ya que cabe la posibilidad de que ellos no sean los beneficiados si establecieran lo contrario, como un principio fundado en privilegios⁷⁷. Por otro lado, el segundo principio, se justifica con base a que, cómo una sociedad igualitaria es inviable⁷⁸, pero tampoco es viable una completamente desigual⁷⁹, entonces es válido que haya un cierto nivel de desigualdad, siempre y cuando ésta beneficie a los más desfavorecidos.

A mi modo de verlo, la legitimidad de un Estado con base a la teoría rawlsiana deriva, por una parte, en el consentimiento hipotético que le darían las personas a los principios, y, por otra parte, en que se garantice una gama de libertades igual para todos, y se proteja a los más desaventajados. Dicho de otra manera, un Estado es ilegítimo cuando a) las personas no elegirían razonablemente los principios en el que este se guía, y b) cuando se den privilegios y se organicen las desigualdades de tal manera que no beneficien a todos.

5. EL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO COMO FUNDAMENTO DE LA LEGITIMIDAD DEL ESTADO

A lo largo de nuestro recorrido por la teoría del contrato social, podemos distinguir tres tipos de consentimiento. En primer lugar, el *expreso*, que como su nombre lo indica, es aquel dónde el sujeto explícitamente aprueba el contrato social. En segundo lugar, el *implícito*, dónde la aprobación se da a entender debido al comportamiento y acciones del sujeto. Y finalmente, el *hipotético*, mediante el cual la aceptación de la persona se deriva de que, estando bajo determinadas circunstancias ficticias, es razonable pensar que esta consentiría el contrato social. Dicho esto, expondré cuáles son los problemas teóricos y prácticos de estos tipos de consentimiento.

5.1. El problema del consentimiento expreso

Cuando se habla de consentimiento expreso, lo que primero se nos viene a la cabeza, es un documento que nos indica cómo va a funcionar el Estado, un “contrato social” en su sentido literal. Inmediatamente surge la objeción de que a ninguno de nosotros se nos ha ofrecido firmar nada consintiendo al Estado. Sé

77 Online: John Rawls: una teoría de la justicia, pt. 2/2. (Darin McNabb). 2012. (YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=pjJlvRcsU14>).

78 Pues todos los incentivos al avance se perderían.

79 Qué es más o menos cómo vivimos hoy en día.

que unos dirán que, por ejemplo, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 en Colombia fue “un nuevo contrato social”⁸⁰, en el que los colombianos consentimos en conjunto el cambio de Constitución. Al respecto, tendré que decir dos cosas. Primero, que si bien fue algo muy útil para el país⁸¹, es incorrecto decir que todos consintieron a ello, teniendo en cuenta que en la séptima papeleta el “sí” sólo logró 1.772.408⁸² votos, y en la elección de delegatarios sólo votó el 30%⁸³ de los colombianos, cuando para 1990 Colombia la conformaban 34,1 millones de personas⁸⁴.

Esta crítica ya fue hecha por David Hume, quien afirma que si bien el consentimiento del pueblo puede ser muy beneficioso, “se da muy rara vez, y casi nunca plenamente; y, en consecuencia, hay que admitir también otros fundamentos para el gobierno”⁸⁵. Tales otros fundamentos son, según Hume, la usurpación o la conquista⁸⁶. Nos dice que cuando se establece un nuevo Estado, suele haber descontento en la población, pero poco a poco se van acostumbrando al nuevo régimen; aquello que antes veían como usurpadores o conquistadores ahora los ven como legítimos⁸⁷. En ese sentido, “el nuevo régimen fue implantado por la violencia y aceptado por necesidad (...) el pueblo lo acepta no por haberlo decidido así, sino por verse obligado a ello”⁸⁸. Ejemplos de ello hay muchos en la historia, como Colombia en sus inicios, cuando los federalistas y centralistas luchaban por imponer su forma de Estado. Cuando los centralistas ganaron, sólo le quedó al resto aceptarlo y poco a poco se tomó por legítimo tal forma de Estado.

En segundo lugar, suponiendo que todos hubieran aceptado explícitamente la constituyente en su momento, las nuevas generaciones –por ejemplo, la mía–

80 Julieta Lemaitre Ripoll. *El Derecho como conjuro*. Pág 103. Ed., Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes. (2021).

81 En su momento la Constitución de 1886 cumplió su función, poco a poco se fue quedando obsoleta, hasta que llegó el momento de cambiarla.

82 Redacción el Tiempo. *CONSTITUYENTE: GANÓ LA ABSTENCIÓN*. El Tiempo. Diciembre 10, 1990.

83 Colombia: Elecciones para Asamblea Constitucional de 1990. <https://pdba.georgetown.edu/Elecdata/Col/coelasa.html>.

84 Población de Colombia de 1950 a 2019. https://www.dane.gov.co/files/comunicados/Dia_mundial_poblacion.pdf. (2019).

85 David Hume. *Escritos políticos*. Pág 104. Ed., Tecnos. (2010).

86 David Hume. Ob. cit., Pág 101. Ed., Tecnos.

87 David Hume. Ob. cit., Pág 105. Ed., Tecnos.

88 David Hume. Ob. cit., Pág 105. Ed., Tecnos.

nunca la consintieron, sino que nos fue “impuesta” la Constitución⁸⁹. En ese sentido, no es posible derivar un deber de obediencia a un Estado que se dice legítimo, sólo porque nuestros padres o abuelos consintieron a ello.

Si bien el consentimiento expreso es una idea muy ambiciosa y bonita, es por así decirlo un *deber ser*, su ejecución es imposible en la realidad. Por ende, no podemos derivar la legitimidad del Estado de este. Esto último algunos contractualistas lo saben, como Locke, y entonces, a modo de solución, propusieron el consentimiento implícito.

5.2. El problema del consentimiento implícito

Distingo, con base en Huemer, tres tipos de consentimiento implícito: el pasivo, por aceptación de servicios y el presencial⁹⁰. El primero se refiere a que de la abstención de objeciones constituye consentimiento; el segundo, que por la aceptación de un servicio prestado por el Estado se presume que se consiente a este; y el tercero, deriva el consentimiento por el mero hecho de estar en determinado lugar.

Para empezar, sobre el consentimiento pasivo cabe decir, primero, que una manifestación de voluntad real se impone ante una presunción de dicha voluntad, tal como ocurre al abstenerse de objetar. Ahora, es bien sabido que si yo, hoy en Colombia, digo que no consiento la legitimidad del Estado y que rechazo el contrato social, lo más probable que ocurra es que no ocurra nada: así manifieste mi voluntad, mi sujeción a las leyes seguirá. “La realidad es que nadie, ni siquiera a quienes de hecho no están de acuerdo, se les ofrece la posibilidad de rechazar el contrato social”⁹¹. Es completamente razonable que esto ocurra por motivos de seguridad jurídica; estoy de acuerdo con que sea de esa manera. Pero entonces no podemos derivar el consentimiento de la no objeción, pues si objetamos, igualmente se nos impondrá el Estado y su ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, tenemos el consentimiento por aceptación de servicios, respecto del cual me limitaré a decir que de alguna manera debemos aceptar al Estado, pues si no disfrutamos de los servicios que presta, estaremos destinados a morir. Es una relación completamente desbalanceada: nosotros no podemos

89 Que, de nuevo, no tiene nada de malo, pero tampoco debemos afirmar que hubo consentimiento por parte nuestro, al menos explícito.

90 Michael Huemer. Ob. cit., Págs. 63-64. Ed., Deusto.

91 Michael Huemer. Ob. cit., Pág. 76. Ed., Deusto.

vivir sin Estado, pero el Estado puede subsistir sin nosotros. Ya con el hecho de nacer en una ciudad estamos usando los servicios del Estado, bien sea por la clínica en que nacimos, o las carreteras que usamos, la seguridad de la que nos beneficiamos, etc. Y repito, esto no tiene nada de malo. Todo lo contrario. Pero ante la imposibilidad de una alternativa, incluso a aquel que está en desacuerdo con el Estado no le queda de otra que aceptar los servicios que este ofrece. En consecuencia, ante una fuerza mayor que sólo nos deja una opción, el consentimiento al Estado en este caso estaría, en palabras de los iusprivatistas, viciado por fuerza.

Para finalizar este subcapítulo, les contaré que un día, saliendo de clase de Derecho Constitucional colombiano, le pregunté al profesor Juan Carlos Esguerra sobre su opinión del contrato social, particularmente sobre si realmente hay consentimiento a este. Él, me respondió que, si bien no hay uno explícito, con el hecho de vivir en determinado lugar ya se está aceptando implícitamente. He aquí el argumento del consentimiento presencial. Para abordar este tipo de consentimiento, me enfocaré los problemas prácticos que implica.

Algo especial de este tipo de consentimiento es que es el único renunciabile: tan sólo con irte del país es posible desligarse del contrato social que te vincula, es decir, si no estás de acuerdo te puedes ir. Sin embargo, este último argumento tiene un gran problema: el hecho de irse es muy difícil. Usted tiene una familia, amigos, trabajo, una vida establecida en un determinado lugar, pero se pretende que, para discrepar del contrato, usted deba abandonar todo eso. ¿No es acaso una medida desproporcional? Y si ello no bastare, irse del país tiene un alto precio que no todos pueden costear. Los tiquetes de avión son caros y teniendo en cuenta que en Colombia la mayoría de las personas no tienen un gran salario, asumir el valor de los tiquetes resulta casi imposible. Sumado a ello, expedir los papeles necesarios para poder emigrar legalmente a otro país es un trámite abrumador. Por otro lado, si se decidiera ser inmigrante ilegal, las cosas se pondrían aún más difíciles. Hume resume muy bien este argumento, al decir que “[sería] como si afirmásemos que, pues sigue en el barco, un hombre conscientemente libre en obediencia a su capitán, aunque lo llevaron a bordo mientras dormía y para dejar el navío tendría que saltar al mar y perecer”⁹². De esa manera, queda demostrado que el consentimiento implícito no puede ser el fundamento para la legitimidad del Estado. A los contractualistas les queda sólo una opción: la del consentimiento hipotético.

92 David Hume. Ob. cit., Pág 105. Ed., Tecnos.

5.3. El problema del consentimiento hipotético

Recordemos que este tipo de consentimiento presupone una situación hipotética, en la que los humanos, bajo determinadas condiciones, deliberan razonablemente y concluyen determinados principios de justicia. Si bien Rawls presenta una muy buena argumentación, olvidó dos presupuestos básicos sobre el consentimiento hipotético.

El primero de ellos, según Huemer, es que para que sea válido un consentimiento hipotético, “debe ser imposible o inviable obtener el consentimiento expreso de la otra parte”⁹³. Es decir, prima la manifestación explícita de la voluntad ante una presunción de esta. Para entender el por qué, véase el caso de un médico con un paciente en estado terminal incurable. Supóngase un primer caso donde el paciente es incapaz de expresarse, pues debido a su condición le es imposible hablar. En tales circunstancias, es válido presumir que, ante tal sufrimiento y menoscabo de su dignidad, prefiera darle punto final a dicho padecimiento. Por otro lado, puede haber un segundo caso en el que, si bien su sufrimiento es inmensurable, es capaz de hablar, y cuando lo hace, manifiesta su voluntad de seguir viviendo. En este segundo caso, resulta inválido presumir que no quiere vivir, ya que ha manifestado su voluntad de manera expresa de seguir haciéndolo. Volviendo al contrato social, y teniendo en cuenta que está conformado por personas, que por regla general son capaces de expresarse, no resulta válido suponer qué harían cuando tal presunción no es necesaria.

Entiendo que Rawls propone el velo de la ignorancia como método para llegar a la justicia como imparcialidad, pero en sí, la idea de desconocer nuestra condición, que *a priori* parece viable, en la práctica no lo es. En la realidad, todos somos diferentes, bien sea por nuestras capacidades físicas, mentales, lugar de origen, color de piel, entre otros, y no por eso quiere decir que unos sean más que otros, pero sí quiere decir que hay algunos que deben tener un trato diferente. Rawls, al proponer su primer principio de justicia —el más importante según él— pasa por alto que al decir que todos debemos tener exactamente los mismos derechos, estaremos discriminando a ciertos grupos de personas.

La manera más sencilla de entender mi punto es con un ejemplo. Las mujeres han sido históricamente discriminadas por el mero hecho de serlo. Incluso hoy en día, es más difícil para una mujer acceder a determinados cargos públicos⁹⁴. Ahora bien, si expedimos una norma que establezca la paridad de género, por

93 Michael Huemer. Ob. cit., Pág 89. Ed., Deusto.

94 A esto último se le conoce como “techo de cristal”.

ejemplo, en los tarjetones para acceder al Senado, muchos dirán que les están “regalando” puestos a mujeres por ser mujeres, lo cual vulneraría el principio de igualdad. Tienen razón, lo vulnera⁹⁵. Pero esto no es un simple capricho, pues lo que se busca es un fin superior, la justicia, pues de otro modo las mujeres no estarían representadas en tales cargos. El mismo ejemplo puede darse con las personas con movilidad reducida, o con los invidentes. Ellos y ellas no pueden ser tratados de la misma manera que otras personas, no pueden tener los mismos derechos que otras personas. Deben tener un trato diferenciado para que de esa manera puedan vivir una vida digna. Como se puede apreciar, el mundo tal y como es hoy no exige igualdad, sino equidad.

En último lugar, pero no menos importante, Rawls al proponer un acuerdo que parece justo espera que todos lo acepten porque es lo más conveniente para ellos. El problema aquí es que “el hecho de que un acuerdo hipotético sea ecuaníme o subsane una arbitrariedad moral no engendra, en general, una obligación de proceder de acuerdo con sus términos”⁹⁶ 97. En otras palabras, que un acuerdo sea justo o razonable no obliga a su aceptación. El criterio para que un contrato vincule a la persona no yace en el contrato en sí mismo, sino en la voluntad de las partes. Por ende, presumir la aceptación de todos es inválido.

6. EL MITO DEL CONTRATO SOCIAL Y LAS DEMOCRACIAS ILIBERALES: SI NO ES EN EL CONSENTIMIENTO, ¿EN QUÉ BASAMOS LA LEGITIMIDAD DEL ESTADO?

En su momento, la teoría contractualista fue crucial para las revoluciones liberales⁹⁸. Conceptos como el de soberanía popular de Rousseau fueron claves para definir al Estado moderno⁹⁹, pero principalmente la idea del consentimiento fue lo que más permeó al constitucionalismo. Sus aportes incluso se evidencian hoy en día. Por ejemplo, el artículo 4 de nuestro Código Civil dice “Ley es una

95 Para este caso, entiéndase la igualdad como absoluta, respecto a los derechos (es decir, como el principio de igualdad de Rawls).

96 Michael Huemer. Ob. cit., Pág. 114. Ed., Deusto.

97 Esta crítica también es aplicable a la teoría de Spinoza.

98 La revolución de Estados Unidos, la de Francia, pero incluso la de Colombia, tal como se evidencia en las diferentes constituciones y actas de independencia provinciales, así como en el acta de independencia de 1810 y en la Constitución Nacional de 1821.

99 Allan Brewer-Carías. Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1996), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno. Pág. 146. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2008).

declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional”¹⁰⁰, lo cual es una clara alusión al concepto de ley derivada de la teoría del contrato social de Rousseau.

A pesar de que a primera vista no tiene nada de malo seguir creyendo en el contrato social, últimamente esto ha generado un gran problema, a saber, legitimar las democracias iliberales. Al hablar de una democracia iliberal, término acuñado por Fareed Zakaria en 1977¹⁰¹, se hace referencia a “ciertos gobiernos democráticos, muchas veces populares, que utilizan sus mandatos para erosionar los derechos individuales, la separación de poderes y el Estado de derecho”¹⁰². Son pues, gobiernos que, bajo la fachada de ser democráticos y elegidos por el pueblo, quebrantan el Estado Social de derecho, vulneran los derechos humanos de algunas personas y se justifican en el consentimiento del pueblo¹⁰³. El problema yace en que este tipo de gobiernos modifican la estructura del Estado, lo que aminora la división de las ramas del poder para tener menos trabas a la hora de gobernar, tal como está pasando en El Salvador¹⁰⁴. En ese sentido, ya no solo el Gobierno está permeado de maldad sino también el mismo Estado a través de sus instituciones. De acuerdo con la teoría del contrato social, esto sería legítimo, pues está cobijado bajo el consentimiento de las personas. De esa manera, derivar la legitimidad del Estado con base en el consentimiento es peligroso, es un concepto que se ha quedado obsoleto y puede tener repercusiones prácticas negativas para las personas.

Si bien la idea de que cada uno con cada uno acordamos cómo hemos de ser gobernados suena tentadora, no puede estar más alejada de la de la realidad. La experiencia nos ha mostrado que el contrato social es un mito, una ficción del derecho que busca justificar la legitimidad del Estado mediante un consentimiento que nunca ocurrió, o que, si existió en algún momento, por el paso del tiempo dejó de serlo. La realidad es que el Estado nos es impuesto y sólo nos queda acomodarnos a él. Esto último no tiene nada de malo. Pero ello exige renunciar a la idea de que el contrato social es la justificación del Estado.

100 Ley 84 de 1873. Código Civil Colombiano. 31 de mayo de 1873. D.O. No. 2.867.

101 Fareed Zakaria. *The Rise of Illiberal Democracy*. Council on Foreign Relations. Diciembre de 1997. At. 22.

102 Peter Kramer. *La dinámica de la democracia iliberal: un estudio de caso*. *Analecta Política*. Enero de 2022. At. 3.

103 Juan Carlos Esguerra. *Ob. cit.*, Pág. 116. Ed., *Tirant lo blanch*.

104 Redacción BBC News Mundo. *Nayib Bukele anuncia que aspirará a la reelección en El Salvador (aunque expertos dicen que lo prohíbe la Constitución)*. BBC News. Septiembre 16, 2022.

Entonces, a modo de alternativa, propongo que la legitimidad del Estado no yazca en la aceptación de las personas, sino en que, como este es impuesto, su legitimidad se derive de si está o no diseñado de tal manera que se puedan garantizar los derechos humanos de las personas y el bien común de ellas. Al apearse a mi propuesta, es posible dejar de considerar las democracias liberales como legítimas, pues a pesar de contar con una popularidad abismal, esto no significa nada cuando al mismo tiempo el Estado vulnera los derechos que les son innatos a los individuos. A pesar de ello, el poder sigue recayendo en el pueblo, pues depende de ellos hacer efectivo ese derecho de sustitución del Estado cuando éste vulnera sus derechos. Además de eso, la legitimidad del Estado depende de ellos, ya no mediante su consentimiento, sino en cuanto a su capacidad de ser jueces de las instituciones que los gobiernan. Ahora bien, esa vulneración de derechos ha de ser masiva y grave, pues de lo contrario, todos los días se pondría en tela de juicio la legitimidad del Estado, en razón a que todos los días el Estado se vulneran derechos humanos, al menos, aquí en Colombia.

En ese sentido, es necesario analizar la utilidad del Estado en garantizar y proteger el bien común, teniendo en cuenta su Constitución e instituciones. Un Estado que cuente con principios básicos como la dignidad humana, igualdad, libertad, separación de poderes, principio de legalidad e instituciones de control efectivas; una rama judicial fuerte y mecanismos de participación pueden ser apenas indicios de la capacidad del Estado para velar por los derechos de las personas. Esta es una lista, ni mucho menos taxativa, de aspectos que indican si el Estado pudiese ser legítimo o no, son como una especie de “*green flags*”¹⁰⁵. Ahora bien, no solo es lo que dice en el papel, sino aún más importante es la eficacia de estas. A la hora de analizar las instituciones lo que vale es lo que ocurra en la realidad. De nada sirve la letra si es letra muerta. De esta manera, podemos solucionar, primero, el problema que nos daba legitimar al Estado por medio del consentimiento, y segundo, poder deslegitimar a las democracias liberales que tanto daño nos hacen hoy en día.

7. CONCLUSIÓN

La teoría del contrato social surgió en un principio como respuesta al Estado absolutista¹⁰⁶ y desde entonces ha sido fundamental en la historia constitucional,

105 La palabra “*green flags*”, contrario a “*red flags*”, la solemos usar los jóvenes para decir que determinados comportamientos o aspectos de una persona son un indicio para saber si esta es buena o no.

106 Daniela Sanclemente Machado y Carlos José Lasprilla. El juez tutela como arquitecto del Estado social de derecho. Pág. 27. Ed., Ibañez y Pontificia Universidad Javeriana.

pues de este acuerdo surge la legitimidad del Estado. Tal pacto se basa en el consentimiento de las personas, el cual ha sido interpretado de tal forma que admite esencialmente tres tipos: el expreso, explícito e hipotético. Sin embargo, como hemos demostrado, todos estos tipos de consentimiento son inválidos, bien sea por su imposibilidad en la práctica bien sea por problemas teóricos que suscita al aceptar su validez.

En consecuencia, se considera que el contrato social es un mito por medio del cual se busca justificar por qué un Estado es o no legítimo. El problema es que, al aceptar la teoría del contrato social, nos puede generar una serie de dificultades prácticas que termina por perjudicar a los individuos, tal como ocurre con las democracias iliberales, las cuales se pueden legitimar por medio de esta teoría. Teniendo en cuenta lo anterior, se propuso que, como no existe ningún tipo de consentimiento real por parte de los ciudadanos al Estado, sino que este es impuesto por nacimiento y aceptado por necesidad, la legitimidad del Estado yace en su utilidad para satisfacer el bien común de su pueblo y garantizar los derechos de sus ciudadanos. Esto no quiere decir que se descarte por completo el consentimiento de los ciudadanos, pues a pesar de que no sea aquello que legitime al Estado, sí juega un papel clave, ya que es muchísimo más probable que un Estado sea legítimo si es aceptado por el pueblo, pero la aceptación en sí misma no es lo que lo legitima. Dicho de otra manera, un Estado puede ser impuesto por la fuerza, y aun así ser legítimo¹⁰⁷, siempre y cuando este cumpla con los requisitos ya dichos. Sin embargo, al no contar con el consentimiento de las personas lo más probable es que no los cumpla.

El Estado es algo a lo que todos nos incumbe y es por eso por lo que debemos exigir que éste obre de tal manera que nos beneficie. Si no lo hace, surge nuestro derecho de hacer valer nuestros derechos, porque el mayor enemigo de un Estado ilegítimo es el pueblo. Quiero dejar claro que lo dicho no es una verdad absoluta, ni aspira serlo. Simplemente es una propuesta que intenta darle solución a un problema, pero como toda teoría, esta puede no ser la opción correcta. Es ahí donde entran ustedes, las y los lectores, porque son precisamente ustedes quienes tienen el poder de que con sus ideas cambien no solo el derecho, sino también el mundo. Esta es una discusión que difícilmente puede concluirse, por eso siempre habrá algo nuevo de lo que escribir, y en ese sentido, invito a aquellos que quieran repensar lo que damos sentado a no dejar atrás esas ideas que tengan, pues quien quita que precisamente esa idea sea la que cambie al mundo.

107 Como la mayoría de los Estados, si no es que todos.

REFERENCIAS

- André Hauriou. Derecho constitucional e instituciones políticas. Ed., Ariel. (1971).
- Allan Brewer-Carías. Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1996), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2008).
- Baruch Spinoza. Tratado teológico-político y Tratado político. Ed., Tecnos. (2018).
- Cesare Beccaria. De los delitos y las penas. Ed., Temis. (2016).
- Claus Roxin, et. al. La Teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. Ed., Marcial Pons. (2007).
- Colombia: Elecciones para Asamblea Constitucional de 1990. <https://pdba.georgetown.edu/Elecdata/Col/coelasa.html>.
- David Hume. Escritos políticos. Ed., Tecnos. (2010).
- Daniela Sanclemente Machado y Carlos José Lasprilla. El juez tutela como arquitecto del Estado social de derecho. Pág. 27. Ed., Ibañez y Pontificia Universidad Javeriana.
- Decreto 162 de 2020 [Alcaldía Mayor de Bogotá]. Por medio del cual se imparten lineamientos para dar continuidad a la ejecución de la medida de aislamiento obligatorio en Bogotá D.C. y se toman otras determinaciones. Junio 30 de 2020.
- Decreto 1026 [Presidente de la República]. Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID - 19, y el mantenimiento del orden público, se decreta el aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable y la reactivación económica segura. Agosto 31 de 2021.
- Fareed Zakaria. The Rise of Illiberal Democracy. Council on Foreign Relations. Diciembre de 1997. At. 22.
- Gabriel Melo Guevara. ¿A dónde vas democracia?. Ed., Ibañez y Pontificia Universidad Javeriana.
- Immanuel Kant. La Metafísica de las Costumbres. Ed., Tecnos. (2018).
- Immanuel Kant. Teoría y Práctica. Ed., Tecnos. (2011).
- Iván Darío Fajardo Niño. *El procedimiento contractual desde la visión rawlsiana de la justicia como equidad*. Pontificia Universidad Javeriana. Abril de 2016. at. 1.
- Jean-Jacques Rousseau. Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. Ed., Alianza. (2012).
- Jean-Jacques Rousseau. El contrato social, o Principios del derecho político. Ed., Comcosur. (2018).
- Jean-Jacques Rousseau. Escritos constitucionales. Ed., Tecnos. (2016).
- Juan Carlos Esguerra Portocarrero. Los cimientos de la Constitución. Ed., Tirant lo Blanch. (2023).
- John Locke. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Ed., Alianza. (2017).
- John Locke. La ley de la naturaleza. Ed., Tecnos. (2007).
- John Rawls. Teoría de la justicia. Ed., Fondo de Cultura Económica. (2018).

- Julieta Lemaitre Ripoll. El derecho como conjuro. Ed., Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes. (2021).
- Jürgen Sprute. Filosofía política de Kant. Ed., Tecnos. (2008).
- Michael Huemer. El problema de la autoridad política: Un ensayo sobre el derecho a la coacción por parte del Estado y sobre el deber de la obediencia por parte de los ciudadanos. Ed, Deusto. (2019).
- Norberto Bobbio. El problema del positivismo jurídico. Ed., Fontamara. (2010).
- Norberto Bobbio. La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político. Ed., Fondo de Cultura Económica. (2018).
- Ley 84 de 1873. Código Civil Colombiano. 31 de mayo de 1873. D.O. No. 2.867.
- Online: John Rawls: una teoría de la justicia, pt. 2/2. (Darin McNabb). 2012. (YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=pjJivRcsU14>).
- Peter Kramer. La dinámica de la democracia iliberal: un estudio de caso. *Analecta Política*. Enero de 2022. At. 3.
- Población de Colombia de 1950 a 2019. https://www.dane.gov.co/files/comunicados/Dia_mundial_poblacion.pdf. (2019).
- Redacción BBC News Mundo. *Nayib Bukele anuncia que aspirará a la reelección en El Salvador (aunque expertos dicen que lo prohíbe la Constitución)*. BBC News. Septiembre 16, 2022.
- Rodrigo Noguera Laborde. Introducción General al Derecho. Ed., Universidad Sergio Arboleda.
- Redacción el Tiempo. *CONSTITUYENTE: GANÓ LA ABSTENCIÓN*. El Tiempo. Diciembre 10, 1990.
- Thomas Hobbes. De Cive (Del ciudadano). Ed., Tecnos. (2014).
- Thomas Hobbes. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Ed., Deusto. (2018).
- Thomas Hobbes. *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*. Ed., Tecnos. (2018).
- Vladimiro Naranjo Mesa. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Ed., Temis. (2018).

