

LEY Y VIOLENCIA A TRAVÉS DE UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL DERECHO NATURAL.¹⁵

La propuesta de este artículo es problematizar el ius-naturalismo y el contractualismo a partir de cuatro categorías: Dicotomía racionalidad-irracionalidad, Estado de naturaleza-estado de sociedad, Libertad, Paz. Estas cuestiones aluden a un estrato que atraviesa toda la conflictividad presente en dichas teorías: el problema del origen planteado por Foucault en Nietzsche, la genealogía y la historia.

A partir de ello se propone retomar la problematización que la violencia introduce en la conformación o establecimiento del derecho, en tanto que legitima un Estado. Sobre este último punto, se considera fundamental la concepción que el filósofo italiano Roberto Esposito tiene acerca del derecho y la violencia. Esta interpretación, según afirma el mismo pensador, es elaborada a partir de un punto de vista histórico desde el cual puede apreciarse el circuito pendular entre poder y fuerza.

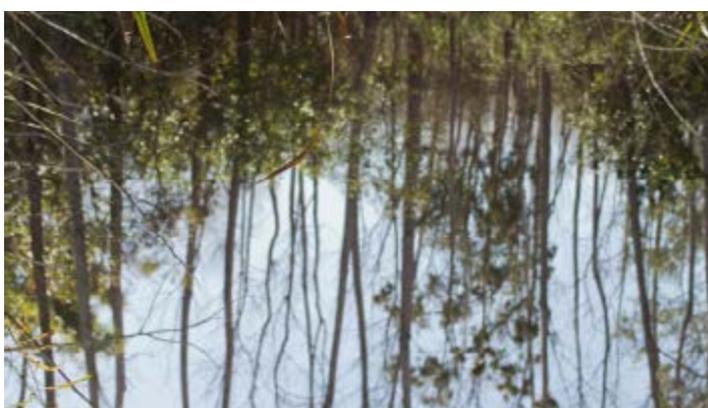
GABRIEL IRIBARNE



ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the ius-naturalism and contractualism from four categories: Dichotomy rationality-irrationality, State of nature-society status, Freedom, Peace. These questions refer to a layer that stretches across the conflict present in these theories: the problem of the *origin* posed by Foucault in *Nietzsche, genealogy and history*.

Since it, is proposed a problematization that introduces violence in shaping or establishing the right, while legitimizing a state. On this last point, the design is considered essential that the Italian philosopher Roberto Esposito has about the right and violence. This interpretation, according to the same thinker, is drawn from a historical point of view from which one can admire the oscillating circuit between power and strength.



INTRODUCCIÓN

El derecho natural es una corriente teórica que busca establecer lo que el derecho es. La época en la cual se gestó esta corriente estaba atravesada por la conflictividad que suponía pasar de un modelo mítico-religioso de legitimación del Estado a modelo racional de legitimación del Estado (que luego sería el propio de la modernidad). En sus comienzos se puede considerar al ius-naturalismo como un esfuerzo por plantear una teoría jurídica. Esta debería estar basada en la razón y no en la creencia religiosa, así como sucedía en el medioevo. El *ius-naturalismo* se torna entonces fundamental (o fundacional) para el desarrollo del contractualismo, que busca una legitimación del Estado y también (al menos en la corriente liberal) el resguardo las libertades individuales.

Esta nueva corriente sin embargo no es tan nueva. El derecho natural, en su corriente clásica, es “la colección de la mayor parte de las tradiciones de la antigüedad y el punto de confrontación del cristianismo con dichas tradiciones”.¹⁶ Deleuze marca sin embargo una ruptura fundamental por la cual el naturalismo se separa de la tradición. Esta ruptura, está fuertemente enraizada en una concepción metafísica de los seres, es decir, si la tradición definió a los seres por su esencia, el *nuevo*¹⁷ naturalismo los definiría por su *potencia*. Esta diferenciación significó un gran cambio dentro de la esfera del derecho. La definición aristotélica de hombre como animal social se ve trastornada por esta nueva concepción, pues si cada cosa es por lo que puede, entonces tiene derecho a todo lo que puede. Sin embargo el *estado social* presenta restricciones sobre algo que en principio, es posible. Por lo tanto el derecho natural no es el derecho social. Hobbes dirá que el derecho natural es anterior al social.

De esta manera es evidenciada la manera en la cual el *ius-naturalismo* converge con el contractualismo: en la afirmación sobre la existencia de un estado de naturaleza previo al estado social o civil. El *estado de naturaleza* es entonces considerado como el estado original del hombre, en el cual, este es guiado sólo por la o las leyes de la naturaleza y por el derecho natural¹⁸ (Hobbes). En este estado, concuerdan casi todos los autores dentro de esta corriente de pensamiento, los hombres eran libres, sin un concepto muy definido sobre lo que esta libertad les permite hacer, pero en general, la libertad remitía a la libertad de voluntad, o sea, los hombres, en este estado de naturaleza eran libres unos de otros, es decir, no tenían ningún impedimento para el despliegue de sus potencias (con *potencia* se hace referencia a la esencia en tanto lo que cada hombre puede, y no como a la *realización*). El *ius-naturalismo* funda entonces una teoría del hombre, desde la cual deriva el conjunto de leyes que deberían permitir

la vida del hombre en sociedad.

Resumiendo, el *nuevo* naturalismo se caracteriza, o mejor dicho, se *distingue* de su tradición, a partir de un planteo metafísico (definición por esencia o potencia). Deduciendo así una serie de diferencias que lo llevarían a afirmar que el hombre no es, al menos por definición, un ser social.

La propuesta de este artículo es problematizar el *ius-naturalismo* y el *contractualismo* a partir de cuatro categorías que aluden a un estrato que atraviesa toda la conflictividad presente en dichas teorías: el problema del *origen*.¹⁹

Las cuatro categorías aludidas anteriormente que serán desarrolladas a lo largo del presente informe por ende son:

1) DICOTOMÍA RACIONALIDAD-IRRACIONALIDAD:

Pensar que el hombre por medio de su racionalidad descubre las leyes racionales inmanentes en la naturaleza (ley de la supervivencia); dentro de este marco, Rousseau es el primero que, haciendo referencia a un estado de naturaleza previo a un estado social (hipotético), describe al hombre como un ser irracional, y por lo tanto la supervivencia como un acto instintivo del mismo. Este tipo de supuestos, operan a la manera de una legitimación sobre el *origen* del derecho.

2) ESTADO DE NATURALEZA-ESTADO DE SOCIEDAD:

En esta categoría cabe señalar la relación que existe entre un *estado de naturaleza* y un *estado de sociedad* en tanto que aquel es considerado como la condición para el *origen* del otro: tomar el estado de naturaleza como un medio donde el hombre es un ser que vive en su individualidad, o sea, es libre, igual, etc. puede también ser considerado como falseo de la condición humana, es decir, deducir leyes para una sociedad de un *momento* que no es el de *esa* sociedad, reproducir los enunciados que a su vez son producto de un medio determinado (el medio que le conviene imponer a alguien, pues los enunciados a su vez determinan el medio). Por lo tanto queda hecha la pregunta de si el estado de naturaleza *es* o *sirve* (más allá de si existe o no) como fundamentación de un estado de sociedad.

3) LIBERTAD:

El análisis de la libertad humana es un análisis que abarca casi toda la historia de la filosofía, y juega un papel fundamental en la concepción de estado de naturaleza que propone el contractualismo. Sin embargo, aún siendo una pieza fundamental den-

16. DELEUZE, Gilles. En medio de Spinoza. Trad. Equipo editorial Cactus, Cactus, Bs. As., 2003, p. 33

17. Si bien no existe tal diferenciación en la historia oficial de la filosofía, creo que resultaría conveniente a los fines de la exposición, distinguir los puntos claves que marcan la concepción del derecho en el medioevo y en la modernidad.

18. Cabe distinguir la corriente ius-naturalista del contractualismo. El primero versa únicamente sobre el derecho, lo que es y lo que le corresponde. El segundo en cambio, busca, a partir de los desarrollos naturalistas, justificar o legitimar un determinado estado político, una forma de gobierno.

19. Diferencio 'origen' de 'origen' haciendo referencia a la distinción que Foucault rescata en La verdad y las formas jurídicas entre *Erfindung* (invención) y *Ursprung* (origen). El origen para Foucault es algo solemne, pertenece a la naturaleza, lo generado de sí; como contraposición, *Erfindung* hace referencia a lo producido, con la característica especial de que esta producción proviene de una lucha, es una ruptura. (Para una mayor profundización sobre esta temática. Cf. FOUCAULT, Michel. *Microfísica del poder*. Trad. Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, La Piqueta, Madrid, 3ªed. 1992.

tro de este esquema no es, la mayor parte de las veces, definida como libertad humana, sino que más bien tiende a ser considerada como libertad de movimiento, o de expresión (en el caso de Locke por ej.: libertad de propiedad). Ligado a la libertad está también el problema de la igualdad, que generalmente es considerada como igualdad en la libertad; pero no queda muy claro este planteo, pues, como ya advirtió Rousseau, también en un estado de esclavitud tienen los esclavos un mismo grado de libertad, es decir: *son iguales*. Dentro de esta categoría el problema del *origen* aparece relacionado con los conceptos de libertad y ley, es decir: ¿es la ley la que da *origen* a la libertad? o ¿es la libertad la que permite la existencia de un marco social-legal?

4) PAZ:

Según el contractualismo el estado de sociedad tiende a restaurar una paz que habría sido degenerada por la falta de controles entre los hombres, es decir, por la excesiva libertad. Como remedio a esto se plantea un estado político con reducción de la libertad por medio de las leyes que establece el estado (al menos en el caso de Hobbes). En este caso, cabe preguntarse si se da efectivamente en el estado social, un estado de paz.

Por último cabe destacar el papel que, a partir del problema del origen, juega la violencia dentro de la conformación o establecimiento del derecho, en tanto que legitima (en el contractualismo) el Estado. Sobre este último punto, se considera fundamental la concepción que el filósofo italiano Roberto Esposito tiene acerca del derecho y la violencia. Esta interpretación, según afirma el mismo pensador, es elaborada a partir de un punto de vista histórico desde el cual puede apreciarse el circuito pendular entre poder y fuerza.

1. DICOTOMÍA RACIONALIDAD - IRRACIONALIDAD

Como se afirmó en la introducción cuando se abandona el paradigma aristotélico que considera al hombre como un animal social, no deja de considerárselo como un *animal racional*. Esta diferenciación entre un tipo de hombre racional y otro irracional es un planteo que recorre gran parte de los discursos contractualistas. Esta problemática parece remitir al hecho de que justamente el derecho natural es una postura marcada por la referencia a un estado *natural* del hombre, el cual, en su momento, fue considerado en lo que en el siglo XVI podía o prometía una división entre los hombres *civilizados* y aquellos aún por civilizar. Esta diferenciación es usada reiteradamente en el *Leviatán* de Hobbes como una incitación o demostración, de la importancia de “ingresar” al estado social.

Si bien tanto en Hobbes como en Locke se da este *estado de naturaleza* determinado o gobernado por leyes que solo pueden ser descubiertas por la racionalidad, no es la misma racionalidad

la que, en cierta manera, genera los problemas que luego llevara a la inevitable (por lo menos en Hobbes) constitución estatal. Analizando este tipo de conceptualización humana se puede notar claramente como la racionalidad correspondería a un cierto *orden* (natural o humano) y la irracionalidad al *caos* y al desorden. En esta interacción entre orden y caos se puede notar una impronta clásica del mundo helénico, sin embargo, despojada de su naturaleza, pues el *caos* pertenecería al hombre, ya que la naturaleza parece ser inmutablemente racional y ordenada. “La naturaleza es verdaderamente poseída por un espíritu, pero este espíritu es el del hombre”²⁰, el espíritu que recorre la modernidad desde Descartes hasta Kant, es el espíritu de la racionalidad como porción constitutiva del ser humano.

Sin embargo ya dentro de la corriente del derecho natural, comienza a destacarse Rousseau como crítico de este tipo de postura racionalista, sin salvar del todo esta dicotomía pues, si bien *desmitifica* a la naturaleza de la racionalidad conferida por los argumentos liberalistas (Locke y Hobbes), concibe un estado de naturaleza hipotético en el cual el hombre se comporta irracionalmente; y un estado civil o político, en el cual la racionalidad está directamente relacionada con la aparición de la propiedad privada. Como se ve, continúa aún una discontinuidad, una diferenciación marcada entre la racionalidad y la irracionalidad, es decir, la problemática que atraviesa este punto se da por la concepción de un estado *puro* de racionalidad o irracionalidad.

En todo el ius-naturalismo puede verse a la racionalidad como aparato legitimador del estado de derecho. O entendido de otra manera: el estado como el *ente* que garantiza, por medio de la racionalidad, el orden civil. De esta manera se logra una asociación entre el estado y el *orden* (considerando aquí “orden” como una propiedad de lo racional).

1.1 ESTADO DE NATURALEZA - ESTADO DE SOCIEDAD

El estado de naturaleza y el estado social es una separación que, en gran medida, responde a la diferenciación *pura* entre racionalidad-irracionalidad. Este tipo de afirmaciones (las de la existencia de un estado de naturaleza diferente a un estado de sociedad) ha llevado a los contractualistas a creer o a sostener que existe un período caótico que debe ser ordenado por medio de la capacidad racional. En este sentido es que, en la exposición de estos problemas, debe ser planteado el hecho de que se considera al hombre como condición de posibilidad de un orden jurídico-estatal, y en tanto que condición de posibilidad se establece que el hombre posee determinadas características propias, que lo convierten en dicho sujeto para el estado de orden. Es decir convienen en que el hombre es esencialmente, en el estado de naturaleza (y por naturaleza), caótico, y debe ser ordenado. Pero como no existe (por lo menos para los planteos contractualistas) una existencia superior a los hombres capaz de poner *paz* entre ellos, es que se recurre a una supuesta *entrega* del

20. FEUERBACH, Ludwig. La esencia de la religión. Trad. Tomás Cuadrado, Páginas de Espuma, Madrid, 2005, p. 30

derecho. Se cede lo que es propio y constitutivo por derecho: la libertad.

Esto puede, al menos, demostrar en cierta manera que el razonamiento naturalista parte de dos supuestos que no pueden ser fundamentados correctamente: 1) Suponer *algo* constitutivo del hombre. Entendiendo este *algo* como constitutivamente esencial al hombre. Y 2) suponer que ese *algo*, (al menos en la mayoría de los casos) que es identificado con la libertad, se puede conocer.

Rousseau es el primero que, en cierta manera, corre el velo y muestra que el estado de naturaleza (considerado como anteriormente se explicó), es en realidad una herramienta hipotética para el establecimiento de un contrato social. La propuesta del pensador francés deja ver entonces la utilización de un estado hipotético, como fundamento sin fundamentar de un estado social. Esto corrobora la falsedad de la pretensión del estado de naturaleza de fundar una esencia constitutiva del hombre.

Volviendo al planteo de los supuestos en la teoría contractualista, es posible ver de qué manera estos supuestos no condicionan de manera totalitaria la concepción que del estado van a tener Hobbes y Locke. El principal supuesto que sostiene la teoría expuesta por Locke, y que lo mantiene ligado a la experiencia conservadora, es la legitimación del estado a partir del estado de naturaleza. Tal legitimación se basaría en la experiencia de la inseguridad, el miedo y la guerra. Como ya lo había afirmado Hobbes (si bien con matices diferentes), el estado de naturaleza representa, para la vida, la inseguridad. Locke afirma la necesidad del pasaje de dicho estado al estado social debido a tal inseguridad, lo que hay que proteger para Locke es la *propiedad privada*, el *trabajo*, la *libertad* y la *vida*. En estos principios radica sin embargo la diferencia con la posición conservadora (Hobbes). Si para Hobbes lo central era proteger la vida a cualquier costo, para Locke la libertad a la propiedad, a la vida, al derecho trastorna esta concepción. Se instituye así (Locke) como el padre del *liberalismo*. Esta diferencia supone consecuencias en su concepción del estado. Si bien proteger la vida es una necesidad, esta no puede, o no debe, ser lograda a cualquier costo.

Sin embargo, no debe dejar de señalarse que el pasaje entre estado de naturaleza y el estado de sociedad o político, marca una cierta *tendencia*, que como ya fue dicho, es determinada por la *finalidad* o el interés por la legitimación de un determinado tipo de estado.

1.2 LIBERTAD

El problema de la *libertad* dentro de la corriente contractualista está estrictamente ligado, o podría suponerse como una consecuencia, de la concepción de dos estados diferentes entre sí: estado de naturaleza y estado de sociedad considerándolos respectivamente como la relación entre la esclavitud y la ciudadanía.

Una de las características fundamentales de este planteo, que

corresponde a un modelo de pensamiento dualista, es el hecho de que se considera al hombre (tal como fue expresado anteriormente) como libre y no-libre. Esta discusión sobre la *libertad* humana corre el riesgo de llevarnos fuera del ámbito de lo que en este texto quiero exponer, por lo tanto, se considera conveniente a los fines de la exposición hacer valer lo ya expresado sobre ella (sobre la libertad) anteriormente para relacionarlo con un análisis de las formas jurídicas.

Estado de Naturaleza: El hombre considerado desde el punto naturalista, es esencialmente *libre*. Esta libertad natural del hombre, definida por su potencia, es decir por lo que él puede efectivamente hacer, corresponde al “derecho natural”. Sin embargo es justamente esta libertad la que le resulta problemática, pues, si bien en un principio le permite usufructuar cualquier medio para asegurar su subsistencia, luego termina atentando contra su vida misma, cuando comienza a percibir a los demás hombres como un *posible* peligro. La naturaleza *racional* de los hombres, los lleva entonces, guiados por la ley natural-racional, a congregarse en una *comunidad* cuya finalidad debe, tal como Hobbes afirma en el *Leviatán* ser salvaguardar la existencia.

Estado de Sociedad: Se arriba a este estado una vez que los hombres, tal como fue expresado en el anterior punto, tuvieron que congregarse en una *comunidad*. Por ello se hace necesaria la implementación de la limitación a las libertades individuales, a saber: la implementación de normas de conducta, de regulación de los miembros de la sociedad; se cede aquello característico del hombre en estado natural: su libertad (derecho natural).

Esta relación entre derecho natural (ilimitado) y el derecho positivo (límite), es el proceso que describe Roberto Esposito en su libro *Immunitas* cuando hace referencia a los dispositivos inmunizadores. Dicho planteo parte del descubrimiento de una contradicción inmanente al ius-naturalismo y por ende al contractualismo: los hombres en estado de naturaleza buscan una forma para lograr convivir pacíficamente, manteniéndose relativamente independientes uno de otros. La función del dispositivo inmunizador aparece aquí como la que “protegerá a los hombres de ellos mismos”, en este caso: cediendo el derecho natural, cediendo *libertad*. Esposito va a plantear este argumento con respecto al problema de la *biopolítica*, que es un argumento que no será tratado en la presente investigación; sin embargo, cabe destacar que, al igual que la *biopolítica*, el ius-naturalismo y el contractualismo, inauguran este doble movimiento inmunizador en el cual la libertad es negada por ella misma, en pos de una, tal como afirma Locke: libertad a través de las leyes.

1.3 PAZ

Por último quedaría considerar la posibilidad de un estado de paz, que es considerado por el naturalismo como el estado socio-político. Las características de este estado civil pacífico, el cual todo orden jurídico busca instaurar, se desarrollan a partir de una serie de conceptualizaciones dualistas que recorren

toda la corriente contractualista y ius-naturalista. El estado de paz, de sociedad, busca separarse, busca ordenar lo caótico. Es decir, tratar de limitar al mínimo cualquier elemento humano que tiende a disociar o volver problemático el vínculo entre los hombres. Por esto mismo es que promueve la racionalidad y la igualdad, y por contraposición, el desmedro de lo irracional y la limitación de la libertad.

La asociación entre estos conceptos es la clave que manejan los planteos ius-naturalistas del derecho. Se tiende a relacionar la racionalidad y la irracionalidad, como ya se vio antes, como factores contradictorios entre sí, es decir, cuando aumenta uno, disminuye el otro. En cambio la relación entre libertad e igualdad es cualitativamente diferente. Para que los hombres puedan ser iguales es necesario que tengan un mismo nivel de libertad. Por eso mismo es necesario que los hombres de una sociedad civil sean racionales, pues la tercera asociación es entre libertad y racionalidad. En este sentido tiende a identificarse la libertad con la elección racional de posibilidades. Se entiende la *elección*, el arbitrio, como una actividad plenamente racional que sólo el intelecto humano es capaz de elaborar. De este modo también es factible eliminar las acciones imprevisibles guiadas por el deseo o las pasiones (la irracionalidad).

Puede entonces entenderse la igualdad como el estado característico de una sociedad civil pacífica, pues el hombre libre, guiado por su racionalidad, limita su libertad a lo que en él es plenamente racional.

Este planteo sencillo presenta varios problemas en su aplicación. Primero, la imposibilidad de negar la realidad irracional del hombre, entendiéndola no como algo contradictorio a la racionalidad, sino más bien como algo constitutivo del hombre, pero de naturaleza diferente, la cual no mantiene con la racionalidad una relación de *oposición* sino más bien de *composición*. Un segundo problema es que, si el estado de paz busca la igualdad de libertad por medio de la racionalidad, quien sería entonces el responsable de mantener tal paz, presentándose de esta manera el problema de la gubernamentalidad. El tercer problema que salta a la vista es que la formación de varios estados, por más que sea capaz de garantizar la paz interior, no garantiza la paz entre ellos, esto podría ser considerado como una prolongación *ad infinitum* de garantías sobre las distribuciones de las libertades en tanto que va aumentando la cantidad de individuos que conforman un *corpus* social.

2. ORIGEN

La conceptualización foucaultiana del *origen* permite efectuar un corte transversal de estas cuatro categorías (racionalidad-irracionalidad; estado de naturaleza-estado de sociedad; libertad; paz) otorgándonos una forma heterogénea de entender el problema que subyace en el ius-naturalismo y en el contractualismo. Este problema es en definitiva la propuesta moderna de un modelo de estado que sea legitimado por un cierto tipo

de necesidad humana; independientemente de la posición que sostengan con respecto a él (con respecto al estado). Se evidencia en las diferentes posturas una legitimación con respecto a la ya mencionada situación de necesidad humana: en Rousseau es posible apreciar como un estado democrático en el cual la voluntad general se impone, genera las condiciones óptimas para que haya un máximo de libertad e igualdad. Por el lado de las corrientes anglosajonas del derecho, los intentos de legitimación del estado se separan en dos corrientes. Hobbes, permanece aferrado al viejo paradigma del estado absolutista, es decir: un estado que asegura el orden y la supervivencia de sus miembros. Por otro lado, Locke innovando el contractualismo propuesto por Hobbes, legitima un estado en el cual la gubernamentalidad (o el poder) no está concentrada en manos de un soberano, sino que es sostenida por una asamblea representativa, la cual resguarda las libertades individuales y la propiedad de cada ciudadano.

Sin embargo no es objeto de la presente investigación realizar un análisis crítico sobre los desarrollos contractualistas modernos, es decir: una crítica del estado; sino más bien, fijar conceptualmente el tipo de relaciones que son establecidas a la hora de la legitimación mediante las categorías problematizadas anteriormente, consideradas bajo la cuestión del *origen*.

Aquello que se impone, y hacia lo cual se tiende en la legitimación contractualista del estado, es la búsqueda del *origen*. Esta búsqueda intenta fundar el estado, o el contrato social, en una premisa extrínseca a él mismo, otorgándole de esta manera una *necesidad* totalmente independiente de sus estructuras. La búsqueda del *origen* consiste entonces en dar razón a dos cuestiones: *ser* y *verdad*. De otra manera el *Ursprung* (*origen*) sería un simple artificio, una invención (*Erfindung*).²¹

Ser: en esta primera cuestión, la caracterización del *origen* (*Ursprung*).

Se esfuerza por recoger allí la esencia exacta de la cosa, su más pura posibilidad, su identidad cuidadosamente replegada sobre sí misma, su forma móvil y anterior a todo aquello que es externo, accidental y sucesivo. Buscar un origen semejante, es intentar encontrar 'lo que ya estaba dado', el 'aquello mismo' de una imagen exactamente adecuada a sí; (...) es intentar levantar las máscaras, para desvelar finalmente una primera identidad.²²

En este primer movimiento lo que busca encontrar, tanto el ius-naturalismo como el contractualismo, es una preexistencia humana idéntica a sí misma, es decir, que no mantenga diferencias entre sus derivados (todos los hombres). Este movimiento es difícil de caracterizar, pues, como afirma Deleuze en: *En medio de Spinoza*, es justamente Hobbes quien inicia un movimiento de independización con respecto al conocimiento de una esencia humana, definiendo al derecho natural como 'todo lo que el hombre puede'. Sin embargo, esta búsqueda de *ser* está caracterizada por la búsqueda de la identidad, es decir, si bien los hombres no están caracterizados por participar de una misma esencia (pensamiento propio del ius-naturalismo clásico)²³, sí tienen en común la identidad del origen: 'todos provenimos

21. Como fue señalado anteriormente, *Erfindung* y *Ursprung* son términos empleados por Nietzsche a lo largo de su obra, cuyas acepciones son rescatadas por Foucault, con un profundo tratamiento, en: Nietzsche, la genealogía, la historia. En dicho texto se señalan variadas interpretaciones en el uso y el significado de la terminología nietzscheana con respecto a la cuestión del origen.

22. FOUCAULT, Michel. Nietzsche, la genealogía, la historia en: "Microfísica del poder". Trad. Julia Varela y Fernando Alvarez-Uría, La piqueta, Madrid, 1992, p. 8

del mismo *lugar*²³. De este modo es posible entender cómo en la concepción del estado de naturaleza (originario) que propone el ius-naturalismo y el contractualismo es posible encontrar una ‘sociedad’²⁴ en donde los hombres son *iguales* entre sí, esta igualdad es la que Hobbes termina denominando como la *guerra de todos contra todos*. Este no es el único punto en común, la definición de la identidad será finalmente determinada por la capacidad racional de percibir la *ley natural* y el *derecho natural*.

Verdad: en cambio, en esta segunda cuestión, el *origen* es considerado como el lugar de la verdad: “punto absolutamente retrotraído, y anterior a todo conocimiento positivo, que hará posible un saber que, sin embargo, lo recubre, y no cesa, en su habladuría, de desconocerlo”²⁵. En su búsqueda del *origen* el ius-naturalismo instaura la *verdad* del derecho en una *ley natural* y en un *derecho natural*. La *ley natural* constituye ese punto absolutamente retrotraído y anterior justamente al derecho positivo, sobre el cual este último se funda. Sin embargo el derecho positivo en su extensión, no deja de negar el *derecho natural*. Tal como Hobbes afirma: la libertad que da el *derecho natural* a los hombres debe ser limitada por las leyes civiles. Locke, siguiendo este razonamiento dirá que la verdadera libertad es aquella que se logra mediante las leyes; este movimiento es el que, en la contemporaneidad, será criticado por el filósofo italiano Roberto Esposito como un mecanismo inmunitario, (inmunitas) el mismo, consiste en negar aquello que quiere proteger: la libertad como *derecho natural* y por lo tanto el hombre como un ser *potente*, es decir, que se define por su potencia, no por su esencia.

Una vez determinado el *ursprung* (origen) como *ser y verdad*, quedaría sólo por puntualizar la problemática de la *erfindung* (invención), ya citada anteriormente como contrapuesta al *origen*.

Foucault en el primer capítulo de *La verdad y las formas jurídicas* va a decir que lo que tienen en común la religión (en tanto que conciencia moral) y la poesía (como prácticas discursivas) es el hecho de ser *Erfindung* (invención), algo que es para Nietzsche, por una parte, una ruptura, por otra, algo que posee un comienzo insignificante, bajo, mezquino, inconfesable (...) La poesía fue inventada mediante oscuras relaciones de poder. También la religión fue inventada igualmente mediante meras y oscuras relaciones de poder.²⁶

La ruptura de la *Erfindung* referida concretamente a la cuestión que plantean tanto el ius-naturalismo como el contractualismo en torno al derecho, se da con (o mejor dicho contra) la *Ursprung* (origen) de la *Communitas*²⁷ (comunidad), en el sentido de que el derecho inaugura en la comunidad la legitimación de una determinada forma de ejercer violencia; la *erfindung* del derecho o del estado, representa “la lucha, el combate, el resultado del combate y, en consecuencia, el riesgo, el azar”²⁸, toda invención se configura a partir de un acto de violencia, en tanto que es considerada como una *imposición*.

3. DERECHO Y VIOLENCIA

Ya planteada la cuestión del *origen* nos proponemos ahora mostrar, o determinar, la manera en la cual derecho y violencia se ven imbricadas en la génesis de los sistemas ius-naturalistas y contractualistas.

Como ya fue dicho anteriormente, toda invención corresponde a un cierto tipo de violencia: sea por imposición, sea por el resultado de una lucha, o por una ruptura. En el caso del contractualismo, se da en todas sus formas: es el resultado de una lucha ya que el estado de naturaleza, tal como afirma Hobbes es una: guerra de todos contra todos; es una ruptura, pues hay una transición entre el estado de naturaleza y el estado social, determinada por el pacto o contrato social; y es, por última, una imposición ya que, una vez realizado el pacto, este no puede deshacerse, sometiendo a todo ciudadano por venir a la voluntad soberana.

Sin embargo no es la finalidad de la presente investigación afirmar que el estado sea un dispositivo coactivo (el estado tal como era entendido y discutido durante la modernidad), sino más bien, denunciar las legitimaciones propuestas por el ius-naturalismo y el contractualismo como búsquedas del origen y no como análisis y crítica del estado de derecho. Mediante la búsqueda del origen se expone un pensamiento acabado, que *tiene* en sí mismo, como fue ya explicado anteriormente, *ser y verdad*. Entonces la legitimación propuesta por dichas corrientes no son realmente internas, o immanentes al derecho, tal como afirman el ius-naturalismo, sino, siguiendo el razonamiento del *origen* provienen de una *verdad* que a su vez, en su extensión, no dejan de negar, a saber: el derecho natural.

Retomando lo afirmado en la introducción se buscará dar respuesta a los interrogantes allí expuestos, teniendo en cuenta los avances desarrollados a lo largo de todo el proceso de investigación.

En la introducción fueron planteados cuatro problemas principales, ya analizados anteriormente, susceptibles al análisis mediante la categoría del *origen*, estos son: racionalidad-irracionalidad; estado de naturaleza-estado de sociedad; libertad; paz. En el primer apartado se mostró de qué manera las leyes y el derecho provienen de una capacidad netamente racional del hombre. Siguiendo este problema mediante la categoría del análisis es posible ver como el problema de la racionalidad-irracionalidad remite a las categorías del *origen: ser y verdad*. Cuando se afirma que el hombre es un ser racional y que justamente mediante esa capacidad racional es que es capaz de percibir la ley y el derecho naturales, se está diciendo dos cosas: primero que el hombre es un ser racional, hay una *identidad* entre ellos; y segundo que la ley es percibida mediante esta capacidad como igual para todos, como *verdad*. Se muestra de esta manera, retomando las categorías del *origen*, que el problema de la racionalidad y la irracionalidad aparecen justamente como un problema de la búsqueda del *origen*.

El problema del estado de naturaleza-estado de sociedad, al igual que el de racionalidad-irracionalidad, remite a la búsqueda

23. Recordamos que la diferenciación entre ius-naturalismo clásico y moderno no se da efectivamente, sino sólo para los fines expositivos de la presente investigación.

24. Si bien tanto Hobbes como Locke afirman que la sociedad deviene a partir de un pacto o contrato social, en ambos autores podemos encontrar que el disparador para dicho acuerdo se da justamente a partir de conflictos entre individuos o grupos de individuos.

25. FOUCAULT, Michel. Nietzsche, la genealogía, la historia en: “Microfísica del poder”. Op. Cit., p. 9

26. FOUCAULT, Michel. Estrategias del poder: “La verdad y las formas jurídicas”. Trad. Julia Varela y Fernando Álvarez Uría, Paidós, Bs. As., 1999, p. 176

27. ESPOSITO, Roberto. Inmunitas: Protección y negación de la vida. Amorrortu editores.

28. FOUCAULT, Michel. Estrategias del poder: “La verdad y las formas jurídicas”. Op. Cit., p. 177

del *origen* en tanto que da una idea acerca del “lugar del provenimos”, haciendo entender que ese *lugar* es el lugar de la *verdad* y de la *identidad*. En el caso del derecho, el estado de naturaleza aparece también como el “lugar de origen”, tal como fue expuesto en apartado dos (sobre el *origen*), el derecho positivo se desarrolla a partir del derecho y la ley naturales (ius-naturalismo).

La libertad, en el caso de Locke y Rousseau, es aquello que debe ser defendido a toda costa. Para Hobbes en cambio, la libertad debe ser suprimida necesariamente para ingresar a un estado de sociedad. Lo que trasciende, como postura del ius-naturalismo, es una cierta concepción de que el hombre *es* libre, y que mediante esa libertad *originaria* es capaz de conformar estados sociales o políticos, en los cuales, en algunos más o en otros menos, se mantiene el *ser libre*. De lo que se trata en este punto es de dar cuenta de una *identidad* primaria que a su vez es fundadora. Es gracias a esta *libertad* que todo el planteo ius-naturalista, y sobretudo el contractualista, logra dar un aspecto de legitimidad a su sistema político.

El problema de la paz también hace referencia a la cuestión del *origen*, con la particularidad de ser constituido a partir de los otros problemas (racionalidad-irracionalidad; estado de naturaleza-estado de sociedad; libertad), y por lo tanto de ser un argumento compuesto. Sin embargo, una vez derribados los anteriores argumentos, mediante su análisis a partir de la cuestión del *origen*, se denota en toda su amplitud como un planteo característicamente dualista (al igual que los anteriores problemas del ius-naturalismo), este dualismo aparece como la *diferencia* entre un estado de guerra (estado natural) y un estado de paz (estado social).

Si nos atenemos a la refutación que mediante las categorías del *origen* es posible efectuar contra los argumentos ius-naturalistas, es posible ver que el dualismo planteado por los problemas anteriormente citados, es en realidad, un pseudo-problema, generado a partir de la búsqueda del *origen*. A este punto cabe explicitar qué significa que el planteo ius-naturalista y contractualista tengan como motor dicha búsqueda del *origen*. Lo que concibe la búsqueda del *origen* es una legitimación del estado de derecho moderno que está fuera de este, se encuentra justamente en el “lugar del origen” que ya fue caracterizado como el lugar del *ser* y la *verdad*. Este punto de vista, el del *origen* no nos deja ver al derecho en su dimensión fundamental: la de apropiación. Pues el derecho funciona justamente así: totalizando las parcialidades. Una vez más fue Rousseau quien vio la causa de esta particularización. Pues este movimiento totalitario y particular, se da solo cuando un hombre quiere proteger lo propio contra lo ajeno, es decir, cuando el hombre reivindica la propiedad privada.

Esta apropiación esta responde a la *erfindung*, “la lucha, el combate, el resultado del combate y, en consecuencia, el riesgo, el azar”²⁹. Toda invención se configura a partir de un acto de violencia. La relación entre derecho y violencia entonces es la de la apropiación e imposición, pues el derecho, si bien responde a un cierto tipo de conducta humana, es ante todo el estableci-

miento, la legalización de una determinada forma de ejercer la violencia. Es una parcialización de la violencia misma.

Entonces la verdadera condición de posibilidad del derecho es en primera instancia la violencia, y luego, la parcialización de la violencia, es decir, dejar un *afuera-del-derecho*. Lo cual no significa lo opuesto al derecho, pues el derecho mismo es violencia. El derecho entonces puede reducirse a una economía de las relaciones de fuerza, una economía de la violencia.

El ius-naturalismo, en tanto que corriente de pensamiento, puede efectivamente tener una justificación, si bien la justificación no es aquella que la corriente misma nos expone. Esta consiste en afirmar que el ius-naturalismo consiste en un estudio de las formaciones jurídicas a partir de la condición humana; sin embargo, y en este punto entra en contacto con el contractualismo, el ius-naturalismo tiene una justificación en la medida en que su problema no es realmente el del origen del derecho, sino más bien la búsqueda de la legitimación del estado moderno; a partir de ello, es posible afirmar que tanto el ius-naturalismo como el contractualismo hacen una *Ursprung* (búsqueda del origen) para explicar una *Erfindung* (invención).

El papel que juega la violencia en el establecimiento del derecho responde al papel de la ya citada *Erfindung*. El derecho, la ley, el estado, dependen directamente del azar, quiere decir que no hay en ellos *necesidad* alguna, por ende todo derecho, ley o estado es algo que también podría no ser, algo contingente, el resultado de una lucha, una determinada forma de ejercer la violencia.◊

29. FOUCAULT, Michel. Estrategias del poder: “La verdad y las formas jurídicas”. Trad. Julia Varela y Fernando Álvarez Uría, Paidós, Bs. As., 1999, p. 177