

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

“FUNDAMENTOS PARA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL”

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:

JOSÉ OSWALDO CRUZ DOMÍNGUEZ

ASESOR DE TESIS: DR. JORGE ROBLES VÁZQUEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA.

OCTUBRE DE 2011.



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> -----	página 01
<b>CAPÍTULO I. CONCEPTO, FORMA Y FIN DEL PODER</b> -----	04
1.1.1. Breve perspectiva del poder político-----	05
1.1.2. Ontología del poder político-----	07
1.1.3. Max Weber y el dominio legítimo-----	17
1.1.4. Poder como libertad-----	22
1.2. LAS POSTURAS DEL PODER-----	26
1.2.1 El orden objetivo de la antigüedad-----	26
1.2.2. Maquiavelo: la nueva antropología del poder-----	31
1.2.3. Las teorías del contrato social-----	33
1.2.4. La metafísica del poder-----	42
1.3. LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL (En la Ontología de la libertad) -----	55
<b>CAPÍTULO II. PROBLEMAS NORMATIVOS CONSTITUCIONALES</b> -----	60
2.1. NIVELES SEMÁNTICOS DE LA CONSTITUCIÓN-----	60
2.1.1. La estructura de las normas-----	65
2.2. LA NORMA CONSTITUCIONAL-----	78
2.2.1. El emisor de las normas constitucionales-----	78
2.2.1. El receptor de la norma constitucional-----	80
2.2.1. El lenguaje de la norma constitucional-----	80
2.3. SISTEMA, REGLA Y NORMA JURÍDICA-----	81

2.3.1. Confusión entre normas jurídicas y enunciados jurídicos-----	87
2.3.2. La regla de reconocimiento y su exclusión como regla deóntica-----	87
2.3.3. El problema de las normas y sistemas normativos-----	91
<b>CAPITULO III. LA CONSTITUCIÓN COMO DERECHO PÚBLICO-----</b>	<b>95</b>
3.1. TEORÍAS DOMINANTES SOBRE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO-----	95
3.1.1. Teoría clásica o del interés-----	98
3.1.2. Teoría de la naturaleza de la relación-----	100
3.1.2. Teoría de Ernesto Roguin-----	102
3.1.3. Teoría de Gustav Radbruch-----	102
3.1.4. Teoría de Kelsen-----	103
3.2. APROXIMACIÓN A UN CRITERIO DE DISTINCIÓN-----	105
3.2.1. Elementos conceptuales primarios-----	110
3.2.2. Distinciones en derecho público y derecho constitucional-----	115
<b>CAPÍTULO IV. ADECUACIÓN DEL PODER A LA CONSTITUCIÓN-----</b>	<b>126</b>
4.1. ALCANCE SEMÁNTICO DEL LENGUAJE CONSTITUCIONAL-----	128
4.2. CIMENTACIÓN, ESTRUCTURA Y CONTROL CONSTITUCIONAL-----	132
4.3. EL SISTEMA INMUNOLÓGICO CONSTITUCIONAL-----	140
<b>CONCLUSIONES-----</b>	<b>146</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA-----</b>	<b>154</b>

*Con profundo afecto a mi compañera, a mis padres,  
a mis hermanas, a mis amigos, y a mis maestros,  
pero sobre todo, al pequeño Ital, porque,  
siendo el último que llegó, es el más importante*

## INTRODUCCIÓN

La constante impaciencia y la falta de razonamiento sobre los objetos que se encuentran en juego al abordar la problemática constitucional, ha llevado a los constitucionalistas a confundir problemas que corresponden a distintos niveles de análisis. Es común considerar a la constitución como constitución del Estado, es decir, la que establece los límites y contenidos del ejercicio del poder, por ello es necesario partir de una noción muy clara del poder, sin embargo, constitución y poder no son lo mismo, como no lo son normas constitucionales y constitución, sin duda, constitución es unidad de partes que componen un algo determinado, ese algo para nuestra materia es el poder, pero no cualquier poder, sólo el que determinan las normas constitucionales.

La diferencia básica entre determinante y determinado, es la misma que se da entre normas constitucionales y constitución, entre deber ser del poder y el poder mismo adecuado al deber ser, a pesar de esto, la necesidad de sistematización conduce a diferenciar poder como fuente de poder, y poder como poder dimanado, la constitución en tal sentido es poder dimanado, media entre ella y la fuente del poder la norma constitucional. Por ello nuestra tarea no se restringe a una "Teoría constitucional", el ámbito de nuestro análisis es más amplio, requerimos de una "Teoría del poder", de una "Teoría del derecho constitucional" y de una "Teoría constitucional", tales reflexiones sólo pueden partir de un análisis de los fundamentos de la complejidad del universo constitucional.

No llamamos a nuestra disciplina "Derecho constitucional" porque de él se ocupa el *libro* que reconocemos como constitución, de su articulado se desprende el citado derecho, de tal suerte que la teoría nunca podrá ser derecho constitucional, pues la labor del analista de la constitución no es hacer normas constitucionales (derecho), si así fuera, su tarea sería elaborar normas constitucionales, en cambio, debe abordar conceptualmente los distintos objetos de estudio que se le presentan, como son el poder creador, el derecho constitucional y el ejercicio del derecho adecuado al derecho constitucional. Dicha cuestión nos ubica dentro de las teorías de la constitución por ser el análisis final de una cadena de objetos de estudio, sin embargo, el título de este trabajo se

ubica en las condiciones teóricas que posibilitan dicho cometido y por tanto estamos en el momento reflexivo de los fundamentos de la teoría constitucional.

Sin embargo, lo que ahora nos ocupa es desentrañar los distintos niveles conceptuales que están en juego cuando hablamos de constitución, y en consecuencia, los diversos objetos de estudio que abordamos, así como la complejidad ontológica, lingüística y lógica comprendida en lo que llamamos constitución. Por ello partimos de la base problemática sobre la que se asienta lo que llamamos constitución, porque en realidad hablamos de la constitución normativa del poder político, pero debemos partir de una ontología y de una axiología del poder político que es el tema del primer capítulo de este trabajo.

El segundo capítulo se ocupa del problema del lenguaje constitucional y su relación con lo que llamamos norma constitucional, su estructura y su contenido, así como de algunos de los problemas que surgen al considerar partes o elementos de la norma como si fueran ellos mismos normas, y la relación del concepto de regla con el de norma. Por ende tocaremos de manera breve algunas cuestiones de los tipos de normas, del sistema y del orden jurídico.

El tercer capítulo tiene la pretensión de ubicarnos en el análisis del ámbito público de la constitución, ya que es uno de los temas de mayor importancia puesto que el fundamento de la validez de todo el sistema jurídico se encuentra en la constitución y de ahí la condición de posibilidad axiológica de toda normatividad pública, en tanto el conflicto de lo público y lo privado muestra el problema de la contraposición entre el núcleo cultural y la autonomía del individuo, es decir, el polémico encuentro de la libertad con su posible determinación e insuficiencia.

Finalmente el cuarto capítulo tiene como tema central la adecuación e inadecuación entre la normatividad constitucional y realidad del poder político, lo cual nos lleva a hablar de la anticonstitucionalidad y de la inconstitucionalidad de los actos y de las normas establecidas por los gobernantes, es decir, la constitución del poder y el poder que no forma parte de la constitución y que requiere de un control que lo devuelva a la constitucionalidad, razón suficiente para plantear el tema de la defensa constitucional y de sus instrumentos.

Los resultados arrojados por este trabajo son, sin duda, modestos en su alcance, pero son producto de un gran esfuerzo, que nos ha llevado a conclusiones derivadas de fuentes en diversas disciplinas, y, aunque muchas de sus conclusiones no son nuevas, la disposición y la organización de los conocimientos vertidos, en los límites de nuestra comprensión, son en cierta forma originales.



## **CAPÍTULO I. CONCEPTO, FORMA Y FIN DEL PODER**

Al abordar la Teoría Constitucional se han puesto en cuestión ciertos tipos de análisis como ideológicos, míticos o metafísicos; tales observaciones, devienen más de la falta de criterio para desentrañar las diversas perspectivas a partir de las cuales se puede ver la constitución, que de una falsa postura a cerca de nuestro objeto de estudio, lo que hace a dichos análisis insuficientes.

No sólo es necesario darse cuenta, cuando se aborda el problema constitucional, que se tienen en juego varios objetos de estudio, también hay que considerar los distintos tipos de análisis. Cuando se aborda el fenómeno del ejercicio real del poder dentro de los núcleos denominados Estados, no sólo tenemos un análisis diverso del que se desprende del análisis normativo, además tenemos un objeto de estudio diverso, confundir ambos problemas sólo expresa la falta de claridad que se presenta cuando a un objeto complejo, en cuanto a los diversos tipos de los fenómenos en juego, se le quiere tratar como algo simple.

Cuando se expresan ciertos principios sobre las Constituciones desde una perspectiva argumentativa, en la teoría más defendida en nuestro ámbito profesional en México, no se alude a la forma en que se realiza regularmente la actividad constitucional, es decir, de poder constituido, porque eso es sociología de la pragmática jurídica, tampoco se alude a los fines o conveniencias ideológicas por las que los sujetos con poder establecieron ciertos tipos de normas constitucionales porque entonces estamos inmersos en la Sociología Política, mucho menos a las aspiraciones del tipo de normatividad deseable por un jurista, porque ello nos ubica en el camino de la filosofía política o de la ética del poder que en el fondo converge con nuestro punto de análisis cuando arribamos al problema de la justicia, sin embargo aquí se trata, claramente, de los fines manifiestos de las normas a partir de las cuales se puede argumentar válidamente la interpretación del lenguaje constitucional.

Nadie puede hacer valer los fines latentes de la norma constitucional para alegar un derecho, o por lo menos resultaría ridículo, si por ejemplo alguien argumentara que los fines verdaderos del Estado liberal individualista son

mantener el sistema de cosas que beneficia al individuo capitalista, por ende él, como sujeto capitalista, tiene razón al asumir el principio de beneficio al capitalista, y en consecuencia, en un asunto jurídico el juez debe resolver en su favor, sea cual sea la circunstancia frente al trabajador proletario; tal acontecer sería inadecuado, aunque de hecho se beneficiara al capitalista sobre el proletario, por otra parte para combatir tal argumento, no sería adecuado, plantear que tales principios son injustos,<sup>1</sup> con lo cual nos perderíamos en la interminable cadena de argumentos de la filosofía y la ética política, lo adecuado sería por ambas partes aludir a las manifestaciones de principios manifiestos validos en la interpretación del lenguaje jurídico, aunque estos en principio resulten contradictorios y a la postre tengan un claro sentido ético o moral.

A lo anterior se le ha llamado positivismo jurídico, el problema es que la positividad jurídica, que pudiera no ser consciente en los positivistas como un problema de decisiones manifiestas o aceptadas, es sólo uno de los momentos del fenómeno, lo cual quiere decir, que tratar de explicar nuestra problemática escindiendo una parte del problema para ponerlo como “el objeto de estudio” nos coloca fuera de su contexto y por lo tanto fuera de un auténtico éxito en el análisis y por ello debemos partir de la base que da sentido a nuestro problema, éste es, por supuesto, la existencia de un poder gobernante que recae sobre una sociedad de sujetos gobernados y por ello el tema que nos ocupa es el poder político. Es por esa razón que debemos analizar aunque sea mínimamente en qué consiste el poder político y desde qué tipo de perspectivas se puede abordar para posibilitar un resultado satisfactorio para nuestra investigación.

#### 1.1.1. Breve perspectiva del poder político.

En la época contemporánea se ha identificado a lo público con el Estado, en sentido analógico tendría que identificarse con la *Polis* griega o con la *Civita* romana, por ello es importante dar cuenta de las líneas básicas del fenómeno político-jurídico y sus consecuencias conceptuales. Analizar el poder, es adentrarse en el problema de la condición humana del poder político, la cual tiene

---

<sup>1</sup> En todo caso ese argumento forma parte de la lucha por el reconocimiento de nuevos derechos positivos o de la lucha política por una nueva configuración del orden político-económico.

y ha tenido más de un sentido, de ahí que nos encontremos distintas perspectivas que responden a los siguientes cuestionamientos:

**Primero.** Con la pregunta: “¿qué es el poder?”, cuál la determinación conceptual que pretende a su objeto de estudio en una dimensión ontológica o si se quiere metafísica, para desentrañar las notas características del ser del poder político, de tal manera que su descripción nos permita la identificación y adecuada teorización del fenómeno político.

Se trata en este sentido de dar cuenta de los rasgos fundamentales que pertenecen a la noción de poder como condición de posibilidad de su existencia, para desentrañar su esencia o su realidad efectiva, o en otros términos, ¿en qué estados de cosas o formas de relaciones humanas podemos hablar de poder político sin confundirlo con otro objeto de estudio?

**Segundo.** Responde a la pregunta “¿cuál es la justificación del poder?”, en tal sentido nos encontramos en la dimensión de la filosofía política o en la ética política, cuál es la razón de la existencia del poder, ¿a qué principios debe someterse su ejercicio?, es decir, ¿cuál es el “deber ser” del poder?, son en este sentido los vicios y la virtudes la medida a través del cual se juzga al que ejerce el poder y lo hace responsable.

Tal cometido requiere de la reflexión filosófica, puesto que a esta pregunta subyace la cuestión de ¿por qué alguien ha de someterse al poder?, o si adecuar su hacer a determinados influjos no es sometimiento, incluso si es necesario distinguir entre poder y dominio.

**Tercero.** Debemos responder “¿cómo debe ejercerse el poder?”, ¿cuál es la técnica que comprende el poder para adquirirlo y preservarlo?, la del realismo político que quiere saber la efectividad de su ejercicio. Por ello afirma Maquiavelo:

Todos los dominios que han tenido y tienen imperio sobre los hombres...-nos dice Maquiavelo- han sido y son repúblicas o principados<sup>2</sup>

Es decir, estados de dominio de hombres sobre hombres, cómo mantenerlos es un problema de reglas de eficacia que hace oídos sordos a la conciencia moral, qué significa... no importa, es el 'cómo' y no el 'qué'.

### 1.1.2. Ontología del poder político.

En primer término, no nos preguntamos cómo debe ser el poder ni ética ni técnicamente, sino, qué es el poder político, para después acotarlo como poder público, para ello, es necesario, explicarnos ¿qué es el poder en un sentido muy *lato*?, para después analizar ¿cómo debe ser el poder según una constitución racional normativa?, más aún, cómo puede ser el poder dentro de una aspiración consistente con la afirmación de la libertad. Aunque tratar de connotar el poder solo nos ubica en el principio, se requiere juzgar sus formas y razones últimas para pasar al análisis axiológico que nos proporcionan las filosofías políticas.

Poder significa "capacidad de hacer" como lo afirma con razón Del Palacio<sup>3</sup>, sin embargo, es necesario distinguir entre facultad y poder político, no toda capacidad de hacer es poder, pero todo poder es capacidad de hacer, entonces, ¿cómo debemos connotar al poder político?, faltaba a nuestro análisis la relación del que lo ejerce con la del que se encuentra sometido a él o por lo menos bajo su influjo, porque podríamos dejar fuera un elemento importante.

Cuando tal vocablo se utiliza como sinónimo de fuerza aparejada a una capacidad, no es la simple capacidad, es la capacidad ligada a la relación entre el activo y el pasivo del poder, es decir, el que tiene la posibilidad de hacer algo que recae sobre el ámbito de otro, ese es el que tiene poder, el poder es una relación,

---

<sup>2</sup> Maquiavelo, Nicolás, *El príncipe*, trad. Juan G. de Luaces, México, Aguilar editor S. A., 1976, página 21.

<sup>3</sup> Del Palacio Díaz, Alejandro. *Introducción a la teoría del derecho*, 3ª. ed., México, Claves latinoamericanas, 1999, página 59. "En nuestros ejemplos "poder" quiere decir, respectivamente: la capacidad para golpear con fuerza, la capacidad para alcanzar y destruir objetivos a grandes distancias, la capacidad para desplazarse a altas velocidades, la capacidad económica, la capacidad para resolver sobre alguna conducta social, la capacidad para resolver el rumbo de los acontecimientos; en todos, "poder" significa *capacidad de hacer*. Hay idiomas, como el alemán, en los que la raíz común de ambas palabras: *machen* = hacer y *macht* = poder, denota la identidad."

ésta se da siempre en un encuentro entre sujetos y su desenvolvimiento es distinto a la relación que se puede guardar con lo otro como mera cosa.

En la relación de poder político nos encontramos ante el semejante, otro igual con voluntad y capacidad de cálculo, la simple capacidad o potencia para actuar sobre un objeto que resiste por su naturaleza al ser humano, no da la relación que sí se da con otro ser humano, el cual se presenta como una resistencia de la voluntad frente a otra voluntad capaz de oponerse o conformarse por decisión.

Podemos entender lo anterior cuando Hegel presenta a la conciencia como deseo, parte de la contraposición de un saber de sí frente a un saber de otro, lo primero que somos los seres humanos, en la autoconciencia no se es una conciencia pura, se es apetencia, deseos, la relación con el mundo se da para satisfacer esos deseos, tenemos una relación práctica sujeto-objeto, no se trata de una mera contemplación del mundo, como dice Hyppolite:

Ello que es objeto, es objeto para él mismo, es sujeto y objeto al mismo tiempo, se pone para sí mismo.<sup>4</sup>

Por su parte Hegel afirma:

El yo es el contenido de la relación y el movimiento mismo de la relación. Es al mismo tiempo el yo que se opone a otro, y rebasa a ese otro, y ese otro para él es solamente el mismo.<sup>5</sup>

La autoconciencia que es en primer lugar simple, es decir, en ausencia del otro que lo hace complejo, se presenta inmediatamente como un ser para sí, como deseo, se presenta así por la exclusión de sí mismo de todo otro como la identidad consigo mismo. La autoconciencia de todas las apetencias, de ese querer de los objetos del mundo, se presenta como la identificación del sí mismo, en tal sentido Hyppolite dice:<sup>6</sup>

La reflexión del yo a partir del mundo sensible, del ser otro, es la esencia de la autoconciencia que por lo tanto, no es más que ese retorno o ese movimiento.

---

<sup>4</sup> Hyppolite, Jean, *Génesis y estructura de la fenomenología del espíritu de Hegel*, Traducción de Francisco Fernández Buey. Ediciones península, Barcelona, 1991.

<sup>5</sup> Hegel, G.W.F., *Fenomenología del Espíritu*, 15ª. reimpresión, Traducción de Wenceslao Roces con la colaboración de Ricardo Guerra, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 107.

<sup>6</sup> *Ibidem.*, p. 143.

Cuando los seres humanos se relacionan con el mundo, lo hacen a través de sus apetencias, tenemos un yo apetente que tiene frente a él los objetos, en una vida que se consume y consume los objetos, el yo apetente consume los objetos que tiene frente a sí, esto le permite mantenerse en la vida, pero no es suficiente para poder alcanzar la autoconciencia, para reconocerse en el mundo no basta consumir, el objeto es algo que simplemente desaparece al ser consumido, lo que se busca en la relación con el mundo es adquirir identidad, el mero consumidor vive en la inmediatez de la vida, es pura negatividad. Afirma Hyppolite:

La autoconciencia es deseo, pero lo que desea, sin saberlo todavía explícitamente, es ella misma, su propio deseo; y justamente por eso sólo podrá alcanzarse a sí misma encontrando otro deseo, otra autoconciencia juntos.<sup>7</sup>

El deseo que se expresa al ponerse sobre los objetos que encontramos en el mundo, como algo primero, y después al objeto que le es más cercano que resulta ser la propia vida, ésta es lo otro en la que se busca a sí mismo, el reconocimiento de otro humano, como dice Hyppolite:

Lo que la autoconciencia halla como su otro no podría ser ya el mero objeto sensible, sino un objeto de reflexión en sí mismo.<sup>8</sup>

La vida se presenta como lo diferente de la propia autoconciencia, porque lo más cercano a ella, sin embargo, se aparece como lo más alejado, es así, lo más cercano y lo más lejano a la vez.

La forma de ser alguien, es la forma de la relación con el otro, la apetencia de la apetencia, el deseo del otro. La vida misma se consume, la muerte, la personalidad se alcanza mediante un gran esfuerzo, superar lo efímero de la inmediatez mediante la capacidad recreativa del mundo, no basta consumir, el objeto es particular, el yo soy es de la misma manera particular, por eso requiere crear universalidad, ascender al absoluto para ser un quién, y la única forma de serlo, es en relación con el otro, el deseo del deseo del otro, apetecer otra apetencia, deseo del reconocimiento del otro como algo valioso, la identidad

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p.143.

afectiva que a través del amor busca el reconocimiento. La autoconciencia duplicada, el yo en mi t , que Hegel expresa de la siguiente manera:

Para la autoconciencia hay otra autoconciencia: Ésta se presenta fuera *de sí*. Hay en esto una doble significación; en primer lugar, la autoconciencia se ha perdido a sí misma, pues se encuentra como otra esencia; en segundo lugar, con ello ha superado a lo otro, pues no ve tampoco a lo otro como esencia, sino que se ve a *sí misma* en lo otro.<sup>9</sup>

La autoconciencia busca a otra autoconciencia, se encuentra pérdida a sí misma, algo le falta, necesita algo permanente que le satisfaga, no se puede encontrar en un algo consumible, se busca en lo otro que resulta ser lo inesencial, lo externo a sí mismo, sin embargo, se busca en lo otro en quien tampoco ve la permanencia, como lo que lo hace ser, por ello la autoconciencia se ve en el otro, se reconoce en el otro.

Tiene que superar este su *ser otro*; esto es la superación del primer doble sentido y, por tanto, a su vez, un segundo doble sentido; en primer lugar, debe tender a superar *la otra* esencia independiente, para de este modo devenir certeza *de s * como *esencia*; y, en segundo lugar, tiende con ello a superarse *a sí misma*, pues este otro es ella misma.<sup>10</sup>

Sabe la autoconciencia que no es esencial y se busca en un objeto, por eso tiene que superar la otra esencia independiente, tiene que superar lo otro en sí mismo, encontrar lo que sea como el mismo, más allá de los cambios y las transformaciones, se ve en el otro como su propio yo reflejado, se requiere que el otro sea parte de mí, es superarse a sí mismo en el otro que lo reconoce como valioso.

Está superación de doble sentido de su ser otro de doble sentido es, igualmente, un retorno *a sí misma* de doble sentido, pues, en primer lugar, se recobra a sí misma mediante está superación, pues devienen el nuevo igual a s  por la superación de su ser otro, pero, en segundo lugar, restituye también a sí misma la otra

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 113

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 114

autoconciencia, que era en lo otro, superar este *su ser* en lo otro y hace, así, que de nuevo libre a lo otro.<sup>11</sup>

A través del otro me encuentro a mí mismo, el otro será conciencia de mí, en el momento en que me doy cuenta de que el otro es una parte esencial de mí, gracias a que el otro me reconoce, se trata precisamente de la idea de reconocimiento, yo me reconozco en el otro, esto es la autoconciencia duplicada, la conciencia frente a otra conciencia, un objeto no me puede dar reconocimiento porque no posee libertad, el objeto es algo que se consume, el otro como otra conciencia, no. Al mismo tiempo que hay una relación con los objetos, se da una relación intersubjetiva, es decir, la relación entre sujetos. El ser consciente del mundo se manifiesta como conciencia de sí. Por eso agrega Hegel:

Este movimiento de la autoconciencia en su relación con otra autoconciencia se representa, empero, de este modo, como el hacer de la una; pero este hacer de la una tiene el mismo la doble significación de ser tanto *su hacer* como el *hacer de la otra*; pues la otra es igualmente independiente, encerrada en sí misma y no hay en ella nada que no sea por ella misma.<sup>12</sup>

Es la primera persona la que puede decir el sentido de las acciones, el encuentro de las autoconciencias es el hacer de la una, es el hacer de las autoconciencias, yo y el otro que es igual a mí, se trata de un ser duplicado en la que cada uno es un hacer independiente, sólo se puede hacer mediante el consenso del otro, se ha pasado del yo al nosotros, el yo es el nosotros y el nosotros es el yo, en esta cooperación ninguno es por sí mismo, sino que uno es por el otro y el otro es por el uno.

La primera autoconciencia no tiene ante sí el objeto tal y como éste objeto sólo es el principio para la apetencia, sino que tiene ante sí un objeto independiente y que es para sí y sobre el cual la autoconciencia, por tanto, nada puede para sí, si el objeto no hace en sí mismo lo que ella hace en él. El movimiento es, por tanto, sencillamente movimiento duplicado de ambas autoconciencias. Cada una de ellas ve a la otra hacer lo mismo que ella hace; cada una hace lo que exige la otra y, por tanto, sólo hace lo que hace en cuanto la otra hace lo mismo; el hacer unilateral

---

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Idem.



sería ocioso, ya que lo que ha de suceder sólo puede lograrse por la acción de ambas.<sup>13</sup>

El objeto no es algo pasivo que se consume, en la relación sujeto-objeto lo que hago es consumir lo pasivo, mientras aquí se trata de una relación sujeto-sujeto, es también una apetencia reciproca, dos independientes que se reafirman en el reconocimiento mutuo de la independencia, ésta es la base de la sociabilidad, el principio del reconocimiento.

Para que la relación sea posible tiene que haber participación de ambos, puede ser que en éste punto Hegel haga referencia a la relación carnal, sin la participación del otro, la actividad es ociosa, no tiene sentido una relación sexual sin una actividad compartida, no puede ser unilateral.

En este movimiento vemos repetirse el proceso que se presentaba como juego de fuerzas, pero ahora en la conciencia. Lo que en el juego de fuerzas era para nosotros es ahora para los extremos mismos. El término medio es la conciencia de sí, que se descompone en los extremos; y cada extremo es este intercambio de su determinabilidad y el tránsito absoluto al extremo opuesto. Pero, como conciencia, aunque cada extremo pase *fuera de sí*, en su ser fuera de sí es, al mismo tiempo, retenido en sí, es *para sí* y su fuera de sí es *para él*. Es para él para lo que es y no es inmediatamente otra conciencia; y también para él es este otro para sí solamente cuando se supera como lo que es para sí y es para sí solamente en el ser para sí del otro. Cada extremo es para el otro el término medio a través del cual es mediado y unido consigo mismo, y cada uno de ellos es para sí y para el otro un esencia inmediata que es para sí, pero que, al mismo tiempo, sólo es para sí a través de esta mediación. Se reconocen como reconociéndose mutuamente.<sup>14</sup>

La conciencia de sí es el término que enlaza tanto el uno como lo otro, para que yo sea tiene que ser el otro, para que el otro sea tengo que ser yo, uno y otro se encuentran mediados por la conciencia de sí, cada uno es en este sentido el tránsito de sí al otro, el uno y el otro son los dos extremos, porque cada uno se determina por medio del otro a través de la conciencia de sí, es decir, nos encontramos ante una diferencia determinada que bien podría expresarse como una oposición.

---

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Ibidem, pp. 114-115

Como nos explica Sergio Pérez al tratar la diversidad:

Dos cosas son consideradas iguales o desiguales entre sí, justo porque son diversas y exteriores una de la otra. Sin embargo, esta autonomía entre las cosas que aparece en la diversidad es ilusoria. Sí examinamos más de cerca, la diversidad obliga a la presencia de un tercero: el pensamiento, que es el que realiza la comparación.<sup>15</sup>

Mediante la comparación es que podemos pensar en el término medio que enlaza tanto uno como otro, es decir, es la comparación la constituyente de los extremos que se encuentran dados por la conciencia de sí, se trata de una determinación de la razón que se manifiesta por medio del lenguaje, de tal suerte que cada extremo es un término medio para el otro, es así como al reconocerse se puede dar el reconocimiento mutuo.

Hay que considerar ahora este puro concepto del reconocimiento, de la duplicación de la autoconciencia en su unidad, tal como su proceso aparece para la autoconciencia. Este proceso representará primeramente el lado de la desigualdad de ambas o el desplazamiento del término medio a los extremos, que como extremos se contraponen, siendo el uno sólo lo reconocido y el otro solamente lo que reconoce.<sup>16</sup>

En el reconocimiento inmediato antes de reconocer una unidad surge otra autoconciencia, se está a las puertas de un reconocimiento más amplio, que prelude el enfrentamiento con el otro. Tal como aparece se trata de un puro concepto, aún no se ha llegado a la unidad del reconocimiento que recoge para sí la oposición y que sin embargo nos sirve para pensar en la relación de poder como unidad enfrentada a otra unidad como lo hace Carl Schmitt al tratar el concepto de lo político.<sup>17</sup> Por ahora podemos dejar este punto y pasar al problema específico de la relación de poder.

---

<sup>15</sup> Pérez Cortes, Sergio, "Identidad, diferencia y contradicción", *Signos filosóficos*, México, revista departamental. Departamento de filosofía, CSH/UAM/Iztapalapa, no.16, Julio-Noviembre de 2006, p. 38

<sup>16</sup> Hegel, op. cit., nota 5, p. 115

<sup>17</sup> Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Traducción de Rafael Agapito, Madrid, Alianza Editorial, 1999.

Podríamos considerar, que el conjunto de sujetos que posee la capacidad de actuar para determinar el hacer regular de un grupo humano, tiene la posibilidad material de imponer<sup>18</sup> una voluntad, a estos podemos reconocerlos como poseedores del poder. Las formas en que se hace efectiva o se impone una voluntad están determinadas por el medio que se emplea, este puede provenir de la fuerza física o económica, de la capacidad de persuasión, y dentro de ésta, de la habilidad para mentir, de la convicción que mana de los razonamientos y aun de ciertas inclinaciones ideológicas inducidas por la inmediatez, *et sit cetera*.

Se puede imponer una voluntad por la fuerza física cuando se posee un ejército poderoso que determine la forma de organización social, los ejemplos son muchos, baste recordar a los espartanos, romanos, mexicas, incas, españoles y franceses en sus épocas imperiales. También podemos aludir a la fuerza de los movimientos revolucionarios que culminaron con una Constitución que fue determinante de un nuevo orden social, aunque en este caso existen a menudo sendos razonamientos que hicieron necesario el uso de la fuerza contra el gobernante y que pueden jugar un sentido persuasivo.

En el mismo sentido Bodenheimer define al poder, clasifica sus formas y las ejemplifica de la siguiente manera:

En sentido sociológico, el poder es la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos. Puede ejercerse el poder por medios físicos, psicológicos o intelectuales. Un hombre puede lograr el poder por el hecho de ser físicamente más fuerte que alguno de sus congéneres; puede igualmente llegar a ser poderoso por ser capaz de ejercer una influencia psicológica o incluso hipnótica irresistible sobre otros hombres o sobre las multitudes.<sup>19</sup>

Bodenheimer tiene que acudir a una explicación del poder para ubicarse dentro del derecho, ello, sólo es una de las tantas muestras de que sin él no se puede

---

<sup>18</sup> El término 'imponer' lo uso en un sentido amplio considerándolo como efectividad de la voluntad que se manifiesta como resultado en la influencia sobre el hacer de otros y no como sinónimo de forzar.

<sup>19</sup> Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, 2ª. ed., Trad. de Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p 17.

aludir a lo jurídico y mucho menos a lo constitucional. Podemos afirmar que la normatividad surge por un acto de poder, que es determinante del ejercicio del mismo y que por tanto es un fenómeno político. Por ahora Bodenheimer recurre también a la construcción del concepto de poder como dominio al establecer la relación entre la voluntad irresistible que vence al pasivo del poder.

Sin embargo es necesario acudir al análisis que hace Maurice Duverger al distinguir entre poderío material y poder, poniendo en cuestión lo que se ha dicho en líneas precedentes de Bodenheimer, agregando un dato más a nuestro concepto.

El poderío es la ley del más fuerte, que puede constreñir materialmente al más débil a inclinarse. El poderío es omnipresente, ya que resulta de la desigualdad de fuerzas. Cuando se habla de “fuerza” y de “coacción material”, no se trata sólo de la fuerza política, sino también de la fuerza económica, el encuadramiento colectivo, etc.<sup>20</sup>

Lo anterior nos ubica en la condición del poder político definido como algo más que simple fuerza y por ello el mismo Duverger afirma que el poder: “se basa en la creencia del coaccionado de que es legítimo aceptar la coacción.”<sup>21</sup> Entre estos tipos de poder se encuentra el que Foucault<sup>22</sup> describe como poder disciplinario que está más allá del poder meramente político, ya que se encuentra en la práctica reiterada que hace el proceso de normalización, ámbito en el que se establece incluso la diferencia entre normal y anormal, tratase en este caso de un poder estructural.

La cuestión de considerar un poder, no se limita según lo hemos analizado a la mera aplicación de la fuerza, sino a su capacidad real para generar conductas, en el caso del poder político nos encontramos ante lo que podríamos considerar, capacidad para determinar la regularidad social, pero esto no sería suficiente pues encontramos poderes que determinan la regularidad social sin ser

---

<sup>20</sup> Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 5ª ed., Traducción de Isidro Molas y otros, Barcelona, Ariel, 1970, p 26.

<sup>21</sup> Op cit p 26.

<sup>22</sup> Foucault, Michel, *El poder psiquiátrico*, Traducción de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, p 59.

necesariamente políticos, tal es el caso del económico o el religioso. En tal sentido, es ineludible una consideración más precisa, parece que el poder político requiere, además de lo dicho, ser fijado de alguna manera y por ende es reconocible en su expresión positiva, la cual lleva aparejado un discurso justificante, más allá de su descripción se expresa teóricamente la razón de su existencia, situación en la que se muestra una relación estrecha entre ética política y derecho, que se manifiesta en la necesidad de lo justo.

Precisamente por ello se requiere de un acercamiento a algunas de las posturas que han explicado el fenómeno político y su finalidad. Del fenómeno político en su dimensión descriptiva se ocupan la política y la sociología, de su justificación la ética y la filosofía política; para el tema que nos ocupa, en principio, nos interesa esta última, pero las primeras no están descartadas porque es necesario para decir que es posible justificar la existencia del poder el ubicar las condiciones de posibilidad de una organización de la libertad en el establecimiento de una cierta determinación normativa que incida en la conducta regular de los sujetos de una sociedad, por lo que poder político es algo más que poderío y es algo más que aceptación e imposición de la voluntad de otro, o podríamos decir que exceden los elementos, porque dichas definiciones ponen al poder como dominio y con ello eliminan la posibilidad de la libertad política.

Ahora bien, la connotación ontológica del poder implica las condiciones de posibilidad del establecimiento de un orden consecuente con la noción de libertad, y por ello con la posibilidad de la justificación de un orden normativo, como lo hemos venido esbozando a lo largo del presente trabajo, esto nos lleva a poner en cuestión el concepto de poder restringido a una relación asimétrica de dominio, porque cuando este último se presenta lo que ha quedado anulado es la libertad, en este punto, cualquiera podría decir, que la evidencia que la realidad nos presenta, es abrumadoramente incuestionable, que el poder se presenta día con día como dominio y ante tal evidencia cualquier otra posición debería ser descartada.

Sin embargo, es necesario acotar que el hecho de que tengamos muchos ejemplos del poder como dominio no quiere decir que las posibilidades se hayan

agotado en esta realidad que eclipsa una concepción distinta, todo depende de cómo definamos el poder y de la posibilidad real de una denotación más amplia, máxime si está en juego la posibilidad de considerar a los ciudadanos como libres, y no como esclavos de un señor.

Muchas de las posiciones axiológicas del poder parten de una consideración óptica del poder como dominio y de ahí la necesidad de su justificación, la pregunta que emerge inmediatamente es, por qué alguien habría de sufrir el sometimiento al poder, por qué tendría que ceder su libertad en una relación asimétrica para que otro lo determine, mientras que el discurso de la modernidad difunde que somos seres autónomos y en tal sentido libres, y por la misma razón seres morales. Con tal base de poder, es claro que tendríamos que justificar la existencia del poder, si es que se considera racional su existencia.

La consecuencia de tal discurso es que se parte de la libertad como fundamento del análisis constitucional y se arriba a una concepción de la esclavitud que niega el principio de identidad, pues siguiendo a Aristóteles: “es imposible que lo mismo se dé y no se dé en lo mismo a la vez y en el mismo sentido.”<sup>23</sup> De tal suerte que en el mismo poder no puede darse la libertad y la esclavitud simultáneamente, en consecuencia, el principio de no contradicción ha sido inmovible hasta nuestra época, puesto que es uno de los pilares de la lógica moderna, no se cumple si introducimos este razonamiento.

De lo anterior se desprenden dos posibles conclusiones, o el poder es definitivamente dominio y por lo tanto es contrario a la libertad, o el poder es una relación intersubjetiva de capacidad actuante entre pasivos y activos del poder, que puede ser dominio en unos casos y puede ser la trascendencia de la libertad en otros.

### 1.1.3. Max Weber y el dominio legítimo.

La posición de Weber, es tal vez una de las más influyentes en el análisis del concepto de poder, y es el que hace explícita la consideración de que el poder es

---

<sup>23</sup> Aristóteles, *Metafísica*, Traducción de Tomás Calvo Martínez, 2ª. reimpresión, Madrid, Editorial Gredos, 1994, biblioteca clásica Gredos, núm. 200, p. 193. Por numeración canónica 1005b, 20.

dominio, pero antes de adentrarnos en la concepción de poder que desarrolla es necesario exponer algunos de los términos fundamentales que animan su investigación.

Entre las nociones principales que animan los trabajos weberianos se encuentran el Tipo ideal, la *Verstehen* y la noción de causalidad social. Para ubicarnos en la comprensión conceptual de su pensamiento tendremos que seguir a la distinción que hacen los sociólogos contemporáneos como Susan Hekman,<sup>24</sup> y que derivan de las posiciones desde las cuales se abordan los temas sociológicos en la actualidad, porque mientras algunas teorías basan su análisis en el sentido subjetivo de lo social, otras lo hacen pensando en un sentido objetivo.

Lo interesante de la teoría de Weber es que nos ubica en un estadio intermedio entre ambos análisis, dicha postura tiene relación por una parte con su interés de las cuestiones históricas, de las que ha de tomar algunos puntos relevantes para su modelo de análisis, y por la otra, la actitud de carácter hermenéutico respecto de la sociedad.

La postura metodológica de Weber se concentra en un recurso heurístico al que el propio autor denomina Tipo Ideal, dicho medio de análisis tiene como punto de partida el problema que se le presenta al científico social al abordar un tema, de tal manera que el investigador se ve obligado a elegir un grupo de sucesos sociales en los cuales ha de encontrar ciertas características que al ser exageradas permiten un modelo de análisis del fenómeno social, tales son los Tipos ideales, los cuales sirven de referente y por lo tanto no se encuentran como tal en la realidad pues dichos tipos nunca son puros. Es por lo anterior que Weber expresa los tipos ideales de la siguiente manera:

Un tipo ideal está formado por la acentuación unidimensional de uno o más puntos de vista y por la síntesis de gran cantidad de fenómenos *concretos individuales* difusos, distintos más o menos presentes, aunque a veces ausentes, los cuales se

---

<sup>24</sup> Hekman, Susan, *Max Weber, el tipo ideal y la teoría social contemporánea*, México, UAM y Mc Graw Hill, 1999, pp. 15-22.

colocan según esos puntos de vista enfatizados de manera unilateral en una construcción *analítica* unificada...Dicha construcción mental, puramente conceptual... no puede ser encontrada empíricamente en ningún lugar de la realidad. (Weber, 1903-17/1949:90).<sup>25</sup>

Es importante destacar que se trata de una construcción mental y no de una descripción detallada de hechos, por lo que en tal caso lo que importa es la lógica interna del concepto del cual se han de derivar sus consecuencias en el análisis.

Otro de los elementos importantes del análisis weberiano según lo explica George Ritzer es la denominada *Verstehen*, dicho elemento resulta una ventaja para el teórico social que no tiene el científico natural, en su caso el Físico, ya que cuando analiza los fenómenos causales le es imposible alcanzar una *comprensión* semejante a la que un científico social puede arribar al abordar los fenómenos sociales.<sup>26</sup>

Dicho termino deriva de una actitud Hermenéutica hacia el hecho social, ya que este puede ser interpretado a la manera de un texto buscando el sentido que le pudo dar el actor, esto se da en la medida en que podemos atribuirles intenciones a los actores sociales, y con ello dar sentido a la acción social, tema que trataremos un poco más adelante.

Uno más de los aspectos importantes abordado por Weber es el de la causalidad de los fenómenos sociales, de tal suerte que como lo expone George Ritzer: "Weber entendía por *causalidad* sencillamente la probabilidad de que un acontecimiento fuera seguido o acompañado por otro."<sup>27</sup> Aunque parece prudente aclarar que el hecho de ligar los sucesos, atribuyéndoles la calidad de factores productores de una consecuencia no significa que Weber considerara que los fenómenos sociales tuvieran una causa única, por el contrario, su actitud hacia la

---

<sup>25</sup> Citado en: Ritzer, George, *Teoría Sociológica Clásica*, Traducción de María Teresa Casado Rodríguez, Madrid, Mc Graw Hill, 2001, Pág. 273.

<sup>26</sup> Cfr., Ritzer, 267.

<sup>27</sup> *Ibidem.*, p. 271.



producción de los fenómenos sociales es multicausal, como lo afirma el propio Ritzer.<sup>28</sup>

Ahora bien, su concepción de acción social resulta importante para nuestro tema, por lo que habrá que distinguirla de la conducta reactiva, pues esta última se refiere a un comportamiento automático, que deriva de movimientos corporales que no son pensados, no hay en tal caso intervención de la voluntad, y lo que si se presenta en esta situación, es un estímulo y una respuesta automática, en cambio, en la *Acción Social* la participación de la voluntad es primordial, porque mediante la reflexión la acción se vuelve significativa.<sup>29</sup>

El análisis de concepto de acción tiene como base la subjetividad, sus pautas y sus regularidades, esta es comprensible en su orientación individual y no colectiva, sin embargo, es necesario considerar que la colectividad puede tomarse como un individuo, aunque dicha comprensión requiere tomar en cuenta que las colectividades están formadas por entramados de relaciones individuales.

Ahora bien, para entender su posición respecto del poder es necesario adentrarnos a los temas de autoridad y procesos de racionalización.

Primero la autoridad en Weber tiene su base en la naturaleza de la acción, dicha autoridad forma parte de todas las instituciones sociales, y por ende parte de su interés está ligado al análisis de las estructuras de autoridad. En tal sentido Weber se ocupa de la dominación y afirma:

Por dominación debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas; por disciplina debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato por parte de un conjunto de personas que, en virtud de actitudes arraigadas, sea pronta, simple y automática. (§16)<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Ibidem., p. 272.

<sup>29</sup> Ibidem., p. 282.

<sup>30</sup> Weber, Max, *Economía y sociedad, Esbozo de sociología comprensiva*, Trad. de José Medina Echavarría y otros, México, Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 43.

Max Weber dividió los tipos de dominación en legítimas e ilegítimas, ubicando dentro de las primeras a las que llamó autoridad, ligando dicha autoridad a la disciplina que permite la relación de obediencia a los mandatos, pero para avanzar en su análisis requirió dentro de su propia metodología los Tipos Ideales de autoridad, los cuales se dividen en carismáticos, racionales y tradicionales.

La autoridad carismática, en ella el líder pretende y el seguidor cree en la santidad de las normas y los poderes antiguos, de tal suerte que el primero es un maestro.

La autoridad tradicional, el líder carismático puede ser cualquier persona, porque son los seguidores los que le atribuyen condiciones de liderazgo.

La autoridad legal-burocrática, Weber consideró a la burocracia como el más puro de los tipos legales de autoridad, y se encuentra enmarcada dentro del análisis de los procesos de racionalización.

El principal ejemplo que tenemos sobre la consideración del poder como dominio nos lo presenta Max Weber, con una acotación de legitimidad, es decir, para él, el poder es un sometimiento legítimo, dicha consideración nos pone en la posibilidad de dominar válidamente, por supuesto, si encontramos la justificación adecuada, eso nos introduce en un campo muy escabroso en el cual tenemos que determinar en qué consiste la legitimación, quién es el que legitima y qué es lo que legitima el dominio de unos sobre otros. Por lo que afirma:

Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relación social, aún contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad.<sup>31</sup>

Fiel a su concepto de acción social, introduce el sentido del poder como una clase de ésta, de tal manera que el poder resulta una imposición en una relación social, se trata claramente de un sometimiento ya que será incluso contra la voluntad del pasivo del poder, sin importar la justificación de dicho sometimiento,

---

<sup>31</sup> Citado por Gustavo Leyva de *Economía y Sociedad*, en: Leyva, Gustavo, *Hannah Arendt: El espacio intermedio de la política y el poder*, Sergio Pérez (coord.), La categoría de poder en la filosofía política de nuestros días, México, UAM, p 80.

ya que su concepto de poder es óntico y por lo tanto la justificación resulta un agregado, de tal suerte que siguiendo con su línea de análisis ha de derivar en el respaldo de la continuidad del orden político basado en la fuerza. Por ello dice Weber:

Una asociación de dominación debe llamarse asociación *política* cuando y en la medida en que su existencia y la validez de sus ordenaciones, dentro de un *ámbito geográfico* determinado, estén garantizados de un modo continuo por la amenaza y la aplicación de la fuerza física por parte de su cuadro administrativo. (§17)<sup>32</sup>

Lo interesante es que al abordar el tema de la constitución, tendremos que decir que es posible en concordancia entre la libertad y el dominio, el sometimiento, y además decir que este orden de cosas es posible legitimarlo, en pocas palabras, significa hacer compatible la libertad con la esclavitud, lo cual nos mostraría la imposibilidad de un poder de la libertad.

Por ello la necesidad de establecer una ontología del poder compatible con la libertad, es decir, una concepción del poder que no sólo admita el poder como dominio sino que haga de este únicamente un subconjunto del poder, en el cual aparezca como complemento el poder de la libertad, con lo cual podríamos hablar de una trascendentalidad del deber ser constitucional.

#### 1.1.4. Poder como libertad.

Trascendentalidad<sup>33</sup> del poder constitucional. El deber ser define el ser del derecho, con lo que no caemos en la falacia naturalista, porque no se deriva un deber ser de un ser, aquí son idénticos y no uno se deriva del otro, además se trata de un metalenguaje, podríamos decir que hay un ser del deber ser, y no que el deber ser sea lo que el mismo determina, sino, sólo que ese es su ser, su realidad deviene de la consideración humana de una serie de cálculos de lo moral. El deber ser es el ser valorativo como medida de la conducta, y el ser de lo valorativo conductual es el deber ser.

---

<sup>32</sup> Ibidem., p. 43.

<sup>33</sup> Utilizo este término en su sentido filosófico como: condiciones de posibilidad, sobre este tema consúltese a Isabel Cabrera en la siguiente obra: Cabrera, Isabel et al, *Argumentos trascendentales*, 2ª. ed., México, IIF, UNAM, 2007, pp. 7-29

El deber ser determina formas de la conducta que tienen que ser posibles, y por ello es absurdo tratar de constituir normativamente regularidades que van en contra de las leyes físicas o biológicas. De ahí que la efectividad de la norma tenga que ser un factor de posibilidad dentro de la propia norma, es cierto que en la determinación normativa, algo nunca llegue a ser y sin embargo, deba ser, como lo ha demostrado de alguna manera Kelsen,<sup>34</sup> pero no podemos decir que deba ser lo que nunca podrá llegar a ser, reza el principio general de derecho que 'nadie está obligado a lo imposible', lo que desde el ámbito de la descripción lo imposible no puede postularse como deber.

Los teóricos del derecho y de la lógica del deber ser, se han acercado al problema normativo, tratando la cuestión dinámica de los niveles normativos y han disertado sobre la sintáctica de los juicios jurídicos, estableciendo distinciones a los tipos de normas, es de este esfuerzo del que han sacado el concepto de normas conceptuales, con lo que quieren significar que hay enunciados normativos que definen estados de cosas, pero no pensaron en las condiciones de posibilidad coherente de dichas normas, se contentaron con aceptar un sistema consistente en la forma sin importarles el contenido. Por ello, parafraseando a Kant que parte del sujeto, y aplicándolo ahora a lo social, puede decirse que ante todo tiene que saberse si la sociedad está en situación de conseguir lo que se exige de ella.

Es la parte definitoria de los juicios jurídicos en lo que queremos poner un énfasis especial, porque lo que el derecho define como constitución de estados jurídicos, debe ser posible, y no sólo eso, además tiene que ser consistente, y eso no puede ser entendido más que ligando contenido y forma como lo único que puede o no ser consistente. Quiero ir más allá del mero análisis morfológico de la palabra, quiero mostrar, de qué manera la semántica de un término, fundamental para nuestro objeto de estudio, está íntimamente ligada al problema de la coherencia.

---

<sup>34</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 14ª. ed., Traducción del original en Alemán de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 2005, pp. 23-28.

Por lo anterior queremos referirnos a un concepto esencial para entender lo que significa constitución política, ese es el concepto de poder. Ahora bien, la noción de poder está presente al abordar el texto constitucional, ya sea tácita o expresamente, porque los enunciados normativos constitucionales tienen que tratar en algún momento sobre la distribución de las facultades que llamamos poderes y que responden a una idea de poder, este término puede o no estar definido, pero de la génesis de sus determinaciones se ha de extraer sus características, de ello, lo que nos interesa es un rasgo específico, que algunos teóricos creen ver en la definición de poder político, como en el caso de Max Weber, y éste es, el de dominio.

La noción de poder político como dominio no fue puesta en duda por teóricos del contrato social como Hobbes,<sup>35</sup> quien tratando alegóricamente el problema, pensó en una suma de voluntades que constituía un poder, dando cada uno una porción de libertad en pos de la seguridad, habrían de ponerse bajo el dominio del monarca, pero la cuestión es que las constituciones políticas tienen que ser acordes con la libertad de los sujetos, por cuanto en la moderna teoría constitucional, la constitución es la expresión de las condiciones de posibilidad de la libertad articulada por el orden jurídico.

Pero la noción de poder como dominio se opone completamente a la de libertad, porque el dominado nunca puede ser libre en lo que es dominado, lo cual nos dejaría una noción de libertad residual, es decir, que sólo se es libre en la medida en que no se cae en ámbito del dominio, visto de esta manera, los sujetos tienen ciertos derechos en los que se expresa su libertad, pero son dominados en lo que recae el poder, de ello se expresaría un total repudio a todo tipo de poder, en virtud de que siempre sería dominio, el problema es que entonces ni siquiera en una alegórica devenida sociedad de individuos, sería posible pensar en la voluntaria constitución de la sociedad política, está siempre sería forzada por la necesidad de alcanzar un bien que nunca sería el de la libertad, se trataría de un mundo de esclavos.

---

<sup>35</sup> Véase por ejemplo: Del Palacio, Alejandro, *Razón en lo alto justicia desde abajo, de Bruno a Hegel*, México, Claves latinoamericanas, T. 3, 1999, pp. 52-61.

Lo interesante es que la sociedad es simultáneamente con los sujetos, no sólo eso, son indisociables, sujeto y sociedad son unidad indisoluble, porque los sujetos, son sujetos sociales, no hay sujeto fuera de la sociedad, no por lo menos, cuando la noción de sujeto tenga sentido, que es cuando hablamos de lenguaje, de cultura. Aun cuando ingenuamente pensemos en un Robinson Crusoe, apartado y lleno de sentido frente a una naturaleza que domina, tendremos que aceptar que su lenguaje y su dominio de la naturaleza, sus instrumentos y sus memorias cargan consigo la sociedad humana, y por ello la necesidad constante del otro, en sus pensamientos y en su deseo físico.

Los órdenes sociales que están con todos sus problemas, son las formas de la libertad que los seres humanos han alcanzado y que tienen que superar constantemente, en tanto guardan resquicios de esclavitud y servidumbre, las constituciones pretenden articular las libertades para que no sean la razón de la imposibilidad de la propia libertad.

Por ello es necesario establecer las condiciones de posibilidad del poder de la libertad, y entre ellas, es indispensable la del propio poder que se define como opuesto al dominio, el cual tiene que ser el mismo poder de la libertad, con lo que el poder trascendental de la libertad es la base de toda constitución.

Pero en este punto, alguien podría decir que las constituciones no fueron creadas por el poder de la libertad y que sus determinaciones surgen de los intereses particulares de los que en realidad dominan, en tal supuesto sí que estaríamos en la falacia naturalista, porque la fuerza del deber ser no deviene del ser del poder del dominador, sino del poder ser libertad, de las razones manifiestas que son confesables y por ello mismo son principios validos de la comprensión constitucional.

Dicha necesidad de concordancia entre libertad y poder fue vista ya por Rousseau,<sup>36</sup> por eso, la voluntad general es, para él, más que una suma de voluntades, en la cual se subsume la libertad de todos, para darse por completo a la universalidad que no puede ser encarnada por un individuo, se trata de un darse

---

<sup>36</sup> Ibidem., pp. 85-93.

completo a la comunidad y por ende no se da a nadie en particular, con lo cual cada uno no se entrega a si mismo permaneciendo tan libre como antes, por lo que la constitución del poder es la constitución de la libertad universal, que será el punto de partida para el uso práctico de la razón con todas sus consecuencias en las filosofías de Kant y Hegel.<sup>37</sup>

A lo largo de la historia han existido un sinnúmero de razonamientos tendientes a dar fundamento explicativo y justificante del poder político, trataré solo algunos de los más representativos, porque mi intención, por ahora, no es resolver el problema de la justificación del poder, sino plantear las condiciones para una discusión más amplia y dar cuenta de la necesidad de concordancia entre la definición del poder político y su posibilidad constitucional como un ámbito de libertad, tomando como base la importancia que tiene para la justificación del poder la base ontológica que está inmersa en los distintos tipos de Filosofía política, para ello analizaré algunos de los rasgos más importantes de las teorías expuestas, porque, lo que realmente resulta relevante para nuestra posición, es mostrar la relación óntico-axiológica del problema ya planteado, situación que nos pone en el camino de la oposición entre el poder dominador y el poder de libertad social.

## 1.2. LAS POSTURAS DEL PODER

### 1.2.1 El orden objetivo de la antigüedad.

El poder se presenta, para el griego de la antigüedad clásica, como un estado objetivo del mundo, por tal, como a cualquier objeto ha de presentarse a la observación del filósofo como un orden dado, y por ende la naturaleza se presenta como un modelo equivalente de lo social, en ella todo es equilibrio y orden, *Temis* ordena el mundo, la justicia del equilibrio, mientras su hija, *Diké*, repara los desordenes restableciendo el orden del cosmos, tanto social como natural, *nomos* y *physis* muestran la regularidad del orden, así el poder se presenta como un

---

<sup>37</sup> Ibidem., pp. 129-150 y 151-184.

orden objetivo, la organización de la *Polis* se ha de mostrar como esa disposición objetiva a la que cada uno se debe.<sup>38</sup>

Por ello es posible encontrar posturas como las de Calicles o Trasímaco que postulan “el derecho del más fuerte” que se presenta como una realidad objetiva de la justicia del orden natural; también la postulación, de Platón, de una realidad objetivo-trascendente frente a una realidad sensible imperfecta; o el intento, frente a una realidad diversa, de encontrar las esencias que juegan entre la substancia y el accidente como en el caso de Aristóteles.

Platón y la armonía frente al derecho del más fuerte.<sup>39</sup> Para Platón el problema de la organización política que representa la Polis está dado por la búsqueda de la *Polis* verdadera que es un modelo arquetípico del cual han de participar las *Polis* existentes, dicha organización política no puede ser concebida sin la consideración del miembro verdadero de la *Polis* que ha de responder a la Paideia griega, para lo cual requerirá de un carácter específico y por lo tanto de una educación.

Tal posición tiene su base en la consideración de la justicia como una armonía de capacidades sociales, que presentan como adecuadas a un orden social y presentan la melodiosa relación tanto del ser humano en su singularidad, como de la organización, en una estructuración que va de la sublimación de la Polis ideal a la máxima degeneración de la Tiranía, dada por la degeneración del carácter de los gobernantes, de tal suerte que la disposición del gobierno debe recaer en el más racional, es decir, en el Rey filósofo.<sup>40</sup>

En Platón la justificación del poder está dada por la capacidad y el carácter del gobernante, por lo que la justificación del poder deviene de la propia estructura de capacidades, su base por lo tanto es consecuente con la ontología del dominio, de hecho toda la estructura está basada en relaciones jerárquicas de dominio.

---

<sup>38</sup> Del Palacio, Alejandro, *Lógos-Diké, razón y justicia en Grecia antigua*, México, Claves Latinoamericanas, T. 1, 1988, pp. 11-14.

<sup>39</sup> Platón, *La República*, Traducción de Manuel Fernández Galiano, Madrid, Alianza editorial, 2003.

<sup>40</sup> Del Palacio, op. cit., nota 38, pp. 67-88.



Diferenciación cuantitativo-axiológica del poder político. La consideración cuantitativa del ejercicio del poder está dada por el número de sujetos que lo ejerce, por uno, por unos cuantos o por la mayoría. La consideración axiológica califica a tal forma del ejercicio del poder como recta o no recta. La determinación cuantitativa axiológica está ligada a diversas consideraciones, como pueden ser de tipo económico, moral, etc.; su consideración puede darse como expresión de voluntad, o de manera abstracta, como en el caso de Rousseau que se refiere a la voluntad general. Ahora mostraremos el ejemplo aristotélico.

La política de Aristóteles. Aristóteles nos plantea qué es la ciudad, cómo se gobierna, de tal suerte que ésta es el objeto del político y del legislador, así que la primera indagación es sobre el ciudadano que conforma la ciudad, a quién hay que llamar de tal forma y cuál es su naturaleza. En sentido absoluto el ciudadano se define por su participación en la magistratura y en el poder, podemos decir en consecuencia que es ciudadano el que tiene el derecho de participar en el poder deliberativo o judicial de la ciudad, y en general al cuerpo de ciudadanos capaz de permitir su existencia autosuficiente, la ciudad es así, una comunidad de ciudadanos en forma de gobierno.<sup>41</sup>

Tomando en consideración al ciudadano, Aristóteles discurre sobre el hombre bueno y el buen ciudadano, cuál es su virtud o excelencia. Obra de todos los ciudadanos es salvaguardar la comunidad –constitución-, la virtud del ciudadano es relativa a ésta, aunque el buen ciudadano puede no ser el hombre de bien. La ciudad se compone de elementos distintos, como el viviente de alma y cuerpo, de lo cual se sigue que no es necesariamente la misma virtud en todos los ciudadanos, el buen ciudadano es hombre prudente y bueno, y el político debe ser prudente. Lo necesario es antes haber obedecido para mandar bien.<sup>42</sup>

Siendo varias las formas constitucionales, también es de necesidad que haya varias formas de ciudadanía, especialmente tratándose del ciudadano que obedece, el fin principal es el interés común en proporción a la parte que cada uno

---

<sup>41</sup> Aristóteles, *Política*, 2ª reimpresión, Traducción de Manuel García Valdés, Madrid, Editorial Gredos, biblioteca clásica Gredos, núm. 116, 1988, pp. 45-85.

<sup>42</sup> *Ibidem.*, p. 151-156.

alcanza del bienestar colectivo, de tal manera que las constituciones encaminadas al interés público, resultan ser constituciones rectas de acuerdo con la justicia absoluta, y las regidas por el interés particular de los gobernantes son todas desviaciones de las constituciones rectas, mientras que la ciudad es comunidad de hombres libres estas últimas son despóticas.<sup>43</sup>

Las formas rectas son: monarquía es el gobierno de uno solo para el bien público, aristocracia que es el gobierno de unos cuantos para el bien público, y *Politeia* que es un gobierno mixto que combina a la democracia con la oligarquía para el beneficio común. En el mismo orden sus desviaciones son: tiranía que es el gobierno de uno sólo para su propio beneficio, oligarquía es el gobierno de unos cuantos para su propio beneficio, y democracia es el gobierno de los más para el propio beneficio. La mejor constitución recta es aquella que es aplicada por los mejores, y este régimen es aquel en el que ha destacado por su virtud o un individuo entre todos, o un linaje por entero, con una multitud de la cual unos pueden ser gobernados y otros gobernar para la realización de la vida más apetecible.<sup>44</sup>

Aristóteles analiza cuantas variedades hay de cada constitución, cuál es la forma más común de constitución, cuál es la deseable para cada pueblo, de qué manera se ha de proceder para establecer estas formas de gobierno, y finalmente cuáles son los factores que corrompen o preservan las constituciones.<sup>45</sup>

Los poderes se distribuyen en proporción a la influencia de los que participan en el poder o por alguna igualdad que les sea común, por tal puede haber tantas obras de gobierno como número de ordenamientos que se hagan con arreglo a la superioridades y a las diferencias entre las partes. Las constituciones están compuestas de muchas partes, uno es la masa del pueblo que se encarga de la alimentación, la otra es la del grupo que se dedica las artes y oficios, la tercera es la de los comerciantes, otra más es la de los jornaleros, y la última es la clase militar, aún cuando hay una clase más que es la de los funcionarios públicos, en

---

<sup>43</sup> Ibidem., p. 171.

<sup>44</sup> Ibidem., p. 172.

<sup>45</sup> Idem.

todas estas funciones pueden concurrir las mismas personas, pero lo que es imposible que concorra en ellos, es la pobreza y la riqueza, por ello parece ser, estas son las dos clases de la ciudad, uno y otro establecen los regímenes políticos con vista a su respectiva supremacía.<sup>46</sup>

La primera forma de democracia recibe este nombre por el principio igualitario, la segunda forma de democracia es llamada así porque las magistraturas se distribuyen de acuerdo con los censos tributarios, la tercera forma de democracia se considera así porque pueden participar en el gobierno todos los ciudadanos cuya ascendencia sea inobjetable, la cuarta porque todos pueden participar en la magistratura con sólo ser ciudadanos pero también gobierna la ley, la quinta porque todos pueden participar pero el soberano es el pueblo y no la ley.

Las formas de oligarquía consisten: primero en que las magistraturas dependen de una calificación tributaria, segundo por elección de los grandes propietarios, tercero por herencia del padre al hijo, cuarta también por herencia pero sin imperio de la ley sino de los gobernantes, esta última corresponde a la tiranía.<sup>47</sup>

La tiranía es la menos constitucional de todos los gobiernos. La *Politeia* es una mezcla de oligarquía y democracia. Parece imposible que reciba un buen orden legal una ciudad no gobernada por los mejores, sino por los malos, como así mismo, el gobierno de los mejores si no hay un buen orden legal.<sup>48</sup>

La mejor constitución es con arreglo a un estilo de vida que puedan compartir la mayoría de los hombres y en la que puedan participar la mayoría de las ciudades. En las ciudades hay tres partes o clases de la ciudad que son: los ricos, los pobres y la clase media. Los primeros resultan regularmente insolentes y grandes malvados, los segundos malhechores y criminales de menor cuantía, unos cometen delitos por insolencia y otros por maldad. La comunidad se funda en la amistad ya que entre enemigos no se quiere ni siquiera el mismo camino. La mejor comunidad política es administrada por la clase media, ya que donde unos

---

<sup>46</sup> Ibidem., pp. 151 y 152

<sup>47</sup> Ibidem., p. 225.

<sup>48</sup> Ibidem., p. 399 y 400

poseen en demasía y otros nada, se dará la democracia extrema o la oligarquía pura, incluso como reacción contra ambas la tiranía.<sup>49</sup>

En todas las constituciones hay tres elementos los cuáles son: primero la deliberación sobre los asuntos comunes, segundo el referente a las magistraturas y tercero es el poder judicial. El ámbito público, está más ligado a la comunidad de la Polis que es distinta del Estado moderno, ya que, en las deliberaciones públicas del Ágora griega participa todo aquel que tiene la calidad de “ciudadano”, en cambio en el Estado moderno, la única participación de los ciudadanos en las decisiones políticas, se da como electores.<sup>50</sup>

En tal sentido el poder es considerado como un orden en el que no importa el número de gobernantes sino su establecimiento en beneficio de la Polis, es decir en beneficio de la comunidad, trata al problema del poder como un problema de justicia y por ende no se ocupa directamente de una ontología del poder, sin embargo su consideración de la esclavitud como una cuestión natural, puede identificarse como una diferenciación clara del valor humano y por tanto del don de mando exclusivo propio del poder como dominio.

### 1.2.2. Maquiavelo: la nueva antropología del poder.<sup>51</sup>

Maquiavelo, como sabemos, separa las razones del actuar moral de las razones del actuar político, dicha separación responde a una diferenciación teleológica, en razón de la cual la conducta que resulta adecuada moralmente para el gobernante podría resultar inadecuada en términos políticos, ya que en términos muy generales el fin de la política es la conservación del poder, mientras el fin de lo moral es actuar conforme a la noción de bien.

Con Maquiavelo nos ubicamos en el segundo de los sentidos, por tal, para responder los planteamientos, es necesario acudir a la comprensión de la regularidad en la conducta humana como ser político, es la muestra de una dimensión de lo humano, es decir, más allá del “deber ser” de la moralidad, se

---

<sup>49</sup> Ibidem., p. 441.

<sup>50</sup> Ibidem., p. 405.

<sup>51</sup> Maquiavelo, Nicolás, op. cit., nota 2, pág 22-24.

encuentra éste con todas sus pasiones y junto con ellas sus relaciones de poder que lo hacen susceptible de un análisis político, “nos ofrecerá la posibilidad de construir una ciencia del fenómeno del poder”.<sup>52</sup>

Maquiavelo necesita describir cómo ha sido el ejercicio del poder para decir cuando es efectivo, nos encontramos con el desarrollo de una actitud moderna, es decir, redimensionado el mundo en su laicidad como un renacentismo que refunda la dignidad humana en su capacidad para medir, nos dice Piñón en este sentido “...será Maquiavelo el primer pensador moderno que nos descubrirá, con lenguaje ya terriblemente contemporáneo, los verdaderos resortes del poder político.”<sup>53</sup> La efectividad del ejercicio político deviene de un tipo de virtud, distinto de la moralidad, desde esta perspectiva a Maquiavelo no le interesa saber como “debe ser” el poder, que lo hace legítimo, “lo que Maquiavelo deseaba introducir no era solamente una nueva ciencia, sino un nuevo arte de la política”<sup>54</sup>. El león y la zorra son la representación simbólica de las virtudes políticas, sirven éstas a un solo fin, el poder.

La política en Maquiavelo requiere en ese orden de ideas de una estrategia para la adquisición y la preservación del poder, lo cual supone un profundo conocimiento del actuar humano y por ende una concepción del ser humano, tal condición supone una consideración antropológica.<sup>55</sup>

Por lo anterior es que Maquiavelo emprende un análisis de la reacción humana ante los actos de poder, ello le permite calcular las respuestas de los súbditos frente al Príncipe, no sólo eso, con ello puede calcular las relaciones con otros sujetos de menor o de mayor poder.

La obra de Maquiavelo es además de la descripción del poder, la construcción de un código político, la razón práctica del poder, traducida por los que le sucedieron, como razón de Estado, es así como Heller nos dice “...todos los

---

<sup>52</sup> Piñón, Francisco, “Maquiavelo o la modernidad del fenómeno del poder”, *Signos filosóficos*, número 11, revista semestral, Dpto. de Filosofía, CSH/UAM/Iztapalapa, enero-junio, 2003, p. 58.

<sup>53</sup> *Ibidem.*, p. 58.

<sup>54</sup> Cassirer, Ernst, *El mito del Estado*, 2ª. ed., México, Traducción de Eduardo Nicol, Fondo de Cultura Económica, 2004, p.183.

<sup>55</sup> Salazar Carrión, Luis, *Para pensar la política*, México, Biblioteca Signos, UAM, 2004, p. 162.

autores de la razón de Estado que de él arrancan, llegan, incluso, a eliminar toda clase de límites normativo-morales que puedan trabar la autoridad del príncipe, y sólo lo someten a las normas técnicas del poder, a la *ratio status*<sup>56</sup>.

En tales circunstancias desarrolla una serie de recomendaciones basadas en la experiencia histórica a la cual le da sentido a partir de una etiología de la conducta, así que para Maquiavelo los sucesos políticos tienen una explicación en la condición humana.

Ahora bien, la actitud del Príncipe y por lo tanto del poderoso, deriva de su habilidad para conservar el dominio sobre los otros y de jugar con efectividad frente a otros príncipes, dicha actitud muestra como sus razonamientos están basados en una ontología del poder como dominio, relación derivada de la antropología humana que considera a las pasiones como base del actuar humano.

### 1.2.3. Las teorías del contrato social.

El Leviatán de Hobbes.<sup>57</sup> La igualdad de los hombres, tanto en la fuerza como en las habilidades intelectuales, los lleva a tener derecho a las mismas cosas, partiendo de sus necesidades, de un deseo de poder afianzado en la búsqueda de la seguridad.

Los seres humanos en estado de naturaleza se encuentran en la guerra de todos contra todos, situación que los lleva a la necesidad de un poder supremo, que mantenga la seguridad de la existencia y de la propiedad, pues si en tal estado todo es de todos, resulta ser de nadie, si no hay un pacto entonces no podemos hablar de justicia, es decir, sólo dentro del Estado se puede hablar de justicia.

Una persona es aquella a la que se le pueden atribuir palabras o acciones, propias o por representación ajenas. Tal puede ser natural o artificial. Al que es dueño de sus palabras o acciones le llamamos autor, a la persona actor. Al

---

<sup>56</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, 15ª. reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, Pp. 31-32.

<sup>57</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2ª ed., Trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

derecho de realizar una acción se le llama Autoridad, los pactos por Autorización obligan al actor, muchos pueden ser una persona cuando existe la representación, es así como una multitud de hombres se convierten una persona (Estado).

El fin del Estado es la seguridad, los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger el ser humano, en forma alguna. Se requiere un poder suficientemente grande para la seguridad, de otra manera sólo se podrá tener confianza en la propia fuerza. Tal poder resulta algo más que consentimiento, es una unidad real en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal que como si cada uno dijera todos

*Autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mí derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él nuestro derecho, y autorizareis todos sus actos de la misma manera.*<sup>58</sup>

De esta forma del Estado se puede definir como:

*Una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que puede utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común*<sup>59</sup>

Al titular de esta persona se le denomina soberano y al instituir el Estado, derivado de ello todos los derechos y facultades, serán las siguientes consecuencias:

Primero los súbditos no pueden cambiar de forma de gobierno, segundo el poder soberano no puede ser enajenado, tercero se comete justicia al protestar contra la institución del soberano declarada por la mayoría, cuarto los actos del soberano no pueden ser acusados por el súbdito sin cometer injusticia, quinto lo que haga el soberano no puede ser castigado por el súbdito, sexto el soberano juzgará y lo que es necesario para la paz y la defensa de sus súbditos, séptimo el soberano tiene el derecho de establecer normas por las cuales los súbditos saben lo que es suyo y ningún otro súbdito puede arrebatárselo, octavo al soberano le

---

<sup>58</sup> *Ibidem.*, p. 17

<sup>59</sup> *Idem.*

corresponde la judicatura que decide las controversias, noveno también le corresponde hacer la guerra y la paz como lo considere más conveniente, también le compete elegir los consejeros y ministro tanto en la guerra como en la paz, undécimo le corresponde imponer la recompensa y el castigo, duodécimo también le corresponde los honores y preeminencias. Estos derechos son indivisibles, no se pueden ceder sin renuncia directa del poder soberano.

Hobbes convierte a lo público en el ámbito del monarca absoluto, en pos de la seguridad que proporciona el poder, cuya inexistencia daría como resultado la guerra de todos contra todos, el ámbito público, es tanto seguridad como negación de libertad.

Como la argumentación de Hobbes supone un poder absoluto que requiere la entrega de la libertad en manos de un soberano que no responde a ningún otro, ha de suponerse que se trata de un dominio absoluto en pos de la seguridad, en el claramente se muestra que la base de su argumentación descansa en la ontología del poder como dominio, pues según se desprende de su posición en una sociedad de poderes individuales en libertad absoluta no hay seguridad y por tanto sólo el sometimiento a un dominador absoluta logra el orden de seguridad deseado.

El gobierno civil de John Locke.<sup>60</sup> Locke niega la postura adoptada por Robert Filmer acerca de la justificación o fuente legítima del poder político, pues como afirma: Adán no tenía una autoridad política sobre sus hijos, ni por derecho natural de paternidad ni por atribución divina; aún así sus herederos carecen de ese derecho; si lo fuera, no hay certeza de la incumbencia del derecho de sucesión política; aún creyendo que es así es imposible saber cuál es la casta dinástica descendiente de Adán. Por lo anterior es inaceptable esa fuente de poder: "el dominio personal y la jurisdicción paternal de Adán."<sup>61</sup> De tal suerte que Locke entiende por poder político: "el derecho de hacer leyes que estén sancionadas con la pena capital, y, en su consecuencia, de las sanciones con penas menos graves,

---

<sup>60</sup> Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Traducción de Amando Lázaro Ros, México, Aguilar, 1983.

<sup>61</sup> *Ibidem.*, p. 4.



para la reglamentación y protección de la propiedad; y el de emplear las fuerzas del Estado para imponer la ejecución de tales leyes, y para defender a este del todo atropello extranjero; y todo ello únicamente con miras al bien público. "62

El estado de naturaleza para Locke se da en "completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona." Por otra parte "es también un estado de igualdad, dentro del cual todo poder y toda jurisdicción son recíprocos, en el que nadie tiene más que otro, puesto que no hay cosa más evidente que el que seres de la misma especie y de idéntico rango, nacidos para participar sin distinción de todas las ventajas de la naturaleza y para servirse de las mismas facultades, sean también iguales entre ellos, sin subordinación y sometimiento, a menos que el señor y dueño de todos ellos haya colocado, por medio de una clara manifestación de su voluntad, a uno de ellos por encima de los demás, y que le haya conferido, mediante un nombramiento evidente y claro, el derecho indiscutible al poder y a la soberanía." 63

Nos dice Locke que el estado natural, tiene una ley, también natural, que la gobierna, ésta obliga a todos: "siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones."64 De tal manera que no pueda suponerse una subordinación tal que autorice una destrucción mutua, hay una obligación a la propia conservación y a la de los demás, a mirar por los otros seres humanos y a no quitarles la vida, a no dañarlos ni a ellos ni a todo lo que les es necesario para conservar la vida, la libertad, la salud o los bienes, a menos que se trate de hacer justicia, pues cualquier hombre tiene derecho a castigar a un culpable, para ejecutar la ley natural. Cualquiera tiene la facultad que castigar un crimen para evitar que se vuelva a cometer, justificado en el derecho a proteger al género humano, y a utilizar todos los medios posibles que racionalmente nos lleve a ese fin.

---

<sup>62</sup> Idem.

<sup>63</sup> Ibidem., p. 5.

<sup>64</sup> Ibidem. p. 6.

Para Locke no faltan ni han faltado hombres en estado de naturaleza:

Porque el estado de Naturaleza entre los hombres no se termina por un pacto cualquiera, sino por el único pacto de ponerse todos de acuerdo para entrar a formar una sola comunidad y un solo cuerpo político.<sup>65</sup>

El estado de guerra, es de odio y destrucción, aclara Locke que no es dable confundir este con el estado de Naturaleza, quien trata de tener un dominio absoluto se coloca en estado de guerra, porque esto es lo contrario a la vida, la libertad es la base de todo, por tal motivo, el que quiera esclavizar se pone en guerra con el otro, pues eso supone que pretende arrebatarse todo. Locke afirma la legitimidad de dar muerte al ladrón, pues éste, se coloca en estado de guerra, por ello dice: "la falta de un juez común con autoridad coloca a todos los hombres en un estado de naturaleza; la fuerza ilegal contra la persona física de un hombre crea un estado de guerra, lo mismo donde existe que donde no existe un juez común." Y en tal sentido: " una vez que ha cesado el ejercicio de la fuerza, deja de existir el estado de guerra entre quienes viven en sociedad y están igualmente sujetos a un juez. "<sup>66</sup>

Según Locke Dios dio la tierra en común a los hombres y la razón para que se sirvan de ella de la manera más ventajosa para la vida y más conveniente para todos. En tal sentido la tierra, los frutos y los animales pertenecen en común al género humano en tanto que son producidos espontáneamente por la naturaleza. Ahora bien siendo la propiedad común, deben existir los medios para apropiarse estos bienes, por supuesto, siguiendo la ley natural que faculta al hombre para apropiarse de todo cuanto le sea posible y que pueda aprovechar con la única limitante de adquirir solamente lo que pueda aprovechar.

Cada hombre tiene la propiedad de su propia persona, sólo él tiene derecho sobre ella, por ello también cada esfuerzo de su cuerpo y cada obra de sus manos son suyos, tanto que cuando pone obra en la naturaleza para sacar alguna cosa

---

<sup>65</sup> Ibidem. p.12.

<sup>66</sup> Ibidem. p. 16.

de este estado, ha puesto su esfuerzo con lo que agrega algo propio, convirtiendo tal cosa en propiedad.

El trabajo en este sentido pone algo más de lo que había puesto la naturaleza, con ello se forma la propiedad privada. Por otra parte según Locke: "quien deja a otro toda la cantidad de que este es capaz de servirse, no le quite en realidad nada."<sup>67</sup> Es así como el trabajo, agrega mucho mayor valor al que tenían las cosas antes de haber puesto el trabajo humano.

Es el dinero (el oro y la plata) una cosa que tiene valor convencional, pues no ayuda en nada a la subsistencia, sin embargo, el hecho de que pueda mantenerse sin desperdiciarse durante un largo período de tiempo, ha servido para el intercambio, no existe algo que sea tan duradero, escaso y valioso como para ser atesorado, es a partir de esto, que se puede ensanchar las tierras y demás posesiones que ya se tenían. Los metales preciosos no son útiles pero permiten la acumulación, fundamento del atesoramiento de valor para el intercambio, fuente de la justificación de la sociedad capitalista.

John Locke que justifica al Estado como protector de la propiedad, también concibe los límites del poder en los derechos individuales, que resultan según la alegoría, anteriores al Estado y por ello pone el límite del ámbito público en lo que ahora conocemos como garantías individuales. Los derechos ya se encontraban en el supuesto estado natural, por ello el contrato que funda el gobierno civil está limitado por éstos, que son expresión de libertades irrenunciables, es el *finis impeium* del Estado que se proyecta en las constituciones modernas como la parte dogmática, encierra no sólo los límites, sino la razón de ser del Estado liberal individualista que concibe la doctrina liberal política, más allá del liberalismo político para el cual la libertad principal es la de mercado y las libertades civiles accesorias y dependientes de ésta.

John Locke, consecuente con su postura inicial trata de salvar la libertad, la igualdad y la propiedad, en camino de justificar el poder, convierte a éste en una institución limitada de arbitrio, ello en pos de la composición de los conflictos que

---

<sup>67</sup> Ibidem. p. 27.

en el ámbito privado se traducían en la venganza inmoderada, sin embargo, no pudo desembarazarse de una visión ontológica de poder como dominio, de tal suerte que el monstruo sometedor se puso a raya con los límites, pero no se eliminó.

Sin embargo, el camino está trazado bajo esta argumentación porque la libertad vendrá a ser uno de los elementos fundamentales en la discusión sobre el Estado, y por tanto de su estructuración jurídica dada con base en los textos constitucionales.

Jean Jacques Rousseau. Parte, al igual que el resto de los teóricos del contrato social, de un epistémico estado de naturaleza, pero se distancia de sus predecesores, puesto que antes de atribuirle los males sociales al estado de naturaleza, lo encumbra al grado de la originalidad, puesto que en dicha situación el ser humano es auténtico, por lo que su ingreso al mundo social significó la pérdida de la originalidad y el ingreso a un mundo de dependencia absoluta respecto del resto de la humanidad, y por ello considera que los seres humanos se encuentran esclavizados a pesar de haber nacido libres, y por ello pretende la unión de lo jurídico con la razón, lo cual significa antes que volver al estado de naturaleza, cuestión que resulta imposible, en una asunción total de los miembros de la sociedad a esta porque:

mientras un pueblo esté obligado a obedecer y obedezca, hace bien; tan pronto como pueda sacudirse el yugo hace aún mejor; porque al recobrar su libertad -el sometido por la fuerza- por el mismo derecho que se le arrebató, o tiene razón al recuperarla, o no la tenían al quitársela.<sup>68</sup>

Pero cómo se llegó a tal estado de cosas, Rousseau afirma que la más antigua de las sociedades es la familia, la única natural, sin embargo, el vínculo entre padres e hijos siendo natural se rompe, cuando cesa la necesidad de este segundo respecto del primero para conservarse, en tal caso, la primera ley es "velar por la propia conservación"<sup>69</sup>, así se puede considerar la familia como el primer modelo de sociedad política, en la cual, "el jefe es la imagen del padre, el

---

<sup>68</sup> Rousseau, Jean-Jacques, *Del contrato social*, Trad. de Mauro Armijo, Madrid, Alianza, 1980, p. 26.

<sup>69</sup> Ibidem. p. 27.

pueblo es la imagen de los hijos, y nacidos todos iguales y libres, sólo enajenan su libertad por utilidad propia."<sup>70</sup> De tal suerte que al cesar la utilidad, cesa también la relación, y por tal motivo no es posible establecer una dinastía a través de la relación padre e hijo, es innegable que todo poder humano se establece en favor de los gobernados, es erróneo confundir el derecho con el hecho, por lo que no valen los argumentos que justifican la esclavitud en la evidencia de que existe, "si hay esclavos por naturaleza, es porque hubo esclavos contra naturaleza."<sup>71</sup> También resulta insostenible la postura de Robert Filmer, ya que tanto Adán fue soberano del mundo como Robinsón de su isla, mientras fue el único habitante.

"El más fuerte nunca es bastante fuerte para ser siempre el amo sino transformar su fuerza en derecho y la obediencia en deber."<sup>72</sup> Si la fuerza es un poder físico, nada agregamos con la palabra derecho, ya que toda fuerza al ser superada lo es también del derecho que impone, de tal suerte que el más fuerte siempre tiene la razón y en tal caso para que queremos el derecho, si de lo que se trata es de ser más fuerte para dominar, tal derecho se extingue cuando cesa la fuerza, y en tal caso pierde su naturaleza de derecho, ya que debe ser no por la fuerza que lo mantiene de facto, sino por el contenido moral que obliga más allá del hecho.

"Renunciar a su libertad es renunciar a su calidad de un hombre, a los derechos de la humanidad, incluso sus deberes."<sup>73</sup> La fuerza en realidad no produce ningún derecho, es convencional el fundamento de toda autoridad legítima entre los hombres. La libertad no se puede enajenar, porque esto significa dar o vender, para pactar sobre la libertad tiene que darse una contraprestación, y el rey no provee a la subsistencia de los súbditos, más bien saca la propia de ellos. En cuanto a la paz que se arguye como contraprestación dada por el soberano, es como la del calabozo, e incluso como la del antro del Cíclope, en el cual los griegos vivían tranquilos en espera de ser devorados, esa misma puede resultar su miseria. También se alude -Hobbes- a un pacto en el que se negocia la

---

<sup>70</sup> Idem.

<sup>71</sup> Ibidem. p. 28.

<sup>72</sup> Ibidem. p. 29.

<sup>73</sup> Ibidem. p. 32.

vida cediendo la libertad en pos de conservarla, pero tal no puede ser un pacto, porque su fundamento no es la voluntad sino la necesidad.

La esclavitud no es admisible, aún cuando se alude a la guerra como fundamento legitimador, ya que no se trata de una relación de hombre a hombre, sino de Estado a Estado en la que los particulares son enemigos sólo accidentalmente, "a veces se puede matar el Estado sin matar a uno solo de sus miembros."<sup>74</sup> Por lo que respecta al derecho de conquista se funda en el derecho del más fuerte, en tal situación no se puede tomar como base del esclavitud como se argumenta, porque el vencedor carece del derecho de exterminio, puesto que sólo se tiene ese derecho cuando no se les puede hacer esclavos.

Hay una gran diferencia entre someter a una multitud y regir una sociedad, ya que en el primer caso se trata de un simple particular, su interés separado es privado. Antes de hablar de un pacto en el que el pueblo se da, es necesario hablar del pacto por el que se constituye el pueblo, ya que éste es el verdadero fundamento de la sociedad.

Se requiere para lograr un pacto en el que se conserve la libertad, "encontrar una forma de asociación que defiende y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes."<sup>75</sup> En consecuencia "cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y nosotros recibimos corporativamente a cada miembro como parte indivisible del todo."<sup>76</sup> Cada contratante se encuentra comprometido en un doble aspecto, común del soberano y como miembro del Estado, de tal manera que los súbditos y el soberano son los mismos hombres considerados bajo diferentes aspectos. No puede haber ninguna ley fundamental obligatoria para el pueblo soberano, ni siquiera el contrato social, tampoco se puede enajenar el soberano.

Al pasar del estado de naturaleza al estado civil se sustituye el instinto por la justicia, sustituye el deber al impulso físico y el derecho al apetito. Sólo en donde

---

<sup>74</sup> Ibidem. p. 35.

<sup>75</sup> Ibidem., p. 38.

<sup>76</sup> Ibidem., p. 39.

hay sociedad puede haber justicia, clemencia, generosidad, modestia y mérito en todas esas virtudes. "Lo que pierde el hombre por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo cuanto le tienta y que puede alcanzar; lo que gana es la libertad y la propiedad de todo cuanto posee"<sup>77</sup>. La libertad moral, es la única que hace al hombre dueño de sí, ya que el simple apetito es esclavitud y la obediencia a la ley que uno se prescribió a sí mismo, es libertad.

Los hombres tienen derecho a todo lo que les resulta necesario, pero el acto positivo que le vuelve propietario de algún bien le excluye de todo lo demás. La enajenación de que habla Rousseau lejos de despojar de sus bienes a los particulares al aceptarlos, no hace más que asegurarles su legítima posesión. El pacto fundamental no destruye la igualdad natural, sustituye las desigualdades por una igualdad moral.

Rousseau al poner en el centro de la discusión a la voluntad general, pone el énfasis en la comunidad frente al individuo, lo que hizo que los sujetos se agruparan, fue el incremento de tareas que no se pueden realizar por un solo sujeto. El poder público en Rousseau es más que la suma de voluntades, la voluntad general que es siempre recta y tiende al bien común, sin embargo, la exaltación del individuo como un ser puro, que sólo se corrompe al entrar en sociedad, pone el énfasis en la actitud subjetiva de la época que traslada la concepción teológica del mundo a una concepción antropocéntrica, es el sujeto el que pone su ser en las cosas para transformarlas, desde R. Descartes de lo único que no se puede dudar es que, pensar es existir.

#### 1.2.4. La metafísica del poder.

Una vez agotadas las teorías del contrato social no han de volver a tener gran auge sino hasta el último tercio del siglo XX, cuando John Rawls le da un nuevo impulso con su '*justicia como equidad*'<sup>78</sup> basada en el concepto de persona moral de Kant, las siguientes teorías antes que inventar un modelo alegórico que permita dar las razones del poder, la nueva tendencia tratara de explicar porque el ser humano sólo puede ser libre en la totalidad del Estado como en el caso de Hegel,

---

<sup>77</sup> Ibidem., p. 44.

<sup>78</sup> Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2ª. ed., Traducción de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 9-13.

o en su caso por qué en el entramado de relaciones que supone el Estado moderno los seres humanos no son libres, libertad que sólo se alcanzaría, según Marx, superando al propio Estado.

W.F.G. Hegel. El presente apartado pretende mostrar algunos trazos fotográficos de la filosofía del derecho en Hegel, es decir, se trata de mostrar algunas imágenes que nos den una idea de lo que es la filosofía práctica de Hegel como una base para mostrar el poder como una forma de la libertad. Comienzo con la exposición de los rasgos primordiales de su filosofía y con el lugar que ocupan dentro del sistema, lo que nos lleva a la comprensión de porque en todos y cada uno de los momentos del sistema están todos los demás, de tal manera que es indispensable mirarlo como una unidad indisoluble de la dignidad moral con la lógica y con su devenir que constituye naturaleza y sociedad. Después paso a la explicación de la sociedad civil, en donde se muestra la escisión y el principio de la imposición de la normatividad abstracta insuficientes para la libertad.

Finalmente trato de explicar cómo es que la insuficiencia de la filosofía del individuo de la modernidad, hace de la escisión el momento de la sociedad política, como lo hacen las teorías del contrato social, construidos sobre un liberalismo que ha dejado a la sociedad como un agregado de voluntades que se unen para formar un poder ordenador, pero que dejan fuera la espiritualidad del devenir en que la libertades pueden ser y es la materia con la que se construye todo horizonte humano, el cual tiene que alcanzarse en la autoconciencia que nos hace vivir no bajo la ley sino en la ley que constituimos socialmente y no por la que nadie quiso y se impuso mediante el orden ciego del hacer lo que se quiera, derivado de la falsa libertad negativa de la particularidad sumada, sin relación y sin respuesta que conforma la mala infinitud de la esclavitud infinita en la que se han volcado los apologistas del liberalismo a ultranza. Por ello Sergio Pérez Cortés al referirse a la posición de Hegel afirma:

Ante todo, frente a las doctrinas políticas que le anteceden, Hegel mantiene una distancia crítica hecha a la vez de reconocimiento y de dogmatismo. De reconocimiento, porque el estima que cada uno de los fundamentos que aquellas teorías postulan forma parte del significado de la vida ética y descubre, de manera



parcial, la existencia de la idea; no es necesario, ni deseable, que ninguna de esas teorías sea exiliada del dominio del saber. Relación de dogmatismo también, porque Hegel puede probar que cada uno de esos principios es en sí mismo insuficiente si espera declarar, con sus únicas fuerzas, la verdad de la vida en común; ninguno de ellos es falso, pero sólo el movimiento de conjunto revela la verdad.<sup>79</sup>

Formación del presente. La filosofía que Hegel desarrolla se opone a las utopías que suponen, mediante sistemas formales, sociedades perfectas que no toman en cuenta las condiciones espirituales en que se encuentran las sociedades, sobre todo porque se olvidan de dar cuenta de la conformación ontológica a la cual aluden sin analizarla. Por ello Hegel afirma:<sup>80</sup>

A esta exigencia responde el esfuerzo acucioso y casi ardoroso por arrancar al hombre de su hundimiento en lo sensible, en lo vulgar y lo singular, para hacer que su mirada se eleve hacia las estrellas, como si el hombre olvidándose totalmente de lo divino, se dispusiera a alimentarse solamente de cieno y agua, como el gusano.

Es por ello que tiene como proyecto una ontología del presente, fiel a su estilo emprende la solución de su problema desde el objeto mismo, en su devenir, no dando nada por sentado y justificando cada momento del sistema, en cuyo desarrollo se muestra lo que ha sido y no lo que será, su reflexión consiste en la noche que hace el recuento de lo que ha sido el día, nunca es la predicción de los sucesivos amaneceres. En ese sentido afirma:<sup>81</sup>

El capullo desaparece al abrirse la flor, y podría decirse que aquel es refutado por ésta; del mismo modo que el fruto hace aparecer la flor como un falso ser allí de la planta, mostrándose como la verdad de ésta en vez de aquella... en su fluir constituyen al mismo tiempo otros tantos momentos de una unidad orgánica, en la que lejos de contradecirse, son todos igualmente necesarios, y esta igual necesidad constituye la vida del todo.

---

<sup>79</sup> Pérez Cortés, Sergio, *La política del concepto*, México, UAM, 1989, p. 15.

<sup>80</sup> Hegel, G. W. F., op. cit, nota 5, p. 10.

<sup>81</sup> Ibidem., p. 8.

Si algo ha de cambiar por el influjo de la libertad humana, ha de ser en el proceso de la autoconciencia que entiende lo que es, que comprende lo que debe ser para una espiritualidad que está en lo más excelente que tiene el ser humano, que es por supuesto, el pensamiento, en el cual toda realidad se subsume, pues no hay experiencia que no esté mediada por el pensamiento, y por ende, que quede fuera de él, lo cual significa que el pensamiento mismo se encuentra como objeto del mismo pensamiento. Por lo que:<sup>82</sup>

En su verdad simple, el espíritu es conciencia y desdobla sus momentos. La *acción* lo escinde en la sustancia y la conciencia de la misma, y escinde tanto la sustancia como la conciencia. La sustancia, como esencia universal y como fin, se enfrenta consigo misma como la realidad *singularizada*; el medio infinito es la autoconciencia, que siendo en sí unidad de sí y de la sustancia, deviene ahora esta unidad *para sí*, aúna la esencia universal y su realidad singularizada, eleva esta a aquella y actúa éticamente –y hace descender aquélla a ésta y lleva a cabo el fin, que solo es sustancia pensada; hace surgir como su obra y, con ello, como *realidad*, la unidad de su sí mismo y de la sustancia.

Sin embargo, para la inmediatez de la certeza sensible las condiciones de la realidad social determinan el pensamiento, como si la realidad social misma no fuera ya desde un principio, pensamiento. Es decir, toda comprensión y todo actuar efectivo está llevado a cabo por la comprensión que los sujetos en sociedad tienen del objeto que se dan a sí mismos, en su devenir la realidad es realidad pensada y por tanto racional, porque está determinada por la forma en que las sociedades se constituyen a sí mismas. Es por eso que Hegel expone lo siguiente:<sup>83</sup>

El contenido concreto de la *certeza sensible* hace que ésta se manifieste de un modo inmediato como el conocimiento más rico e incluso como un conocimiento de riqueza infinita a la que no es posible encontrar límite si vamos más allá en el espacio y en el tiempo en que se despliega, como si tomásemos un fragmento de esta plenitud y penetrásemos en el mediante la división... Pero de hecho, esta *certeza* se presenta ante sí misma como la verdad más abstracta y más pobre... Y

---

<sup>82</sup> Ibidem., p. 261.

<sup>83</sup> Ibidem., pp. 63 y 64

si nosotros reflexionamos... vemos que ni el uno ni lo otro son en la *certeza sensible* solamente como algo *inmediato*, sino, al mismo tiempo como algo *mediado*; yo tengo la *certeza por medio* de otro, que es precisamente la cosa; y ésta, a su vez, es en la *certeza por medio* de otro, que es precisamente el yo.

La ontología del presente es la conversión de una época en conceptos, como lo afirma el propio Hegel, época, que no se explica como un mero ser estático, y de la cual se puede dar cuenta únicamente por todos y cada uno de los momentos que nos llevan a un resultado, en el cual se subsumen todos los momentos anteriores como verdad que permanece como tal, pero que se manifiesta como un no ser de sus momentos precedentes, que sin embargo son y son verdaderos, por ello se manifiestan como contradicción al ser afirmación y negación determinada.

Filosofía de la reconciliación. Lo que pretende Hegel es superar la escisión que la modernidad ha hecho, separando lo finito de lo infinito, lo universal de lo particular, lo objetivo de lo subjetivo, el ser del 'deber ser', etc., únicamente para intentar unirlos después sin éxito, debido a la división que quiso hacer y que no existía desde el principio, es esto lo que lleva a la reconciliación dialéctica de los opuestos. En ese sentido Charles Taylor afirma:<sup>84</sup>

El entendimiento racional no es posible sin una clara conciencia de la distinción entre sujeto y objeto, del yo y lo otro, de lo racional y lo efectivo. Y justo por esto, Hegel insiste en que la síntesis última debe incorporar la división también como unidad... Hegel buscará combinar lo aparentemente incombisible. Buscará llegar a la «identidad entre identidad y no identidad» (*differenz*, 77), a la unidad de la corriente singular de vida y la división de sujeto y objeto implícita en la conciencia racional.

Es así que Hegel reconcilia la finitud de la singularidad con la infinitud recursiva del incesante volver sobre sí, es el singular con su finitud el que únicamente puede concebirse en el ámbito de lo universal que es el pensamiento, y por tanto, en lo infinito que se manifiesta como espíritu, en el cual quedan unidos sujeto y objeto,

---

<sup>84</sup> Taylor Charles, *Hegel*, Traducción de Francisco Castro Marrifield et al, México, UAM-UIB-Anthropos, 2010, p. 42.

como lo indisoluble, y por ende, sociedad y singularidad se identifican como una ontología reconciliada de lo social, que es al mismo tiempo epistemología y cultura, intersubjetividad y reconocimiento de sí de la humanidad en la concreción de la autoconciencia que se sabe libre, al saberse en su propia obra que es el pensamiento mismo subsumiendo toda exterioridad. Por ello al tratar el tema Charles Taylor afirma:<sup>85</sup>

Contra la separación Kantiana de deber y deseo, Hegel concibe la visión de Jesús como la unión, en el cual el espíritu de reconciliación reemplaza, va más allá, y así completa la ley con sus prescripciones calculadas y particulares.

Es por ello que toda exterioridad es al mismo tiempo interioridad reconciliada, lo que nos dice que es posible alcanzar la verdad, que somos una dignidad inmanente, y que no es la trascendentalidad de la promesa de un mundo moral futuro el que nos hará dignos, porque ya lo somos, en total reconciliación con lo más elevado y absoluto, y no queda ningún residuo, nada por alcanzar fuera de la inmanencia de la espiritualidad que se desenvuelve a través de la historia universal.

La sociedad civil como parte de la eticidad. El análisis de la sociedad civil se encuentra enmarcado en lo que Hegel ha llamado la eticidad, la cual, presenta como “la realización del espíritu objetivo”, como la verdad tanto del espíritu subjetivo como la del objetivo, es decir, la realidad tanto de los sujetos como de las instituciones se manifiesta en su efectividad, los singulares no pueden entenderse ni concebirse fuera de la universalidad espiritual, un sujeto no se entiende más que en el grupo social, más aún, el sujeto no puede ser más allá del horizonte de la comunidad, pues entonces nada significaría y, sobre todo, nada podría concebir, en la recursividad del autoreconocimiento que sólo puede darse en la pertenencia cultural, que incluye igualdad y diferencia.<sup>86</sup>

Así podemos afirmar que lo verdadero es el todo, porque la verdad se expresa como lo absoluto en la unidad de sus determinaciones, contiene para ser absoluto,

---

<sup>85</sup> Ibidem., p. 52

<sup>86</sup> Pérez Cortés, Sergio, op. cit., nota 79, pp. 157 y 158.

todos y cada uno de los momentos, de tal suerte que “el todo es solamente la esencia que se completa mediante su desarrollo”, como tal, es el constante movimiento que se desenvuelve sin cesar en la actualización de un devenir incesante que funda nuevos momentos, cambiando y permaneciendo con los momentos anteriores, como momentos que se conservan en su ser, es así como el cambio constante, es lo que define, lo que lo hace ser en la unidad de múltiples relaciones, las cuales al ser completadas se manifiestan a cada momento como lo absoluto en la reconciliación consigo mismo. Por ello.<sup>87</sup>

El contenido del representar es el espíritu absoluto; lo único que aún resta es la superación de esta mera forma o, más bien, puesto que esta forma pertenece a la *conciencia como tal*, su verdad debe haberse mostrado ya en las configuraciones de la conciencia. Este sobrepasar el objeto de la conciencia no debe tomarse como lo unilateral, como aquel aspecto en que el objeto se mostraba retornando al ‘sí mismo’, sino de un modo más determinado, mostrándose el objeto tanto como tal, cuanto como lo que tiende a desaparecer, cuanto más bien como lo que es la enajenación de la autoconciencia, que pone la coseidad, enajenación que tiene no sólo una significación negativa, sino también una significación positiva, no solo para nosotros o en sí, sino también para ella misma.

Por lo anterior de lo absoluto podemos decir que es esencialmente resultado, pues solamente es al recorrer todos y cada uno de los momentos de su devenir que no se muestra como verdadero sino al final, en el resultado de todos y cada uno de sus momentos que son el “en sí” y el “para sí”, es decir, el absoluto, como tal: únicamente al final es lo que es en verdad, porque al estar en constante cambio se presenta como inasible, fuera del entramado de relaciones no es en verdad, sólo es lo que es en verdad por todos y cada uno de sus momentos que llevan su finitud desenvuelta incesantemente como infinitud, en ello consiste precisamente su naturaleza, en ser reconciliación de un devenir incesante que mantiene en sí sus momentos como lo absoluto, lo real, lo que deviene de sí mismo, pues fuera de lo absoluto nada puede devenir, eso es lo real, es lo que se expresa en la historia como sujeto.

---

<sup>87</sup> Ibidem., p. 461.

La verdad de dicha dependencia mutua, más que eso, posibilidad de existencia en la mutua existencia interdependiente, se presenta no sólo como la potencia del en sí, sino como la efectividad del para sí, en el círculo que se cierra sobre sí mismo y que lleva presente su ser dialéctico, en el que lógica, naturaleza y espíritu son inseparables, por lo que en el párrafo 15 de la *Enciclopedia* afirma:

Cada una de las partes de la filosofía es un todo filosófico, un círculo que se cierra en sí mismo, pero la idea filosófica está en él en una determinación o elementos particulares. El círculo singular, puesto que es en sí totalidad, quiebra también el límite de su elemento y fundamenta una esfera ulterior: el todo se presenta por consiguiente como un círculo de círculos, del cual cada uno es un momento necesario; de modo que el sistema de sus elementos propios constituye la idea total, que aparece igualmente en cada momento singular.<sup>88</sup>

Por ello es posible comenzar desde cualquier parte del sistema, se estará siempre en los otros círculos ya desde el primer momento, de ahí la dificultad de la comprensión que acostumbrada a dividir para comprender se pierda en un esfuerzo inútil de separación. Ahora bien, se trata aquí, más que de una mera unión de lo que va junto de lo que está sintetizado y se muestra como las diferentes caras de lo mismo.

En esta síntesis se encuentra la verdad que en el tema del espíritu se expresa en imposibilidad de comprensión del individuo fuera de un horizonte cultural, y en la misma condición de lo social incomprensible sin sujetos que la constituyan con su intersubjetividad, y es también por ello que Hegel dice que la realidad de la substancia que se sabe libremente, es decir, de manera absoluta como ser y como deber ser, es la del espíritu de un pueblo. Por ello afirma:<sup>89</sup>

El espíritu es la vida ética de un pueblo en tanto que es la verdad *inmediata*; el individuo que es un mundo. El espíritu tiene que progresar hasta la conciencia de lo que es de un modo inmediato, tiene que superar la bella vida ética y alcanzar, a través de una serie de figuras, el saber de sí mismo. Pero estas figuras se diferencian de las anteriores por el hecho de que son los espíritus reales [*reale*],

---

<sup>88</sup> Hegel, G. W. F., *La lógica de la Enciclopedia*, Traducción de Alfredo Llanos, Buenos Aires, Ed. Leviatán, 2006, p 46.

<sup>89</sup> Hegel, G. W. F., op. cit., nota 5, p. 261.

auténticas realidades, y en vez de ser solamente figuras de la conciencia, son figuras de un mundo.

Es con esta base conceptual que podemos pensar la sociedad civil, a pesar de ser anterior al Estado, como una de las formas de la experiencia que se encuentra entre la familia y el Estado como una diferencia, siendo el primero el de las relaciones de amor y seguridad y el segundo el de la conciliación de los intereses en la conciencia de sí del espíritu que se manifiesta en la libertad.<sup>90</sup>

Es en ese sentido que la concepción del Estado como una gran suma de individualidades, propia de las teorías del contrato social que conciben a la sociedad política como un agregado de voluntades, no es más que el momento de la sociedad civil, en el que no se ha alcanzado la verdadera noción de Estado. Por ello es que Sergio Pérez afirma:<sup>91</sup>

La representación económica de la sociedad civil se ha revelado contradictoria y absurda: es porque se limita a exhibir la exterioridad entre los hombres, y no llega a sospechar la existencia de una unidad superior. Pero es mejor no exagerar; esa representación es *sólo* insuficiente, y su insuficiencia es formal: le viene de que comienza por presuponer lo diverso, y *luego* busca la manera de unirlo artificialmente por medio de categorías como “división del trabajo” o “intercambio generalizado”. Criticar a la joven no es exhibir algún equívoco en la deducción de sus categorías, sino mostrar las limitaciones de la imagen que ofrece, demostrando que ninguno de los extremos que esa representación trata de unir tiene existencia por sí mismo, y que elegir alguno de esos principios, cualquier principio, es ya un mal comienzo.

Como sabemos las teorías del contrato social tuvieron una base tricotómica de justificación de distintas formas de Estado (estado de naturaleza/contrato social/sociedad política), arribando siempre a la conclusión de que la suma de voluntades particulares constituían al Estado, esta postura sólo es posible porque, en ella, cada uno es únicamente para sí mismo, mientras que todos los demás no son nada para él, sin embargo, para realizar sus propios fines requieres a los

---

<sup>90</sup> Ibidem., p. 262.

<sup>91</sup> Pérez Cortés, Sergio, op. cit., nota 79, pp. 159 y 160.

demás cómo medios, por lo que cada una de las particularidades se encuentra limitada por la libertad, siendo la totalidad el medio por el que su particularidad alcanza la universalidad, pues el fin propio de la particularidad sólo se da en relación con los otros.

Más allá del derecho abstracto. La sociedad moderna se constituyó a partir de la construcción de la individualidad, tal que ésta sólo puede ser abstracta pues se pretende la determinación del ser autónomo, y por ello bajo tal concepción no se puede aspirar a la universalidad social, si en la sociedad antigua fue posible, es porque el desarrollo de la individualidad es completamente moderno y no la conocieron, tal confluencia bajo la idea moderna es la eliminación de la individualidad.

Por otra parte, la concepción del derecho abstracto supone, primero, el poder apropiarse las cosas poniendo la voluntad en ellas, la persona surge en la libre apropiación de las cosas, porque se encuentra ante la exterioridad que hace suya, es para Hegel la base sobre la que se configura la libertad moderna, aunque ésta únicamente sea una libertad deficiente. La apropiación de la naturaleza pasa a ser dominio de ella y en ello radica el requisito para la realización de la libertad, particularizando a los propietarios que sólo se relacionan en cuanto tales. Por eso Porfirio Miranda dice:<sup>92</sup>

Incansablemente enfatiza Hegel que la primera parte de su obra, consagrada al derecho sin eticidad y antes de llegar a la eticidad, tiene como objeto de estudio el derecho abstracto, el *falso* derecho. Los comentaristas burgueses no han querido hacerse cargo de esa insistente advertencia, porque ahí, en el falso derecho, es donde tiene lugar el derecho de propiedad.

Es así como el sujeto independiente y propietario de mercancías de la sociedad civil, cosifica a los individuos mientras los libera en su voluntad más íntima, porque impide que se den las relaciones de subordinación directa al darse la relación entre personas por medio de cosas, estableciendo un nivel de igualdad que es representado por la relación contractual entre los individuos y que se constituye en

---

<sup>92</sup> Miranda, José Porfirio, *Hegel tenía razón, el mito de la ciencia empírica*, México, UAM-Iztapalapa, 1989, p. 280.



las cosas a través de la noción de valor, por supuesto que este derecho abstracto es meramente formal e insuficiente porque las relaciones a través del valor hundieron en la vida al sujeto, formalmente libre, que ha quedado sometido al mundo de las necesidades en la sociedad civil.

Al acceder a la voluntad del propio interés, el sujeto moderno ha quedado atrapado en la insuficiente libertad que establece leyes que nadie quiso, pero que se manifiestan como un pesado yugo para totalidad del espíritu, y por ello se trata de una voluntad imperfecta, sin embargo, podemos considerar a este momento como un verdadero límite, más allá del cual no se puede ir y por tanto se trata de una garantía de la libertad. El problema radica en haberse quedado ahí, creyendo que se había alcanzado la libertad perfecta de una vez y para siempre, constituyendo así lo que Hegel llama una mala infinitud. Por ello Porfirio Miranda afirma:<sup>93</sup>

Aun en la más elemental relación económica, aparentemente puro egoísmo y búsqueda del propio provecho, está presente y operante una relación ética, aunque no fueran sino las que se requieren para la intercomunicación llamada lenguaje, aunque no fueran sino las de no agredir y no embaucar y 'tener palabra'. Un mínimo grado de confianza y crédito se requiere esencialmente.

Por eso es necesario ir más allá de este momento, se trata de reconocer los derechos de la subjetividad en la moralidad, se trata de que en la espiritualidad se alcance la comprensión de la unidad entre lo social y la singularidad, haciendo de la ley nuestra ley, se trata de vivir en ella y no bajo ella, bajo el horizonte de la propia comunidad, porque la libertad es autorrealización espiritual, se trata de ir más allá de la tradición política en la que se han montado las teorías del contrato social, pasando al autoreconocimiento de sí mismo en el otro, que es mi otro, en el cual me reconozco como espiritualidad absoluta.

La filosofía del derecho de Hegel no escapa a las determinaciones que abarcan todo el sistema de la dialéctica que él concibe, por ello para entender su postura respecto de los principios que animan la filosofía del derecho, hay que saber

---

<sup>93</sup> Ibidem., p.143.

porque se trata de una ontología del presente y porque en ella se reconcilian una serie de determinaciones del pensamiento en recursividad sobre sí mismo.

La ontología del presente hegeliana, quiere mostrar como el ser es el que es y no el que se quiere mediante una falsa libertad que puede todo, pero que nada alcanza, porque la determinación de la libertad positiva es el de la efectividad del actuar real en el mundo que se determina a sí mismo en un incesante autoproducirse, no es el filósofo el que le dirá que hacer a los demás, pero si les mostrara el camino al convertir su realidad en conceptos, y con ello ya ha transformado el mundo a través de la certeza, de la verdad que si se alcanza por sujetos verdaderamente dignos.

La filosofía de la reconciliación supone hacernos uno con el absoluto, en él cada uno de los momentos encuentra la unidad que estaba ahí desde el principio en el que la razón une lo que aparecía como separado, y que no se podía unir porque partía de una división que por serlo desde el origen era insuperable y nos llevó a las antinomias de la razón, subjetividad y objetividad son dos momentos que están contenidos en sí mismos con reciprocidad.

Por otra parte los dos principios subjetivos de la sociedad civil nos muestran a través del principio egoísta de acción social, la necesidad de una ley comprendida y no de una ley entendida bajo la cual simplemente se tiene que vivir. Se trata de la superación de la sociedad civil en la sociedad política, en la que se conforma y distribuyen los intereses haciendo posible la libertad, por el entendimiento del otro desde un horizonte cultural idéntico, en la autoconciencia del absoluto.

Karl Marx. Como explicó detalladamente Lenin, el marxismo tiene tres fuentes,<sup>94</sup> una de ellas y tal vez la más importante es la dialéctica hegeliana, de la que emergerá su análisis, basado en el materialismo dialéctico, y que aplicado a la historia tiene como resultado el materialismo histórico.

---

<sup>94</sup> Lenin, V. I., *Tres fuentes y tres partes integrantes del marxismo*, 4ª ed., México, Ediciones Quinto Sol, 1995, pp. 3 y 4.

En su obra '*El Capital*' de la cual sólo se publicó en vida el primer tomo en el cual parte de la mercancía como lo más inmediato, por ello dice.<sup>95</sup>

La riqueza de las sociedades en las que domina el modo de producción capitalista se presenta como un "enorme cúmulo de mercancías" y la mercancía individual como la forma elemental de la riqueza. Nuestra investigación, por consiguiente comienza con el análisis de la mercancía.

Pero no afirma esto por una actitud empírica, su interés estará centrado en la trama de relaciones que hacen posible a la mercancía, trama que hace posible todas las formas de relación que se dan en la sociedad y que encuentran su base en las condiciones materiales de vida, en las que los sujetos no son libres pues se encuentran sometidos a un estado de cosas que los esclaviza. Por ello Sergio Pérez Cortés afirma:

El análisis consistirá en mostrar que esta inmediatez debe desplegarse conceptualmente en una red de categorías extremadamente compleja, por la cual se mostrará que en la mercancía y el intercambio mercantil se encuentra ya presente la trama de todo el modo de producción capitalista.

Para comprenderlo mejor lo que caracteriza a las mercancías es el de poseer condiciones naturales que están ligadas con su utilidad, dicha condición Marx la llama *valor de uso*,<sup>96</sup> condición que no depende del sistema social en el cual se da su utilidad, sino que se da en los dotes intrínsecos al objeto, sin embargo la mercancía tiene una segunda cara que deviene de la posibilidad de comparar e intercambiar mercancías, a este lo denominó *valor de cambio*, esta posibilidad de poder intercambiarse emerge de su posibilidad de poder medirse y compararse con otras mercancías.

Estas son medibles porque llevan incorporado *trabajo abstracto*, que tiene la característica de ser indiferenciado, a diferencia del trabajo concreto, permite comparar mercancías de naturalezas muy diversas, el engaño está en comparar la jornada de trabajo con el salario, pues en esta relación se pierde la percepción de

---

<sup>95</sup> Marx, Karl, *El capital*, 15ª. ed., Traducción de Pedro Scaron, México, Siglo XXI, 1985, Tomo I, Vol. I, p. 43.

<sup>96</sup> Ibidem. p. 44.

la valorización de la mercancía, porque el capitalista ve incrementado el valor en el mercado, valor que parece provenir del intercambio, pero que en realidad se da en el proceso de trabajo.

Es el trabajador el que le imprime valor a la mercancía con su trabajo, del cual el salario solo cubre una porción, el necesario para que pueda reproducir su vida y la de sus descendientes, pues la mensurabilidad de la mercancía deriva del *tiempo de trabajo socialmente necesario* para producirlo,<sup>97</sup> así es que el trabajador sigue trabajando después de haber producido lo suficiente para la reproducción de su vida, tiempo excedente impago que se ha de entender como *Plus trabajo* que produce *Plus valor*,<sup>98</sup> que es arrancado al trabajador por el engaño del salario.

Para que pueda existir una sociedad de este tipo es necesario un sistema completo en el que exista una absoluta interdependencia, y en el que el trabajador es un sujeto que no puede volver a la tierra y cuya única alternativa es vender su fuerza de trabajo, estas formas de relaciones sociales producen una serie de condiciones culturales que permiten que el sistema se reproduzca a sí mismo, lo cual no podría ser sin el Estado, este es la totalidad comprensiva en la que se producen las relaciones materiales que posibilitan una sociedad de clases, en la que mientras unos poseen sólo su fuerza de trabajo otros son propietarios de los medios sociales de producción. En tales condiciones, si el Estado es el universo comprensivo de tales condiciones sociales, la única forma de acabar con ella es la eliminación del Estado, de tal suerte que el poder en este caso es dominio, la base del análisis marxiano también es una ontología del poder como dominio que niega la libertad, dicha postura no parece tratar de justificar la existencia del poder, por el contrario es una teoría explicativa de su imposibilidad de justificación.

### 1.3. LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL (En la ontología de la libertad).

La constitución resulta en este sentido un cuerpo de determinaciones sociales que requiere de una justificación, la cual resulta en la necesidad de dar razones para

---

<sup>97</sup> Ibidem. p. 48.

<sup>98</sup> Ibidem. p. 231.

su aceptación social, puesto que establece relaciones de poder, relaciones entre gobernantes y gobernados, relaciones entre personas libres.

En dicho tenor la consideración óptica del poder como dominio supone la eliminación de toda justificación de dominio y esclavitud, y abre la puerta a la justificación de un orden constitucional como trascendentalidad de la libertad, es decir como las condiciones de posibilidad de la libertad, lo que pone al debate sobre el contenido de la constitución, en el camino de la argumentación de las posibilidades de alcanzar la libertad con dicho orden.

La constitución contendría entonces las condiciones de la libertad que regulan a una sociedad cuyo sentido sólo podría ser alcanzado con una división social del trabajo de gobierno que no puede ser tratado como trabajo de dominio, si se quiere hacer compatible con la libertad.

## CONCLUSIÓN

Es necesario abordar el tema del poder para poder comprender el significado de la constitución, dado que está surge del ejercicio del poder y es determinante del poder, por lo que su establecimiento supone una noción de este, pero si además decimos que ha de justificarse porque es heterónimo, pues las propias determinaciones no requieren de una justificación, porque para ello lo único que se necesita es el ejercicio de la voluntad y por tanto en la autonomía del sujeto no hay necesidad de justificación, dicha situación como vimos, al abordarlo, en las teorías del contrato social, hicieron suponer un estado de naturaleza, como un recurso epistemológico, en el cual los seres humanos se encontrarían fuera de lo social, por lo que al unirse en sociedad su hacer se volvió, hacer frente a otros.

Al pasar del hacer solitario al hacer frente a otros se constituyó, según las teorías del contrato social, la sociedad política y con ella el poder que unos ejercen sobre otros en las relaciones sociales, lo cual vendría a constituir una heteronomía social y junto con ella la necesidad de adecuar la conducta a reglas establecidas por una voluntad ajena, lo que introduciría en conflicto entre las autonomía de la propia voluntad y la heteronomía del estado político, el cual fue pensado por los

contractualistas como un mal necesario, ya que, su existencia se debe, según las distintas posturas, a la necesidad de la seguridad, o la de mantener la propiedad en un sistema de justicia, o la de poder realizar obras humanas que únicamente se pueden realizar en comunidad, etc., razones que fungen como motivos para justificar la existencia de un poder de dominio de unos sobre otros en pos de alcanzar algún bien supremo.

Sin embargo, dicha forma de ver las relaciones sociales se modificó al pasar del modelo alegórico del supuesto epistemológico al modelo histórico de la dialéctica, ya que, al suponer un estado de naturaleza se está imponiendo una forma de ser al objeto de estudio, y por ende se está inventando una realidad, por lo que la mejor manera de abordar el problema es dar cuenta de cómo es que el devenir social trajo como resultado los Estados modernos, para ello lo primero que hay que eliminar es la suposición de que los seres humanos son individuos aislados naturalmente, que formaron una comunidad artificial, dicha posición recupera el *Zoo Politikon* de Aristóteles que considera el carácter gregario del ser humano, al cual se le toma como un ser social desde siempre pues todo lo que le da su dignidad como tal es de carácter social.

Por lo anterior es que tanto Hegel como Marx buscan la explicación de la sociedad moderna en su devenir, en el proceso que hizo que fueran como son y no de otra manera, sin embargo, el segundo supone que el Estado es un aparato ideológico que se puede eliminar, mientras el primero toma la intersubjetividad de la cultura como un entramado en el que cobra sentido el actuar humano y por lo tanto como la base sobre la que tiene sentido la libertad, porque esta solo se manifiesta y es efectiva en la autoconciencia de sí, que es conciencia social.

Por lo tanto, la primera condición de posibilidad para la libertad es la autoconciencia del propio tiempo, en las relaciones determinadas que integran la forma de ser de una sociedad y en la que los sujetos resultan responsables y por la que pueden argumentar razones manifiestas, aceptadas en el campo de su comunidad, las cuales se expresan como reglas de acción, que encuentran su base en la determinación que construye un fundamento del hacer planificado,

pues recoge las aspiraciones sociales como fundamento de la organización jurídica.

Por otra parte el dominio y el sometimiento de unos sobre otros no puede ser un fundamento manifiesto de la organización social, por lo que a la base de toda constitución se encuentra la libertad como una de las aspiraciones legítimas de los grupos humanos, en el entendido de que un ciudadano no puede ser más que un ser autónomo y, por lo tanto, libre.

De ahí que siendo necesario el poder para la libertad, es necesario concebir un poder que la favorezca, en la que los sujetos no se someten, pero a los que les es aplicables la responsabilidad precisamente porque son seres autónomos y por ende libres, en una comunidad en la que el que no es responsable terminaría siendo opresor, dominador, y en consecuencia, una sociedad que aspira a erradicar la opresión no puede entregarse a ningún sometedor, por lo que la constitución del poder social que permite ejercer las responsabilidades no puede ser dominio, por el contrario, tiene que significar las condiciones de posibilidad de la libertad, por ello toda norma que establezca dicho poder tiene que seguir el camino que posibilita la libertad, y por ello toda norma que impone sometimiento está afectada de nulidad, pues tiene el vicio de negación del sistema constitucional, en virtud de que dicho sistema tiene como fundamento la libertad.

En consecuencia, la justificación del poder está en su establecimiento como condiciones de posibilidad de la libertad, por lo que el concepto de poder que incluye entre sus elementos la dominación nos llevaría a la imposibilidad de la libertad social, puesto que sería lógicamente imposible, sin embargo, podemos suponer que la ontología del poder como dominio toma en cuenta únicamente uno de los subconjuntos del poder absolutizándolo como el único poder posible, por el contrario, al concebir el poder como una relación de capacidad actuante, podemos afirmar que entre sus subconjuntos encontramos al poder como dominio, y al poder como condiciones de posibilidad de la libertad, según los cuales, este tipo de poder, es capacidad de desenvolver las propias determinaciones de una sociedad.

Finalmente, el sentido que toma la determinación del poder, en las sociedades modernas, sería la de forma de regulación normativa que emerge como cuerpo supremo del ejercicio de un poder al cual llamamos constituyente, y del cual emana un producto al cual tendemos a llamar constitución, que es en este sentido, no otra cosa, sino la forma del poder, y según nuestro discurso, una forma de la libertad, que no es definitiva como no lo es el devenir social, en la transformación la positivización pierde sentido en tanto en la rigidez se convierte en camisa de fuerza para la libertad y en consecuencia es necesaria una dinámica constitucional que mantenga viva la libertad y por lo tanto la constitucionalidad del poder.



## **CAPÍTULO II. PROBLEMAS NORMATIVOS CONSTITUCIONALES**

Cuando hablamos de constitución regularmente nos referimos al libro que contiene el texto con las facultades últimas de gobierno y los derechos fundamentales que establecen un límite al ejercicio del poder, entre el texto y las reglas que podemos llamar desde ahora 'normas constitucionales', se encuentran una serie de problemas de distinta índole, por ello es necesario analizar las relaciones y las diferencias que se dan entre los signos lingüísticos y su semántica, sus divisiones, problemas sintácticos y pragmáticos.

Por lo anterior es que se requiere una pragmática del lenguaje constitucional, una ontología y una semántica de la norma, para ello se requiere tomar un camino epistemológico que no simplifique tanto el problema que lo falsee, y por lo tanto se requiere al menos de manera sucinta mostrar sus características y distinguir sus conceptos tratando de evitar las contradicciones a que ha llevado la teoría de la identidad entre regla y norma, además de mantener la diversidad semántica de las expresiones jurídicas sin convertir el concepto de norma en un inconveniente para la teoría del derecho, y específicamente del derecho constitucional.

### **2.1. NIVELES SEMÁNTICOS DE LA CONSTITUCIÓN**

El análisis del texto constitucional, requiere tomar en consideración, distintos aspectos del lenguaje, hablar de normatividad, implica llegar a considerar la semántica normativa, porque si han de interpretarse aquellos signos plasmados en el libro que llamamos constitución, se requiere, no solo abordar el problema del signo, sino que además, se hace imperioso aludir a la ontología de la norma, es decir, en qué consiste el objeto de estudio llamado norma, en el caso concreto que nos ocupa, de la norma constitucional.

Para cumplir con nuestro cometido, es necesario aludir a la teorización semiótica que nos pueda dar los elementos para dar cuenta, no del objeto estudio, sino de su complejidad comunicativa, por ahora, no nos ocupamos de la mera semántica de la polisémica palabra constitución. Sin embargo, hay que desentrañar una serie de conceptos, y establecer uno de análisis que nos permita

desentrañar en qué sentido se quiere comunicar la conceptualización de la norma constitucional, así como de los actos de constitucionalidad.

El modelo de comunicación al que aludimos responde a una conceptualización muy simple, que deviene de tomar en cuenta al emisor, al receptor, el canal, el lenguaje, el mensaje y el ruido; todos estos aspectos, tendrán que ser localizados en el proceso de comunicación normativa jurídica, porque si es cierto que las normas son un mensaje, tenemos que comunicar el lenguaje en el cual se expresa y el tipo de signos que le son propios, así como, de que canal se vale, y en qué casos podemos pensar que el mensaje ha sido distorsionado. Por otra parte, es imposible aludir a este proceso comunicativo de la norma, sin tomar en cuenta la ontología de la que se parte para considerar el objeto de estudio llamado norma constitucional al cual aludimos.

La Norma Jurídica y la Cuestión Semiótica. Es necesario realizar un análisis de las características de las normas, es en este contexto que acudo a una primera determinación desde las perspectivas de la teoría de la comunicación y de la ontología. Por otra parte, se requiere una cierta claridad en la estructura abstracta y concreta de las normas públicas en sus niveles general-abstracto e individual-concreto.

La Norma Jurídica, tiene una estructura estática y otra dinámica, es decir, por una parte responde a una visión desde la perspectiva sintáctica de su construcción y otra pragmática, en ello no es distinta a cualquier otra expresión, sin embargo, tiene sus notas características.

Tratándose de las obras expresivas del lenguaje, también los imperativos responden a unidades significativas, para comunicar algo, es necesario, una construcción gramatical con un mínimo de elementos significativos, verbigracia, un anunciado, es una unidad significativa que puede ser tachada de verdadera o falsa, tal vez por eso es que Wittgenstein siguiendo a Gottlob Frege afirmó que los nombres o palabras sólo tiene sentido en el contexto de la oración. El propio Wittgenstein lo expresa de la siguiente manera:

Sólo la proposición tiene sentido; sólo en la trama de la proposición tiene un nombre significado.<sup>99</sup>

Lo cual significa que las unidades significativas del lenguaje de la vida -como lo llama Wittgenstein- no son ni los signos ni las palabras, de la misma manera la expresión lingüística que contiene un imperativo es significativa en tanto puede expresar la determinación de una conducta, como parece que es el caso de las normas tanto morales como jurídicas.

En el caso de la norma jurídica podemos decir que contiene la descripción de un hacer en el futuro, la norma no describe un hacer concluido, describe el hacer o el omitir que puede llegar a consumarse, aquí no afirmamos que algo sea verdadero o falso, como en el caso del enunciado lógico formal de primer orden, no por lo menos en ese sentido, aunque, al introducir el concepto de voluntad del legislador –que para algunos resulta absurdo-, podría afirmarse que es cierto o falso que determinada norma responde o no a la voluntad del legislador, pero ello solo puede hacerse, según el análisis hartiano, desde el punto de vista externo y no desde el interno<sup>100</sup> como guía de la propia conducta, lo cual nos coloca en un metalenguaje y por tanto no estaríamos analizando la expresión jurídica, sino los enunciados sobre las expresiones jurídicas.

Ahora bien, afirmar que la norma describe conductas es colocarse en una postura dentro de la teoría semiótica, podríamos expresar, por ejemplo, que la expresión lingüística percibida por el oído al recibir a las ondas sonoras, o por la vista al pasarla por las manchas de tinta en el papel, son la norma, lo cual nos colocaría, en algo como un nominalismo, en cuyo caso podríamos decir que sólo es concebible la palabra y el objeto.

Pero al caer en la necesidad de la interpretación tendremos que admitir, primero que esos signos pueden referir cosas distintas, segundo que éstos tendrían que tener un significado para cualquiera que los abordará y que tendría

---

<sup>99</sup> Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, Traducción de Jaco Muñoz e Isidoro Reguera, Alianza editorial, Madrid, 2002. Numerado en su obra con el 3.3.

<sup>100</sup> Hart, Herbert L. A., *El concepto del derecho*, Traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1963,155-159.

que haber un objeto perfectamente identificable, sin embargo, no hay un significado único, por eso es posible que se refieran a cosas distintas, y es difícil saber cuál es el objeto al cual se refieren.

Por otra parte depende del idioma al cual pertenezcan, lo cual nos indica que ésta requiere de un sistema de reglas que nos permita decodificar el mensaje, lo que nos indica la necesidad de acudir a la noción de código semiótico,<sup>101</sup> por ende, tenemos hasta ahora, signos susceptibles de interpretación de los cuales es necesario extraer el mensaje, lo que nos coloca en la distinción que se da entre expresión jurídica y mensaje jurídico, es decir, por una parte tenemos los signos en los que se expresa la norma, y por otra, la norma jurídica.

Ahora bien tomamos como base semiológica la teoría de Ferdinand de Saussure<sup>102</sup> en lo que se refiere a la consideración simbólica, que implica el significado, el significante y el referente, porque nos permite hablar de objetos conceptuales distintos del lenguaje, por supuesto, es pertinente la observación que hace Samuel González Ruiz<sup>103</sup>, quien, en términos semióticos, se opone a la consideración de Saussure de una suerte de materialidad del código semiótico como si se tratara de una especie de diccionario.

De lo expresado anteriormente, podemos extraer algunos otros elementos, como la necesidad de un emisor del mensaje, ya que, éste no se emite sólo, en nuestro caso, la norma sólo es, cuando hay un legislador que la emite, por otra parte, no hay mensaje que no tenga un destinatario, y por lo tanto, es necesario un receptor.

---

<sup>101</sup> González Ruiz, Samuel, *Código semiótico y teoriza del derecho*, Fontamara, México, 2004, páginas 127-140. Utilizo el término en el mismo sentido que el Dr. Samuel Ruiz al ligarlo a la teoría de la comunicación, quien afirma: "la problemática del código semiótico deriva de la relación que éste tiene con problemas tales como la relación entre mente, lenguaje y realidad."

<sup>102</sup> Saussure, Ferdinand, *Curso de lingüística general*, Traducción de Mauro Armíño, Fontamara, México, 1998.

<sup>103</sup> *Ibidem.* p. 131.

De tal suerte que según el modelo desarrollado por Elpidio Ramírez Hernández,<sup>104</sup> utilizando un sistema parecido, pero, aplicado al derecho penal, las normas jurídicas pueden considerarse de la siguiente manera:

Para la teoría de la comunicación la norma es un mensaje que mana de la sociedad (emisor), en este sentido el legislador es un canal y el receptor son todos los sujetos individualmente considerados que se encuentran dentro del ámbito de validez de la misma norma. Para comunicar el mensaje es necesario un lenguaje que podemos encontrar en los textos legales descriptores de conductas antisociales (en nuestro caso de conductas de gobierno), junto a esto, el ruido que distorsiona el mensaje por tergiversación de la interpretación que se le da al lenguaje.

Para la ontología materialista la norma es un objeto conceptual, es una ficción, no existe pero hacemos como que existe, por ende, sólo se puede hablar de objeto conceptual en cuanto exista el ser humano, no puede ser independiente ni anterior. El objeto aludido es convencional, nos ponemos de acuerdo para hablar de éste; también es contextual, tiene sentido en un ámbito, pero si lo sacamos de este pierde su importancia.

Para la teoría de la comunicación el lenguaje son los signos lingüísticos, los que encontramos en los textos jurídicos, abrimos el libro que llamamos código para encontrarlos, lo interpretamos para descubrir el mensaje, no interpretamos la norma, eso es absurdo, a esta la descubrimos interpretando el lenguaje.

Para la ontología materialista el lenguaje son objetos materiales, los percibimos por medio de los sentidos, cambian de estado, influyen y son influidos por otros objetos materiales. De tal manera que nos encontramos en el mundo causal de la científicidad moderna, por lo que cada punto del análisis requiere ya sea de comprobación o de la corroboración según hablemos de objetos conceptuales o se trate de objetos materiales.

---

<sup>104</sup> Síntesis del tema tratados en el 1er. Diplomado de Capacitación en Derecho Penal (Profesionalización y Actualización, organizado por la Universidad Autónoma Metropolitana a través del Departamento de Derecho y el Bufete Jurídico de la misma impartido por el profesor Elpidio F. Ramírez Hernández del 02 de Septiembre de 2003 al 07 de Septiembre de 2004.

### 2.1.1. La Estructura de las Normas.

Según Elpidio Ramírez.<sup>105</sup> Las normas son sistemas de elementos relacionados entre si, por relaciones lógicas y semánticas, las cuales se dan entre elementos, entre subconjuntos, y entre elementos y subconjuntos.

Los sistemas (**S**) conceptuales contienen tres elementos:

1. Composición (**c**). Elementos que componen el sistema.
2. Estructura (**e**). Relaciones entre los componentes.
3. Medio (**m**). Ámbito en el que interactúa el sistema.

$$S = [c, e, m].$$

Las Normas Generales y Abstractas.

De conformidad con lo analizado a partir del modelo semiótico, las normas son medidas de conducta, descripciones de actividades u omisiones humanas, dotadas de una exigencia que proviene de la voluntad. Tratándose de normas jurídicas generales y abstractas estatales tenemos varias características para el análisis:

- A. Surgen del poder político.
- B. Son descriptivas de una exigencia manada de la voluntad.
- C. Son descriptivas de conductas (actos u omisiones).
- D. Son para todos los individuos que caben dentro del supuesto de la descripción.
- E. Son para todos los casos que caben dentro del supuesto de la descripción.

**El Poder Político como Fuente de la Norma (A).** Uno de los rasgos del poder es la “capacidad de hacer” como se vio en el capítulo precedente. El conjunto de

---

<sup>105</sup> Ibidem., Elpidio Ramírez 2004.

sujetos que posee la capacidad de actuar para determinar el hacer regular de un grupo humano, tiene la posibilidad material de imponer una voluntad, a estos se les reconoce como poseedores del poder. Las formas en que se impone una voluntad están determinadas por el medio que se emplea, este puede provenir de la fuerza física, de la capacidad de persuasión, de la habilidad para mentir, de la convicción que mana de los razonamientos y aun de ciertas inclinaciones ideológicas inducidas por la inmediatez, etc.

Se puede imponer una voluntad por la fuerza física cuando se posee un ejército poderoso que imponga la forma de organización social, los ejemplos son muchos, baste recordar a los espartanos, romanos, mexicas, incas, españoles y franceses en sus épocas imperiales. También podemos aludir a la fuerza de los movimientos revolucionarios que culminaron con una constitución determinante del nuevo orden social, aunque en este caso existen a menudo sendos razonamientos que hicieron necesario el uso de la fuerza contra el gobernante y que pueden jugar un sentido persuasivo. Prueba de esta necesidad de justificación, lo encontramos en la siguiente tesis aislada:<sup>106</sup>

**REVOLUCIÓN, EFECTOS JURIDICOS DE LOS ACTOS DE LA.** Según el concepto generalmente aceptado, por revolución se entiende: "la modificación violenta de los fundamentos jurídicos de un Estado", por tanto deben tenerse en cuenta que toda revolución reconoce, como medio, la violencia, como fin, la transformación de los fundamentos jurídicos de los Estados; por la violencia trata de destruir el orden establecido, para sustituirlo con un nuevo orden jurídico, con distintas normas, a las que da carácter obligatorio con su poder de hecho, siendo ésta su principal fuerza, fuerza esencialmente creadora, que es fuente de un derecho nuevo que se impone... los actos del Gobierno Provisional, nacido de esa Revolución, no podían ajustarse a norma jurídica alguna, puesto que el régimen constitucional estaba en suspenso; dicho Gobierno era el resultado de la manu militare, o un movimiento organizado, con fuerza suficiente para imponer nuevas normas, dentro del orden, y capaz, como el tiempo lo ha demostrado, de llevar a cabo la transformación de los fundamentos jurídicos del Estado. Dos son las doctrinas dominantes en lo relativo a la fuerza jurídica creadora de las revoluciones: sanciona una, un principio de

---

<sup>106</sup> Tesis Aislada 3ª A.R.,2644/26, Secc. 2ª, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, T. XXXIX, Septiembre de 1933. p. 332.

legitimidad, en tanto que la otra, sólo se atiene al hecho consumado, que se desarrolló en Francia, "sólo donde la conciencia jurídica del pueblo apruebe la transformación, puede desenvolverse un derecho nuevo", bajo el imperio del principio de la legitimidad, se tiene siempre en consideración que el hecho engendra el derecho, suponiendo que el que ha logrado imponerse por medio de la fuerza, acabando con un poder constituido, al cual ha venido a sustituir, es porque trae consigo la conciencia popular, de donde dimanó su fuerza para derrocar a los poderes que representaban la legitimidad, y que no pudieron contar ya con aquel apoyo; de manera que, en este caso, debe reconocerse al nuevo poder, como poder jurídico, y como obligatorio los actos jurídicos por él realizados; en medio de estas doctrinas, se ha desarrollado una tercera que pudiera llamarse intermedia, en la cual se tiene en cuenta que la transformación del orden jurídico, exista o no un vacío entre el derrocamiento del antes existente y la implantación del nuevo, vacío en el cual se ejecutan hechos que deben considerarse como preparatorios para la implantación del nuevo régimen, la condición de los jueces, que nunca debe ser política, como única excepción, debe trocarse en meramente política, durante estos instantes, respetando el orden jurídico antes establecido, mientras sea compatible con la imposición de la fuerza a la cual debe ceder; pero teniendo en cuenta su conciencia jurídica, para valorar el alcance que puede darse a las normas por las que propugna la revolución. En esta doctrina nace el derecho, mediante la realización del hecho, desde el momento en que éste se ha verificado; pero su carácter obligatorio comienza, no como fuerza que se impone, sino con toda la fuerza jurídica del derecho, cuando el poder de hecho es estimado como poder de derecho. Desde ese instante, los hechos llevados a cabo por la revolución, son ya normas jurídicas, que es lo que sanciona la doctrina del hecho consumado, pero debiendo retrotraerse a los efectos del acto realizado, considerándolos como legítimos, como fuentes de derecho, desde el momento efectivo en el cual se realizaron, que es lo que sanciona el principio de la legitimidad; esto no quiere decir que todos los actos realizados por una revolución tiene fuerza obligatoria, sino que todas las normas preexistentes deben subsistir, mientras no se dicten por los poderes nuevos, las normas que deben sustituirlas. La base de la concepción jurídica reside en que el derecho se encuentra por encima del Estado, y el poder político mismo queda, por tanto, vinculado al derecho siendo este el principio que debe tenerse en cuenta tratándose del hecho revolucionario; y por el cual se consagra la vinculación del mismo poder revolucionario dentro del Estado, pero



considerando siempre a la revolución como fuente de derecho, realizando éste por medio de los hechos que llevan a cabo y que sancionan mediante el triunfo que trae la aceptación jurídica de las nuevas formas por las que propugnó. Es un hecho que debe reconocerse, que no es posible el advenimiento de lo nuevo mediante una preparación cuidadosa y bajo la garantía de todas las exigencias de la seguridad jurídica, y por esto se ha consagrado en todas partes, el principio de que el poder revolucionario puede romper con los antiguos derechos, en tanto que sus actos derivan, con lógica, de sus propios puntos de vista, principios que tienen exactamente aplicación, tratándose de la regulación de la propiedad. Todo lo que con íntima necesidad deriva de las ideas de la revolución, encaminadas a la implantación de un nuevo orden, llega a ser derecho, o, por lo menos, norma de orden obligatorio; en tanto que lo que sólo resulta de la excitación política, de la venganza contra el antiguo tenedor del poder, o contra las clases dominantes, pertenece al dominio de la arbitrariedad, al servicio de la cual no pueden ni deben ponerse los jueces; así, por ejemplo, pueden considerarse jurídicamente posible, la supresión de determinadas grandes masas patrimoniales, consideradas como perjudiciales; pero entonces subsiste la cuestión de hasta donde debe hacerse depender de una indemnización, la expropiación, para evitar así el reproche de arbitrariedad.

Se puede imponer la voluntad por persuasión cuando en la contienda electoral se logra obtener el puesto que permita decidir las formas de la regularidad, es el caso de diputados y senadores que pueden lograr el cometido de persuadir por medio de la mentira de razonamientos o inducción publicitaria. Los ejemplos sobran, el uso actual de la propaganda electoral en los medios de difusión, las encuestas, los videos, etc., se han vuelto elementos cotidianos de nuestra realidad actual de la competencia por el poder. Por su parte Maquiavelo nos muestra claros ejemplos de la persuasión que han convertido a su libro el "príncipe" en una obra de cabecera para los que poseen y aspiran al poder.

Maquiavelo analiza la manera en que debe conducirse un príncipe –el que posee el poder- con sus súbditos y amigos, por ello señala, es muy distinto el "ser" del vivir, a su "deber ser", pues "aquel que deja lo que se hace por lo que se debiera hacer, antes se procura su ruina que su conservación." El que quiera actuar con bondad estará arruinado entre tantos que no lo son, de tal suerte, que

tendrá que decidir entre no ser bueno y ser bueno según las necesidades del poder. El príncipe requiere para conservar el poder rehuir de ciertos vicios, e incluso, apegarse a un buen número de ellos, de tal manera que si es necesario actuar viciosamente para salvar su dominio, no debe importarle:<sup>107</sup>

1. Ser tenido por mísero, ya que con el tiempo será tenido cada vez más por liberal, al denotar su parsimonia, que sus ingresos le bastan y que puede defenderse sin grabar a los pueblos. En tal sentido usa de liberalidad con todos aquellos a quienes no quita, los cuáles son infinitos, y de miseria sólo con aquellos a quienes no da, los que son pocos. Podemos decir que ser mísero es uno de los vicios que lo hacen reinar, gastar lo ajeno no quita reputación, sino que la añade: sólo el gastar lo tuyo es lo que te daña.
2. Ser acusado de cruel siempre y cuando mantenga la unión en lealtad entre sus súbditos, pues es más dañino, que por excesiva piedad progresen los desórdenes de dónde nacen muertes y rapiña, las cuáles son ofensas para la humanidad, en tanto que cualquier ejecución ordenada por el príncipe sólo es ofensa de un particular. "las amistades que se consiguen por precio y no con grandeza y nobleza de ánimo, se merecen, pero no se tienen y no cabe contar con ellas en la oportunidad." No es lo mismo ser temido que odiado, si hay que elegir entre ser amado y ser temido, es preferible lo segundo.
3. Traicionar la promesa empeñada. Los príncipes que han hecho grandes cosas son aquellos que han tenido poco aprecio por la fe prometida y han sabido burlar con astucia la inteligencia de los hombres, superando a los que se habían fundado en la lealtad. Cuando se extinguen las razones que hicieron prometer y tal es perjudicial no debe observarse la fe prometida. Los hombres no son buenos y no observan su fe, por eso no tienes porque observar la tuya con ellos.
4. Ser temido. Uno de los mejores remedios del príncipe contra las conjuras es no ser despreciado u odiado, es difícil que se tomen conjuras contra un

---

<sup>107</sup> Maquiavelo, Nicolás, *op. cit.*, nota 2, Pp. 119-157.

príncipe, que inspira los temores de sus súbditos o a los extranjeros poderosos, de estos últimos se defiende comúnmente con armas, de los primeros no siendo odiado o despreciado. Por parte del conspirador está sólo el temor, celos y miedo de la pena que le amenaza; por parte del príncipe están la majestad del principado, las leyes y la defensa de los amigos y del estado que le protege.

Se puede imponer la voluntad también por la ideología como en el caso del supuesto divino o por inculcar ideas de nacionalismo o racial, verbigracia los regímenes nazistas y fascistas; la imposición ideológica puede ser de verdadera opresión. Sobre este aspecto Dussel afirma:

Cuando la exposición del oprimido es reprimida, se impone violentamente la totalidad semiótica como dominación ideológica, como tautología fratricida, uxoricida, filicida. Cuando el europeo alienó la palabra del indio americano por la conquista del siglo XVI, las culturas del África y el Asia por la colonización del siglo XIX, la semiótica inglesa, francesa, española... destruyeron la palabra azteca, inca, de Ghana, la India, la China, los califatos tradicionales... La ideología (sea política, erótica-machista, o pedagógica) es un discurso concreto que justifica la acción dominadora, ocultándola. El signo (puede ser idea, palabra, forma, imagen, sonido, perfume...) tiene como horizonte de significado sólo a la cultura imperial..., neocolonial ilustrada... La cultura popular está en silencio; su expresión es reprimida; su exposición violada. La publicidad y el adoctrinamiento de la ideología del imperio de turno y de las oligarquías nacionales, por todos los medios de comunicación colectivos, condicionan a las masas como mercado, deseos condicionados, del sistema económico capitalista del centro.<sup>108</sup>

Entre las posibilidades de determinación conductual se encuentra la normativa, no hay manera más conveniente para impeler a un conjunto humano de cierta forma de conducta que el fomento de la idea de “deber”, porque ésta lleva implícita la idea de responsabilidad que acompaña consigo la necesidad de pertenencia a la comunidad, a la cual podemos decir se deben cada uno de sus miembros.

---

<sup>108</sup> Dussel, Enrique, *Filosofía de la liberación*, 4ª ed., Bogotá, Nueva América, 1996, pp. 147 y 148.

Las fuentes de la exigencia en los regímenes democráticos tienen su origen en dos tipos de manifestaciones de voluntad, que son la “soberana constituyente” y la “gobernante constituida”. La última está sujeta a las determinaciones de la primera, que se manifiestan en forma normativa, puesto que en estas se fija la medida del hacer del poder político constituido, determina las posibilidades y los límites políticos de actuación. A esta determinación le llamamos constitución, se compone de un conjunto de normas públicas en tanto producto del poder, manifestación de la voluntad soberana.

Dentro del conjunto de facultades que se le han conferido a los gobernantes, se encuentra la de elaboración normativa que tiene como titulares a legisladores y jueces, las normas que estos elaboran son también producto del ejercicio de poder público y por lo tanto son normas públicas. Los legisladores elaboran normas generales y abstractas, a estas las denominamos leyes. Los jueces elaboran normas individuales y concretas, a estas las denominamos sentencias, son individuales por que recaen en sujetos determinados, y son concretas porque son para el caso específico.

**La exigencia de conducta (B).** Lo que exige la voluntad expresada normativamente, es para el exigido, deber, es decir la deuda de una forma de conducta, si se debe es porque algo se adquirió antes o porque se prometió en contraprestación, situación que nos lleva al tema de la justificación de la existencia del poder, es decir, que justifica someterse a las determinaciones de otro, por qué debemos obediencia.

Los sujetos ya nacemos dentro del ámbito de las exigencias de conducta, vamos aprendiendo en la medida en que nos desarrollamos, que ciertas conductas están prohibidas y que su realización puede implicar una sanción, también aprendemos que hay conductas que tenemos que realizar por distintas razones que justifican su consumación.

La exigencia de conducta está ligada a la heteronomía normativa y tiene su rasgo distintivo en la fuerza o razón que impele a cumplir con la conducta descrita

en la norma y que nos coloca frente al deber jurídico, cara exterior de los motivos e intereses legítimos e ilegítimos que mantienen las relaciones de poder.

La justificación es el motivo que da sustento a la conducta, en las actividades de los gobernantes les llamamos motivación y fundamentación. Pero estas últimas son posteriores al establecimiento normativo, primero hay que responder cuál es el motivo válido para estas exigencias. Durante algún periodo de la humanidad la justificación provino de la divinidad -no necesariamente la primera-, es decir, se era el gobernante por designio divino y conforme a esto la organización imperante el reflejo de la voluntad divina, sin embargo, cuando se eliminó el dedo de dios como la fuente justificadora del poder y nació el humanismo, las explicaciones del poder tenían ahora su fundamento en la razón secularizada.

Los sujetos actúan conforme a las determinaciones de su interioridad, cuál es entonces la naturaleza de esta interioridad, las respuestas varían tanto como las posturas que influyen directamente en la conformación jurídica de la sociedad. Como ya hemos analizado con mayor amplitud en el primer capítulo de este trabajo, la obra de Hobbes inicia una gran controversia, el ser humano es concebido como una criatura egoísta que basa su actuar en el amor a sí mismo, en consecuencia, quiere lo que le produce satisfacción, lo que está en la naturaleza, pero hay pluralidad de individuos con la misma característica y que actúan conforme el amor propio lo dicta, por tal, los humanos entran en conflicto por lo que está en el mundo y a todos les corresponde, se dan cuenta de la situación contra la seguridad de la propiedad, a pesar de ello, no es suficiente para tener seguridad pues la autonomía implica un conflicto que nunca se resuelve.

Para que haya seguridad la conducta debe ser limitada por una voluntad heterónoma que evite el conflicto, para ello es cedida una parte de la libertad en pos de un contrato social. A muchos esta explicación les resultó inaceptable, de esta oposición surgió el liberalismo y con él una serie de posturas sobre la justificación del poder que transformaron la forma en que se concebía el poder político.

Es así que para Hobbes<sup>109</sup> la justificación del poder se encuentra en la seguridad, lo mismo que para Rousseau<sup>110</sup> lo está en la libertad, ya que considera que al obedecer el contrato social no se hace otra cosa que obedecerse a si mismo, por lo que la voluntad general es más que la suma de voluntades, la voluntad general es siempre recta y tiende al bien común. Hegel lleva esta postura al extremo con la concepción del espíritu absoluto y la del Estado como producto de la libertad, el ser humano solo puede ser libre en la regulación de todos los ámbitos sociales, sometidos en pos de trascender el ámbito de las necesidades.

Entre los distintos liberalismos surgió el económico, postulante de una facultad sancionadora del incumplimiento del contrato, o sea, si los sujetos no cumplen sus pactos el poder podrá sancionarlos, de ahí la ley Le Chapelier y otros excesos en contra de los trabajadores que hicieron de la huelga una forma de lucha, la supuesta igualdad para contratar resultó una ilusión, lo real era la desigualdad y por tal el sometimiento por razones económicas y el consecuente menoscabo de la libertad.

El error del liberalismo –como ahora se reconoce- es partir de una igualdad inexistente, por lo que la única forma de arribar a una igualdad es reconocer la desigualdad como punto de partida, Karl Marx<sup>111</sup> consciente de esta situación dice que la concepción de Hegel se encuentra de cabeza, por lo que hay que ponerlo sobre sus pies, en este sentido lo primero es el análisis de la realidad y en esta encontramos relaciones de producción, oposición entre el que posee los medios de producción y el que solo posee su fuerza de trabajo, sobre estas relaciones consideradas como estructura encontramos la superestructura ideológica que se resume en el Estado, en estas condiciones concluye Marx no se puede ser libre y por tal lo que procede es eliminar esa superestructura ideológica, hay que eliminar al Estado y con él al derecho.

---

<sup>109</sup> Ver el apartado 1.2.3. de este trabajo, en lo referente a Hobbes.

<sup>110</sup> Idem.

<sup>111</sup> Consultar la introducción para la crítica a la filosofía del derecho de Hegel, en: Hegel, *Filosofía del derecho*, Traducción de Angélica Mendoza de Montero, México, Juan Pablo Editor, 1980, pág. 7-36

Como se puede desprender de lo anterior hay multiplicidad de razones que nos llevan a la justificación del poder, no todas válidas por supuesto, es decir, no todas legítimas. Lo que justifica la existencia del poder es según nuestra constitución el beneficio del pueblo, pues se establece en el artículo 39 del ordenamiento aludido que “...Todo poder dimana del pueblo y se establece en beneficio de este.”<sup>112</sup>

**La descripción de conducta (C).** La realidad social nos presenta un sin número de actividades y omisiones humanas, todas ellas están determinadas por la voluntad de los sujetos y a ellas subyacen los factores de la naturaleza, las creencias y toda clase de necesidades, es la regularidad de las relaciones humanas y no la conducta específica de un sujeto la fuente estas normas.

Dentro del mandato normativo encontramos en juego todo tipo de bienes, entre los cuales encontramos la libertad, el bienestar físico, la alimentación, bienes emocionales, de esparcimiento, desarrollo de habilidades humanas, el lugar digno para vivir, la educación, etc., todos impelen a la racionalidad de la conducta, la cual puede ser determinada de manera positiva o negativa.

La manera negativa de racionalización de la conducta se da a través de prohibiciones, en este sentido la descripción de que se vale el legislador para establecer condiciones de regularidad social, se manifiesta en las limitantes del hacer y el omitir, las que en algunos casos implican ausencia de determinados movimientos corporales, por ejemplo para lograr una buena libertad de tránsito, es decir, que sea efectiva, se requiere la ausencia de movimiento hacia el frente mientras el semáforo marca rojo, en otros casos la norma manda determinados movimientos corporales como en el caso de las obras públicas.

**Generalidad de la Norma (D).** La descripción normativa incluye el establecimiento de los sujetos a los que va dirigida, cuántos y cuáles son, la respuesta está dada por la definición del conjunto universo o por la enumeración de sus elementos, verbigracia, sólo pueden ser juzgados por un juez para mayores los que hayan cumplido dieciocho años de edad. El establecimiento de la

---

<sup>112</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

norma nos lleva a la construcción de ámbitos subjetivos de aplicación, base de la relación jurídico- social.

Las formas de determinar los sujetos a los que va dirigida la norma y su sentido, nos coloca en una primera división, entre gobernantes y gobernados, es decir, no es el mismo mandato normativo para el que cumple una función pública, que para el individuo que actúa fuera de la potestad estatal. Podemos encontrar otros tipos de determinaciones subjetivas como nacional, extranjero, ciudadano, mayor de edad, menor de edad, hombre, mujer, trabajador, patrono, imputable, inimputable, voluntable, involuntable, individuo, etc. Los anteriores admiten combinaciones que determinan derechos y obligaciones en distintos niveles y complejidades, base del conjunto-universo-personal de la norma.

**Abstracción de la Norma (E).** Otra de las características de esta clase de normas, es que no agota su imperatividad en un solo acto, como en el caso de la ejecución de una sentencia, pues en tal caso solo se aplica por un acto específico, en cambio en la norma aludida puede aplicarse todas las veces que se caiga en el supuesto aludido por la norma.

Nos encontramos ante otro establecimiento de universales en la determinación de los supuestos normativos de aplicación, tienen la forma de los llamados imperativos hipotéticos, si P entonces Q, es decir, si cumple con el supuesto normativo cúmplase con lo que la norma prescribe, lo cual no extingue su vigencia, en el supuesto pueden caer Juan, Pedro, Luis, etc. en sucesivas ocasiones, e incluso cometer el mismo supuesto cada uno de ellos en varias ocasiones sin agotar la aplicabilidad de la determinación jurídica, por ejemplo:

Universal

$P \rightarrow Q$  = Al que prive de la vida a otro se le aplicarán de 8 a 20 años de prisión

P = Si se priva de la vida a otro.

Q = Se debe aplicar una pena de 8 a 20 años de prisión.



El anterior ejemplo es un silogismo simple al que de forma recurrente se ha aludido desde la teoría jurídica y que ha sido puesto en duda por la llamada por Hart textura abierta, y por la diferenciación entre reglas que confieren poderes y reglas deónticas, en las que quedaría ubicado el presente tópico, de cualquier manera trataremos el tema más adelante.

Las Normas Individuales y Concretas.

Surgen del Poder Político. Los poderes constituidos forman parte del poder político delegado, en tal sentido, tenemos varios tipos de funciones, entre las que encontramos las sanciones administrativas, el otorgamiento de permisos, licencias, las sentencias judiciales de todo tipo, tienen todas ellas en común la característica de ser aplicables de manera concreta y a sujetos específicos. Éstas se encuentran dirigidas a partir de atribuciones o fines de Estado que actualizan las determinaciones del poder a través de los sujetos con potestad pública que individualizan la norma general y abstracta poniéndole nombre y apellido.

Son la Descriptiva de una Exigencia Mandada de la Voluntad. La voluntad del juez o del funcionario administrativo que tiene su límite en la voluntad legislativa, concretizan en un acto, una norma de exigencia específica al supuesto y al sujeto determinado, el cual encuentra su justificación y por tal su legitimidad en la razón que da sentido a la norma general y abstracta y que por medio de la autoridad se convierte en la legitimidad de la norma individual y concreta, siempre y cuando se cumpla con el supuesto condición que ella impone.

Son la Descriptiva de Conductas (Actos u Omisiones). Describen conductas específicas sobre los lineamientos que prescriben las normas generales y abstractas, ya no lo hacen sobre posibilidades sin límite factual. Cuando se trata de omisiones describen prohibición de actividad específica de sujeto y de conducta.

Son para Individuos Específicos. La individualidad de la norma, específica al sujeto que tiene nombre, es Juan o Pedro, tiene rostro y con él se agota el imperativo de conducta, un sujeto es todo el universo de aplicación de la norma.

Son para los Casos Concretos. Agota su imperatividad en un solo acto, como en el caso de la ejecución de una sentencia, pues en tal caso solo se aplica por un acto específico, en cambio en la norma general y abstracta puede aplicarse todas las veces que se caiga en el supuesto aludido por la norma.

Nos encontramos ante el establecimiento de particulares en la determinación de los supuestos normativos de aplicación, su relación con la norma general y abstracta tienen la forma del *Modus Ponens*, si P entonces Q, es decir, si la universal prescribe que si se cumple el supuesto, entonces, cúmplase con la consecuencia, y Juan lo hizo, por lo tanto cúmplase. Entre la norma abstracta y la concreta media la facticidad que actualiza el supuesto normativo.

Universal (norma abstracta)

$P \rightarrow Q$  = Al ser humano que prive de la vida a otro ser humano, se le deberá aplicar una sanción de 8 a 20 años de prisión, y

Particular (facticidad)

P = Pedro privó de la vida a un ser humano.

Por lo tanto:

Q = A Pedro se le deberá aplicar una sanción de 8 a 20 años de prisión (norma concreta)

De nueva cuenta el silogismo nos muestra la reflexión simple que se hace descriptivamente de la aplicación de la generalidad a la particularidad que deriva en un mandato concreto por una razón específica, para un sujeto determinado.

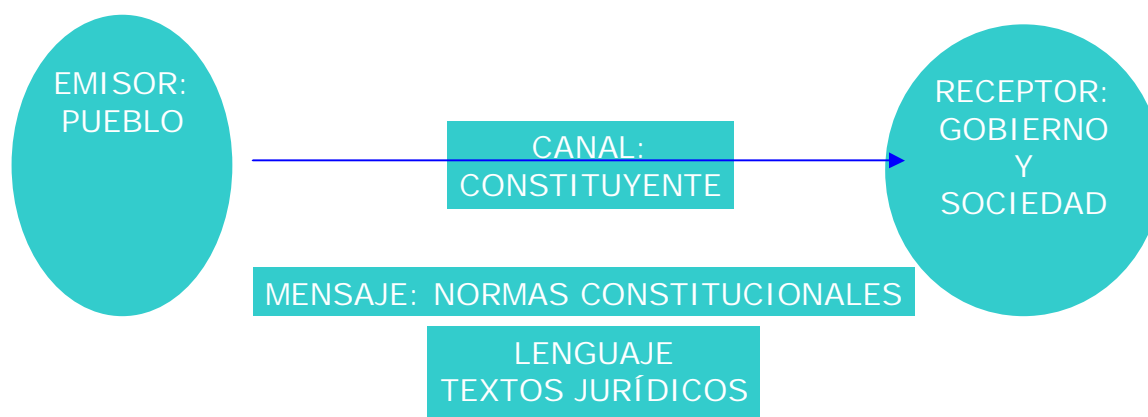
Ahora podremos ubicar las características de la norma Constitucional y su colocación dentro del conjunto de la normatividad general y abstracta, diferenciándola perfectamente de la normatividad concreta, no sin aclarar que la norma individual y concreta tiene su importancia cuando hablamos de constitucionalidad de las normas, puesto que en la estructura normativa las normas que aplican los jueces requieren del control constitucional.

## 2.2. LA NORMA CONSTITUCIONAL

Hay que advertir en primer lugar que la norma constitucional no puede ser expresada nunca de manera particular y concreta, sin embargo su alcance como ejercicio del poder de la libertad, tiene como supuesto la aspiración de ser efectiva y por lo tanto nos interesa la norma individual y concreta en tanto podamos calificar su constitucionalidad y por tanto su pertenencia al sistema de la constitución efectiva, que como ya dijimos en páginas precedentes (apartado 2.1.1. de este trabajo), se trata de un conjunto de relaciones sintácticas y semánticas, a lo que agregaremos el ejercicio legítimo del poder, que se presenta como la efectividad de la libertad en los términos que se ha explicado en el capítulo primero del presente trabajo.

Al igual que en cualquier otro tipo de norma, en la constitucional, según nuestro modelo, requerimos abordar algunos problemas del modelo de comunicación.

En tal sentido, hay que decidir quién es el emisor del mensaje (norma constitucional), quién el receptor, cuál es el canal, qué lenguaje se utiliza, y, por supuesto, de qué forma puede ser interferido el mensaje.<sup>113</sup>



### 2.2.1. El emisor de las normas constitucionales.

En este punto tenemos dos posibilidades, la primera nos remite a la pregunta de hecho, quién en la realidad emite las normas, es decir, que voluntad determina el contenido de las oraciones constitucionales; la segunda pregunta nos remite a las

<sup>113</sup> El presente análisis tiene como base: Elpidio Ramírez, op. cit., nota104, sin página.

razones que harían legítimo el establecimiento del conjunto de decisiones que conforman la voluntad política de un Estado.

Tratándose del primer caso, podemos encontrar posibles respuestas, en teorías de la constitución, como la de los factores reales de poder de Ferdinand Lassalle,<sup>114</sup> el cual, explica la constitución como factores reales de poder, es decir, el poder determina al derecho y no el derecho al poder, porque la constitución no es una hoja de papel sino poder real, en tal caso la fijación normativa es únicamente manifestación del poder ya existente, ya que cada factor compone una porción de la voluntad política.

Otra teoría que se encuentra, en el mismo caso, es la de las decisiones políticas fundamentales de Carl Schmitt,<sup>115</sup> el cual desarrolla su teoría de la constitución basado en su concepto de lo político que consiste en la unidad dicotómica enemigo-amigo, y concibe a la constitución a partir de las decisiones políticas fundamentales como su verdadero contenido, es decir, tanto el enemigo político como el amigo, se definen a partir de diferencias o coincidencias que dependen de factores de índole muy diversa, como pueden ser económicos, religiosos, raciales, morales, ideológicos, etc., el motivo no requiere ser racional. La unidad decisoria se conforma por las decisiones políticas fundamentales emanadas como mensajes del poder real conformado por elemento de cohesión del poder que en forma dialéctica lo constituye.

El segundo caso se encuentra en la argumentación sobre la legitimidad del poder, en tal caso lo que se plantea, es la justificación del mensaje, es decir, se trata de establecer las razones que válidamente conforman la validez de las normas constitucionales, ésta la encontramos primordialmente en la filosofía política, y por ende, la legitimidad del emisor, la cuestión que se discute responde a la pregunta ¿quién es el legitimado para establecer las normas constitucionales y con base en que fines?

---

<sup>114</sup>Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, 2ª ed., Traducción de Wenceslao Roces, Ariel, México, 1976, pp. 97 y 98.

<sup>115</sup> Schmitt Carl, *Teoría de la constitución*, 6ª reimpresión, Traducción de Francisco Ayala, Alianza universidad, Madrid, 2009, pp. 47-49.

Por un lado tenemos el problema de señalar al emisor de las decisiones políticas que conforman la organización social y por la otra la de establecer en qué casos se trata del emisor legítimo y por tal de un verdadero emisor.

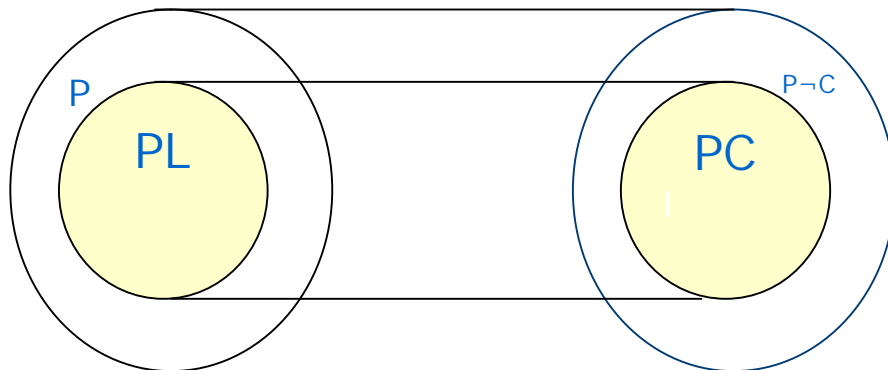
#### 2.2.1. El receptor de la norma constitucional.

El receptor está determinado por gobernantes y gobernados, sí la norma constitucional determina la forma del poder, el hacer y el no hacer del poder establecido, entonces, el mensaje está dirigido sin duda a los gobernantes que tienen un límite, también constitucional, pero, eso no excluye a los gobernados para los cuales el perfil del mensaje está dirigido a informar sobre lo que la autoridad puede hacer y cuáles son los límites, fundamento de la heteronomía que subordina una voluntad a otra.

#### 2.2.1. El lenguaje de la norma constitucional.

Tomando en cuenta a la norma como un mensaje y en combinación con la teoría de la justificación del poder, podemos decir provisionalmente, que el poder legítimo, debe responder al principio de justificación del ejercicio político, en este sentido, lo público se proyecta desde el poder legítimo, hasta la norma válida, la cual proyecta su sombra hacia el poder, y ajustado a la norma legítima, se traduce en auténtico poder constitucional, todo lo que queda fuera tendría que ser considerado como anticonstitucional o como inconstitucional.

Sin embargo, hay que recordar que el texto constitucional no es la norma constitucional, ya que los enunciados en todo caso describen los elementos de la norma, pero no son la norma, puesto que el lenguaje constitucional es un sistema de signos concatenados por relaciones semánticas y sintácticas que responden a la hermenéutica que proporcionan los códigos lingüísticos según el campo social en el que se encuentre el lenguaje.



P = Poder

PL = Poder Legítimo

PC = Poder Constitucional

P-C = Poder no constitucional (anticonstitucional e inconstitucional)

### 2.3. SISTEMA, REGLA Y NORMA JURÍDICA

Al emerger la disputa entre las teorías imperativistas del derecho y la concepción de las reglas que inauguró Herbert L. A. Hart,<sup>116</sup> la comprensión del derecho como normas de conducta se vio transformada, dando paso al estudio de los distintos tipos de reglas que informan los sistemas jurídicos dejando a las reglas de conducta como reglas primarias.

De dicha discusión y de la novedosa forma de ver los sistemas jurídicos, surgieron una gran cantidad de problemas, la cuestión es que se comenzó a tratar el tema como una cuestión de diferenciación de normas, modificando el significado con el que habían sido tratadas con anterioridad,<sup>117</sup> el problema en cuestión es que normas y reglas fueron usados como vocablos sinónimos, lo cual podría ser,

<sup>116</sup> Hart, Herbert L. A., *El concepto del Derecho*, Traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, Editorial ABELEDO-PERROT, 1998., p. 26-32.

<sup>117</sup> Véase: Bulygin, Eugenio y Mendoca, Daniel, *Normas y Sistemas Normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 15-19; también Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las Piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 45 y 46.

pero con ello se habría caído en un reduccionismo que oculta la verdadera naturaleza del problema.

Sin embargo, el término inicial de norma como regla de conducta vino a transformarse, quedando reservado ese uso a lo que Hart llamó reglas primarias, dicho autor convirtió el análisis en una cuestión de diferenciación de reglas, postura que derivó de la crítica a la concepción del derecho como ordenes coercitivos, con lo que las regla sobre reglas, llamadas por él secundarias, vinieron a formar parte del nuevo análisis.

Esto nos lleva al problema de las reglas no normativas, es decir, a la necesidad de hablar de reglas que no determinan conductas, así desde Hart se habla de reglas que confieren poderes, incluso el problema evolucionó hasta tener que hablar de normas conceptuales, violentando la semántica de la palabra. Dicha postura parece completamente justificada al adentrarse en el análisis de los textos jurídicos, en especial de la constitución, lo que podría parecer un problema simple de pragmática, es decir, de uso del lenguaje, en cuyo caso lo único que se tendría que hacer es atender al uso del vocablo que los autores han decidido y por tal simplemente habría que contextualizar sus respuestas, pero el problema es el uso de los contenidos que están en juego, es ahí donde los significados podrían resultar contradictorios.

Por lo anterior, parece pertinente aclarar en este punto las diferencias que hay entre la noción de regla y la de norma, no solo eso, pretendo demostrar que las reglas del sistema jurídico son reglas de diseño normativo, sirven para encontrar normas, es decir, son reglas que en al combinarse determinan un sistema de conductas y que por el contrario ninguna regla es por sí sola una regla de conducta, por lo que no existen las reglas primarias, solo existen normas constituidas por reglas.

Podría decirse que los enunciados jurídicos contenidos en los textos jurídicos describen partes de la norma, y que por el contenido deóntico de la norma estos pueden verse como descriptores de reglas un compuesto llamado norma.

La constitución en éste sentido estaría determinada por un conjunto de reglas, la constitución en su totalidad puede considerarse como un sistema de reglas, cierto que se trata no sólo de un sistema de reglas sino de un sistema de reglas sobre reglas de diseño normativo, por lo que el texto constitucional juega como una estructura sintáctica en la que sus componentes se relacionan bajo códigos semióticos.

Entonces, ¿en dónde se encuentran las normas?, la respuesta la encontramos en la mismas reglas, las normas están latentes en la reglas, pero únicamente son reconocibles cuando éstas han sido combinadas, las normas son determinaciones conceptuales completas que surgen de la combinación de las reglas.

Es necesario aclarar que en este punto no me refiero a la distinción que ha hecho Kelsen entre normas y reglas, porque dicho análisis estaría ubicado en la misma distinción que hace Hart entre la perspectiva externa y la interna, dicha posición la expresa Kelsen de la siguiente manera:

En mí *General Theory of Law and State (1945)* distinguí entre la norma jurídica dictada por la autoridad y los enunciados acerca de normas jurídicas formuladas por la ciencia del derecho, y sugerí que a estos últimos no se les llamara “normas jurídicas” sino “reglas de derecho en sentido descriptivo”.<sup>118</sup>

Tal posición distingue entre norma jurídica y descripción de la norma jurídica y no entre expresiones lingüísticas sobre reglas y normas. Cabe mencionar que en nuestra posición, las descripciones de reglas jurídicas son porciones descriptivas de elementos normativos.

Ahora bien, todos los enunciados jurídicos son conceptuales de alguna manera y expresan dos dimensiones relacionadas con el lenguaje, las reglas se derivan de la interpretación de los enunciados jurídicos, cada enunciado describe elementos de diseño normativo, los cuales solo serían expresiones de la existencia o inexistencia de dichos elementos, sin embargo, derivan del contexto jurídico su dirección hacia la conducta, no es que cada regla defina la necesidad de seguir

---

<sup>118</sup> Citado en: Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007, p. 56.



una conducta, más bien, cada regla define alguna de las características que constituyen las normas del sistema jurídico. Lo anterior nos lleva a tres niveles semánticos del análisis jurídico. El primer nivel se refiere a las reglas de diseño, el segundo a la norma y el tercero, a la conducta adecuada o inadecuada normativamente.

Para explicarlo acudiremos a la analogía de la construcción de un edificio, supongamos que a un arquitecto se le ha encomendado el diseño de una casa, dicho profesional del diseño, necesita seguir una serie de reglas para trazar la idea de construcción que se le ha ocurrido, dichas reglas no son el diseño de la casa, mucho menos la casa misma, pero cuando analizamos el plano que el arquitecto diseño de ésta, encontramos en él la aplicación de las reglas para diseño de edificaciones, la casa no es el mapa, pero se construyó según el diseño del mapa, éste no es el conjunto de reglas para el diseño de construcciones pero se elaboró según éstas.

Ahora supongamos que lo que se le ha encomendado al arquitecto es el diseño de una unidad habitacional, ésta requerirá de un plano mayor, las reglas de construcción de planos se seguirán aplicando a éste, de tal manera que la unidad habitacional no es el plano de ésta, y dicho plano no es el conjunto de reglas de diseño de planos, sino una de las formas en que dichas reglas pueden aplicarse.

Ahora, el diseño de cada casa es sólo una parte del diseño del plano, pero no es una regla de diseño, se trata de un diseño específico y la unidad completa no es ninguna de las reglas de diseño, ni es el mapa pero responde a éste, o por lo menos podemos juzgarla desde él, y también desde las reglas de diseño de unidades habitacionales.

Para completar la analogía, supongamos que la unidad habitacional es un sistema jurídico, que las conductas jurídicas son casas, y que los planos son diseños reguladores de la conducta. Tales diseños requieren de reglas para ser elaborados, éstos sirven para el diseño tanto de las normas como del sistema jurídico en su totalidad de tal suerte que no hay ni sistema jurídico ni normas

jurídicas sin reglas, ni reglas jurídicas sin un sentido normativo, es decir sin sistema jurídico y por lo tanto sin normas.

Así es que cuando abordamos el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Podemos ver claramente que uno de los enunciados dice que: “todo poder público dimana del pueblo y se establece en beneficio de este”, el enunciado simple que afirma que “todo poder se establece en beneficio del pueblo” no es de ninguna manera una norma de conducta porque lo que ahí tenemos es una regla de diseño, se trata de un criterio que debe estar presente en toda norma de conducta que regula a los gobernantes, por ejemplo la sanción que establecen las leyes penales tiene que significar un bien mayor al mal que se produce cuando se castiga a alguien, sin embargo, para poder hablar de tal norma se requiere una regla que nos diga en qué consiste la conducta prohibida, otra que nos diga a quién se le puede aplicar esta norma, una más que nos diga si hay excepciones, otra que determine la autoridad que está facultada para juzgar, etc.

En tal sentido la constitución es un sistema de reglas supremo de diseño del sistema jurídico y por tanto de diseño normativo, no se trata de reglas secundarias sino de las condiciones de posibilidad de las normas jurídicas.

Aun falta por tratar la diferencia que se da entre la asunción de la norma que se hace desde la perspectiva del ciudadano y la que se hace desde el punto de vista de la autoridad. Parece que todo lo dicho anteriormente se aplica sin problema a la forma en que se presenta a la autoridad que tiene que acudir a una serie de reglas contenidas en los textos jurídicos para resolver como se debe actuar en un caso específico, sin embargo, cuando nos acercamos al derecho como una forma de control social parecen presentarse ciertas dificultades.

En este punto tendremos que decir que las normas sustantivas no se presentan al juzgador como normas de conducta, lo que sucede en realidad es que para él se presenta como un problema de adecuación fáctico-normativo, de tal suerte que parece ser un punto de vista externo a la norma dentro del propio sistema, mientras que las normas procesales tienen un significado interno de tal suerte que

la norma de control social es para el juzgador un elemento que ha de tomar en cuenta en la elaboración de la norma particular.

Por otra parte las normas de conducta para el ciudadano común no se presentan de la misma manera que para el funcionario judicial, para este la norma es regularmente alcanzada de manera difusa, por la interrelación social y cobra sentido de sanción o responsabilidad en la noticia muchas veces imprecisa de la aplicación tribunalicia del derecho, sin embargo, en este caso se presentan una serie de intuiciones que hacen posible la referencia normativa de la conducta, y por ende hay una comprensión de la noción de deber que se internaliza en los sujetos como una necesidad de la conducta con arreglo a la idea de lo correcto socialmente.

En tal sentido cuando los sujetos actúan en términos jurídicos no piensan ni actúan regularmente en términos de enunciados jurídicos, ni se detienen a pensar en las partes que hacen una norma de conducta o si hay una regla que confiere facultades a un funcionario público que no es de carácter deóntico, es decir que no expresa prohibiciones, permisiones u obligaciones.

En tales casos el deber jurídico se manifiesta como una totalidad comprensiva en la que los sujetos se hallan inmersos, ya que su significado está dado por el contexto, en el cual se encuentran implícitos los elementos necesarios para la conducta, mientras que el que trata de comprender el significado de los enunciados normativos, juega con ellos completando los significados expresos de la ley, aunque en estos casos por asimilación gradual de las reglas, estos contenidos se van haciendo también implícitos, lo que supone una forma inconsciente de asimilación del contexto jurídico, que resulta similar al que se da en la socialización de las reglas.

Las reglas siguen un camino semejante a las del lenguaje, hay una comprensión formativa que permite la comunicación, aunque no tengamos conciencia de tales reglas, estas son las que estructuran nuestra comunicación, y por lo tanto son condiciones de posibilidad de ésta.

Lo antes dicho resulta claro si pensamos en un analfabeta que no sabe ni leer ni escribir y en consecuencia ignora que existe una sintáctica y una semántica del lenguaje, tampoco sabrá que en la base del lenguaje se encuentran una serie de reglas, sin embargo, esto no evita que pueda comunicarse estructurando cadenas de oraciones en su proceso comunicativo, y que pueda entender las cadenas oracionales que emiten sus interlocutores, siguiendo con ello las reglas, puesto que las entiende en un desarrollo pragmático aunque no sea consciente de ellas, ello debido al contexto comprensivo al cual se encuentra adscrito.

Aquí resulta claro que comprender no es lo mismo que saber, puesto que el analfabeta no sólo es capaz de comprender sino que de hecho comprende la relación de reglas que le permite comunicarse, puesto que las ha hecho suyas en el día a día en que desde niño se fue apropiando de él en la interacción constante, sin embargo, no sabe de la complejidad implícita en esa capacidad. De la misma manera que sujetos actuantes en los diversos ámbitos jurídicos tienen la capacidad de comprender, en el contexto, el campo de lo jurídico pero están ayunos de la comprensión de sus honduras y complejidades.

### 2.3.1. Confusión entre normas jurídicas y enunciados jurídicos.

Derivado de la consideración hartiana del Derecho como reglas, que hemos analizado en páginas precedentes, sus discípulos y seguidores, han derivado un sinnúmero de problemas en la distinción entre reglas primarias y secundarias, En este apartado trataremos dos puntos como muestra de una confusión conceptual, uno de ellos es la consideración de la regla de reconocimiento y su exclusión como regla deóntica, otro encuentra su desarrollo en las nociones de pertenencia al sistema y al orden jurídico.

### 2.3.2. La regla de reconocimiento y su exclusión como regla deóntica.

**Eugenio Bulygin**<sup>119</sup> afirma que ninguna regla es normativa y conceptual al mismo tiempo, sin embargo deja abierta la posibilidad para no verse dogmático. La importancia de esta determinación se encuentra en la consideración que Bulygin le

---

<sup>119</sup> Bulygin, Eugenio, op cit., nota 117, pp. 41-49.

opone a Hart, al acusarlo de concebir la regla de reconocimiento, como una regla de conducta mientras que él la considera una norma conceptual. Lo anterior es así porque –según Bulygin- Hart considera que la regla de reconocimiento está dirigida a los jueces, como una orden.

Por su parte Bulygin pretende superar la dicotomía hábito-regla de conducta, introduciendo la noción de regla conceptual, para ello se vale de una serie de ejemplos en los cuales el juez resuelve, por diversas razones, sin tomar en cuenta la regla de reconocimiento, de ello deduce que el deber de actuar del juez no deviene de la regla de reconocimiento, sino de normas específicas.

Para atender al problema acuñaré los términos de necesidad fáctica y coherencia formal, porque si consideramos, como lo hace Bulygin, las exigencias de completitud, consistencia e independencia de los sistemas, será necesario saber que una cosa es describir la forma de relación de objetos conceptuales, en los cuales no cabe  $A \& \neg A$ , por el principio de no contradicción, lo cual nos lleva a la consistencia del sistema, y otra cosa es el problema que se presenta cuando la aplicación práctica nos exige utilizar un principio que no estaba definido desde el principio en nuestro cálculo formal, por lo cual requerimos de la noción de necesidad fáctica.

La necesidad fáctica nos obliga a modificar nuestro sistema conceptual de descripción de orden jurídico, por lo que el concepto de regla de reconocimiento no es un mero concepto sobre la relación de niveles normativos, para que el concepto sea adecuado se requiere que la definición alcance a la validez temporal que tiene una norma invalida o la anulabilidad de la norma mediante ciertos requisitos, por lo que el concepto que define las reglas o normas pertenecientes al sistema, debe incluir que normas en principio invalidas pueden subsistir aunque sean anulables mediante determinados actos y ciertos requisitos, y que por lo tanto dichas normas forman parte del sistema.

El problema deviene de confundir el sistema conceptual que da cuenta del sistema normativo con el propio sistema normativo, es decir, el estudioso que observa el derecho para definir el sistema no está operando desde adentro, la

disciplina jurídica opera desde afuera, mientras que dentro del sistema no hay una regla de reconocimiento sino muchas, algunas son expresas y se derivan del texto jurídico, otras están implícitas en la necesidad fáctica que deriva del actuar regular en la tensión entre sistema y orden jurídico, sobre el que habría que decir que es dinámico a la manera de los sistemas biológicos y por ende no nos basta una mera formalización de axiomas como en las matemáticas porque incluso en ellas eso no es suficiente para la resolución de problemas.

Por otra parte, el lenguaje nos remite siempre a la conceptualidad, aunque el lenguaje juega muchas funciones como nos lo ha demostrado Wittgenstein en las "Investigaciones filosóficas",<sup>120</sup> estas funciones nunca escapan a la conceptualidad, eso se ve claramente en el problema normativo que nos aqueja, porque la función que impele a la conducta deriva en la comprensión del concepto que se encuentra en la intersubjetividad.

Ahora bien, el lenguaje en el que se expresa la norma requiere de muchos enunciados, en realidad el problema resulta en creer que la norma es idéntica al enunciado de un artículo en una ley, cuando en realidad la norma se compone como en un rompecabezas al encontrar la piezas de la norma específica para el caso concreto, lo cual incluye competencia, por lo que el enunciado que describe la competencia no describe una norma sino un ingrediente de ésta, por ejemplo para poder decir que una autoridad está obligada a determinado acto, es condición necesaria que dicha autoridad sea competente y actúa válidamente si sus actos responden a la competencia que se le ha conferido.

Manuel Atienza en su libro '*Las Piezas del Derecho*'<sup>121</sup>, al hablar de Las normas que confieren poderes, distingue las reglas deónticas de las reglas que confieren derechos, es decir, trata de mostrar las diferencias entre las normas de la forma si 'P entonces debe ser Q', de las normas que establecen competencia o capacidad, según se trate del ámbito público o del privado. Distinción que no evita que ambos tipos de reglas compartan la forma básica del condicional, pero que si

---

<sup>120</sup> Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, México, IJ UNAM, 2003, pp. 16-21.

<sup>121</sup> Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las Piezas del Derecho, Teoría de los Enunciados Jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 45-54.

requiere en el caso de las reglas deónticas del elemento predicativo del consecuente, que puede ser según el caso una permisión, una prohibición o una obligación; y que convierte, según un cierto artilugio pseudokantiano, a éstas reglas en imperativos hipotéticos y a las reglas que confieren poderes en imperativos categóricos.

Al parecer, la mejor manera de caracterizar la diferencia entre las reglas que confieren poderes y las deónticas, está en la distinción básica entre imperativos de la conducta y las reglas técnico-normativas a que alude Atienza al desarrollar la noción de regla anankástico-constitutivas.

Sin embargo al considerar, que mientras los imperativos son enunciados que establecen mandatos, las reglas técnico-normativas establecen, cierto tipo de condiciones de posibilidad del actuar válido, lo cual supone que los deberes siempre están precedidos de dichas reglas trascendentales, y que el actuar válido está guiado por dichas reglas que hacen posible que se cumpla con el deber, es decir, no se puede concebir una obligación si el sujeto que debe cumplirla no cuenta con la capacidad o la competencia para realizarla, es más, ni siquiera podríamos hablar de una obligación, y lo mismo sucede con las permisiones y las prohibiciones.

Por todo lo anterior, pienso que los poderes no son normas sino ingredientes constitutivos de la norma, están ahí como uno de los elementos trascendentales de lo que se ha dado en llamar reglas deónticas. Me parece que el problema deriva de querer separar, lo que se puede distinguir para la comprensión, pero está unido desde el principio, es como si pensáramos que el cuerpo está formado por órganos y sistemas, para después querer distinguir como es que funcionan de manera independiente, lo cual no sucede así. Los ejemplos de reglas que confieren poderes, irremediablemente llevan a problemas del actuar y por ende a los predicados deónticos, porque ambas cosas no son lo mismo, pero se encuentran en el mismo objeto, porque son ingredientes que sin ser lo mismo están presentes simultáneamente en la aplicación normativa

### 2.3.3. El problema de las normas y sistemas normativos.

El problema que se presenta entre la posición del análisis estático y el dinámico del sistema, se presenta porque Bulygin y Mendoca<sup>122</sup> abordan el tema introduciendo los términos de sistema y orden jurídico, poniendo de manifiesto la cuestión de la relación entre la consideración meramente formal y la puesta en marcha con el medio, lo cual nos pone en el trance de considerar una pluralidad de sistemas, y es ahí donde la dinámica del análisis debe ser cuidadoso, porque mientras las normas han sido derogadas no han salido del sistema, porque el sistema incluye todas las normas que aún puedan ser aplicadas, lo cual supone que para un conjunto de problemas será aplicada la nueva norma<sup>123</sup> y para otros la norma derogada, por lo que sale del sistema únicamente cuando ya no es aplicable a ningún caso de manera absoluta.

A decir de Bulygin y Mendoca, las normas que ya no tienen aplicación pasan al orden jurídico, pero me parece que incurren en un error cuando reconocen que el sistema se encuentra dentro del orden, porque si el sistema se encuentra dentro del orden, cuando están en el sistema ya están dentro del orden, lo que pasa es que nunca salen del sistema en el que se encuentran, porque si lo que define al sistema es la totalidad de normas aplicables, el sistema en el que fue aplicable queda en el tiempo con la norma que ya no tiene aplicabilidad, lo cual convierte al objeto en inasible, en todo caso la nueva norma constituye un nuevo sistema que tendrá su fin con la desaparición de la norma.

Por lo anterior podemos decir que, la norma siempre está en el sistema y en el orden, lo que sucede es que se relaciona de una manera dinámica en una sucesión de sistemas, es más puede pertenecer a varios sistemas simultáneamente porque siempre se relaciona para su aplicación con otras normas que en el tiempo son modificadas y que significan pluralidad de sistemas, según los cambios en la pluralidad normativa, lo que los une es un constante fluir jurídico en el cual permanecen en mayor o en menor medida ciertos rasgos que van entrelazando las normas con los casos jurídicos.

---

<sup>122</sup> Bulygin, Eugenio y Mendoca, Daniel, op. cit., nota 117, pp. 41-48.

<sup>123</sup> Podemos considerar sólo para este punto, el concepto de norma como sinónimo de regla.



Conclusión. Las normas jurídicas son unidades deónticas acabadas cuya base se deduce de enunciados jurídicos mediante la interpretación por medio de un código lingüístico, que descubre las reglas de diseño normativo que al unirse forman como en un rompecabezas las normas, son como las jugadas del ajedrez, cada regla no es una jugada, pero a cada jugada se aplican una serie de reglas, con la diferencia de que en el derecho éstas sirven para ir completando las piezas que llamamos normas Jurídicas.

Con lo anterior se muestra claramente, como una mirada parcial sobre la naturaleza del derecho puede generar un sinnúmero de pseudoproblemas jurídicos, por lo que es necesario tomar en cuenta las dos líneas de análisis planteadas, que son estructura de la norma jurídica y las reglas de diseño que al modificarse modifican las piezas de la norma jurídica posibilitando nuevos horizontes normativos.

## CONCLUSIÓN

En este capítulo hemos tratado el segundo de los fundamentos de lo constitucional, para ello pasamos de la materia de la constitución a su forma, la cual se encuentra determinada por su naturaleza normativa, en dicho sentido nos encontramos obligados a tomar en consideración temas íntimamente ligados a este, como son el lenguaje en el que se expresa la norma, y en ese sentido la relación semántica que guardan en los enunciados jurídicos con las normas.

Para lo anterior fue importante el modelo de la comunicación en el derecho, lo que dio como resultado un esquema hermenéutico del lenguaje constitucional, en el que el emisor es el pueblo, el canal es el constituyente, el lenguaje es el texto contenido en el libro que llamamos Constitución, y el mensaje es la norma constitucional.

Salvado este punto, toda norma general y en ella se incluye la constitucional reúne ciertos requisitos, surge de el ejercicio de un poder social, describe conductas, se aplica a todos los casos que caen dentro del ámbito de competencia de la norma, y es para todos los casos que caigan dentro de este ámbito. A lo

anterior hay que agregar que las normas constitucionales determinan los fines, medio, funcionamiento, integración y límites de los órganos de poder.

En este análisis era necesario no solo dar cuenta de las características de las normas, además se requería de una distinción entre normas abstractas y concretas, para terminar por darnos cuenta que las normas de la primera clase son las que corresponden a las de tipo constitucional, ya que son las que definen el sistema en sus rasgos primordiales y para ello era necesario exponer sucintamente las características de las normas individuales, incluso porque en el último capítulo de este trabajo abordaremos el problema de la constitucionalidad y con él el de la determinación judicial, al ser valorada como constitucional.

Por otra parte, era necesario distinguir entre los conceptos de norma y de regla, puesto que de la concepción de la regla como norma se han derivado una serie de inconsistencias teóricas que amenazan con echar por tierra la lógica de la argumentación teórica en la disciplina jurídica, en virtud de haber convertido las partes de la norma en totalidades normativas, incluyéndolas como clases de normas, debido al reduccionismo lingüístico de la norma, por ello es necesario concluir en este punto que ninguna norma es un enunciado, lo cual incluye a la norma constitucional.

Los enunciados del texto constitucional no describen cada uno una norma sino un ingrediente normativo que puede considerarse como una regla de construcción normativa, por eso cuando un enunciado constitucional define una situación jurídica, no describe una norma sino un ingrediente que sólo puede cobrar sentido al relacionarse con otros constituyendo una totalidad deóntica.

Para comprender mejor lo que hemos expresado podemos aludir a un ejemplo ramplón, supongamos que alguien quiere distinguir las clases del género manzana, y para ello se vale del color, tal vez no sea el mejor criterio pero no podemos decir que es incorrecto, ahora bien, supongamos que un segundo sujeto para corregir el camino sigue un criterio acorde con la forma y la consistencia al tacto, por lo que toma una manzana y la separa en semilla, cascara, corazón, etc., queriendo ver en cada uno de estos elementos una clase del género

manzana. Inmediatamente advertimos que el error de este último sujeto, es confundir una clase con las partes de un ejemplar del conjunto universo.

Lo grave del anterior ejemplo es que por querer corregir lo que consideró un gran desatino, terminó cometiendo uno peor, la moraleja de esta historia, es que a pesar de ello, el poner atención en ciertas características de las partes de las manzanas nos da una mejor idea de cómo clasificarlas, por supuesto que no se trata de convertir las partes de la manzana en manzanas, pero sí de advertir que algunas de sus partes tienen características distintas en otras clases de manzanas, lo cual nos hace avanzar en el análisis.

Aplicando lo dicho en las normas jurídicas nos damos cuenta que hay partes de las normas que determinan ámbitos de competencia, hay otras que dan cuenta del hacer, y algunas más que determinan la magnitud del hacer y aún otras que asignan las características de aquel que puede realizar la actividad, y lo mismo sucede con la constitución, solo que en el caso de ésta cada ingrediente emerge como una regla de diseño de un rompecabezas para una realidad compleja que admite definiciones rígidas y por ello se vale de la posibilidad combinatoria del lenguaje.

Finalmente podemos decir que las normas constitucionales son unidades que se desprenden de núcleos significativos lingüísticos que tiene su sentido en el contexto del sistema jurídico que opera sobre el medio social de manera dinámica permitiendo formas de la libertad y mostrando su constante insuficiencia, pues cada forma nos muestra en su incapacidad para una libertad absoluta la necesidad de la transformación de la normativa constitucional en pos de una mejor forma de la libertad.

### CAPITULO III. LA CONSTITUCIÓN COMO DERECHO PÚBLICO

Al ser considerado el derecho constitucional como el derecho público por excelencia, se hace necesario adentrarse en el criterio de distinción que nos permita ubicar la frontera entre éste y el derecho privado, por lo que en un primer momento habremos de adentrarnos un poco en la pugna teórica para después abordar el tema, tratando de explicar las razones por las que el derecho constitucional debe ser considerado derecho público y no simplemente derecho y el porqué de la actitud privada de los servidores públicos en su actividad pública, es importante para mostrar el desvío de lo constitucional y por ende del ámbito de la libertad social al negar sus condiciones de posibilidad.

Por otra parte lo público se encuentra con lo privado en una compleja realidad social, que lleva a considerar casos límite de la distinción, en los cuales la organización pública como totalidad jurídica, es decir, el Estado, puede ser considerado como un ente que funciona dentro del ámbito de las relaciones privadas, en tal sentido veremos si esto es correcto y por lo tanto tendremos que admitir la doble personalidad del Estado, o sí el desarrollo teórico expuesto en este capítulo nos permite abordar otra respuesta. Lo cual tiene su importancia para nuestro tema puesto que el límite del Estado y por lo tanto el límite de lo público de alguna manera está determinado por la constitución.

#### 3.1. TEORÍAS DOMINANTES SOBRE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

La incesante discusión del aspecto distintivo de lo público y lo privado como conjuntos de medidas de la conducta dotadas de necesidad de verificación en el universo de validez coercitiva del Estado, Polis, Civita, o cualquier otra forma de organización política, es decir, en su dimensión normativa jurídica, nos ha dado como resultado una cantidad grande de teorías que van del interés individual contrastado con el colectivo, que pasan por tesis curiosas como las que distinguen entre imagen de dios y creación de dios, hasta la negación de semejante división. Por ejemplo Stahl dice:<sup>124</sup>

---

<sup>124</sup>Roguin, Ernesto, *Las reglas jurídicas*. Traducción de José María Navarro de Palencia, España, La España moderna, p. 205.

Relación de derecho privado es toda aquella en la cual el hombre está colocado como imagen de Dios; de derecho público, por el contrario, toda aquella de la cual aparece que es creado por Dios, destinado a servirle y a cumplir su misión.

Miguel Villoro Toranzo propone criterios de diferenciación, como ecos de la cultura romana, a los siguientes:<sup>125</sup>

Como derecho público.

- a) Por la materia. La constitución y los órganos del Estado en cuanto a su organización, funcionamiento, facultades, deberes y relaciones de éstos con los particulares.
- b) En cuanto a las relaciones, cuando el Estado intervenga en su calidad de Estado (como sujeto pasivo o activo), como portador de la soberanía nacional.
- c) Por el criterio filosófico. Como justicia de subordinación, es decir, como *telos* de beneficio común; o como justicia institucional, como deberes y derechos institucionales dirigidos al bien común e individual.
- d) Por las características de las actuaciones jurídicas. Las que se realicen en nombre del Estado y en ejercicio de la soberanía.
- e) Por el modo de operar. Está presente el Estado en cuanto Estado, su imperiosidad se manifiesta en el uso de la fuerza y en su actuar unilateral.

Como derecho privado.

- a) Por la materia. Responsabilidad de los particulares limitada por el Estado en uso de la autonomía de la voluntad.
- b) En cuanto a las relaciones. Tanto el activo como el pasivo son particulares, incluso cuando el Estado es uno de ellos pero como particular.
- c) Por el criterio filosófico. Como justicia de coordinación, es decir, como *telos* el beneficio individual limitado por el bien común.

---

<sup>125</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Derecho público y derecho privado*, México, Editorial Jus, S.A., 1975, pp. 46-48 y 50-54.

d) Por las características de las actuaciones jurídicas. Las que se realicen los particulares al ejercer la autonomía de la voluntad.

e) Por el modo de operar. Los actos de la libertad responsable de los individuos sin coacción estatal y los que derivan del acuerdo de voluntades.

Por su parte Gabino Fraga reconoce cinco categorías para ubicar los criterios básicos de distinción:

#### 1.-Criterios derivados del carácter de las normas.

Considera este criterio que las normas de derecho público, son las imperativas, es decir,

Las que contienen mandatos absolutos irrenunciables"; por otra parte las normas de derecho privado son las de carácter supletorio. El propio Gabino Fraga considera superficial esta distinción, porque "se omite el criterio de fondo para caracterizar a cada una de ellas" y se incurre en un círculo vicioso: "son leyes imperativas porque son de derecho público, y son de derecho público porque tienen carácter imperativo."<sup>126</sup>

#### 2.-Criterios derivados de la finalidad de las normas.

Esta distinción es la que más adelante, explicaremos como la teoría clásica o del interés.

#### 3.-Criterios derivados del carácter de los sujetos que intervienen en las relaciones regidas por esas normas.

También llamada teoría del plus-valor consiste en ubicar al derecho privado como regulador de relaciones entre individuos sin ningún atributo especial, y por consiguiente se encuentran uno frente a otro en un plano de igualdad; según esta teoría el derecho público regula relaciones en las cuales uno de los sujetos posee una cualidad especial de superioridad respecto del otro, en un plano de desigualdad.

#### 4.-Criterios derivados del objeto de la relación jurídica.

---

<sup>126</sup> Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1981, p. 81-88.

Este criterio afirma que el derecho privado tiene como objeto las relaciones de orden patrimonial y el derecho público las relaciones de otro género. Gabino Fraga considera este criterio superfluo, afirma que no nos explica por qué las relaciones patrimoniales son de orden privado.

5.-Criterios derivados de la esfera de acción del estado de los individuos.

Este criterio toma en cuenta la unidad institucional de la acción, sostiene que las normas jurídicas son de derecho público o privado en cuanto se subordinan al pensamiento cardinal de las instituciones a las que se refieren. Verbigracia la de la familia es institución de derecho privado, la organización política y su régimen jurídico son de derecho público.

3.1.1. Teoría clásica o del interés.

La distinción entre derecho público y derecho privado de la cual parten la mayoría de los teóricos tiene su base en el derecho romano, la cual a decir de Eduardo García Máynez se sintetiza en la famosa sentencia del jurisconsulto Ulpiano: “(*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem.*” Derecho público es el que atañe a la conservación de la cosa romana; privado, el que concierne a la utilidad de los particulares).”<sup>127</sup> Conforme a lo anterior, dicen los juristas, nos podemos ubicar en uno o en otro extremo dependiendo del interés en juego, es decir, si se trata de un interés colectivo o de un interés privado.

Definir si se trata del interés de todos o del interés de uno solo, es el sentido de tal distinción, sin embargo, ese ‘todos’ se forma de individuos que al pertenecer a un grupo coinciden en intereses que les son comunes y por ende su interés privado resulta ser de alguna manera público.

Aludir al número -criterio cuantitativo- del caso concreto tampoco resuelve el problema, pensando que si es uno, se trata de un asunto privado y si es un conjunto es público, ya que si se considera al conjunto de sujetos frente a la singularidad encontraremos muchos ejemplos en los que se trata de derecho privado y la referencia es a los sujetos colectivos, verbigracia las sociedades

---

<sup>127</sup> García Máynez, Eduardo *Introducción al Estudio del Derecho*, 51ª ed., México, Porrúa, 2000, pp. 131-132.

mercantiles. A la pregunta ¿La relación privada congrega pocos individuos, mientras que la de carácter público reúne un gran número de ellos? Roguin responde:

Ciertamente que no, porque hay relaciones privadas, como las que unen a los miembros de una sociedad cooperativa de ahorro o de consumo, que relacionan entre sí una muchedumbre de hombres, mientras que las hay de carácter eminentemente público, como las que unen a un monarca y el jefe de gabinete ministerial, que se dan únicamente entre dos personas...Todas las necesidades humanas, aún aquellas más generales, son en definitiva individuales, puesto que la sociedad no es un ser distinto de los individuos, y no niega esta verdad el hecho de que en un momento dado existen millones de hombres que deseen la misma cosa y la obtengan de una manera regida uniformemente por el derecho.<sup>128</sup>

En contra de esta teoría Eduardo García Máynez reconoce, principalmente, las siguientes objeciones:<sup>129</sup>

1.-El interés en juego es un criterio sumamente vago que los doctrinarios no definieron.

Por mi parte, considero que la vaguedad del término interés, es un reproche que no parece prudente, pues si resulta oscuro, corresponde al que aborda el problema tratar de resolverlo para saber si aclarado el dilema se puede comprender en qué consiste la naturaleza de tal aspecto.

2.-Los intereses públicos y privados se encuentran vinculados, "fundidos de tal manera, que es difícil, cuando no imposible, señalar en cada caso dónde termina el particular y dónde empieza el colectivo."

3.-La índole pública o privada de las normas con las instituciones de derecho, quedan determinadas por el arbitrio del legislador, "este será quien establezca en cada caso, según sus personales convicciones, qué intereses son de orden público y cuáles de naturaleza privada. Y, en tal hipótesis, la distinción, puramente formal, resultará sujeta a consideraciones de oportunidad, fundamentalmente políticas, que le quitarán todo valor científico."

---

<sup>128</sup> Roguin, Ernesto, op. cit., nota 124, p.203.

<sup>129</sup> García Máynez, Eduardo, op. cit., nota 122, p.132.



Por su parte el propio García Máynez considera que lo más grave es proponer un criterio con valor objetivo a una noción esencialmente subjetiva. Por otra parte en nuestro país se admite que existe una confusión del interés con lo normativo como podemos verlo en la siguiente tesis de jurisprudencia

Es erróneo decidir sobre la suspensión definitiva del acto reclamado bajo la premisa esencial de que éste se funda formalmente en una ley de interés público, que en forma expresa regula una actividad de interés social, pues no debe perderse de vista que **todas las leyes, en mayor o menor medida son de interés social y de orden público...** Así, **el concepto de orden público, más que gravitar en el hecho de que las leyes revistan tal carácter, ha de partir de la no afectación de los bienes de la colectividad tutelados por las leyes, dado que lo que debe valorarse es el eventual perjuicio que pudieran sufrir las metas de interés colectivo perseguidas con el acto concreto de aplicación de la norma...** si con la medida se privará a la colectividad de un beneficio que le otorgan las leyes o se le inferirá un daño que de otra manera no resentiría; lo que robustece la postura de este criterio de apartarse, prima facie, de la **calidad de orden público e interés social de que gozan las leyes**, para decidir la procedencia de la suspensión. (Las negritas son mías) <sup>130</sup>

### 3.1.2. Teoría de la naturaleza de la relación.

Autores como Eduardo García Máynez, Kelsen y Roguin reconocen en esta teoría, una gran aceptación, las relaciones pueden ser de coordinación y de subordinación, de tal suerte, que se da una relación de coordinación cuando los sujetos se encuentran en un plano de igualdad, y por otra parte hablamos de relaciones de subordinación, cuando, las personas que intervienen no son consideradas jurídicamente iguales. Por su parte Roguin dice que con cierta verdad la teoría de la relación afirma que:

El derecho público comprende las relaciones de subordinación entre las autoridades y las personas, y el derecho privado las de igualdad.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> Tesis VI, 3o.A. J/44, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XXI, Marzo de 2005. p. 1052.

<sup>131</sup> Roguin, Ernesto, op. cit., nota 124, p. 209.

Además agrega que no existe inconveniente en tener por sentado que el derecho público positivo en la mayoría de los casos establece una relación de dominio de la autoridad sobre el particular. Kelsen manifiesta que:

Mientras que el derecho privado relaciona sujetos equivalentes con el mismo valor jurídico, el derecho público establece una relación entre dos sujetos, entre los cuales uno tiene frente al otro un valor jurídico superior.<sup>132</sup>

El gran inconveniente de esta teoría, se manifiesta claramente, en el problema de la doble personalidad del Estado que enfrentan los administrativistas, ya que al poner al Estado en un plano de igualdad con el particular, da como resultado la consideración del Estado como una persona de derecho privado, paradójico, porque su origen es público. Es en ese sentido, considerado el Estado como una persona de derecho público, cuando se encuentra en una relación de superioridad o cuando la relación es de igualdad entre dos órganos estatales. Por su parte Gabino Fraga afirman que:

La teoría de la doble personalidad del Estado sostiene la existencia de una personalidad de derecho público y otra de derecho privado; la primera como titular del derecho subjetivo de soberanía; la segunda como titular de derechos y obligaciones de carácter patrimonial.<sup>133</sup>

Por su parte Kelsen afirma que el Estado:

Puede tener derechos *in rem* y derechos *in personam*, e incluso cualesquiera de los derechos y deberes estipulados por el "derecho privado"... "el hecho de que una relación jurídica tenga al Estado como parte no desplaza necesariamente tal relación del campo del derecho privado."<sup>134</sup>

Asegura en este sentido, que la dificultad para distinguir el derecho público del privado, radica en que la relación del Estado con sus súbditos puede tener carácter público o privado. De tal manera que puede realizar las mismas actividades patrimoniales que un particular, como es el caso de una compra venta o un arrendamiento, y estar sujeto al código civil.

---

<sup>132</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*. 14ª ed., Traducción de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2005, p. 286.

<sup>133</sup> Fraga, Gabino, op. cit., nota 96, p. 120.

<sup>134</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, Traducción de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1995, p. 241.

### 2.3.-Teoría de Ernesto Roguin.

Para Roguin, una vez revisados los criterios de distinción inspirados en el número de los sujetos de derecho, en la naturaleza de las necesidades, en la forma como se satisfacen o en el carácter del objeto, sólo queda como criterio posible de distinción “*la voluntad del legislador que asigna carácter público o privado a una determinada relación*” de aquí la necesidad de dar cuenta de los tipos de relaciones jurídicas, posición que traslada el problema a la voluntad que se traduce en la incumbencia del Estado en contraposición con las personas sin carácter oficial. Según Roguin, relación de derecho público:

Es aquella en la cual uno de los sujetos activo ó pasivo, ó ambos a la vez, son el Estado ú otra cualquier autoridad. Relación de derecho privado es aquella en la cual los dos sujetos son personas o grupos de personas sin carácter oficial.<sup>135</sup>

La teoría que Roguin propone, es referente a la relación y de ninguna manera podemos decir, a partir de ella, cual es la naturaleza de la norma, sólo podemos decir cuál es la naturaleza de la relación que regula, por otra parte, excediendo su propio criterio basado en la naturaleza de la relación afirma que:<sup>136</sup>

Por razones de conveniencia, pero no fundadas en la naturaleza de la relación de que se trata, el Estado ha creído necesario aparecer como titular u obligado, es decir, como sujeto; y Derecho privado es aquel en el cual no ha creído conveniente tomar una participación de esta naturaleza.

Con lo que cambia el criterio por el de voluntad del Estado y con ello fortalece la idea de un criterio formal de distinción y no uno material.

#### 3.1.3. Teoría de Gustav Radbruch.

Para Radbruch la distinción entre derecho público y derecho privado es de carácter *a priori*, es decir, “que toda norma jurídica puede lógicamente ser situada en uno de aquellos campos”<sup>137</sup>, lo que nos muestra que no es el contenido material de la norma el que da el criterio de distinción, pues materias que en algún momento pertenecieron al derecho privado terminaron en el derecho

---

<sup>135</sup> Roguin, Ernesto, op. cit. nota 124, p. 210.

<sup>136</sup> Ibidem., pp. 210-211

<sup>137</sup> Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, Traducción de Wenceslao Roces, México, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, 1993, p 91.

público. Para Radbruch, es posible concebir sistemas en los que sólo haya derecho público como en un Estado radical socialista, o sólo derecho privado como en una sociedad anarquista.

El término *a priori*, significa filosóficamente: independiente de la experiencia, es decir que no requerimos acudir a la realidad sensible para obtener el conocimiento, como sucede en las llamadas por Leibniz *verdades de razón*, pues en tal caso se trata de cuestiones que construimos mediante la inteligencia y que no derivan de la realidad sensible.

En el caso de las normas jurídicas requerimos acudir a los distintos sistemas jurídicos para saber que se considera público y que se considera privado, no es la experiencia sino el legislador el que determina que es público y que es privado, no podemos encontrar en esta realidad un principio de distinción material, pues como ya expresamos las materias que regula tanto el derecho público como el privado son cambiantes y basta que el legislador decida para que una materia de derecho privado pase al público y viceversa, criterio con el cual coincide Roguin.

Es la postura de Gustav Radbruch en un sentido contundente, las distintas materias pueden ser ubicadas en cualquiera de los dos campos, según el poder constituyente o el legislador lo hayan ubicado como tarea estatal o como actividad privada, sin embargo, no nos ha resuelto el problema, pues con esto no podemos saber en qué consiste el derecho público y en que el derecho privado.

#### 3.1.4. Teoría de Kelsen.

Kelsen puede ser considerado como un neokantiano, responde a la pureza metódica que desarrolló Kant, el cual, en el prólogo de la segunda edición de la *Crítica de la razón pura* expresa: "permitir que las ciencias se invadan mutuamente no es ampliarlas, sino desfigurarlas"<sup>138</sup>, Kelsen dedicó más de dos décadas a construir una 'teoría jurídica pura', en tal contexto afirma:

Al caracterizarse como una doctrina 'pura' con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque

---

<sup>138</sup> Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Traducción de Pedro Rivas, México, Taurus, 2006, p 16.

decidió excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico.<sup>139</sup>

El pensamiento de Kelsen responde a lo que Kant llama "revolución Copernicana" y consiste en que:

La razón sólo reconoce lo que ella misma produce según su bosquejo, que la razón tiene que anticiparse con los principios de sus juicios de acuerdo con leyes constantes y que tiene que obligar a la naturaleza a responder sus preguntas pero sin dejarse conducir con andaderas, por así decirlo.<sup>140</sup>

Podemos en tal sentido decir, "Sólo conocemos *a priori* de las cosas que nosotros mismos ponemos en ellas."<sup>141</sup> Kant responde a una posición subjetivista que toma en cuenta al sujeto como constructor de conocimiento a partir de sí mismo, es decir, a partir del fenómeno y no del noúmeno. No podemos saber lo que las cosas son 'en sí', sólo podemos saber lo que las cosas son 'para sí', lo que es para los seres humanos desde su horizonte conceptual. Los seres humanos no pueden desprenderse de su visión del mundo, por ello, no pueden saber cómo sería el mundo cuando no lo están viendo, cuando no lo perciben, en tal caso nada podría decirse.

Lo anterior tiene como consecuencia, la consideración de distintas perspectivas a partir de las cuales la ciencia puede abordar a su objeto de estudio, desde su propia construcción conceptual, de tal suerte que, no podemos utilizar la conceptualización de la química para explicarnos la perspectiva física de los objetos, no podemos utilizar la teoría de una disciplina para explicar otra, en esto se funda la pureza metódica.

Considera Kelsen, que la distinción entre derecho público y privado es básica para la sistematización moderna de la ciencia jurídica, por otra parte, alude a la dificultad que se ha tenido para establecer una delimitación clara de la distinción. Según Kelsen la teoría más difundida, es la de la relación jurídica, tratase del derecho público como la relación entre Estado y súbdito. Kelsen propone una teoría dinámica, desde la fuente de producción de la norma por eso afirma:

---

<sup>139</sup> Kelsen, Hans, op. cit., nota 132, p 15.

<sup>140</sup> Kant, Immanuel, op. cit., nota 138, p 18.

<sup>141</sup> Ibidem., p. 21.

Si se miran las cosas más de cerca para establecer donde se encuentra el plus de valor atribuido a ciertos objetos, y en qué consiste su superioridad frente a los otros, se observa que se trata de una distinción entre hechos productores de derecho.<sup>142</sup>

De tal suerte que tratándose del derecho público, el sujeto sobre el cual recae la norma no tuvo participación en su elaboración, en cambio cuando se trata del derecho privado si lo hace, como en el caso del contrato.

Por otra parte Kelsen alude al carácter ideológico de la distinción, postura desarrollada a partir de la noción de 'voluntad estatal', pues afirma que ésta es un proceso de formación y que es lo mismo tanto en los actos públicos como en los privados, ya que unos son la continuación de los otros, es decir, los actos privados tienen su fuente en los públicos a partir de los cuales se desarrolla la 'voluntad estatal', de tal suerte que tanto la orden de una autoridad como el negocio jurídico privado son actos de individualización de la norma general y por lo tanto son actos del Estado.

Es a partir de esta postura Kelseniana que se habla de la teoría de la inexistencia de la distinción, su base es el monismo jurídico que identifica derecho y Estado, en este sentido Kelsen considera a "todo hecho productor de derecho atribuible a la unidad del orden jurídico."<sup>143</sup> Su distinción según afirma, es intrasistemática y por ello no se disuelve en la ideología que absolutiza la distinción en la contraposición entre poder del Estado y derecho.

### 3.2. APROXIMACIÓN A UN CRITERIO DE DISTINCIÓN

Lo público aparece, aparentemente, como un conjunto de aspiraciones comunes sin nombre ni apellido, lo privado en lo concreto de las voluntades que se encuentran sobre los objetos y las personas. Lo público –sería según esto- parte de una determinación abstracta que no tiene más sentido que la posibilidad de lo concreto en el supuesto aludido, es decir, la norma es un mandato que aplica sobre un grupo humano, es el soberano o en su caso el legislador el que al elaborar las figuras jurídicas alude a la aspiración de una forma de la realidad, la norma es para todos los casos que caigan en el supuesto y por ello pretensión de

---

<sup>142</sup> Kelsen, Hans, op. cit., nota 132, p. 286.

<sup>143</sup> Ibidem. p. 287.

regularidad en la actividad social atinente a la determinación jurídica. Sin embargo, esta concepción se ve refutada parcialmente por la existencia de las normas individuales y concretas de carácter público, como en el caso de las sentencias judiciales.

Es así que la abstracción normativa, no es, de ninguna manera, exclusiva del ámbito público, por lo que tomar a la distinción “abstracto-concreto” falsea nuestras posibilidades de éxito en la distinción, tenemos claros ejemplos: los estatutos sindicales, que son cuerpos jurídicos privados, no se agotan en un acto, de la misma manera, una sociedad mercantil no agota su procedimiento en una sola asamblea, etc.

Los distintos aspectos se confunden, lo público se sobrepone en lo privado, en lo concreto, pero lo privado no es simplemente lo concreto ya que nació fuera de la abstracción normativa, ésta sólo es el cubrimiento de una facticidad que tiene un origen distinto, el mundo de las necesidades, el cubrimiento surgió de la aspiración de control sobre éstas (sean los motivos racionales o irracionales).

Ahora bien, para saber en qué consiste el derecho público y el derecho privado, es necesario saber en qué materias y qué tipo de actos se consideran en uno u otro ámbito, la tarea consiste en identificar lo que tienen en común para ser de un universo conceptual. En principio lo público es lo que elabora o actúa un sujeto con potestad pública, es decir, el que cumple con atribuciones o funciones estatales; y privado lo que elabora o actúa un sujeto carente de dicha potestad.

Toda ley, todo código incluidos el civil y el de comercio, fueron elaborados por los legisladores que son sujetos con potestad pública y por lo tanto estos cuerpos normativos considerados como privados resultan ser en realidad públicos, de ello Gutiérrez y González<sup>144</sup> considera tajante la inexistencia del derecho privado, ya que sólo las normas del hogar pueden ser consideradas como tales, la fuente de tal concepción tiene su origen en una actitud metafísica que considera identidades a partir de principios providenciales, contruidos para el método e impuestos al objeto, como si nuestro deseo, visión o capricho fuera la fuente real de éste,

---

<sup>144</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *El derecho de las obligaciones*, Tomo I, México, Porrúa, 1999, Pp. 11-24.

puesto que el Estado en términos jurídicos, es una ficción construida como centro de imputación, mientras que la persona privada tiene su base en el sujeto físico real al cual se le atribuyen derechos y obligaciones, los cuales tienen su fuente en su propia voluntad y no en la del Estado, que en otro nivel puede determinar los límites de ese ejercicio pero no sustituirlo.

Los contratos, los títulos de crédito, los reglamentos internos de las empresas, los contratos colectivos de trabajo, las circulares que se emiten dentro de las unidades de producción empresarial, etc., parecen ser ajenos al ámbito público, a menos que se considere como mandados providencialmente de la voluntad estatal que desciende desde la abstracción de la ley hasta la concreción de las normas individuales consideradas privadas sólo por una necesidad ideológica e intrasistémica, pero realmente inexistente.

Como ya se analizó, la justificación del orden normativo, nos llevó hasta el argumento de la desaparición del Estado para salvar libertad e igualdad, consecuencia lógica de las enunciaciones argumentativas de Marx, ya que si la historia se ha dado a partir de la lucha de clases cuyo motor es el conflicto que, opone a una clase dominante sobre una clase dominada, en donde los sujetos no pueden ser iguales y libres, por definición dominio es desigualdad entre dominante y dominado de la misma manera que este término se define por el control de unos sobre otros, lo cual implica limitación de libertad en tanto sometido; entonces la consecuencia necesaria para lograr la libertad y la igualdad es la desaparición del conflicto que se encuentra –según Marx- garantizado por el Estado, ya que éste es una maquinaria de la clase dominante, por ende libertad e igualdad se logran eliminando al Estado y con ello al derecho.

De la misma manera Kelsen para salvar la pureza metódica de su sistema elimina la distinción público-privado y con ello convierte la voluntad del sujeto privado en voluntad del Estado, por lo que la razón que determina todas las medidas o reglas de conducta jurídicas tienen una misma fuente –el Estado-, con lo cual lo único que diferencia a una norma de otra es el lugar que ocupa dentro del sistema de validez.



Tanto Marx como Kelsen, construyen metafísicamente su sistema a partir de ciertos principios que fatalmente reducen la complejidad del problema. Marx al igualar al Estado con el conflicto, se separa de su fuente simplificándola, es clara la desigualdad, es claro el dominio, lo que no resulta tal, es que el Estado necesariamente tenga que garantizar el dominio de una clase sobre otra y por ello se tenga que eliminar todo derecho, un buen ejemplo es la constitución de 1917 que establece los derechos sociales como intervención del poder para conciliar los intereses y reducir las diferencias de clase, sobre esta cuestión Del Palacio afirma:

Los derechos sociales se instituyen a partir del reconocimiento de las desigualdades entre los seres humanos a causa de sus condiciones reales de existencia; protegen no al individuo, sino al integrante de un grupo social identificado por sus intereses comunes, lo cual significa, en última instancia, el reconocimiento de la lucha de clases como realidad social producto de las condiciones económicas; pero a diferencia de las tesis marxistas, los derechos sociales implican la afirmación de la posibilidad de conciliación de esos intereses de grupo y de clase por la intervención del poder político, que puesto del lado de quienes se encuentran en desventaja y sobre todo los grupos en conflicto, regula y dirige las relaciones sociales, de donde resulta ajeno al Estado de la revolución el estado policía, árbitro imparcial asentado en el principio de dejar hacer, dejar pasar.<sup>145</sup>

Kelsen iguala la voluntad manifiesta del poder político a la voluntad de los sujetos privados –en tanto no son funcionarios públicos- y con ello niega o simplemente no considera que los fines por los que se celebran contratos o se emiten títulos de crédito responden a necesidades específicas que nada tienen que ver con la decisión del legislador, aun cuando estos coincidan, éstos se llevarían a cabo existiera o no existiera una ley mercantil o una civil, no es lo mismo cuando al elaborar una sentencia se toman como base –fundamento- todos y cada uno de los elementos que la ley exige, entonces, podemos decir que la norma individual y concreta tiene su fuente en la norma general y abstracta.

Considera Kelsen que los actos privados tienen su fuente en los públicos a partir de los cuales se desarrolla la ‘voluntad estatal’, pero por ejemplo: el que contrata un arrendamiento de un bien inmueble puede considerar –en muchos

---

<sup>145</sup> Del Palacio, Alejandro, *Lecciones de teoría constitucional*. 3ª. ed., Claves latinoamericanas, México, 1989, pp. 125 y 126.

casos- la necesidad de un espacio para vivir o para el desarrollo de una actividad comercial, seguramente no sabe de las exigencias de la ley, sólo le importan accesoriamente, incluso el acuerdo de voluntades puede contener violaciones de la ley y subsistir hasta su culminación sin que la autoridad tenga conocimiento y las partes que intervienen se encuentren conformes.

Los contratantes, en tal caso, al crear las cláusulas, elaboraron una serie de medidas o reglas de conducta distintas de las del código civil, el cual sólo se constituye como fuente de validez en la valoración atinente al proceso que culmina con una norma que es distinta de las anteriores y que recibe su validez no del contrato, sino de la ley. Lo que muestra que la fuente de la ley y de la sentencia no es la misma que la del contrato, el cual es producido por un particular, con un fin particular y para cubrir una necesidad particular.

Dentro de la actividad concreta que se realiza fuera de la potestad pública, se encuentran los objetos de la determinación jurídica estatal, la actividad de los sujetos que no poseen una facultad Estatal para actuar de acuerdo con los intereses que subyacen al orden jurídico y aun contra estos, labores como la del obrero, el campesino, el empleado de toda clase de negocios, el empresario, el cacique, el padre o la madre de familia, etc. todos ellos actúan dentro de la regularidad social de sus propias aspiraciones y determinaciones, a pesar y acorde con sus propias condiciones culturales.

Lo anterior sin menoscabo de la actividad que una serie de sujetos con potestad pública realizan en nombre de algo que se ha llamado interés público, razón de un solo significado, el sometimiento de la actividad de todos esos sujetos a una voluntad centralizada.

Hemos de advertir que se trata de aspectos distintos, la voluntad pública en contraposición a la voluntad del particular, aclaro, no es una negación recíproca, se trata solo de fuentes distintas de voluntad que en determinado caso pueden coincidir. Si aceptamos que lo público nace de la actividad de los sujetos con potestad estatal, tendremos que admitir que no sólo hay normas públicas, sino también actos públicos, es decir, actividades de tales sujetos, intereses públicos, etc., y que todo esto, no es lo mismo, aunque tenga la misma fuente. Un ejemplo

admisible es el que se da entre derecho público e interés público, o entre derecho privado e interés privado.

Siguiendo lo anterior, formulamos un modelo a través del cálculo, el cual nos permita desarrollar aplicaciones en ejemplos concretos.

### 3.2.1. Elementos conceptuales primarios.

**NORMA JURÍDICA:** Es toda aquella medida de conducta imperativa, dotada de validez dentro de un sistema jerárquico estatal. La norma jurídica es una determinación conceptual creada por el legislador, por el poder constituyente o por algún sujeto sin potestad estatal pero válida ante los órganos de poder, es decir, se trata de una ficción a la que se le da una realidad convencional, cuando los legisladores votan o el sujeto privado le da realidad por medio de su voluntad, aprueban la validez de las ficciones llamadas normas jurídicas.

Estas ficciones contienen un mensaje, mejor dicho un mandato, son determinaciones de conducta, como expliqué en el capítulo anterior describen conductas (hacer u omitir), son el *quantum* y el *qualitas* del 'hacer' y del 'no hacer humano', se trata de acciones y omisiones. Estas ficciones son emanaciones de una voluntad imperativa, decir que ellas son válidas, es aceptar su legitimidad, es decir que son aceptadas socialmente y jurídicamente por su fundamento, ya que la exigencia de conducta que subyace a ellas se funda en una razón de ser (toda exigencia de conducta exige -a su vez- una justificación).

**POTESTAD PÚBLICA:** Es la facultad delegada por el soberano, que tienen los sujetos pertenecientes a los órganos de gobierno (estatales), para actuar u omitir actuar.

**Norma jurídica pública:** Es toda aquella medida de conducta imperativa, dotada de validez dentro de un sistema jerárquico estatal, elaborada **con** potestad pública.

El derecho público es un ámbito de gobierno, sus principales condiciones, el ejercicio del poder entendido desde el ámbito de la validez como un conjunto de facultades delegadas en un grupo de sujetos con responsabilidad, desde el punto de vista occidental y para la teoría del poder no es más que una relación de sometidos y sometedores. Es decir, el titular del poder ejerce un acto de dominio,

el otro es un dominado. Sin embargo, poder significa capacidad de hacer, lo cual no implica necesariamente dominio. Sólo posibilidad, capacidad y necesidad social. El poder como dominio es realidad verificable, no “deber ser”, no validez y mucho menos racionalidad. El poder como dominio es una muestra de fuerza que aplasta y se sobrepone sobre la racionalidad, el poder como función pública delegada implica responsabilidad y por lo tanto sanciones ante el incumplimiento.

Norma jurídica privada: Es toda aquella medida de conducta imperativa, dotada de validez dentro de un sistema jerárquico estatal, elaborada sin potestad pública. La crean los sujetos movidos por sus necesidades e inclinaciones subjetivas, no se desprenden de la ley, aunque ésta regule sus posibilidades en el ulterior conflicto.

Lenguaje jurídico: Es el conjunto de signos que contienen los libros llamados leyes o documentos normativos elaborados por el legislador o por el sujeto privado. Son objetos materiales percibidos por el oído al pronunciarse, como se hace en algunos casos al dictar sentencia al reo; o sentidos por el tacto como en el caso del ciego; o percibidos por la vista, como en el caso de los libros que llamamos códigos. De éste se desprende el mensaje del legislador o de los sujetos que ponen su voluntad.

Interés jurídico: Es la actitud de la inteligencia –capacidad para actuar en el mundo- que pone la voluntad de un sujeto sobre un objeto sancionado por una norma, que dota de validez una pretensión (un querer). La inteligencia se proyecta hacia un objeto con algún fin, que le implica al sujeto un beneficio o un valor. La interpretación de los órganos judiciales no encuentra la respuesta específica y por ello trata de definir por extensión, como se muestra en la siguiente tesis:<sup>146</sup>

El vocablo "**interés**" implica nociones como bien, beneficio, utilidad, valor de algo, importancia, conveniencia y trascendencia.<sup>147</sup> Cuando se ubica en el ámbito social, debe tratarse de un beneficio, utilidad, valor, importancia, conveniencia o trascendencia o bien para la comunidad o sociedad. Asimismo, el vocablo "**orden**" hace referencia a la idea de un mandato que debe ser obedecido. En el contexto de

---

<sup>146</sup> Tesis II, 1o.A.2º. C.J., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XXI, Abril de 2005. p. 1515.

<sup>147</sup> Lo que hace el órgano judicial, al establecer su criterio de interpretación, es enumerar objetos de la voluntad.

lo público, es decir, de orden público, puede entenderse como un deber de los gobernados de no alterar la organización del cuerpo social... Por tanto, para distinguir si una disposición es de orden público y si afecta al interés social - nociones que, por cierto, guardan un estrecho vínculo entre sí- debe atenderse a su finalidad<sup>148</sup> directa e inmediata en relación con la colectividad.

Interés público: Es la actitud de la inteligencia que pone la voluntad de un sujeto dotado con potestad pública sobre un objeto sancionado por una norma jurídica.

Interés privado: Es la actitud de la inteligencia que pone la voluntad de un sujeto sin potestad pública sobre un objeto sancionado por una norma jurídica.

Principios de la relación jurídica.

- 1.-Todo interés jurídico implica una norma jurídica.
- 2.-Toda norma jurídica se expresa en un lenguaje jurídico.
- 3.-Toda relación jurídica es una lista de intereses que converge.
- 4.-Pueden converger dos o más intereses públicos.
- 5.-Pueden converger dos o más intereses privados.
- 6.-Pueden converger los intereses privados y los intereses públicos.
- 7.-No es relación jurídica el vínculo con un interés que no está sancionado jurídicamente.
- 8.-No son idénticos norma y relación jurídica.
- 9.-Un solo interés no forma una relación jurídica.

Tipos de relación jurídica

A. De interés público: Convergen sólo intereses públicos. Por aplicación de las reglas 1, 3 y 4.

Ejemplos: convenios entre autoridades, la elaboración del código penal, etc.

Participa el interés del Estado, se trata de actos unilateralmente públicos, es una sola unidad de voluntad, todos los participantes poseen potestad pública.

---

<sup>148</sup> En este punto se hace evidente la participación de la voluntad como fin.

B. De interés privado: Convergen sólo intereses privados. Por aplicación de las reglas 1, 3 y 5.

Ejemplos: La elaboración de un contrato, la emisión de un título de crédito, etc.

Participan sólo sujetos sin potestad pública, se trata de acuerdos de voluntades entre particulares.

D. De interés público-privado: Convergen intereses públicos y privados. Por aplicación de las reglas 1, 3 y 6.

Ejemplos: La concesión y el pacto matrimonial.

Participan sujetos tanto con potestad pública como sin ella. En el caso de la concesión participa la autoridad concesionaria y el particular.

En el caso del matrimonio participa el juez del registro civil y los contrayentes, la relación que da origen al acto matrimonial es público-privada y el documento que la constituye es público, pero la relación entre los contrayentes es privada.

El poder público se define por sus límites y cobra sentido como fenómeno emergente en sus fuentes. Cuando aparecimos en el mundo como seres conscientes de las relaciones humanas, nos encontramos con diferentes tipos de imperios y regularidades, la aceptación de tal condición sin que medie una explicación racional niega la libertad de que nos preciamos, como seres racionales que fundan su dignidad en la posibilidad de elegir dirigidos por un conocimiento.

Dar cuenta del derecho público desde un punto de vista formal, nos obliga a la sistematización. Las cuestiones que he tratado en esta obra, nos colocan en el ámbito del “deber ser” que se traduce en reglas de conducta, éstas al ser exigencias manan de algún lugar. Partir del que exige, nos lleva al inevitable punto de la cuestión, por qué exige, la respuesta -más allá que de facto lo hace- nos lleva a las distintas concepciones del poder que se han elaborado.

El segundo límite del derecho público es el que se da con el derecho privado, éste, según es producido, que contrario a lo que Kelsen postula es algo más que una clasificación ideológica, lo realmente ideológico es la providencial voluntad de Estado, que siempre es voluntad de los gobernantes y no de los sujetos libres de potestad estatal que atienden a sus propias necesidades.

Considero que derecho público, es toda aquella regla y norma jurídica de conducta elaborada o producida por sujetos con potestad pública que se acepta válida dentro de un orden positivo, en este sentido, tanto las leyes administrativas y mercantiles como el código civil y el penal son por su fuente derecho público. Por el contrario, normas de derecho privado como las que se derivan de los contratos o los títulos de crédito, fueron producidas por personas sin potestad pública y por lo tanto son de derecho privado.

No es dable, de ninguna manera, confundir como lo mismo a las normas del código civil con las que se derivan de un contrato de compraventa, ni presumir una voluntad que desciende hasta los actos privados como fuente similar -como ejemplo- a la que se da por la relación entre el tipo penal y la sentencia penal, pues en este último, ambos sujetos responden a la potestad pública y el juez basa la emisión de la norma individual y concreta, de acuerdo al sistema de validez, en las exigencias de la norma que se desprende del código penal, cuestión que no sucede con la relación entre un contrato privado y el código civil.

Por otra parte, las normas de derecho público regulan una serie de actos que no son públicos, verbigracia, los delitos, las faltas administrativas, etc., son conductas privadas que no dimanan de la actividad de sujetos con potestad pública, podemos decir que la norma es pública, pero los actos que regula no lo son. En el mismo sentido los intereses postulados en las relaciones, algunos son públicos y otros no lo son, los sujetos con potestad pública al realizar actividades, en cumplimiento de sus atribuciones, postulan intereses públicos, lo mismo que el particular postula intereses privados. Los intereses que coinciden en un acto jurídico forman la relación, por lo que, decir interés público o privado no es determinar la relación, sino uno de sus polos, de tal suerte que, las relaciones son de un interés público frente a otro, de un interés privado frente a otro o de un interés público frente a uno privado, que no se excluyen sino que se combinan. Lo que hace la norma, es, establecer los límites de cada interés.

Para poder explicar el ámbito público y su fuente la potestad pública hay que aludir a la ontología política, como capacidad de hacer que desenvuelve en la regularidad del poder, desarrollando todas sus posibilidades como

determinaciones normativas que oscilan entre las normas generales y abstractas y las individuales y concretas, y que determinan la forma del ser social por la fuerza o por la persuasión racional o ideológica.

La base de la exigencia conductual es la determinación, por un lado, de las razones del poder, que hacen legítimos los actos de gobierno y por el otro las fuentes reales de la determinación normativa que alude a la validez del supuesto normativo, es decir, si se considera que la justificación del orden es la seguridad, los actos de gobierno son legítimos si elaboran normas y sanciones contra los actos que tiendan a romperla; o en otro caso, si se considera que son las libertades individuales y la propiedad la razón del Estado, entonces la determinación normativa y los actos de gobierno serán legítimos cuando garanticen éstos. Las determinaciones del fin y los medios del orden político se proyectan como orden constitucional y por ello como la cúspide de la validez normativa.

Lo público no es más que el ámbito del poder legítimo, limitado por su fuente y razón de ser, de acuerdo a sus propias determinaciones que se traducen normativamente, como exigencias que regulan y se sobreponen en lo privado al aspirar a ser regularidad, frente al mundo de las necesidades que generan al ámbito privado como conflictivo y resuelto en última instancia por la validez de lo público dentro de sus propios órganos, sin ser sustituto de su fuente como una providencial voluntad estatal omnipresente en todos los actos sociales.

### 3.2.2. Distinciones en derecho público y derecho constitucional.

En el análisis precedente distinguimos los ámbitos de lo público y lo privado, por lo que en éste punto vuelve a ser relevante la distinción entre lenguaje constitucional, sistema de reglas constitucionales y constitución.

Por lo que podemos decir que el lenguaje constitucional está integrado por el conjunto de signos lingüísticos ordenados en unidades significativas llamadas oraciones, es decir, de unidades lingüísticas que pueden ser calificadas de ciertas o falsas o en su caso de validas o invalidas.

El sistema de reglas de la constitución deviene de la interpretación a través de los códigos lingüísticos de las oraciones, por lo que guarda una relación semántica



con ellas y en consecuencia las reglas no se dan a primera vista, hay que darles sentido a través de la búsqueda contextual de su ámbito.

Por su parte la constitución es una unidad de poder que responde al diseño reglado impuesto por el soberano a través de un poder constituyente, y con ello se vislumbra el tema que trataremos en el siguiente capítulo sobre la defensa constitucional.

Con nuestra trilogía de niveles constitucionales podemos plantear las siguientes cuestiones, a qué nivel de análisis se aplica el término público, o en qué sentido ha de tomarse como público cada uno de los rubros señalados, y cuál es el alcance en sentido constitucional de los distintos aspectos que pueden ser señalados como públicos, por ejemplo el interés, la norma o regla, el poder, el acto, la relación, la aptitud, el interés, el fin o el medio.

En este punto cabe preguntarse si puede hablarse de sujetos públicos, porque parece que podemos hablar de órganos públicos, pero los sujetos no son públicos, cumplen funciones públicas, postulan intereses públicos o realizan actos públicos, los sujetos son singulares, pero la ficción de persona hace parecer como si el sujeto fuera el público, en todo caso lo que es público es otra ficción que llamamos Estado. Ahora bien como no hay sujetos públicos, tampoco hay sujetos privados, éstos son también singulares con aptitudes privadas, porque la cualidad privada o pública no es un elemento constitutivo de los sujetos sino de sus relaciones, por ello un mismo sujeto puede actuar en un ámbito público y en uno privado.

Si comenzamos por establecer la base del Estado tendremos que decir que éste supone la existencia de un poder público, lo que tendría que suponer la existencia de un complemento dentro del universo del poder, dicho complemento tendría que ser calificado como poder privado, es decir una relación en la capacidad de hacer con un carácter específico, aunque tal carácter sería privado por muchos aspectos como lo son en el caso del carácter público.

El tema del poder privado derivado de relaciones que tienen que ver con un tema que ya mencionamos y que no abordamos, y no abordaremos en lo sucesivo pues no forma parte de nuestro análisis, de dicho tema se ocupa Michel Foucault, cuando desarrolla la noción de poder disciplinario, aunque para él la categoría de

privado no tiene aparentemente lugar en su análisis, al tratar el tema del poder que alcanza los más recónditos intersticios, no desarrolla el tema del Estado y por tanto se refiere al ámbito privado.

Por otro lado al averiguar sobre el poder público, podemos establecer una relación pública en la que el activo del poder tiene la capacidad de actuar frente al pasivo del poder que se encuentra dentro del ámbito de su alcance, dicha circunstancia puede alcanzar a una persona, a un grupo de personas o a una comunidad completa, todo depende del lugar en el que se encuentre ubicado respecto de la estructura del poder público, dicha capacidad es de hecho, a ello atiende Ferdinand Lassalle<sup>149</sup> cuando se refiere a los *factores reales de poder*, podríamos destruir todos los documentos que contienen el texto constitucional y las relaciones de poder no cambiarían, pues a la constitución la informan esos poderes activos y eficaces que Lassalle llama *factores reales de poder*, pero ello no obsta para que su calificación de público requiera de un elemento adicional, porque este supone una facultad, como ya vimos los sujetos no son públicos, es la relación lo que hace su actuar público, en todo caso, no cualquier relación sino la que le confiere la calidad de público, y esa sólo puede devenir de una regla que determine la publicidad de la capacidad.

Pero el tema se complica en éste punto, puesto que esa determinación de publicidad que proporciona la regla tuvo que ser establecida por algún sujeto con una potestad pública, siguiendo esta línea los constitucionalistas, con razón nos ubicarán inmediatamente en el tema del poder constituyente, pero volvemos al problema del regreso al infinito que planteó Kelsen<sup>150</sup> al tratar el problema de la jerarquía de las normas, tendríamos que decidir que regla faculta al constituyente, en este punto el propio Kelsen pasaría de la norma puesta a la norma supuesta, mientras que Hart<sup>151</sup> aludiría a la regla de reconocimiento, pues en cada sistema hay reglas que determinan que es derecho y que no lo es.

Aunque nuestro problema, en este punto, es saber cuál es el extremo del poder público, si la regla de reconocimiento determina el ámbito público o ella misma es

---

<sup>149</sup> Consúltese: Lassalle, Ferdinand, op. cit., nota 113, pp. 94 y 95.

<sup>150</sup> Kelsen, Hans, op cit., nota 132, p. 146.

<sup>151</sup> Hart, Herbert L. A., op cit., nota 100, 125-137

pública, pero si es así, que regla ha constituido su publicidad, a Hart no le interesa responderlo porque su problema no está planteado en términos de validez jerárquica, pues su respuesta es de carácter sociológico y por lo tanto, no explica la razón axiológica de las reglas sino su génesis ontológica, la pregunta de Hart es cómo se constituye un sistema jurídico, mientras que la pregunta de Kelsen es que tipo de relación define al derecho dentro del ámbito del deber ser.

Pero dejemos estos puntos escabrosos porque tampoco nos ocupa por ahora el problema del regreso al infinito, lo que hay que resaltar es el problema que se plantea en el carácter público tanto del poder constituyente como del soberano, pues de alguna manera podría considerarse que el constituyente es una de las formas que asume el soberano o en su defecto es constituido por el soberano, lo importante aquí es recordar que se trata de una relación, el poder es una forma de relación y la noción de soberano se plantea también como una forma de relación que es fuente, en tal caso, si no hay regla puesta que determine el carácter público del soberano, éste no es público sino constitutivo de lo público, se trata de una relación establecida en virtud de la voluntad del soberano, en este momento habría que decir que el soberano no es público de la misma manera que no lo es el sujeto, y que sus facultades, son más bien capacidades de creación normativas, surgen de su voluntad con arreglo al cálculo racional del bien común, por lo que no requiere ser validada, la regla de la que emerge no es puesta ni supuesta, es admitida como una consecuencia racional de la libertad, pues el sujeto que quiere ser libre no está obligado a serlo sino que al decidirlo tiene que aceptar las consecuencias racionales de su decisión, decidir ser libre significa decidir realizar lo necesario para lograrlo, esto es, las condiciones de posibilidad de la libertad.

Hay en esto un juego entre la validez y la efectividad de los sistemas, la aceptación va conformando campos de significación que tienen que ver con la necesidad de la relación política, puesto que como descubrió Maquiavelo el éxito del poder político depende de la comprensión de los mecanismos del poder que supone una antropología, que permita medir al otro en sus relaciones, para poder calcular las consecuencias del actuar, y así, adquirir y mantener el poder.

Dicha postura solo atiende a uno de los lados del poder, puesto que la sociedad misma requiere entender los mecanismos de las relaciones sociales a través de una antropología, para medir las consecuencias de los actos humanos, y establecer así las regularidades que permitan la libertad en el actuar común y no la imposibilidad de la libertad por la ausencia de reglas de coordinación que den estructura al cuerpo social como una comunidad de relaciones de la libertad y por lo tanto como una comunidad de poder social, que siguiendo su técnica adquiera y conserve el poder, volviéndose una comunidad autónoma pues al ejercer su libertad de la única manera en que puede conservarla, se determina a sí misma. Esta manera en que puede conservar su libertad es estableciendo sus condiciones de posibilidad mediante un sistema de reglas que tiendan a la claridad de las relaciones sociales.

Se puede querer ser libre pero no aceptarlo por las consecuencias, es lo que sucede cuando emerge la responsabilidad, en la concepción sociológica se explica cómo se acepta de manera ideológica la regla y como una convicción interna produce su efectividad por lo que la amenaza es sólo un apoyo frente al disenso, pero no explica las razones de valor para aceptarla.

Siguiendo con nuestro análisis, al plantear la condición de las normas constitucionales, como un subconjunto de las normas de carácter público, habrá que aludir al sistema de reglas constitucionales, de tal suerte que su carácter público deviene precisamente en su facultad para determinar los límites del estado, dichas reglas dan contorno a la estructura de gobierno sus alcances los fines y los medios para cumplirlos.

El carácter público deviene del sentido colectivo no tanto de interés como del diseño, puesto que en la aspiración común de libertad a que todos arriban, están los límites en los que cada uno permite la libertad de los otros mediante una comprensión general, por lo que en el ámbito de la articulación de las conductas las líneas que lo posibilitan tiene ese carácter de determinación social, mientras que el interés singular influye en la determinación social pero no tiene la capacidad de articular conductas en gran escala, por lo que no puede construir las condiciones de la libertad, para ello se requiere de una totalidad que la comprenda

por ello al tratar el problema de la sociedad civil Hegel, no puede darle un sentido espiritual más que considerando al Estado como el contexto que da sentido a todo tipo de relaciones sociales.

Cuando Hegel comienza el análisis de la sección segunda de la tercera parte de la filosofía del derecho, revela dos fundamentos de la sociedad civil, el primero versa sobre la **persona concreta** y el segundo sobre **la persona particular** substancialmente en relación con otra igual. De tal suerte que en el parágrafo 182 afirma:

La persona concreta que es para sí misma un fin particular, en cuanto totalidad de necesidades [*Bedürfnisse*] y mezcla de necesidad [*Notwendigkeit*] natural y arbitrio, es *uno de los principios* de la sociedad civil. Pero la persona particular está esencialmente en relación con otra particularidad, de manera tal que sólo se hace valer y se satisface por medio de la otra y a la vez sólo por la *mediación* de la forma de la *universalidad* que es el otro principio.<sup>152</sup>

Tal necesidad resulta de la concepción espiritual hegeliana que ha de derivar en lo que ahora conocemos como intersubjetividad, es decir, dado este paso, la persona concreta se nos presenta como unidad de determinaciones diferentes que encuentran su unidad solo dentro de la especificidad que se da en la identidad sintética de la particularidad y el todo, como una inmanencia de lo social, por lo que en el sujeto, el todo humano ya está presente desde el principio, y en la sociedad se encuentra subsumido el individuo.

Podemos decir que la persona es concreta en cuanto se encuentra determinada por una serie de particularidades generales, porque la unidad de lo concreto está completamente determinada por generalidades que no encuentran su particularización más que en la coincidencia de otras generalidades en un concreto, no es posible en este sentido una particularidad particular.

La subjetividad que se ve a sí misma como un fin particular, es la consideración mediada por las necesidades que se manifiestan como exigencias de la propia

---

<sup>152</sup> Hegel, *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, Traducción de Juan Luis Vermal, Barcelona, Edhasa, 2ª. Edición, 1999, pág. 303.

existencia que puede ser vista desde el análisis de la determinación natural en juego constante con el arbitrio del constante querer, querer que juega, que se contraponen y hace unidad con los impulsos naturales. El sujeto se apropia de las cosas poniendo su voluntad en ellas, las utiliza y las consume para cumplir con las necesidades que su naturaleza le impone.

La persona concreta de la sociedad civil se va a exteriorizar en las cosas, en ese sentido, la propiedad significa el poner la voluntad en las cosas, el derecho abstracto así se manifiesta, en el contrato mediante el cual las voluntades se encuentran frente a frente como otro en el intercambio, mediante el cual establece una serie de relaciones que alcanzan su objetivación mediante el objeto, que media entre las necesidades y los deseos.

Por lo anterior es que Hegel habla de la persona particular, la cual es en relación con otra, no es únicamente la persona que se relaciona consigo misma poniendo en cuestión sus propias necesidades como escindidas de lo social, como si fuera un ente constituido primero y puesto después, si no que su particularidad deviene de su contraste con otro igual a él, que encuentra su valer en la determinación del otro, mediante el otro que lo satisface, de la misma manera uno es simplemente el medio del otro.

La persona es tal en tanto es frente a otro, la persona de los contratos es la que se presenta con sus derechos y obligaciones ante otra en el intercambio, cada determinación del objeto del acuerdo de voluntades se traduce en la realización futura del rostro que se muestra como persona en la representación de las transacciones humanas. Es esto lo que constituirá un entramado de relaciones y que explica a grandes rasgos la sociedad industrializada que emerge junto con la teorización que se muestra como explicación del mercado convirtiendo al tiempo en dinero, y al ser humano en un competidor frente a otras individualidades.

El entendimiento tiende a dividir, así las relaciones que se dan con los otros por medio de éste, por eso se le presentan como un estado de cosas exterior, como lo diverso del propio fin del sí mismo, en el que se ha colocado al sujeto en la

inmediatez de su particularidad, que sólo se alza a la universalidad mediante esa exterioridad que lo condiciona, de tal suerte que Hegel afirma en el párrafo 182:

En su realización, el fin egoísta, condicionado de ese modo por la universalidad, funda un sistema de dependencia multilateral por el cual la subsistencia, el bienestar y la existencia jurídica del particular se entrelazan con la subsistencia, el bienestar y el derecho de todos, se fundamentan en ellos y sólo en ese contexto están asegurados y son efectivamente reales. Se puede considerar este sistema en primer lugar como *Estado exterior*, como el Estado de la *necesidad* y del *entendimiento*.<sup>153</sup>

La concepción política del siglo XVIII está construida sobre la particularidad del individuo, por ello se busca en una naturaleza individual las condiciones de las relaciones sociales y la necesidad del poder, conforme a ello se ha constituido como rasgo fundamental del orden del conflicto de las necesidades, el carácter egoísta de la individualidad.

Es por ello que Hobbes<sup>154</sup> y otros conciben al ser humano como una criatura egoísta que basa su actuar en el amor a sí mismo, como lo analizamos en el primer capítulo, en consecuencia, quiere lo que le produce satisfacción, lo que está en la naturaleza, pero hay pluralidad de individuos con la misma característica y que actúan conforme el amor propio lo dicta, por tal, los humanos entran en conflicto por lo que está en el mundo y a todos les corresponde, se dan cuenta de la situación contra la seguridad de la propiedad, a pesar de ello, no es suficiente para tener seguridad pues la autonomía implica un conflicto que nunca se resuelve. Para que haya seguridad, en ese sistema de particularidades, Hobbes tiene que considerar que, la conducta debe ser limitada por una voluntad heterónoma que evite el conflicto, para ello es cedida una parte de la libertad en pos de un contrato social.

Sobre la misma base del entendimiento separador Adam Smith va a construir su teoría económica, que no es otra cosa que el mundo de las necesidades autoreguladas a través del acomodo natural de las particularidades egoístas y por ello afirma que la mejor forma de emplear el capital en la producción y distribución

---

<sup>153</sup> Ibidem., p. 303.

<sup>154</sup> Véase el apartado 1.2.3 de este trabajo.

de la riqueza es aquella en la que no interviene el gobierno, es decir, en condiciones de de librecambio.

Según Smith, la producción y el intercambio de bienes aumenta, y por lo tanto también se eleva el nivel de vida de la población, si el empresario privado, tanto industrial como comercial, puede actuar en libertad mediante una regulación y un control gubernamental mínimos.

El principio de la “mano invisible” establece que: al buscar satisfacer sus propios intereses, todos los individuos son conducidos por una “mano invisible” que permite alcanzar el mejor objetivo social posible. Por ello, cualquier interferencia en la competencia entre los individuos por parte del gobierno será perjudicial. Es así como el fin egoísta de la particularidad se encuentra limitado por la universalidad.

En este punto lo público se presenta como un ámbito de corrección, en él las condiciones del orden derivan del aparente caos del hacer individual y por lo tanto lo público en ámbito restringido que solo tiene sentido para hacer que se cumplan los acuerdos.

Por lo anterior es que Hegel expresa a la sociedad civil como un sistema de dependencias multilateral, por el cual la subsistencia depende del acomodo que en el enfrentamiento de los intereses particulares se dé, y no sólo ello, sino que los demás son constituidos como personas en las relaciones del intercambio jurídico, que da rostro a los otros y que hacen la efectiva realización de los propios fines, en las necesidades satisfacciones y el derecho de todos.

Pero para el propio Hegel el sentido de la sociedad civil encuentra su comprensión solo en esa totalidad que llama Estado, no como un supra ente metafísico separado del Estado sino dentro del estado, el ciudadano para Hegel no es frente al Estado, es en el Estado, por ello se le presenta como una de las formas de la libertad en donde esta nunca es suficiente y por ello en el devenir siempre ha de mostrar su insuficiencia al aparecer nuevas formas de la libertad, lo cual explicaría la emergencia del Estado intervencionista y el Estado social, en los



cuales el aparato de gobierno se hace más amplio y la sociedad civil se ve limitada para posibilitar mayores condiciones de libertad. Es por lo anterior que la postura que Mario de la Cueva refiere de los seguidores de Hegel resulta inadecuada, pues confunden al gobernante con el Estado.<sup>155</sup>

Contemplados el monarca primero y más tarde el Estado, especialmente en las escuelas jurídicas derivadas de Hegel, como entes supremos, o sea, como un algo superior a los hombres, su derecho tenía que ser distinto al derecho de los particulares.

Cuando se le acusa a Hegel de poner al Estado como un dios por encima de los Hombres, dicha postura está fuera de la comprensión de lo que significa el sistema hegeliano, puesto que la filosofía de Hegel es reconciliadora, en tal sentido que lo universal no se entiende sin lo particular, pues de lo que se trata es de ser uno con la totalidad, en franca posición dialéctica. Por lo que la posición de Mario de la Cueva aunque no la ligue con Hegel es más acorde con él cuando afirma:<sup>156</sup>

Suprimida esta pretendida superioridad, que nada justificaba, puesto que el Estado es, simplemente, la organización jurídico-política creada por los hombres, el derecho recobró su unidad.

Sin embargo no se puede confundir al Estado hegeliano con la organización jurídico-política, por que el Estado es una esfera más amplia en la que cobra sentido dicha organización.

Por lo que respecta a la condición pública de la Constitución, entendida como una realidad de poder unificada que cobra sentido en la adecuación a las reglas del sistema constitucional, trataremos el tema al abordar, en el último capítulo, el problema del disenso constitucional, puesto que cuando las acciones de gobierno se distancia en el sistema de las determinaciones soberanas, se encuentran en franca actitud privada en detrimento del orden público, pues son sus propios

---

<sup>155</sup> De la Cueva, Mario, *Teoría de la constitución*, 2ª ed., México, Porrúa, 2008, pág. 27.

<sup>156</sup> Idem.

intereses los que provocan el disenso constitucional, ya que el consenso está del lado del bien común.

## CONCLUSIÓN

Las distintas concepciones de distinción entre lo público y lo privado se han enfocado en aspectos oscuros por su ambigüedad, hasta llegar al absurdo de la doble personalidad del Estado, como persona de derecho público y como persona de derecho privado. En este capítulo se han abordado solo algunas de las teorías dominantes de lo público y lo privado, desde la teoría clásica, pasando por el de la relación para finalmente arribar a la teoría que niega la existencia de dicha distinción.

A pesar de que parece contundente la conclusión de que solo hay derecho, negando la distinción, en la práctica jurídica parece tener gran relevancia, y las leyes contienen menciones como 'orden' o 'interés público', de tal suerte que sería fácil concluir que la teoría es falsa pero útil, lo cual resulta paradójico, sin embargo, un análisis más cuidadoso parece mostrarnos que el problema es el posicionamiento parcial que se ha tenido del problema, por lo que, hay que pensar en cuantos sentidos el vocablo público cobra sentido como un adjetivo, y por ende, su uso depende del sustantivo al cuál se aplica, y de qué manera se aplica.

Finalmente hay que tomar en cuenta que muchas veces se habla del ámbito de la relación entre personas de derecho, imponiendo etiquetas simples a lo complejo, puesto que si hablamos de relación tendremos necesariamente que hablar de dos o más polos en los cuales las personas pueden estar constituidas como órganos públicos o como entes privados, sin que tengan que anularse alguno de los extremos de la relación. Es por ello que las relaciones son privadas-privadas, públicas-públicas o privadas-públicas según los extremos, sin que por ello deje de reconocerse que según la regulación de estas relaciones uno de los extremos predomine sobre el otro.

Lo mismo sucede cuando tenemos dos o más intereses en juego, estos se encuentran inmersos en un campo de relaciones que nos lleva a pensar en el tipo de relación de intereses que se planteó para las personas públicas y privadas.

## CAPÍTULO IV. ADECUACIÓN DEL PODER A LA CONSTITUCIÓN

Como ya hemos explicado el problema de la constitución pasa por varios niveles de análisis, uno de ellos se refiere a la determinación regulativa de la estructura de poder, nos referimos al conjunto de reglas que suponen la delimitación del poder político, de ella deriva el establecimiento de la distribución de facultades de los órganos de gobierno, sin embargo, el establecimiento de dichos principios no implica una necesidad fáctica.

Los funcionarios públicos devienen de una realidad cultural, por su existencia atraviesan una gran cantidad de campos de acción y por ende de ámbitos de comprensión del mundo, lo que ubica a cada uno de ellos en una trama de relaciones que dan significado a su actuar, a ello hay que agregar sus inclinaciones y deseos, por lo que la manera en que conciben y se ajustan a las determinaciones de regulación jurídica es diferenciada.

A una parte de este problema Herbert L. A. Hart lo llamó la textura abierta del derecho,<sup>157</sup> extendiendo las posibilidades más allá de la única respuesta correcta, tema de absoluto interés para los estudios constitucionales, que nos lleva a la distinción entre determinación constitucional del poder político, y poder político constituido, en el primer caso se trata de las reglas que determinan el conjunto de medios y fines que tienen los gobernantes.

Dichos medios y fines se expresan por medio del lenguaje, sus signos y sus códigos lingüísticos, son también para el gobernante, por lo que él es, en determinado momento, también un receptor, así es que, si su interpretación del lenguaje jurídico constitucional puede apartarse del régimen constitucional, por razones de criterio, también puede hacerlo por sus pasiones. De ahí que el problema no se agote en este punto, porque el gobernante puede en determinado momento apartarse por intereses personales o aun por corrupción.

El diseño de los sistemas constitucionales ha previsto el posible desvío de los márgenes constitucionales y por ello se ha hecho necesario establecer lo que

---

<sup>157</sup> Hart, Herbert L. A., op cit., nota 100, p. 159.

algunos juristas han llamado "*la defensa de la constitución*,"<sup>158</sup> que consiste en un conjunto de medios cuya finalidad es el control de la desviación del orden constitucional.

La propia estructura del régimen constitucional ha sido pensada desde el punto de vista del equilibrio del poder, por ello se ha hecho y se ha planteado una detallada distribución del poder, también se han establecidos candados y requisitos para el acceso al poder y se ha discutido largamente sobre la conveniencia de los diversos sistemas electorales y de los órganos de representación.

En consecuencia el ejercicio efectivo del poder conforma una realidad que no necesariamente responde a la determinación constitucional, puesto que el poder que se ejerce en contra de la constitución no deja de serlo, por lo que podemos calificar al poder desde la determinación del régimen constitucional, de tal manera que tenemos dos subconjuntos del ejercicio del poder.

Por una parte el poder se presenta como adecuado al régimen de la constitución, a esto le podemos llamar constitución política en un sentido auténtico, dicho apego conforma una unidad en tres niveles que comienzan con el poder soberano que se manifiesta como un cuerpo proyectivo de reglas que tienen su efectividad en el poder político constitucional.

Por otro lado tenemos lo que podríamos denominar el sistema del poder, dicho sistema del poder es el conjunto total de las relaciones de poder, en él cabe tanto el poder constitucional como sus desviaciones, de tal suerte que el sistema contiene dos subconjuntos, que serían la constitución o ejercicio del poder político constitucional y su complemento, el poder político anticonstitucional o inconstitucional, según sea el caso.

El análisis precedente supone la consideración del poder político como una totalidad viva, como un sistema de la libertad que se manifiesta en su práctica frente a sus opuestos que son la servidumbre y el amo, y por tanto se da en la dialéctica del sistema. Tal contraposición se encuentra autoregulada por el

---

<sup>158</sup> Por ejemplo: Del Palacio, Alejandro, *Nuevas lecciones de teoría constitucional*, México, CEID, 2006, pp. 337.

sistema, de tal manera que para la comprensión de éste, es necesario tomar en cuenta el juego del poder en relación con el juego de los controles constitucionales. Lo que nos permitiría evaluar el grado de constitucionalización de una sociedad.

Lo anterior nos lleva, en un primer momento, al desarrollo de dos puntos cruciales en la disensión constitucional<sup>159</sup>, el primero referente al alcance de la interpretación del lenguaje jurídico y específicamente del lenguaje constitucional y por tanto al problema de saber si existe una textura abierta como afirma Hart o si sólo hay una respuesta correcta como afirma Dworkin,<sup>160</sup> de tal suerte que la cuestión supondría mayor rigurosidad en el caso del segundo, y en el caso del primero el control de la constitucionalidad resultaría menos estricto y por ende las posibilidades constitucionales mayores.

#### 4.1. ALCANCE SEMÁNTICO DEL LENGUAJE CONSTITUCIONAL

Tratándose de las constituciones escritas, el texto está compuesto por una sucesión de oraciones distribuidas en un conjunto de artículos regularmente organizados en dos secciones, una que determina los órganos de poder, así como sus fines y los medios para alcanzarlos (parte orgánica), otra que establece un conjunto de límites a estos (parte dogmática).

Ahora bien, dichos enunciados describen elementos de diversa naturaleza, como ya analizamos en los capítulos precedentes cada enunciado describe un elemento que al combinarse con otros componentes da como resulta normas de conducta, recordemos que el alcance de dichos elementos depende de la especificidad sintáctica de dichas oraciones y por lo tanto de su amplitud semántica.

En dichos sistemas el ejercicio del poder toma su validez de las determinaciones contenidas en los enunciados, pero su fuente está en un poder originario que pretende comunicar una idea de construcción política, por lo que la interpretación del lenguaje constitucional tendría que tomar en cuenta tal circunstancia.

---

<sup>159</sup> Llamo disensión al desacuerdo o distanciamiento que hay con la Constitución.

<sup>160</sup> Consultar por ejemplo: Cárdenas Gracia, Jaime, op. cit., nota 117, p. 71

En ese sentido lo que tenemos que analizar se aleja de la mera razón para seguir las reglas jurídicas, que como lo explica Wittgenstein,<sup>161</sup> cuando emprende la tarea de explicarnos en qué consiste seguir una regla, es más fácil entenderlo de manera ejemplificativa.

Es el caso de la secuencia siguiente: 2, 4, 6, 8, 10, 12..., sin embargo para saber qué número sigue hay que entender el sentido de la secuencia, lo mismo sucede con los precedentes, en tal sentido seguir una regla implica entender la línea de sentido que establecen las resoluciones precedentes. Por lo que Wittgenstein afirma:<sup>162</sup>

Por lo tanto 'seguir la regla' es una práctica. Y creer seguir la regla no es seguir la regla. Y por lo tanto no se puede seguir 'privadamente' la regla, porque de lo contrario creer seguir la regla sería lo mismo que seguir la regla.

Lo mismo resulta de la interpretación de enunciados jurídicos, aunque en tal caso la sintáctica de éste proyecta la línea del sentido, pero no se puede dejar de lado que dicha oración proyecta el sentido del poder constituyente que como ya se vio implica una concepción de la libertad, por lo que una guía fundamental para seguir una regla constitucional, se entienda como en la secuencia numérica que parece proyectar la ordenación de números pares, en el caso de la regla constitucional se trataría de un criterio de la libertad.

Sin embargo decíamos que el interés, de momento, no se centra en esta cuestión, porque nuestro problema, en un sentido racional, no es: ¿por qué se han de seguir las reglas?, ya que dicha explicación posibilita tantas razones como seres humanos encontremos, aunque tomado el tema con detenimiento podamos establecer un número cuantificable de razones, el problema aquí es cómo logramos seguir una regla.

El punto a dilucidar es que razones justifican seguir una regla, porque todo el sentido del texto constitucional no depende de la regularidad con que se siga la regla, sino de las razones para seguirla, en tal caso no se trata de razones de tipo externo al propio contenido, como el caso de un miedo terrible o de la espera de

---

<sup>161</sup> Wittgenstein, Ludwig, op cit, nota 120, 2003, pp. 201.

<sup>162</sup> Ibidem., p. 203.

un premio por cumplir con ella. Se trata de los motivos racionales que subyacen no sólo a la necesidad social del establecimiento de la regla sino de las normas e incluso del sistema y del orden jurídico en su totalidad, que ha de entenderse como orden jurídico constitucional en tanto responda a las determinaciones del orden jurídico constitucional.

En este punto volvemos sobre la distinción entre la norma de control social y la regla de aplicación para el funcionario judicial, porque tal sujeto tendrá a la primera norma meramente como uno de los componentes descriptivos de la norma que lo obliga y no como una regla a seguir, lo que sí es una norma para el conjunto social que complementa al conjunto de los funcionarios judiciales, es decir, los ciudadanos que carecen de facultades judiciales según se adecuen al ámbito de aplicación normativa.

Para éste tema nos interesa pensar en la forma en que los funcionarios judiciales tratan a la norma porque es en este rubro donde se establece el control del disenso normativo, y específicamente del disenso constitucional y por tal de la proyección de su diseño.

La disensión involuntaria deriva de la falta de comprensión del sentido de seguir la regla constitucional, lo cual se ubica en el análisis de la textura abierta frente a la única respuesta correcta, a lo que diríamos que más que la única respuesta correcta tenemos el término en que se desplaza la decisión entre la peor respuesta admisible y la más correcta, fuera de ese umbral la decisión se encuentra en franca oposición a la determinación constitucional.

Esto se explica por la forma en que las reglas de diseño del sistema constitucional definen el sentido del orden jurídico, puesto que la mejor respuesta se encuentra del lado que más se acerca al sentido completo del sistema constitucional como una totalidad de significado, mientras que la peor respuesta aceptable quedaría en el límite del sentido del orden constitucional y por ende de la determinación del poder como libertad.

Siguiendo esta tendencia argumentativa podemos decir que un funcionario judicial puede, al emitir su resolución, dar la menos admisible de las respuestas y ser susceptible de ajuste por medio del control de la constitucionalidad para arribar

a la respuesta más plausible o al menos acercarse a ella. Todavía habría que analizar el disenso en el que se está fuera de toda respuesta admisible y en tal caso fuera de lo que es acorde con la definición de orden constitucional y por tanto un punto de ruptura con las condiciones de la libertad.

Es por ello que la defensa de la constitución es más una defensa de las condiciones de posibilidad de la libertad que un mero control normativo, así es que dicho disenso es posible y aún le quedará un resquicio de constitucionalidad en la regla que lo determina como hábil jurídicamente para decidir, es ello lo que explica que una diversidad de decisiones normativas, opuestas en algún aspecto y por el que se ha llegado incluso a la negación de la importancia de la lógica en el planteamiento jurídico.

Ulises Schmill aborda el problema desde la diversidad de consideraciones de interpretación de los órganos judiciales,<sup>163</sup> planteando el problema de la posibilidad de la subsistencia de dos normas contrarias en un mismo sistema, y consideradas validas simultáneamente, puesto que a la posición normativa de una autoridad judicial, se le confiere validez mientras no sea declarada invalida por una autoridad superior, mientras que la norma de la que emergió tenga un sentido opuesto, resultando valida también.

Tal postura deviene de confundir el argumento con el sistema de emisión normativa, ya que mientras el argumento es una concatenación de enunciados de los cuales se pretende coherencia en la relación que los ubica dentro de una unidad comprensiva, y en la que, por lo tanto, lo que se busca es la corrección de éste; mientras que la emisión normativa depende de la decisión del sujeto que la emite y por supuesto aunque el referente textual y la reglas de diseño normativo sean las mismas, el sujeto emisor puede ser diverso y por tal puede tomar decisiones diferenciadas. En conclusión, cuando tal caso llega a darse, ambas decisiones no forman parte de un argumento a menos que se trate del análisis de un teórico que pretenda convertirlas en una cuestión de coherencia simple.

Cuando con los mismos referentes normativos dos funcionarios públicos resuelven de manera diametralmente distinta estamos frente a un problema del

---

<sup>163</sup> Schmill Ordoñez, Ulises, *Lógica y Derecho*, México, Ediciones Fontamara, 1997, pp. 11-27.



sistema efectivo de decisiones y por tanto no nos encontramos en un argumento sino en un sistema vivo de relaciones.

Siguiendo una analogía fisiológica, en un organismo vivo los anticuerpos atacan a los cuerpos extraños, eso sería lo esperado en su funcionamiento, y si en tal caso hubiera un sistema de normas que dictarían que ese es el correcto funcionamiento del organismo y que es a los anticuerpos a quienes les corresponde atacar a los elementos extraños, no podríamos decir, que si por una patología los anticuerpos atacaran a los propios anticuerpos y no a los cuerpos extraños, que la lógica es irrelevante para la fisiología.

Sin embargo es necesario volver a distinguir entre la disciplina y el objeto de estudio, porque cuando la teoría jurídica aborda los problemas jurídicos no puede concluir que algo es y no es al mismo tiempo y en el mismo sentido, porque entonces su argumentación sería incorrecta y por lo tanto no cumpliría con la exigencia mínima de seriedad científica.

Por otra parte, la peculiaridad de nuestro objeto de estudio incluye la argumentación como una parte ineludible de la práctica jurídica, es relevante en este sentido tomar en cuenta que los jueces toman resoluciones y que estas deben ir revestidas de consistencia, sin embargo, la realidad jurídica nos muestra que la incoherencia se puede dar, aunque la resolución incluya la frase, para estos efectos superficial y paradójica, *'conforme a las reglas de la lógica'* y a pesar de ello su resolución tenga efectos jurídicos. Sin embargo, no por ello podemos decir que en la práctica jurídica es irrelevante la lógica, y si podemos decir que es una exigencia implícita dentro de las reglas de la justicia, en virtud de que se deben dar razones para dictar una resolución, puesto que el funcionario es responsable de la asequibilidad a la justicia, y por ende debe responder a la naturaleza del sistema, el cual se encuentra descrito por los enunciados constitucionales.

#### 4.2. CIMENTACIÓN, ESTRUCTURA Y CONTROL CONSTITUCIONAL

Hasta ahora hemos tratado el problema del alcance significativo de los enunciados constitucionales, por lo que ahora corresponde el problema de los cimientos y la estructura constitucionales del sistema vivo, y su relación con el diseño constitucional.

Al abordar el tema del control sobre el disenso constitucional se habla de dos tipos de protecciones constitucionales, unas son las autoprotecciones y otras son lo que se denomina los medios reparadores del sistema. La primera en realidad es su propia fisiología, por lo que los diseños constitucionales contienen una tensión estructural que permite su permanencia en el tiempo.

Un primer punto a tratar es el problema de la representación propia de los Estados contemporáneos, cuya existencia deviene de las necesidades que se presentan con poblaciones extensas y una complejidad social que no conoció la antigüedad, problema que se aborda como una cuestión de formas de la libertad, tema que trata Benjamín Constant con su clásica distinción entre la libertad de los modernos y la de los antiguos.

Benjamín Constant. Se ocupa de dos formas distintas de libertad, la que considera a ésta como un ejercicio político, y la que la considera como un goce privado. A la primera la denomina libertad de los antiguos, a la segunda la llama libertad de los modernos. Trata a la guerra como una forma de adquisición propia de la antigüedad, así como al comercio como una forma de adquisición de los modernos, relaciona el tiempo de ocupación privado a la necesidad de la representación política, así como a la especulación, a la circulación y al crédito como medios de limitación del poder social, finalmente establece la necesidad de combinar las dos formas de libertad en el predominio de la de los modernos.

Se ha visto a Francia fatigas en ensayos inútiles, cuyos autores, irritados por su poco éxito, han intentado obligarla a gozar del bien que no quería, y le han disputado el que quería... Este gobierno -de los modernos-, el único a cuyo abrigo podemos encontrar alguna libertad y tranquilidad, ha sido casi enteramente desconocido a las naciones libres de la antigüedad.<sup>164</sup>

Los modernos entienden la libertad a partir de la autonomía y pensando en la capacidad de tomar el mayor número de decisiones de manera independiente, y

---

<sup>164</sup> Constant Benjamin. "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos", *Del espíritu de conquista*. Traducción de Magdalena Truyol Wintrich y Marcial Antonio López, Madrid, Técnos, 1988, p 65.

buscando el menor número de decisiones heterónomas que constriñan el espíritu personal con el espíritu colectivo, lo que Constant enuncia de esta manera:

El derecho de no estar sometido sino a las leyes, no poder ser detenido, ni preso, ni muerto, y maltratado de manera alguna por el efecto de la voluntad arbitraria de uno o de muchos individuos.<sup>165</sup>

En resumen, la libertad de los modernos es libertad individual frente a los límites de la colectividad. De tal suerte que la libertad de los antiguos:

Consistía en ejercer colectiva pero directamente muchas partes de la soberanía entera; en deliberar en la plaza pública sobre la guerra y la paz; en concluir con los extranjeros tratados de alianza; en votar las leyes, pronunciar sentencias, examinar las cuentas, los actos... Ellos admitían como compatible con esta libertad colectiva la sujeción completa del individuo a la autoridad de la multitud reunida... Todas las acciones privadas estaban sometidas a una severa vigilancia: nada se concedía la independencia individual ni bajo el concepto de opiniones, ni del de industria, ni de los otros bienes que hemos indicado.<sup>166</sup>

Es decir, la libertad de los antiguos es una libertad política, que implica la libertad de participar en la conformación de la voluntad social. Tal circunstancia ocurre en virtud de que consideraban la adhesión a la voluntad colectiva como constituida por ellos mismos, no existe en tales circunstancias un gobierno representativo, es el ágora el constitutivo de la voluntad común, el margen de determinación individual era mínimo. Por ende, la entrega a la comunidad era completa, puesto que el sentido de los antiguos estaba dado por el espíritu social de la época, por ello la consecuencia era que:

Entre los antiguos el individuo, soberano casi habitualmente en los negocios públicos, era esclavo en todas sus relaciones privadas. Como ciudadano decidió la paz y la guerra; como particular estaba limitado observado y reprimido en todos sus movimientos.<sup>167</sup>

---

<sup>165</sup> Ibidem., p 67.

<sup>166</sup> Ibidem., p 68.

<sup>167</sup> Ibidem., p. 69.

En cambio en los modernos la participación es mínima tratándose de los asuntos públicos, porque se dedican más a la vida privada, siendo imposible por el número de sujetos que conforman las sociedades que se reúnan en una plaza para deliberar sobre cada uno de los asuntos de gobierno descuidando sus asuntos particulares, y por ello lo describe Constant de la siguiente manera:

Entre los modernos..., el individuo, independiente en su vida privada, no es soberano más que en apariencia aún en los Estados más libres: su soberanía está restringida y casi siempre suspensa: y si en algunas épocas fijas, pero raras, llega a ejercer esta soberanía, lo hace rodeado de mil trabas y precauciones, y nunca sino para abdicar de ella...Los antiguos como dice Condorcet, no tenían noción alguna de los derechos individuales.<sup>168</sup>

La diferencia esencial entre los antiguos y los modernos consiste en que mientras unos tienden a darle sentido a la vida a través de la comunidad, los segundos se la dan a la vida personal en la que cada trata de distinguirse a través de la originalidad a través del propio sentido:

Primero "todas las repúblicas de los primeros tiempos estaban reducidas a límites estrechos."<sup>169</sup>

Debido a su poca extensión, se encontraban en continuos roces, lo que las hacía belicosas, por esta necesidad, se encontraban en combate continuo, el precio de la independencia y de la seguridad era la guerra, el resultado de los continuos combates fue la adquisición de esclavos.

Mientras que entre los antiguos se agrupaban familias aisladas, en enemistad nata, entre los modernos, hay grandes grupos humanos con distintas formas de vida, pero de una naturaleza homogénea, tal es su fuerza que no se teme a las hordas bárbaras, y tan educadas que su tendencia es a la paz.

Lo anterior tiene como consecuencia, otra forma de apropiarse los mismos objetos que se desean, que es el del comercio y no el de la guerra como los antiguos, esta último es característico de los modernos. A pesar de que entre los

---

<sup>168</sup> Idem.

<sup>169</sup> Ibidem., p. 70.

antiguos hubo pueblos comerciantes, éstos no son la regla, cuestión que sí lo es entre los modernos.

Entre los antiguos vencer en la guerra significaba aumento de esclavos, tributos y tierras, con una forma de riqueza pública y privada, entre los modernos la guerra es más costosa que benéfica, en consecuencia, entre los modernos todas las profesiones, y todas las necesidades deben ser ejercitadas y provistas por hombres libres.

Mientras entre los antiguos su influencia personal era evidentemente perceptible, entre los modernos, su influencia es imperceptible.

Segundo "la abolición de la esclavitud quita a la porción libre todo el margen que le resultaría de que los esclavos estuviesen encargados de la mayor parte de los trabajos."<sup>170</sup>

En pocas palabras Constant afirma que el óseo es necesario para conformar una sociedad de participación directa en la conformación de las decisiones colectivas, cuestión que, era posible en la antigüedad gracias a la esclavitud y a que ésta permitía que, siendo el esclavo el que soportaba las labores cotidianas del sustento privado, el señor se dedicara a la deliberación pública.

Tercero. El comercio deja sólo algunos intervalos de inactividad, no como en el caso de la guerra en que se tienen que abandonar el resto de las actividades, por ello:

El comercio inspira a los hombres un vivo amor por la independencia individual, socorre sus necesidades y satisface sus deseos sin intervención de la autoridad...Cuando los gobiernos pretenden hacer nuestros negocios, nos causan más mal y más dispendios sin comparación que nosotros mismos.<sup>171</sup>

Atenas que era una Polis más comerciante que todas las demás se asemeja mucho a los modernos, sin embargo, como en ella había esclavos y un territorio muy limitado, su libertad era la propia de las demás naciones antiguas, es decir:

---

<sup>170</sup> Ibidem., p. 73.

<sup>171</sup> Ibidem., p. 73 y 74.

El pueblo hacia las leyes, examinaba la conducta de los magistrados, obligaba a Pericles a dar cuenta de su administración, y condenaba a muerte a los generales, como sucedió con los que habían mandado en la batalla de las Arginusas... El individuo está mucho más esclavizado a la supremacía del cuerpo social de Atenas de lo que lo está en nuestros tiempos en un Estado libre de Europa.<sup>172</sup>

El pueblo en tales circunstancias decidía todo lo que incube a la comunidad y para ello requería mucho tiempo. Por lo tanto, afirma Constant, es imposible gozar del tipo de libertad que gozaron los antiguos, pues una participación en tales circunstancias supondría el abandono de nuestros asuntos privados, en detrimento de nuestra situación económica. La parte de cada uno en la soberanía nacional entre los modernos es abstracta, de la misma manera que entre los antiguos la voluntad de cada sujeto tenía una efectividad en la realidad política, por esto concluye Constant que:

El objeto de los antiguos era dividir el poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria: esto era lo que ellos llamaban libertad. El objeto de los modernos es la seguridad de sus goces privados: y ellos llaman libertad a las garantías concedidas por las instituciones de éstos mismos gocen.<sup>173</sup>

La postura de Constant muestra perfectamente la necesidad de la representación, sin embargo su posición acerca del contenido político de los actos es aún limitado porque la participación de la política se ha diversificado y en nuestro tiempo concurren circunstancias que no pudo siquiera haber soñado Benjamín Constant, como la existencia de la televisión y el internet.

Si bien es cierto, que sería imposible una democracia directa como en el caso de los antiguos, la participación política no puede reducirse a la elección de gobernantes, por ello resulta necesario el establecimiento de medios de participación de los ciudadanos en las decisiones públicas, que no impliquen el ejercicio del poder por ellos mismos, tales medios son considerados como formas de democracia semidirecta, y no suponen el abandono de las tareas privadas, la

---

<sup>172</sup> Ibidem., p. 75.

<sup>173</sup> Ibidem., p. 76.

representación en este sentido es una condición de posibilidad de la libertad moderna y la base sobre la cual ha de pensarse la necesidad de un control constitucional.

De tal suerte que el tema que se ha de abordar en este punto está ligado al *Telos* de la organización política, por ello ha de tratarse la integración y distribución de las funciones de gobierno, lo que incluye un control en la generación de la representación propia de los Estados modernos, por lo que en tal punto se han de incluir los requisitos para ser parte de los órganos de gobierno, los límites y la temporalidad en el ejercicio de su mandato.

Como se ha podido ver, la representación es la forma de gobierno social de las constituciones modernas, el establecimiento de los límites de su integración no resulta suficiente por lo que el siguiente punto tiene que ver con la forma en que se distribuye el poder.

La regularidad del funcionamiento de las relaciones de poder se presenta en la analogía como un organismo vivo, estos no son un mero conglomerado de células, porque éstas se encuentran agrupadas en órganos y sistemas compuestos por distintas clases de células con diversas funciones dentro del organismo, en ese sentido podemos decir que hay un esqueleto que sostiene al resto de los órganos y una piel que los cubre, también podemos concebir un sistema nervioso central (cerebro) y un sistema nervioso periférico.

En un sentido semejante Héctor Fix-Zamudio parte de la clasificación básica entre protecciones constitucionales y garantías constitucionales, explicando a las primeras por medio de una analogía de carácter biológico, tomando a los elementos de conservación constitucional como un aspecto fisiológico de la constitución.<sup>174</sup> De tal suerte que dicho autor incluye una serie de contenidos constitucionales en este rubro por lo que expresa lo siguiente:

El primer sector, relativo a la *protección de la constitución*, está integrado por todos aquellos instrumentos políticos, económicos sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados a través de carácter fundamental e incorporados a los documentos

---

<sup>174</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, México, CNDH, 1993, pág. 259.

constitucionales, con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia Constitución. Es decir, con estos instrumentos se pretende lograr la marcha armónica equilibrada y normal de los poderes públicos y, en general, de todo órgano de autoridad.<sup>175</sup>

Siguiendo la analogía podemos decir, que el esqueleto es el sistema mismo de distribución de atribuciones y funciones establecidos a través de la jerarquía constitucional, que el sistema nervioso central es el poder legislativo produciendo un flujo de mensajes e interrumpiéndolos para cancelar flujos de información y para abrir otros, en tal caso el ejecutivo es el sistema nervioso periférico que reparte la información por medio de actos de gobierno a través del cuerpo completo del poder político, mientras que el poder judicial es el sistema de alertas y ajustes del organismo, pues produce las substancia que mitiga los dolores y que muestra los problemas del sistema interviniendo para corregirlo.

Dicha repartición del poder supone la posibilidad de una división vertical y una horizontal, por lo que dicha distribución atiende al criterio teleológico del orden constitucional en el que se da la delimitación de los fines y los medios sociales contenidos en las constituciones.

En la distribución horizontal los fines y los medios se agrupan por su naturaleza, lo que distribuye de mejor manera las cargas de gobierno estableciendo una relación entre la conformación del órgano y la necesidad de sus funciones, por ejemplo, mientras que el órgano judicial requiere una conformación técnico jurídica, el órgano legislativo es abierto a una representación abierta, por lo que dicho órgano no exige una formación académica especial o de cierto nivel. A este tipo de estructura fisiológica del poder se le ha llamado división de poderes, por lo que los órganos de dicha partición son, como sabemos, el órgano legislativo, el órgano judicial y el órgano ejecutivo.

Tratándose de la distribución vertical se encuentra la distinción entre federalismo y centralismo, tal distinción atiende al grado de control jerárquico de las funciones, puesto que un régimen centralista la distribución de las actividades de gobierno se dan de manera administrativa, teniendo el centro el control

---

<sup>175</sup> Ibidem., p. 259.



absoluto de las decisiones, mientras que en el sistema federal, hay una distribución del control político de las acciones de gobierno con lo que se tiene una multiplicidad de centros de decisión coordinados con un centro que reserva para sí un conjunto fines y medios de gobierno aplicables en cualquier parte del territorio coexistiendo con fines y medios que únicamente tienen su aplicación en una porción del territorio.

Por otra parte tenemos que de la misma forma que un organismo vivo se alimenta, en la fisiología constitucional han de circular los contenidos políticos, función que cumplen en nuestro ámbito los partidos políticos, mientras que los glóbulos rojos distribuyen los nutrientes, es análogo a la función que cumple la revisión de la cuenta pública y las diversas contralorías.

Todos estos medios que forman parte de la fisiología constitucional han sido considerados como autoprotecciones constitucionales por Mauro Capelleti en su libro: *La jurisdicción constitucional de la libertad*,<sup>176</sup> y son considerados como parte de la defensa de la constitución, título que deriva de obra de Carl Schmitt traducida de esta manera por Manuel Sánchez Sarto,<sup>177</sup> puesto que dentro de este rubro se considera según la visión de Fix-Zamudio:<sup>178</sup>

A todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el ángulo de la Constitución material, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental.

#### 4.3. EL SISTEMA INMUNOLÓGICO CONSTITUCIONAL

Siguiendo con la analogía planteada, hay una serie de enfermedades y cuerpos extraños que producen enfermedades y lesiones en los distintos órganos, por lo que en tal caso corresponde al sistema inmunológico actuar para eliminar los

---

<sup>176</sup> Citado en: Del Palacio, Alejandro, op. cit., nota 158, p. 337.

<sup>177</sup> Fix-Zamudio, Héctor, op. cit., nota 174, p. 253.

<sup>178</sup> Ibidem., p. 258.

cuerpos extraños o en su caso sería necesario un método para extirpar las células cancerígenas y evitar que el desorden se expanda por todo el cuerpo.

Es bajo dicho tenor que tenemos el sistema inmunológico constitucional, que ha de tener por función corregir los crecimientos anómalos del poder, dichos crecimientos devienen del creciente ejercicio del poder contrario al orden constitucional, se trata de la defensa del orden constitucional, por medio de los órganos de control de la constitucionalidad que Fix-Zamudio llama *garantías constitucionales* y que desde su perspectiva operan en el ámbito de la *patología* de la constitución surtiendo con ello efectos *terapéuticos*.<sup>179</sup>

Siguiendo una clasificación lógica *a priori*, dichos órganos pueden ser distintos de lo que consideramos los tres poderes clásicos, por lo que se trataría de un órgano que no estaría adscrito a ninguno de los poderes; o bien podríamos tener un órganos incorporados a algunos de los poderes, e incluso, podrían depender de dos o de los tres poderes, lo cual no significa que si aludimos al derecho comparado encontraremos ejemplos de ellos, sin embargo, dicha clasificación responde en parte a los ejemplos presentados por otros autores.

Otra forma de clasificación respondería a la estructura del órgano y a la amplitud de sus funciones, puesto que este puede ser compuesto por un cuerpo colegiado, podría tener un solo miembro, y los alcances de sus decisiones pueden incluir el control de leyes, el control de actos, o ambos. Podrían tener capacidad de eliminar la norma, o que solo tenga alcance para el promovente, e incluso podría emitir únicamente recomendaciones a la autoridad. No hay que olvidar que el control podría alcanzar sanciones a la autoridad en su triple dimensión política, administrativa y penal.

También pueden clasificarse por la forma de instar, puesto que dicho órgano podría actuar a instancia de particulares o sólo de autoridad, también podría ser que admita la instancia de agrupaciones políticas, e incluso podría actuar de oficio.

Otra clasificación podría tener como base el procedimiento por medio del cual lleva a cabo su control de la constitucionalidad, el cual puede ser uninstancial,

---

<sup>179</sup> Del Palacio, Alejandro, op cit., nota 158, p. 338.

binstancial, puede tener la forma de procedimiento judicial o de mero procedimiento administrativo.

Por su parte Fix-Zamudio llama a estos, garantías constitucionales, no en el sentido del contenido de la parte dogmática de la ley fundamental que identifica con derechos de la persona humana, según afirma se trata de garantías en su sentido estricto, lo cual expresa de la siguiente manera:

La segunda categoría está formada por las llamadas *garantías constitucionales*, estimadas en su sentido estricto y no el tradicional que identificó dichas garantías con los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente... es decir, como los medios jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder, a pesar de los instrumentos protectores... en esta situación han sido insuficientes para lograr el respeto de las disposiciones fundamentales.<sup>180</sup>

Por su parte Fix-Zamudio recoge la clasificación a las *garantías de la Constitución*, como políticas, judiciales y jurisdiccionales, lo que se da según la naturaleza del órgano que ejerce el control de la constitucionalidad. Sin embargo Fix-Zamudio aclara la preponderancia procesal de estos instrumentos de defensa constitucional, que entran en juego por la insuficiencia de las autoprotecciones constitucionales, por lo que expresa que:<sup>181</sup>

El empleo de estos medios jurídicos, que como veremos son predominantemente procesales, se hace necesario cuando los mecanismos de protección que mencionamos anteriormente han sido insuficientes para la aplicación regular de las normas constitucionales.

Sobre este punto habría que aclarar, siguiendo a Briseño Sierra, que el problema de ciertos instrumentos de protección constitucional está ubicado en el lindero exterior de lo procesal, pero adentro del conjunto de problemas que atañe a las figuras procedimentales, aunque debido a que no se ha desarrollado una teoría del procedimiento sus horizontes están limitados por los análisis que de

---

<sup>180</sup> Fix-Zamudio, Héctor, op cit., nota 174., p. 260.

<sup>181</sup> Ibidem., p. 284.

ellos puedan hacer los procesalistas, por ello Briseño a propósito del Amparo afirma:<sup>182</sup>

Ante la ausencia de una rama que se denomine derecho procedimental, por ahora tendrá que analizarse el amparo como una manifestación procesal sin perjuicio de negar su calidad estrictamente de proceso. Expresado de otra manera, cabe incluir al amparo en la rama jurídica denominada derecho procesal, aunque no ofrezca las notas constitutivas de un verdadero proceso.

En este punto lo primero que hay que hacer es distinguir el tipo de figuras dinámicas a las cuales pertenece el procedimiento y el proceso, de las figuras estáticas o concéntricas, pues mientras esta última se presenta con un sentido normativo nuclear, en la primera se tiende una cadena de significado.

Lo que caracteriza a las figuras concéntricas o estáticas es que todo gira en torno a un centro al cual le da sentido la norma, dicho centro establece el sentido de toda consecuencia dentro de su ámbito estático, en tanto establece condiciones y da sentido al conjunto de actos pero no establece sucesiones lineales de significado con especificidades normativas para eslabones de semántica jurídica. Por ello Briseño Sierra afirma:<sup>183</sup>

La norma estática es aquella que produciendo relaciones entre los sujetos, deja inmovilizadas las pretensiones y prestaciones relativas o correlativas. El comprador estará siempre obligado al pago y el vendedor a la entrega del bien.

Por lo que lo que dicha relación no estructura una secuencia, sino una conexión con la causa que le da origen, y como explica el propio Briseño Sierra, ni siquiera el hecho de establecer plazos y términos es suficiente para pensar en una figura dinámica

Por otro lado, las figuras dinámicas se presentan, como una cadena de actos reglados con un sentido lineal. Lo que determina dicho dinamismo es que el derecho no permanece siendo el mismo porque en la relación estática aun en las figuras de *tracto sucesivo*, como en el contrato de arrendamiento o el de suministro, si bien es cierto que cada acto de la figura es independiente del

---

<sup>182</sup> Briseño Sierra, Humberto, *El control constitucional de amparo*, 2ª ed., México, Trillas, 1990, p. 13.

<sup>183</sup> Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, 2ª ed., México, Harla, 1995, pág. 485.

anterior, también lo es que responden a una misma obligación, veamos el ejemplo de Briseño:<sup>184</sup>

El contrato de suministro ofrece un ejemplo útil. El abastecedor está obligado a una misma prestación por más que deba reiterarse en forma indefinida en el tiempo. El distribuidor de gas tendrá la obligación de hacer entrega de la mercancía tantas veces cuantas sea requerido por el usuario; pero esta obligación es única y el incumplimiento de una prestación no invalida la otra.

Lo que nos lleva al punto crucial, en las figuras dinámicas los diversos actos están relacionados de tal forma que la validez de cada acto esta concatenado con los demás por lo que el defecto en uno de los eslabones afecta a la cadena completa, de ahí la naturaleza de su dinamismo, por ello Briseño Sierra al explicar la invariación (conceptualización) dinámica nos dice:<sup>185</sup>

Como las relaciones jurídicas pueden ser invariadas transitivamente, el paso de la atención intelectual de una a otra, exige un movimiento conceptual. Los destinatarios de una norma jurídica dinámica no pueden permanecer atentos a una sola relación, pues la norma reclama el paso a la siguiente.

Ahora bien todos estos instrumentos jurídicos de control constitucional a que hemos aludido como *garantías constitucionales* claramente tienen un sentido dinámico, el problema es su ubicación como procesal y no como procedimental, porque si bien podemos decir que todo proceso es un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso.

En tal sentido nos explica Briseño Sierra que lo que distingue al proceso es su secuencia rígida y su carácter proyectivo, en una relación triangular que permite el reflejo del instar de la parte a la contraparte. Se trata de la consideración del proceso como una serie de instancias proyectivas. Por lo que Briseño Sierra dirá:<sup>186</sup>

Esta instancia tiene la peculiaridad de provenir de un sujeto y provocar la conducta de otros dos en tiempos normativamente sucesivos. Al demandar el actor su

---

<sup>184</sup> Ibidem., p. 485

<sup>185</sup> Ibidem., p. 486.

<sup>186</sup> Ibidem., p. 486

promoción llega hasta el demandado pero a través del juez, y éste no es un mero objeto como lo sería el vehículo que transportara la correspondencia.

Lo interesante de esta concepción procesal es que la acción no va dirigida al juez sino a la contraparte por mediación de éste, y por lo tanto no puede haber un proceso unilateral, situación que a menudo sucede con los medios terapéuticos de protección constitucional, por lo que parece, más que ser figuras procesales son figuras procedimentales revestidas de un carácter especial, lo cual no sólo sería aplicable al amparo sino a la mayoría de las figuras en cuestión.

## CONCLUSIÓN

En conclusión podemos decir que el orden constitucional no sólo es el conjunto de condiciones de posibilidad para la libertad social, sino que ella misma es una de las formas de la libertad, en cuyos derroteros descansa una forma de ser del grupo y por lo tanto, la forma en que una sociedad aspira a la libertad. Podemos decir que el problema de la constitución es el problema del mantenimiento de las condiciones de la libertad y con ella de la libertad misma.

La analogía de la constitución como un organismo, nos permite pensar en nociones interesantes sobre la resiliencia constitucional, es decir, sobre la capacidad que tienen las relaciones de poder para subsistir como un orden de la libertad. Por un lado la posible regularidad de de las relaciones mediadas normativamente y por el otro un sistema de defensa de elementos extraños que rompen con la mediación normativa de la constitución, por lo que, dicho ámbito requiere de la autodefensa que proporciona el sistema inmunológico constitucional que cumple éste cometido como un medio de control de la libertad.

Los medios de control reparadores tienen, como vimos en las páginas precedentes, un límite con los márgenes de decisión en uso de las reglas de diseño normativo, por lo que, más allá de ese umbral es necesaria la reparación por medio de instrumentos de diversa naturaleza, que en su carácter procedimental llevan la dinámica de la garantía de seguridad jurídica, puesto que la forma de la indagación y del análisis presentan la necesaria mediación que se exige del poder para poder afectar a los sujetos.

## CONCLUSIONES FINALES

El tema de la constitución ha sido abordado de maneras muy diversas y su sentido se ha relacionado según las perspectivas de la naturaleza polisémica de la palabra, sin embargo, hay una sutil conexión en los niveles de análisis de una realidad en la que ubicamos el problema constitucional, por ello es necesario marcar líneas de tránsito hacia una teoría de la constitución que permita analizar los distintos aspectos que están implicados en su análisis.

Partimos de la consideración del poder como la materia, origen y consecuencias del tema constitucional, aunque sus rasgos distintivos parten de una base de análisis ontológico del poder, es necesario ser consecuentes en el planteamiento de las posibilidades del poder.

Es así como arribamos a un concepto amplio de Poder, comenzamos para ello con la delimitación de sus rasgos fundamentales, de tal manera que las características de éste se pueden establecer de la siguiente manera: el poder es una relación bipolar; los sujetos que intervienen en ella los podemos considerar como el pasivo y el activo de éste, y; el activo posee una capacidad de hacer que recae sobre el pasivo.

Dentro del conjunto universo del poder tenemos formas de poder inmersas en las relaciones sociales sin conformar un todo de influencia y que se distribuye a lo largo de un sinnúmero de campos de acción. Por otra parte tenemos lo que llamamos el poder político, este tiene como característica adicional que, el activo del poder posee una capacidad de hacer de carácter social que recae sobre una comunidad de seres humanos, tradicionalmente a este concepto se le ha añadido el dominio, pero éste no es un elemento esencial de dicho concepto, por lo que consideramos un concepto más amplio de poder político, pensando en las necesidades del poder constitucional.

Derivado de lo anterior se pueden considerar dos ramas del poder político, uno de ellos responde al ejercicio del dominio de unos sobre otros, las teorías tradicionales se han basado en esta concepción absolutizando una de los subconjuntos del poder, por lo que, al abordar la justificación del poder político se ha creado un sinsentido, pues si lo que se quiere es que el poder garantice la

libertad, tiene que partirse de la posibilidad de un poder que no signifique su anulación, y puesto que, si se considera que el dominio es un elemento fundamental de la definición de poder, poder únicamente puede significar sometimiento, y éste sólo puede darse en la anulación de la autonomía y por tanto de la libertad.

Por ello es necesario considerar otra posibilidad del poder, es decir, como condición de posibilidad de la libertad, en tal caso este no significa sometimiento sino una regulación que articula conductas y por ello está sujeto a la responsabilidad y al control dentro del propio sistema de la libertad, por ello el poder de la libertad requiere de una determinación y una limitación producto de la propia libertad, pero como la libertad no es un camino cerrado, estas condiciones se pueden transformar para ampliar sus condiciones de posibilidad, de tal manera que cada sociedad vive su libertad de distintas maneras, de lo cual se deriva su constante insuficiencia y por tal su necesidad de transformación.

El establecimiento de las condiciones de posibilidad de la libertad moderna supone la regulación de las actividades de gobierno y por lo tanto su establecimiento requiere de sistemas normativos, de tal suerte que es necesario para la comprensión de dicho sistema el entendimiento de sus elementos básicos, éstos son las normas y las reglas, sin embargo, al llegar a este punto se muestra una complejidad mayor, pues no se trata de meros mandatos, se requiere de un análisis lingüístico en el que los enunciados significativos del derecho constitucional cobran sentido, para ello nos valimos de una teoría simple de la comunicación, en la cual el emisor es el Pueblo Soberano, el canal es el Constituyente, el lenguaje es el texto constitucional (se trata del conjunto de enunciados constitucionales), mientras que los receptores se dividen en gobernantes y gobernados y el mensaje son las normas constitucionales.

Tal posición derivó en una serie de problemas puesto que hay una concepción del derecho que pareció encontrar que hay dos tipos de reglas, unas de carácter deóntico que determinan permisiones, prohibiciones y obligaciones, y otras de carácter conceptual, por lo que, en un lenguaje confuso, utilizaron indistintamente



las nociones de regla y de norma, con lo que comenzaron a surgir una serie de problemas que derivan de dicha confusión conceptual.

En tales condiciones fue necesario diferenciar entre norma y regla, la primera indudablemente se refiere a las que se han llamado reglas deónticas y la segunda se refiere a las pautas de diseño normativo, por lo que las normas se pueden concebir, al interpretar los enunciados jurídicos constitucionales, como producto de la aplicación de las reglas derivadas de estos, y por ende hay un tipo de reglas que determinan la conducta, hay otras que determinan si ésta está prohibida, permitida u obligada, una más nos dirá sobre quién recae, otra en qué consiste la sanción de su incumplimiento, otra quién es el facultado para ejecutarla, etc., por lo que cada norma tiene una extensión dependiendo de la cantidad de reglas que intervienen en su diseño.

Con esta explicación parece que se pueden superar la mayoría de los inconvenientes conceptuales de considerar cada elemento normativo como una norma en sí misma, tal es el caso del tema constitucional.

Como tercer punto se hizo necesario aclarar el significado de la pertenencia del Derecho Constitucional al Derecho Público, por ello fue necesario especificar en qué consiste dicha determinación y si efectivamente existe, para ello partimos desde la concepción que la afirma como interés diferenciado hasta la que niega que exista, finalmente determinamos que la cuestión pública es un adjetivo aplicable a otro conjunto conceptual, como son relación de derecho público, interés público, persona de derecho público, acto público, etcétera.

Cuando nos referimos al Derecho Público hablamos de las condiciones de un campo de acción definido por las facultades de un contexto al que denominamos público, de él derivan una serie de cuestiones, por ejemplo, los funcionarios públicos lo son en la medida en que cumplen con funciones públicas, y la facultad de cumplir con ellas deriva de un facultamiento público, lo cual nos lleva a pensar que los actos públicos los realizan personas públicas con facultades públicas en cumplimiento de fines públicos, mientras que, los particulares sin funciones públicas pueden actuar privadamente conforme a sus capacidades privadas y en ejercicio, de su interés privado.

El derecho público tiene su límite con el derecho privado, éste, según es producido, contrariamente a lo que Kelsen postula, es algo más que una clasificación ideológica, lo realmente ideológico es la providencial voluntad de Estado, que siempre es voluntad de los gobernantes y no de los sujetos libres de potestad estatal que atienden a sus propias necesidades.

Consideramos que derecho público, es toda aquella norma jurídica de conducta elaborada o producida por sujetos con potestad pública que se acepta válida dentro de un orden positivo, en este sentido tanto las leyes administrativas y mercantiles como el código civil y el penal son por su fuente, derecho público. Por el contrario, normas de derecho privado como las que se derivan de los contratos o los títulos de crédito, fueron producidas por personas sin potestad pública y por lo tanto son de derecho privado.

No es dable, de ninguna manera, confundir como lo mismo a las normas del código civil con las que se derivan de un contrato de compraventa, ni presumir una voluntad que desciende hasta los actos privados como fuente similar -como ejemplo- a la que se da por la relación entre el tipo penal y la sentencia penal, pues en este último, ambos sujetos responden a la potestad pública y el juez basa la emisión de la norma individual y concreta, de acuerdo al sistema de validez, en las exigencias de la norma que se desprende del código penal, cuestión que no sucede con la relación entre un contrato privado y el código civil.

Por otra parte, las normas de derecho público regulan una serie de actos que no son públicos, verbigracia, los delitos, las faltas administrativas, etc., son conductas privadas que no dimanan de la actividad de sujetos con potestad pública, podemos decir que la norma es pública, pero los actos que regula no lo son. En el mismo sentido los intereses postulados en las relaciones, algunos son públicos y otros no lo son, los sujetos con potestad pública al realizar actividades, en cumplimiento de sus atribuciones, postulan intereses públicos, lo mismo que el particular postula intereses privados. Los intereses que coinciden en un acto jurídico forman la relación, por lo que, decir interés público o privado no es determinar la relación, sino uno de sus polos, de tal suerte que, las relaciones son de un interés público frente a otro, de un interés privado frente a otro o de un

interés público frente a uno privado, que no se excluyen sino que se combinan. Lo que hace la norma, es, establecer los límites de cada interés.

Para poder explicar el ámbito público y su fuente la potestad pública hay que aludir a la ontología política, como capacidad de hacer que desenvuelve en la regularidad del poder, desarrollando todas sus posibilidades como determinaciones normativas que oscilan entre las normas generales y abstractas y las individuales y concretas, y que determinan la forma del ser social por la fuerza o por la persuasión racional o ideológica.

La base de la exigencia conductual es la determinación, por un lado, de las razones del poder, que hacen legítimos los actos de gobierno y por el otro las fuentes reales de la determinación normativa que alude a la validez del supuesto normativo, es decir, si se considera que la justificación del orden es la seguridad, los actos de gobierno son legítimos si elaboran normas y sanciones contra los actos que tiendan a romperla; o en otro caso, si se considera que son las libertades individuales y la propiedad la razón del Estado, entonces la determinación normativa y los actos de gobierno serán legítimos cuando garanticen éstos. Las determinaciones del fin y los medios del orden político se proyectan como orden constitucional y por ello como la cúspide de la validez normativa.

Lo público no es más que el ámbito del poder legítimo, limitado por su fuente y razón de ser, de acuerdo a sus propias determinaciones que se traducen normativamente, como exigencias que regulan y se sobreponen en lo privado al aspirar a ser regularidad, frente al mundo de las necesidades que generan al ámbito privado como conflictivo y resuelto en última instancia por la validez de lo público dentro de sus propios órganos, sin ser sustituto de su fuente como una providencial voluntad estatal omnipresente en todos los actos sociales.

Finalmente tratamos el problema de la adecuación del poder político a las reglas de diseño que se desprenden de los enunciados constitucionales, para ello partimos del problema del disenso constitucional, el cual presenta dos vertientes, la primera se refiere al margen de interpretación de los enunciados

constitucionales, y la segunda al disenso constitucional por corrupción de los órganos.

El problema de la interpretación del texto constitucional tiene que ver con la textura abierta de la que habla Hart, y en la que discute con Dworkin sobre la única respuesta correcta, por lo que arribamos a un criterio de márgenes entre la peor respuesta y la que más se acerca al punto óptimo de lo correcto, para ello nos valimos de la noción de qué es seguir una regla, según el planteamiento de Wittgenstein, por lo que seguir una regla significa en tender la secuencia, fuera de ese límite se está en el disenso constitucional por problemas de interpretación. Mientras que en el segundo caso el disenso deviene de convertir el interés público en un interés personal, con lo que el disenso más que un mero problema de interpretación, es un problema de responsabilidad de los titulares del poder.

Para culminar con el tema planteamos, siguiendo a Fix-Zamudio, la distinción de los controles constitucionales, como medios fisiológicos y terapéuticos, planteando a los primeros como autocontroles y a los segundos como medios reparadores de la constitucionalidad y por ello extendiendo la analogía planteada por Fix-Zamudio, les llamamos sistema inmunológico de la constitución. Podemos concluir que si la determinación jurídica del poder representa las condiciones de posibilidad de la libertad, el control de la constitucionalidad frente a la posibilidad del disenso constitucional es en sí misma la defensa trascendental de la libertad y en ese sentido la defensa de la propia libertad.

En consecuencia son cuatro los fundamentos los que podemos tomar como base para el desarrollo constitucional, ellos son el concepto lato de libertad que hace posible el subconjunto del poder como condiciones de posibilidad de la libertad; el orden jurídico determinante de las relaciones de libertad; la inordinación social de lo público en la construcción de la libertad y; la estructura de la fisiología constitucional y su sistema inmunológico de la libertad.

Todos ellos se encuentran ligados conceptualmente en una totalidad de esferas que rompen sus límites para formar una totalidad conceptual, dando sentido desde el análisis a un conjunto de fenómenos que puestos como objeto de estudio dan sentido desde diversas perspectivas al término constitución, y que a pesar de ser

distintos entre sí guardan una necesidad con los otros en un sentido ontológico, puesto que la condición de uno atraviesa la totalidad de los otros, dando un carácter sistemático a su existencia, mientras que desde el análisis conceptual de las teorías constitucionales podemos acercarnos a ellos como si se tratara de un sistema vivo.

Es así que la necesidad de considerar al poder en términos latos, permite un análisis coherente con las aspiraciones manifiestas de un Estado moderno, puesto que hace compatibles dos conceptos inscritos en la constitución de la sociedad moderna, ellos son la libertad y la subsistencia social.

Para que una sociedad permanezca, para que sus miembros puedan reproducir la vida humana, se requiere del cálculo que permita el hacer de cada uno sin que se llegue a una destrucción mutua, ya sea de manera consciente o inconsciente, puesto que la complejidad del actuar crea espacios de hambre y marginalidad que tienden a dirigirse a la desaparición del grupo social, o por la práctica económica reiterada en el que producción y consumo se desarrollan, también la desaparición del equilibrio ambiental tiende a dificultar la subsistencia de la sociedad, de ahí que la planificación social del Estado sea completamente relevante, y por ello la manifestación positiva de los medios que lo hagan posible son una de las condición de posibilidad para lograrlo, estos se encuentran como determinaciones constitucionales, porque permiten, cuando logran su efectividad, que la sociedad exista y siga integrada.

Para lograr la articulación del orden jurídico se requiere de la acción, la cual se traduce en poder, es aquí en donde el problema de la libertad emerge, puesto que podemos decir que la capacidad de hacer social se traduce en la forma de poder político, de tal manera que este es la medida de la libertad social, por ello resulta inadmisiblemente socialmente querer que el poder político sea dominio y por lo tanto esclavitud, y por ello se requiere la inordinación de las aspiraciones particulares en el ámbito de lo público, permitiendo con ello una compleja red de libertades.

Por lo anterior es que libertad y subsistencia social solo son posibles con el establecimiento de un poder social de la libertad, trayendo como consecuencia la responsabilidad de los encargados de coordinar el sistema siguiendo las reglas de

diseño en el sentido que posibilita existencia y libertad, y por ende se requiere de un sistema que regule la actividad de los gobernantes estableciendo así el sistema inmunológico del orden constitucional, como se puede ver en este trabajo apenas se han planteado algunos de los problemas conceptuales a los que tenemos que enfrentarnos para la construcción de la teoría constitucional.

Por otra parte es necesario advertir que la presente obra no se refiere a la existencia específica de un sistema constitucional en particular, su análisis tampoco está encaminado a proponer una constitución en particular, eso es obra de los pueblos, el trabajo y sus resultados son mucho más modestos, se trata de poner en juego los criterios que la propia modernidad ha acuñado para construir un modelo de análisis sobre la constitucionalidad moderna, descubriendo el camino desde el cual a penas se planteó una problemática de la cual su auténtica crítica está por venir.

## BIBLIOGRAFÍA

Aristóteles, *Metafísica*, 2ª reimpresión, Traducción de Tomás Calvo Martínez, Madrid, Editorial Gredos, 1994, biblioteca clásica Gredos, núm. 2003.

-----, *Política*, 2ª reimpresión, Traducción de Manuel García Valdés, Madrid, Editorial Gredos, 1999, biblioteca clásica Gredos, núm. 116.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

Atienza, Manuel, *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009.

Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, Traducción de Vicente Herrero, 2ª. ed., 4ª reimpresión 2005, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

Bulygin, Eugenio y Mendoca, Daniel, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Briseño Sierra, Humberto, *El control constitucional de amparo*, 2ª ed., México, Trillas, 1990.

-----, *Derecho procesal*, 2ª. ed., México, Harla, 1995.

Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007.

Constant Benjamín, *Del espíritu de conquista*, Traducción de Magdalena Truyol Wintrich y Marcial Antonio López, Madrid, Técnos, 1988.

De la Cueva, Mario, *Teoría de la constitución*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2008.

-----, *La Idea del Estado*, México, FCE-UNAM, 1996.

Del Palacio Díaz, Alejandro. *Introducción a la teoría del derecho*, 2ª. ed., México, Claves latinoamericanas, 1999

----- . *Lecciones de teoría constitucional*. 3ª. ed., Claves latinoamericanas, México, 1989.

\_\_\_\_\_, *Lógos-Diké, razón y justicia en la Grecia antigua*, México, Claves latinoamericanas, T. I, 1998.

----- . *Nuevas lecciones de teoría constitucional*. México, Compañía Editorial Impresora y Distribuidora, S. A., 2006.

\_\_\_\_\_, *Razón en lo alto justicia desde abajo, de Bruno a Hegel*, México, Claves latinoamericanas, T. 3, 1999.

----- . *Teoría final del Estado*. México, Miguel Ángel Porrúa, 1986.

De Saussure, Ferdinand, *Curso de lingüística general*, 12ª. ed., Traducción de Mauro Armiño, México, Fontamara, 1998.

Duverger, Maurice, *instituciones políticas y derecho constitucional*, 5ª ed., Traducción de Isidro Molas *et al.*, Barcelona, Ariel, 1970.

Dussel, Enrique, *Filosofía de la liberación*, 4ª ed., Bogotá, Nueva América, 1996.

Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia Constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, CNDH, 1993.

Foucault, Michel, *El poder psiquiátrico*, Traducción de Horacio Pons, México, FCE, 2005.

Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 21ª. ed., México, Porrúa, 1981.

García Máñez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 51ª. ed. reimpresión, México, Porrúa, 2000.

González Ruiz, Samuel, *Código semiótico y teorías del derecho*, Fontamara, México, 2004.

Gutiérrez y González, Ernesto, *El derecho de las obligaciones*, Tomo I, México, Porrúa, 1999.



Hart, Herbert L. A., *El concepto del derecho*, Traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, Editorial ABELEDO-PERROT, 1998.

Hegel, G.W.F., *Fenomenología del espíritu*, Traducción de Wenceslao Roces con la colaboración de Ricardo Guerra, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

-----, *La lógica de la enciclopedia*, Traducción de Alfredo Llanos, Buenos Aires, Ed. Leviatán, 2006.

-----, *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, 2ª ed., Traducción de Juan Luis Vermal, Barcelona, Edhasa, 1999.

Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 20ª reimpression, Traducción de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Hyppolite, Jean, *Génesis y estructura de la fenomenología del espíritu de Hegel*, Traducción de Francisco Fernández Buey. Ediciones península, Barcelona, 1991.

Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Traducción de Pedro Rivas, México, Taurus, 2006.

Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, Traducción de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1995.

-----, *Teoría pura del derecho*. Traducción de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1991.

Lasalle, Ferdinand, 4ª ed., “¿Qué es una constitución?”, Ariel, México, 1976.

Lenin, V. I., *Tres fuentes y tres partes integrantes del marxismo*, 4ª ed., México, Ediciones Quinto Sol, 1995.

Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*. Traducción de Amando Lázaro Ros, México, Aguilar, 1983.

Maquiavelo, Nicolás, *El príncipe*, Aguilar editor S. A., México, 1976.

Miranda, José Porfirio, *Hegel tenía razón, el mito de la ciencia empírica*, México, UAM-Iztapalapa, 1989.

Pérez Cortés, Sergio, *Karl Marx: Invitación a su lectura*, México, UAM, 2010.

-----, (coord.), *La categoría de poder en la filosofía política de nuestros días*, México, UAM, 2009.

-----, *La política del concepto*, México, UAM, 1989.

Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2ª. ed., Traducción de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

Rendón Alarcón, Jorge, *La sociedad dividida*, México, Ediciones Coyoacán, 2008.

Ritzer, George, *Teoría sociológica clásica*, Traducción de María Teresa Casado Rodríguez, Madrid, Mc Graw Hill, 2001.

Roguin, Ernesto, *Las reglas jurídicas*. 5ª ed., Traducción de José María Navarro de Palencia, Madrid, La España moderna, 1904.

Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, Traducción de Wenceslao Roces, México, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, 1993.

Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2ª. ed., Traducción de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

Salazar Carrión, Luis, *Para pensar la política*, México, Biblioteca Signos, UAM, 2004.

Schmill Ordoñez, Ulises, *Lógica y derecho*, México, Ediciones Fontamara, 1997.

-----, *El sistema de la constitución mexicana*, México, Manuel Porrúa, 1971.

Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Traducción de Rafael Agapito, Madrid, Alianza, 1999.

-----, *Teoría de la constitución*, Versión española de Francisco Ayala, Alianza Universidad, Madrid, 1982.

Villoro Toranzo, Miguel, *Derecho público y derecho privado*, México, Editorial Jus, 1975.

Weber, Max, *Economía y sociedad, esbozo de sociología comprensiva*, Traducción de José Medina Echavarría y otros, México, Fondo de Cultura Económica, 1944.

Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, Traducción de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, Alianza editorial, Madrid, 2002.

-----, *Investigaciones filosóficas*, Traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Editorial UNAM, México, 2003.

-----, *Gramática filosófica*, Traducción de Luis Felipe Segura, Editorial UNAM, México, 1992.

## REVISTAS

Pérez Cortes, Sergio, "Identidad, diferencia y contradicción", *Signos filosóficos*, México, revista departamental, Departamento de filosofía, CSH/UAM/Iztapalapa, no.16, Julio-Noviembre de 2006.

Piñón, Francisco, "Maquiavelo o la modernidad del fenómeno del poder", *Signos filosóficos*, número 11, revista semestral, Dpto. de Filosofía, CSH/UAM/Iztapalapa, enero-junio, 2003.

## LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.