

190  
2ej.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
"ACATLAN"**

**LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD  
UN ENFOQUE FILOSOFICO-JURIDICO  
DE LAS RELACIONES ENTRE  
DERECHO Y PODER**



**TESIS PROFESIONAL  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A**

**ENRIQUE MACHAEN MAGDALENO**



ACATLAN, ESTADO DE MEXICO

1992

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



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 está 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.

## INDICE GENERAL

	Página.
INTRODUCCION .....	1
CAPITULO I.- LA NOCION DEL PODER .....	5
1.1. Fuerza y Poder: una distinción conceptual .....	5
1.2. Clases de fuerza.....	12
1.3. Tipología de las relaciones de fuerza .....	18
1.4. El poder y la realidad social .....	21
1.5. Principales formas de poder: .....	29
a) Poder ideológico .....	30
b) Poder jurídico .....	33
c) Poder político .....	39
CAPITULO II.- EL DERECHO Y EL ESTADO .....	49
2.1. Teorías acerca de la relación Derecho-Estado .....	49
2.2. El Estado y sus elementos .....	59
2.3. Ideología y clase dominante .....	63
2.4. Poder Político y Derecho.....	68
2.5. El Derecho como fuerza social cohesiva .....	79
CAPITULO III. LA LEGALIDAD .....	89
3.1. Poder de hecho y poder de derecho....	89

	Página.
3.2. Vigencia (validez formal) del Derecho (su relación con la teoría de los tres círculos de García Maynez).....	97
<b>CAPITULO IV.- LA LEGITIMIDAD.....</b>	<b>109</b>
4.1. La teoría del Contrato Social y la idea de legitimidad.....	109
4.2. La teoría de la dominación legítima de Max Weber .....	130
I. Dominación legal.....	134
II. Dominación tradicional.....	139
III. Dominación carismática.....	143
4.3. La legitimidad del poder.....	146
4.4. La eficacia del Derecho (Teoría de los tres círculos de García Maynez).....	161
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>172</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>176</b>

## INTRODUCCION

El fenómeno del poder, en un mundo que se prepara a entrar a un nuevo siglo y a un nuevo milenio, parece ser el signo característico de nuestra época. A pocos años de que concluya el siglo veinte, hemos atestiguado los cambios y - las transformaciones más sorprendentes jamás registradas en la historia de la humanidad. El desarrollo sin precedente - de la ciencia y la tecnología han puesto a disposición del hombre los medios necesarios para alcanzar grados de poder - insospechados. Como en otras etapas históricas, en este siglo hemos constatado -trágicamente- que la excesiva concentración y el abuso del poder sólo conducen a resultados catastróficos para los pueblos. Pero, a diferencia del pasado, ahora está en peligro la supervivencia de la especie humana: somos nuestros enemigos más crueles. Por ello, no es casual que la cuestión del poder ocupe un sitio especial en el pensamiento contemporáneo. Es, utilizando la frase de Ortega y Gasset, el tema de nuestro tiempo; filósofos y sociólogos, juristas y antropólogos, politólogos y psicólogos, - han reconocido en el poder uno de los recurrentes temas de reflexión.

Como fenómeno social, el derecho no ha sido tampoco

ajeno a esta realidad. Su vinculación con el poder (especialmente con el poder político) se presenta en muchas dimensiones y se ha manifestado en el curso de la historia de manera contradictoria, ambigua y en ocasiones perversa. Así lo demuestran numerosos sucesos históricos desde la aparición del Estado moderno. Sin embargo, en el ámbito teórico, en mi opinión, no se ha dado todavía un análisis global y objetivo acerca del carácter y la naturaleza de esta relación. Hasta ahora sólo han habido aproximaciones bastante fragmentarias y muy pocos han sido quienes han realizado un esfuerzo serio para tratarla desde una visión interdisciplinaria. Por su influencia decisiva en el entorno social, la relación entre derecho y poder tiene una gran importancia - no nada más en el terreno científico sino que también, y -- sobre todo, en la realidad concreta.

De las dimensiones en que puede llegar a manifestar se esta singular relación, me ha interesado especialmente - la que se refiere a la cuestión de la legalidad y la legitimidad; el análisis de estos dos conceptos no es nuevo pero merecen una revisión tomando como base las experiencias políticas e históricas recientes.

Si tomamos como punto de partida que la legalidad - se refiere al ejercicio del poder y la legitimidad al títu-

lo del poder, en el presente trabajo me propongo determinar cuáles deben ser los requisitos que debe reunir el poder para ser considerado como legítimo. Asimismo, resaltaré la importancia del principio de legalidad en los estados contemporáneos, así como su análisis y relación con el principio de legitimidad. Dentro de este contexto, expondré cuáles -- son las justificaciones del derecho para poder considerarlo valioso.

Como se podrá apreciar, por su contenido temático -- este trabajo se inscribe, simultáneamente, en el campo de la filosofía política y de la filosofía jurídica. En consecuencia, lo he dividido para ese fin en cuatro capítulos:

En el primer capítulo desarrollo la estructura conceptual propiamente dicha del tema. De este modo, aquí se definen y delimitan dos conceptos básicos: la fuerza y el poder; asimismo, su clasificación, su tipología y las distintas formas en que se presentan.

El segundo capítulo lo dedico al análisis de la relación entre derecho y Estado, las teorías existentes acerca de ella y la manera como incide y afecta esta relación -- en las relaciones sociales.

En el tercer capítulo estudiaré integralmente el -- principio de legalidad, visto desde la óptica tanto de la -- filosofía política como de la filosofía jurídica.

Finalmente, el último capítulo será el dedicado al -- tema de la legitimidad. Aquí, se estudiará sumariamente la -- evolución de este principio en el desarrollo de la teoría po -- lítica, su contenido conceptual y los requisitos para actua -- lizarlo en estos tiempos. Además, analizaré la importancia -- del derecho para atribuirle la cualidad de legitimidad al -- poder.

## CAPITULO I

## LA NOCION DEL PODER

## 1.1. FUERZA Y PODER: UNA DISTINCION CONCEPTUAL.

La primera impresión que se tiene al analizar lo escrito sobre el Poder es sin duda la vasta y abundante información existente y su poca unidad y homogeneidad. Es uno de los fenómenos más estudiados de las ciencias sociales contemporáneas y, sin embargo, es uno de los temas menos sistematizados y donde más abundan las confusiones conceptuales; existe una suerte de ambigüedad terminológica que poco aporta a la literatura científica. Tal es el caso de los conceptos Poder y -- Fuerza. La gran mayoría de los investigadores sociales le --- atribuyen a estos términos la misma connotación: ambos, según esta opinión, significan lo mismo y, en todo caso, es cues--- tión de preferencia el empleo de uno y otro.

Considero estéril debatir sobre este punto. Es mejor, en mi opinión, proponer una alternativa diferente que incremente las posibilidades de un mejor análisis del Poder. Intentaré exponer, de esta manera, una propuesta que parte de la base de distinguir epistemológicamente ambos términos. La --- idea no es nueva y debemos a Henkel (1) \* su primera exposición sistemática y científica.

\* Las citas y notas de este trabajo aparecerán al final de cada capítulo.

Se puede afirmar que la Fuerza y el Poder poseen una idéntica naturaleza: ambas son "energías" transformadoras de la realidad. Su acción repercute indefectiblemente en el entorno de la vida humana. En su acepción más amplia, Fuerza es toda "capacidad de producir un acontecimiento" (2), lo cual implica que su mera actividad trasciende la esfera de lo humano y que podemos adjudicarle esta cualidad no sólo a relaciones sociales sino a fenómenos naturales (terremotos, huracanes, erupciones y, en general, cualquier suceso de la naturaleza que afecte no sólo su propio medio sino también la vida del hombre). De este modo, la Fuerza constituye una suma de "energías reales que producen cambios en la realidad de las cosas y que pueden determinar sus situaciones y relaciones recíprocas" (3).

Tan amplia definición llevaría a dedicar interminables páginas al estudio de la gran diversidad de relaciones de Fuerza existentes, razón por la que delimitaré más estrechamente este concepto y me ocuparé de explicar la relación de Fuerza que se da entre los seres humanos, de un hombre sobre otro y otros hombres, es decir: la Fuerza social. Este tipo de Fuerza tiene su principal característica "... en que ahí un espíritu llega a conocer la propia facultad de produ-

cir efectos, la dirige a un determinado fin y pone en movimiento las energías de la voluntad en dirección al fin representado. La Fuerza humana viene caracterizada, pues, por una doble capacidad: dar a la capacidad de producir efectos un sentido y, con esta "dación de sentido", salirse de la conexión inmediata de la naturaleza y disponer sobre ésta en libertad" (4).

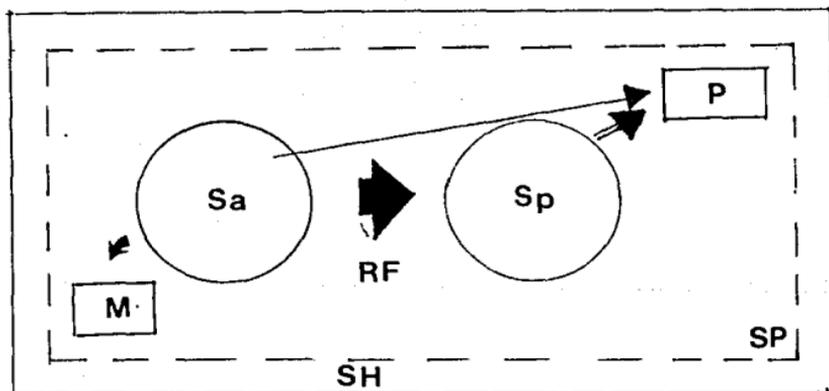
Dadas estas características, podemos definir a la -- Fuerza (social) como la "facultad humana de dirigir el comportamiento de otras personas en el campo social" (5), llamada también por algunos "Fuerza de la voluntad".

En muchos sentidos, la anterior concepción de Fuerza coincide con el concepto de Poder que tienen muchos pensadores; esto es el resultado de lo que al principio llamé ambigüedad terminológica y que en este tema, es particularmente ilustrativa. Así por ejemplo, para el filósofo inglés Bertrand Russell "El Poder puede ser definido como la producción de los efectos deseados. En estos términos es un concepto cuantitativo: dados dos hombres con deseos similares, si uno de ellos alcanza el otro y además otros, uno tiene más poder que el otro" (6). Por su parte, Mario Stoppino define-

el Poder como "... la capacidad o posibilidad de obrar, de -- producir efectos: y puede ser referida ya sea a individuos o grupos humanos, como a objetos o fenómenos de la naturaleza - (como en la expresión poder calorífico o poder absorbente). - Entendido en sentido específicamente social, esto es en relación con la vida del hombre en sociedad, el poder se precisa y se convierte, de genérica capacidad de obrar, en capacidad del hombre para determinar la conducta del hombre: poder del hombre sobre el hombre. El hombre no es sólo el sujeto sino - también el objeto del poder social" (7). Para Robert Dahl --- "... el poder de una persona A sobre una persona B, es la capacidad de A de obtener que B haga alguna cosa que no habría hecho sin la intervención de "A" (8). Paul Claval afirma que "el análisis del Poder es el de la gama de acciones que uno - sabe manejar para modificar al medio, explotarlo y sacar de - él lo necesario para la vida. Poder no es únicamente ser capaz de hacer uno mismo las cosas, también es ser capaz que -- otro las haga. Al imperio directo sobre el mundo se añade así un imperio indirecto, que es al mismo tiempo imperio sobre -- los otros" (9).

Como se puede observar, las anteriores definiciones - comparten más de una semejanza con el concepto de Fuerza que-

enuncié en la página anterior, a saber: la idea de un individuo (Sujeto Activo) que ejerce su "poder" sobre otro individuo (Sujeto Pasivo), con el fin de que éste dirija su voluntad o bien su comportamiento hacia los fines que aquél desea, obteniéndolo a través del uso de distintos medios (persuasión, coacción, etc.). Esta típica relación de Fuerza ha sido concebida por el profesor Héctor Raúl Sandler (10) utilizando el siguiente esquema:



SH = situación histórica

SP = situación de poder

Sa = sujeto activo

Sp = sujeto pasivo

P = Proyecto o conducta deseada del sujeto activo

M = Medios utilizados por el sujeto activo

RF = relación de Fuerza

Este esquema aporta un dato importante: ubica a toda relación de Fuerza en una situación histórica dada. Este fenómeno es inseparable de la situación histórica en la que se -- inscribe y querer analizarlo sin tomar en cuenta el marco espacio-temporal en el que ocurre es aceptar, expresa o tácitamente, que todas las relaciones de Fuerza que han existido en la historia de la humanidad han sido absolutamente las mismas y no han cambiado.

Si bien es correcta la concepción de Sandler sobre la relación de Fuerza creo que todavía no queda muy clara la pretendida diferencia entre los conceptos de Fuerza y Poder. Al respecto, Georges Burdeau afirma que el Poder "es una fuerza al servicio de una idea. Es una fuerza nacida de la conciencia social, destinada a conducir al grupo en la búsqueda del Bien Común y capaz, dado el caso, de imponer a los miembros la actitud que ella ordena" (11). La distinción que hace -- Burdeau de ambos conceptos es fundamental y, en lo esencial, es el hilo conductor de este capítulo. Primeramente, los separa epistemológicamente: el Poder es un tipo de Fuerza pero no toda la Fuerza; en este sentido, la Fuerza es el género y el Poder la especie; es decir, posee características que lo singularizan con la Fuerza. En segundo lugar, añade un elemento-

primordial: la imposición de la conducta querida para quien o quienes rehúsen seguirla, lo cual lleva a pensar en el Sujeto Activo de la relación de Fuerza ya no solamente en un individuo o grupo de individuos sino, además, en una estructura de Poder organizada: el Estado. Y, por último, la conducta querida se orienta al logro de una idea que es, simultáneamente, - un valor: el Bien Común.

Una diferencia adicional con la Fuerza, radica no tanto en los medios utilizados sino, sobre todo, en que en el Poder el fin u objetivo deseado no es ya producto de una cir--cunstancia específica ni aplicado a fines meramente inmedia--tos, sino que viene caracterizado por una relación de "Dominación", entendiendo este concepto como aquella relación en donde el Sujeto Activo impone (o trata de imponer) a través de - la Fuerza' (los medios empleados pueden ser variados) una conducta deseada (un proyecto) por aquél de acuerdo a un cierto esquema ideológico, político, moral, etc. que se persigue y - que el Sujeto Activo quiere que sea observado con carácter de permanente por parte del Sujeto Pasivo. La permanencia en una relación de Fuerza es, pues, un requisito fundamental para definir el Poder.

Muchos autores excluyen u olvidan estos factores en -

la relación de Poder y prefieren caracterizarla únicamente -- por el uso de la coerción, que es un elemento fundamental para entenderla. Pero ésta es sólo uno de los muchos medios que existen para lograr que el Sujeto Pasivo realice la conducta deseada, y querer explicar el Poder únicamente en estos términos es limitar considerablemente su contenido conceptual y su manifestación en la realidad social.

En síntesis, podemos explicar el concepto de Poder, - para diferenciarlo de la Fuerza, como aquella relación donde se revela la capacidad de un Sujeto Activo (individuo o grupo) de obtener de un Sujeto Pasivo (individuo o grupo) un comportamiento o una serie de comportamientos de manera constante y permanente, de acuerdo con un objetivo o fin (político, ideológico, moral, económico, etc.) previamente definido. En caso de que el Sujeto Pasivo no observe la conducta deseada - por el sujeto Activo, éste tiene la posibilidad de hacerla observar mediante el uso de la fuerza (sea coactiva e inclusive coercitiva).

## 1.2. CLASES DE FUERZA

Toda relación social supone, de una u otra manera, --

una relación de fuerza. Esta relación, como explicaba antes, se caracteriza sustancialmente por la pretensión de un sujeto "A" (individuo o grupo) de imponer un comportamiento que éste desea a otro sujeto "B" (individuo o grupo). Este objetivo, sin embargo, presenta en el mundo social diversos grados y niveles para su consecución. La forma en que se consigue y los medios empleados en el mismo es lo que distingue, precisamente, una relación de fuerza de otra.

En este sentido, y siguiendo la clasificación elaborada por Henkel (12), las posibilidades que se deducen en cualquier ejercicio de la fuerza son, fundamentalmente, tres:

- 1). **LA OBSERVANCIA VOLUNTARIA** del comportamiento por parte del sujeto afectado por la fuerza, ya sea porque en ejercicio de su libre albedrío decide acatar la voluntad del titular de la fuerza, o bien porque éste, mediante métodos persuasivos lo convenza o lo induzca para elegir el comportamiento que constituye el objetivo de la fuerza.
  
- 2) **LA COACCION** o amenaza del empleo de la fuerza, en caso de que el sujeto "B" no someta su voluntad a la -

del sujeto "A". Esta clase de fuerza no permite al sujeto --- afectado por la fuerza una libre determinación de su conducta, es decir, no le deja opción de elegir entre una u otra. - Aquí, si no se somete a la voluntad del otro, se sitúa ante - la perspectiva de sufrir males o desventajas mayores que lo - obligan, por consiguiente, a optar forzosamente por la conducta deseada por el titular de la fuerza (13).

3). **LA VIOLENCIA** o aplicación efectiva de la fuerza, dentro de la cual podemos distinguir los siguientes tipos:

a) **Vis compulsiva.**- Como la coerción, este tipo de -- violencia consiste en el doblegamiento de la voluntad. A diferencia de aquella, ésta utiliza la fuerza física directa para lograr que la voluntad del otro sujeto se dirija hacia el objetivo deseado -- (Por ejemplo cuando se obliga a un testigo a ren--dir una declaración).

b) **Vis absoluta.**- Es el grado extremo del ejercicio - de la fuerza. Consiste en la total exclusión (anu--lación) de la voluntad del sujeto afectado por la fuerza a través de sometimiento físico temporal. -

(Por ejemplo: el embargo precautorio de bienes o -  
la detención de una persona por cometer un delito-  
flagrante).

En lo que se refiere al Poder, Mario Stoppino distin-  
gue dos clases: el PODER ACTUAL o poder efectivamente ejerci-  
do y el PODER POTENCIAL o posibilidad de ejercicio del poder.

El Poder actual "consiste en el comportamiento de "A"  
(individuo o grupo), en el comportamiento de "B", en el cual-  
se concreta la modificación de la conducta querida por "A", -  
así como en el nexo intercorriente entre estos dos comporta-  
mientos" (14).

De esta definición se concluye que siempre que existe  
Poder se presenta necesariamente un nexo casual entre los com-  
portamientos de ambos sujetos, es decir, que la acción o la -  
conducta de "A", es la que determina la acción o la conducta-  
de "B": una es el resultado de la otra. No obstante, la volun-  
tad de "B" puede ser inducida de numerosas maneras; ya sea --  
por motivación social (el caso de la relación padre e hijo), -  
por libre determinación, por imposición (cuando no le queda -  
otra alternativa), por sometimiento corporal e incluso en for

mas más complejas de determinación "involuntaria" de la conducta (como sucede, por ejemplo, en los casos de manipulación por propaganda, publicidad y medios educativos). Lo anterior ratifica que para el ejercicio del Poder no siempre es necesario el requisito de la intencionalidad, agregando que en un dado caso, si la conducta de B es diferente a la que pretendía A que observara, entonces ahí no existe una relación ni de Fuerza ni de Poder.

Por otro lado, el Poder Potencial, "es la capacidad de determinar los comportamientos ajenos. Mientras el poder actual es una relación entre comportamientos, el potencial es una relación entre aptitudes para actuar: por una parte A tiene la posibilidad de tener un comportamiento tendiente a modificar la conducta de B; por otra, si esta posibilidad es puesta en juego es probable que B tenga el comportamiento en el cual se concreta la modificación de la conducta deseada por "A" (15).

Es evidente que la posesión del Poder supone la posibilidad de ejercerlo. Esta posibilidad (Poder potencial) tiene como requisito el tener los medios necesarios para ejercerlo: riqueza, información, conocimiento, prestigio, etc., pero

sobre todo, la capacidad o habilidad para convertir a estos recursos en instrumentos de poder.

El poder potencial también se manifiesta de varias -- formas en la vida social. Cuando esta manifestación tiene como signo el de la continuidad, esto es, cuando existe una alta probabilidad de que A ejerza mandatos de una manera constante sobre B, y de que B cumpla constantemente esos mandatos ejercidos por A, entonces estamos en presencia de lo que se llama poder "estabilizado", típico de las sociedades modernas, en donde prevalece una relación mando-obediencia que en la mayoría de los casos, se concretiza en una estructura jurídico-administrativa (el Estado) que es la depositaria del Poder. - Si bien esta relación no es exclusiva de un vínculo gobernante-gobernado (habría que mencionar, por ejemplo, la relación padre-hijo o bien la existente entre un "líder" y sus seguidores), este tipo de relación es representativa de las sociedades contemporáneas, en donde todos los actores sociales desempeñan roles o funciones que se establecen en base a una más o menos compleja institucionalización del poder, sobre la cual profundizaré en el capítulo siguiente.

### 1.3. TIPOLOGIA DE LAS RELACIONES DE FUERZA.

Si bien en el primer inciso del presente capítulo me ocupé de explicar cómo se presenta una relación de Fuerza en la vida social, aquella explicación refiere sólo de una manera genérica y abstracta el fenómeno de la Fuerza entre dos sujetos (uno activo y otro pasivo) y de ningún modo tiene la -- pretensión de englobar las múltiples situaciones de ejercicio de la Fuerza que se dan por la interacción social.

Quizá como pocos fenómenos sociales, la Fuerza como -- energía eminentemente humana, introduce una variedad tan diversa y compleja de situaciones, que no es exagerado afirmar que por cada relación social que en lo particular se da, hay un tipo de fuerza singular y perfectamente diferenciado de -- cualquier otro caso inclusive similar. La explicación a esto es relativamente sencilla: ninguna relación interhumana es -- igual a otra y, por consiguiente, a cada cual le corresponde un ejercicio de Fuerza necesariamente distinto.

De acuerdo a las anteriores consideraciones y por la evidente magnitud de semejante empresa, he tratado de delimitar en lo posible el criterio para elaborar una clasificación

de los tipos de relaciones de fuerza y, tomando en cuenta la naturaleza de este trabajo, la clasificación propuesta por -- Héctor Raúl Sandler, hecha de acuerdo a los sujetos que participan en la relación de fuerza, es la siguiente:

Las relaciones de Fuerza donde:

- a) El Sujeto Activo es un individuo y el Sujeto Pasivo es otro individuo.
- b) El Sujeto Activo es un individuo y el Sujeto Pasivo es un grupo de individuos.
- c) El Sujeto Activo es un grupo de individuos y el Su jeto Pasivo es un individuo.
- d) El Sujeto Activo es un grupo de individuos y el Su jeto Pasivo es otro grupo de individuos.
- e) El Sujeto Activo es la sociedad global y el Sujeto Pasivo es un individuo.
- f) El Sujeto Activo es la sociedad global y el Sujeto Pasivo es un grupo de individuos.
- g) El Sujeto Activo es un individuo y el Sujeto Pasi-

vo es la sociedad global.

- h) El Sujeto Activo es un grupo de individuos y el Sujeto Pasivo es la sociedad global.
- i) El Sujeto Activo es la sociedad global y el Sujeto Pasivo es otra sociedad global.
- j) El Sujeto Activo es un Estado y el Sujeto Pasivo es otro Estado.

A esta tipología podría refutársele que olvida otros criterios importantes para clasificar a las relaciones de fuerza (por ejemplo, desde el punto de vista de los intereses en juego, de las ideologías, de los fines, etc.). Pero no se debe olvidar que se hace más en función de una herramienta metodológica de trabajo que de una exhaustiva descripción (que de todas maneras no vendría al caso), que de suyo merecería un estudio autónomo. Sin embargo, me parece que el criterio utilizado ayuda mejor a comprender el esquema original de la relación de fuerza, lo enriquece y, por otro lado, le da un apoyo científico más completo en el sentido que permite dejar de lado concepciones simplistas respecto al estudio y comprensión del fenómeno de la Fuerza y el Poder.

#### 1.4. EL PODER Y LA REALIDAD SOCIAL.

Hasta aquí he abordado la cuestión del Poder desde -- una óptica estrictamente conceptual, que si bien es importante (sobretudo en un trabajo científico), no lo es menos analizarlo desde un punto de vista objetivo, considerado como un - importante factor de incidencia en la vida social y de gran - influencia dentro de las relaciones humanas (a nivel social, - político, religioso, económico, etc.).

El Poder es uno de los fenómenos fundamentales en las relaciones sociales del mundo moderno. A partir del siglo XIX, debido al desarrollo de las ciencias sociales, ha constituido uno de los temas que ejerce más atractivo en todas las disciplinas científico-sociales (economía, ciencia política, derecho), quienes se han ocupado de estudiarlo desde los más diversos ángulos.

Pero independientemente de la gran difusión a nivel científico del Poder, lo cierto es que "per se", constituye - un hecho social primordial y una realidad concreta que es insoslayable en la vida del hombre contemporáneo.

En efecto, el siglo XX es típicamente el siglo del Poder; es la etapa donde los sucesos históricos vividos y -- los avances científicos y tecnológicos logrados, ejemplifican las dimensiones tan sorprendentes y en ocasiones tan abominables que el uso y el ejercicio del Poder pueden provocar. Con esto no quiero decir que en otros siglos y en otras épocas no se haya presentado el fenómeno del Poder; en muchos sentidos, la historia del hombre es la historia del Poder o, mejor dicho, la historia de la lucha por el Poder: es la memoria de quienes, en el transcurso del tiempo, han conseguido someter o dominar a su adversario (individuo o grupo) e imponerle sus condiciones, leyes, costumbres e ideas. De la antigüedad a nuestros días ésta ha sido la constante en el devenir histórico de la humanidad.

Por todo ello, no debe resultarnos extraño encontrar en casi todas las relaciones sociales de la sociedad contemporánea, relaciones de Poder. Si, como sugiere Henkel, pudiéramos examinar con rayos X a una determinada agrupación social, hallaríamos seguramente en ella una vasta variedad de relaciones de Poder, desde las más simples y cotidianas (por ejemplo las relaciones entre amigos, novios, padres e hijos, etc.) hasta las más complejas (las que se presentan entre un

gobierno y los diferentes actores sociales: partidos políticos, clero, empresarios, etc.). De hecho, nuestra evolución y desarrollo como seres humanos está permeada invariablemente por situaciones de Poder.

Es por ello que en la actualidad, algunos sociólogos han querido ver ciertas instituciones sociales (familia, matrimonio, etc.) como realidades que se explican de alguna forma por relaciones de poder, entendido éste en el sentido conceptual que he venido manejando, alejado absolutamente de cualquier apreciación valorativa.

Así pues, el Poder repercute de múltiples maneras en la vida del hombre. En líneas anteriores afirmaba que en este siglo el Poder adquiere su papel más relevante en el entorno social. La razón es la siguiente: el desarrollo tan acelerado de la ciencia y los adelantos sin precedente en el ámbito científico y tecnológico, han permitido que unas cuantas naciones estén en condiciones de poseer los instrumentos más diversos y sofisticados para conseguir la influencia o, incluso, el sometimiento sobre otra u otras sociedades. Hoy en día, el Poder se ejerce, con sus distintas variantes, mediante el ejército y los cuerpos policíacos, o bien a través de los me-

dios masivos de comunicación (cine, prensa, televisión, radio satélites, etc.), la Iglesia y las grandes empresas trasnacionales. A diferencia de la Edad Media o el Renacimiento, donde se vivía bajo la tutela de dos poderes bien diferenciados (la Iglesia y el Monarca), el hombre moderno vive bajo la influencia de muchos poderes: el del Estado, el de la Iglesia, el de los partidos políticos; su vida está envuelta en una compleja red de controles que anulan casi por completo su esfera de libertad.

Este fenómeno es exclusivo de nuestro tiempo y no podemos encontrar un símil en otra época, donde el Poder hubiese tenido tan vasta influencia y preeminencia en la vida social. En la actualidad, además, no sólo es importante el Poder sobre los hombres sino también sobre la materia. La ciencia y la tecnología son ahora instrumentos de Poder fundamentales para cualquier Estado e, incluso, son determinantes para establecer el grado de dominio y supremacía respecto a --- otros (16).

En este contexto, es sobresaliente el papel que ha jugado la ideología en la génesis del Poder. Indudablemente, -- visto desde un punto de vista histórico, el Poder en sus dis-

tintas manifestaciones ha respondido a intereses ideológicos-determinados que son los que, en primera instancia, le dan un sentido político, social o económico a cualquier forma de Poder. En este problema me detendré con más detalle en el siguiente capítulo, cuando analice cómo el factor ideológico incide sustancialmente en los proyectos de dominación y organización social de un grupo al conquistar el Poder. Pero aquí quiero subrayar solamente la gran importancia de esta expresión en la era moderna.

Podríamos decir que "el poder se halla presente siempre que la presión social opera sobre el individuo para inducir en él una conducta deseada. Los medios para inducir esta obediencia a las presiones son significativos, pero tienen importancia secundaria. Las presiones pueden ser francas, o pueden ser inherentes al sistema socioeconómico, o a cualquier conjunto establecido de funciones sociales" (17). Esta presión social de la que habla Karl Mannheim se manifiesta en la actualidad a través de múltiples instancias (escuela, iglesia, gobierno, medios masivos de comunicación), quienes han construido una auténtica forma de supresión de las libertades individuales y colectivas. Una realidad parecida en muchos aspectos a la que describió George Orwell en su novela "1984",-

donde sitúa a la humanidad en una época ficticia en la que -- prácticamente todos los seres humanos son vigilados por un -- enorme y omnipresente Estado que él denomina "Big Brother" -- (Hermano Mayor). Ahora, esta suerte de Leviathán moderno ha -- sido encarnado y actualizado por los regímenes totalitarios -- (tanto socialistas como capitalistas) de este siglo: Stalin, -- Franco, Hitler, Pinochet, Stroessner y tantos más, cuyas dictaduras han envilecido la naturaleza humana y han perpetrado, en nombre y en defensa de una ideología, crímenes que la historia jamás haya conocido, eliminando los más elementales derechos de que goza un ser humano para crear, pensar, expresarse y vivir libremente.

Por fortuna, ésta no es la verdadera faceta del Poder, sino más bien una degeneración en su uso y su ejercicio. Revisando sumariamente la evolución histórica de la humanidad, encontramos que el Poder surge como imperativo necesario para la organización social. No podríamos concebir ningún tipo de comunidad, entendida ésta con su sentido más amplio, sin un factor aglutinante como es y ha sido el Poder. Este viene a ser para el hombre la solución (materializada a través del Estado) más o menos satisfactoria que ha tenido para resolver sus problemas de convivencia y organización.

De los anteriores razonamientos se puede concluir que no es posible ver al Poder desde una óptica valorativa (como algo "bueno en sí", o algo "malo en sí"), reduciéndolo de una manera simplista a una dualidad maniquea que lo ve, utilizando la frase de Octavio Paz, como un Cyro Filantrópico. Lo --- cierto es que más allá de esta visión, el fenómeno del Poder es una realidad que "ahí está", que no podemos ignorar. Por ello mismo, la polémica hay que orientarla no tanto al Poder sino a los fines que persigue.

El problema fundamental radica en ver al Poder como - un fin y no como un medio. Mientras se siga considerando de - este modo, las posibilidades de paz mundial, de mayor democracia y de un orden social y económico más justos son nulas. El Poder debe ser siempre un medio, un instrumento para la consecución de valores supremos (justicia, bien común) y también - para el logro de un desarrollo igualitario, capaz de garantizar una convivencia armónica, sin desigualdades entre los seres humanos.

Finalmente, habría que añadir otro elemento importante para el estudio del Poder, que tiene que ver más con aspectos subjetivos del individuo y de la sociedad: el Poder consi

derado no sólo como realidad sino como vivencia que modela a todos los hombres sin excepción. Cualquier persona, no importa su actividad ni su condición, ha sentido el deseo de experimentar esta vivencia. Karl Mannheim lo explica claramente: "Por complejos que sean sus derivados, el arquetipo de la experiencia del Poder es el sentimiento personal de fuerza al conseguir que otra persona se incline ante nuestra voluntad. La coerción psíquica, tal como se practica en la magia, está modelada sobre esta experiencia primaria. Desde el principio, la sensación humana de poder ha sido asociada con el control de la conducta de otras personas. Por ello, toda discusión relativa al Poder se asocia con el debate acerca de un control del mismo. Nuestro poder se mide por el grado y la extensión de nuestro control sobre los otros hombres (incluyendo sus servicios); y nuestro poder, a su vez, está controlado en la medida en que los otros hombres restringen nuestra voluntad de controlarlos" (18).

De esta manera, podemos reconocer que el poder no sólo tiene que ver con la posesión y el empleo de ciertos recursos (ver inciso 1.2), sino también con las actitudes y expectativas que se tienen hacia él, es decir, el hecho que la mayoría de los actos de nuestra vida son realizados en fun--

ción de las pretensiones del detentador del poder, sin que éste incluso lo haga efectivo.

En un contexto histórico-social como el que ahora vivimos, es necesario revisar y reformar las concepciones y la práctica del Poder. Hacer de él un poder al servicio del hombre y encauzarlo hacia el logro de fines superiores.

#### 1.5. PRINCIPALES FORMAS DE PODER.

Hemos explicado que hay Poder, en términos generales, en todo fenómeno donde se revela la capacidad de un sujeto (individuo o grupo) de obtener de otro sujeto (individuo o grupo) un comportamiento que no se adoptaría espontáneamente, agregando además que esta capacidad debe tenerse de una manera más o menos permanente a través, en última instancia, de la imposición. De esta forma, los hechos de Poder son innumerables y para atribuirle una cualidad a cualquier ejercicio del Poder, es necesario considerar los medios o instrumentos empleados en él. Dada la naturaleza de estos medios, estamos en condiciones de determinar tal o cual forma de poder (religioso, económico, ideológico, etc.).

Las formas de Poder que a continuación defino (ideológico, jurídico y político) no son las únicas pero sí, a mi juicio, las más relevantes en la realidad social actual. Que reer encontrarlas solamente de manera aislada sería ingenuo. Al contrario, muchas veces éstas se manifiestan de una forma única o bien se entrelazan y se conectan de múltiples y complejas maneras.

a). **PODER IDEOLOGICO.**

No es suficiente explicar el origen o el funcionamiento de una relación de Poder para que ésta quede satisfactoriamente caracterizada. Es necesario indagar también las motivaciones de un individuo o de un grupo para acatar determinadas órdenes o actuar conforme a la voluntad del detentador del poder.

Estas motivaciones, que obedecen a factores eminentemente subjetivos del ser humano, responden a la influencia de lo que se ha dado en llamar "poder ideológico", es decir, la capacidad del poseedor de la fuerza para determinar en la esfera psíquica del individuo o del grupo, la voluntad de actuar o no actuar, según sea el caso, conforme aquél se lo --

propone, sin necesidad de la aplicación material de la fuerza (entendiéndola en su sentido más amplio).

Esta forma de sometimiento es una novedad en la historia de la humanidad en cuanto a los medios utilizados pero no en sus fines. Recordemos que cualquier Poder necesita algún tipo de justificación para existir y subsistir como tal. En la edad moderna el Estado es el depositario único del Poder, pero debido a las características de la sociedad actual no es posible someter el comportamiento de los individuos por el mero uso de la coacción; es necesario, asimismo, ejercer el Poder con sustento en una determinada ideología (19).

El poder debe tener, por definición, la característica de la permanencia (ver inciso 1.1). Por ello y debido a la existencia de la sociedad de masas y al gran desarrollo científico y tecnológico del mundo contemporáneo, el Estado se ve obligado a "inducir" el tipo de comportamientos y conductas que desea a través de los más diversos medios que tiene a su disposición (por ejemplo: medios de comunicación masiva como televisión, radio, prensa. De igual manera a través del sistema educativo, etc.). Esta suerte de manipulación social por parte del Estado no debe verse de ninguna forma como anómala.

La razón de ser de todo poder estatal está, como decía, en su durabilidad. Cualquier grupo que bajo ciertos principios ideológicos asume el control de un Estado, tiende a reproducir y a perpetuar dichos principios por medio de la coacción y persuadiendo a la sociedad entera que la suya es la mejor ideología para gobernarla. En una sociedad democrática, los individuos tienen la opción de elegir por otra alternativa política cuando la ideología vigente no satisface ya las expectativas sociales. En cambio, un Estado deviene totalitario cuando impone coactivamente a sus miembros la sumisión incondicional a su propia ideología.

Sin embargo, es necesario subrayar que el control social no se da de manera exclusiva en la esfera de la actividad estatal. El hombre moderno se somete o es sujeto de influencia de éste a través de instituciones sociales autónomas del Estado. De este modo ... "si las instituciones sociales (como el hogar paterno o los medios de difusión de masas) y si las instituciones y organizaciones políticas (como el sistema educativo, la justicia, la administración pública y los partidos políticos) no educasen continuamente a las personas a considerar a la forma existente del poder público como algo propio, entonces las formas estatales y las realida-

des constitucionales que no coincidiesen con los intereses y las necesidades de la mayoría de los ciudadanos, no persistirían durante mucho tiempo." (20)

Por todo lo anterior, el poder ideológico tiene como finalidad principal la de encauzar el pensamiento y el comportamiento colectivo hacia la conservación de una determinada estructura política, es decir, la preservación del "statu quo".

b). **PODER JURIDICO.**

Es incuestionable que toda agrupación humana y, en general, cualquier forma de convivencia social sería difícil de concebir sin la existencia del Derecho. Este desempeña -- una función de límite y control de las fuerzas sociales reales que actúan dentro de una sociedad determinada.

Históricamente, el Derecho nace para cumplir una tarea estrictamente pacificadora, esto es, la de garantizar la paz entre los miembros de la comunidad. A partir de la gestación y desarrollo del Estado moderno, amplía sus funciones y sirve también de orden de protección a los intereses vita-

les de los miembros de la sociedad. En este sentido, "al Derecho le corresponde la función de actuar de medida, límite y control de la fuerza en las relaciones sociales de los hombres. Desde estos puntos de vista, se le llama al Derecho, - tradicionalmente, orden de paz y protección" (21). Dentro de esta perspectiva, un orden jurídico sirve para someter a - - ciertas reglas las distintas relaciones de fuerza que actúan en la vida social y de este modo hacer posible una sociedad organizada. Pero también sirve para evitar el abuso en el -- ejercicio de la fuerza que es fundamental para aminorar las desigualdades en la posesión de los medios de fuerza que en toda agrupación social existen.

Sin embargo, el Derecho no se agota en estas funciones. Tiene igualmente el importantísimo fin de ser el guardián del orden general de la sociedad. De esta manera, no só lo actúa como un mero instrumento o mecanismo de control de las distintas relaciones de fuerza existentes, sino que constituye un proyecto de vida para el hombre en sociedad; lleva implícito un plan social de comportamiento, el cual se establece mediante normas jurídicas. Estas normas implican, a su vez, ciertas "exigencias" de determinado comportamiento en - situaciones sociales específicas. (22)

La característica de las normas jurídicas de ser exigibles en su cumplimiento conlleva a que tienen que ser acatadas de manera incondicional y general. Sería ilusorio pensar que todos los individuos integrantes de una sociedad obedecen de manera voluntaria a las normas jurídicas si éstas no tuvieran la exigencia de cumplirse obligatoriamente. De no ser así, cualquier orden jurídico no podría ser considerado como tal.

De lo anterior se desprende que a pesar de que una persona por convicción, por creencias religiosas, morales e incluso ideológicas se sienta obligado a actuar en sentido contrario al Derecho, aquél tiene que cumplir la exigencia jurídica plasmada en la norma, aún sin aceptarla. Esto es lo que le da al orden jurídico su característica de "inquebrantabilidad" (23).

No obstante, el Derecho es también flexible y tolerante porque permite al hombre ejercer su "derecho a la personalidad", al otorgarle un espacio libre para actuar conforme a sus propios valores (políticos, morales, religiosos, etc.) e inclusive, da el margen de flexibilidad para que decida, en su fuero interno, si acepta o no una norma jurídica

determinada.

¿Qué sucede entonces cuando no se produce la obediencia a la norma jurídica? La respuesta no puede ser otra más que la imposición. El Derecho tiene la facultad de "imponerse", es decir, de hacer efectivo el cumplimiento de la norma. Hay que dejar claro que un Derecho sin facultad de imposición no es Derecho. Aquella es un presupuesto de validez de éste.

La facultad del Derecho para hacer cumplir las normas jurídicas se realiza a través de la "coerción jurídica", que es la aplicación o uso de la fuerza para someter a un individuo transgresor de la norma jurídica. A esto es lo que llamamos COERCIBILIDAD JURIDICA (24).

Sobre este punto se ha generado una tan amplia como estéril polémica en torno a determinar si la coerción forma parte de la esencia del Derecho. No es aquí el lugar para enumerar (no valdría la pena) los argumentos esgrimidos en pro o en contra de esta cuestión. Mi punto de vista aquí es que efectivamente la coercibilidad es característica esencial y conceptual del Derecho Positivo, agregando que "se di

rige únicamente contra el comportamiento contrario a la norma y persigue el doblegamiento de la voluntad únicamente --- frente a la desobediencia jurídica". (25) Empero, el Derecho no se va a los extremos, dado que constituye realmente, como afirma Henkel, una "síntesis de libertad y de coerción" (26).

Habría que añadir que la coercibilidad entendida en su conjunto, como totalidad, no implica que todas las normas jurídicas tengan esa característica, puesto que a algunas inclusive se les excluye toda posibilidad de coerción.

Así pues, el vínculo existente entre el poder jurídico (esta capacidad del Derecho a que he aludido de controlar y medir las diferentes fuerzas sociales y de organización de la misma sociedad a través de la exigencia de cumplir con -- sus normas) y el poder político es muy estrecho, básicamente en virtud de que el primero necesita para la aplicación de -- la coerción jurídica un aparato coercitivo organizado el -- cual tiene que sujetarse de igual manera a un determinado -- procedimiento jurídicamente ordenado para la aplicación de -- la fuerza. Este aparato es representado en la sociedad moderna por el Estado a través del gobierno, quien es también el-

creador del Derecho. (27)

Por todo lo expuesto, se manifiesta la gran importancia tanto en el aspecto jurídico como en el político de contar con un Derecho cuyas normas no constituyan una desmedida serie de conductas sujetas a la aplicación de la coerción, - dado que se corre el riesgo de caer, en el ámbito del Derecho, en un orden jurídico meramente coercitivo y no ser un Derecho "correcto" y en el ámbito político en un sistema totalitario.

Pero tampoco hay que caer en la alternativa contraria, es decir, la de no proveer a un orden jurídico de las suficientes normas jurídicas coercitivas, ya que ello ocasionaría un Derecho carente de eficacia, con sus previsibles -- consecuencias en el orden y la organización de una sociedad.

En la medida en que resulte más satisfactoria la solución a esta disyuntiva, es en la medida en que cualquier comunidad de seres humanos gozarán de un mejor derecho y por tanto, de un mejor orden social.

c). EL PODER POLITICO.

Quizá en el campo donde el Poder adquiere más relevancia es en su relación con la política y, en general, con los fenómenos políticos. Con esto no quiero decir que el Poder Político sea más importante que el poder económico, el poder jurídico o cualquier forma de poder. Simplemente representa una forma de Poder cuyas dimensiones y alcances abarcan casi la totalidad de las relaciones sociales.

El Poder Político ha sido estudiado y analizado de una manera abundante y con una extraordinaria diversidad de métodos. Debido a esto, sus características y sus fundamentos son generalmente reconocidos por los estudiosos del tema, por lo que hoy en día resulta sumamente difícil aportar algo novedoso sobre el particular.

Si revisamos sumariamente la historia del hombre en sociedad, encontraremos que no en todos los tiempos ni en todas las comunidades, ha existido el fenómeno llamado Poder Político. La existencia del Poder en las primeras sociedades tenía su fuente o su origen en la costumbre, en la tradición o sencillamente en la creencia del carácter divino, suprah-

mano, de un individuo que era el Jefe del clan o de la tribu. El surgimiento del Poder Político no se da sino hasta el siglo XVI, aproximadamente, cuando nace lo que hoy conocemos como Estado moderno y que delinea finalmente las características fundamentales de esta forma de Poder.

Sobre este punto, me parece necesario detenerme para inquirir sobre la forma en que este cambio sustancial de las aldeas y tribus a las "polis" griegas se da, es decir, la diferencia entre una mera aglomeración de individuos y una sociedad políticamente organizada. Al respecto y para no meternos demasiado en cuestiones de tipo histórico, el tránsito del hombre hacia las comunidades "políticas" se origina, precisamente, cuando en una sociedad nace una división perfectamente diferenciada entre quienes mandan y quienes obedecen, entre gobernantes y gobernados, esto es: cuando aparece por primera vez la relación mando-obediencia.

Esta relación es, por consiguiente, el fundamento principal de cualquier Estado o sociedad política. Pero es igualmente importante señalar que esto no es suficiente para darle el calificativo de político a un poder determinado. Hemos llegado al momento de tener que distinguir entre un Po-

der Político y un Poder no-Político, o dicho en palabras de John Locke: "mostrar la diferencia entre el gobernante de -- una sociedad política, el padre de una familia y el capitán de una galera". (28)

Debemos a Max Weber la primera exposición científica sobre el Poder Político. En su ya clásico libro "Economía y Sociedad" define al Poder Político como el monopolio de la coacción legítima, consecuencia de su célebre tipología del Poder. (29)

Esta definición sigue siendo válida en nuestros tiempos y su novedad consiste en añadir el elemento "legitimidad" al ejercicio del Poder. De esta manera, según Weber, Poder Político no es sólo aquel que utiliza la coacción de manera única (es decir que impide el uso de la fuerza a sujetos no autorizados y de ahí su carácter "monopólico"), sino que también ese ejercicio debe ser considerado como "legítimo" de alguna forma.

Sin embargo, el propio Max Weber no señala cuál debe ser el requisito de legitimidad sino simplemente exige que sea reconocido como válido ese Poder bajo algún título. De -

esta forma, ha surgido un largo debate sobre el fundamento de legitimación del poder político y que hasta ahora no ha generado un consenso aceptable. Para muchos, la exigencia de ajustarse a un orden legal, o legalidad, era suficiente para considerar a tal poder político como legítimo, pero a la luz de la experiencia moderna dicho argumento ha dejado de tener validez.

Michelangelo Bovero sintetiza así este problema:

"Si se quiere distinguir al Poder coactivo de la organización política del Poder coactivo de otras organizaciones o grupos, parece pues indispensable vincular la noción de poder político a la legitimación: la tradicional investidura. O como dice Kelsen, que repropone el problema de términos análogos a los de San Agustín, si se quiere distinguir el mandato del Estado de la intimidación del bandido es necesario concebir el Poder Político como poder "autorizado". (30)

Establecida la distinción entre un Poder Político y un poder no-político, me sujetaré en lo esencial a la definición propuesta por Weber (poder político = monopolio de -

la coacción legítima) que, por lo demás, utilizaré para el desarrollo de los siguientes capítulos.

En conclusión, en las sociedades modernas el único depositario del Poder Político es el Estado. Ello obedece a razones de tipo histórico y de tipo social: la necesidad de las agrupaciones humanas de encontrar un factor de unidad y cohesión para la consecución de ciertos fines, todos ellos propios de la naturaleza humana. El Estado es, pues, un producto social que rebasa los objetivos o metas que un solo individuo o grupo pueda proponerse respecto de las vidas de toda una comunidad. Por ello, el argumento marxista en el análisis del Estado es endeble y se invalida con la existencia de una estructura estatal en los países del llamado bloque socialista en donde, supuestamente, el Estado es una etapa de transición hacia organizaciones sociales más perfectas y justas.

Añadiría al concepto Weberiano del Poder Político, el requisito del fin "socializado", como lo ha denominado -- George Burdeau (31), o sea, considerar esta forma de poder no sólo como mera coacción o imposición, sino más aún, como una fuerza que posee intrínsecamente la noción de un fin, de-

un proyecto: un fin social, que compendia las aspiraciones - de una sociedad cualquiera. Por consiguiente, el Poder Político es, simultáneamente, una fuerza y una idea.

"Todo el problema del Poder -sentencia Burdeau- tiene de a esta dualidad de elementos que lo constituyen y se influyen recíprocamente: la voluntad de un jefe y la fuerza (o el poder) de una idea que, a la vez la posee y la rebasa.

El concepto del Estado es una respuesta, quizá frágil y provisional, que los hombres, desde finales del siglo-XV han intentado aportar a este problema". (32)

## CAPITULO PRIMERO

## INDICE DE CITAS Y NOTAS

- (1) cfr. Heinrich Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1968, p. 135 y s.s.
- (2) H. Henkel, op. cit. p. 136.
- (3) Ibidem, p. 136
- (4) Ibidem, p. 137
- (5) Ibidem, p. 138
- (6) Bertrand Russell, *Antología*, México, Ed. siglo XXI, 12a. ed., 1983, p. 130
- (7) Mario Stoppino en *Diccionario de Política*, México, Editorial siglo XXI, 1981, p. 1217
- (8) Robert Dahl, *The concept of power*, citado por Georges-Burdeau, *Tratado de Ciencia Política*, T. 1 volumen III, *El Poder*, México, UNAM (ENEP Acatlán), 1984, p. 29
- (9) Paul Claval, *Espacio y Poder*, México, FCE, 1982, p. 15
- (10) Héctor R. Sandler G., *Relaciones entre Poder y Derecho*, versión mecanográfica, México, ENEP Acatlán, 1982, p.4
- (11) G. Burdeau, op. cit., p. 32
- (12) Henkel, op. cit., pp. 138 y 139
- (13) Ibidem, p. 139
- (14) M. Stoppino, op. cit., p. 1218
- (15) Ibidem, p. 1219
- (16) Por ello la idea muy difundida hace algunos años sobre la supuesta "neutralidad" de la ciencia, resulta inso

tenible en nuestros días. Se ha demostrado, a veces de manera trágica, que el desarrollo científico es un instrumento fundamental para sostener y mantener al Poder, por lo que es ingenuo afirmar que la investigación - científica no está, en ocasiones, impregnada de ideología.

- (17) Karl Mannheim, Libertad, Poder y Planificación Democrática, México, FCE. 1982, pp. 66 y 67.
- (18) Mannheim, op. cit, pp. 70 y 71.
- (19) Utilizo aquí el concepto sociológico de ideología, entendida ésta como un conjunto de creencias que tiene - por objeto conseguir o mantener el dominio de un grupo, así como el de manipular la conducta de los individuos para impulsarlos a acciones que promuevan el poder político de un grupo o de una clase determinada. Al respecto Luis Villoro, El concepto de Ideología, México, FCE, 1985, p. 20.
- (20) Abendroth, Lenk et al., Introducción a la Ciencia Política, Barcelona, Ed. Anagrama, 1971, pp. 281 y 282.
- (21) Henkel, op. cit., p. 188.
- (22) Por ello el Derecho no se queda únicamente en la esfera del "ser" y en su propuesta social de comportamiento contiene no solamente un fin de organización humana

sino también lleva implícito el logro de valores superiores propios de la naturaleza humana, siendo ésta su esfera del "deber ser".

- (23) Henkel le llama a las normas jurídicas normas "autocráticas" en cuanto no dependen de la aceptación de los afectados para su aplicación.
- (24) No hay que confundir conceptualmente, cómo lo hacen muchos autores, la coacción y la coerción. La primera es la amenaza del uso de la fuerza para quien o quienes quieran violar la norma jurídica. La segunda es el uso de la fuerza efectivamente aplicada para quien o quienes infringen determinada norma.
- (25) Henkel, op. cit., p. 165
- (26) Ibidem, p. 167
- (27) Sobre este tema abundaré en el capítulo II cuando me refiera al tema de las relaciones entre poder político y derecho.
- (28) Michelangelo Bovero en Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, Orígenes y Fundamentos del Poder Político, México, Ed. Grijalbo, 1985, p. 44
- (29) Esta tipología se detallará y explicará en el último capítulo
- (30) N. Bobbio y M. Movero, op. cit., p. 48

- (31) Georges Burdeau, L'État, Paris, Editions du Seuil, 1970, p. 26 (traducción personal).
- (32) G. Burdeau, L'État, pp. 25 y 26

## C A P I T U L O   I I

## EL DERECHO Y EL ESTADO

## 2.1.    TEORIAS ACERCA DE LA RELACION DERECHO-ESTADO.

De todas las relaciones de fuerza que tiene la Sociedad con sus integrantes, emanan fuerzas específicas bien diferenciadas unas de otras. Entre ellas, destacaremos aquí a la fuerza jurídica (Derecho) y a la fuerza política (Estado), cuya vinculación en el campo de la realidad social se da de múltiples maneras.

Para plantear la problemática que existe en las relaciones entre Derecho y Estado, se ha generado a lo largo de la historia del pensamiento jurídico y político una diversidad de teorías que a su manera han tratado de explicar este complejo vínculo. Habría que aclarar, sin embargo, que muchas de ellas se elaboran dentro de un contexto histórico específico y cuya principal función es la de justificar o legitimar una forma de gobierno determinada y no simplemente como mero fin científico para "desentrañar" la naturaleza de esta relación.

De esta diversidad de teorías, podemos destacar principalmente tres:

a) **Teoría de la Supraordinación:**

De acuerdo a esta teoría, concebida originalmente -- por John Austin, el Estado (o el SOBERANO) es el único creador del Derecho y a quien la sociedad obedece. Por consiguiente , "el Estado se encuentra por encima del Derecho y es superior a él". En opinión de Austin "el Derecho no es -- otra cosa sino el mandato del soberano" (1). Por ello, el -- propio poder soberano no tenía ninguna obligación de someterse a las leyes que él mismo establecía (2).

Si bien es cierto que en un determinado nivel de desarrollo de la Sociedad, el Estado incorpora al Derecho en sus funciones debido a la complejidad del orden social, esto no quiere decir que aquél sea superior jerárquicamente a éste.

Esta noción pierde sustento en dos realidades:

1. El Derecho internacional, el cual no somete su actuación a la "voluntad" de los Estados afectados;

2. La existencia, en algunas sociedades, de un bien-

establecido derecho consuetudinario, el cual únicamente es sancionado por el Estado para efectos de la práctica judicial.

Por otro lado, aceptar esta idea sería concebir prácticamente la desaparición del derecho, ya que bajo este supuesto el contenido de las normas jurídicas estaría sometido al capricho y voluntad del Estado o, en todo caso, de un individuo o de un grupo. Sin duda alguna, al amparo de esta concepción (defendida por el positivismo jurídico), la historia reciente ha conocido los crímenes más graves de la humanidad (3).

**b) Teoría de la subordinación:**

Como contraparte de la primera, esta teoría sostiene como premisa fundamental la superioridad del Derecho sobre el Estado, es decir, que el Derecho nace primero que el Estado y éste deriva de aquél.

Esta concepción, que tuvo su origen y difusión en la Edad Media, tiene en los pensadores iusnaturalistas a sus principales defensores (Groccio, John Locke, Puffendorf en

la Edad Media y posteriormente en el siglo XX a León Duguit y Hugo Krabbe).

De acuerdo a esta teoría, el Derecho tiene un carácter suprapositivo, es decir, procede de una fuente divina y por ende el poder terrenal está obligado a sujetarse y obedecer las normas dictadas por esa divinidad. En la edad contemporánea, su contenido se actualiza gracias a Krabbe, y sostiene la idea de que el Estado debe estar sometido a las reglas del Derecho, quien es la única autoridad en la sociedad.

Asimismo, la validez del Derecho sólo se da por la convicción o sentimiento jurídico del pueblo hacia éste (4).

**c) Teoría de la coordinación.**

Los defensores de esta teoría sostienen que el Estado y el Derecho son lo mismo y que no tienen diferencia alguna uno del otro.

Según dicha concepción, dice Radbruch: "El Estado es el Derecho como actividad normadora; el Derecho, el Estado como situación normada" (5).

Resulta curioso que sus principales apologistas sean, por un lado, Hans Kelsen y por el otro, el pensamiento marxista tradicional.

Ambos niegan cualquier diferencia o antagonismo entre ellos.

Hans Kelsen:

"Desde el punto de vista de un positivismo jurídico consecuente, el derecho, de igual modo que el Estado, no puede ser reconocido sino como un orden creativo de la conducta humana, sobre cuyo valor moral o de justicia nada se dice con -- ello. Entonces cabe concebir al Estado como ni más ni menos jurídico que el derecho mismo.

Esta disolución crítico-metódica del -- dualismo entre Estado y Derecho constituye de consuno la anulación sin consideraciones de una de las ideologías delegitimación más eficaces; de ahí la -- apasionada oposición que enfrenta, por-

parte de la teoría tradicional del derecho, y del Estado, la tesis -- fundada por la teoría pura del derecho de la identidad del Estado y del Derecho" (6).

**Teoría marxista:**

"... el derecho y el Estado representan dos términos sinónimos para designar el mismo fenómeno (...) - Nacen y desaparecen al mismo tiempo. Ninguno de ellos precede al -- otro, ninguno de ellos sobrevive - al otro. Todo orden cronológico en tre ellos es imposible. Al mismo - tiempo que son simultáneos, son de igual valor, cosa que cae de su pe so, ya que al ser idénticos pueden ser tomados indiferentemente el -- uno por el otro: cuando se habla - del Estado se debe pensar en el de recho e inversamente. Por consi---

guiente, si rechazan todo orden -  
cronológico, rechazan igualmente  
todo orden jerárquico; ninguno de  
ellos es superior o inferior al -  
otro" (7).

Como se puede apreciar, aunque tanto el positivismo -  
jurídico como el marxismo son distintos en sus planteamientos  
de fondo, coinciden los dos en que el derecho no existe sin -  
Estado y viceversa. No sólo son realidades idénticas sino com  
plementarias: uno es el requisito de existencia del otro.

Uno de los problemas fundamentales a los que se en---  
frentan las anteriores teorías, es que analizan la relación -  
Estado-Derecho desde una perspectiva unilateral (ya sea en --  
función del Derecho o en función del Estado) y no se preocu--  
pan por analizarla a partir de una óptica general y objetiva.

El problema no radica en determinar quién es primero-  
o quien es superior, sino en analizar su interacción en la --  
realidad concreta. En este contexto, Bodenheimer sostiene que  
la solución al problema consiste en establecer qué forma de -  
gobierno adopta un Estado. Según la forma de gobierno de éste

-afirma Bodenheimer- podemos definir si se trata de un Estado donde predomina el poder, el Derecho o bien una mezcla de ambos (8).

Sin embargo, a mi juicio es menester examinarla desde un punto de vista eminentemente ontológico. Desde esta óptica, podemos encontrar múltiples afinidades que son consecuencia - de coincidencias genéticas, estructurales y funcionales.

La coincidencia genética se da en el momento en que - la sociedad presenta un grado de evolución en el que las formas de dominio sólo pueden ser ejercidas mediante un orden jurídico que las ordene y regule. Esta evolución hacia formas - legales de dominio como afirma Henkel, se da en la etapa última de desarrollo de las formas de dominio que Max Weber denomina dominio legal y que, históricamente, marca el nacimiento de la estructura político-coactiva llamada Estado, regida también por un conjunto ordenado y estructurado de normas denominado Derecho (9).

La coincidencia estructural se da "en cuanto que ambos tienen en común el elemento de un orden reglado, la tendencia a la estabilidad, la duración y la seguridad y, con --

ello, el impulso hacia la institucionalización" (10).

La coincidencia funcional es múltiple: por un lado ambos dependen entre sí, recíprocamente, para alcanzar, en palabras de Henkel, una "plena capacidad funcional". Por el otro, existe entre ambos una 'comunidad de fin', "manifestada en la tendencia a la realización de un amplio ideal social, del bien común o como se le quiera llamar" (11).

De esta manera, comprobamos que la perspectiva desde la cual las teorías tradicionales abarcan la cuestión es totalmente errónea. No se trata de establecer (y este es su falla teórica de origen) la supremacía del uno sobre el otro, - sino más bien, de acuerdo a los datos que la realidad nos proporciona, determinar de qué manera se da esta vinculación que, como hemos visto, no es meramente artificial sino resultado de un "ensamble existencial, nacido de bases ontológicas, que lleva a una mutua y amplia penetración" (12).

¿Cuál es la importancia de este vínculo en la vida social? En primer término, para el Estado es importante porque su dominio queda jurificado a través del derecho. Asimismo, el propio Estado es el creador y aplicador del derecho por lo

que es el responsable principal de los contenidos jurídicos de las normas, además de ser el garante de la eficacia del derecho mediante su imposición a quienes no acaten sus mandatos.

Sin embargo, el vínculo Estado-Derecho sólo puede alcanzar su perfección o estado ideal a través de lo que comúnmente se llama "Estado de Derecho", cuya esencia, afirma -- Henkel, consiste en la autovinculación del Estado al Derecho.

Esta connotación no significa actualizar y darle nuevamente vigencia a la teoría de la subordinación que ya expuse. Supone, en términos generales, la exclusión de toda arbitrariedad en el ejercicio del poder estatal por la vía del derecho, de manera tal que éste sea el que limite y controle el aparato estatal y con ello su facultad coercitiva. Pero quizá la función más importante en un "Estado de Derecho" sea la -- obligación estatal de cumplir los fines de derecho, dirigiendo su actividad hacia la consecución de la seguridad jurídica, la justicia y el bien común.

Me parece que esta aspiración la comparten todas las sociedades modernas en la medida en que buscan las vías más --

adecuadas para su realización. ¿Cómo conseguirla? muchos están convencidos (me incluyo) que el mejor camino para lograrlo es a través de la democracia.

## 2.2. EL ESTADO Y SUS ELEMENTOS.

No me parece inútil iniciar el presente inciso aclarando que cuando se habla de los elementos del Estado no quiere decir que el Estado se "descompone" en distintos elementos perfectamente diferenciados entre sí en la realidad social. La distinción se hace exclusivamente para fines de análisis científico, dado que éstos forman parte de una unidad ontológica indisoluble. Añadiré además que no me he propuesto analizar el desarrollo histórico de ellos, puesto que esta tarea corresponde más bien a la Teoría General del Estado. Las referencias históricas servirán únicamente como apoyo a las aquí descritas.

Del cúmulo de las teorías tradicionales acerca del Estado, sin duda una de las que ha tenido más vigencia y aceptación ha sido la que se refiere a los elementos del Estado. Esta teoría (estructurada y desarrollada por el positivismo jurídico con Hans Kelsen a la cabeza), asevera que los

elementos constitutivos del Estado (la población, el territorio y el gobierno) tienen su único fundamento y naturaleza - en el orden coactivo que es establecido por medio de las normas jurídicas. De acuerdo a esta teoría, no es necesario apelar a razones subjetivas de los individuos y los pueblos, ni siquiera de índole histórica, para explicar porqué estos - - tres elementos forman una unidad llamada Estado. La razón, - argumentan sus defensores, es simple: la única forma en que se puede dar la unidad de los hombres en una sociedad radica en el hecho de que sus actos se regulen por un mismo orden - jurídico. Bajo este supuesto, toda comunidad de personas pertenece o es miembro de un Estado si está sometida al mismo - orden coactivo.

Al amparo de esta idea positivista, por muchos años - se aceptó tanto en el ámbito jurídico como en el político la conceptualización de los elementos constitutivos del Estado - (territorio, población y gobierno) con este matiz teórico-dogtrinario.

Sin embargo, al comenzar la etapa de la posguerra esta teoría empieza a caer por su propio peso y deja de tener - validez a la luz de los sucesos históricos recién acontecidos.

Quizá precisamente por la vigencia tan prolongada de la tesis positivista antes referida, la opinión común de la gente aún ve como evidente y fuera de cuestionamiento el hecho de que no se pueda concebir a un Estado sin territorio, sin población y sin gobierno o autoridad. Los ven como condiciones objetivas sobre las que no vale la pena insistir.

Si bien no podemos ignorar estos conceptos para definir al Estado, es un error considerar que por sí solos constituyen el fundamento del Estado. Hay que considerar que - ellos han coexistido aún en la etapa en que ni siquiera existía el Estado tal y como hoy lo conocemos; estos podemos encontrarlos en la etapa denominada de Poder individualizado o lo que Max Weber llama "dominación carismática". Así, el argumento positivista deja de tener solidez.

Lo cierto es que para entender por qué un grupo de individuos se unen para formar una sociedad y posteriormente un Estado, no es suficiente apelar a consideraciones meramente objetivas, como la existencia de un orden jurídico que se impone a todos por igual. Es igualmente necesario atender a razones subjetivas que son las que le dan sentido precisamente a esa unión. Por ello, cada vez que se hace referencia a los

elementos del Estado, es indispensable aludir a la idea de la Nación. Sin este concepto, en mi opinión, no sería posible comprender cabalmente la unidad ontológica de población, territorio y gobierno para materializarse en un Estado (13).

No basta únicamente la unidad material que le da el territorio y el gobierno. Es fundamental la unidad espiritual del grupo que ahí vive. Es la conciencia que la colectividad toma de ella misma y que se le da la idea de Nación, es decir, la pertenencia a un conglomerado de seres humanos unidos bajo un mismo fin, bajo una comunidad de -- sueños. Es la oportunidad como afirma Burdeau, que tiene el hombre para "corregir la fugacidad de su destino personal" (14).

Si creyésemos fielmente en la teoría de Kelsen, entonces no seríamos testigos de los grandes esfuerzos de -- los jóvenes Estados africanos de hoy en día que a pesar de haberse sacudido el yugo colonial (británico o francés), no han podido encontrar todavía una solución al problema fundamental de su unidad y estabilidad nacional. Tampoco podríamos creer lo que sucedió con todas las repúblicas que integran la ex-Unión Soviética (hoy Comunidad de Estados Independientes) que lograron su independencia no obstante pertenecer

a una misma Constitución y a un mismo gobierno. De la misma forma, nos sería difícil entender porqué el pueblo irlandés lucha desde hace años tan denodadamente por independizarse - del Reino Unido o bien porqué el pueblo palestino, a pesar - de haber sido despojado de su territorio y sometido por Is- rael y estar actualmente disperso en varios países árabes, - continúa luchando para que se le reconozca como Nación, sin - contar con un territorio para vivir ni un gobierno estableci - do, aunque no se trate este último de un Estado desde un pun - to de vista objetivo. Pero por ese mismo argumento, no hay - que buscar la existencia de un Estado exclusivamente en el - sometimiento a un mismo orden coactivo. La idea de Nación -- que nos aporta Burdeau, me parece un elemento suplementario - que necesariamente hay que tomar en cuenta para el análisis - del Estado.

### 2.3. IDEOLOGIA Y CLASE DOMINANTE.

El análisis del término ideología juega un papel muy importante en el análisis sobre el derecho y el Estado. La - incidencia que tiene sobre estos dos fenómenos es determinan - te y querer ignorar su presencia en ellos es taparse los ojos - ante la realidad.

Mi propósito en el presente apartado es hacer notar el papel que juega la ideología en la creación y en el contenido del Derecho. Por ello no es casual que al abordar el tema me refiera también al término "clase dominante". De entrada, la referencia puede parecer chocante puesto que alude in directamente a un término empleado regularmente por el marxismo tradicional. No lo es cuando se piensa que en todo orden social existe necesariamente una situación de dominio -- que requiere ciertas creencias comunes destinadas a afianzar y sostener el orden existente. Dicho orden necesita de un -- pensamiento que lo justifique, el cual responde a intereses particulares de un grupo o de una clase.

Uno de los términos más empleados en las ciencias so ciales es el de ideología. También es uno de los términos -- que se usa con una gran variedad de significados y con bastante imprecisión. No tiene una connotación muy definida en el campo de la filosofía y de la sociología.

Sin pretender inquirir sobre el concepto más adecuado de ideología, recurriré para fines de este trabajo al significado sociológico del término el cual, para Luis Villoro, es el "conjunto de creencias que manipulan a los individuos-

para impulsarlos a acciones que promueven el poder político de un grupo o de una clase determinada". (15) Otra definición interesante, quizá menos radical que la anterior, es la que afirma que ideología es el "conjunto de ideas y valores-concernientes al orden político que tienen la función de guiar los comportamientos políticos colectivos". (16)

Surgido después de las revoluciones democrático-burguesas del siglo XIX, el término clase, a diferencia del de ideología, tiene una significación más precisa. Generalmente aceptamos que al hablar de clase, hablamos de "agrupaciones que surgen de la estructura de las desigualdades sociales en una sociedad que reconoce que todos los hombres, o mejor dicho todos los ciudadanos, son formalmente iguales ante la Ley". (17) En este sentido, clase dominante sería aquella agrupación social, representativa de un sector de la sociedad, que en un determinado contexto espacial y temporal detenta el poder político.

¿Cómo opera, entonces, la conexión entre clase dominante, ideología y derecho? Primeramente, hay que mencionar que en la edad moderna el Estado es el único creador del derecho. Este supuesto es muy importante dado que el contenido

de las normas jurídicas están determinadas por la ideología y los valores del grupo que detenta el poder (clase dominante). Además, la clase dominante no solo decide sobre su contenido, sino que también se encarga de hacerlo valer de manera efectiva, mediante la aplicación coactiva, a quienes no acaten los mandamientos jurídicos.

Al llegar a este punto, me parece útil tratar de delimitar las aparentes similitudes entre esta concepción y la idea que sobre el particular sostiene el pensamiento marxista. Para el marxismo, como hemos visto antes (inciso 2.1), no hay ninguna diferencia entre derecho y Estado. Ambos son producto de la voluntad de la clase dominante y en consecuencia, son un simple reflejo de su ideología. El Estado burgués, de acuerdo a esta línea de pensamiento, tiene como única finalidad la de preservar y perpetuar las condiciones materiales de vida de la clase dominante a través de un instrumento llamado derecho. Es por ello que, según el marxismo tradicional, una vez que se logre aniquilar la voluntad de una sola clase, el Estado tiende a desaparecer y con él el derecho.

Sin necesidad de tener que refutar intelectualmente-

el punto de vista marxista, la realidad misma se ha encargado de demostrar que aún en los Estados Socialistas el orden jurídico no desaparece; más aún, se convierte en un poderoso instrumento de dominación del Estado. A través del derecho - los países socialistas habían institucionalizado la dictadura de partido.

Queda por aclarar si el hecho de que los preceptos jurídicos que exigen un cierto comportamiento externo para sus súbditos, los cuales están sometidos a la voluntad del Estado y que, por lo tanto, sea el ordenamiento jurídico producto de la voluntad del Estado manifestada a través de su clase dirigente, no reduce al Derecho a un simple enunciado-sistematizado y ordenado de la ideología dominante. ¿No desnaturaliza esto la esencia y los fines del Derecho? Creo que la pregunta se la han formulado muchos y parece tener sentido. Sin embargo, hay que distinguir muy bien entre el "ser"- y el "deber ser" del Derecho. El primero representa a las -- normas vigentes que rigen a una sociedad (Derecho positivo). El segundo representa todos aquellos valores supremos del -- hombre hacia los cuales el Derecho tiene orientados sus fines. En la medida en que los dos planos del Derecho se en--- cuentren más vinculados en una sociedad, tendremos un orden-

social más justo. Para ello, tienen una importancia relevante, como afirma Hans Nawiasky, las "concepciones básicas de la clase gobernante". Esta deberá reconocer y darle la atención que merecen a "las tendencias sociales irreflexivas y aspiraciones conscientes, elemento tradicional y elemento --afectivo" de una comunidad. (19)

De esta manera vemos cómo la clase gobernante debe reconocer en el Derecho que establece los valores sociales predominantes y buscar la consecución de los fines del Derecho (justicia, seguridad jurídica, bien común) por medio del ordenamiento jurídico.

#### 2.4. PODER POLITICO Y DERECHO.

Uno de los temas fundamentales de la filosofía política y la filosofía jurídica ha sido, al lado del problema del fundamento del poder, el relativo al problema de las relaciones entre el derecho y el poder político (es decir, entre el derecho y el Estado). Es también una cuestión de principal interés en el mundo moderno porque su conexión e interrelación ha delineado el curso de la historia reciente.

Desde los antiguos, especialmente Aristóteles y Platón, ya se planteaba este problema y se reflexionaba sobre la necesidad de subordinación del Estado a las leyes:

"Veo pronto la destrucción en el Estado... donde la ley es súbdita y no tiene autoridad; en cambio donde la ley es patrona de los magistrados y estos son sus siervos, yo veo la sal vación y toda clase de bienes que -- los dioses dan a los Estados" (20)

El planteamiento del problema de las relaciones entre derecho y poder se establece, desde los clásicos griegos, con la siguiente pregunta: ¿Es mejor el gobierno de las leyes o el gobierno de los hombres?

Para contestar esta pregunta han surgido a lo largo de la historia del pensamiento político numerosas aproximaciones que han tratado de defender o justificar uno u otro punto de vista. Habría que añadir que en términos rigurosos, el debate en torno a este tema no se inicia sino hasta la -- Edad Moderna. Ello obedece a que en la Edad Media no era po-

sible plantear el problema porque esta relación se establece entre dos conceptos históricos: el del Estado, forma moderna del poder político y el Derecho Moderno, ambos conceptos desconocidos y extraños en la Edad Media como nociones autónomas.

En realidad, el primer antecedente acerca de esta relación lo encontramos en "Los seis libros de la República" - de Juan Bodino. El pensador francés introduce por primera vez la estructura teórica del concepto de soberanía. Asimismo, es el primero en establecer, como atributo principal de la soberanía, la capacidad para establecer leyes.

"El primer atributo del príncipe-soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno - en particular. Con esto no se dice bastante sino que es preciso - añadir: sin consentimiento de superior, igual o inferior". (21)

Como se puede apreciar, Bodino somete la creación -- del derecho a la voluntad del soberano. Esta misma forma de

entender la relación Derecho-Poder la contempla Tomás Hobbes en su clásico "Leviatán".

"El legislador en todas las repúblicas es solo el Soberano; sea un hombre como en la monarquía o una asamblea de hombres, como en la democracia o aristocracia. Porque el legislador es -- quien hace la ley. Y sólo la república prescribe y manda observar las reglas que llamamos ley. En consecuencia la república es el legislador. Pero la república no es ninguna persona, ni tiene capacidad para hacer nada si no es mediante el representante (esto es, el soberano) y por esa misma razón el soberano es el único legislador". (22)

La tesis de Hobbes, sin duda el primer positivista de la historia, constituye el enfoque más correcto todavía hasta nuestros días para entender la relación entre Derecho y Poder, es decir, reconocer el Derecho formalmente válido (derecho positivo) como una expresión de la voluntad del poder (Estado)-

como medio para organizar la convivencia social. Esta línea de pensamiento la continuaron Jeremy Bentham, John Austin y Rudolph Jhering. También la adoptó la escuela del positivismo jurídico, incluido el propio Hans Kelsen con algunas diferencias y ya en la segunda mitad de este siglo Norberto Bobbio.

Una razón adicional para justificar la gran importancia que tiene en estos tiempos la relación Poder-Derecho es el relativo a la cuestión de la legitimidad. Al abordar esta relación resulta ineludible referirse a los fundamentos de la legitimidad del Poder. A partir del estudio y análisis de éstos, es posible establecer una nueva forma de relaciones entre el Derecho y el Poder, encaminadas fundamentalmente a la consecución de la democracia. Como complemento de estas reflexiones, en el último capítulo me referiré ampliamente a este tema.

Teniendo por aceptado que el Poder y el Derecho no son nociones opuestas sino complementarias, que ambos son "datos" de la realidad que se influyen recíprocamente y que la existencia de uno es requisito de la existencia del otro (ver inciso 2.1, al refutar las distintas teorías sobre el -

binomio Estado/Derecho), no pretendo en absoluto reducir el Derecho a la fuerza, sino simplemente "reconocer que la fuerza es necesaria para la realización del Derecho". (23)

A partir de esta perspectiva: ¿cuál es la importancia que éste vínculo tiene en la vida social? Para empezar, habría que decir que toda sociedad se plantea siempre la búsqueda de un objetivo o fin común, el cual es independiente de los objetivos particulares que tengan todos los cuerpos integrantes de la misma. Sin esta conciencia más o menos clara de dicho fin, se dará un conglomerado de individuos pero no una sociedad. Posteriormente, esta percepción de un fin común determina un "consenso" que nace de la convergencia de representaciones individuales hacia una imagen del devenir colectivo (24). Aquí se da, en palabras de Georges Burdeau, "una representación del orden deseable" (25) para todos los miembros de la sociedad. Pero esta representación, para que se haga realmente efectiva en la práctica, exige también para su realización que se acompañe de los medios o instrumentos para que la "imagen social" sea una realidad. Dichos medios no son más que un conjunto de reglas que tienen como finalidad orientar los comportamientos individuales hacia la consecución del objetivo so-

cial elegido. Estas reglas son nada menos que las reglas del Derecho. Es por ello que el Derecho, si no esencial, es determinante en la organización de una sociedad. Aquí el papel -- del Estado es hacer efectivo, mediante el uso de la fuerza, - el ordenamiento jurídico vigente que constituye "una línea - de fuerza de la mentalidad colectiva donde ella cristaliza - el 'consenso' dominante" (26). Debe ser, en síntesis, el prin- cipal garante del cumplimiento del fin o los fines sociales.

Asimismo, el Derecho incluye dentro del conjunto de - sus normas, límites y controles específicos que sirven para regular el uso de la fuerza.

Dentro de esta categoría, el ordenamiento jurídico su- pone normas con los siguientes contenidos:

a) Normas que obligan por la fuerza a los que no ha-- cen lo que una norma prescribe.

b) Normas que impiden por la fuerza la acción de - - aquellas que hacen lo que una norma prohíbe.

c) Normas que autorizan la sustitución por la fuerza-

de las conductas obligadas por una norma y que han sido incumplidas (ejecución forzosa).

d) Normas que a través de la declaración de nulidad de otra norma suponen la retirada del apoyo de la fuerza a las conductas que se pretendiesen apoyar en la norma declarada nula.

e) Normas que autorizan a utilizar la fuerza para castigar, con penas, a los que han actuado en contra de lo establecido en una norma o que han omitido una conducta obligada por una norma (27).

Por otro lado, en relación con el uso de la coacción regulado por él, el ordenamiento jurídico establece los siguientes tipos de normas:

a) Normas que establecen las condiciones en las cuales el uso de la coacción -del poder coactivo- puede o debe ser ejercido.

b) Normas que designan a las personas u órganos que pueden o deben ejecutarlo.

c) Normas que regulan el procedimiento con el cual se debe utilizar la coacción, las circunstancias concretas y -- las personas que pueden ser afectadas por ese uso.

d) Normas que regulan la cantidad o el contenido de -- la fuerza que puede ser utilizada (28)

Con las breves consideraciones y reflexiones que he -- intentado en estas páginas, podemos ver con más claridad por qué en la actualidad las teorías idealistas o jusnaturalis--tas quedaron rebasadas y tanto en el contenido como en el -- análisis de la relación del Derecho y el Poder el punto de -- vista positivista es el que goza hoy por hoy de una acepta--ción general por la filosofía política y jurídica.

En síntesis, diremos que "en el marco histórico del -- mundo moderno, el ordenamiento jurídico está apoyado en el -- Poder. El fundamento último de la validez de un sistema jurí--dico está en el poder. Cuando hablamos de Poder queremos de--cir sobre todo, aunque no exclusivamente poder del estado, -- que es la forma de organización moderna del poder político.-- Pero no queremos dar al binomio Estado-Derecho un carácter -- excluyente. Lo importante de nuestra afirmación es que en la

sociedad moderna el Derecho funda su eficacia en la posibilidad que tiene el Poder, en última instancia en caso de incumplimiento, de imponerlo por la fuerza. Lo cierto es, por consiguiente, que el Derecho funda su validez en el poder efectivo que domina en el ámbito territorial de vigencia de ese ordenamiento jurídico y normalmente ese poder efectivo será el Estado, forma moderna del poder político" (29).

Cabría añadir que en el debate contemporáneo al hablar de la relación Estado/Derecho, especialmente en lo que se refiere al problema de los límites del poder, cuyo análisis es fundamental para su estudio, se habla de los límites internos y externos que por causa de la evolución histórica y política de las sociedades, tienen los Estados no sólo formal sino materialmente. Dentro de los límites internos al poder del estado encontramos la existencia de centros de poder que derivan de la misma composición y organización de la sociedad como tal. Estos centros de poder pueden variar de Estado a otro pero tradicionalmente se les identifica en la terminología jurídica como "factores reales de poder": clero, - medios masivos de comunicación, empresarios, etc. Otro de -- los límites internos de la acción del Estado, producto de -- una fase histórica importante en la trayectoria del pensa---

miento y la historia, es la de la teoría y práctica de la separación de poderes, lo cual no quiere decir que los tres poderes deban ser recíprocamente independientes, sino que deba excluirse que quien posea todos los poderes de un sector determinado posea también todos los poderes de otro de manera que pueda subvertir el principio en que se basa una constitución democrática. Finalmente, el límite interno que se refiere a los derechos fundamentales del hombre que constituyen un importante freno del poder del Estado. Estos derechos, cuya inspiración es eminentemente insnaturalista, son el origen no sólo de lo que conocemos como el Estado liberal sino que aparejado a éste, son el sustento jurídico y filosófico del constitucionalismo moderno (norteamericano y francés). - En este sentido, el Estado al reconocer estos derechos, no sólo debe respetarlos sino protegerlos. La teoría de los derechos del hombre marca el nacimiento del Estado limitado -- por excelencia, a través de la constitución formal y escrita. (30).

En cuanto a los límites externos, derivados básicamente de las relaciones entre los estados, el Estado encuentra los principales en las normas de derecho internacional, las costumbres internacionales y los tratados internacionaa-

ies. Un tema aparte, agregó de paso, sería la necesidad de -  
revisar las actuales estructuras del derecho internacional -  
que, consecuencia de los sucesos mundiales recientes, eviden-  
cian un rezago importante.

Como lo señalé en el apartado 2.1 del presente capí-  
tulo, la plenitud de las relaciones del Estado y del Derecho  
se da en lo que se denomina "Estado de Derecho", que quiere  
decir anular completamente el uso arbitrario del poder polí-  
tico mediante el uso del derecho. Quisiera insistir, aunque-  
parezca obstinación, que hasta nuestros días no se conoce un  
mejor camino para lograrlo que el de la democracia.

#### 2.5. EL DERECHO COMO FUERZA SOCIAL COHESIVA.

Como ya lo he establecido, el Derecho como fenómeno-  
social eminentemente fáctico, como "dato de la realidad", se  
nos presenta como un fenómeno de expresión de la fuerza. Con  
esto quiero decir que el Derecho posee como una de sus carac-  
terísticas principales el ejercicio de la fuerza para aque-  
llos que no obedezcan las pautas de comportamiento estableci-  
das en las normas que integran un determinado ordenamiento -  
jurídico.

Sin embargo, al admitir que el Derecho es fuerza también hay que añadir inmediatamente que no es "nada más" un simple producto de la fuerza. Más bien, se trata de una clase especial del ejercicio de la fuerza (ver capítulo I, inciso 1.2 al referirme a las clases de fuerza) que nace precisamente de la energía espiritual del ser humano encaminada hacia la consecución de formas estables y duraderas de convivencia, por lo que legítimamente podemos afirmar que se trata de un producto de la fuerza de encauzamiento de la sociedad y, por consiguiente, es fuerza social.

Desde esta perspectiva:

"... El Derecho Positivo aparece como ejercicio de fuerza de la sociedad en una forma funcional especial: como regulación normativa de la vida social con los medios especiales de un orden de comportamiento fijado en proposiciones jurídicas, establecido para lograr la firmeza, calculabilidad y duración y cimentado por una idea sustentadora: la idea del Derecho. El De

recho, pues, es en su causa origi-  
naria una clase especial del ejer-  
cicio de la fuerza de la Sociedad  
que contribuye a su conformación,  
ordenación y mantenimiento. Con--  
forme al modo de función que se -  
le ha reservado, es ejercicio de  
fuerza en cuanto que debe dirigir  
o mantener en determinados cauces  
mediante sus exigencias normati--  
vas, los comportamientos sociales  
de los sujetos sometidos a la fuer-  
za de la sociedad. Su modo de ser,  
como Derecho positivo, es el de -  
la validez; pero esta validez con-  
tiene la capacidad de cumplir ---  
realmente la función de encauza--  
miento que se le ha atribuido".(31)

Como hemos observado en el presente capítulo, la for-  
mación y origen de las sociedades es consecuencia de la bús-  
queda casi instintiva del ser humano hacia formas de convi-  
vencia estables. Toda sociedad tiende por naturaleza, a la -

estabilidad y durabilidad. Para cumplir con estos fines, todos sus miembros deben estar dispuestos a someter sus comportamientos a cierto tipo de reglas que ellos mismos establecen o, de lo contrario, su organización y vida social serían virtualmente imposibles. A partir de que ciertos comportamientos sociales están sujetos a reglas, cada persona sabe qué esperar de la otra en determinadas situaciones, por lo que con el devenir del tiempo estas conductas van creando modelos de comportamiento que todos los sucesivos nuevos miembros de la sociedad adoptan y hacia los cuales se orientan. Dichos modelos, si bien en un principio son meramente fácticos, adquieren posteriormente, en forma gradual, un carácter normativo, de manera que los modelos de comportamiento típicos a estas situaciones se convierten en norma.

El origen eminentemente fáctico de muchas de las normas que constituyen un ordenamiento jurídico, explica más claramente por qué el Derecho es una fuerza social cohesiva. El individuo, al pasar a formar parte de una sociedad, se adapta y se somete a veces de manera inconsciente a las pautas de comportamiento que aquella le exige, ya sea por un impulso irreflexivo de imitación o el conocimiento racional. En caso de no hacerlo se pone de manifiesto la fuerza de la-

sociedad expresada a través de la "presión social" o de una reacción de la "opinión pública", las cuales constituyen verdaderos instrumentos de coacción para aquellos individuos -- reacios a acatar las normas sociales y jurídicas de comportamiento. Ahora bien, en dado caso de que esta fuerza de la sociedad no cumpla con dicho objeto, entonces el Derecho interviene para obligar al sujeto a cumplir con las normas establecidas y socialmente aceptadas.

Pero no solamente en estas situaciones el Derecho demuestra su cualidad de fuerza social cohesiva. También lo hace cuando se trata de su relación con los fenómenos de fuerza, ya sea individual o de grupo. Por lo que respecta a su actitud ante la "fuerza personal del individuo", la tendencia del Derecho es de tolerar y no de reprimir las diversas manifestaciones de fuerza individual que se generan en el seno de una sociedad, y sólo justifica su intervención cuando el ejercicio de la fuerza personal trasgrede el orden jurídico de la misma.

De la misma manera, pero de mayor importancia, es la relación del Derecho ante la fuerza de los diversos grupos -- que integran una sociedad, algunos de los cuales, en las so-

ciedades contemporáneas, llegan a tener una importante acumulación de fuerza (por ejemplo los grandes consorcios financieros internacionales). Estos grupos pueden en determinado momento poner en peligro la vigencia del Derecho al tratar de obtener beneficios para su sector de intereses. Ante esta situación, como ante todo abuso de fuerza de un individuo o grupo, el Derecho protege el orden social mediante la aplicación de los medios de fuerza y de coacción del orden jurídico positivo.

Podemos concluir, con Henkel, que "ninguna sociedad desarrollada puede surgir ni mantenerse sin orden jurídico; necesita, vitalmente, la conformación de su orden social de comportamiento en las formas del Derecho. De una contemplación más detenida de la relación de los distintos órdenes sociales de normas entre sí resultará que ni los usos, ni la moral de grupo, ni tampoco las normas religiosas de comportamiento garantizan aquella firmeza, previsibilidad y estabilidad que la Sociedad precisa para su conformación y mantenimiento, en especial para la regulación eficaz de las relaciones interhumanas. Prescindiendo de todos los demás motivos, la necesidad del Derecho se demuestra ya con la consideración de que tal función ordenadora sólo puede realizarse en-

base a una organización sumamente diferenciada que es peculiar del Derecho, pero no de las otras fuerzas ordenadoras - sociales" (32).

C A P I T U L O   I I  
INDICE DE CITAS Y NOTAS

- (1) Edgar Bodenheimer, "Teoría del Derecho", México, FCE, 1986, p. 70
- (2) "El poder supremo limitado por el derecho positivo es una palpable contradicción en los términos", John Austin, citado por Bodenheimer, op. cit., p. 72
- (3) Basta recordar, para citar sólo dos ejemplos, los campos de concentración durante la Alemania de Hitler y la Unión Soviética de Stalin, por no mencionar ya más cerca de nosotros, los trágicos y largos años de dictaduras militares en muchos países latinoamericanos en este siglo que por fortuna ya forman parte de la historia (Cuba sigue siendo la excepción), para evidenciar objetivamente la puesta en práctica de esta teoría.
- (4) Bodenheimer, op. cit., p. 73
- (5) Georges Radbruch, citado por Henkel, op. cit., p. 183
- (6) Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, México, UNAM, -- 1982, pp. 320 y 321.
- (7) Konstantin Stoyanovich, El pensamiento marxista y el derecho, México, Ed. S. XXI, 2a. ed., 1981, p. 62
- (8) Bodenheimer, op. cit., p. 78
- (9) Henkel, op. cit., p. 184
- (10) Ibidem, p. 185
- (11) Ibidem, p. 185

- (12) Ibidem, p. 185
- (13) Empleamos aquí el término Nación entendida como un --- "grupo de hombres unidos por un vínculo natural y que, en base a este vínculo, constituye la base necesaria - para la organización del poder político en la forma -- del Estado nacional" (Diccionario de Política, p. 1076)
- (14) G. Burdeau, op. cit., p. 35
- (15) Luis Villoro, op.cit., p. 20
- (16) Dicc. de Política, pp. 786 y 787
- (17) Alessandro Cavalli, en Diccionario de Política, p. 271
- (18) Debido a los recientes cambios, tan sorprendentes como profundos en la Europa Central y en la propia Unión Soviética, resultaría exagerado sostener esta afirmación. Por ello utilizo un tiempo gramatical en pasado para - aclarar que ya no funciona de esta manera.
- (19) Hans Nawiasky, Teoría General del Derecho, México, Editoria Nacional, 1980, p. 49
- (20) "Las Leyes" de Platón, citado por Norberto Bobbio en - Estado, Gobierno y Sociedad, México, FCE, 1989, p.131
- (21) "Los Seis Libros...", Cap. X, Libro I, citado por Gregorio Peces-Barba, Introducción a la Filosofía del Derecho, Madrid, Ed. Debate, 1984, p. 33
- (22) Tomás Hobbes en Leviatán, p. 348, citado por Gregorio-

Peces-Barba, op. cit., p. 34

- (23) G. Peces-Barba, op. cit., p. 45
- (24) Ver G. Burdeau, op. cit., p. 58
- (25) Ibidem, p. 58
- (26) Ibidem, p. 58
- (27) Norberto Bobbio en "Diritto e Forza", p. 128, citado -  
por Peces-Barba, op. cit., p. 47
- (28) Ibidem, p. 58
- (29) Peces-Barba, op. cit., pp. 51 y 52
- (30) Cfr. Norberto Bobbio, Estado..., pp. 55 y 127
- (31) Henkel, op. cit., p. 151
- (32) Ibidem, p. 154

## C A P I T U L O   I I I

## LA LEGALIDAD

## 3.1. PODER DE HECHO Y PODER DE DERECHO

Al abordar la noción de la legalidad, me ha parecido necesario separar la idea que de ella tienen tanto la filosofía política como la filosofía jurídica. De hecho, una de las cuestiones principales de investigación en la filosofía política, de la que aquí me ocuparé, ha sido precisamente la distinción entre el poder de hecho y el poder de derecho. Señalo de paso que también la noción de legitimidad (que es el tema del último capítulo) va muy ligada a esta distinción, razón por la cual será un concepto recurrente a lo largo del presente capítulo, pero únicamente para comprender mejor la idea de la legalidad.

Me parece que aquí lo importante no es tanto explicar la distinción entre poder de hecho y poder de derecho, cuestión relativamente sencilla, sino más bien explicar cómo esta transición de un poder a otro delinea y da forma al concepto de "legalidad" y aparejado a éste, de cierta manera, el surgimiento de la idea de la legitimidad del poder. Se trata, digamos, de los pasos que se han seguido para buscar las justificaciones del poder para tener el derecho de gobernar.

En el inicio de la historia del hombre y durante miles-

de años, las nascentes agrupaciones humanas tenían su razón de ser únicamente en la sobrevivencia y en la necesidad de subsistir. Sus funciones principales prácticamente eran comer y defenderse de los grupos agresores. En esta etapa, la autoridad política era la prolongación de la autoridad familiar o bien una extensión de la función religiosa. Por ello, estas sociedades primitivas se caracterizan por la existencia de lo que podríamos llamar un "poder anónimo", el cual se disgrega entre todos los miembros de la comunidad.

Con la evolución de las sociedades primitivas se marca también el fin del "poder anónimo" y se comienza a dar una forma nueva de autoridad política y de dominación en la figura de 'el jefe', que es simultáneamente la figura que encarna y concentra el poder y además es la justificación de la autoridad. Su derecho de mandar reside sobre todo en sus cualidades personales: su habilidad, su genio, su valor, su carisma, etc. Tales son sus fundamentos de dominación. Por eso, en esta forma de poder que denominaré "Poder individualizado", en la persona de quien manda se confunden a la vez el ejercicio y la propiedad del poder. Precisamente el régimen feudal corresponde al sistema político fundado sobre esta concepción. (1)

Finalmente, con la desaparición del régimen feudal y el

nacimiento del Estado moderno, aparece lo que Burdeau denomina como "poder institucionalizado", que es la forma de poder más acabada que ha conocido cualquier tipo de sociedad hasta nuestros días y es hasta ahora la forma más perfecta de organización social que el hombre ha encontrado. El poder institucionalizado delimita un cierto momento en la historia de las sociedades en el que las cualidades personales de un jefe ya no son suficientes para justificar la autoridad que ejerce y "la conciencia política de los gobernados, más exigente, se rehusa a admitir que toda la organización de la ciudad recaiga sobre una voluntad individual". (2)

De esta manera, el "Poder institucionalizado" viene caracterizado por "el uso de la fuerza al servicio de una idea, pero de una fuerza cuyos fines por esa idea sobreviven a los individuos... La idea es la representación del orden deseable; el organismo es el aparato de la fuerza pública armado de tal forma que la idea condiciona la estructura, el personal y los medios." (3)

Con este brevísimo repaso sobre el proceso de formación del poder político y del tránsito de las sociedades primitivas a las sociedades modernas he querido intencionalmente comenzar para tratar de explicar la idea de legalidad y, a la vez, aclarar lo que señalé al comienzo de este apar

tado acerca de la estrecha relación de dicho concepto con el de legitimidad. La razón es la siguiente: desde las primeras formas de organización social hasta las sociedades -- contemporáneas a las que me he referido, para poder tener el derecho de mandar, es decir, para ser investido como "autoridad" y de esta forma convertir una relación de fuerza en una relación de derecho, es necesario acceder a ésta mediante ciertas reglas y principios que son los que le dan la calidad de legitimidad a la relación. Así, "entre los negros de Africa y los bárbaros, el hecho y el derecho pueden coincidir: quien detenta los instrumentos materiales del poder está considerado como investido del derecho de mandar. A medida que un pueblo se civiliza, el hecho de poseer los instrumentos del poder no basta; es necesario haberlos adquirido observando ciertas reglas y principios que confieren el derecho universalmente conocido de gobernar. La razón de esta premisa es la siguiente: como se ha dicho, los principios de legitimidad tienen la función de transformar una relación de fuerza en una relación de derecho." (4)

La distinción a la que alude Norberto Bobbio fue hecha por primera vez por Max Weber para la elaboración de su muy conocida tipología de las formas del poder legítimo, a la que me referiré más adelante con mayor detalle, para hablar específicamente de la cuestión de la legitimidad.

Como se puede ver, difícilmente podemos hablar de la idea de legalidad en las sociedades primitivas y feudales. Esta no se presenta sino hasta el nacimiento del Estado moderno, que es precisamente la etapa cuando se empiezan a -- buscar nuevos fundamentos de legitimidad al ejercicio del poder. Por eso, al aludir a la legalidad del poder, "se pide que quien lo detenta lo ejerza no con base en el propio capricho, sino de conformidad con reglas establecidas (que no sea un tirano). Desde el punto de vista del soberano, la legitimidad es lo que fundamenta su derecho; la legalidad es lo que establece su deber. Desde el punto de vista del súbdito, al contrario, la legitimidad es el fundamento de su deber de obedecer; la legalidad es la garantía de su derecho de no ser oprimido. Todavía más: lo contrario del poder legítimo es el poder de hecho; lo contrario del poder legal es el poder arbitrario. (..) Mientras el recurso a los principios de legitimidad sirve para dar una justificación a la existencia de los gobernantes y de los gobernados, la utilización del principio de legalidad sirve para distinguir el buen gobierno del mal gobierno". (5)

Por lo que he expuesto, es muy claro que en el Estado moderno uno de los principales, sino es que el principal -- fundamento de legitimidad, es el apego y respeto a las leyes. Por eso en el lenguaje político se entiende por legali

dad "un atributo y un requisito del poder, por el cual se dice que un poder es legal o actúa legalmente o tiene carácter de legalidad cuando se ejerce en el ámbito o de acuerdo con las leyes establecidas o de algún modo aceptadas". (6)

Sin embargo, en el desarrollo mismo de la teoría política llegó un punto en donde el principio de legalidad y el de legitimidad se confunden y donde se llega a sostener que un gobierno adquiere su base de legitimidad única y exclusivamente por medio de las leyes. De este modo, se genera una identidad entre ambos en virtud de la cual un poder es legítimo si es legal y viceversa.

Uno de los problemas que se presentan al querer aceptar esta idea, es que dentro de ese mismo supuesto conceptual se pueden acomodar aquellos regímenes que por sus características y naturaleza son autoritarios y dictatoriales y que sin embargo cumplen con dicho principio de legitimidad, es decir: su autoridad emana de las leyes y se ejerce mediante leyes. En la práctica, hemos constatado, de cerca o de lejos, en América Latina, Europa o Asia, que muchos tiranos, se les pudiera denominar fácilmente como "legítimos" al amparo de esta concepción.

Como sucede casi siempre, la realidad se hace cargo de

desmentir supuestas verdades y de destruir mitos. En este caso, el asunto no es ni por mucho sencillo, pero precisamente el propio devenir histórico ha marcado la pauta para establecer nuevos fundamentos y paradigmas para resolverlo. Por lo que toca a la legitimidad, de ella me ocuparé ampliamente en el próximo capítulo. En cuanto a la legalidad, ésta constituye uno de los términos recurrentes en toda la -- historia del pensamiento político, desde la célebre contraposición de los griegos entre el gobierno de los hombres y gobierno de las leyes, hasta la teoría y práctica del constitucionalismo moderno en el que se han inspirado los actuales regímenes democráticos del mundo. Asimismo "el estado de derecho que de ello ha derivado es, en su expresión más simple, la forma institucional asumida por el "gobierno de las leyes" (rule of law) contrapuesto al "gobierno de los hombres". Gobierno de las leyes que significa tanto gobierno de acuerdo con las leyes, o sea en los límites impuestos por leyes preestablecidas, como gobierno mediante las leyes, es decir, a través de normas generales válidas para toda la colectividad". (7)

Finalmente es importante mencionar que el principio de la legalidad visto como gobierno de las leyes, tiene -- cuando menos tres significados distintos de acuerdo con los diversos niveles en que se considera la relación entre la -

ley, entendida como norma general y abstracta, y el poder.- El primer nivel es el de la relación entre la ley y el gobernante: a este nivel, gobierno de las leyes significa que el gobernante debe gobernar de conformidad con las leyes que -- son superiores a él y no de acuerdo a su capricho y arbitrio. El segundo nivel es el de la relación entre el gobernante y sus gobernados: a este nivel, la idea del gobierno de las leyes debe interpretarse en el sentido de que los gobernantes deben ejercer su propio poder únicamente mediante la promulgación de leyes, es decir, a través de normas que valgan para la generalidad y no para un grupo de personas. El tercer nivel se refiere a la aplicación de las leyes a los casos -- particulares: a este nivel el principio de legalidad consiste en exigir a los jueces que decidan las controversias que se les presentan no en base a su sentido común sino de acuerdo a prescripciones jurídicas ya establecidas (no hay que olvidar el famoso principio de derecho penal: Nullum penae -- sine lege).

Sin duda, en nuestros días más que nunca está vigente actualizar el principio de legalidad en todas nuestras sociedades. Su idea, que es el Estado de Derecho, ya lo han -- vislumbrado algunas naciones con sistemas realmente democráticos. Aún así, no debemos ver a la legalidad únicamente como el criterio para distinguir el buen gobierno del mal go-

bierno sino también, en el plano jurídico, como el instrumento que asegura "los dos valores fundamentales en cuya -- realización consiste la función del derecho, el valor de la certeza y el valor de la igualdad (formal)". (8)

### 3.2. VIGENCIA (VALIDEZ FORMAL) DEL DERECHO (SU RELACION CON LA TEORIA DE LOS 3 CIRCULOS DE EDUARDO GARCIA MAYNEZ).

Hemos constatado cómo en la esfera del pensamiento - político la noción de legalidad se identifica en términos ge- nerales con la existencia de un gobierno que ejerza sus man- datos de acuerdo con leyes previamente establecidas y, asi- mismo, mediante la ley, es decir, sin ninguna clase de dis- tingos hacia los individuos a quienes van dirigidos dichos - mandatos.

En el ámbito jurídico esta noción no cambia sustan- cialmente, y se entiende como la "existencia de leyes y confor- midad a las mismas de los actos de quienes a ella están so- metidas" (9). Sin embargo, jurídicamente no debemos agotar - ahí el problema. La pregunta en torno a la cuestión de la le- galidad podría ser la siguiente: ¿A qué clase de normas debe someterse tanto el Estado como el individuo? A las normas -- que sean válidas, cualquiera podría responder. Pero, agrega- ría inmediatamente, ¿válidas para quien? para un positivista-

o para un iusnaturalista?

He aquí una polémica que ni por mucho quiero continuar en este trabajo puesto que ya se han escrito demasiadas páginas a lo largo de muchos años como para poder aportar algo novedoso a este debate entre la escuela positivista jurídica y la escuela iusnaturalista. A pesar de ello, quiero -- mencionar como breve introducción que el debate no ha sido -- tan estéril como muchos creen. Ha servido, a mi juicio, para fomentar en el pensamiento filosófico-jurídico una serie de teorías muy interesantes que fundamentan la validez del Derecho desde el punto de vista deontológico y que han servido -- también para crear tesis más elaboradas y complejas que contemplan la validez de un determinado orden jurídico como una síntesis de sus dos esferas ("ser" y "deber ser"). (10)

Para los efectos del presente apartado, ya que se trata de explicar la validez del Derecho desde el punto de vista formal, abordaré como es de suponer únicamente el argumento positivista que por cierto continúa aún vigente en nuestro ámbito doctrinario y académico, razón por la cual recurro a dos prestigiados autores: Hans Kelsen y Eduardo García Maynez.

Hans Kelsen es el artífice y autor intelectual de to

do el andamiaje teórico y conceptual de la tesis positivista sobre los fundamentos de validez del orden jurídico. Para el autor alemán "que una norma que se refiere a la conducta de un hombre 'valga' significa que obliga, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma" (11). El mismo Kelsen señala que es erróneo contestar a la pregunta sobre la validez de la norma mediante la verificación de un hecho empírico, o sea mediante la actualización de la conducta establecida en dicha norma, por un individuo. Además, excluye también cualquier debate acerca del contenido de la misma: "De que algo 'sea', no puede seguirse que algo 'deba ser'; así como, de que algo sea 'debido', no puede seguirse, que algo 'sea'. El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una inferior" (12). Sin embargo, para Kelsen no todas las normas que obligan a un determinado comportamiento son válidas; para que tengan esta cualidad, tienen que ser emitidas por una autoridad que tenga facultad para ello: "sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa competencia sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas. A esa norma se encuentran tan sujetos la autoridad facultada para dictar normas, como los individuos obligados a obedecer las normas que ella establezca". (13)

Volviendo al fundamento de validez de una norma. Como ya se señaló, éste sólo se da en función de otra norma - denominada superior. Pero el recurrir a una norma superior - para encontrar el fundamento de validez de otra, no puede - continuar ad-infinitum. Llega el momento en que tiene que - concluir en una norma superior o norma suprema. Dicha norma, por su propia naturaleza, no se le puede cuestionar su vali - dez; es, como norma suprema, presupuesta, en virtud de que no puede ser impuesta por ninguna autoridad. A esta norma Hans Kelsen la designa con el nombre de "norma fundante básica". De esta manera "todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas per - tenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determina da pertenezca a un orden determinado se basa en que su últi - mo fundamento de validez lo constituye la norma fundante bá - sica de ese orden. Esta norma fundante es la que constitu - ye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto repre - senta el fundamento de la validez de todas las normas que - pertenecen a ese orden". (14)

Por otro lado, en lo que se refiere al fundamento - de validez ya no de una norma sino de un orden jurídico es - tatal, éste hay que encontrarlo no en su contenido, como ya

había señalado, sino por el hecho de que una norma ha sido producida de determinada manera y, concretamente, de la manera determinada por la norma fundante básica. Por ello, según el pensamiento Kelseniano, cualquier contenido que se puede ser derecho.

De acuerdo a lo anterior, el fundamento de validez de las normas pertenecientes a un orden jurídico es la de un acto particular de imposición de conformidad con la norma -- fundante básica. "En este sentido, la norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción de derecho, y puede ser designada como constitución en sentido -- lógico-jurídico, para diferenciarla de la constitución en -- sentido jurídico-positivo. Es el punto de partida de un proceso: el proceso de la producción del derecho positivo. No es ella misma una norma impuesta por la costumbre, o por el acto de un órgano de derecho; no es una norma impuesta sino 'presupuesta', en tanto la instancia constituyente es vista -- como la autoridad suprema y, en consecuencia, en tanto no -- puede ser vista como facultada para dictar la constitución -- por una norma establecida por una autoridad aún superior" -- (15).

Por consiguiente, para preguntarse sobre el fundamento de validez de cualquier orden jurídico estatal hay --

que recurrir a la constitución del Estado de la cual emanó - dicho orden y si se continúa cuestionando sobre el fundamento de validez de esa constitución, vamos a llegar finalmente a la primera constitución histórica del Estado y cuya validez no puede ser referida a una norma positiva implantada -- por una autoridad jurídica, sino que su obligatoriedad, su - validez, tiene que ser presupuesta. "Como se trata -concluye Kelsen- de la norma fundante básica de un orden jurídico, es to es, de un orden que estatuye actos coactivos, el enunciado que describe esa norma, el enunciado básico del orden jurídico estatal en cuestión, reza: los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y en la manera que estatuyen la primera constitución histórica del Estado y las normas im puestas de conformidad con ella (en forma abreviada: uno debe comportarse como la constitución lo prescribe)" (16).

Por otra parte, el maestro mexicano Eduardo García - Maynez al tratar el debate entre el derecho positivo y natural, resalta la importancia de distinguir entre lo que él -- llama derecho formalmente válido, derecho intrínsecamente vá lido y derecho positivo o eficazmente válido. El derecho for malmente válido es lo que llamamos derecho vigente. "Todo -- precepto vigente es formalmente válido. Las expresiones vigencia y validez formal poseen en nuestra terminología igual significado. Estos atributos pueden aplicarse tanto a las --

disposiciones establecidas legislativamente como a las reglas nacidas de la costumbre" (17). El derecho intrínsecamente valioso sería aquel cuya validez de sus normas se funda no en cuanto a sus requisitos formales sino en cuanto al contenido de las mismas, referido casi siempre a determinados valores u objetos ideales más allá del "juicio estimativo de los hombres" (18). Finalmente el derecho positivo, - que es aquel conjunto de normas que efectivamente se cumplen en una cierta época, necesariamente reúne las características de los anteriores.

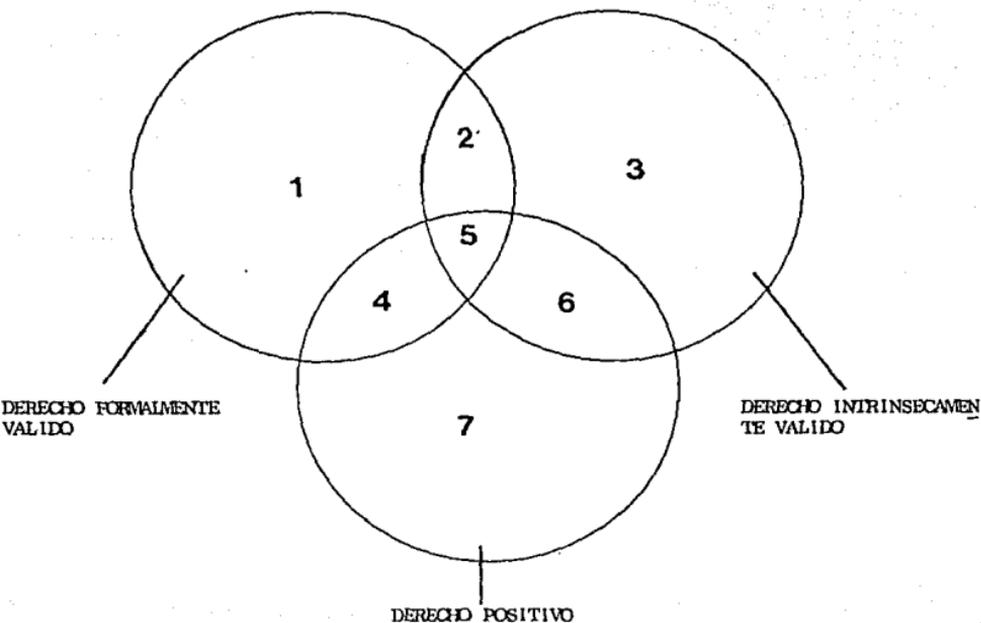
A partir de estos tres conceptos, García Maynez elabora su conocida teoría de los 3 círculos, de la cual deduce 7 posibilidades, a saber:

1. Derecho formalmente válido, sin positividad ni valor intrínseco.
2. Derecho intrínsecamente valioso, dotado además de vigencia o validez formal, pero carente de positividad.
3. Derecho intrínsecamente válido, no reconocido -- por la autoridad y desprovisto de eficacia.
4. Derecho formalmente válido, sin valor intrínseco, pero provisto de facticidad.
5. Derecho positivo, formal e intrínsecamente vali-

do.

6. Derecho intrínsecamente válido, positivo, pero - sin validez formal.
7. Derecho positivo (consuetudinario), sin vigencia formal ni validez intrínseca.

El esquema es el siguiente:



Por razones temáticas, sólo me detendré en los puntos 1 y 4 de los tres círculos, en el entendido de que los demás los explicaré detalladamente al hablar de la eficacia del derecho (capítulo IV, inciso 4.4).

Siguiendo la teoría del profesor García Maynez; el primer punto corresponde "al concepto de un derecho formalmente válido, pero desprovisto de positividad y validez intrínseca. Esta hipótesis sólo es admisible en relación con preceptos jurídicos aislados. Un precepto legal, expedido de acuerdo con todos los requisitos formales que la Constitución establece, es derecho vigente, aún cuando sea injusto y no sea cumplido ni aplicado. El Estado reconoce exclusivamente como derecho: los preceptos elaborados de acuerdo con los requisitos de proceso legislativo; las normas de la jurisprudencia obligatoria; las costumbres expresa o tácitamente admitidas por los órganos encargados de la formulación o aplicación de la ley; los tratados internacionales en vigor y, en general, todas las normas jurídicas individualizadas" (19).

El punto cuatro de los tres círculos es "el de los preceptos dotados de validez formal y de positividad, pero carentes de valor intrínseco. Se presenta, por ejemplo, cuando una ley o una costumbre (oficialmente reconocida), son --

injustas. Aun cuando tal cosa ocurra, la ley o la costumbre subsisten como tales, al menos desde el punto de vista del Estado. Del mismo modo, la regla consuetudinaria que reúne los requisitos que señala la teoría romano canónica es de acuerdo con ésta, derecho auténtico, sea cual fuere el valor de su contenido" (20).

Sin ningún cuestionamiento, el principio de legalidad es una de las bases fundamentales del Estado moderno y contemporáneo. Su plena realización, el Estado de Derecho, es hoy un ideal de casi todas las naciones y sociedades sin excepción. Por eso, el Derecho desempeña un papel de primerísimo nivel para su consecución y por eso mismo también cada día se buscan mejores alternativas para encontrar un orden jurídico que logre armonizar los problemas reales de su sociedad, así como los ideales y valores de la misma. En este contexto, la concepción positivista va perdiendo influencia y tiende a desaparecer gradualmente. ¿Cuáles son las nuevas fórmulas o los nuevos modelos? No hay una respuesta definitiva pero algunas tentativas las mencionaré en el tema de la legitimidad.

## CAPITULO III

INDICE DE CITAS Y NOTAS

- (1) El Poder Individualizado, denominado así por Georges Burdeau, corresponde simétricamente a lo que -- Max Weber conceptualiza como 'Poder Carismático' en tipología del poder (ver último capítulo, inciso -- 4.2).
- (2) G. Burdeau, op. cit., p. 31
- (3) Ibidem, p. 30.
- (4) Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, op. cit., -- pp. 20 y 21
- (5) N. Bobbio y M. Bovero, ibidem, pp. 30 y 31
- (6) Norberto Bobbio, Dicc. de Política, p. 890
- (7) N. Bobbio y M. Bovero, ibidem, pp. 32 y 33
- (8) N. Bobbio, Dicc. de Política, p. 892
- (9) Luis Legaz y Lacambra, Humanismo, Estado y Derecho, Barcelona, Ed. Bosch, 1960, p. 88
- (10) Quizá una de las más importantes en este sentido -- sea la tesis del "derecho correcto", elaborada por Heinrich Henkel en su libro ya citado en este trabajo.
- (11) H. Kelsen, op. cit., p. 201
- (12) Ibidem, p. 201
- (13) Ibidem, p. 202
- (14) Ibidem, p. 202
- (15) Ibidem, p. 202

- (16) Ibidem, p. 208
- (17) Eduardo García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1975, p. 40. El profesor García Máynez se refiere aquí a la costumbre como fuente de derecho, vigente sobre todo en el sistema jurídico anglosajón.
- (18) García Máynez, *op. cit.*, p. 43
- (19) Ibidem, p. 45
- (20) Ibidem, p. 46

## CAPITULO IV

### LA LEGITIMIDAD

#### 4.1 LA TEORIA DEL CONTRATO SOCIAL Y LA IDEA DE LEGITIMIDAD.

Para hablar de la noción de legitimidad es fundamental hacer referencia a las diversas teorías del contrato social, englobadas dentro del término contractualismo, siendo para este efecto indiferente el uso de uno u otro. Es necesario señalar además que estas teorías por su importancia, complejidad y diversidad, sería difícil enumerarlas todas, e igualmente complicado detallar su contexto histórico. Por esta razón, me ceñiré en lo fundamental al tema con referencias históricas sólo en caso necesario.

Con el fin de entender mejor en qué consiste el contractualismo, hay que distinguir entre el concepto propiamente dicho y la escuela que surge a partir de aquél durante -- los siglos XVII y XVIII, mejor conocido como contractualismo clásico.

En cuanto a categoría conceptual, se entiende como contractualismo a "todas aquellas teorías que ven el origen de la sociedad y el fundamento del poder político (el cual -- será, progresivamente, llamado 'potestas imperium', gobierno soberanía, estado) en un contrato, es decir, en un acuerdo -

tácito o expreso entre varios individuos, acuerdo que significaría el fin de un estado de naturaleza y el inicio del estado social y político" (1). Por otro lado, y en una aceptación más restringida, el contractualismo se entiende como -- una corriente de pensamiento que se originó en Europa entre los inicios del siglo XVII y finales del siglo XVIII, teniendo como sus máximos representantes a J. Althusius - - - - (1557-1638), Tomás Hobbes (1588-1679), Baruch Spinoza (1632-1677), Samuel Puffendorf (1632-1694), John Locke (1632-1704), Jean Jacques Rousseau (1712-1778) y Emmanuel Kant (1724-1804) Por corriente de pensamiento, como señala Nicola Mateucci; - "se entiende aquí no una orientación política común sino el uso común de una misma sintaxis o de una misma estructura -- conceptual para racionalizar la fuerza y fundar el poder sobre el consenso" (2)

De esta manera, podemos anotar que el contractualismo construye su base teórica en torno a dos ficciones: en primer término, la existencia de un contrato social que es el origen de la sociedad y del poder político. En segundo término, la existencia de ciertos derechos naturales, anteriores a cualquier relación social, política y jurídica y ya vigentes en el supuesto estado de naturaleza.

En este punto, me parece que hay que ser muy cuida--

dosos para analizar y formular críticas a las teorías contractualistas. Estas no deben ser interpretadas literalmente porque incurriríamos en muchos equívocos. Es necesario tomar en cuenta sus razones de origen (políticas, históricas, sociales) para comprender su contenido. No hay que olvidar, -- por principio de cuentas, que la época de su nacimiento --- -principios del siglo XVII- es la época que marca la consolidación definitiva de lo que conocemos como estado moderno y la clausura definitiva del orden político de la Edad Media - (es decir, el fin de la autoridad moral y política de la --- Iglesia y su influencia en la vida social). Es también la -- era del hombre y de la razón, iniciada con la Reforma y continuada y consolidada por ese gran movimiento humanista que es el Renacimiento. Así, "las teorías contractualistas aparecen como fruto de la filosofía del individualismo (el hombre como realidad fundante, el individualismo como presupuesto-- religioso, filosófico, político, social y económico del mundo moderno) del proceso de secularización, iniciado con el - humanismo renacentista y la Reforma y mantenido y desarrollado por el racionalismo, el empirismo y la filosofía de la -- ilustración (al deshacerse la unidad religiosa, que había -- servido de elemento integrador del mundo medieval, se des--- truirán también las bases teóricas que permitan una justificación teológica del orden social y político) y de los intereses sociales, políticos y económicos de esa nueva clase --

social en acelerado proceso de consecución de un papel predominante en el desarrollo de los hechos históricos a partir - del Renacimiento: la burguesía.

El individualismo, el racionalismo y los intereses - de la burguesía convivirán sintetizados en las teorías contractualistas a lo largo de los siglos XVII y XVIII".(3)

Además del individualismo y el racionalismo, sin duda el contractualismo clásico tiene una gran deuda con el de derecho natural racionalista, de cuyos principios sustentó casi la mayor parte de su estructura teórica. Hay que recordar que el iusnaturalismo moderno (es decir, el racionalista) -- sustenta la idea de la existencia de ciertos derechos consuetudinarios a la naturaleza del hombre (derecho a la libertad, derecho a la vida, derecho a la propiedad, etc.), los cuales son previos e incluso anteriores a la aparición de la sociedad. Estas ideas muchos autores contractualistas, como veremos, las adoptan y les sirve como fundamento teórico para -- que el Estado ( en este caso el Soberano) garantice la preservación y protección de estos derechos como contraprestación a los miembros de la comunidad que le han conferido su derecho a gobernar y a ejercer la autoridad en virtud del -- "contrato". No es tampoco casual que la teoría de los derechos naturales, derivada como decía de los principios del---

iusnaturalismo moderno, haya ejercido una influencia determinante en la creación ulterior de una de las más importantes corrientes filosóficas de pensamiento del siglo XIX: el Liberalismo. (4)

Independientemente de la vasta influencia que sin lugar a dudas ha tenido el contractualismo no sólo en el ámbito teórico sino también de manera decisiva en hechos históricos concretos, me interesa aquí sobre todo resaltar su conexión con la idea de legitimidad y la importancia de esta conexión.

Como ya señalé, al declinar el orden político, económico y social de la Edad Media, surge una nueva visión -- del mundo en la sociedad que se expresa y se justifica a -- través de una forma de pensamiento: el racionalismo. En consecuencia, hay que ver en las teorías contractualistas no -- tanto una explicación acerca del origen de la sociedad y -- del gobierno, sino una justificación del orden político predominante en ese tiempo. Sin excepción, todas las versiones contractualistas clásicas (siglos XVII y XVIII) surgen con -- una función muy específica, que es la de legitimar el orden político imperante, por una parte, y servir de justificación a determinada forma de gobierno, por la otra. Es pues, el -- contractualismo clásico, el sustento filosófico para darle --

legitimidad al poder político. Como apunta Eusebio Fernández: "Las teorías contractualistas vendrán a dar solución a la búsqueda de un nuevo principio de legitimidad en los siglos XVII y XVIII, que explique el origen y fundamento de la sociedad civil y política. Este tipo de legitimidad, encarnado en las teorías del contrato social, será el principio de legitimidad democrática, ya que explica el origen de la sociedad en un pacto entre individuos libres e iguales y fundamenta la legitimidad de los gobiernos en el consentimiento de los gobernados". (5)

La gran aportación del contractualismo, desde mi punto de vista, es que sitúa como fuente única de legitimidad del poder político el consentimiento o aceptación de los gobernados. Así, "suponer la celebración de un contrato mediante el cual se origina la sociedad y se legitima el poder político, no es solamente convertir la voluntad popular en criterio de legitimidad de los gobiernos, sino también conceder al pueblo el origen y el ejercicio de la autoridad suprema" (6).

A continuación me referiré suscintamente a la óptica con la que cada autor ve el origen del contrato social. Para tal efecto, me sujeto a la clasificación hecha por Eusebio Fernández, quien distingue dos etapas perfectamente diferen-

ciadas de evolución de la idea de contrato social: la primera etapa que comprende desde las concepciones absolutistas hasta las concepciones liberales (aquí incluiremos a Hugo Grocio, Samuel Puffendorf, Tomás Hobbes, Baruch Spinoza y John Locke); y la segunda etapa que abarca de la concepción liberal hasta la concepción democrática (en donde estarían Jean-Jacques Rousseau y Emmanuel Kant). Cabe aclarar que -- "los calificativos 'absolutista' o 'liberal' se refieren aquí al tipo de sociedad política generada a través del contrato" (7).

En su obra "De iuri belli ac pacis" (Del derecho de la guerra y de la paz), Hugo Grocio (1583-1645) establece su punto de vista contractual:

"Y además, como sea de Derecho natural cumplir lo pactado (pues es necesario entre los hombres algún modo de obligarse, ni se puede excogitar otro modo natural), de esta misma fuente dimanaron los derechos civiles. Porque los que se juntaron en alguna comunidad o sometieron a uno o varios hombres, esos, o prometieron expresamente,-

o por naturaleza del acto debieron entender que tácitamente prometían seguir lo que determinasen, o la mayor parte de la Asamblea, o aquellos en quienes se había delegado la potestad". (8)

Grocio fundamenta, en virtud del contrato, la obligación de los súbditos de obedecer al soberano y sus mandatos de manera incondicional, de tal modo que el deber de obediencia de aquellos se impone aún en casos extremos de injusticia y tiranía. Por consiguiente, Grocio no admite el derecho de resistencia justificando así una tesis absolutista (el poder radica exclusivamente en el soberano) en oposición a la tesis de la soberanía popular (el poder radica fundamentalmente en el pueblo, quien lo delega para su ejercicio a un representante de éste).

Para Samuel Puffendorf la búsqueda de seguridad y la necesidad de defenderse de sus semejantes, obliga a los hombres a crear el Estado a través de tres pactos.

En su obra "De Officio Hominis et civis" (De la obligación del hombre y del ciudadano según la ley natural en -- dos libros) Puffendorf concibe así el contrato social:

"Además, para que un Estado se una de forma regular, se necesitan dos pactos y un decreto. Porque, primero que nada, cuando son muchos los hombres que creyendo vivir en libertad natural se juntan para formar un Estado, entran individualmente en un convenio o acuerdo conjunto, en el sentido que están dispuestos a entrar en una permanente comunidad y manejar el negocio de su seguridad por un consejo y guía común; en una palabra, que mutuamente desean convertirse en conciudadanos.- Todos y cada uno deben coincidir en este acuerdo; y aquel que no lo haga quedará fuera del estado que habrá de erigirse.

Luego de este convenio o contrato debe hacerse un decreto, que establezca la forma de go

bierno que habrá de implantarse.-  
Porque hasta que no se haya cumplimentado este punto, nada podrá hacerse en pro de la seguridad común de todos. Luego del decreto -  
concerniente a la forma de gobierno, se necesita otro pacto, cuando la persona o personas, a los que se confiere el gobierno del -  
naciente Estado, se constituyen en autoridad. Por medio de este pacto, ellos se comprometen a velar por la seguridad común; los demás, a prestarle obediencia; y por el mismo decreto todos someten su propia voluntad a la de la persona o personas elegidas y al mismo tiempo comprometen usar sus poderes en bien de la defensa común. Y sólo cuando se ha cumplimentado este compromiso, nace un Estado regular y perfecto" (9).

Al igual que Grocio, Puffendorf no admite el derecho de resistencia inclusive en casos de obvia injusticia.

En "Leviatán", una de las obras clásicas de la filosofía política, Tomás Hobbes expone su idea del contrato social:

"El único modo de erigir un poder común capaz de defenderlos de la invasión extranjera y las injurias de unos a otros (asegurando así -- que, por su propia industria y por los frutos de la tierra, los hombres puedan alimentarse a sí mismos y vivir en el contento), es -- conferir todo su poder y toda su fuerza a un hombre, o a una asamblea de hombres, que puedan reducir todas sus voluntades, por pluralidad de voces, a una voluntad. -- Lo cual equivale a elegir un hombre, o una asamblea de hombres, -- que representen su persona; y cada uno poseer y reconocerse a sí mismo como autor de aquello que pueda hacer o provocar quien así representa a su persona; en aquellas cosas que conciernen a la paz, y a -

la seguridad común, y someter así sus voluntades una a una, a su voluntad, y sus juicios, a su juicio; esto es más que consentimiento o concordia; es una verdadera-  
unidad de todos ellos en una e idéntica persona hecha por pacto-  
de cada hombre con cada hombre, - como si todo hombre debiera decir a todo hombre: autorizo y abandono el derecho a gobernarme a mí mismo, a este hombre o a esta asamblea de hombres, con la condición de que tú abandones tu derecho a ello y autorices todas sus acciones de manera semejante. Hecho esto, la multitud así unida en una persona se llama República, en latín, Civitas. Esta es la generación de ese gran Leviatán o más bien (por hablar con mayor reverencia) de ese Dios Mortal a quien debemos, bajo el Dios Inmortal, nuestra paz y defensa" (10).

En Hobbes, el titular de la soberanía concentra todo el poder y no está obligado a sujetarse a las leyes civiles que él mismo prescribe. Sin embargo, no hay que considerarlo como un defensor sin reservas del absolutismo -- ilimitado. Hobbes reconoce en el soberano (hombre o asamblea de hombres) un límite: preservar la seguridad del pueblo. Por tanto, su poder será amplísimo siempre y cuando - cumpla con este fin.

Baruch Spinoza, por su cuenta, desarrolla en su -- "Tratado Teológico-Político" su concepción contractualista:

"... puede formarse una sociedad y - mantenerse siempre el pacto con gran fe, sin repugnancia alguna del Derecho natural, si cada uno transfiere todo el poder que tiene a la sociedad, que reúne, por tanto, ella sola todo el Derecho de la naturaleza en todas las cosas, esto es, el soberano imperio al cual debe someterse cada uno, ya sea libremente, ya por medio al último suplicio" (11).

En términos parecidos a los anteriores autores, ---

Spinoza proclama la obediencia de los gobernados hacia el gobernanante, el cual tiene "un derecho absoluto sobre todas las cosas", pero tiene la obligación fundamental de reconocerle ciertos derechos a sus súbditos (derecho a la vida y a la integridad y las libertades de pensamiento y expresión).

Finalmente, John Locke considera que el hombre surge de un estado de naturaleza en el que disfruta de una completa libertad, tanto de su persona como de sus bienes. Sin embargo, esta libertad se ve amenazada constantemente debido a la inseguridad con que se vive. De ahí la evidente necesidad de formar un Estado a través de un pacto social que garantice la seguridad de sus integrantes:

"... siempre que cierto número de hombres se une en sociedad, renunciando cada uno de ellos al poder de ejecutar la ley natural, cediendo a la comunidad, entonces se constituye una sociedad política o civil. Ese hecho se produce siempre que cierto número de hombres-- que vivían en el estado de naturaleza se asocian para formar un pueblo, un cuerpo político, sometido-

a un gobierno supremo, o cuando alguien se adhiere y se incorpora a cualquier gobierno ya constituido. Por ese hecho autoriza a la sociedad o, lo que es lo mismo, a su poder legislativo para hacer las leyes en su nombre según convenga al bien público de la sociedad y para ejecutarlas siempre que se requiera su propia asistencia (como si se tratase de decisiones propias suyas).

... lo que inicia y realmente constituye una sociedad política cualquiera no es otra cosa que el consentimiento de un número cualquiera de hombres libres capaces de formar mayoría para unirse e integrarse dentro de semejante sociedad. Y eso, y solamente eso, es lo que dio o podría dar principio a un gobierno legítimo" (12).

Locke es el pensador que marca la transición filosó

fica del contractualismo hacia concepciones liberales. Para el filósofo inglés el poder absoluto no es compatible con la sociedad civil, por lo que no se puede considerar aquél como un poder civil. Este para su ejercicio tiene que dividirse, por lo que marca la división en tres poderes: legislativo, ejecutivo y federativo, "siendo el poder supremo el legislativo y estando los otros dos poderes subordinados a él. A su vez, el poder legislativo es un poder delegado que necesita del continuo consentimiento y aceptación del pueblo" (13). El autor de "Ensayo sobre el gobierno civil" sí justifica el derecho de resistencia de los súbditos, cuando el poder no cumpla con la misión que aquél le ha encomendado, que es la salvaguardia de la comunidad y la defensa de los derechos individuales.

A Locke le corresponde sin duda un sitio de honor en el pensamiento filosófico y político occidental, por ser el primer teórico de la monarquía constitucional y el padre intelectual del liberalismo.

Ya entrado el siglo XVIII, derivado de las contribuciones de John Locke, surgen y se consolidan las concepciones liberal-democrática y democrática, representadas en dos grandes pensadores: Rousseau y Kant.

Rousseau experimenta una importante evolución de pensamiento en lo que se refiere a su explicación del origen del contrato social. De su obra "Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres" en donde el pacto social tiene como fin la defensa de las propiedades de los ricos, evoluciona hacia una concepción más acabada y rigurosa que figura en su famoso libro "Del contrato social":

"Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes. - Tal es el problema fundamental, al cual da solución el Contrato Social" (14).

La importancia de la obra de Rousseau no únicamente radica en su contribución a la teoría de la separación de poderes, sino también su decisiva aportación en el desarrollo del principio de la soberanía popular y "de la participación política de todos los ciudadanos como base de la de-

mocracia, de la legitimidad del sistema político y del origen de las leyes" (15).

Por último, Emmanuel Kant sienta las bases definitivas para el contractualismo democrático. Para el filósofo - de Königsberg, "el contrato social es un principio racional, no un hecho histórico ni un acuerdo real, sino una norma -- ideal y regulativa que fundamenta jurídicamente al Estado"- (16). Lo anterior se da mediante un contrato social:

"El acto por el cual el pueblo se constituye en una ciudad, y propiamente la idea de este acto, según el cual únicamente se puede concebir la legitimidad del acto mismo, es el contrato primitivo, -- según el cual todos (omnes et singuli) se desprenden de la libertad exterior ante el pueblo para volverla a recobrar al instante de nuevo como miembros de una república, es decir, de cualidad de miembros de una comunidad o -- del pueblo como ciudad" (17).

Con la entrada del siglo XIX, y durante todo ese si glo, el contractualismo sale prácticamente de escena entre otras causas por las nuevas ideas predominantes en Europa, - que reaccionan contra el individualismo del siglo anterior, así como por el auge de los estudios antropológicos que le refutaban a las teorías contractualistas lo abstracto e --- irreal de sus hipótesis sobre el supuesto estado de naturaleza de los hombres y la celebración de un inexistente contrato social. Considérese también el auge que adquirieron - las teorías organicistas de la sociedad (que ven como fundamental al "todo social" y no a las partes de ese "todo") en cabezadas por la naciente disciplina científica: la sociología (entre los sociólogos que sustentan esta teoría destacan Spencer y Maine).

Nuestro siglo marca el resurgimiento -con mayor --- energía- de las teorías contractualistas. Las razones son - múltiples: históricas, políticas, económicas, culturales, - etc., pero acentuaríamos de modo especial la necesidad de - crear un nuevo marco de legitimidad al Estado contemporáneo, sobre todo aquél de las sociedades capitalistas avanzadas. - Como exponentes teóricos de lo que llamaremos "Neocontrac-- tualismo" destacan, por ejemplo, el norteamericano Daniel - Bell y el alemán Jurgen Habermas, pero de manera sobresaa-- liente el filósofo norteamericano John Rawls, a raíz de la

publicación de su obra "A Theory of Justice" (Teoría de la Justicia) en 1971.

Quisiera detenerme en algo que considero muy importante aclarar acerca del contractualismo. Una de las críticas que con más frecuencia se le han hecho -y con mucha razón- es que carece de una sólida fundamentación filosófica e histórica y que en consecuencia padece de una muy débil coherencia teórica. Si bien estas críticas en términos generales son correctas, me parece que olvidan sustancialmente el fin para el que fueron creadas. Nunca pretendieron, ninguna de ellas, indagar ni mucho menos explicar el origen de la sociedad ni del poder político. En realidad, "el paso -- del estado de naturaleza al de la sociedad a través de un pacto se utiliza como una hipótesis y no como si se tratara de un hecho histórico realmente acaecido" (18). Por tanto, es menester comprender cabalmente que, antes que nada, el contractualismo es un instrumento teórico para fundamentar y legitimar un orden político, bien que ya exista o bien -- que sea un orden deseado.

Como apunta Nicola Matteucci, hay que distinguir --- "... tres distintos posibles niveles de discurso: están --- aquellos que opinan que el pasaje del estado de naturaleza al estado de sociedad es un hecho histórico realmente acon

tecido, es decir que están dominados por el problema antropológico del origen del hombre civil; otros, en cambio, hacen del estado de naturaleza una mera hipótesis lógica, con el fin de crear la idea racional o jurídica de estado, del estado como debe ser, y de dar así un fundamento a la obligación política en el consenso expreso o tácito de los individuos a una autoridad que los representa y los encarna; -- otros, finalmente, prescindiendo por completo del problema antropológico del origen del hombre civil y del problema filosófico y jurídico del estado racional, ven en el contrato un instrumento de acción política para imponer límites a -- quien detenta el poder" (19).

Al lado de estas consideraciones, hay una prueba -- irrefutable de la importancia del contractualismo y que se demuestra en hechos históricos muy concretos que evidencian su vitalidad y su eficacia práctica. Como ejemplos señalaremos el pacto suscrito sobre el buque "Mayflower" en 1620 -- que originó las primeras colonias de los Estados Unidos de Norteamérica, los "Fundamental Orders" de Connecticut (1639), el "Frame of Government" de New Haven (1643), por no mencionar el famoso pacto denominado "Bill of rights" suscrito a fines del siglo XVII entre el rey y el pueblo inglés, representado por el parlamento, para establecer limitaciones específicas al poder del monarca.

En síntesis, diremos que "... el motivo de que una teoría como la del contrato social ocupe un lugar tan importante se debe, fundamentalmente, aquí y ahora, a la necesidad de buscar un marco de legitimidad al Estado contemporáneo y, en general, una argumentación sólida y racional al sistema jurídico-político vigente en las sociedades de tradición liberal-democrática. [...] las teorías del contrato social, a partir del siglo XVII y hasta las aportaciones -- contemporáneas, deben ser analizadas como teorías que han pretendido (y pretenden) elaborar y fundamentar un criterio de legitimidad democrática de la sociedad y el poder político" (20).

De cómo en la actualidad el contractualismo expresa su vitalidad y cómo puede servir de manera eficaz para resolver el problema de la legitimidad del poder político, me ocuparé tentativamente en el apartado 4.3 (la legitimidad del poder).

#### 4.2. LA TEORIA DE LA DOMINACION LEGITIMA DE MAX WEBER.

Las ciencias sociales contemporáneas tienen una gran deuda intelectual con Max Weber. Este pensador alemán ha sido y es una de las influencias más duraderas y decisivas en la teoría sociológica y política actual. Es también el pri-

mer autor moderno que expone de manera sistemática y científica los fundamentos de legitimidad del poder político. Hay que reconocer, honor a quien honor merece, que muchas de -- las categorías conceptuales elaboradas por él se siguen empleando frecuentemente en el pensamiento político actual.

Para Weber no se puede hablar de legitimidad si no se hace referencia al concepto de dominación. Se entiende - por dominación "la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos (o para toda clase de mandatos). No es, por tanto, toda especie de probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo-determinado para mandatos específicos (o para toda clase de mandatos). No es, por tanto, toda especie de probabilidad de ejercer 'poder' o 'influjo' sobre otros hombres" (21). Asimismo, es indispensable para el ejercicio de cualquier tipo de dominación sobre una pluralidad de hombres la existencia de un cuadro administrativo, "es decir, la probabilidad en la que se puede confiar, de que se dará una actividad, dirigida a la ejecución de sus ordenaciones generales y mandatos concretos, por parte de un grupo de hombres cuya obediencia se espera" (22). De acuerdo a esto: ¿cuáles serían, según Weber, los motivos por los que se espera la obediencia de los individuos? Estos pueden ser motivos meramente afectivos o puramente racionales con arreglo a fines. Se puede-

dar una habituación inconsciente (costumbre) pero siempre - debe existir un mínimo de voluntad o interés (interno o externo) en obedecer.

Sin embargo, estos motivos no son suficientes para tener un verdadero fundamento de dominación sobre las personas. Es necesario un factor adicional: la creencia en la legitimidad.

"De acuerdo con la experiencia -dice Weber- ninguna dominación se contenta voluntariamente con tener como probabilidades de su persistencia motivos puramente materiales - afectivos o racionales con arreglo a valores. Antes bien, - todas procuran despertar y fomentar la creencia en su 'legitimidad'. Según sea la clase de legitimidad pretendida es - fundamentalmente diferente tanto el tipo de la obediencia, como el del cuadro administrativo destinado a garantizarla, como el carácter que toma el ejercicio de la dominación. Y - también sus efectos.

Por eso, parece adecuado distinguir las clases de - dominación según sus pretensiones típicas de legitimidad. - Para ello es conveniente partir de relaciones modernas y - conocidas".(23)

A partir de esa premisa, Max Weber distingue fundamentalmente tres tipos "puros" de dominación legítima. Estos, según su fundamento primario de su legitimidad, pueden ser:

1) "De carácter racional: que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a --- ejercer la autoridad (autoridad legal). "

2) "De carácter tradicional: que descansa en la --- creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (autoridad tradicional). "

3) "De carácter carismático: que descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (autoridad carismática). "

"En el caso de la autoridad legal se obedecen las - ordenaciones impersonales y objetivas legalmente estatuidas y las personas por ella designadas, en méritos estas de la legalidad formal de sus disposiciones dentro del círculo de

su competencia. En el caso de la autoridad tradicional se -  
 obedece a la persona del señor llamado por la tradición y -  
 vinculado por ella (en su ámbito) por motivos de 'piedad' -  
 (pictas), en el círculo de lo que es consuetudinario. En el  
 caso de la autoridad carismática se obedece al 'caudillo' -  
 carismáticamente calificado por razones de confianza perso-  
 nal en la revelación, heroicidad o ejemplaridad, dentro del  
 círculo en que la fe en su carisma tiene validez." (24)

Estos tipos ideales, obvio es decirlo, excepcional-  
 mente se han presentado en su forma "pura" en la realidad -  
 histórica. Generalmente los encontramos yuxtapuestos o mez-  
 clados en distintas formas de organización política. Por --  
 ello no es casual que dos o hasta los tres tipos de domina-  
 ción se manifiesten simultáneamente en determinada sociedad.  
 De ahí que no sea aquí una pretensión el ubicar tales tipos  
 en ésta o aquella situación histórica concreta sino única-  
 mente de describir sus características en cuanto categoría-  
 conceptual.

A continuación mencionaré las características de ca  
 da uno de ellos siguiendo el orden establecido por Weber: -

#### I. DOMINACION LEGAL

Según Weber, toda dominación legal funda su validez

en los siguientes supuestos:

A) "Que todo derecho, 'pactado' u 'otorgado', puede ser estatuido de modo racional -racional con arreglo a fines o racional con arreglo a valores (o ambas cosas)-, con la pretensión de ser respetado, por lo menos, por los miembros de la asociación." (25)

B) Que sea, además, un derecho que contenga un conjunto de reglas generales y abstractas que se apliquen al caso concreto por las autoridades facultadas para tal efecto. Asimismo, toda la administración realizará su actividad encaminada a la consecución de los objetivos y fines previstos en dichas reglas.

C) "Que el soberano legal típico, la 'persona puesta a la cabeza' en tanto que ordena y manda, obedece por su parte al orden impersonal por el que orienta sus disposiciones" (26).

D) Que el destinatario de los mandatos (quien obedece) lo hace en tanto miembro de la "asociación" y obedece únicamente al ordenamiento jurídico impersonal (es irrelevante la persona que ejerce el poder) y "sólo están obligados a la obediencia dentro de la competencia limitada, ra--

cional y objetiva, a él otorgada (al soberano) por dicho orden" (27)

Así, encontramos que las categorías fundamentales de la dominación legal son:

1. "Un ejercicio continuado, sujeto a ley, de funciones, dentro de...

2. Una 'competencia' que significa:

- a) un ámbito de deberes y servicios objetivamente limitado en virtud de una distribución de funciones.
- b) con la atribución de los poderes necesarios para su realización, y
- c) con fijación estricta de los medios coactivos eventualmente administrables y el supuesto previo de su aplicación.

Una actividad establecida de esa suerte se llama 'magistratura' o 'autoridad'. " (28)

Es necesario incluir también en la lista otros supuestos adicionales, por ejemplo:

3. "El principio de jerarquía administrativa, o sea la ordenación de 'autoridades' fijas con facultades de regulación e inspección y con el derecho de queja o apelación - ante las 'autoridades' superiores por parte de las inferiores." (29)

4. "Las reglas según las cuales hay que proceder pueden ser: técnicas o normas. Su aplicación exige en ambos casos, para que se logre la racionalidad, una formación profesional". (30)

5. "Rige (en el caso racional) el principio de la separación plena entre el cuadro administrativo y los medios de administración y producción. Los funcionarios, empleados y trabajadores al servicio de una administración no son propietarios de los medios materiales de administración y producción, sino que reciben éstos en especie o dinero y están sujetos a rendición de cuentas". (31)

6. "En el caso más racional no existe apropiación de los cargos por quien los ejerce". (32)

7. "Rige el principio administrativo de atenerse al expediente. (...) El expediente y la actividad continuada -- por el funcionario hacen que la oficina sea la médula de to-

da forma moderna en la actividad de las asociaciones". (33)

Como decía al principio, toda forma de dominación - requiere para su ejercicio la existencia de un cuadro administrativo que ejecute las decisiones. En el caso de la dominación legal, la "burocracia" es la forma pura que caracteriza a este cuadro administrativo. Dicho cuadro está integrado por funcionarios individuales, los cuales reúnen ciertas características:

- a) ... "se deben sólo a los deberes 'objetivos' de su cargo,
- b) en jerarquía administrativa rigurosa,
- c) con competencias rigurosamente fijadas,
- d) en virtud de un contrato, o sea (en principio) - sobre la base de libre selección según...
- e) calificación profesional que fundamenta su nombramiento,
- f) son retribuidos en dinero con sueldos fijos,

g) ejercen el cargo como su única o principal profesión,

h) tienen ante sí una "carrera", o "perspectiva" de ascensos y avances por años de ejercicio, o por servicios o por ambas cosas, según juicio de sus superiores,

i) trabajan con completa separación de los medios administrativos y sin apropiación del cargo,

j) y están sometidos a una rigurosa disciplina y vigilancia administrativa". (34)

## II. DOMINACION TRADICIONAL

Como apunta Weber: "Debe entenderse que una dominación es tradicional cuando su legitimidad descansa en la --santidad de ordenaciones y poderes de mando heredados de --tiempos lejanos, desde tiempo inmemorial, creyéndose en ella en méritos de esa santidad. El señor o los señores están determinados en virtud de reglas tradicionalmente recibidas". (35) A diferencia de la dominación legal, aquí se obedece a la persona (en este caso el señor); su cuadro administrativo no se compone por 'funcionarios' sino por 'servidores' y

cuyas relaciones con el soberano no se determinan por el deber objetivo del cargo sino por la fidelidad personal del servidor.

De esta manera, el soberano legitima sus mandatos de dos formas:

a) "en parte por la fuerza de la tradición que señala inequívocamente el contenido de los ordenamientos, así como su amplitud y sentido tal como son creídos,

b) "en parte por arbitrio libre del señor, al cual - la 'tradición' le demarca el ámbito correspondiente". (36)

Por consiguiente la acción del soberano está por un lado vinculada fuertemente a la tradición y por el otro libre de tradición. "De hecho el ejercicio de la dominación - se orienta por lo que, de acuerdo con la costumbre, está permitido al señor (y a su cuadro administrativo) frente a la - obediencia tradicional de los súbditos, de modo que no provoca su resistencia. Esta resistencia se dirige, cuando surge, contra la persona del señor (o de los servidores) que -- desatendió los límites tradicionales del poder, pero no contra el sistema como tal (revolución tradicionalista)". (37)

Por eso en esta dominación no es factible la creación de nue

vos principios jurídicos o administrativos.

En comparación con el de la dominación legal, el cuadro administrativo de la dominación tradicional carece de lo siguiente:

1. "La 'competencia' fija según reglas objetivas,
2. La jerarquía racional fija,
3. El nombramiento regulado por libre contrato y el ascenso regulado,
4. La formación profesional (como norma), y
5. (a menudo) el sueldo fijo y (más frecuentemente) el sueldo pagado en dinero". (38)

De acuerdo a lo expuesto por Max Weber, no existía - en las formas originarias de la dominación un cuadro administrativo. Este encontraba sus sucedáneos a través de la gerontocracia y el patriarcalismo originario, que eran las figuras por las cuales se tomaban y ejercían las decisiones de los miembros de la asociación. Mientras que en la gerontocracia la autoridad se ejerce por los más viejos, en el patriarcalismo "ejerce la dominación (normalmente) una sola persona de acuerdo con determinadas reglas hereditarias". (39) Por no existir un cuadro administrativo no se da una distinción muy clara entre dominantes y dominados; antes bien, se da --

virtualmente una relación entre iguales y no como "Súbditos". La obediencia entonces se da por voluntad y no porque lo disponga alguna norma; es decir, por la mera fuerza de la tradición.

"Con la aparición -escribe Weber- de un cuadro administrativo (y militar) personal del señor toda dominación -- tradicional tiende al 'patrimonialismo' y en el caso extremo de poder de mando al 'sultanato'. Los 'compañeros' se convierten entonces en 'súbditos', ya que lo que fuera hasta -- ese momento derecho preeminente entre iguales lo convierte -- el imperante en su derecho propio, apropiado (en principio) -- en igual forma que cualquier otro objeto de posesión y (en -- principio) valorizable (por venta, arriendo, división) como -- cualquiera otra probabilidad económica. (...) Llámese 'dominación patrimonial' a toda dominación primariamente orientada por la tradición, pero ejercida en virtud de un derecho -- propio; y es 'sultanista' la dominación patrimonial que se -- mueve, en la forma de su administración, dentro de la esfera del arbitrio libre, desvinculado de la tradición. La distinción es completamente fluida. Del patriarcalismo originario se distinguen ambos, incluso el sultanato, por la existencia de un cuadro administrativo." (41)

### III. DOMINACION CARISMATICA.

Para hablar de esta dominación es conveniente empezar por definir lo que se entiende por 'carisma', que según Weber es "... la cualidad, que pasa por extraordinaria (condicionada mágicamente en su origen, lo mismo si se trata de profetas que de hechiceros, árbitros, jefes de cacería o --caudillos militares), de una personalidad, por cuya virtud se la considera en posesión de fuerzas sobrenaturales o sobrehumanas --o por lo menos específicamente extracotidianas-- y no asequibles a cualquier otro-, o como enviados del dios, o como ejemplar y, en consecuencia, como 'jefe', caudillo, --gufa o líder." (42)

"Sobre la validez del carisma decide el reconocimiento --nacido de la entrega a la revelación, de la reverencia --por el héroe, de la confianza en el jefe --por parte de los --dominados; reconocimiento que se mantiene por "corroboración" de las supuestas cualidades carismáticas-- siempre originariamente por medio del prodigio. Ahora bien, el reconocimiento-- (en el carisma genuino) no es el fundamento de la legitimidad, sino un 'deber' de los llamados, en méritos de la vocación y la corroboración, a reconocer esa cualidad. Este "reconocimiento" es, psicológicamente, una entrega plenamente --personal y llena de fe surgida del entusiasmo o de la indi--

gencia y la esperanza". (43) De lo anterior desprendemos -- que el jefe carismático no hace depender sus cualidades de la multitud. Pero si estas cualidades extraordinarias no se "corroboran" de un modo permanente ante sus dominados, entonces sí corre el riesgo de que su autoridad carismática - desaparezca.

En virtud de que tal tipo de autoridad atiende a -- factores eminentemente subjetivos, el cuadro administrativo perteneciente a la misma es completamente anárquico: no obedece a ninguna forma de selección predeterminada, no hay jerarquías, no hay 'carrera', no hay jurisdicción ni competencia, etc. Aquí se es elegido "... sólo por cualidades carismáticas: al profeta corresponden los discípulos, al príncipe de la guerra el séquito..." (44). De la misma manera en la autoridad carismática no existe ni se conoce el derecho ni tampoco las reglas o preceptos emanados de la tradición (la costumbre); todas las órdenes y mandamientos del jefe carismático se dan bien por inspiración, por la "fuerza de la revelación, mediante el oráculo o bien simplemente por su propia voluntad derivada del carisma". De ahí que sea una autoridad típicamente irracional, en oposición a las dos anteriores, toda vez que es ajena a cualquier tipo de regla.

Afirma Max Weber que "el carisma es la gran fuerza-

revolucionaria en las épocas vinculadas a la tradición. A diferencia de la fuerza igualmente revolucionaria de la -- 'ratio' que, o bien opera desde fuera por transformación de los problemas y circunstancias de la vida --y, por tanto, de modo mediato, cambiando la actitud ante ellos-- o bien por -- intelectualización, el carisma puede ser una renovación des de dentro, que nacida de la indignación o del entusiasmo, -- significa una variación de la dirección de la conciencia y de la acción, con reorientación completa de todas las actitudes frente a las formas de vida anteriores o frente al -- 'mundo' en general. En las épocas prerracionalistas tradición y carisma se dividen entre sí la totalidad de las direcciones de orientación de la conducta". (45)

Como se ha podido apreciar, con el pensamiento Weberiano se inicia una nueva etapa en la teoría política en lo que se refiere a los fundamentos de legitimidad del poder político. Max Weber es el primero en señalar que la existencia de un orden legal y la sujeción a éste, es la fuente de la legitimidad de las naciones modernas. De esta forma, como ya se señaló anteriormente, se crea una curiosa identidad entre la legalidad y legitimidad; identidad que todavía hoy es sostenida por muchos autores.

#### 4.3. LA LEGITIMIDAD DEL PODER.

Es difícil encontrar en el ámbito de la filosofía política un tema tan controvertido y tan complejo como el de los principios de legitimidad del poder político. A estas alturas todavía no hay un acuerdo más o menos general para establecer cuáles serían estos principios. En realidad, el problema de la justificación del poder nace de la siguiente pregunta: "Admitiendo que el poder político sea el poder -- que dispone del uso exclusivo de la fuerza en un determinado grupo social, ¿es suficiente la fuerza para hacerlo aceptar por aquellas personas sobre las cuales se ejerce para persuadir a sus destinatarios a obedecerlo?" (46). La respuesta a esta pregunta se ha dado desde dos distintas ópticas: considerando al poder como hecho, es decir, como un -- problema de mera efectividad; o bien considerando al poder como debe ser, o sea como un problema de legitimidad. Para muchos, la cuestión de la efectividad resuelve el problema de la legitimidad (un poder efectivo por ese sólo hecho es legítimo). Sin embargo, esta mezcla de conceptos entre efectividad y legitimidad resulta más que insatisfactoria en el sentido de que un poder efectivo, o de hecho, no necesariamente es legítimo (y para esto tenemos muchos ejemplos históricos que así lo prueban). Desde el punto de vista de los sujetos destinatarios del poder esto es lo que se ha denomi

nado el problema de la obligación política que, como señala Bobbio, puede ser visto como el "...análisis de las razones por las cuales se obedecen las órdenes de quien detenta un cierto tipo de poder o como determinación de los casos en los cuales se debe obedecer y de los casos en lo que es lícita la desobediencia o la obediencia pasiva" (47).

Ciertamente, la dificultad de encontrar un acuerdo o un consenso en torno a los fundamentos de legitimidad del poder obedece a que no han existido criterios uniformes en el desarrollo de la filosofía política para definirla. Sin embargo, sí podemos señalar que por mucho tiempo el apego a criterios axiológicos como principal fundamento de legitimidad marcó la nota característica en este debate. No hay que olvidar que San Agustín fue uno de los primeros filósofos que plantea el problema: ¿Sin la justicia qué serían en realidad los reinos si no bandas de ladrones?. De la misma manera, casi la mayoría de los autores contractualistas clásicos fundan la legitimidad del poder en razón de argumentos eminentemente axiológicos. Por ello, "la consideración recurrente según la cual el poder supremo, que es el poder político, deba tener una justificación ética (o lo que es lo mismo, un fundamento jurídico) ha dado lugar a la variada formulación de principios de legitimidad, o sea, de las diversas maneras bajo las cuales se ha buscado dar una razón,

en referencia a quien detenta el poder, de mandar, y a quien lo sufre, de obedecer..." (48).

¿Cuáles son estos principios? Sin pretender ser exhaustivos, podemos señalar por lo menos seis, los cuales se presentan en parejas antitéticas a tres grandes principios unificantes: la Voluntad, la Naturaleza y la Historia. Los dos principios de legitimidad derivados de la Voluntad son aquellos que conciben el poder como producto de la Voluntad de Dios o bien de la voluntad del pueblo. "En una concepción descendente del poder (concibiendo la estructura del poder como una pirámide: el poder baja del vértice a la base) la autoridad última es la voluntad de Dios; en una concepción ascendente (de acuerdo con la cual el poder sube de la base al vértice), la autoridad última es la voluntad del pueblo. Ficción por ficción los dos principios, por antitéticos que puedan ser, en algunas doctrinas se refuerzan entre sí: vox populi vox Dei (la voz del pueblo es la voz de Dios)" (49). En oposición a las doctrinas voluntaristas, se encuentran las doctrinas naturalistas que se presentan en dos formas: la naturaleza como fuerza originaria y como orden racional. "Apelar a la naturaleza para fundar el poder significa, en la primera versión, que el derecho de mandar de unos y el deber de obedecer de otros, deriva del hecho ineluctable que hay naturalmente, y por tanto independientemente de la voluntad huma-

na; fuertes y débiles, sabientes e ignorantes, o sea, individuos y también pueblos enteros aptos para mandar e individuos y pueblos capaces de obedecer; en cambio apelar a la naturaleza como orden racional significa fundar el poder en la capacidad del soberano de identificar y aplicar las leyes naturales que son las leyes de la razón" (50). En cuanto a la Historia como principio de legitimidad tenemos dos vertientes bien diferenciadas: la legitimación del poder según si se trate de fundar en la historia pasada o en la historia futura." El reclamo a la historia pasada instituye como principio de legitimación la fuerza de la tradición y en consecuencia está en la base de las teorías tradicionalistas del poder de acuerdo con las cuales el soberano legítimo es quien ejerce el poder desde tiempos inmemoriales. --- (...) Mientras la referencia a la historia pasada constituye un típico criterio para la legitimación del poder constituido, la referencia a la historia futura es uno de los criterios para la legitimación del poder por constituirse. El nuevo ordenamiento que el revolucionario tiende a imponer desarticulando al viejo puede ser justificado en cuanto se le presente como una nueva etapa en el curso histórico, una etapa necesaria, inevitable, y más avanzada axiológicamente, en referencia a la anterior. Un ordenamiento que no existe todavía, que está en ciernes, no puede encontrar su fuente de legitimidad más que post factum" (51).

Habría que agregar a estos principios ennumerados - por Norberto Bobbio otro más que se presenta frecuentemente en el debate contemporáneo: el de la legalidad. Con el auge del positivismo jurídico, se deja a un lado la fundamentación de la legitimidad en criterios axiológicos y se empieza a orientar más por criterios de eficacia de un ordenamiento jurídico coactivo, de tal suerte que se crea una falsa identidad entre legitimidad y legalidad. De acuerdo a ella, un poder es legítimo en cuanto está fundado sobre un ordenamiento jurídico que le faculta a emitir normas y a aplicarlas, en su caso, coactivamente. Para ilustrar mejor esta identidad, recorro nuevamente a Hans Kelsen y a Max Weber. Para Kelsen, como expliqué con mayor amplitud en el anterior capítulo (ver inciso 3.2), un ordenamiento jurídico-cualquiera es válido únicamente si es eficaz. La eficacia es entonces un requisito indispensable para considerarlo como válido. Siguiendo su línea de pensamiento, un determinado orden es legítimo si es un poder autorizado por una norma superior que, a su vez, faculta a éste poder a emitir normas. Si se cuestiona la validez de esa norma, y para no tener que continuar con un proceso infinito, Kelsen cierra la cadena con el concepto de la norma fundamental o norma fundante básica cuya validez es presupuesta y por tanto no debe cuestionarse. De un modo similar, Max Weber en su tipología de las formas de dominación legítima expuestas en su

famosa obra "Economía y Sociedad" (ver apartado 4.2), expone cuáles han sido en el curso de la historia los principios reales (no supuestos) de legitimación del poder político. Así, en las sociedades contemporáneas el principal fundamento de legitimidad sería lo que él denomina la "autoridad legal" o sea la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los facultados por éstas para aplicarlas. En ambos casos, se toma como premisa el proceso real de legitimación y no con arreglo a criterios axiológicos. Sin embargo, la conclusión a la que llegan ambos autores parece ser poco satisfactoria si tomamos como base las experiencias históricas del presente siglo. Desde una visión histórica concreta podemos afirmar convincentemente que la legalidad no es un título suficiente para calificar de legítimo a un poder. Asimismo, al fundar la legitimidad en la legalidad es necesario hacer una búsqueda a su vez de la validez de ésta. Y si no es con apoyo en criterios axiológicos, ¿de qué otra manera podríamos encontrarla? Esta es, -- desde mi punto de vista, una de las grandes fallas del positivismo jurídico y no es difícil comprobarlo en la realidad. Basta echar un vistazo al mundo actual para corroborar la existencia de muchos regímenes políticos que formalmente -- son legales pero no son legítimos (¿habría que recordar las dictaduras latinoamericanas de la segunda mitad del siglo -- veinte?). Con esto no quiero desestimar a la legalidad como

un fundamento de legitimación del poder. Al contrario, este principio es y ha sido una de las bases más importantes del Estado contemporáneo, pero sería un error considerarlo como el único.

Si estos principios que acabo de enunciar no son capaces por sí solos de legitimar el poder político, ¿Hasta qué punto podemos realmente encontrar un principio (o varios) que puedan hacerlo? Para responder a esta pregunta quisiera regresar nuevamente al contractualismo. Ya señalé al abordar el tema que es después de la primera mitad de este siglo cuando presenciamos el renacimiento de las teorías contractualistas. Las razones son múltiples pero en lo fundamental se debe a la necesidad de encontrar un nuevo marco de legitimidad al Estado contemporáneo, que se inscribe además en un cambio de una concepción general y orgánica de la sociedad (según la cual el todo es superior a las partes), hacia una concepción individualista de la misma, que "nace de la idea de que el punto de partida de todo proyecto social de liberación es el individuo con sus pasiones (para corregir o domar), con sus intereses (para regular o coordinar), con sus necesidades (para satisfacer o reprimir). La hipótesis de la que parte el contractualismo moderno, es la de un Estado en el que solamente existen individuos aislados, pero tienden a unirse en sociedad para salvar la vida

y la libertad" (52).

Curiosamente, la realidad se encarga de ratificar tal afirmación. Una aproximación al mundo de nuestros días y comprobaremos la pérdida creciente de credibilidad en los regímenes políticos actuales que se traduce en una debilidad crónica del poder público no sólo en los países más --- avanzados, sino también en los países menos desarrollados. Esta debilidad no es otra cosa sino la secuela de un proceso histórico iniciado en los albores de este siglo que incluye dos guerras mundiales, la creación de un nuevo sistema socio-político (el socialismo), infinidad de guerras regionales (Corea, Vietnam, Camboya, Medio Oriente, etc. etc.) el surgimiento de regímenes dictatoriales de facto, la polarización del mundo en dos grandes bloques (comunista y capitalista), el nacimiento de la era nuclear... y así podríamos continuar sin interrupción. Nuestra época, nuestro tiempo, está marcado sin duda por el signo de la turbulencia y de la crisis (social, moral, económica, política, religiosa) que obviamente ha contribuido en buena medida a erosionar y socavar las bases tradicionales de legitimidad del Estado. De ahí la creciente (yo diría urgente) necesidad de buscar nuevos principios que paralelamente sirvan de solución a problemas específicos de sociedades determinadas para evitar su ingobernabilidad.

Aparejado al debilitamiento del Estado, hemos sido testigos en los últimos años cada día con mayor fuerza del resurgimiento de las ideas políticas y económicas liberales, englobadas bajo la connotación del neoliberalismo, que en muchos países ha tomado un cariz escandalosamente reaccionario que pugna inclusive por el desmantelamiento total del llamado Estado benefactor o Estado Social.

"Sintéticamente -apunto Bobbio- se puede describir este despertar del liberalismo mediante la siguiente progresión (o regresión) histórica: la ofensiva de los liberales históricamente ha sido dirigida contra el socialismo, su enemigo natural en la versión colectivista (que por lo demás es la más auténtica); en estos últimos años ha sido orientada contra el Estado benefactor, es decir, contra la versión moderada (según un sector de la izquierda, falsificada) del socialismo. Ahora la democracia es pura y simplemente atacada; la insidia es grave. No solamente está en juego el Estado benefactor, o sea, el gran compromiso histórico entre el movimiento obrero y el capitalismo maduro, sino la misma democracia, es decir, el otro gran compromiso histórico anterior entre el tradicional privilegio de la propiedad y el mundo del trabajo organizado, del que direc-

ta o indirectamente nace la democracia moderna (mediante el sufragio universal, la formación de los partidos de masas, etc.).

Esta compleja problemática también puede ser presentada en los siguientes términos: no se puede confundir la antítesis Estado mínimo/Estado máximo, que frecuentemente es objeto de debate, con la antítesis Estado fuerte/Estado débil. Se trata de dos antítesis diferentes que no se sobreponen necesariamente. El neoliberalismo acusa al Estado benefactor no solamente de violar el principio del -- Estado mínimo, sino también de haber creado un Estado que ya no logra desarrollar su propia función, que es la de gobernar (Estado débil). El ideal del neoliberalismo es el de un Estado que al mismo tiempo sea mínimo y fuerte. El espectáculo cotidiano de un Estado que paralelamente es máximo y débil es la muestra de que las dos antítesis no se sobreponen". (53)

Simultáneamente con esta tendencia, apreciamos también la consolidación de la interdependencia económica de las naciones que es el resultado de la globalización de los intercambios y las relaciones comerciales y económicas que, a su vez, van anulando gradualmente el concepto tradicional que conocíamos de soberanía (entendida en el sentido clási-

co como la capacidad de una Nación de ser fuerte en el interior para defenderse del exterior) y que señalan hacia un horizonte de integración a nivel regional (que por lo demás ya es un hecho. Ejemplo: la Comunidad Económica Europea) -- que tiende sucesivamente a desaparecer las grandes fronteras nacionales. Sin embargo, en el reverso de la moneda, resurgen con mayor intensidad y violencia brotes de pasiones nacionalistas en diversas partes del mundo (Países Bálticos, Yugoslavia, etc), aprovechando la gran coyuntura histórica que ha sido la caída de los regímenes totalitarios de Europa Oriental y la Unión Soviética. Esta vieja querrela étnica y cultural está provocando un serio debilitamiento en las estructuras tradicionales de poder de aquellos sistemas, los cuales buscan afanosamente después de muchos años nuevos fundamentos de legitimidad para lograr la unidad nacional.

Creo que debo regresar nuevamente a la pregunta formulada inicialmente: ¿Cuáles son las justificaciones del poder? Sin duda sería absurdo --y atroz-- establecer ciertos principios de legitimidad con pretensiones de validez general y universal para todas las sociedades. La fórmula del "consenso" entre todas las partes integrantes de la Sociedad es en estos tiempos uno de los principios de legitimidad (no el único) que va adquiriendo mayor relevancia y vi-

gencia. No es gratuito que con el renacimiento del pensamiento liberal se de paralelamente el renacimiento del contractualismo. Se trata, como mencionaba antes, del rescate de todo un proyecto social que tiene como objetivo la preeminencia del individuo con sus derechos consustanciales -- (vida, libertad, propiedad, etc.) en oposición a las teorías organicistas, colectivistas o como se les quiera llamar que ven como secundario al individuo en relación con el cuerpo social. Pero a diferencia del contractualismo clásico que buscaba justificar la existencia del Estado y de darle un fundamento racional al poder político, el neocontractualismo busca en lo esencial proponer un modelo de sociedad justa y de ser un instrumento práctico y eficaz de acción política por medio del cual se está en condiciones de llegar a un "acuerdo" entre los diferentes miembros de la sociedad. A final de cuentas "la más profunda razón del creciente interés por el contractualismo está en el hecho de que la idea de un contrato original de fundación de la sociedad global, diferente de las sociedades parciales que eventualmente la componen, satisface la exigencia de un inicio, o mejor dicho de un reinicio, en una época de graves perturbaciones de la sociedad existente" (54). Una razón adicional, muy importante, la constatamos en el terreno de lo fáctico al ver que hoy en día gran parte de las decisiones colectivas en nuestras complejas sociedades son tomadas me-

diante negociaciones que terminan en acuerdos (ahora los -- pactos corporativos están de moda). De esta forma, el contrato social es en nuestros tiempos un muy utilizado instrumento de gobierno.

En definitiva, la propuesta del neocontractualismo es la creación de un pacto social, una "nueva alianza" de acuerdo al término empleado por Norberto Bobbio, por la --- cual todos los individuos adheridos a una sociedad aportan su pequeña cuota de poder soberano y piden al Estado la protección de sus derechos. Tal es también la propuesta neoliberal, que es en mi opinión válida porque reivindica en muchos sentidos esa concepción individualista del hombre surgida en el siglo XVII que dio origen a dos de las mejores tradiciones políticas de la era moderna: la democracia y el constitucionalismo. Esta idea contractualista, empero, no deja de ser insuficiente. La realidad de hecho en los mal llamados países del tercer mundo o subdesarrollados, donde son tan marcadas y en ocasiones ominosas las diferencias socioeconómicas entre los que tienen y los que no tienen, --- obliga necesariamente a darle un cariz adicional al contrato. Pero entonces ¿cuál contrato social? Un contrato social mediante el cual los contratantes piden al Poder ya no sólo protección (como los liberales), sino que además exigen que se incluya dentro de sus cláusulas un principio de justicia

distributiva, a la manera de Aristóteles, que comprometa al Estado a una distribución justa de la riqueza, con lo que nuestro contrato ya no sólo reivindicaría principios democrático-liberales sino también principios sociales.

Como ningún otro, el contrato social es, aquí y ahora, uno de los principios de legitimidad más valiosos y más eficaces con los que contamos. Su gran valor radica en que no estamos frente a un sistema cerrado, sino que se trata de una herramienta (ya no teórica sino práctica) con la que el Estado y la sociedad, de acuerdo a sus problemas y exigencias, pueden renovar continuamente, en un proceso inagotable, las condiciones para aspirar a un estadio más justo de convivencia.

Ya he mencionado que la democracia vuelve a ser encasi- todas las sociedades el modelo ideal de organización política. Me parece que el contrato social puede contribuir decisivamente a su materialización. Las razones son las siguientes:

a) El contrato social garantiza al poder público un mínimo de consenso. Como sabemos, todo Estado que goce de un amplio consenso es un Estado menos autoritario porque se le presentan menos posibilidades para aplicar la fuerza. Es

decir: a mayor consenso, menor actuación de la fuerza.

"Fuerza y consenso se encuentran entre sí en una relación inversamente proporcional, de forma que, cuanto más extenso es el segundo, más se puede prescindir de la primera la primacía de uno y otro elemento constituye uno de los parámetros más significativos para la calificación de un régimen político, ya que las democracias cuentan sobre todo con el consenso de los ciudadanos, mientras que las dictaduras confían en mayor medida en la fuerza de los aparatos represivos" (55).

b) El contrato social reivindica en las sociedades contemporáneas los principios éticos por los cuales nace la idea de la democracia, como son: la libertad, la igualdad, la justicia, y que son su contenido esencial.

c) "El principio de legitimidad contractualista -- aporta argumentos que dan fundamento y efectividad a las nociones de obligación moral, jurídica y política, y a la obediencia al Derecho, revitalizan el ideal de participación ciudadana auténtica y posibilitan la desobediencia civil justificada" (56). Tal es la característica típica de la democracia.

De todo el análisis que he realizado alrededor de la legitimidad, a manera de conclusión sería conveniente -- tratar de esbozar una definición. Considero la más acertada la expuesta por Lucio Levi: "En una primera aproximación se puede definir la legitimidad como el atributo del Estado que consiste en la existencia en una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia -- salvo en casos marginales, recurrir a la fuerza. Por lo tanto, todo poder trata de ganarse el consenso para que se le reconozca como legítimo, transformando la obediencia en --- adhesión. La creencia en la legitimidad es, pues, el elemento integrante de las relaciones de poder que se desarrollan en el ámbito estatal" (57). Pero como propone el mismo profesor Levi, no hablamos aquí de un consenso impuesto sino -- de un consenso libremente manifestado, sin manipulaciones -- ideológicas. La utopía de la filosofía política es una sociedad donde impere sólo el consenso, sin que existan el poder y la ideología.

#### 4.4. LA EFICACIA DEL DERECHO (LA TEORIA DE LOS TRES -- CIRCULOS DE EDUARDO GARCIA MAYNEZ).

En oposición a la noción de validez formal (vigencia) del Derecho, se establece el concepto de validez material (eficacia) del Derecho. Ambas nociones --validez for

mal y validez material- convergen entre sí para establecer - la naturaleza del Derecho.

Al hablar de la eficacia del Derecho nos referimos a la existencia de un orden jurídico que contiene una diversidad de normas, cuya observancia puede ser garantizada mediante la aplicación de la fuerza a través de un aparato --- coercitivo establecido por el Estado con órganos especiales facultados para ello, respecto a aquél o aquellos individuos que rehúsen someterse a las conductas tipificadas en dichas normas. Con ello también incluimos a las personas que observan voluntariamente lo dispuesto por las mismas. En conse--- cuencia, un derecho eficaz es aquél cuyas disposiciones jurí--- dicas son generalmente observadas por los miembros de la sociedad (tanto voluntariamente o por medio de la fuerza). En este orden de ideas, a contrario sensu, un derecho carente - de eficacia es aquél que no es observado regularmente por -- los integrantes de la sociedad. Sobre este punto se ha generado también un intenso debate para determinar el fundamento de validez de un orden jurídico. Para los jusnaturalistas el apego a ciertos valores eternos e inmutables es la única --- fuente de validez del derecho. En cambio, para los positi--- vistas el fundamento de validez no se da en función de criterios axiológicos sino de estar "autorizada" por otra norma superior para emitir normas y aplicarlas coactivamente. Pe-

ro entonces ¿Podríamos condicionar la validez del orden jurídico a su eficacia? ¿Hasta qué grado dependen una de la otra? La respuesta no es simple porque como he apuntado varias veces en este trabajo el Derecho pertenece simultáneamente al mundo del "ser" y del "deber ser". Por lo tanto, al preguntarnos acerca de la validez del derecho tendremos necesariamente que hablar sobre las justificaciones del Derecho, planteado con una interrogante, ¿Bajo qué criterios un orden jurídico debe ser considerado valioso o legítimo?

Para responder a esta pregunta, me parece conveniente volver a la teoría de los 3 círculos del profesor García-Maynez, cuyos elementos y esquema correspondiente ya señalé previamente en el capítulo anterior (ver inciso 3.2 pag.103), al hablar específicamente de su relación con la validez formal del Derecho (sectores 1 y 4). Restan, pues, por analizar 5 sectores de los tres círculos.

El sector con el número 2 (Derecho intrínsecamente - valioso) encontramos "el caso de normas legales justas, que no son cumplidas por los particulares ni aplicadas por el poder público. (...) su obligatoriedad no queda destruida por el hecho de su inobservancia. Lo propio cabe decir de su valor intrínseco. Este subsiste incólume, aún cuando aquellas no se cumplan" (58).

El tercer sector (Derecho intrínsecamente válido) - corresponde al caso de "normas o principios jurídicos ideales que el legislador no ha sancionado, y que tampoco tienen positividad. (...) Siendo principios objetivamente válidos, no sancionados por el poder público ni provistos de eficacia, resulta imposible clasificarlos como imperativos o mandatos. A la luz de la filosofía valorativa aparecen, sin embargo, como expresión de un deber ser ideal, y pueden servir como criterios axiológicos para el enjuiciamiento de la ley o la costumbre. En cuanto expresión de un deber ser objetivo, fundado en el valor de la justicia, su existencia no depende del reconocimiento oficial ni puede tampoco hacerse derivar de la observancia de los mismos por los miembros de una sociedad determinada. Valen en sí y por sí, pese a su desconocimiento o inobservancia" (59).

En el sector número 5 (Derecho positivo, formal e intrínsecamente válido) tenemos el caso ideal: "el de un derecho dotado de vigencia, intrínsecamente justo y, además, positivo. La realización de tal desiderátum no es sólo perseguida por los partidarios del derecho natural, sino que constituye -normalmente, al menos- una aspiración del autor de la ley. Este no puede, sin embargo, hacer depender la fuerza obligatoria de sus mandatos de la concordancia de los mismos con las exigencias de la justicia, ni menos aún-

facultar a los particulares para que condicionen en tal sentido su obediencia. Por ello reclama un sometimiento incondicional, y formula los preceptos legales de manera imperativa" (60).

El sexto sector "corresponde a reglas concuetudinarias no reconocidas por el Estado, cuyo contenido es intrínsecamente valioso" (61).

Finalmente el último sector (Derecho positivo consuetudinario). "Así como se habla de vigencia formal, para designar el atributo del reconocimiento de una norma o conjunto de normas por el poder público, cabría hablar, paralelamente, de una vigencia puramente social. Esta expresión se aplicaría a aquellos preceptos que la sociedad considera jurídicamente obligatorios, encuéntrense o no oficialmente reconocidos" (62).

Ninguna sociedad en estos tiempos puede concebirse sin la existencia de un orden jurídico que en buena medida es imprescindible para su conservación. Sin embargo, esta característica de imprescindibilidad de ese orden no le da todavía su cualidad de Derecho. Para que un determinado orden jurídico sea considerado como legítimo es necesario, además de su validez material o fáctica, que reúna otra cualidad o

requisito adicional: la esencia del Derecho. Para cumplir -- con esta cualidad "hay que mencionar ya dos presupuestos fundamentales: a) que de acuerdo con el orden del ser, mediante su orden de comportamiento obliga y reconoce al hombre como-persona; b) que está orientado en su esfuerzo ordenador a -- una idea vinculante: a la idea del Derecho" (63). Creo que -- esta noción de Henkel contribuye a darle el mérito adecuado a la Teoría de los 3 círculos que, de manera simétrica a la propuesta de Henkel, otorga al Derecho su reconocimiento en la esfera del ser (por eso subrayamos la importancia de un -- Derecho eficaz para su plena realización pero no, como pretende el positivismo jurídico, como una condición sine qua -- non del mismo) y en la esfera del deber ser. Se trata de una cuestión que podríamos, como conclusión, sintetizar así: "El Derecho como conducta de fuerza pertenece simultáneamente al campo del ser y del valer. Todo Derecho positivo, real, el -- que afecta nuestras vidas, es algo que es; pero además es al go que vale. El Derecho es valioso (en el sentido de contener en sí mismo su justificación) si y sólo si: 1) Acredita objetivamente que la fuerza que implica se ejerce para reali zar un valor jurídico en una situación concreta, y 2) Acredi ta objetivamente que la fuerza ejercida y a ejercer presenta una adecuada correlación de medio a fin; es decir: la fuerza es ejercida de un modo adecuado a los valores jurídicos a -- realizar. La contemplación del valor intrínseco del Derecho-

debe hacerse también a la inversa, en especial cuando aquellas dos primeras valoraciones no permiten conclusiones terminantes. Hay que ver en todo caso si el Derecho no es, sencillamente, disvalioso.

El Derecho no vale si: 1) Como fuerza en ejercicio no respeta las exigencias que plantea el ser humano como ente valioso. 2) Tampoco vale si objetivamente contradice las exigencias de alguno de los valores jurídicos. En estos dos casos la fuerza ejercida se torna injustificable y su producto -aunque ordene la realidad- no es Derecho. Es fuerza sin justificación" (64). En esta dirección, cabría añadir, apunta la tarea principal de la filosofía jurídica contemporánea (65).

**CAPITULO CUATRO**  
**INDICE DE CITAS Y NOTAS**

- (1) Nicola Mateucci en Dicc. de Política, p. 407.
- (2) N. Mateucci, op-cit., p. 407.
- (3) Eusebio Fernández, Teoría de la Justicia y Derechos Humanos, Madrid, Editorial Debate, 1984, p. 130.
- (4) Habría también que referirse a la importantísima influencia que tuvo la teoría de los derechos naturales en las revoluciones democrático-burguesas del siglo XVIII (francesa y americana), así como en el nacimiento del constitucionalismo moderno (la Constitución Americana y el Bill of Rights inglés).
- (5) E. Fernández, op-cit., p. 147.
- (6) Ibidem, p. 148
- (7) Ibidem, p. 149.
- (8) Hugo Grocio, Del Derecho de la guerra y de la paz, - citado por E. Fernández, Ibid., p. 149.
- (9) Ibidem, pp. 152 y 153.
- (10) Ibidem, pp. 134 y 135.
- (11) Ibidem, p. 137.
- (12) John Locke, Ensayo sobre el Gobierno Civil, Ibidem, p. 158.
- (13) Ibidem, p. 139
- (14) Ibidem, p. 161.

- (15) Ibidem, p. 165.
- (16) Ibidem, p. 165.
- (17) Emmanuel Kant, Principios Metafísicos del Derecho, -  
Ibid., p. 166
- (18) Ibidem, p. 134.
- (19) N. Mateucci, op-cit., p. 408.
- (20) E. Fernández, op. cit., p. 178.
- (21) Max Weber, Economía y Sociedad, México, FCE, 1969, -  
Tomo I, p. 170.
- (22) Max Weber, op. cit., p. 170.
- (23) Ibidem, p. 170.
- (24) Ibidem, pp. 172 y 173.
- (25) Ibidem, p. 173.
- (26) Ibidem, p. 174.
- (27) Ibidem, p. 174.
- (28) Ibidem, p. 174.
- (29) Ibidem, P. 174.
- (30) Ibidem, pp. 174 y 175.
- (31) Ibidem, p. 175.
- (32) Ibidem, p. 175.
- (33) Ibidem, p. 175.
- (34) Ibidem, p. 176,
- (35) Ibidem, p. 180.
- (36) Ibidem, pp. 180 y 181.
- (37) Ibidem, p. 181.

- (38) Ibidem, p. 182.
- (39) Ibidem, p. 184.
- (40) Ibidem, p. 185.
- (41) Ibidem, p. 185.
- (42) Ibidem, p. 193.
- (43) Ibidem, p. 194.
- (44) Ibidem, p. 194.
- (45) Ibidem, pp. 196 y 197.
- (46) Norberto Bobbio, Estado..., p. 117.
- (47) Ibidem, p. 118.
- (48) Ibidem, pp. 120 y 121.
- (49) Ibidem, p. 121.
- (50) Ibidem, pp. 121 y 122.
- (51) Ibidem, p. 123.
- (52) Norberto Bobbio, El futuro de la Democracia, México, FCE, 1986, p. 100.
- (53) N. Bobbio, El futuro..., p. 99.
- (54) Ibidem, p. 114.
- (55) Giuseppe Lumia, citado por Eusebio Fernández, op. -- cit., p. 197.
- (56) E. Fernández, op. cit., p. 201.
- (57) Lucio Levi, Dicc. de Política, p. 892.
- (58) E. García Máynez, op.-cit., pp. 45 y 46.
- (59) Ibidem, p. 46.
- (60) Ibidem, pp. 46 y 47.

- (61) Ibidem, p. 47.
- (62) Ibidem, p. 47
- (63) Heinrich Henkel, op. cit., p. 155.
- (64) Héctor R. Sandler, op. cit., pp. 17 y 18.
- (65) Menciono únicamente dos de las más importantes en es  
te sentido: la teoría tridimensional del profesor ar  
gentino Miguel Reale y la teoría del "derecho correct  
o" de Henkel.

## CONCLUSIONES

1. El Poder y la Fuerza representan no solamente -- dos nociones conceptuales perfectamente diferenciadas, sino que además son fenómenos fácticos que en su manifestación - en la realidad presentan características que los distinguen y singularizan entre sí.

2. El ejercicio del Poder no supone necesariamente la aplicación material de la fuerza física. Tiene a su disposición una diversidad de medios que puede utilizar para - lograr el objetivo deseado. De esta manera, los medios utilizados son los que determinan las distintas formas de po-- der que se presentan en la vida social.

3. El insólito nivel de desarrollo científico y tecnológico alcanzado por la humanidad en el presente siglo, - aunado al proceso de masificación de las sociedades y a las dimensiones gigantescas adquiridas por el Estado, han puesto al Poder como uno de los grandes fenómenos de nuestro -- tiempo. Hoy en día, el Poder está presente en gran parte de las relaciones sociales. Por ello, y a la luz de la expe--- riencia histórica acumulada a lo largo de estos años, se ha ce necesario una revisión y a la vez un replanteamiento pro

fundo de los fines del poder, con la finalidad de lograr -- una convivencia social más justa y armónica.

4. Las concepciones tradicionales acerca del Estado han ido paulatinamente perdiendo vigencia y validez. Los sucesos históricos recientes han demostrado que la unidad estatal no obedece única y exclusivamente a factores objetivos (orden jurídico, gobierno, territorio) sino también, en buena medida, a elementos subjetivos de los pueblos.

5. Las relaciones entre el Derecho y el poder político (Estado) representan una parte fundamental en el desarrollo y evolución de las sociedades contemporáneas. Por un lado, el Estado es el responsable de crear las normas jurídicas y de garantizar su aplicación y cumplimiento. A su vez, el derecho constituye uno de los límites más importantes al poder del Estado. En este contexto, la plena realización de este vínculo en cualquier sociedad se logra a través del "Estado de Derecho": ideal de organización jurídico-política en el mundo actual que hoy en día, en mi opinión, sólo es posible alcanzar a través de la democracia.

6. El Derecho es imprescindible para la estabilidad, organización y permanencia de cualquier sociedad. Como fenómeno de la realidad (esfera del "ser") tiene como fin ga-

rantizar la convivencia armónica de los individuos. Como objeto valioso (esfera del "deber ser") tiene la misión de realizar los valores jurídicos (justicia, seguridad, bien común) que plantea el ser humano en su vida en sociedad. Un derecho positivo cuyas normas no se dirigen hacia la consecución de estos valores es un derecho sin justificación y, en consecuencia, disvalioso.

7. El principio de legalidad constituye una de las bases fundamentales sobre las que se erige el Estado moderno por ser el límite y contrapeso por excelencia del poder político. Gracias a éste principio los ciudadanos fundamentan el respeto y protección de sus derechos por parte del Estado y, a su vez, el Estado encuentra delimitado claramente sus deberes y su ámbito de ejercicio del poder. La vigencia de la legalidad en nuestros tiempos significa, sobre todo, la posibilidad de sociedades y naciones con valores democráticos y con respeto a los derechos humanos.

8. La crisis (moral, política, social, religiosa) que padece el mundo contemporáneo no le ha sido ajena tampoco al Estado. Hoy en día, el Estado se enfrenta con una paulatina pérdida de los principios que por muchos años sustentaron tradicionalmente su base de legitimidad. Durante un período considerable de tiempo se aceptó de manera unánime

me que la sujeción y el respeto a un determinado orden jurídico constituía la principal sino la única fuente de legitimidad del poder político. Sin embargo, la experiencia histórica del siglo veinte se encargó de refutar en los hechos - esta idea. Por ello, en los últimos años hemos presenciado una vigorosa resurrección de las teorías contractualistas - (o neocontractualismo), que buscan básicamente, en primer término, el rescate y la revaloración del individuo con sus derechos inherentes como punto de partida para cualquier -- proyecto social; en segundo término, establecen en torno al "consenso" la vía para dar solución a los conflictos entre gobernantes y gobernados. Un Estado que garantice el respeto y la protección de los derechos fundamentales del individuo y socialmente la distribución justa de la riqueza, y -- que además su actuación política se derive de un consenso-- o acuerdo entre las partes integrantes de la sociedad es, -- aquí y ahora, un Estado que indubitadamente gozará de una amplia base de legitimidad.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDROV, N.G. et al., Teoría del Estado y del Derecho, - México, Editorial Grijalbo, 2a. ed., 1966.
- BOBBIO, NORBERTO Y BOVERO, MICHELANGELO. Orígenes y Fundamentos del poder político. México, Ed. Grijalbo, 1985.
- BOBBIO, NORBERTO. El futuro de la democracia. México, FCE, - 1986.
- , Liberalismo y Democracia. México, FCE, 1989.
- , Estado, Gobierno, Sociedad. México, FCE, 1989.
- BODENHEIMER, EDGAR, Teoría del Derecho. México, FCE, 9a. -- reimp. 1986.
- BURDEAU, GEORGES. Tratado de ciencia política, t.I, Presentación del universo político, volúmen III, El poder, México, UNAM (ENEP Acatlán), 1984.
- , L' État. Paris, Editions du Seuil, 1970.
- CLAVAL, PAUL. Espacio y poder. México, FCE, 1982.
- FRIEDRICH, CARL J., Filosofía del Derecho. México, FCE, 3a. reimp., 1980.
- GARCIA MÁYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Dere--- cho. México, Editorial Porrúa, 24a. ed., 1975.
- GEIGER, THEODOR. Estudios de Sociología del Derecho. México, FCE, 1983.
- GIL ROBLES, JOSE MARIA. Por un Estado de Derecho. Barcelo--- na, Editorial Ariel, 1986.
- GIMENEZ GILBERTO. Poder, Estado y discurso. México, UNAM, - 1983.
- HELLER, HERMAN. Teoría del Estado. México, FCE, 9a. reimp., 1983.
- HENKEL, HEINRICH. Introducción a la filosofía del Derecho.- Barcelona, Editorial Taurus, 1968.

HERNANDEZ VEGA RAUL. Problemas de legalidad y legitimación -- en el poder. México, Universidad Veracruzana, 1986.

KAPLAN, MARCOS. Estado y sociedad, México, UNAM, la reimp., 1980.

KELSEN, HANS. Teoría del Estado. México, Editora Nacional, --- 15a. ed., 1979.

-----, Teoría general del Derecho y del Estado. México, -- UNAM, 2a. ed., 1982.

-----, Teoría pura del Derecho. México, UNAM, 2a. reimp., - 1982.

LATORRE, ANGEL. Introducción al Derecho. Barcelona, Edito--- rial Ariel, 6a. ed., 1974.

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. Filosofía del Derecho. Barcelona, -- Editorial Bosch, 3a. ed., 1972.

LUKES, STEVEN. El poder. Un enfoque radical. México, Edito--- rial siglo XXI, 1985.

MANNHEIM, KARL. Libertad, poder y planificación democrática. México, FCE, 3a. reimp., 1982.

MAQUIAVELO, NICOLAS. El príncipe. Madrid, Alianza Editorial, 4a. ed., 1984.

MARCOS, PATRICIO. El Estado. México, Editorial Edicol, 1977.

NOVOA MONREAL, EDUARDO. El derecho como obstáculo al cambio social. México, Editorial siglo XXI, 7a. ed., 1981.

ORTIZ JULIO CESAR. Poder político y orden social. México, -- Editorial PAC, 1986.

PASHUKANIS, E.B., La Teoría general del Derecho y el marxismo. México, Editorial Grijalbo, 1976.

POULANIZAS, NICOS. Hegemonía y dominación en el Estado moder no. México, Editorial siglo XXI, 5a. ed., 1982.

-----, Poder político y clases sociales en el Estado capita lista. México, Editorial siglo XXI, 20a. ed., 1982.

RAZ, JOSEPH. La autoridad del Derecho. México, UNAM, °A. -- ed., 1985.

ROUSSEAU, JEAN-JACQUES. Del contrato social-Discursos. Ma---  
drid, Alianza Editorial, 1980.

RUSSELL, BERTRAND, Antología (Selección de Fernando Navarro)  
México, Editorial siglo XXI, 12a. ed., 1983.

-----, Autoridad e individuo. México, FCE, 5a. reimp., ---  
1973.

SANDLER GIRBAU, HECTOR RAUL. Relaciones entre Poder y Dere--  
cho (trabajo realizado para el concurso de área de Filosofía  
del Derecho), versión mecanográfica, ENEP Acatlán, 1982.

STAMMLER, RUDOLF. Filosofía del Derecho. México, Editora Na-  
cional, 1980.

STOYANOVICH, KONSTANTIN, El pensamiento marxista y el Dere--  
cho. México, Editorial siglo XXI, 2a. ed., 1981.

TERBORN, GORAN. Como domina la clase dominante. México, Edi-  
torial siglo XXI, 2a. ed., 1982.

VECCHIO, GIORGIO DEL. Filosofía del Derecho, Barcelona, Edi-  
torial BOSCH, 9a. ed., 1974.

WEBER, MAX. Economía y sociedad, 2 tomos, México, FCE, 2a. -  
ed., 1969.

WEYL, ROLAND Y MONIQUE. Revolución y perspectivas del Dere--  
cho. México, Editorial Grijalbo, 1978.