

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

FACULTAD DE DERECHO

“ESTADO DE DERECHO Y DESOBEDIENCIA CIVIL”

TESIS QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
FEDERICO EMILIANO GAITÁN HIDALGO

ASESOR: MTRO. ARTURO BERUMEN CAMPOS

Ciudad Universitaria, septiembre 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Summum ius, summa injuria.

Una persona puede llegar a ser libre mediante actos de desobediencia aprendiendo a decir no al poder. Pero no sólo la capacidad de desobediencia es la condición de la libertad; la libertad es también la condición de la desobediencia... En verdad, la libertad y la capacidad de desobediencia son inseparables; de ahí que cualquier sistema social, político y religioso que proclame la libertad pero reprima la desobediencia no puede ser sincero.

Erick Fromm

AGRADECIMIENTOS.

Al primer motor... sea quien es.

A los abuelos (Mamaelenita, Cira, Paco y Fiacro) porque en buena medida la causa de la causa es la causa de lo causado.

A Federico y Margarita por desempeñar para conmigo el rol que, desde mi perspectiva, mejor han ejecutado en la vida... ser papás.

A Elena por estar siempre a mi lado a pesar de mí.

A Julieta, paso acompañante, palanca y punto de apoyo en este esfuerzo.

Al FAR-604 (Cynthia, Eloisa, Pilar, Alfonso, David, Hernando y Rafa) por permitirme "re-conocerme" en cada encuentro.

A Rosita por la eterna y sonriente bienvenida.

A los amigos entrañables de la U.N.A.M. por compartir conmigo un grito de libertad y su consecuente angustia.

Al Maestro Arturo Berumen por su perspectiva crítica de la Ciencia del Derecho, fundamento de la presente investigación.

A la U.N.A.M., hipótesis genial de conocimiento libertario.

CONTENIDO.

	pag.
Introducción.	9
1. La idea de Estado de Derecho.	14
1.1 La idea de Estado de Derecho construida desde la tradición jurídica del Derecho Natural.	16
1.1.1 El Estado de Derecho como oposición al Estado de Naturaleza.	18
1.1.1.1 Las premisas del Estado de Naturaleza.	21
1.1.1.2 El planteamiento de Thomas Hobbes.	25
1.1.1.3 El planteamiento de Jhon Locke.	26
1.1.1.4 El planteamiento de Jean Jaques Rousseau.	28
1.1.1.5 El Estado de Derecho como contraposición al Estado de Naturaleza.	32
1.1.2 El Estado de Derecho de Kant: Oposición al Estado de Naturaleza y al Estado Despótico.	38
1.1.2.1 La moral de acuerdo con Kant.	39
1.1.2.2 El Estado de Naturaleza de Kant.	43
1.1.2.3 El Estado en idea kantiano.	48
1.1.3 El Estado de Derecho como oposición al Estado Despótico.	58
1.2 La idea de Estado de Derecho construida desde la tradición jurídica Positivista.	65
1.2.1 Hans Kelsen y el paradigma del Estado de Derecho Positivista.	69
1.2.1.1 El positivismo de Kelsen.	69
1.2.1.2 La visión kelseniana del Estado.	73
1.2.2 H.L.A. Hart y el Estado de Derecho. Una perspectiva positivista generada en el Sistema Jurídico Anglosajón.	87

1.2.3	Luigi Ferrajoli y Joseph Raz. Una visión contemporánea del Estado de Derecho positivista.	94
1.2.3.1	El Estado de Derecho según Ferrajoli.	95
1.2.3.2	El Estado de Derecho de Ferrajoli desde una interpretación estrictamente positivista.	99
1.2.3.3	El Estado de Derecho sustancial de Ferrajoli.	101
1.2.3.4	El Estado de Derecho desde la perspectiva de Joseph Raz.	108
2.	La Desobediencia Civil.	113
2.1	Formas de desobediencia a la ley.	113
2.1.1	Formas de desobediencia a la ley distintas de la Desobediencia Civil	113
2.1.1.1	Resistencia Civil.	113
2.1.1.2	Acción Revolucionaria.	117
2.1.1.3	Desobediencia Criminal.	122
2.1.2	Teoría de la Desobediencia Civil. Definición, características y elementos.	126
2.1.2.1	Definición de Desobediencia Civil.	128
2.1.2.2	Objetivo de la Desobediencia Civil.	130
2.1.2.3	El principio de justicia de la comunidad.	130
2.1.2.4	El principio de definitividad.	131
2.1.2.5	La publicidad de la acción.	133
2.1.2.6	No violencia.	134
2.1.2.7	Aceptación del castigo.	135
2.1.2.8	Desobediencia Civil directa e indirecta.	136
2.1.2.9	Crítica a la Desobediencia Civil.	136
2.2	Práctica de la Desobediencia Civil.	138
2.2.1	La invasión norteamericana a México de 1847 y el nacimiento de la Desobediencia Civil.	138
2.2.2	La independencia de la India y la No violencia.	142
2.2.3	La lucha por el reconocimiento de los derechos civiles de los negros en los E.U.A.	148
2.2.4	Las protestas contra la guerra en Viet-nam.	155
2.2.5	Una experiencia de Desobediencia Civil en México.	161

2.3	Valoración de la Desobediencia Civil.	169
2.3.1	Frente al liberalismo.	170
2.3.1.1	Definición y rasgos característicos.	170
2.3.1.2	La Desobediencia Civil desde la perspectiva del liberalismo.	176
2.3.2	Frente al marxismo.	182
2.3.2.1	Definición y rasgos característicos.	182
2.3.2.2	La Desobediencia Civil desde la perspectiva del marxismo.	194
2.3.3	Frente al positivismo.	199
2.3.3.1	Definición y rasgos característicos.	199
2.3.3.2	El positivismo jurídico como “modo de acercarse al estudio del derecho.”	200
2.3.3.3	El “Legalismo Ético” o “Positivismo Jurídico como ideología.	210
2.3.3.4	La Desobediencia Civil desde la perspectiva del Positivismo Jurídico.	212
3.	Estado de Derecho y Desobediencia Civil	220
3.1	La Desobediencia Civil como violación al Estado de Derecho.	220
3.2	La Desobediencia Civil como realización del Estado de Derecho.	224
3.2.1	Los presupuestos básicos de la Teoría de la Justicia.	224
3.2.2	La teoría de la Desobediencia Civil de Jhon Rawls.	239
3.3	La Desobediencia Civil como redeterminación del Estado de Derecho.	247
3.3.1	La redeterminación y el método hegeliano del conocimiento.	248
3.3.2	La redeterminación del concepto “Estado de Derecho”	253
3.3.3	La redeterminación del Estado de Derecho por mediación de la Desobediencia Civil.	259

Conclusiones.	268
Bibliografía.	279
Hemerografía.	285
Diccionarios y Enciclopedias.	285

INTRODUCCIÓN.

La presente investigación tiene como objetivo fundamental contraponer dos conceptos que se refieren a igual número de fenómenos, los cuales son concebidos generalmente como contradictorios: el “Estado de Derecho” y la “Desobediencia Civil”.

El problema que tal confrontación supone se deduce del hecho de que, en principio, pareciera necesario compaginar ambos fenómenos, puesto que, en la cultura occidental moderna, éstos se muestran como expresión de igual número de valores jurídicos. En efecto, por un lado el “Estado de Derecho” se muestra como manifestación de la seguridad jurídica, mientras que por el otro, la “Desobediencia Civil” es interpretada por sus defensores como la supremacía de la justicia frente al formalismo normativo. En tal virtud, pareciera imprescindible mantener tanto las limitaciones normativas al ejercicio de los órganos que ejercen el poder político en una sociedad determinada, como la existencia de cauces de participación política de los ciudadanos lo suficientemente amplios como para que éstos tomen parte en las decisiones de gobierno – las cuales finalmente tendrán una expresión normativa – más allá de elegir a las personas que los representen en los órganos del Estado.

No obstante la importancia que se reconoce a ambos fenómenos, en virtud de la contradicción que aparentemente plantea uno frente al otro, existe la presunción de que los mismos son necesariamente incompatibles, que la tolerancia o conformidad con uno implica la supresión inexcusable del otro. Es precisamente esta perspectiva de la confrontación de ambos fenómenos, la cual pretendemos combatir en lo que sigue, demostrando que el “Estado de Derecho” puede redeterminarse (conservarse y ser superado a la vez), por mediación de la “Desobediencia Civil”.

A fin de que la confrontación entre los fenómenos antes señalados cuente con el rigor académico, que el tipo de trabajos como el presente requiere, es necesario comprender a cabalidad las implicaciones de uno y otro fenómeno a partir de la comprensión de sus conceptos y características distintivas. En el caso específico de la “Desobediencia Civil”, en tanto que praxis política, resulta imprescindible además reconocer como se ha presentado la misma a través de la historia.

En razón de lo anterior, el primer capítulo de nuestra investigación se centra en el análisis del concepto de "Estado de Derecho", reconociendo que el mismo, dentro de la teoría jurídica contemporánea, tiene dos expresiones distintas, cada una de ellas generada a partir de las dos tradiciones jurídicas más importantes en la cultura occidental: el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico.

En torno a la noción *iusnaturalista* de "Estado de Derecho" veremos que la misma tiene como antecedente remoto las teorías contractualistas del Estado desarrolladas durante la Ilustración, razón por la cual, aún en nuestros días, ésta noción suele incluir de manera implícita la idea del "Contrato Social". De la misma manera, tal perspectiva del "Estado de Derecho", al incorporar a este concepto los presupuestos a partir de los cuales se desarrollaron las teorías mencionadas, presentará al fenómeno en cuestión como antagónico al ejercicio arbitrario del poder.

Por lo que hace a la concepción *iuspositivista* del fenómeno al que se aboca el mencionado capítulo inicial, la misma tendrá como fundamento la concepción generada por Hans Kelsen en virtud de ser tal teórico uno de los representantes más importantes de tal corriente del pensamiento jurídico, así como por ser uno de los primeros que se ocupó de dicha cuestión desde esta particular perspectiva.

Corroborado por argumentos teóricos de pensadores de la talla de Hart, Ferrajoli y Raz, percibiremos como el "Estado de Derecho" positivista es descrito como un fenómeno esencialmente normativo, desprovisto de un contenido necesario, el cual se equipara con el orden jurídico instituido y que, si bien expresa ciertas limitaciones a los órganos del Estado, ello no tiene mayores implicaciones que la determinación, por parte del propio orden jurídico, de su proceso generador de normas.

El segundo capítulo comprenderá el análisis de la "Desobediencia Civil". Así, el primero de sus apartados tendrá como finalidad tanto el establecimiento del concepto de "Desobediencia Civil", como de los rasgos característicos a partir de los cuales podemos distinguir tal práctica política. Para lograr este último objetivo, además, se expondrán comparativamente diversas formas de "desobediencia a las normas" tales como la Resistencia Civil, la Revolución o Acción Revolucionaria y la Desobediencia Criminal. En buena medida este capítulo nos dará las pautas a partir de las cuales

pretendemos demostrar que la "Desobediencia Civil" permite la conservación y superación del "Estado de Derecho", es decir, su redeterminación.

En la segunda sección del capítulo en cita se expondrán diversas experiencias de "Desobediencia Civil", con lo que se pretende demostrar la validez empírica tanto del concepto como de los rasgos característicos de la mencionada praxis política previamente apuntados. En consecuencia, abordaremos la acción emprendida por Thoreau en contra de la Guerra México-estadounidense de 1848, la lucha de Gandhi en la India, el Movimiento por los Derechos Civiles de los Negros en Estados Unidos, los actos de oposición a la Guerra de Viet-nam y finalmente, lo que consideramos una experiencia nacional, el movimiento ferrocarrilero de 1958-59. A este respecto, es imprescindible mencionar que, de todos los acontecimientos históricos expuestos, el último de los procesos referidos es el único que no se acompaña con un discurso que abiertamente incorpore la reivindicación de la "Desobediencia Civil" como práctica política, sin embargo, ante la ausencia de fenómenos sociales en nuestro país que defiendan tal ejercicio ciudadano como método legítimo de praxis política, consideramos que las acciones del mencionado movimiento ferrocarrilero bien puede ser consideradas como actos de "Desobediencia Civil".

El tercer apartado del capítulo que venimos comentando se centra en realizar una evaluación de la "Desobediencia Civil" desde diversas perspectivas. La primer valoración se desarrolla a partir de los postulados de liberalismo, el cual tiene una especial relevancia, no sólo por ser una de las ideologías contemporáneas en boga, sino, además, porque es precisamente el *iusnaturalismo* de corte liberal el que crea la noción de "Estado de Derecho" que defiende tal tradición jurídica, por lo que, en buena medida, esta estimación se presenta como un primer cotejo entre los fenómenos cardinales de este esfuerzo académico.

La ideología marxista y el positivismo jurídico son el segundo y tercer parámetros, respectivamente, a partir de los cuales se juzga a la "Desobediencia Civil". La importancia del marxismo radica en que tal corriente del pensamiento suele ser identificada con la defensa de la vía revolucionaria como la única válida para lograr una verdadera transformación social, por lo que, en principio, es posible presumir su censura a la "Desobediencia Civil", presunción que, como veremos, no debe ser considerada como concluyente. Por su parte, en el caso de la evaluación a la luz del

iuspositivismo, al igual que en el caso apuntado en el párrafo anterior, tal esfuerzo académico puede traducirse en una contraposición preliminar entre el concepto de “Estado de Derecho” por el que propugna tal tradición jurídica y el fenómeno al que se aboca el capítulo intermedio del presente trabajo.

Finalmente, en la última de las secciones que comprende esta monografía se exponen: en primer lugar los argumentos teóricos con fundamento en los cuales la “Desobediencia Civil” puede ser vista como la contravención del “Estado de Derecho”; a continuación, la concepción rawlsiana de la praxis política aquí analizada, misma que la presenta como un medio a través del cual el “Estado de Derecho” puede realizarse en circunstancias en las que sus principios fundantes se ven vulnerados y; por último, el desarrollo de nuestra propuesta.

En este último apartado pretendemos demostrar, con base en la interpretación del Maestro Berumen Campos respecto de algunos de los principios teórico-epistemológicos hegelianos, que es posible conservar tanto la idea de “Estado de Derecho” como la de “Desobediencia Civil” y hacerlas compaginar en la redeterminación del primero.

En razón de lo anterior, inicialmente, exponemos los argumentos teóricos de acuerdo con los cuales los fenómenos en su realidad concreta pueden y deben ser comprendidos incluyendo sus contradicciones; en segundo término exponemos los motivos que nos llevan a afirmar que el “Estado de Derecho” – tal como se le comprende en la dogmática jurídica dominante – no contiene sino un análisis abstracto de dicho concepto.

Por último, para lograr la última de las empresas mencionadas, por una parte, a fin de contar con una noción que exprese a cabalidad el fenómeno que se pretende nombrar, redeterminamos el concepto “Estado de Derecho” a partir de las concepciones analizadas en el primer capítulo, en tanto que contradictorias y, por la otra, para entender el fenómeno en su devenir, buscamos establecer las determinaciones negativas que le impone la “Desobediencia Civil” como fenómeno contradictorio; pudiendo concluir, por último, que dicha praxis política, en razón de sus características propias, puede ser un elemento mediador que redetermine al fenómeno jurídico que el “Estado de Derecho” entraña, conservándolo y superándolo.

La extensión de la presente investigación se debe más a nuestro deseo de expresar los argumentos que la conforman de una manera suficientemente asequible, que a la complejidad del problema planteado aún cuando tal calidad sea cierta en buena medida, esperamos haber logrado dicho propósito.

1. LA IDEA DE “ESTADO DE DERECHO”.

Como ha quedado de manifiesto en la introducción del presente trabajo, el desarrollo de la tesis que en él se expone parte fundamentalmente de la confrontación de dos categorías teóricas: el “Estado de Derecho” y la “Desobediencia Civil”. En este primer capítulo nos abocaremos a buscar los rasgos característicos que definen la primera de ambas categorías.

Previo al estudio de los elementos teóricos que conforman la idea de “Estado de Derecho” debemos tener presente que tal expresión, en la tradición jurídica occidental, ha tenido diversos usos en virtud de lo cual, con dicho término se han nombrado diversos fenómenos, por lo que el análisis de dicho concepto es complicado en cierta medida.

En principio consideramos de trascendental importancia reconocer que dicha noción tiene el carácter de paradigma del Estado Moderno, mismo que se ha reforzado en los últimos años no solo por el empleo que de tal categoría han hecho la clase política (incluyendo en dicha clase a los medios masivos de comunicación) y de forma específica diversos doctrinarios del derecho occidental, sino sobre todo porque tal concepto ha sido retomado por diversas constituciones contemporáneas – lamentablemente, no así en la nuestra –, con lo cual la idea misma de Estado de Derecho configura actualmente parte del derecho positivo occidental.¹

En términos generales, la idea de Estado de Derecho suele entenderse simplemente como:

« ... l' État où la puissance est soumise au droit et assujettie à la loi. »²

Ahora bien, comúnmente tal conceptualización, al imponer dicha obligación específica para los órganos estatales, suele presentar como necesaria la obligación correlativa de los ciudadanos de actuar de conformidad con el marco legal prescrito, en el que teóricamente actúan en todo momento los mencionados órganos.

¹ Herrera, Carlos Miguel. «Quelques remarques à propos de la notion d' État de droit ». *L'Homme et la Société*. No. 113, juillet-septembre 1994. p. 89.

² “... el Estado donde el poder está sometido al derecho y sujeto a la ley” Herrera, Carlos Miguel. «Quelques remarques à propos de la notion d' État de droit ». p. 89

Desde el punto de vista del *iusnaturalismo*, el “Estado de Derecho” como paradigma se presenta no solo como un fenómeno que se expresa en el hecho de que la conducta de los miembros de un Estado se desenvuelve con apego a las normas preestablecidas dentro del territorio del propio Estado, sino que además el contenido de tales normas se encuentra determinado por una serie de valores y de elementos suprapositivos, identificados principalmente con el respeto a los derechos humanos, y a ciertos principios democráticos, poniendo especial énfasis en la separación de poderes.

Ahora bien, es a partir de esa carga valorativa que compone la idea de “Estado de Derecho” que tal concepto obtiene su determinación moral. El Estado de Derecho al contener los valores mencionados se muestra como la antítesis del Estado Despótico, y en consecuencia contrario a la actuación arbitraria de los órganos del Estado.³

Por otro lado, como veremos más adelante, el Positivismo Jurídico al excluir la carga valorativa de las normas de derecho como expresión del fenómeno jurídico, logrará equiparar al Estado con su orden normativo, definiendo así su propia concepción del “Estado de Derecho”.

A fin de profundizar en el estudio de los elementos conceptuales que caracterizan a la categoría “Estado de Derecho”, creemos necesario presentar diversas tesis que, desde nuestra perspectiva, fueron conformando dicha noción a través del devenir histórico. El examen de dichos elementos nos permitirá al mismo tiempo identificar cual es la definición que de “Estado de Derecho” proporciona cada una de las tradiciones jurídicas más importante en nuestros días (a saber el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo*), así como las causas por las cuales cada una de ellas alcanza tal o cual definición de dicha idea.

³ Loc. cit.

1.1 LA IDEA DE ESTADO DE DERECHO CONSTRUIDA DESDE LA TRADICIÓN JURÍDICA DEL DERECHO NATURAL.

Previo al análisis de la noción de “Estado de Derecho” construida desde la perspectiva del *iusnaturalismo* consideramos prudente señalar cuales son los rasgos que caracterizan a dicha tradición jurídica, a fin de poder tener una mejor comprensión del concepto central de este primer capítulo.

En principio es preciso considerar que, como apunta el Maestro Berumen Campos, los significados de la expresión “Derecho Natural” han sido tantos – Erick Wolf, nos dice el jurista mexicano, encontró al menos 18 significados distintos⁴ – que pareciera que la precisión de su significado carece de todo sentido.

No obstante lo anterior, existe cierto consenso entre los *iusfilósofos* por aceptar que la tradición del Derecho Natural conlleva dos características fundamentales. Por un lado una carga axiológica que comprende valores tales como la justicia, la libertad o el bien común, y, por otro, una doctrina ontológica sobre la realidad de la naturaleza humana de la cual se deduce la carga valorativa antes mencionada, como exigencia de la realidad, puesto que la naturaleza es entendida con sentido de “... lo ‘perfecto’, dentro de los límites de lo posible, de lo que corresponde a cada cosa. Por consiguiente, es norte, guía, modelo de lo que deben ser las cosas.”⁵

Así, señala Beuchot que para Santo Tomás, uno de los exponentes más importantes de la tradición jurídica en cuestión:

“... el deber ser no es más que la norma que surge de la naturaleza misma del ser, i.e. cumplir y respetar el dictamen de la razón que refleja el ser de las cosas.”⁶

De igual manera, dicho autor señala:

“... Santo Tomás, al igual que los demás grandes filósofos, estaba convencido de que buscaba la naturaleza del hombre en general, para ir desplegando a partir de esa naturaleza la explicación de la sociedad y la estructuración de las normas ético-sociales. Se trata de... un derecho natural... que no es otra cosa que una moral basada en la naturaleza del hombre.”⁷

⁴ Berumen, Arturo. *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del Derecho Natural*. Ed. Cárdenas Editor Distribuidor. s.n.e México, 2003. p. 5.

⁵ Rodríguez Paniagua, José María. *¿Derecho natural o axiología jurídica?* Ed. Tecnos. s.n.e. Madrid, España. 1981. p. 73.

⁶ Beuchot, Mauricio. *Los principios de la filosofía social de Santo Tomás*. Ed. IMDOSOC. 1ª. Edición. México. 1989. p. 8.

⁷ Beuchot, M. *Los principios de la filosofía social de Santo Tomás*. p. 12.

En ese orden de ideas, Berumen señala por su parte que, en términos generales, la idea de "Derecho Natural" tiene como función legitimar un conjunto determinado de intereses que se presentan como fatalmente necesarios, aún cuando su primacía se supone de antemano.⁸ Así por ejemplo, en la interpretación tomista el hombre es caracterizado como un animal racional que, en tanto que tal, goza de voluntad y consecuentemente de libertad, por lo cual, el orden jurídico debería construirse atendiendo, sobretodo, al respeto a la racionalidad y a la libertad humanas.⁹

Independientemente de lo anterior, las diferentes doctrinas que se inscriben dentro de la tradición *iusnaturalista* sostienen que, una vez reconocida la naturaleza humana y con ello las normas de conducta que son acordes con ella, el derecho positivo, es decir, el derecho empíricamente cognoscible, deberá reproducir el contenido de tales normas e inscribirse dentro de sus límites, para que el mismo pueda ser considerado como válido por los individuos cuya conducta pretende encauzar.¹⁰

Ahora bien, dentro de esta tradición jurídica hemos podido distinguir dos planteamientos teóricos a partir de los cuales dicha tradición va construyendo su noción actual de "Estado de Derecho". Ambos idearios parten de bases teóricas semejantes en tanto que toman como fundamento el axioma que presenta a los seres humanos como seres naturalmente libres, iguales entre sí y con capacidad de raciocinio; incluso, consideramos válido afirmar que, como intentaremos demostrar en lo que sigue, son dos momentos de un mismo planteamiento doctrinal, si bien debemos reconocer que, la más de las veces, algunos de sus fundamentos teóricos se dan por sentados y en consecuencia no son siquiera presentados, ya no digamos sujetos a la crítica.

Las dos propuestas teóricas a las que hemos hecho mención, son identificadas en el presente trabajo como:

⁸ Berumen, A. *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del Derecho Natural*. pp. 16 y ss.

⁹ Beuchot, M. *Ibidem*.

¹⁰ "... (Para Santo Tomás) la filosofía... política... es normativa: nos brinda principios guía que sirven de normas universales para que de acuerdo con ellos se establezcan las leyes concretas del derecho positivo." *Idem*. p. 14. En sentido semejante Rodríguez Paniagua, J. Ma. *¿Derecho natural o axiología jurídica?* p. 60.

- A. El planteamiento que contrapone la organización estatal (y con ella un primer esbozo de la idea de “Estado de Derecho”) a la concepción del Estado Natural; y
- B. La propuesta a través de la cual se sostiene que el Estado de Derecho se contrapone al Estado Despótico.

En las páginas siguientes trataremos de sintetizar las propuestas teóricas mencionadas, aspirando a demostrar las razones por las cuales se les puede considerar como dos momentos del planteamiento teórico al que hemos hecho referencia. De igual manera, expondremos donde se encuentra, a nuestro parecer, el hilo conductor entre ambas concepciones, lo que dará como resultado una sola idea de Estado de Derecho, defendida por la tradición del Derecho Natural

1.1.1 EL “ESTADO DE DERECHO” COMO OPOSICIÓN AL “ESTADO DE NATURALEZA”.

Para comprender la concepción del Estado de Derecho propuesta por la tradición jurídica del Derecho Natural debemos reconocer la poca o nula independencia teórica con la que cuenta nuestra ciencia en los primeros siglos de la época moderna. De hecho, como comenta Arnaldo Córdova, si bien es cierto que en los primeros decenios de la época moderna se realiza un especial esfuerzo para crear una verdadera ciencia del Estado y del derecho, razón por la cual los teóricos intentan dilucidar las causas y el comportamiento de ambos fenómenos, también es cierto que el derecho se presenta como un elemento circunstancial de un fenómeno más amplio que lo subsume: el Estado.¹¹

En efecto, como se puede apreciar al reconocer a los teóricos del Derecho de los primeros años de la época moderna, cuando éstos tratan de dilucidar algunos de los fenómenos estatales, las más de las veces se veían en la necesidad de entrar al análisis de temas políticos, sociales e incluso económicos, razón por la cual los fenómenos jurídicos se veían entremezclados con fenómenos que hoy en día

¹¹ Cordova, Arnaldo. Introducción a Kant, Immanuel. *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*. Ed. UNAM, México, 1978. p. XII

identificamos con esferas del conocimiento distintas a la Ciencia del Derecho. Al respecto, creemos poder afirmar, con cierto conocimiento de causa, que tal fenómeno multidisciplinario aún puede observarse en los estudios realizados por los teóricos del estado.

La anterior aclaración toma trascendencia en el presente trabajo en virtud de que para entender el desarrollo de la idea de “Estado de Derecho” es necesario que en un primer momento, y especialmente en este apartado, consideremos los planteamientos teóricos expresados por doctrinarios cuyas ideas son actualmente reconocidas como parte de la Teoría del Estado, y no propiamente como fundamentos de una Teoría del Derecho.

Tres de los autores cuyo pensamiento analizaremos para fundamentar la idea del Estado de Derecho como oposición al Estado de Naturaleza, despliegan algunos argumentos que sustentan tal propuesta teórica al realizar estudios eminentemente políticos, en los cuales su principal pretensión es encontrar el fundamento que legitime la existencia de la organización política, para, de allí, derivar los principios sobre los cuales debería organizarse dicho fenómeno. Tal es el caso de Thomas Hobbes, Jhon Locke y Jean-Jaques Rousseau.

Los mencionados doctrinarios al discurrir sobre la idea de “Estado de Naturaleza” coinciden en caracterizarla como la condición “a-política” en que se encuentran los hombres originalmente, situación que implica una forma de vida independiente en ausencia completa de toda autoridad o poder común. De tal situación derivará la sociedad civil como una situación política constituida por un esfuerzo racional y voluntario de los hombres percibidos como individuos.¹²

En estricto orden cronológico es Thomas Hobbes el primer doctrinario en plantear la oposición de la organización política, el Estado, al “Estado de Naturaleza”, después de él, tanto Locke como Rousseau aceptaran el planteamiento de tal estadio como la situación original previa a la constitución de la organización política, controvirtiendo su caracterización, pero no la idea misma de un estado de cosas previo a la organización política.

¹² Fernandez Santillan, Jose F. Locke y Kant. Ensayos de Filosofía Política. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1992. p. 13

Antes de entrar de lleno a la caracterización del “Estado de Naturaleza”, creemos relevante retomar la aclaración efectuada por Norberto Bobbio en el sentido de que Hobbes no despliega el planteamiento del “Estado de Naturaleza” como una hipótesis empírica, sino racional¹³, de lo que se sigue que las digresiones en relación con su posible existencia fáctica, son necesariamente infructuosas. Aún cuando no fue posible encontrar elementos suficientes para hacer extensiva tal afirmación en el pensamiento de Locke, consideramos que hay suficientes elementos para extender tal aclaración al planteamiento hecho por Rousseau, ya que este afirma:

“... no es empresa sencilla la de distinguir lo que hay de original y lo que hay de artificial en la naturaleza actual del hombre, ni de conocer perfectamente *un estado que ya no existe, que tal vez no ha existido, que probablemente no existirá jamás* y del cual es necesario sin embargo, tener nociones justas para poder juzgar bien de nuestro estado presente.”¹⁴

Ahora bien, si partimos del hecho de que el “Estado de Naturaleza” es una construcción eminentemente racional, en consecuencia los presupuestos de dicho estado, tales como los mencionados en líneas anteriores (hombres esencialmente libres, iguales y racionales), también lo serán. Es precisamente por la forma como se concibe y construye tal planteamiento del Estado de Naturaleza, que los teóricos que discurren sobre él se inscriben dentro de la tradición jurídica *iusnaturalista*.

A este respecto, consideramos prudente apuntar que si bien, como en toda propuesta teórica, los presupuestos del “Estado de Naturaleza” no son controvertidos en momento alguno, si existe un intento constante de darles cierta validez a través de una demostración empírica de su existencia. Así, en las propuestas de Hobbes y de Rousseau al tratar la “condición primitiva” del hombre la ejemplifican a través de referencias a la situación en la que se encontraban los “salvajes” de América o África en el momento histórico en el que se desarrollan tales tesis.

En apoyo al anterior argumento tenemos las afirmaciones de Bobbio en el sentido de que si bien la hipótesis del “Estado de Naturaleza” de Hobbes es una hipótesis racional, y en consecuencia, el “estado de naturaleza universal” no tiene una

¹³ Bobbio, Norberto. *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*. Fondo de Cultura Económica. s.n.e. México, 1986. p. 69.

¹⁴ Rousseau, Jean-Jaques. *Discurso sobre el Origen de la Desigualdad entre los Hombres*. (Tit. orig. Ed. Porrúa. 11ª. edición México, 1998. p. 106 (las cursivas son nuestras.)

comprobación fáctica posible, no obstante se dan muestras de la existencia empírica de un “estado de naturaleza parcial” (Bobbio *dixit*) que se identifica, entre otras, con las sociedades primitivas, “ya sean las de los pueblos salvajes de esta época, como algunos grupos indígenas de América, ya sean las de los pueblos bárbaros de la antigüedad, ahora civilizados.”¹⁵

1.1.1.1 Las premisas del “Estado de Naturaleza”

A fin de entrar de lleno al tema que nos ocupa debemos reconocer los presupuestos que fundamentan al “Estado de Naturaleza” en la tradición jurídica del Derecho Natural, mismos que se deducen de las características “innatas” que cada uno de los teóricos reconoce al ser humano.

Inicialmente los teóricos analizados en el presente apartado aceptan la idea de la igualdad entre los hombres, fundándose en el reconocimiento de las semejanzas que, en términos generales, presenta la especie respecto de sus capacidades físicas y mentales. En este sentido Hobbes apunta:

“La Naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en las facultades del cuerpo y del espíritu que, si bien un hombre es, a veces, evidentemente, más fuerte... o más sagaz de entendimiento que otro, cuando se considera en conjunto, la diferencia entre hombre y hombre no es tan importante que no pueda reclamar, a base de ella, para sí mismo, un beneficio cualquiera al que otro no pueda aspirar como él.”¹⁶

¹⁵ Bobbio, N. *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*. pp. 69 y 70. Las referencias hechas por Rousseau a fin de demostrar la posibilidad empírica del Estado de Naturaleza pueden encontrarse en su *Discurso sobre el Origen de la Desigualdad entre los Hombres*, sobre todo en menciones directas a los indios del Amazonas y a los hotentotes africanos. (Rousseau, J.J. *Discurso sobre el Origen de la Desigualdad entre los Hombres*. pp. 112 y ss.)

¹⁶ Hobbes, Thomas. *Leviatán*. (Tit. orig. *Leviatán or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil* trad. Manuel Sánchez Sarto) Ed. Fondo de Cultura Económica. 2ª. Edición. México, 1980. p. 100. La idea de igualdad entre los hombres es un fundamento esencial del pacto, puesto que solo se puede establecer la paz quebrantada en el “Estado de Naturaleza” si todos los miembros del pacto se reconocen idénticas dignidades. En sentido semejante Rousseau se pregunta “... ¿cómo podría meditar sobre la igualdad que la naturaleza ha establecido entre los hombres y la desigualdad que ellos han instituido, sin pensar en la profunda sabiduría con que la una y la otra felizmente combinadas en este Estado, concurren, de manera más semejante a la ley natural...” Rousseau, Jean-Jaques. *Discurso sobre el Origen de la Desigualdad entre los hombres*. p. 99. En el mismo orden de ideas afirma: “... en estos cambios sucesivos de la constitución humana es donde hay que buscar el origen primero de las diferencias que distinguen a los hombres, los cuales son, por ley natural,... iguales entre sí...” *Idem*. p. 106. Por su parte Locke apunta: “(El “Estado de Naturaleza”) Es también un estado de igualdad, en el que todo poder y jurisdicción son recíprocos, y donde nadie los disfruta en mayor medida que los demás. Nada hay más evidente que el que las criaturas de la misma especie y rango,... hayan de ser también iguales entre sí.”

En segundo término, el “Estado de Naturaleza” se caracteriza porque en él los hombres se presentan como seres retraídos en relación con sus semejantes que convergen con ellos de forma libre en el mundo, así el nulo vínculo entre unos y otros da como resultado el hecho de que ninguna de las actividades desplegadas por un hombre se encuentren determinadas por otro.¹⁷ Específicamente, tanto para Hobbes como para Rousseau tal libertad se expresa en el hecho de que los hombres podían garantizar su propia supervivencia por sí mismos con el solo empleo de los medios a su alcance.¹⁸

Finalmente, el hombre en el Estado de Naturaleza cuenta con el atributo del raciocinio, el cual le indica que debe realizar todos los actos necesarios para asegurar la conservación de sí mismo. En este sentido, Hobbes afirma que como en el “Estado de Naturaleza” el hombre se rige exclusivamente por su razón y esta prescribe la protección de su vida frente a sus enemigos, no existe más límite para su actuar que asegurar su propia conservación¹⁹, de ello dicho autor deduce la existencia de ciertos principios de conducta que le prescribe la razón, a saber:

- a) Buscar la paz; y
- b) En caso de obtener tal paz, utilizar todas las ventajas a su alcance en el momento de la guerra.

Por su parte, Rousseau acepta el hecho de que la razón impulsa la actividad del hombre, si bien solamente acepta el primero de los dos principios de conducta propuestos por Hobbes, puesto que sostiene:

Locke, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. (Tit. orig. *The Second Treatise of Civil Government* trad. Carlos Mellizo) Ed. Alianza 1ª edición. Madrid, España. 1990 p. 36.

¹⁷ Particularmente Locke sostiene: “... es éste (el “Estado de Naturaleza”) un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de sus posesiones y persona como juzgue oportuno... sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre.” Locke, J. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. *Idem*.

¹⁸ Para Hobbes el derecho natural le permite al hombre ejercer una libertad tal que puede hacer uso de su “propio poder” a fin de conservar su vida, en consecuencia de lo cual se le está permitido realizar cualquier acto para la consecución de tal objetivo. Hobbes, T. *Leviatán* p. 106. Por su parte, el teórico ginebrino se expresa en los siguientes términos “... sin palabra,... sin ninguna necesidad de sus semejantes como sin ningún deseo de hacerles mal... el hombre salvaje, sujeto a pocas pasiones y bastándose a sí mismo, no tenía más que los sentimientos y las luces propias de su estado;...” Rousseau, J.J. Op. cit. p. 127

¹⁹ Hobbes, T. Op. cit. pp. 106 y 107.

“... creo percibir dos principios anteriores a la razón, de los cuales el uno interesa profundamente a nuestro bienestar y a nuestra propia conservación, y el otro nos inspira *una repugnancia natural a la muerte o el sufrimiento de todo ser sensible y principalmente de nuestros semejantes.*”²⁰

Los presupuestos hasta aquí desarrollados sustentan la posibilidad racional de que exista un “Estado de Naturaleza” determinado. Será a partir de dichos presupuestos que los autores hasta aquí tratados deducen las características del mencionado estadio, en algunas de las cuales coinciden mientras que en otras tantas divergen, como se mostrará a continuación.

Uno de los puntos de acuerdo en relación con la caracterización del “Estado de Naturaleza” que debemos reconocer puede sintetizarse en la idea de que los hombres cuentan con la posibilidad de beneficiarse de todos los recursos de la naturaleza que se encuentren a su alcance, para obtener la consecución de su fin último que es la preservación de su ser. Así para Hobbes el hombre tiene derecho por naturaleza a todo lo que conforma su entorno y por ello cuando un hombre renuncia al ejercicio de tal derecho respecto de un objeto específico, tal renuncia implica para el resto de los hombres la desaparición de un obstáculo para el disfrute de dicho objeto.²¹

Al respecto Locke afirma:

“... la razón natural... nos dice que, una vez que nacen, los hombres tienen derecho a su autoconservación y, en consecuencia, a comer, a beber y a beneficiarse de todas aquellas cosas que la naturaleza procura para sus subsistencia...”²²

Por su parte, Rousseau se expresa en los siguientes términos en referencia al hombre salvaje:

“Un hombre podrá perfectamente apoyarse de las frutas que otro haya cogido, de la cosa y del antro que le servía de refugio...”²³

Otro rasgo característico del “Estado de Naturaleza” en el que convergen las tres teorías que aquí se analizan, es que el mismo se rige de acuerdo a ciertos principios morales que en teoría ha determinado la naturaleza para todos los seres que

²⁰ *Idem.* p. 108. Las cursivas son nuestras.

²¹ *Idem.* p.107

²² Locke, J. Op. cit. p 55

²³ Rousseau, J.J. Op. cit. p. 128

en ella habitan, y en especial para que rijan entre los hombres. Así, para Hobbes, entre las leyes naturales encontramos aquella que obliga a los hombres a cumplir los pactos que celebran, a reconocer idénticas dignidades a sus semejantes, o a tender hacia la búsqueda de la paz;²⁴ por su parte Locke ubica dentro de dichas leyes la que prohíbe al hombre atentar contra su propia vida y contra la de sus semejantes, así como la que lo faculta a defenderse en caso de que se atente contra su vida y a castigar al agresor²⁵. Finalmente Rousseau es partidario de la existencia de ciertos principios de armonía, mismos que identifica como: "Haz a otros lo mismo que quieres que te hagan a ti" o "Haz tu bien con el menor mal posible a los otros"²⁶

Ahora bien, si en el "Estado de Naturaleza" todo hombre estaba investido de las facultades físicas y mentales suficientes para asegurar su vida, si no existía elemento alguno que limitara su actuar más allá de su propia razón y del instinto de supervivencia, y si tenía la posibilidad fáctica de aprovechar para sus fines todos los elementos que lo rodeaban, ¿cuál puede ser la causa que compele al hombre a limitar todos esos elementos esenciales normando su relación con otros hombres?

A pesar de las distintas características que uno y otro teórico identifica como propias del "Estado de Naturaleza" (mismas que analizaremos en lo que sigue), al fin y al cabo, las tres propuestas teóricas convergen en una misma conclusión, la cual se presenta como categórica e inevitable: el fenómeno que constriñe al ser humano a salir del "Estado de Naturaleza" es la posibilidad de conflicto con sus semejantes o la realización del mismo, conflicto que se traduce en el intento de ciertos hombres de dominar a sus semejantes. Tal fenómeno en Hobbes se presenta como inminente y constante, para Locke es simplemente fortuito y para Rousseau consecuencia necesaria de la perversión de la naturaleza humana.

En lo que sigue vamos a presentar a grandes rasgos los planteamientos que los teóricos antes mencionados realizan para conformar sus respectivas ideas del "Estado de Naturaleza" a fin de demostrar como cada uno de dichos autores confluyen en la conclusión antes anunciada, a pesar de partir de distintos puntos de vista. Es preciso apuntar que, a pesar las diversas contradicciones que sus críticos han encontrado dentro de las teorías a reseñar, la discusión en torno a si tales

²⁴ Hobbes, T. Op. cit. 106 y ss.

²⁵ Locke, J. Op. cit pp. 37 y ss.

²⁶ Rousseau, J.J.Op. cit. p. 125.

evaluaciones se encuentran fundadas o no, rebasa los límites de la presente investigación, por lo que no se profundizará en tal discusión. De igual manera, no habrá que perder de vista que el fin fundamental para reseñar dichas teorías es lograr retomar los elementos esenciales que fueron conformando la idea de “Estado de Derecho” en la tradición jurídica *iusnaturalista*.

1.1.1.2 El planteamiento de Thomas Hobbes.

En el pensamiento de Hobbes el hombre renuncia al *status* con el que cuenta dentro del “Estado de Naturaleza” a pesar de todas las ventajas que pueda encontrar en él, porque tal estadio es en realidad un “Estado de Guerra”. En efecto, en el “Estado de Naturaleza” el hombre no puede convivir en paz con otros hombres en razón de que al tener todos derecho a todo, y regirse simplemente por la razón que les exige garantizar sus propia subsistencia, no existen límites para cumplir con tal cometido, en consecuencia de lo cual son la fuerza y el ingenio los elementos que rigen la relación entre los hombres. Es por lo anterior que Hobbes asimila el “Estado de Guerra” al “Estado de Naturaleza”, presentando a éste último como caótico y resumiendo tal situación en “una guerra de todos contra todos”.

“...un hombre se haya en la condición de mera naturaleza (que es condición de guerra) mientras el apetito personal es la medida de lo bueno y de lo malo...”²⁷

“... todo aquello que es consustancial a un tiempo de guerra, durante el cual cada hombre es enemigo de los demás, es natural también en el tiempo en el que los hombres viven sin otra seguridad que la que su propia fuerza e invención pueda proporcionarles”²⁸

La confrontación entre los hombres, explica Hobbes, no es de ninguna manera una conducta permanente dentro del “Estado de Naturaleza”, sin embargo puede caracterizarse como un “Estado de Guerra” en virtud de que existe una tendencia hostil constante y manifiesta entre los hombres, por ello los individuos no cuentan con la seguridad suficiente sobre su vida ni sobre sus bienes, y por consiguiente su libertad natural se encuentra amenazada permanentemente.²⁹ Dicha actitud en el “Estado de Naturaleza” es inevitable, a decir de Hobbes, ya que la

²⁷ Hobbes, T. Op. cit. p. 131

²⁸ *Idem.* p. 103

²⁹ *Idem.* pp. 102 y ss.

igualdad natural entre los individuos, implica necesariamente la igualdad de esperanza respecto de la consecución de los fines particulares de cada uno, pero cuando los fines de uno se oponen a los de otro, surge el conflicto lo que lleva a aniquilar la esperanza de quien se reconoce como contraparte en intereses.³⁰

De lo anteriormente expresado es posible observar como el “Estado de Naturaleza” se presenta como una situación insoportable, en consecuencia de la cual el raciocinio del hombre, fundado en las propias pasiones de éste, tales como “... el temor a la muerte, el deseo de una vida confortable y la esperanza de poder obtener los medios para garantizar una vida confortable a través de su trabajo...”, producen en el individuo el deseo de obtener una convivencia pacífica con sus semejantes, a través de la cual sea posible el respeto a las leyes que la naturaleza ha prescrito para los hombres.³¹

1.1.1.3 El planteamiento de John Locke.

Locke al teorizar respecto del “Estado de Naturaleza” lo concibe como una situación de armonía, rechazando de forma expresa los argumentos de Hobbes respecto a que el “Estado de Naturaleza” es sinónimo de conflictos permanentes y, en consecuencia, de caos. El mencionado autor liberal reconoce que el “Estado de Naturaleza” no se encuentra exento de pugnas, sin embargo afirma que las leyes preestablecidas por la naturaleza comprenden una serie de principios de acuerdo con los cuales se pueden resolver dichos conflictos sin que la armonía del “Estado de Naturaleza” sea fracturada. En palabras del propio Locke:

“... para que todos los hombres se abstengan de invadir los derechos de los otros y de dañarse mutuamente, y sea observada esta ley de naturaleza que mira por la paz y la preservación de toda la humanidad, los medios para poner en práctica esta ley les han sido dados a todos los hombres, de tal modo que cada uno tiene el derecho de castigar a los transgresores de dicha ley en la medida en la que ésta sea violada.”³²

El autor inglés acepta que la ejecución de las medidas coercitivas necesarias para mantener el “Estado de Naturaleza” implican el ejercicio del poder de un individuo

³⁰ *Idem.* p. 102

³¹ *Idem.* p. 105

³² Locke. J. Op. cit. p. 38.

sobre otro, lo que, de cierta forma, vulneraría el principio de igualdad entre los hombres que caracteriza a tal estadio, sin embargo se afirma que tal situación no quebranta por completo su esencia en tanto que:

“... no se trata de un poder absoluto o arbitrario que permita a un hombre... hacer con él lo que venga dictado por el... apasionamiento... de su propia voluntad, sino únicamente castigarlo según los dictados de la serena razón y de la conciencia, asignándole penas que sean proporcionales a la transgresión y que sirvan para que el criminal repare el daño que ha hecho y se abstenga de recaer en su ofensa...”³³

De esta forma, según las ideas de Locke, el poder que puede llegar a ejercer un individuo sobre otro es temporal y se limita exclusivamente a obtener la reparación del daño causado, así como a contener el agravio provocado y/o impedir que vuelva a suceder. Una vez logrados los objetivos mencionados, el poder que perturba la igualdad entre los hombres debe desaparecer y en caso de que así acontezca (y de hecho para tal teórico así debió de acontecer en el desarrollo de las primeras relaciones sociales) el “Estado de Naturaleza” se mantiene indemne.

Ahora bien, el “Estado de Naturaleza” planteado por Locke no es un estadio inalterable, tal situación bien puede transformarse en un estadio de permanente enemistad y destrucción, lo cual acontece no en el momento en el que se suceden diversos conflictos entre los hombres, sino cuando tales conflictos tienen como base la intención de un hombre de dominar por completo la voluntad de otro.

“... quien intenta poner a otro hombre bajo su poder absoluto, se pone a sí mismo en una situación de guerra contra él... Pues nadie desearía tenerme bajo su poder absoluto, sino fuera para obligarme a hacer cosas que van contra mi voluntad... Estar libre de esa coacción es lo único que puede asegurar mi conservación; y la razón me aconseja considerar a un hombre tal como a un enemigo de mi conservación, capaz de privarme de esa libertad que me protege.”³⁴

Los conflictos que caracterizan al “Estado de Guerra” se agravan, de acuerdo con la argumentación expuesta por Locke, en tanto que no existe un árbitro que pueda evaluar la situación y reprender al agresor en caso de que la violencia de éste cesara en algún momento previo a lograr el sometimiento del otro.

³³ *Idem.* p. 39.

³⁴ *Idem.* p. 47

"... cuando la fuerza deja de ejercerse, cesa el estado de guerra entre quienes viven en sociedad, y ambos bandos están sujetos al justo arbitrio de la ley. Pues entonces queda abierto el recurso de buscar remedio para las injurias pasadas, y para prevenir daños futuros. Más allá donde no hay lugar a apelaciones... por falta de leyes positivas y de jueces autorizados a quienes poder apelar, el estado de guerra continúa una vez que empieza..."³⁵

Llegado el momento en el que la situación de guerra se vuelve más o menos continua, los hombres deben de encontrar el método que les permita garantizar la libertad de su voluntad, tanto como la coerción de quien atente contra ella o contra el resto de sus derechos.

1.1.1.4 El planteamiento de Jean-Jaques Rousseau.

Por su parte, la teoría que postula Rousseau respecto de cuales son los rasgos que conforman el "Estado de Naturaleza" se presenta en buena parte como una antítesis al pensamiento hobbesiano. En efecto, como hemos dejado de manifiesto, para Hobbes la igualdad entre los hombres los predispone a entrar en constante conflicto, en la medida en la que cada uno considera legítimo imponer al resto sus propios intereses. Por su parte, Rousseau sostiene que cuando el hombre se haya en la situación original (entiéndase el "Estado de Naturaleza") persigue diversos principios "anteriores a la razón",³⁶ mismos que identifica como la búsqueda de la propia conservación y la repugnancia natural al sufrimiento de cualquier ser y en especial de sus semejantes,³⁷ principios que son concurrentes en los hombres al encontrarse en el "Estado de Naturaleza". De igual forma, Rousseau apunta:

"... la conmiseración será tanto más enérgica, cuanto más íntimamente el animal espectador se identifique con el animal que sufre. Ahora, es evidente que esta identificación ha debido ser infinitamente más íntima en el estado natural que en el estado de raciocinio. La razón engendra el amor propio y la reflexión la fortifica; es ella la que reconcentra al hombre en sí mismo; es ella la que lo aleja de todo lo que le molesta y aflige."³⁸

Así, de conformidad con lo expresado por Rousseau, el hombre en la situación original del "Estado de Naturaleza" se encuentra en una situación de

³⁵ *Idem.* p. 49

³⁶ Rousseau, J.J. Op. cit p. 108.

³⁷ *Idem.* p. 108.

³⁸ *Idem.* p. 125

concordia con sus semejantes en tanto que carece de pasiones y de vicios, viéndose su actuar determinado únicamente por sus instintos. Por lo anterior es posible inferir que para el autor ginebrino el sentimiento de piedad natural en el hombre es el mejor fundamento del cual se desprende su deseo de mantenerse en un estado de armonía con sus semejantes, de hecho aduce:

“... la piedad es un sentimiento natural que, moderando en cada individuo el exceso de amor propio, contribuye a la conservación mutua de toda la especie. Es ella... en el estado natural (*quien*) sustituye las leyes, las costumbres y la virtud, con la ventaja de que nadie intenta desobedecer su dulce voz.”³⁹

Por otro lado, el “Estado de Naturaleza” se caracteriza también por que la capacidad de raciocinio del hombre se encuentra poco desarrollada, de ahí que se sostenga que en él no hay lenguaje o técnica alguna, ambos fenómenos se irán conformando con el devenir del tiempo y su aparición se verá marcada a medida que las necesidades humanas lo van requiriendo.⁴⁰

“...sin industria, sin palabra, sin domicilio, sin guerra... sin ninguna necesidad de sus semejantes como sin ningún deseo de hacerles mal... el hombre salvaje, sujeto a pocas pasiones y bastándose a sí mismo, no tenía más que los sentimientos y las luces propias a su estado; no sentía más que sus verdaderas necesidades... No había educación ni progreso...”⁴¹

Ahora bien, los cambios que se van presentando a fin de cubrir las necesidades humanas son el motor que transforma la esencia del hombre y lo conducen a su perversión sin que el hombre logre desenmascara el carácter corruptor de los mismos. Así nuestro autor apunta:

“... el alma humana, alterada en el seno de la sociedad por mil causas que se renuevan sin cesar, por la adquisición de una multitud de conocimientos y de errores,... y por el choque continuo de las pasiones ha... cambiado de apariencia hasta tal punto, que es casi incognoscible...”

“... todos los progresos llevados a cabo por la especie humana, la alejan sin cesar de su estado primitivo...”

“... en estos cambios sucesivos de la constitución humana es donde hay que buscar el origen primero de las diferencias que distinguen a los hombres, los cuales son, por ley natural,... iguales entre sí...”⁴²

³⁹ *Idem.* p. 125. Párrafos más adelante Rousseau también apunta: “Con las pasiones tan poco activas y un freno tan saludable, los hombres... más atentos a preservarse del mal que pudiera sobrevenirles que tentados a hacerlo a los demás, no estaban sujetos a desavenencias muy peligrosas.”

⁴⁰ *Idem.* 117 y ss.

⁴¹ *Idem.* 127.

⁴² *Idem.* 106

Finalmente concluye:

“... no estando formados los lazos de la esclavitud más que por la dependencia mutua de los hombres y las necesidades recíprocas que los unen, es imposible avasallar a nadie sin haberlo colocado antes en situación de no poder prescindir de los demás; situación que no existiendo en el estado natural, deja a todos libres del yugo y hace quimérica la ley del más fuerte.”⁴³

De acuerdo con el autor ginebrino tales circunstancias o causas si bien van perfeccionando la razón humana a través de largos procesos de desarrollo, de igual manera provocan el deterioro de la especie y en consecuencia “han convertido al ser en malo al hacerlo sociable”.

En efecto, afirma Rousseau que la observación reflexiva del hombre respecto de su entorno permitió, entre otras cosas, la identificación con sus semejantes, de lo cual dedujo la posibilidad de pactar con ellos reglas de conducta en provecho y seguridad propias, así, guiados por el deseo de bienestar el hombre logró distinguir en que ocasiones por interés común debía contar con el apoyo de sus semejantes y en cuales otras la concurrencia de ellos debía hacerle desconfiar. Como consecuencias de lo anterior se formaron distintas asociaciones libres cuya duración se limitaba exclusivamente al tiempo que la necesidad pasajera les impusiera, generándose así ciertas relaciones de sociedad entre los hombres.

“He allí cómo los hombres pudieron insensiblemente adquirir alguna imperfecta idea de las obligaciones mutuas y de la ventaja de cumplirlas, aunque solamente hasta donde podía exigirlo el interés sensible y del momento...”⁴⁴

El establecimiento de lazos de identidad construye en principio familias, lo cual implica a su vez la constitución de una especie de propiedad que da origen a querellas y luchas entre los individuos.

En forma aparentemente paralela a la socialización del hombre y al igual que esta, como consecuencia de la reflexión de su entorno, el hombre desarrolla la agricultura. Rousseau afirma que respondiendo a su instinto de conservación el hombre obtiene de los productos de la tierra los recursos necesarios para ello, y que

⁴³ *Idem.* 129

⁴⁴ *Idem.* p. 131

fue la escasez de alimentos el factor que lo empujó a descubrir la agricultura, al tiempo que comprendió que tal actividad solo podía procurarles los beneficios suficientes en la medida en la que pudieran apropiarse de sus productos.⁴⁵

De una parte la conformación de incipientes sociedades o asociaciones creadas por los hombres, las cuales carecían de formas consensuadas para dirimir conflictos y, por otra, la constitución de la propiedad sobre elementos necesarios para la conservación humana, son los factores que Rousseau avizora como causantes del conflicto cuya magnitud exige la construcción de asociaciones políticas es decir, de Estados. Así al sustentar la existencia de la primera de las causas nuestro autor aduce:

“... es preciso considerar que la sociedad organizada y establecidas ya las relaciones entre los hombres estas exigían cualidades diferentes de las que tenían en su primitivo estado; que comenzando la idea de moralidad a introducirse en las acciones humanas, sin leyes, y siendo cada cual juez y vengador de las ofensas recibidas, la bondad propia al simple estado natural, no era la que convenía a la sociedad ya naciente...”⁴⁶

Respecto de la institucionalización de la propiedad, comenta:

“Del cultivo de las tierras provino necesariamente su repartición, y de la propiedad, una vez reconocida, el establecimiento de *las primeras reglas de justicia*”⁴⁷

Una vez que se ha llegado a tal punto de la cadena evolutiva propuesta por Rousseau, donde los hombres empiezan a relacionarse entre sí y a adueñarse de los elementos que les permiten su conservación, la libre concurrencia de estos (determinada por el “Estado de Naturaleza”, como ya hemos visto) produce que los hombres tomen ventaja de las habilidades y de las condiciones con las que cada uno cuenta, generándose así distintos privilegios que profundizan la desigualdad⁴⁸. Por su parte, será la desigualdad la causa de que el hombre se vea determinado, en cierta medida, por sus semejantes a fin de satisfacer sus propias necesidades⁴⁹ y, en

⁴⁵ *Idem.* pp. 116 y ss.

⁴⁶ *Idem.* p. 134.

⁴⁷ *Idem.* p. 135

⁴⁸ “el más fuerte hacía mayor cantidad de trabajo, el más hábil sacaba mejor partido del suyo o el más ingeniosos encontraba los medios de abreviarlo... y ... de trabajar lo mismo, el uno ganaba mucho, mientras que el otro tenía apenas para vivir.” *Idem.* p. 136

⁴⁹ “... de libre e independiente que era antes el hombre, quedó, debido a una multitud de nuevas necesidades, sujeto... a sus semejantes...” *Loc. cit.*

consecuencia, se haga consciente de la ayuda que requiere de sus pares, obteniéndola ya sea por la fuerza o por el convencimiento.

Por otro lado, la garantía de una satisfacción de intereses más o menos constante solo se vislumbra posible en la medida en la que exista cierta acumulación a costa del otro,⁵⁰ generándose así "el derecho a la violencia" y en consecuencia la posibilidad de un conflicto permanente.⁵¹

Una situación tal en la que el conflicto se vislumbra como persistente y de la que se infiere que hasta el individuo más aventajado por ella se encuentra en peligro constante de perder sus beneficios no podía resultar conveniente para ningún hombre, mucho menos para los más favorecidos por tal estado de cosas.

"No es posible que los hombres dejasen... de reflexionar acerca de una situación tan miserable... debieron pronto darse cuenta de cuán desventajosa les era una guerra perpetua... en la cual el peligro de la vida era común... Además, *(los hombres)* comprendían suficientemente... que *(las cosas en su poder)* no habiendo sido adquiridas por la fuerza, la fuerza misma podía quitárselas sin que tuviesen razón para quejarse."⁵²

Todos los inconvenientes inherentes al estadio antes descrito inducirán a los hombres a buscar una forma de convivencia que les permita garantizar su subsistencia, eliminando el "derecho a la violencia".

1.1.1.5 El "Estado de Derecho" como contraposición al "Estado de Naturaleza".

Independientemente de los diversos argumentos que cimientan las premisas de Hobbes, Locke y Rousseau (es decir el "Estado de Guerra" como sinónimo de "Estado de Naturaleza" o el "Estado de Naturaleza" que se corrompe), la conformación de la sociedad civil pareciera inevitable. En efecto, como ya hemos mencionado, los tres doctrinarios tratados en los párrafos precedentes coinciden en sostener la

⁵⁰ "... la ambición devoradora, el deseo ardiente de aumentar su relativa fortuna... inspira a todos a una perversa inclinación a perjudicarse mutuamente... siempre el oculto deseo de aprovecharse a costa de los demás; he allí los primeros efectos de la propiedad..." más adelante se afirma de igual manera "...cuando los patrimonios hubieron aumentado en número y extensión... los unos no pudieron acrecentarlos sino a expensas de los otros..." *Idem.* p. 137

⁵¹ "Así resultó que, los más poderosos o los más miserables, hicieron de sus fuerzas o de sus necesidades una especie de derecho... equivalente, según ellos, al derecho de propiedad, y que rota la igualdad, se siguió el más espantoso desorden..." *Loc. cit.*

⁵² *Idem.* p. 138 (Las cursivas son nuestras)

posibilidad de que en el "Estado de Naturaleza" se generen conflictos a tal extremo que la situación se transforme en un caos cuya magnitud sea perjudicial para todos, por lo que resulta imprescindible salir de ella, bien sea por que así lo dictan nuestras pasiones (Hobbes), en atención a preservar nuestra libertad (Locke) o por simple la intención de obtener nuestro bienestar. (Rousseau)

La solución evidente que elimina los inconvenientes del "Estado de Naturaleza" no puede ser otra que la constitución de una organización política, es decir la creación de un "Estado"; solución evidente en tanto que se revela como racionalmente necesaria al mantener, en la medida de lo posible, las características del hombre determinadas por el "Estado de Naturaleza" (libertad, igualdad y racionalidad).

Para que la organización política que se presenta como solución a los problemas (ya sustanciales, ya potenciales) del "Estado de Naturaleza" resuelva eficazmente dichos inconvenientes se requiere que la misma incorpore ciertos elementos típicos que los teóricos tratados en los párrafos anteriores van definiendo. De hecho, algunos de estos elementos teóricos, que son comunes a las tres propuestas doctrinales, sirven para conformar la idea de "Estado de Derecho" que actualmente sostiene la corriente *iusnaturalista*, Lo que se demostrará a continuación.

A fin de terminar con la situación precaria del hombre en el "Estado de Naturaleza" (ya sea que se le considere como un estadio de conflicto permanente o bien que se considere que los conflictos en ella existentes se generan a partir de la corrupción de tal situación), Hobbes, Locke y Rousseau exponen la necesidad de un acuerdo entre todos los hombres que habiten un territorio específico en el que se pacten principios mínimos de convivencia, principios que deben ser afines a los establecidos por la naturaleza y a los cuales todos los hombres se obligan.

No obstante, la implantación de dichos principios no garantiza la ausencia de conflicto entre los individuos, por lo que además de la institución de éstos, se hace necesario cierto acuerdo respecto de la instauración de un ente al cual se le reconoce la calidad de árbitro para la resolución de los litigios que pudieran generarse entre los individuos, así como la potestad suficiente para obligar al cumplimiento del principio violentado o, en su caso, imponer las sanciones prescritas en los propios principios de convivencia antes enunciados.

Los dos acuerdos hasta aquí planteados requieren que los hombres renuncien en cierta medida a la libertad e igualdad natural de la que gozaban en el estadio original, limitación que se justifica – ya sea legítimamente o no⁵³ – en tanto que exista el compromiso de todos los hombres de respetar la vida y propiedades de sus semejantes en el momento de tomar parte de dichos acuerdos.

Si bien los teóricos ilustrados a que hemos hecho referencia confluyen en términos generales en afirmar la necesidad de los pactos presentados en los párrafos que anteceden, la forma como cada uno argumenta al respecto vuelve a ser un punto de divergencia entre sus planteamientos teóricos.

En efecto, para Hobbes el acuerdo esencial que pactan los hombres para salir del “Estado de Naturaleza” gira en torno al reconocimiento de una autoridad común, es decir a que los individuos concuerden a quien reconocerán la potestad de sancionar u obligar al cumplimiento de las normas de convivencia a través de la fuerza. Lo anterior es así fundamentalmente por dos causas. La primer causa se refiere a que, según Hobbes, cualquier pacto, para ser eficaz, debe encontrarse reforzado por el temor a la sanción en caso de caso incumplimiento. En palabras del propio autor:

“...los lazos de las palabras son demasiado débiles para refrenar la ambición humana, la avaricia, la cólera y otras pasiones de los hombres, si estos no sienten el temor de un poder coercitivo...”⁵⁴

En ese mismo tenor, al discurrir sobre la búsqueda del bienestar común por los hombres en sociedad, Hobbes afirma que la idea de bienestar común es artificial puesto que la determinación de los elementos que debe comprender tal concepción requieren ser definidos mediante un pacto previo. Es por el carácter artificial de dicho pacto que Hobbes asegura que más que un convenio constante y obligatorio, se requiere de un poder común que dirija las acciones de los hombres hacia el bienestar común.⁵⁵

⁵³ Respecto de este punto creemos necesario recordar la postura roussoniana según la cual fueron los propietarios quienes, concientes de que su derecho de propiedad se fundaba en la fuerza, convencen al resto de los hombres en construir la sociedad política. *Idem.* p. 138 y ss.

⁵⁴ Hobbes. T. Op. cit. p. 112 En el mismo sentido el propio autor afirma: “... la naturaleza de la justicia consiste en la observancia de pactos válidos... (y) la validez de los pactos no comienza sino con la construcción de un poder civil suficiente para compeler a los hombres a observarlos.”

⁵⁵ *Idem.* pp. 139 y140.

La segunda de las causas por las cuales Hobbes asegura que el acuerdo fundamental para que los hombres salgan del “Estado de Naturaleza” es el de la constitución de un poder común radica en que para tal autor no es necesario realizar un pacto específico de las normas que deben regir en el nuevo estadio, basta con que se dé reconocimiento positivo a las normas de convivencia prescritas por la naturaleza y se garanticen los fines para los cuales fue creada la organización política. Nuestro autor se expresa en los siguientes términos:

“La ley de naturaleza y la ley civil se contienen una a otra y son de igual extensión. En efecto, las leyes de la naturaleza, que consisten en la equidad, la justicia, la gratitud y otras virtudes morales que dependen de ellas, en la condición de mera naturaleza... no son propiamente leyes, sino cualidades que disponen a los hombres a la paz y la obediencia. Desde el momento en que un Estado queda establecido, existen ya leyes... por que es el poder soberano quien obliga a los hombres a obedecerlas... Por tal razón, la ley de naturaleza es una parte de la ley civil en todos los Estados del mundo. Recíprocamente también, la ley civil es una parte de los dictados de naturaleza... Ley civil y ley natural no son especies diferentes, sino partes distintas de la ley; de ellas una parte es escrita, y se llama civil; la otra no escrita, y se denomina natural”⁵⁶

A diferencia del planteamiento de Hobbes, somos de la opinión que en el ideario lockiano que no existen elementos suficientes para determinar la elaboración de dos convenios distintos, razonamiento que encuentra cierto apoyo en las siguientes palabras del liberal inglés.

“Ahora bien, como no hay ni puede subsistir sociedad política alguna sin tener en sí misma el poder de proteger la propiedad y, a fin de lograrlo, el de castigar las ofensas de los miembros de dicha sociedad, única y exclusivamente podrá haber sociedad política allí donde cada uno de sus miembros haya renunciado a su poder natural y lo haya entregado a la comunidad...”⁵⁷

Como puede deducirse de la cita antes transcrita, pareciera que Locke acentúa el hecho de que la sociedad política solo se crea en la medida en la que se establece un poder capaz de castigar a aquellos miembros que infrinjan las normas de convivencia –especialmente las que prescriben el respeto a la propiedad – con lo que el pacto de la autoridad común parecería primigenio, sin embargo, somos de la opinión de que para que ello pueda ocurrir es preciso que inicialmente se acuerde el respeto a tal institución (la propiedad).

⁵⁶ *Idem.* pp. 219 y 220.

⁵⁷ Locke, J. Op. cit. p. 102.

Independientemente de nuestras consideraciones, la explicación al razonamiento de Locke puede explicarse si partimos del hecho de que para tal teórico la propiedad es un derecho establecido por la naturaleza y complemento necesario de la libertad natural. Si bien, no nos fue posible corroborar esta última tesis con fundamento en las propias palabras del autor.

Por último, dentro de la propuesta teórica del estudioso ginebrino resulta evidente que a fin de evitar las desventajas del “Estado de Naturaleza” los hombres convergen primeramente en las normas de convivencia y solo posteriormente en la determinación de las personas que deberán actuar como autoridad. Lo anterior se comprueba con la anterior aseveración del mencionado teórico:

“La sociedad sólo consistió al principio en algunas convenciones generales que todos los individuos se comprometieron a observar y de las cuales la comunidad se hacía garante para con cada uno particularmente. Fue preciso que la experiencia demostrase... cuán fácil era a los infractores evitar la convicción o el castigo de sus faltas... (o) que los inconvenientes y los desórdenes se multiplicasen continuamente, para que se pensase al fin en confiar a algunos ciudadanos el peligroso depósito de la autoridad pública...”⁵⁸

Una vez expuestas las propuestas teóricas de Hobbes, Locke y Rousseau que contraponen el “Estado de Naturaleza” al “Estado Civil”, podemos concluir que, de los puntos en los que concuerdan estos tres pensadores al caracterizar este último se deducen ciertos elementos que subyacen actualmente en la idea de “Estado de Derecho”. Primero, la existencia de normas de convivencia acordadas por los miembros de la organización política; segundo, el establecimiento, dentro del propio acuerdo, de una autoridad con las facultades suficientes para garantizar el cumplimiento de dichas normas; y tercero, la obligación de los miembros de dicha organización política de actuar conforme a las normas pactadas, así como de reconocer la potestad de la autoridad instituida, todo ello en virtud de haber otorgado su voluntad al acuerdo normativo antes referido.

El genio de los tres teóricos de la Ilustración analizados en las páginas anteriores es de tal trascendencia que, independientemente de la importancia que para la idea de “Estado de Derecho” tienen los rasgos apuntados en el párrafo precedente, dentro de las propias teorías contractuales, se esbozan además una serie de factores

⁵⁸ Rousseau. J.J. Op. cit. p. 140.

tendientes a la limitación del poder soberano que, a la postre, serán retomados por la perspectiva teórica de quienes contraponen el “Estado de Derecho” al ejercicio despótico del poder.

En efecto, tanto Locke como Rousseau, quienes en términos generales son identificados con la ideología liberal, e incluso Hobbes propugnan porque las normas de convivencia que determinan la conducta de los individuos dentro del “Estado Civil” sean establecidas previo al comportamiento que se pretende determinar, si bien, los teóricos calificados de liberales exigen que sus contenidos estén destinados a procurar el bien público.⁵⁹

Por otra parte, la tríada de doctrinarios a que nos hemos venido refiriendo, consideran como un rasgo necesario del “Estado Civil” la división de las funciones de gobierno, es decir, lo que se ha dado en llamar, “División de Poderes”, aún cuando Hobbes acentúa la importancia de que existan tribunales frente a los cuales los súbditos puedan defender sus derechos,⁶⁰ mientras que Locke y Rousseau, reconociendo la importancia de la existencia de jueces imparciales, subrayan la idea de que el preceptor de la ley sea una persona distinta de su ejecutor,⁶¹ visión que, sin embargo, no comparte el teórico inglés previamente mencionado.⁶²

Finalmente, el reconocimiento que los pensadores en cuestión realizan en torno a la existencia de las “Leyes de Naturaleza” los obliga a sostener que las mismas deben ser reconocidas por la legislación positiva del “Estado Civil”, si bien acotadas, a fin de permitir la convivencia entre los individuos. La aceptación de tales “principios naturales” se traducirá, en cierta medida, en el reconocimiento de ciertos derechos a los individuos sujetos al orden social que, en tanto que fundados en el orden natural, no pueden ser agraviados por el poder político sin que ello implique la corrupción del objetivo para el cual dicho orden fue instaurado, a saber: la preservación, en la medida de lo posible, de la libertad e igualdad de la que los individuos gozan en el “Estado de Naturaleza”.⁶³

⁵⁹ Hobbes, T. Op. cit. p. 180.; Locke, J. Op. cit. p. 146; Rousseau, J.J. Op. cit. pp. 142 y ss.

⁶⁰ Hobbes, T. *Ibidem*.

⁶¹ Locke, J. Op. cit. p. 151 y ss.; Rousseau, J.J. Op. cit. pp. 52 y ss.

⁶² Hobbes, T. Op. cit. pp. 166 y ss.

⁶³ *Idem*. pp. 106 y ss.; Locke, J. Op. cit. pp. 172 y ss.

1.1.2 EL “ESTADO DE DERECHO” DE KANT: OPOSICIÓN AL “ESTADO DE NATURALEZA” Y AL “ESTADO DESPÓTICO”.

Hablar de la trascendencia del pensamiento de Immanuel Kant en la cultura occidental moderna puede parecer un lugar común en nuestros días, sin embargo para el tema que nos ocupa tal trascendencia no es, ni con mucho, deleznable ya que, como se trata de sustentar en lo que sigue, las concepciones de Estado y de Derecho del filósofo alemán se muestran como el “puente teórico” que, dentro de la tradición jurídica *iusnaturalista*, liga las concepciones de “Estado de Derecho” de los ideólogos del s. XVIII con las de sus correligionarios de los siglos XIX y XX, obteniendo así la concepción actual de “Estado de Derecho”.

Independientemente de nuestra anterior consideración, las aportaciones del filósofo alemán a nuestra esfera del conocimiento han sido reconocidas por diversos estudiosos, algunos de los cuales subrayan su importancia afirmando que hasta antes de Kant los pensadores interesados por el tema del Estado, así como por el análisis de sus componentes, consideraban al Derecho como un elemento circunstancial cuyo contenido dependía en gran medida de los intereses que se hacían valer dentro de la organización estatal. Es sólo a partir de los planteamientos del filósofo de Königsberg que se observa un intento de dar al derecho un rango de disciplina autónoma de “los intereses económicos y de la actividad espontánea y arbitraria de los individuos.”⁶⁴

Antes de entrar al análisis de las concepciones del Derecho y del Estado sostenidas por Kant, creemos necesario considerar algunos elementos epistemológicos que conforman su propuesta teórica.

En primer lugar debemos reconocer que la filosofía kantiana, en tanto que heredera ideológica de Leibniz, sostiene el dualismo entre conocimiento *a priori* y *a posteriori*, dándole a aquel el carácter de conocimiento universal y necesario en tanto que los postulados que lo conforman se desprenden de la razón y no de la experiencia sensible.⁶⁵

⁶⁴ Cordova, Arnaldo. Introducción a *Kant, Immanuel. Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*. pp. VII y ss.

⁶⁵ González Soler, Ma. D.; Lima Torrado, J. et al. *Cuestiones y textos de historia de la filosofía del derecho, moral y política. Del renacimiento a Kant*. Ed. Dykinson. s.n.e. Madrid, España. 1997. p. 581.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que, para Kant el conocimiento racional de nuestro entorno puede ser de dos tipos, formal cuando se refiere a las reglas de pensar en general (rama del conocimiento que se denomina lógica) o material cuando se refiere a objetos de la experiencia y a las leyes que los rigen. A su vez, tales leyes pueden ser naturales o de libertad, en el primer caso se les puede calificar como físicas y en el segundo como leyes éticas. Las leyes físicas describen las causas por las cuales suceden los fenómenos de la experiencia, mientras que las éticas prescriben como deben suceder los fenómenos de la experiencia realizados por seres racionales.⁶⁶

1.1.2.1 La moral de acuerdo con Kant.

Ahora bien, uno de los elementos que más profundamente diferencian las leyes físicas de las leyes éticas reside en el hecho de que, mientras las leyes naturales se confirman a partir de su efectiva aplicación empírica, las leyes éticas "... no tienen fuerza de leyes sino en cuanto pueden ser *consideradas* como fundadas *a priori* y necesariamente."⁶⁷

Lo anterior es así porque, para el filósofo de Königsberg, la determinación de una conducta moral no puede ser descubierta a partir de las leyes naturales en tanto que éstas, al tener por objeto el orden fenoménico, reciben de la razón trascendental la forma de su legalidad natural. Así, la única vía que queda abierta para determinar cual debe ser la conducta de los hombres es fundar, en la razón trascendental, las leyes de lo que debe ser realizado por libertad. Estas leyes no pueden ser otras sino aquellas que se encuentren legítimamente fundadas, de manera universal, para todo ser racional.⁶⁸

Así, para Kant, las leyes morales solo pueden pretender validez y por tanto estimarse como tales, en la medida en la que se encuentren fundadas *a priori*. Una vez

⁶⁶ González Soler, Ma. D.; Lima Torrado, J. et al. *Cuestiones y textos de historia de la filosofía del derecho, moral y política. Del renacimiento a Kant.* p. 583

⁶⁷ "... las nociones y los juicios sobre nosotros mismos y sobre nuestras acciones u omisiones, no tienen significación moral, cuando no contienen más que lo que puede adquirirse por la simple experiencia; y si acaso se tratara de convertir en principios morales alguna cosa que procediera de este último origen, habría riesgo de caer en los errores más groseros y más perniciosos." Kant, I. *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho.* p. 13

⁶⁸ Vialatoux, Joseph. *La morale de Kant.* Ed. Presses Universtaires de France. 5a. edición. París, Francia. 1968. pp. 14 y ss.

que se logra encontrar el fundamento *a priori* de tales leyes, su universalidad y "necesidad" no requieren ser demostradas.⁶⁹ Luego entonces, si logramos encontrar cuales son las leyes de la moral que se fundamentan exclusivamente en lo que dicta la razón, logrando eliminar de su concepción todo elemento empírico de determinación, la aplicación de tales leyes en el mundo sensible debiera ser fatalmente obligatoria, independientemente de cualquier otro tipo de consideración.

El descubrimiento de estos principios morales universales que sólo pueden ser definidos por la razón constituirá el fin de la *Metafísica de las Costumbres* de Kant, principios que, una vez esclarecidos, determinarán tanto el contenido de las normas éticas como el de las jurídicas.

En efecto, en principio, para nuestro autor la moral tiene dos connotaciones: en un sentido amplio comprende todas las normas que deben regir la conducta de los hombres,⁷⁰ mientras que en un sentido estricto tal significante se refiere únicamente a las normas que determinan la conducta de los hombres internamente. La moral *lato sensu* comprende tanto a la moral *stricto sensu* como al Derecho, el cual se compone por los cánones que fijan el modo de actuar externo de los hombres.⁷¹

Ahora bien, la moral en sentido amplio tiene por objeto el libre arbitrio, entendiendo por éste la facultad que posee todo ser racional para producir cualquier conducta por él deseada sin más determinación que la razón misma, en palabras del autor:

"El arbitrio que puede ser determinado por razón pura se llama libre arbitrio... El arbitrio humano, es tal que puede ser afectado por móviles, pero no determinado, y no es por consiguiente, puramente por sí... puede, sin embargo, ser determinado a la acción por una voluntad pura."⁷²

⁶⁹ "... la razón prescribe la manera como se debe obrar, aún cuando nadie hubiese obrado así." Kant, I. Op. cit. p. 14.

⁷⁰ "... todos los deberes, por el solo hecho de serlo, pertenecen a la moral. Pero *su legislación* no por esto está siempre comprendida en la *moral*..." *Idem*. p. 19.

⁷¹ "En la legislación jurídica los deberes no pueden ser más que externos, porque esta legislación no exige que la *idea* de estos deberes, que es legítima, sea por sí misma el principio determinante del arbitrio del agente; y como sin embargo, necesita motivos apropiados a una ley, tiene que buscar los externos. La legislación moral, por el contrario, erigiendo en deberes los actos internos, no excluye los externos; sino que al contrario, reivindica todo lo que es deber en general." *Idem*. p. 20.

⁷² *Idem*. p. 10

De ello se sigue, a decir de Vialatoux, que la libertad puede ser supuesta como propiedad inherente a todo ser razonable.

“En effet: un être qui ne peut *agir* que sous l'*idée* de la liberté est vraiment libre au point de vue pratique, par définition même. Or, tout être raisonnable doué de volonté doit nécessairement avoir l'idée de la liberté comme condition même de son activité. Car un tel être est, par définition, un être dont la raison est *pratique*, c'est-à-dire exerce une action causale sur ses objets. Or, une raison ayant conscience d'être l'auteur de ses jugements ne peut être conçue comme recevant d'un *dehors* sa direction. Elle doit se considérer comme étant l'auteur de ses propres principes indépendamment de toute influence étrangère.”⁷³

La libertad es sin embargo un concepto harto complicado dentro de la teoría kantiana puesto que si partimos del hecho de que, para el filósofo alemán, la materia de todo conocimiento no puede ser sino sensible, entonces resulta imposible conocer la libertad en tanto que no existe ningún objeto empírico adecuado para comprenderla.⁷⁴ Sólo sabemos que existe porque, cuando el uso práctico de la razón actúa por principios prácticos, éstos:

“... determinan, a título de leyes, una causalidad de la razón pura, el arbitrio, independientemente de toda condición empírica (de toda condición sensible en general), y revelan en nosotros una voluntad pura, de la cual se originan las nociones y las leyes morales.”⁷⁵

Las leyes, resultado del uso práctico de la razón, se revelan ante nosotros como imperativos categóricos, es decir mandatos de hacer absolutos e incondicionales, a través de los cuales una conducta que en principio es contingente se torna necesaria para todo individuo, independientemente del fin que pueda alcanzarse por ella. Dicha conducta adquiere la calidad de “necesaria”, a pesar de la posibilidad que tiene el individuo de no realizarla, porque, a decir de Kant:

⁷³ “En efecto: un ser que no puede actuar sino bajo la idea de libertad es verdaderamente libre desde el punto de vista práctico, por definición. Ahora bien, todo ser racional dotado de voluntad debe necesariamente tener la idea de libertad como condición misma de su actividad. Porque un tal ser es, por definición, un ser cuya razón es práctica, es decir, que ejerce una acción causal sobre sus objetos. Ahora bien, una razón que tenga conciencia de ser el autor de sus propios juicios no puede concebirse como una razón que obtiene su dirección desde fuera. Ella debe considerarse como autora de sus propios principios independientemente de toda influencia externa.” Vialatoux, J. Op. cit. p. 56

⁷⁴ “La noción de *libertad* es... una noción que no puede tener objeto alguno adecuado en una experiencia posible... una noción por consiguiente que no es el objeto de un conocimiento teórico posible para nosotros, y que por lo tanto, no tiene valor como principio constitutivo, sino solamente como principio regulador y aun simplemente negativo de la razón especulativa.” Kant, I. Op. cit. p. 21.

⁷⁵ *Idem*. p. 21

“... la libertad nunca puede consistir en que el sujeto racional pueda adoptar una decisión contraria a la razón (legislativa), aunque la experiencia muestra frecuentemente que así sucede, no pudiendo nosotros concebir la posibilidad de que así sea. (*pues*) Una definición que a la noción práctica añade la de su realización, según resulta de la experiencia,... presenta la noción bajo un punto de vista falso.”⁷⁶

Así, cuando las leyes que comprenden imperativos categóricos conforman una legislación exterior constituyen la teoría del derecho, incluso si no existen efectivamente, es decir, aún cuando no se configuren como una legislación positiva.⁷⁷ Esta muestra del espíritu *iusnaturalista* de Kant puede ser confirmada a partir de la siguiente cita:

“La ley que nos obliga *a priori* e incondicionalmente por nuestra propia razón, puede también considerarse como procedente de la voluntad de un legislador supremo, que no tiene más que derechos y ningún deber (por consiguiente la voluntad divina). Pero esto no implica más que la idea de un ser moral, cuya voluntad hace de la ley para todos, sin considerar por ello a esta voluntad como causa de la ley.”⁷⁸

Ahora bien, para saber si las normas de derecho prescriben lo que es justo, es preciso separar de ellas todo principio fundado en la experiencia y buscar el origen de los juicios en la sola razón, para ello es necesario partir del imperativo categórico que dispone:

“Obra según una máxima que pueda al mismo tiempo tener valor de ley general”⁷⁹

En este sentido, el filósofo alemán considera como acción justa toda conducta cuya máxima sea conforme con la libertad del arbitrio de todos, según leyes universales.

“La ley de una obligación mutua que se conforma necesariamente con la libertad de todos, bajo el principio de la libertad general, es en cierto modo la construcción de la noción del derecho, es decir, su exposición en una intuición pura *a priori*...”⁸⁰

⁷⁶ *Idem.* p. 28

⁷⁷ “En general, las leyes obligatorias, susceptibles de una legislación exterior, se llaman *exteriores*... A éste número pertenecen aquellas, cuya obligación puede concebirse *a priori* por la razón sin legislación exterior, las cuales no por se exteriores pierden su carácter de *naturales*. Por el contrario, las que no obligan sin una legislación exterior real (sin la cual no serían leyes) se llaman leyes *positivas*. Es, pues, posible concebir una legislación exterior que solamente contuviera las leyes naturales...” *Idem.* p. 25

⁷⁸ *Idem.* p. 29

⁷⁹ *Idem.* p. 26

⁸⁰ *Idem.* p. 35

En consecuencia, las relaciones de derecho entre los hombres se traducen indefectiblemente en obligaciones correlativas entre sí, donde las acciones de los individuos presentan mutua influencia, traduciéndose ello en la relación del arbitrio de los agentes que participan de dicha relación jurídica. Así, será justa toda acción o conducta que pueda subsistir con la libertad del resto de los hombres, según leyes generales.

El razonamiento anterior le permite finalmente a Kant replantear su imperativo categórico y transformarlo en una "ley universal de derecho" que enuncia de la siguiente manera:

"Obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal."⁸¹

Este principio racional, límite de la libertad, guiará el desarrollo de sus "Principios Metafísicos de la Ciencia del Derecho", en los cuales expondrá su concepción acerca del "Estado de Derecho", como veremos a continuación.

1.1.2.2 El Estado de Naturaleza de Kant.

La propuesta teórica de Kant en torno al "Estado de Naturaleza" y al "Estado Civil" contiene ciertas coincidencias con las concepciones respectivas de Hobbes, Locke y Rousseau, entre ellas la negación de la existencia empírica del pacto por el cual se funda el "Estado Civil", misma que es subrayada por Bobbio. De tal argumentación Bobbio infiere – y estamos de acuerdo con él – que la idea de contrato para Kant es simplemente un principio de legitimación del poder público, y que como todo principio de legitimación se presenta como causa sin fundamento empírico en la realidad.⁸²

Kant, a diferencia de los otros teóricos de la ilustración mencionados, no busca justificar su concepción de "Estado de Naturaleza" aludiendo a referencias empíricas sino que, por el contrario, concibe a dicho estadio como una noción *a priori*, una "idea regulativa de la razón", que por su cualidad ideal no puede ser comprobada

⁸¹ *Idem.* p. 33

⁸² Bobbio, N. *Sociedad y Estado en la filosofía moderna.* pp. 93 y 94.

empíricamente. La propia argumentación kantiana en torno al “Estado de Naturaleza” (y su consecución hacia el “Estado Civil”) permite observar tal afirmación.

En efecto, la primer mención que hace el filósofo alemán respecto del “Estado de Naturaleza”, se produce en los siguientes términos:

“... la posesión de un fundo particular es un acto del arbitrio privado... El poseedor se funda en la posesión común primitiva de la tierra, y en la voluntad general, conforme a priori con la posesión común original de permitir una posesión particular de este fundo... y adquiere por la primera posesión original un fundo determinado, puesto que resiste con derecho... a todo el que pretendiera oponerse al uso privado que de él quisiera hacer; resistencia que sin embargo no funda en el derecho positivo puesto que *se encuentra en el estado de naturaleza*, y que este estado no supone ley pública alguna...”⁸³

La cita anterior no solo confirma como el autor de la *Crítica a la Razón Pura* acepta la existencia del “Estado de Naturaleza”, sino que además permite deducir algunas características relevantes que conforman la noción kantiana de tal estadio. Así tenemos que, de acuerdo con Kant, el “Estado de Naturaleza” se distingue porque en él la posesión de la tierra es común a los hombres – idea que coincide plenamente con las propuestas respectivas de Hobbes, Locke y Rousseau – sin embargo, nuestro autor aclara en torno a tal signo distintivo que los hombres cuentan con la posibilidad de ser legítimos poseedores de un fundo privado, rasgo que establece una marcada diferencia con el resto de las posturas teóricas analizadas. Finalmente, de dicha cita también es posible deducir que en el “Estado de Naturaleza” proyectado por Kant las relaciones entre los hombres son regidas por cierto tipo de normatividad racional, no determinada positivamente.

En relación con lo anterior, es necesario subrayar que para el filósofo de Königsberg la posesión de un fundo particular de manera privada y la posesión común sobre la tierra, lejos de ser contradictorias, son complementarias *a priori* en razón de que ésta última no puede excluir a la primera en tanto que ella es acorde con la voluntad general (término empleado en el sentido rousseauniano, a nuestro parecer) y con la libertad de los hombres. De hecho, el filósofo alemán sostiene de manera expresa que la idea de que los hombres se encuentran originalmente y de manera común “en posesión legítima de la tierra” no implica sino “una noción racional del

⁸³ Kant, I. Op. cit. pp. 57 y 58 (Las cursivas son nuestras)

orden práctico, que contiene el principio a priori, según el cual sólo los hombres pueden apropiarse jurídicamente de un lugar sobre la tierra.”

Por lo respecta a la afirmación de que la propiedad particular es expresión de libertad externa de los hombres el filósofo alemán lo demuestra a partir de los siguientes argumentos:

Kant sostiene que el placer práctico del hombre se devela en el deseo de un objeto exterior, deseo que es satisfecho en tanto se logre producir el objeto deseado por medio de la concienciación del propio deseo de modo tal que el arbitrio determine la conducta hacia dicho fin.⁸⁴ Ahora bien, un objeto exterior específico se encuentra determinado por el arbitrio del hombre cuando éste hace uso arbitrario del mismo, conducta que debe ser posible en tanto que revela el ejercicio de la libertad del hombre al encontrarse determinado exclusivamente por el arbitrio – facultad que nunca puede ser determinada⁸⁵ - el cual, respecto del uso de las cosas, “está formalmente conforme con la libertad exterior de todos según leyes generales”. De hecho, el filósofo de Königsberg sostiene que si el uso de los objetos exteriores fuera imposible, “la libertad se privaría del uso de su arbitrio” desde el punto de vista práctico limitándose en consecuencia el ejercicio de la libertad exterior del individuo.

Independientemente de lo anterior, Kant reconoce que si bien es cierto que el uso arbitrario de un objeto puede satisfacer el deseo determinado por el placer práctico, también lo es que dicho uso no puede fundar por sí mismo la posesión del objeto⁸⁶, elemento que establece la condición subjetiva de la posibilidad de un uso cualquiera.

La posesión de un objeto, nos dice el filósofo alemán, sólo puede acontecer cuando un hombre se suponga “agraviado con justicia” (*Kant dixit*) por el uso arbitrario que del mismo objeto realice un hombre distinto, independientemente de que el objeto se encuentre o no en poder de aquel. De ello, Kant deduce que la posesión tiene necesariamente dos expresiones: una sensible o física y otra inteligible o jurídica.

⁸⁴ *Idem.* p. 9.

⁸⁵ “El arbitrio humano, por el contrario, es tal que puede ser afectado por móviles, pero no determinado...”
Idem. p. 10

⁸⁶ *Idem.* pp. 51 y 52.

En efecto, a nuestro autor le parece evidente que el uso de un objeto exterior otorgue un derecho de posesión física al que dispone de él en virtud de que dicho objeto es determinado por el arbitrio de quien lo detenta, por lo tanto, cualquiera que se oponga a tal uso estaría limitando la libertad del poseedor del objeto. No obstante, la simple posesión física no es suficiente para que alguien pueda considerar al objeto como suyo, para ello es necesario contar además con la posesión inteligible, es decir con la posesión sin necesidad de detentación, pues solo a través de ella es posible establecer una posesión más allá de expresiones fenoménicas.

La posesión inteligible es deducida por Kant del postulado jurídico de la razón práctica que determina: "Es un deber de derecho obrar respecto de otro de tal modo que lo exterior (lo útil) pueda llegar a ser suyo"⁸⁷, el cual es consecuencia del postulado que afirma que el hombre ejerce su libertad al hacer uso de los objetos externos. Esto es así porque:

"Cuando declaro... que una cosa exterior sea mía, advierto... a todo el mundo que debe respetar el objeto de mi arbitrio; obligación que nadie tendría sin este acto jurídico por mi parte. Pero esta pretensión implica al mismo tiempo el reconocimiento de la obligación en que recíprocamente me encuentro de abstenerme de la cosa exterior de los demás;... No tengo, pues, obligación de respetar lo suyo jurídico exterior de otro si no tengo garantía suficiente de que él se abstendrá igualmente y por el mismo principio de tocar lo que me pertenece. Pero esta garantía no necesita ningún acto de derecho particular; va ya comprendida en la noción de una obligación jurídica exterior, a causa de la universalidad, y por consiguiente también de la reciprocidad de la obligación en virtud de una regla general".⁸⁸

Es decir, si la posesión de un objeto exterior implica necesariamente el establecimiento de una relación entre el poseedor y el resto de los hombres que establezcan el compromiso recíproco de excluirse del uso de los objetos poseídos, es imprescindible que dicho uso se encuentre garantizado independientemente de las condiciones de tiempo y espacio en las que se realice su detentación.

"La noción de una posesión simplemente jurídica no es una noción experimental... y sin embargo, tiene una realidad práctica, es decir, puede aplicarse a objetos de la experiencia cuyo conocimiento es independiente de estas condiciones. La manera de aplicarla noción de derecho a estos objetos de la experiencia como mío o tuyo exterior posible es esta:

⁸⁷ *Idem.* p. 59.

⁸⁸ *Idem.* p. 65

“La noción de derecho, que es puramente racional, no puede aplicarse inmediatamente a objetos de la experiencia ni a la ni a la noción de una posesión física: pero debe aplicarse en primer lugar a la noción intelectual pura de una posesión en general, de modo que induzca a mirar como representación sensible de la posesión, no la ocupación (*detentio*), sino la noción de tener... abstracción hecha de toda condición de espacio y tiempo, de modo en suma que el objeto sea únicamente considerado como en mi poder.”⁸⁹

A este respecto es necesario no perder de vista que la noción de posesión inteligible es resultado de la “Deducción Trascendental” acuñada por nuestro autor, método que se caracteriza, sobretudo, por probar como determinado concepto preexistente – en este caso el de posesión – es condición necesaria del trabajo de la ciencia. Así, en el caso de los “conceptos puros del derecho” estos se muestran “como la base de todo orden jurídico y las condiciones de toda legislación positiva.”⁹⁰

Demostrada la compatibilidad entre la posesión común de la tierra y la posesión particular de un fundo privado – así como la necesidad de ésta última – a partir de los argumentos del filósofo en cuestión, creemos fundamental subrayar el hecho de que tales reflexiones divergen en cierto sentido de las concepciones generales que en relación con el “Estado de Naturaleza” han sido expuestas anteriormente. Esto es así, en virtud de que Kant niega la posibilidad de que en el mencionado estadio existiera una comunidad, identificada por el filósofo como “comunidad primordial”, en la cual los hombres carecieran de la posesión particular de los objetos externos, nota característica impresa al “Estado de Naturaleza” por parte de los teóricos antes expuestos. La razón fundamental que le permite al pensador de Königsberg rechazar tal supuesto, reside en que tal privación a la libertad de los hombres sólo podría ser consecuencia de una renuncia expresa y generalizada sancionada a través de un contrato, razonamiento que al carecer de todo fundamento empírico no puede ser conocido.

⁸⁹ *Idem.* p. 61

⁹⁰ Lisser, Kurt. *El concepto de derecho en Kant.* (Tit. Orig. Der Begriff des Rechts bei Kant; trad. Alejandro Rossi.) Ed. UNAM. 1ª. edición. México, 1959 p. 30. Mas adelante Kurt también señala: “... veremos, en el estudio sobre la fundamentación kantiana de la idea del estado, que no hay una auténtica deducción del concepto de propiedad. Una explicación de este hecho se encuentra en la índole propia del método trascendental, que parte de un *factum* y busca sus condiciones de posibilidad. El estado y la propiedad privada son hechos históricos. Por tanto, la filosofía del derecho sólo pregunta “¿cómo son posibles?, pues que deben ser posibles se prueba mediante la realidad.” (p. 32.) A este respecto, es conveniente no perder de vista lo apuntado por el propio Kant: “La posibilidad de esta última posesión no puede demostrarse en sí misma ni profundizarse de ninguna manera (por lo mismo que es una noción racional no susceptible de intuición);... (pero) si es necesario obrar según este principio de derecho, la condición intelectual (de una posesión puramente jurídica) debe ser también posible.” Kant, I. Op. cit. p. 59 y 60.

1.1.2.3 El "Estado en idea" kantiano.

Una vez establecidos los rasgos fundamentales del "Estado de Naturaleza" kantiano, podemos adentrarnos en la transición de dicho estadio al "Estado Civil" y finalmente al "Estado de Derecho", transición cuyo hilo conductor se encuentra en la noción de propiedad, la cual tiene como fundamento la posesión de los objetos externos ya presentada.

En efecto, de lo que hasta aquí se ha dicho pareciera que la apropiación de un objeto externo depende exclusivamente del acto unilateral de un individuo, lo cual suscita el problema de dilucidar como tal acto puede ser compatible con el principio de libertad universal. Una primera respuesta al dilema planteado puede encontrarse en los propios argumentos de Kant en los cuales sostiene que una voluntad unilateral sólo puede determinar un objeto como propio, en la medida en la que tal determinación sea conforme con "la idea de una voluntad colectiva posible". De hecho, el filósofo apunta:

"La voluntad individual no puede justificar una adquisición exterior, sino en cuanto está comprendida en una voluntad colectiva a priori y que tenga autoridad absoluta, es decir, en una voluntad que resulte de la reunión del arbitrio de todos aquellos que pueden tener entre sí algunas relaciones prácticas; porque la voluntad individual..., no puede imponer a todo el mundo una obligación que es de suyo contingente, hace falta para ello una voluntad, una intención omnilateral no contingente, sino a priori, necesariamente común o conjunta, y por esto legisladora. En efecto, según este principio puede haber conformidad del libre arbitrio de cada individuo con la voluntad de todos; por consiguiente es posible un derecho general, y también por último lo tuyo y lo mío exterior."⁹¹

De lo anterior es posible deducir que para Kant una voluntad individual puede ser legítima para entrar en posesión de objetos externos en el "Estado de Naturaleza", si y solo si tal voluntad es acorde con una "voluntad omnilateral", en tanto que esta es compatible con la ley de libertad universal. A pesar de ello, nuestro autor también apunta:

"La única voluntad capaz de obligar a todos es... la que puede dar garantías a todos, la voluntad colectiva general (común), la voluntad omnipotente de todos. Pero el estado del hombre bajo una legislación exterior

⁹¹ *Idem.* p. 76

(es decir, pública) con un poder ejecutivo de las leyes es el estado social. Lo mío y lo tuyo exterior no puede, pues, tener lugar más que en este estado.”⁹²

Las dos citas anteriores muestran una aparente contradicción, puesto que si sólo la voluntad colectiva – expresada en una legislación pública que se genera en un estado social – es la única legítima para apropiarse de los objetos externos, entonces la voluntad individual carecería de la misma legitimidad, aún cuando fuera acorde con “la voluntad colectiva”.

A pesar de lo anterior, para el filósofo alemán, sin embargo, no existe incoherencia alguna puesto que su planteamiento en torno al “Estado de Naturaleza” es desarrollado como un elemento a priori del “Estado Civil”, lo que implica que aquel concepto deba contener tanto la posibilidad de constitución de éste último, como el de sus instituciones y, de igual forma, los principios que deben regir en él. Así, para Kant la posesión de los objetos externos debe ser posible antes del “Estado Civil” porque de lo contrario no podrían existir en éste.

“Sólo, pues... en consideración a este estado (*el estado social*) y a su acción, pero antes de su realidad (porque en otro caso la adquisición sería derivada), puede una cosa exterior ser adquirida primitivamente...”⁹³

La adquisición realizada en el “Estado de Naturaleza” es denominada “posesión provisionalmente jurídica”, misma que debe transformarse en “perentoria” al constituirse el “Estado Civil”. Lo anterior es así, en principio, porque este estadio no debe contradecir con sus normas positivas al “Derecho Natural”⁹⁴, pero además porque, como ha quedado dicho, tal posesión contiene ya “el derecho de obligar a todos aquellos con quienes podemos tener cuestión de cualquier manera que sea, a formar una constitución que pueda asegurar lo *mío* y lo *tuyo*”. Finalmente, nuestro autor también apunta:

“... la manera de tener como *suya* una cosa exterior en el *estado de naturaleza* es una posesión física que tiene a su favor la *presunción* jurídica de poder llegar a ser legal por la conformidad de la voluntad del poseedor con la de los demás en una legislación pública, y vale provisionalmente *como* una posesión jurídica.”⁹⁵

⁹² *Idem.* p. 65

⁹³ *Idem.* p. 77 (las cursivas son nuestras.)

⁹⁴ “... en lo que se refiere a la forma, las leyes contienen sobre lo Mío y lo Tuyo en el estado natural lo que prescriben en el civil concebido solamente según las nociones de la razón pura.” *Idem.* p. 161-162

⁹⁵ *Idem.* p. 67

Como se ha evidenciado en los párrafos que anteceden, para el filósofo en análisis, la adquisición provisional "... precede al Estado jurídico, sirviendo para conducir a él...", con lo que finalmente es concebido como un deber en sí mismo que tendrá que realizarse ineluctablemente a pesar de la resistencia que algunos hombres pudiera oponer al respecto⁹⁶. En ese sentido, la causa fundamental por la cual el hombre saldría del "Estado de Naturaleza" para conformar el "Estado Civil" es su intención de transformar la posesión provisional en perentoria, lo cual no se logra sino cuando todos los participantes de dicho estadio consienten en limitar su libertad respecto del uso de la posesión de los demás. En ese sentido nuestro autor determina:

"... la adquisición de un *estado de derecho público*, por la reunión de la voluntad de todos para producir una legislación general... se derivaría de la voluntad particular de cada uno; sería pues, la obra de todas las partes, siendo así que una adquisición primitiva no puede resultar más que de una voluntad única."⁹⁷

Queda aún por resolver cual sería la causa que movería a los hombres a transformar su posesión provisional en perentoria. A este respecto, Kant se aproxima al planteamiento hobbesiano al afirmar que el motivo que provoca que los hombres entren en el "Estado Civil" es la amenaza constante que se cierne sobre su posesión, la cual se encuentra en una situación precaria en el "Estado de Naturaleza". Sin embargo, contrario al planteamiento del teórico inglés, Kant no reconoce en el "Estado de Naturaleza" un estadio de injusticia en sí mismo donde las relaciones entre los hombres se funden de manera exclusiva sobre la fuerza, sino que lo concibe como una situación de "*justicia negativa*", puesto que al no existir ningún órgano que pueda determinar que acción es o no justa de manera legítima, ningún acto puede ser garantizado aún cuando fuera congruente con el Derecho. En este sentido nuestro autor afirma:

"... por buenos y amantes del derecho que se suponga a los hombres, sin embargo, la idea racional *a priori* de semejante estado (no jurídico) implica la de la falta de seguridad contra la violencia antes de haberse reunido en pueblos, (*y*) los pueblos en Estados... es decir, antes de haberse constituido en un estado puramente jurídico. De otra manera nadie tendría la certidumbre de poder hacer, en virtud de su propio derecho, *lo que parece justo y bueno*... Por consiguiente, lo primero que debe decretarse, si el hombre no quiere renunciar a todas sus nociones de derecho, es este principio: "Es menester salir del

⁹⁶ "Si no hubiese Mío y Tuyo exterior en el estado natural, al menos provisionalmente, no habría ningún deber de derecho bajo esta relación, ni por consiguiente ninguna obligación de salir de este estado." *Idem*. p. 161-162

⁹⁷ *Idem*. p. 70 (las cursivas son nuestras.)

estado natural, en el que cada cual obra a su antojo y convenir con todos los demás... en someterse a una limitación exterior, públicamente acordada, y por consiguiente entrar en un estado en que todo lo que debe reconocerse como lo Suyo de cada cual es determinado *por la ley* y atribuido a cada uno por un *poder* suficiente, que no es el del individuo, sino un poder exterior." En otros términos, es menester ante todo entrar en un estado civil."⁹⁸

En sentido semejante, pero subrayando la trascendencia que tiene la propiedad para la instauración del "Estado Civil" Kant expresa:

"Del Derecho privado en el estado natural resulta un postulado de derecho público: "Tú debes juntamente con los demás, en relación de una coexistencia necesaria, salir del estado natural, para entrar en un estado de derecho, es decir, estado de justicia distributiva."

Una vez que el paso al "Estado Civil" se torna ineludible nos dice Kant, que sólo puede ser instaurado a través de un contrato celebrado entre todos aquellos individuos que deseen de formar parte del mencionado fenómeno estatal, con lo cual el autor en cita converge con las ideas sustentadas por Hobbes, Locke y Rousseau. Al igual que éstos últimos, el filósofo de Königsberg retoma tal forma jurídica para representar la creación del fenómeno estatal en virtud de que el acuerdo de voluntades que tal forma conlleva asegura que cada uno de los participantes en el acto de constitución del "Estado Civil" otorgará su libre consentimiento para la institución de dicho estado, premisa que le permite a nuestro autor afirmar que de esta manera los hombres, lejos de ver limitada su libertad, logran potenciarla.⁹⁹

Es importante no perder de vista que, como se ha dicho anteriormente, la idea del contrato que postula Kant, al igual que la idea de "Estado de Naturaleza", no es más que una construcción ideal que no remite a ningún objeto teóricamente accesible,¹⁰⁰ pero que sin embargo se presenta como "fuente y criterio del Derecho"¹⁰¹ en tanto que debe servir de pauta para la determinación de las normas positivas que realice el soberano.

⁹⁸ *Idem.* p. 161 (las cursivas son nuestras.)

⁹⁹ *Idem.* p. 145.

¹⁰⁰ "El acto por el cual el pueblo se constituye en una ciudad, y propiamente la simple *idea* de este acto, según la cual únicamente se puede concebir la legitimidad del acto mismo, es el contrato primitivo..." *Idem.* p. 147

¹⁰¹ Lissner, K. *El concepto de Derecho en Kant.* p. 23.

Por contradictorio que pueda parecer el argumento anterior, la afirmación en él expuesta se evidencia a partir de una aparente oposición entre algunas de las declaraciones del filósofo alemán, puesto que mientras que por un lado sostiene:

“El poder legislativo no puede pertenecer más que a la voluntad colectiva del pueblo. Y, puesto que de él debe proceder todo derecho, no debe absolutamente hacer injusticia a nadie por sus leyes. Ahora bien, si alguno ordena algo contra *otro*, es siempre posible que le haga injusticia; pero nunca en lo que decreta para sí mismo (porque *volenti non fit injuria*). Por consiguiente, la voluntad concordante y conjunta de todos, en cuanto cada uno decide por todos y todos para cada uno, esto es, la voluntad colectiva del pueblo, puede únicamente ser legisladora”¹⁰²

Por el otro manifiesta, en repetidas ocasiones, que el pueblo se encuentra representado por los diputados que conforman el Parlamento.

“Toda verdadera república es y no puede ser más que un sistema representativo del pueblo instituido en nombre del mismo, para proteger sus derechos por diputados de su elección.”¹⁰³

Al respecto existen glosas en torno a Kant que han interpretado que estas posturas aparentemente opuestas se deben a que, para nuestro autor, las afirmaciones en torno a la representación del pueblo a través del Parlamento es una reflexión en torno al fenómeno empírico y no a algún principio metafísico. Así, Adela Cortina expone:

“No son, pues, los ciudadanos quienes efectivamente sellaron un pacto originario ni es su voluntad *efectivamente existente* la que legisla, sino que el legislador, poseyendo *a priori* la idea de contrato originario, expresivo de la voluntad racional unida del pueblo, es quien está legitimado para legislar y puede hacerlo sin error, ya que cuenta *a priori* con la idea de contrato.”¹⁰⁴

De lo que hasta aquí se ha expuesto, consideramos que queda de manifiesto la proximidad teórica de los planteamientos kantianos en torno al Estado con las tesis postuladas por los pensadores analizados en el primer apartado del presente capítulo, ya que, como hemos visto, nuestro autor acepta que el proceso de construcción de la organización estatal deriva del “Estado de Naturaleza” y se consolida a través del

¹⁰² Kant, I. Op. cit. p. 143.

¹⁰³ *Idem.* p. 180.

¹⁰⁴ Cortina Orts, Adela. “El contrato social como ideal de Estado de Derecho. El dudoso contractualismo de Kant.” en *Revista de Estudio Políticos*. N° 59. Enero-marzo, 1988. Nueva Época. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. España. p. 59. En sentido similar se expresa Lissner en *El concepto de Derecho en Kant*. p. 119.

“Contrato Social”, si bien es el filósofo de Königsberg quien de manera más lúcida expone la idealidad de todos estos conceptos.

Una vez presentados los argumentos a partir de los cuales juzgamos válido considerar que la idea de “Estado de Derecho” kantiana se expone como un estadio social opuesto al “Estado de Naturaleza”, nos queda por exponer con base en que argumentos puede afirmarse que dentro de la teoría kantiana el fenómeno aquí problematizado se presenta, también, como opuesto al “Estado Despótico”.

Antes de plantear cuales son los argumentos que nos permiten afirmar que el “Estado de Derecho” kantiano se muestra como opuesto al “Estado Despótico”, consideramos necesario subrayar que existe una aparente falta de rigor en cuanto a la utilización del lenguaje empleado por nuestro autor al exponer sus ideas en torno del Estado, puesto que no encontramos elementos teóricos los suficientemente distintivos para diferenciar expresiones tales como: “Estado Jurídico”, “Estado Civil”, “República” o, incluso, “Estado de Derecho”. Esta aparente falta de rigor complica el análisis del fenómeno aquí a dilucidar, exigiendo un esfuerzo de interpretación mayor al que hasta el momento habíamos venido realizando respecto de las ideas kantianas. A este respecto sólo podemos alegar en nuestro favor lo que Kant mismo expuso en sus *Principios Metafísicos del Derecho*, en referencia directa al apartado de Derecho Público.

“Hacia el fin de la obra he trabajado algunas secciones con menos detalle del que hubiera podido esperarse... porque las últimas (*las secciones que reseñan los principios del Derecho Público*) son hoy un asunto de muchas discusiones, y son, sin embargo, tan importantes, que puede justificarse el aplazamiento de un juicio decisivo.”¹⁰⁵

Ahora bien, desde nuestra perspectiva, el concepto de “Estado de Derecho” puede observarse como resultado del empleo del método “analítico-trascendental” aplicado al fenómeno estatal, razón por la que, dicho concepto debe comprenderse simplemente como una “idea regulativa de la razón”. Consideramos que este último encuentra fundamento en el hecho de que el filósofo en estudio realiza un sinnúmero de afirmaciones en torno a la organización estatal en las que se expresa en términos absolutos, lo que nos permite suponer que cuando emplea tales fórmulas se está

¹⁰⁵ Kant, I. Op. cit. p. 3

refiriendo en realidad al "Estado" *noumenon*, al "Estado en idea". Como un primer acercamiento a dichas afirmaciones tenemos la siguiente:

"Una ciudad (civitas) es la reunión de un número mayor o menor de hombres bajo leyes de derecho. En cuanto estas leyes, como leyes *a priori*, son necesarias, es decir, derivan espontáneamente en general (y no por vía de disposición legislativa) de la noción de derecho exterior, la forma de la ciudad es la de *una ciudad en idea, como debe de ser según los principios de derecho puro. Esta idea sirve de regla... a cada reunión efectiva en república.*"¹⁰⁶

De la cita antes transcrita nos resulta más o menos evidente que, para el autor alemán, la ciudad en idea debe cumplir la misma función que las ideas de "Estado de Naturaleza" y de "Contrato Originario", es decir, determinar la forma y el contenido del objeto empírico al cual está referido, aún cuando sea imposible que se logre la identidad entre ambos en razón de su esencia, una ideal (*noumenon*) y la otra material (*phenomenon*); suposición que parece confirmarse cuando se hace la mención explícita de que tal idea se funda en "los principios de derecho puro".

En virtud de ello, consideramos que las características señaladas por el teórico alemán como propias de la república permiten inferir válidamente que la cita en comento se refiere, más que a una posible forma de gobierno, a la concepción kantiana del "Estado de Derecho" como ideal de la organización política.

Ahora bien, cuando Kant expone su planteamiento teórico en torno a la idea de Estado que debe regir la conformación de las organizaciones estatales empíricas, le atribuye a dicha idea una serie de características que finalmente conformarán el paradigma de "Estado de Derecho" propugnado por el *iusnaturalismo*, en tanto que se supone que el apego a éstas permitirán que las normas de tal orden jurídico sean acordes con los presupuestos de libertad y racionalidad humanas antes mencionados. En consecuencia, tal orden normativo podrá ser considerado como substancialmente opuesto al "Estado Despótico".

En efecto, uno de los elementos más importantes que caracteriza al "Estado en idea" construido por Kant y que posteriormente se endosará a la idea de "Estado de Derecho" *iusnaturalista*, es la proposición que sostiene que dicha construcción ideal se

¹⁰⁶ *Idem.* p. 142. (Las cursivas son nuestras.)

conforma por la confluencia de tres poderes en cuya reunión, a decir de nuestro autor, se encuentra “la voluntad universalmente conjunta”. Al respecto Kant apunta:

“Los tres poderes en el Estado, que derivan de la noción de república en el sentido más lato, no son más que las relaciones de la voluntad colectiva del pueblo. Estas relaciones derivan *a priori de la razón*, y constituyen la *idea pura* de un soberano en general, idea que tiene una realidad objetiva, práctica.”¹⁰⁷

Los tres poderes reconocidos por Kant finalmente no son otros que los postulados por la “Teoría Clásica de la División de Poderes”, es decir: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial, mismos que son presentados por el filósofo de Königsberg como complemento y limitantes entre sí, lo que, según su parecer, garantizaría “la organización perfecta de la constitución del Estado”.¹⁰⁸

Para lograr la organización perfecta antes mencionada, nos dice el filósofo alemán, los poderes que conforman al Estado deben mantener una relación entre sí de tal modo que no lleguen a confundirse. En este sentido, el autor de *Crítica a la Razón Pura* sostiene que la confusión que llegara a darse entre el poder ejecutivo y el legislativo devendría necesariamente en un “Estado Despótico”, opuesto en esencia a aquel Estado en el cual los ciudadanos son tratados según las leyes de su propia independencia “... donde cada uno se posee a sí mismo, y no depende de la absoluta voluntad del otro.”¹⁰⁹ Esta proposición, creemos, permite concluir que el respeto a la División de Poderes que el “Estado en idea” importa, garantiza necesariamente la aproximación de las normas del Estado *phenomenon* a los “principios del derecho puro”. De hecho Kant apunta:

“En su reunión (*la reunión de los tres poderes*) consiste la salvación del Estado (*salus rei publicae suprema lex est*); no debe entenderse por esto el bien de los ciudadanos y su felicidad; porque ésta puede muy bien... encontrarse... en el estado natural, o aun más bajo un gobierno despótico; no, *la salvación pública consiste en la mayor conveniencia de la constitución con los principios del derecho*, como un estado, al cual la razón por un imperativo categórico, nos obliga a aspirar.”¹¹⁰

El argumento que asevera que la supresión de “Estado Despótico” es inexcusable en la medida en la que se conserve la “División de Poderes” inherente a

¹⁰⁷ *Idem.* p. 177

¹⁰⁸ *Idem.* p. 146

¹⁰⁹ *Idem.* p. 147

¹¹⁰ *Idem.* p. 149 (Las cursivas son nuestras.)

“una ciudad en idea” se confirma a través de la siguiente reformulación de los argumentos kantianos en torno a las formas de gobierno.

Como quedó de manifiesto, para el filósofo de Königsberg la “idea pura de un soberano” se deduce necesariamente de la conjunción de los poderes que constituyen al Estado, sin embargo, tal soberano:

“... *no es todavía más que un ser de razón* (que representa al pueblo entero) mientras no es una persona física investida de poder público superior y que da a esta idea su eficacia sobre la voluntad del pueblo.”¹¹¹

A pesar de lo anterior, una vez que el soberano tiene una realidad “objetiva-práctica” las relaciones entre los hombres que conforman la comunidad estatal únicamente pueden determinarse de tres formas:

“... según que *uno sólo* manda a todos, o que *algunos*, iguales entre sí mandan reunidos a todos los demás, o que *todos* juntos mandan a *cada uno*, y por consiguiente cada uno a sí mismo.”¹¹²

Finalmente, lo que Kant expone en la cita anterior no es otra cosa sino las diferentes formas de gobierno que pueden establecerse en los “Estados” *phenómenon*, a saber: la autocracia, la aristocracia y la democracia, frente a las cuales, Kant parece tomar partido por la última¹¹³. No obstante, independientemente de cual sea la constitución más acorde con la libertad de los miembros del Estado, ninguna de ellas es en realidad una constitución apegada totalmente a los principios del derecho puro – por virtud de su esencia fenoménica – sin embargo, la idea del “Contrato Original” debe impeler a los hombres a mejorar sus constituciones hasta lograr establecer la “República”, entendida ésta como la organización del poder público esencialmente justa. En palabras de Kant:

“Las formas de un gobierno no son más que la carta... de la legislación primitiva en el estado civil. Pueden, pues, durar tanto tiempo, cuanto forman parte del mecanismo de la constitución civil a favor de una antigua costumbre... Pero el *espíritu* de este pacto original (*anima pacti*)

¹¹¹ *Idem.* p. 177

¹¹² *Loc. cit.*

¹¹³ “... la forma democrática es la menos sencilla de todas; se compone primeramente de las voluntades de todos para formar el pueblo, luego de la voluntad de los ciudadanos para formar la república, y por fin, de la voluntad de la república para formar el príncipe que resulta de esta voluntad colectiva.” *Idem.* p. 177 De donde deducimos que si la forma de gobierno democrática es aquella que constituye el poder político a partir de la voluntad de todos los ciudadanos, entonces tal forma de gobierno se mostraría como la forma de gobierno más apegada a la libertad de cada miembro del Estado.

originarii), comprende la obligación en que está el poder constituyente de adaptar a esta *idea* el *modo de gobierno*; y así, en el caso en que la cosa no pueda hacerse de una vez, modificarse insensiblemente y sin cesar, de tal manera que se ponga en armonía en *su modo de acción* con la única constitución justa, a saber: una república.”¹¹⁴

Esta idea de “República” que entraña la división de los tres poderes mencionados permite¹¹⁵, a través de la conjunción de los mismos, la conservación del Estado “según leyes de libertad”, y en consecuencia el apego de la organización política a los “principios del derecho puro”, puesto que:

“En su reunión (*la reunión de los tres poderes*) consiste la salvación del Estado (*salus rei publicae suprema lex est*); no debe entenderse por esto el bien de los ciudadanos y su felicidad; porque ésta puede muy bien... encontrarse... en el estado natural, o aun más bajo un gobierno despótico; no, la salvación pública consiste en la mayor conveniencia de la constitución con los principios del derecho, como un estado, al cual la razón por un imperativo categórico, nos obliga a aspirar.”¹¹⁶

En consecuencia, desde la perspectiva kantiana, la preservación de la División de Poderes expuesta por el autor permite que la organización estatal se aleje de la conformación de un “Estado Despótico”, al tiempo que se aproxima hacia la constitución esencialmente justa.

Ahora bien, dentro de la teoría kantiana de la División de Poderes existen algunos postulados que, desde nuestra perspectiva, parecen exhibir que la preservación de dicha situación tal y como es propugnada por nuestro autor, otorga ciertas garantías a los ciudadanos frente al poder del Estado. En este sentido el filósofo de Königsberg apunta que la relación entre los poderes del Estado es de dos tipos, de coordinación en la medida en la que se complementan para “... la organización perfecta de la constitución del Estado...” y de subordinación en tanto que cada una se mantiene en su ámbito de acción, respetando las funciones del resto de los poderes, relaciones que al conjuntarse repercuten en la determinación del “... derecho de cada sujeto”. Argumentos que consideramos relevantes en tanto que de los mismos se puede inferir legítimamente que lo que ellos plantean es una primera formulación de los derechos humanos, otorgándole así al concepto de “Estado de Derecho” una características que actualmente conserva en su vena naturalista.

¹¹⁴ *Idem.* p. 180

¹¹⁵ *Idem.* p. 45

¹¹⁶ *Idem.* p. 149

Finalmente, consideramos que no se debe perder de vista el recurrente planteamiento del autor alemán en el sentido de que la realización del "Estado en idea" es inherente al hombre como deber, independientemente de que, por su calidad arquetípica, sea imposible arribar a ella. No obstante, únicamente este Estado arquetípico puede considerarse como acorde con los principios de derecho puro, como un "verdadero" Estado de Derecho.

"... (las) antiguas formas empíricas de hecho, que no servían más que para obtener la *sumisión* del pueblo, se resuelven en la forma primitiva (racional) única, que hace de la libertad un principio, y aun una condición de toda la limitación necesaria a una constitución jurídica en el sentido propio de la palabra ciudad, y que acabará de conducir a este resultado literalmente. Tal es la única constitución permanente, aquella en la que la ley reina por sí misma y no depende de ninguna persona particular, tal es el último término del derecho público, el estado en el cual únicamente lo *suyo* puede ser atribuido *perentoriamente* a cada uno. Al contrario, mientras estas formas de gobierno, tan diferentes en cuanto a la letra, deban representar personas morales revestidas del poder soberano, es menester reconocer que no puede haber mas que un derecho interno *provisional* para la sociedad civil, pero absolutamente ningún estado jurídico de la misma."¹¹⁷

En conclusión, consideramos que los elementos teóricos hasta aquí presentados muestran como la construcción kantiana de la idea de "Estado" es deducida como una forma de organización política opuesta al "Estado de Naturaleza", construida a partir de la idea del "Contrato Social", para finalmente ser determinada como oposición al "Estado Despótico", otorgándole, a la concepción de "Estado de Derecho" *iusnaturalista*, algunos de sus elementos estructurales más importantes.

1.1.3 EL "ESTADO DE DERECHO" COMO OPOSICIÓN AL "ESTADO DESPÓTICO".

En los apartados que anteceden se ha expuesto en términos generales una misma corriente teórica en torno al fenómeno estatal de la cual, consideramos, se deduce la noción actual generalmente aceptada de "Estado de Derecho" *iusnaturalista*.

En efecto, el primer apartado del presente capítulo expone de manera sintética los principales argumentos teóricos que sostienen la realidad artificial del

¹¹⁷ *Idem.* p. 180

“Estado”, entendiendo éste como una creación cultural instaurada en beneficio de los hombres en tanto que garantiza el establecimiento de cierto orden normativo regulador de conductas anti-sociales. Dicho orden se presenta como resultado del acuerdo entre los miembros del fenómeno estatal, lo que a su vez entraña la sujeción de éstos a dicho orden.

El segundo apartado se restringe únicamente a las ideas que en torno al “Estado” plantea Immanuel Kant, quien, retomando la tesis principal del primer apartado y subrayando la esencia libre del hombre, logra exponer de manera sintética los elementos ideales que deben formar parte de todo “Estado” para que los individuos que lo conforman conserven su libertad esencial intocada, con lo cual contrapone, de manera explícita, el “Estado en idea” a cualquier tipo de organización política que niegue o aún merme la libertad de los hombres.

En el presente apartado quedará de manifiesto la influencia que las ideas de los pensadores ilustrados antes expuestos han tenido para la decantación de la noción contemporánea-*iusnaturalista* de “Estado de Derecho”, misma que se presenta principalmente como una forma de organización que excluye el ejercicio del poder arbitrario, en virtud de determinar, a través de las normas jurídicas, la conducta de todos sus miembros, sobre todo de quienes ejercen potestades públicas.

En principio hay que decir que la expresión alemana “*Rechtsstaat*”, a partir de la cual la teoría jurídica alemana construyó la primer teoría en torno al “Estado de Derecho”, aparece por primera vez en 1829.¹¹⁸ Desde su primer aparición la expresión alemana implicó, a decir del jurista Carlos Herrera, lo siguiente:

“... la notion d'État de Droit fait référence à un type d'État rationnel (*Verstandstaat*), dont le fondement est la plus grande liberté des citoyens garantie par les institutions du droit,... en assurant aux citoyens les

¹¹⁸ “Le concept d'«État de Droit» apparaît au sens strict pour la première fois dans la doctrine juridique allemand du XIXe siècle, qui emploie le terme *Rechtsstaat*... on s'accorde généralement pour considérer que le premier à avoir utilisé ce concept de manière systématique fut Robert von Mohl... notamment dans ses écrits sur le royaume de Württemberg de 1829.” (El concepto de “Estado de Derecho” apareció, en sentido estricto, por primera vez en la doctrina jurídica alemana del siglo XIX, la cual empleó el término “*Rechtsstaat*”... existe cierto acuerdo general en considerar que el primero en haber empleado el concepto de manera sistemática fue Robert von Mohl... de manera notable en sus escritos sobre el reinado de Württemberg de 1829) Herrera, C. Op. cit. p. 91

instruments et l'élimination des obstacles externes à l'épanouissement de leurs libertés."¹¹⁹

A nuestro modo de ver, esta primera interpretación en torno al "Estado de Derecho" muestra de manera más o menos evidente cierta influencia kantiana en la construcción de la concepción alemana de "*Rechtsstaat*", en tanto que en ella se contienen algunos de los elementos esenciales planteados por el filósofo de Königsberg para el "Estado en idea". Prueba de ello es la caracterización que se hace de éste tipo de Estado como eminentemente racional, en el cual la libertad de los individuos se encuentra garantizada.

Independientemente de lo anterior, es de resaltar que ya desde este primer antecedente de la palabra "*Rechtsstaat*" el término implica el establecimiento de instituciones jurídicas que garantizarían el pleno ejercicio de las libertades individuales. Este elemento caracterizará la mayor parte de las teorías contemporáneas que discurren en torno del "Estado de Derecho", sosteniendo que, en consecuencia de lo anterior, tal fenómeno normativo suprime necesariamente todo ejercicio arbitrario del poder estatal y en consecuencia toda forma de gobierno absolutista, despótica o totalitaria.

A este respecto, nos parece importante indicar que, como se mostró en el apartado precedente, ya en la construcción kantiana del "Estado en idea" se plantea que éste debe garantizar la libertad original de los hombres como una característica esencial a tal noción *a priori*, característica que, junto con otras que más adelante señalaremos, excluiría necesariamente la existencia de un Estado Despótico.

Como ejemplo del pensamiento contemporáneo que contrapone la idea de "Estado de Derecho" al "Estado Despótico" encontramos la afirmación del citado jurista Carlos Herrera, quien sostiene que el movimiento liberal que se desarrolló en Alemania en torno al concepto de "*Rechtsstaat*" implicó en todo momento la idea de un Estado racional y constitucional, que garantiza la libertad del ciudadano a través del Derecho;

¹¹⁹ «... la noción de Estado de Derecho hace referencia a un tipo de Estado racional (*Verstandstaat*) cuyo fundamento es la más grande libertad de los ciudadanos por las instituciones de derecho... asegurando a los ciudadanos los instrumentos y la eliminación de los obstáculos externos a la plenitud de sus libertades" *Loc. cit.*

además de tenersele como opuesto a la violencia de hecho y, por lo tanto, a todo Estado Despótico y teocrático.¹²⁰

En ese orden de ideas, pero discuriendo ahora en torno a la idea anglosajona de *rule of law* dicho jurista expone:

“Dans cette acception (*rule of law*), qui revendique son précédent théorique le plus important chez John Locke, le concept d’« État de droit » est conçu comme un ordre juridique où les garanties et les droits individuels mettent des barrières à l’exercice du pouvoir de l’État. Ainsi,... la *rule of law* est caractérisée par, premièrement, la suprématie absolue du droit, opposé au pouvoir arbitraire et discrétionnaire, deuxièmement, par la soumission de l’État au même régime juridique et juridictionnel que les citoyens, et troisièmement, par la préexistence des droits des particuliers, déterminés par les tribunaux, en tant que fondement du droit publique.”¹²¹

Un ejemplo más que confirma la tendencia contemporánea de acuerdo con la cual el “Estado de Derecho” se opone al “Estado Despótico” puede ser encontrada dentro de la propia definición que respecto del fenómeno aquí problematizado nos da la Enciclopedia Jurídica Mexicana, puesto que en ella se sostiene:

“Por “Estado de derecho”... se entiende, básicamente, aquel Estado cuyos diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el derecho y sometidos al mismo; esto es, Estado de derecho alude a aquel Estado cuyo poder y actividad están regulados y controlados por el derecho. En este sentido, el Estado de derecho contrasta con todo poder arbitrario y, a su vez, se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario...”¹²²

Finalmente, creemos que la noción más clara respecto del “Estado de Derecho” *iurnaturalista* es presentada por el constitucionalista Carl Schmitt, cuando señala:

“El concepto ideal todavía hoy dominante de Constitución es el ideal de Constitución del Estado burgués de Derecho... La particularidad de su ideal de Constitución consiste en que con él se adopta una organización del Estado desde un punto de vista crítico y negativo frente al poder del Estado –

¹²⁰ *Idem.* p. 90.

¹²¹ “En esta acepción (*rule of law*), que reivindica su precedente teórico más importante en John Locke, el concepto de “Estado de Derecho” es concebido como un orden jurídico donde las garantías y los derechos individuales establecen barreras al ejercicio del poder del Estado. Así... la *rule of law* es caracterizada en principio, por la supremacía absoluta del derecho, opuesta al poder arbitrario y discrecional, en segundo lugar por la sumisión del Estado al mismo régimen jurídico y jurisdiccional que los ciudadanos y, en tercer lugar, por la preexistencia de derechos particulares, determinados por los tribunales...” *Idem.* pp. 91 y 92. (Las palabras en cursivas son nuestras.)

¹²² Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Tomo III. Ed. Porrúa-UNAM. México, 2002 p. 828.

protección del ciudadano contra el *abuso* del poder del Estado – Los medios y métodos del control sobre el Estado se organizan más que el propio Estado; se crean seguridades contra ataques centrales, y se trata de introducir frenos en el ejercicio del poder público.”¹²³

La idea de que el establecimiento del “Estado de Derecho” excluye necesariamente la posibilidad de existencia del “Estado Despótico” suele ser fundamentada, sobretodos, en los rasgos característicos que generalmente se atribuyen como propios de aquel.

En efecto, en principio la idea de “Estado de Derecho” conlleva el entendido de que el orden normativo que el Estado importa es resultado del acuerdo entre los miembros que conforman dicha organización política, razón por la cual – partiendo del supuesto de la racionalidad intrínseca del hombre – se sostiene que tal ordenamiento no puede incluir normas que les perjudiquen. Dicha idea que se encuentra en la mayor parte de los teóricos consultados, razón por la cual la consideramos una premisa la noción “Estado de Derecho”.

Así por ejemplo, Schmitt, al hablar de *“El concepto ideal de Constitución del Estado de Derecho”* señala que una de las concepciones más aceptadas que se tiene de Constitución, es la de un pacto instrumentado que posteriormente se convertirá en ley escrita.¹²⁴

En sentido semejante, en la Enciclopedia Jurídica OMEBA, al discurrir sobre el concepto de “Estado de Derecho”, se apunta

“No se lograrían los resultados que naturalmente corresponden al contrato social si no se creara el instrumento vivo y permanente de la unidad lograda. Este instrumento es, sin duda, la Constitución escrita, *fruto de aquella voluntad política, pero convertida ahora en voluntad jurídica al traducirse en normas en las cuales se halla el ordenamiento jurídico integral y estable...*”¹²⁵

Ahora bien, la idea del “Contrato Social” como fundamento de la conformación del orden normativo estatal que se identifica con el “Estado de Derecho” no se limita simplemente al “nacimiento” de dicho orden, sino que se extiende a su

¹²³ Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. (Tit orig. *Verfassungslehre* trad. Francisco Ayala.) Ed. Alianza. s.n.e. Madrid, España. 1992. p. 62

¹²⁴ Schmitt, C. *Teoría de la Constitución*. p. 61.

¹²⁵ *Diccionario Jurídico OMEBA* Tomo X. Ed. Editorial Bibliográfica Argentina. s.n.e. Buenos Aires, Argentina. 19*ii*. p. 900. (El subrayado es nuestro)

reformulación en la medida en la que ello sea necesario al orden político que determina. En este sentido, Elías Díaz apunta, como característica del concepto en cita, lo siguiente:

“... su insistencia en el respeto a la legalidad por parte de todos, incluidos los gobernantes, su afirmación de ser la ley un producto de la soberanía de toda la Nación y no una decisión personal de un dictador o monarca absoluto,... constituyen también otras tantas aportaciones válidas que precisamente se recogen en el concepto de Estado de Derecho.”¹²⁶

En este sentido, Cortina sostiene que la idea de que la ley es producto de la voluntad unida de un pueblo, permite afirmar, desde cierto punto de vista, que la producción normativa es un producto racional e imparcial.

“Las leyes surgidas de las mayorías parlamentarias pueden pretender legitimidad desde la idea de imparcialidad, desde la idea de que una ley puede haber surgido de la voluntad unida del pueblo. Es esta idea la que proporcionará un canon crítico para enjuiciar la realidad constitucional desde la noción de un Estado que extrae su legitimidad de una racionalidad garante de la imparcialidad en los procedimientos legislativo y judicial.”¹²⁷

Un elemento adicional que, de acuerdo con las teorías contemporáneas del “Estado de Derecho”, se muestra como un elemento fundamental que le permite a dicho fenómeno normativo excluir el ejercicio arbitrario del poder público es la separación de las funciones estatales, o dicho de otra manera, la “División de Poderes”, característica que eliminará el ejercicio arbitrario del poder público en la medida en la que serán diversas entidades, y en consecuencia diversos los individuos, quienes determinarán los procedimientos de creación, implementación y aplicación del Derecho.¹²⁸

En este sentido, Orozco Enriquez apunta:

“... se reservó el calificativo de Estado de derecho al sistema que contemplara determinadas instituciones jurídicas acordes con el ideal liberal burgués: la distribución y control del ejercicio de poder entre varios detentadores;... establecer las competencias exclusivas y limitadas de los diversos órganos titulares del poder estatal; el sometimiento de la administración a la ley, la cual debía ser creada y derogada por un órgano popular representativo, siguiendo

¹²⁶ Díaz, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Ed. Taurus. 9ª. edición. Madrid, España. 1988. p. 41.

¹²⁷ Cortina Orts, A. “El contrato social como ideal de Estado de Derecho. El dudoso contractualismo de Kant.” en *Revista de Estudio Políticos*. p. 64.

¹²⁸ Díaz, E. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. p. 46.

principios y procedimientos previstos por otras normas jurídicas; la vigencia de un control judicial adecuado;...”¹²⁹

Así, en la medida en la que se cumpliera con tal separación de funciones, la regularidad de los actos estatales y la consecuente “racionalización” del poder estaría asegurada.

Es preciso recordar aquí, que ya Kant había apuntado la trascendencia que la “División de Poderes” debe de tener en un orden estatal que aspire a mantener intocada la libertad de los individuos que lo conforman.

Finalmente, las teorías contemporáneas en torno al “Estado de Derecho” *iusnaturalista* señalan como una característica esencial de este tipo de ordenación jurídica el que la misma reconozca, como parte de su normatividad positiva, los derechos fundamentales de los hombres, los cuales son reconocidos, sobretodo con aquellos derechos derivados de la ideológica liberal-burguesa.¹³⁰

Si bien es cierto que esta última característica aparentemente no es retomada como tal por ninguno de los teóricos analizados en los dos primeros apartados del presente capítulo, y que los teóricos de los Derechos Humanos han encontrado para éstos más de un fundamento político-filosófico, no menos cierto es que el filósofo de Königsberg subraya en diversas ocasiones la importancia de la dignidad humana, en principio, cuando establece como imperativo categórico la necesidad de tratar a todo ser humano como un “fin en sí mismo” y nunca como un medio, pero además, al aseverar que entre los principios que deben regir en un estado jurídico deben encontrarse la libertad de todo individuo y la igualdad entre ellos.¹³¹

No obstante, los diversos doctrinarios consultados coinciden generalmente en señalar dos deficiencias respecto de ésta última característica. La primera de ellas se refiere a la dificultad que existe en determinar cuales son los Derechos Humanos que deben ser reconocidos por el orden normativo para poder equipararlo al “Estado de Derecho”. Así, mientras que algunos autores señalan única y exclusivamente las libertades formales de la ideología liberal-burguesa, otros como Orozco Henríquez

¹²⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Tomo III. p. 828.

¹³⁰ Schmitt, C. Op. cit. pp. 59 y ss. En el mismo sentido se expresa Orozco Henríquez al desarrollar la noción de “Estado de Derecho” dentro de la *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Loc. cit.

¹³¹ Herrera, C. Op. cit. p. 93

indican que el “Estado de Derecho” ha tenido que “evolucionar” hacia el “Estado Social de Derecho” en el que:

“... se ha pretendido superar las deficiencias del individualismo clásico liberal, caracterizado por el abstencionismo estatal, a través del reconocimiento y tutela de ciertos derechos sociales y la realización de objetos de bienestar y justicia sociales.”¹³²

La segunda de las dificultades que entraña la característica del “Estado de Derecho” en comento se evidencia en la medida en la que, para teóricos como Díaz o Luigi Ferrajoli el “Estado de Derecho” no puede restringirse al mero reconocimiento formal de los Derechos Humanos, sino que deber comprender la “efectiva realización” (*Días dixit*) de los mismos, aunque de hecho tal no haya sido posible hasta el momento.

Así, en conclusión, creemos que hasta aquí hemos apuntado suficientes argumentos doctrinarios para afirmar que la concepción contemporánea del “Estado de Derecho” sustentada por la tradición del Derecho Natural tiene un desarrollo teórico más o menos reconocible que inicia con la contraposición del “Estado de Derecho” al “Estado de Naturaleza”, para finalmente presentar a aquel como el ordenamiento jurídico-político que permite excluir el ejercicio arbitrario del poder público, significativo al que se hace referencia la mayor parte de las veces en se emplea la noción de “Estado de Derecho”.

1.2 LA IDEA DE “ESTADO DE DERECHO” CONSTRUIDA DESDE LA TRADICIÓN JURÍDICA POSITIVISTA.

Como ha quedado dicho al principio del presente capítulo hemos intentado desarrollar aquí las diversas nociones que de “Estado de Derecho” tienen las dos grandes tradiciones jurídicas más influyentes en occidente. Así, una vez que ha quedado explicada la definición que la tradición jurídica *iusnaturalista* tiene de la idea de “Estado de Derecho”, nos proponemos exponer el desarrollo doctrinal que los juristas identificados con el positivismo jurídico han desplegado para entender el fenómeno en cuestión.

¹³² Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Tomo III. p. 829.

Es preciso tener presente que, no obstante que los teóricos aquí abordados son partidarios de escuelas filosóficas divergentes (razón por la cual suelen partir de premisas distintas), las conclusiones que alcanzan son más o menos concurrentes, en virtud de lo cual es posible alcanzar un concepto de “Estado de Derecho” imputable a esta tradición jurídica.

Antes de entrar de lleno a la exposición de la noción de “Estado de Derecho” positivista, creemos necesario establecer los rasgos generales a partir de los cuales es posible identificar en que momento nos encontramos frente a un discurso positivista del Derecho.

En este sentido, Norberto Bobbio sostiene que dentro del positivismo jurídico pueden identificarse tres aspectos diferentes:

- I. Como un modo de acercarse al estudio del Derecho. (*“approach”*)
- II. Como una determinada teoría o concepción del Derecho.
- III. Como una ideología de la justicia.

En cuanto al primero de estos aspectos, el profesor italiano apunta que utiliza la expresión “modo de acercarse al estudio del Derecho”, en virtud de que los teóricos *iuspositivistas* no comparten, en términos generales los instrumentos o técnicas de investigación, sin embargo la mayor parte de ellos al desarrollar sus diversas hipótesis coinciden en delimitar el mismo objeto de investigación.

“... el positivismo jurídico está caracterizado por una clara distinción entre... derecho como hecho y derecho como valor; y por la consecución de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo.”¹³³

El autor italiano califica este aspecto del positivismo como “científico” en tanto que dicho adjetivo califica, comúnmente, la eliminación de juicios de valor en relación con los hechos que se pretenden estudiar.¹³⁴

¹³³ Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. (Tit. orig. *Il problema del positivismo giuridico*. trad. Ernesto Garzón Valés. Ed. Editorial Universitaria de Buenos Aires. 4ª. edición. Buenos Aires, Argentina. 1995. p. 41.

¹³⁴ “... la objetividad entendida como la abstención de toda toma de posesión frente a la realidad observada, o neutralidad ética...” Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. p. 42.

Desde esta perspectiva, cuando se califica a determinado teórico como positivista, lo que se quiere decir es:

“... que asume frente al derecho una actitud a-valorativa (sic) u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables... y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores.”¹³⁵

Ahora bien, por lo que hace al aspecto del positivismo jurídico como teoría, Bobbio señala que generalmente el positivismo jurídico es identificado con una forma de entender el Derecho como el conjunto normativo creado y aplicado por y dentro de los límites del Estado.

A decir del autor italiano, esta concepción del Derecho es comprensible en la medida en la que históricamente coinciden el nacimiento del Estado moderno (en donde el derecho se unifica en torno al poder estatal de las monarquías absolutas) con una fuerte acrecentamiento de la influencia de la tradición *iuspositivista* en la Teoría del Derecho.

“Históricamente, esta teoría es la expresión o la toma de conciencia por parte de los juristas, de aquel complejo fenómeno en la formación del Estado moderno, que es la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado.”¹³⁶

De manera adicional, a la concepción estatal del Derecho generalmente se le endilgan una serie de teorías, que a la postre son consideradas como rasgos del positivismo jurídico, tales como:

- a) Una relación estrecha entre la definición del Derecho y la teoría de la coactividad.
- b) La concepción de la norma jurídica como mandato.
- c) La ley como fuente suprema del Derecho, con la consiguiente disminución en cuenta a importancia del resto de las fuentes.
- d) El orden jurídico como un orden ausente de lagunas y antinomias.
- e) La función jurisdiccional como esencialmente lógica

Finalmente, Bobbio apunta que el Positivismo Jurídico, entendido como ideología, conlleva la valorización del Derecho por el simple acontecimiento de su

¹³⁵ *Loc. cit.*

¹³⁶ *Idem.* p. 43

creación, independientemente de que el mismo tenga alguna correspondencia con normas ideales.

“Esta atribución de un valor positivo... se realiza a menudo a través de dos tipos de argumentos: 1) el derecho positivo, por el solo hecho... de ser la emanación de una voluntad dominante es justo; o sea, el criterio para juzgar la justicia o la injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez e invalidez; 2) el derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como el orden, la paz, la certeza, y en general, la justicia legal.”¹³⁷

Desde esta perspectiva, el positivismo jurídico debe ser interpretado no ya como una teoría del Derecho, sino como una teoría de la justicia, es decir “... una teoría que pretende... recomendar aquello que en el plano de los valores es justo.”¹³⁸

Sin embargo:

“El aspecto más discutible (*del positivismo jurídico*)... es el ideológico... si la ideología del positivismo jurídico se identifica... con la defensa de ciertos valores... tales como el de la legalidad, del orden, de la certeza, lo que importa es darse cuenta de que estos valores no son los únicos, y que como tales pueden entrar en conflicto con otros valores y, por consiguiente, hay que considerarlos como relativos y no ver en ellos valores absolutos.”¹³⁹

Una vez delimitados los tres aspectos que suele entrañar el positivismo jurídico, el autor italiano señala que su existencia no implica, necesariamente, que una postura positivista frente al Derecho sea partidaria de todos ellos.¹⁴⁰ Por lo que, las distintas teorías iuspositivistas deben ser valoradas identificando cual o cuales de los aspectos enunciados son compartidos por el teórico que se analice en su momento.

La anterior categorización hecha por Bobbio, nos resultará de mucha ayuda puesto que, para construir la noción *iuspositivista* de “Estado de Derecho”, hemos intentado omitir el aspecto ideológico identificado con el Positivismo Jurídico, empleando solamente aquellos argumentos que consideramos se aproximan a los aspectos “teórico” y de “*approach*” definidos por el autor en cita para esta tradición jurídica.

¹³⁷ *Idem.* p. 47.

¹³⁸ *Idem.* p. 48.

¹³⁹ *Idem.* p. 63.

¹⁴⁰ “... es verdad que un estatismo jurídico y estatismo ético no son en realidad *unum et idem*...” *Idem.* p. 49.

1.2.1 HANS KELSEN Y EL PARADIGMA DEL “ESTADO DE DERECHO” POSITIVISTA.

En lo tocante al tema que nos proponemos dilucidar en el presente apartado, comenzaremos nuestra exposición de la noción *ius* positivista del “Estado de Derecho” partiendo de la concepción que de esta idea desarrolla el maestro Hans Kelsen, no solo por ser uno de los primeros y más claros exponentes de tal noción, sino además porque, desde nuestro punto de vista, la definición que este teórico aporta de tal idea es, aún en nuestros días, el paradigma positivista del “Estado de Derecho”.

1.2.1.1 *El positivismo de Kelsen.*

Antes de adentrarnos de manera específica en la idea kelseniana de “Estado de Derecho” es preciso analizar algunos elementos generales de la propuesta teórica del profesor de Viena, en tanto que ellos permitirán comprender el por qué de su conclusión en torno al fenómeno mencionado.

Aún cuando su *Teoría Pura del Derecho* es cronológicamente posterior a su *Teoría General del Estado*, debemos subrayar que desde esta primera obra Kelsen expone una serie de razonamientos en torno al fenómeno estatal fundándose en la pureza del método por él elegido para comprender el fenómeno jurídico en su conjunto. No obstante, es hasta la *Teoría Pura...* donde el autor define que entiende por pureza metódica, expresando tal idea en los siguientes términos:

“... una doctrina pura con respecto del derecho... quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho y... desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Este es su principio fundamental en cuanto a método.

“Cuando la teoría pura del derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo que oscurezca la esencia de la ciencia jurídica”¹⁴¹

¹⁴¹ Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. (Tit. orig. *Reine Rechtslehre*. trad. Roberto J. Vernengo) Ed. UNAM. s.n.e. México, 1979. p. 15

Esta visión del jurista austriaco será confirmada constantemente en el desarrollo de toda su obra, dejando así en claro que desde su perspectiva, el teórico de la sociedad – en su caso el teórico que se aboca al análisis del fenómeno jurídico – tiene la misión de conocer y comprender la sociedad, nunca de erigirse como autoridad moral, actitud común entre los teóricos sociales anteriores al siglo XIX.

Guiado por la escuela de Herman Cohen con la cual es deferente,¹⁴² Kelsen reflexiona en torno al principio lógico que le permitiría a las ciencias normativas exponer de forma coherente la “dinámica” de acuerdo con la cual se desarrollan los fenómenos que conforman su objeto de estudio de la misma manera como el “principio de causalidad” lo logra respecto de los fenómenos naturales. En ese sentido el iusfilósofo austriaco retoma de Kant el “principio de imputación”¹⁴³ el cual, desde su perspectiva, cumple con el objetivo enunciado.

En efecto, siguiendo con su intención de crear una disciplina normativa puramente descriptiva del fenómeno jurídico, el profesor de Viena genera el concepto de “regla de derecho”, la cual, nos dice el propio Kelsen, no debe ser confundida con las normas legisladas, en tanto que su función no es prescriptiva, sino meramente descriptiva del orden jurídico de una comunidad.

“La regla de derecho, usado el término en sentido descriptivo, es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones. Esta es la forma lógica que tienen también las leyes naturales. Lo mismo que la ciencia jurídica, la de la naturaleza describe su objeto en proposiciones que ostentan el carácter de juicios hipotéticos, y como en la proposición jurídica, la ley natural enlaza igualmente, como condición y consecuencia dos hechos físicos”¹⁴⁴

Como puede deducirse de la lectura de la cita anterior, la llamada “regla de derecho” retoma la estructura de los juicios hipotéticos que le permiten a las ciencias de la naturaleza dilucidar los fenómenos que son su objeto de estudio, sin embargo la diferencia entre ambas “leyes” reside esencialmente en el vínculo que emplean para relacionar una determinada condición con su consecuencia.

¹⁴² Tamayo y Salmorán, Rolando. *L'État, sujet des transformations juridiques*. (These pour le Doctorat) Université de Paris. Faculté de Droit et des Sciences Économiques. Versión mecanográfica. p. 149.

¹⁴³ “La imputación (imputatio), en moral, es el juicio por el cual se declara a alguien como autor (causa libera) de una acción, la cual toma el nombre de hecho (factum), y que está sometida a las leyes. Si este juicio implica al mismo tiempo consecuencias jurídicas, que se derivan de este hecho, la imputación es jurídica...” Kant, I. Op. cit. p. 29

¹⁴⁴ Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ed. UNAM. 3a. edición. México, 1969. p. 54

“La ley natural establece que si A es, B es (o será). La regla de derecho dice: si A es, B debe ser. (...)El significado de la conexión establecida por la ley natural entre los dos elementos queda expresado en la palabra “es”, mientras que el significado de la establecida por la regla de Derecho queda expresado mediante la palabra (sic) “debe ser”.¹⁴⁵

Así, en tanto que en el caso de las leyes naturales el vínculo que se establece entre ambos extremos de la proposición es un vínculo entre “causa” y “efecto”, podemos llamar “principio causal” a aquel que sirve a la ciencia natural para describir su objeto de estudio; mientras que el principio ordenador de que describe los fenómenos normativos es denominado por Kelsen como “principio de imputación” en virtud de que el enlace entre condición y consecuencia expresado por la “regla de derecho” se refiere a una norma instaurada mediante un acto de voluntad, por tanto es esta voluntad instauradora de la norma quien, en consideración a una serie condiciones específicas que ella elige de forma mas o menos arbitraria, atribuye una determinada consecuencia. En este sentido, además se apunta:

“La ciencia del derecho no puede expresar de otra manera la relación establecida por la norma jurídica; en especial la conexión entre el acto ilícito y la consecuencia de lo ilícito...Para reproducir el sentido específico con el cual la norma jurídica se dirige a órganos y sujetos de derecho, no puede formularse el enunciado jurídico sino como una oración que afirma que, conforme a un determinado orden jurídico positivo, bajo determinadas condiciones, debe producirse determinada consecuencia.”¹⁴⁶

De lo dicho hasta aquí, resulta evidente que la ciencia del derecho en tanto que disciplina normativa concentra su atención en la descripción del comportamiento humano y como éste *debe* producirse de acuerdo con determinadas normas jurídicas positivas, es decir “normas establecidas temporal y espacialmente por actos humanos”.¹⁴⁷

Ahora bien, a fin de lograr su objetivo la ciencia del derecho genera sus propias categorías, dentro de las cuales la de “persona” resulta harto relevante para la exposición del tema aquí a dilucidar. Esta categoría, de acuerdo con lo postulado por el teórico austriaco, es una suerte de metáfora a través de la cual determinado conjunto

¹⁴⁵ Kelsen, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*. p. 54

¹⁴⁶ Kelsen *Teoría Pura del Derecho* p. 92.

¹⁴⁷ *Idem*. p. 100

de normas jurídicas que se refieren al comportamiento de un mismo ente específico – vale decir, que le son imputables – son representadas como unidad.

“Lo que se presenta efectivamente (en la persona)... es conducta humana como contenido de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos que configuran una unidad. Persona... es la unidad de un conjunto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos. Puesto que esas obligaciones jurídicas y esos derechos subjetivos son estatuidos por normas jurídicas – o más correctamente: puesto que esas obligaciones y derechos son normas jurídicas –, el problema de la persona consiste, a la postre, en el problema de la unidad de un conjunto de normas.”¹⁴⁸

Kelsen aclara que toda norma jurídica contiene *per se*, siempre y únicamente, prescripciones de la conducta humano-individual, por lo que en principio la categoría “persona” sólo podría serle aplicable a los seres humanos. No obstante, la realidad factual de asociación de individuos provoca que se generen normas que, aún y cuando contienen prescripciones de conducta de seres humanos –en específico, de los seres humanos que conforman la asociación –, determinan el comportamiento colectivo de los individuos que integran la corporación, con lo que dichas normas son imputables a la asociación en tanto que totalidad.¹⁴⁹

Así, como el propio fenómeno normativo concerniente a las asociaciones de individuos determina la conducta de éstos en consideración a la unidad que tal asociación integra¹⁵⁰, la categoría de “persona” puede ser empleada para referirse al conjunto de prescripciones que delimitan la actividad de la asociación, tal y como se emplea con los individuos. Por lo anterior Kelsen concluye:

“La persona jurídica en el sentido estricto de la palabra no es sino la personificación de un orden que regula la conducta de varios individuos – o por decirlo así – un punto común de imputación de todos aquellos actos humanos determinados por el mismo orden.”¹⁵¹

¹⁴⁸ *Idem.* pp. 183 y 184. El subrayado es nuestro.

¹⁴⁹ “Dado que las obligaciones y los derechos subjetivos sólo pueden tener por contenido conducta humana, el orden jurídico sólo puede imponer obligaciones o conceder derechos a seres humanos. Con la afirmación de que la asociación como persona jurídica, es sujeto de obligaciones y derechos, se describen obligaciones y derechos de determinados hombres, en la medida justamente en que la conducta de esos hombres configura el contenido de los mismos siendo interpretados, sin embargo como obligaciones y derechos de la persona jurídica, refiriéndose a ella y atribuyéndoselos.” *Idem.* pp. 185 y 186. Este razonamiento fue planteado primeramente en su *Teoría General del Estado*. Ed. Nacional. s.n.e. México, 1965. p. 9, aunque de manera menos estructurada. La misma se confirma en su *Teoría General del Derecho y del Estado*. p. 113.

¹⁵⁰ “... el orden normativo que regula la conducta de varios individuos y la asociación (comunidad) “constituida” por ese orden, *no son entidades diferentes, sino idénticas.*” Kelsen, H. *Teoría General del Derecho y del Estado* p. 115. Las cursivas nuestras.

¹⁵¹ *Idem.* p. 117.

De lo anterior, creemos válido deducir que la categoría “persona” en general puede ser conceptualizada, conforme con los postulados kelsenianos, como “un punto común de imputación de toda conducta determinada por un mismo orden”, sin necesidad de distinguir si se trata de una persona colectiva o individual.

1.2.1.2 La visión kelseniana del Estado.

Ahora bien, la trascendencia de la categoría jurídica a la que nos hemos referido en los párrafos precedentes se concretiza en tanto que Kelsen califica al “Estado” como un persona colectiva,¹⁵² de donde se deduce que para dicho teórico el fenómeno estatal es esencialmente un fenómeno normativo.

Aún más, en su obra *Teoría General del Estado* el creador del concepto “Norma Fundante” asegura que:

“La conducta del Estado no puede ser contenido de normas jurídicas más que si aquel constituye una específica persona jurídica... (esta) fórmula se reduce a la afirmación de que el Estado, como objeto de la ciencia del Derecho, tiene que ser la totalidad del orden jurídico o un orden jurídico parcial.”¹⁵³

A fin de reforzar tal planteamiento el iusfilósofo austriaco realiza una crítica más o menos extensa de las teorías sociológicas que pretenden explicar al “Estado” como un fenómeno susceptible de ser interpretado a partir de relaciones causales, a través de la cual logra concluir que muchas de estas teorías reconocen veladamente el fenómeno normativo prevaleciente en la realidad estatal.

No obstante lo anterior, el genio kelseniano fue lo suficientemente agudo como para dar por válido un postulado dogmático simplemente por la crítica que pudiera hacerse de teorías opuestas, en consecuencia el profesor de Viena aporta una serie de razonamientos fundados en los postulados de su teoría jurídica que demuestran la realidad normativa del Estado.

¹⁵² *Idem.* p. 215

¹⁵³ Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado.* p. 9.

Así, Kelsen sostiene que sólo es posible considerar que el Estado debe ser analizado por la ciencia jurídica si se presupone que tal fenómeno tiene una realidad normativa, puesto que el objeto de estudio de una teoría jurídica es y solo puede ser Derecho. Aceptar tal afirmación implica a su vez que el fenómeno estatal tendrá que ser analizado desde una perspectiva jurídico-normativa puesto que "... la identidad del objeto de conocimiento no está garantizada más que por la identidad del proceso cognoscitivo..."¹⁵⁴

Ahora bien, la realidad normativa del Estado resulta incontrovertible, de acuerdo con lo dicho por el autor de la Teoría Pura, en tanto que dicho fenómeno sólo puede ser explicado e interpretado con fundamento en el principio lógico de imputación, que como ha quedado establecido es el principio lógico propio de las ciencias normativas.

Las anteriores consideraciones del profesor vienés no significan que éste soslaye el fenómeno social de la comunidad humana con la que frecuentemente la sociología pretende identificar al Estado, sino que simplemente para nuestro autor lo que tienen de común los hombres que conforman dicha comunidad, valga la redundancia, es precisamente el orden normativo al cual ciñen su conducta.

En efecto, el "Estado", nos dice Kelsen, es ante todo un orden normativo esencialmente coactivo. "Orden" en tanto que, como hemos dejado anotado en el párrafo que antecede, los elementos que conforman dicho fenómeno se encuentran, desde cierta perspectiva, relacionados entre sí de tal manera que pueden ser interpretados como un sistema;¹⁵⁵ "normativo" porque la perspectiva que permite interpretar que existe una conexión entre los elementos estatales se deduce del "principio de imputación", el cual invariablemente está referido a enunciados que tienden a determinar el comportamiento humano¹⁵⁶; y finalmente "esencialmente coactivo" porque para determinar el comportamiento humano los enunciados propios del orden jurídico enlazan "... a determinadas condiciones – es decir, a condiciones determinadas por el orden jurídico – determinados actos coactivos también determinados por él. Ese acto coactivo es la consecuencia *par excellence*... (*pues a la*

¹⁵⁴ Kelsen, H. *Teoría General del Estado*. p. 8.

¹⁵⁵ Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho* p. 89.

¹⁵⁶ "Lo específico de este objeto espiritual que llamamos Estado consiste en ser un sistema de normas." Kelsen, H. *Teoría General del Estado*. p. 18

postré) Sólo el acto coactivo es una consecuencia que no es ella misma una condición.”¹⁵⁷

Una vez aceptada la realidad ideal del “Estado”, – en tanto que construcción del pensamiento – es evidente que éste solo puede manifestarse a través de la conducta de seres humanos, sin embargo, en el lenguaje común no toda conducta de un ser humano es considerada como un “acto del Estado”; de hecho, solo es posible realizar una evaluación de cierta conducta humana en este sentido, si presuponemos la existencia de un orden jurídico que acepte como “acto del Estado”, el comportamiento humano que se evalúa.¹⁵⁸ En palabras del maestro austriaco:

“El Estado, como sujeto de imputación, como persona actuante, es únicamente la personificación del orden jurídico... La validez tiene que ser supuesta de antemano si se quiere interpretar una acción humana como acto del Estado, o imputar a éste tal acción... La imputación de una acción humana al Estado sólo es posible sobre la base de un orden jurídico... que presuponemos como válido.”¹⁵⁹

Como consecuencia de lo anterior, Kelsen concluirá:

“...el problema del Estado como persona activa y, especialmente, como persona que cumple obligaciones jurídicas y ejerce derechos subjetivos, es un problema de imputación atributiva...”¹⁶⁰

El análisis del Estado así presentado, pareciera excluir del fenómeno estatal a los individuos cuyos actos no puedan ser atribuidos al Estado, lo cual es cierto, aunque solo lo sea parcialmente. Kelsen acepta que únicamente forma parte del Estado aquel individuo cuyos actos pueden ser atribuidos a dicho fenómeno normativo, la “trampa” (*Correas dixit*) consiste en que la palabra “Estado” tiene diferentes usos lingüísticos los cuales generalmente no son consistentes.¹⁶¹

En principio, como ha quedado dicho, es cierto que cuando se habla del Estado como un sujeto activo, el criterio por el cual se distingue que algunos actos de determinados hombres son actos del Estado depende única y exclusivamente de que el propio orden jurídico los reconozca como tales; es decir que exista alguna norma que,

¹⁵⁷ Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. pp. 150 y ss. Las palabras entre paréntesis son nuestras.

¹⁵⁸ “... las acciones humanas no son consideradas como “Estado” más que en el caso de que el criterio valorador sea el orden jurídico-normativo estatal.” Kelsen, H. *Teoría General del Estado*. p. 25.

¹⁵⁹ Kelsen, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*. p. 231

¹⁶⁰ Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. p. 295

¹⁶¹ *Idem*. p. 168.

considerada válida, permita interpretar cierto acto desplegado por un individuo como la condición o la consecuencia que – prescrita por otro o el mismo enunciado normativo – reputa como autor de dicho acto a la persona jurídica “Estado”, es decir al orden normativo en su conjunto.

Si se observa a detalle el razonamiento anterior finalmente puede concluirse que:

“En la atribución de la conducta de determinado individuo a la sociedad estatal constituida por el orden jurídico sólo se expresa que ésta conducta esta determinada por el orden jurídico constitutivo de la sociedad estatal...”¹⁶²

Con todo, esa norma que se supone válida y que establece que tal o cual acción debe ser entendida como “*del Estado*” finalmente sólo está reconociendo que la conducta que prescribe es una conducta autorizada por el orden normativo.

“... la atribución de una función determinada por un orden normativo y cumplida por un individuo a la comunidad constituida por ese orden, implica la personificación de esa comunidad. Pero, con todo, en esa atribución personificadora, no se expresa sino que la conducta humana atribuida a la comunidad está determinada por el orden normativo constitutivo de ella, y en ese sentido latísimo, autorizado por ella. Atribuir un acto de la conducta humana a la comunidad no significa otra cosa sino referir ese acto al orden constituyente de la comunidad, pensar el acto como un acto autorizado por el orden normativo.”¹⁶³

De lo anterior, es preciso resaltar que esa norma que nos permite interpretar los actos del Estado no sólo reconoce que el acto está autorizado, sino que prescribe que el mismo sea atribuido al Estado como persona.

Ahora bien, si como hemos visto, la persona es un recurso del lenguaje para representar un conjunto de normas como unidad, razón por lo que el Estado, al ser un orden normativo, puede ser personificado; y si la norma que reputa como acto “*del Estado*” un acto específico lo único que refiere es que dicho acto está autorizado por el orden normativo que es el Estado, entonces aparentemente no existe razón

¹⁶² *Idem.* p. 295

¹⁶³ *Idem.* p. 161.

alguna para que toda conducta determinada por dicho orden normativo pueda ser imputada a la persona-Estado, independientemente de quien la ejecute.¹⁶⁴

En consecuencia, aparentemente hemos podido concluir válidamente que no existe alguna razón sustancial por la cual deban tenerse por actos del Estado exclusivamente algunos de ellos, sino que finalmente todo acto debe imputarse al Estado en la medida en la que éste lo determina. No obstante, tal exposición no satisface la cuestión de por qué usualmente el Estado sólo es interpretado a partir de ciertas conductas. La respuesta la encuentra Kelsen en los usos del lenguaje:

“... si se intenta establecer bajo que condiciones *el lenguaje jurídico* atribuye a ciertas funciones determinadas por el orden jurídico nacional al Estado... resulta que, en general, sólo se atribuye al Estado la función determinada por el orden jurídico, sólo se interpreta como función del Estado, cuando es desempeñada por un individuo que trabaja con división del trabajo, designado al efecto, o lo que es lo mismo, que un individuo sólo es considerado órgano del Estado cuando, conforme a (sic) procedimiento determinado por el orden jurídico, es llamado a desempeñar esa función.”¹⁶⁵

De la cita anterior queda evidenciada la existencia de dos connotaciones del término función. En un sentido lato, la función incluye todo acto determinado por el orden jurídico, mientras que en un sentido estricto por función tradicionalmente sólo se entiende aquella conducta desplegada por un individuo que la ejecuta atendiendo a cierta división del trabajo, razón por la cual se le suele calificar de órgano.

A pesar de lo anterior, no hay que perder de vista que lo dicho en la cita anteriormente transcrita es una descripción de los usos del lenguaje que habitualmente se emplean, lo que no quiere decir que nuestro autor esté de acuerdo con dicho uso. En realidad, Kelsen está convencido de que todos los individuos que ciñen su comportamiento a determinado orden jurídico-normativo actúan cumpliendo funciones, razón por la cual deben ser reconocidos como órganos, puesto que ésta noción sirve precisamente para nombrar todo elemento que realiza una función puntualizada por el orden en cuestión.

¹⁶⁴ “Desde el punto de vista de una consideración orientada hacia el derecho, sólo puede concebirse como una función estatal la función en el sentido estricto o lato de la palabra. Puesto que con la imputación atributiva de una función, determinada en el orden jurídico, desempeñada por un hombre determinado, a la persona del Estado, sólo se expresa la referencia a la unidad del orden jurídico que determina, la función; toda función determinada en el orden jurídico puede ser atribuida al Estado, como personificación de ese orden jurídico; es decir, cabe afirmar – para servirse de una metáfora – de toda función determinada en el orden jurídico, que es desempeñada por el Estado como persona. Con ello no se dice otra cosa sino que la función se encuentra determinada por el orden jurídico.” *Idem.* p. 296.

¹⁶⁵ *Idem.* pp. 296 y 297

“Órgano de una comunidad es aquel individuo que ejerce una función que puede ser *atribuida* a la comunidad, función, pues, de la que se dice que la comunidad, pensada como persona, la ejerce a través del individuo que actúa como órgano.

“ ...

“Como órgano jurídico, es decir, como órgano de la comunidad jurídica, aparecería entonces todo individuo que desempeña una función jurídica, en sentido estricto o lato.”¹⁶⁶

En ese orden de ideas, el jurista austriaco rechaza igualmente que el criterio para distinguir a los individuos que actúan en representación del Estado sea la calidad de la conducta desempeñada pues, a la postre, todas las conductas son generadoras de normas.

En efecto, dentro de su *Teoría Pura del Derecho* el autor en cuestión sostiene que al realizar un análisis doctrinal del fenómeno jurídico considerando los procesos de producción de Derecho, es posible reconocer al orden jurídico no como un orden estático conformado por normas generales, sino como un orden dinámico que se reproduce en la medida en la que sus normas generales devienen eficaces gracias a su individualización.

“... (es posible) reconocer en lo llamados actos públicos del Estado los mismos actos jurídicos que aparecen en los negocios jurídicos privados, sobre todo si se advierte que los actos que configuran el hecho productor de derecho sólo son, en ambos casos, la continuación... (de un mismo) proceso...; que así como en la orden de la autoridad, también en el negocio jurídico privado sólo se cumple la individualización de una norma general...”¹⁶⁷

El punto de vista expresado en los párrafos precedentes confirma una vez más que toda conducta prescrita por el orden jurídico, ya se trate de una obligación impuesta por la autoridad o de un negocio jurídico privado, puede ser atribuible a la persona Estado.

Independientemente de la validez de los argumentos kelsenianos hasta aquí expuestos para deslegitimar la idea de que sólo algunos de los actos establecidos por el orden jurídico son actos del Estado, el iusfilósofo austriaco reconoce que la distinción es parte del lenguaje común de la ciencia jurídica por lo que invariablemente existe un

¹⁶⁶ *Idem.* pp. 161 y ss

¹⁶⁷ *Idem.* p. 287

criterio que funda tal apreciación. Este criterio lo encuentra Kelsen única y esencialmente en el hecho de que el Estado Moderno se caracteriza, como ya ha quedado dicho, porque las funciones que determina el orden jurídico se realizan con base en cierta división del trabajo, así apunta:

“... no todo orden jurídico es un Estado. (...) Para llegar a ser un Estado, el orden jurídico tiene que tener el carácter de una organización en el sentido estricto y específico de esa palabra, es decir: tiene que instaurar órganos que funcionen con división del trabajo, para la producción y aplicación de las normas que lo constituyen: tiene que exhibir cierto grado de centralización. *El Estado es un orden jurídico relativamente centralizado.*”¹⁶⁸

La conclusión antedicha se ve reforzada en tanto que al realizar un análisis comparativo entre el orden normativo estatal y los ordenes normativos supraestatal y prestatal, Kelsen resuelve que sólo en el primero de los ordenes mencionados existen órganos especiales autorizados de manera exclusiva para generar cierto tipo de normas (el legislativo respecto de las normas generales y el judicial como paradigma de producción de normas individuales), mientras que en el resto de los ordenes normativos mencionados todo ente que sujeta su comportamiento a éstos está autorizado para generar todo tipo de normas.¹⁶⁹ Kelsen lo plantea de la siguiente manera:

“Toda comunidad necesita tener órganos, aunque no funcionen con división del trabajo, puesto que una comunidad sólo puede funcionar a través de sus órganos, es decir, mediante individuos determinados por el orden normativo constitutivo de la comunidad. Cuando un orden normativo determina que ciertas funciones por él previstas pueden ser desempeñadas bajo determinadas condiciones, por cualquiera de los individuos sometidos a ese orden, todo individuo puede ser visto, al ejercer la función para la que se le faculta, como órgano y la función que ha de ser atribuida a la comunidad constituida por el orden, al no darse ninguna división del trabajo, podrá ser cumplida como la prevista por el orden. Pero *en el uso lingüístico dominante*, los individuos que desempeñan funciones sin división de trabajo, no son denominados “órganos”, y la función desempeñada sin división del trabajo no es atribuida a la comunidad.”¹⁷⁰

Es importante resaltar que si bien el Maestro de la Escuela de Viena consiente que existen razones específicas para reconocer como órganos del Estado de manera privilegiada a ciertos individuos que conforman al fenómeno estatal, pone especial énfasis en el hecho de que esa distinción depende en gran medida del discurso

¹⁶⁸ *Idem.* p. 291. Las cursivas son nuestras.

¹⁶⁹ *Idem.* p. 292.

¹⁷⁰ *Idem.* p. 164 Las cursivas son nuestras.

jurídico, y no de elementos esenciales. Finalmente, el discurso que reconoce como órganos del Estado únicamente a quienes desempeñan ciertas funciones con división del trabajo no personifica al orden jurídico total que es el Estado, sino tan sólo a un orden jurídico parcial: aquel conformado por las normas que se imputan a los órganos centralizados de producción de normas, es decir se personifica como Estado sólo al aparato burocrático de cierta comunidad estatal.¹⁷¹

Con fundamento en lo anterior, creemos válida la interpretación de Oscar Correas quien al realizar el análisis del Estado desde la perspectiva de la *Teoría Pura del Derecho*, concluye:

“... el estado es una ficción por virtud de la cual fingimos que hay una persona – el estado, precisamente – que “actúa” a través de la conducta de un individuo al que le decimos funcionario. Pero es por virtud de un acto mental, de un discurso, de un efecto del sentido, que lo que hace cierto hombre sea acción del estado. Dicho de otra manera, el estado no existe fuera de esos hombres cuya acción “vemos” como del estado. Se trata de conductas humanas como las conductas de cualesquiera otros hombres; pero a esas conductas les *atribuimos* por un acto mental, ser *distintas* de todas las demás conductas de todos los demás hombres; pero no son distintas en ningún sentido: es solo por virtud del discurso jurídico que las constituimos en distintas...”¹⁷²

Recapitulando, podemos concluir que desde la perspectiva kelseniana la interpretación del fenómeno estatal no es posible sino atendiendo al principio lógico de imputación propio de las ciencias normativas; no solo porque los llamados “actos del Estado” son tales en la medida en la que la conducta de un individuo puede serle imputada a la persona Estado a partir del propio orden jurídico-normativo que la constituye, sino además en razón de que, como acabamos de ver, finalmente todo acto de cualquier individuo que se sujeta a un orden jurídico-estatal específico se encuentra determinado por dicho orden y en esa medida le puede ser imputada.

Ahora bien, si el la realidad del “Estado” sólo puede ser comprendido a partir del principio lógico de imputación, queda entonces demostrada de forma incontrastable la realidad normativa del fenómeno en cuestión. Citando al iusfilósofo austriaco:

“... la esfera existencial del Estado posee validez normativa y no eficacia causal,... la unidad específica que ponemos en el concepto Estado... radica en

¹⁷¹ *Idem.* p. 297.

¹⁷² Correas, Oscar. *Kelsen y los marxistas*. Ed. Ediciones Coyoacán. s.n.e. México, 1994. p. 207.

el reino... de las normas o valores... el Estado es, por naturaleza, un sistema de normas o la expresión para designar la unidad de tal sistema: ... sabido esto, se ha llegado ya al conocimiento de que el Estado, como orden, no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad.”¹⁷³

Como se deduce de la cita anterior, Kelsen infiere que si el Estado es necesariamente un sistema de normas, éste no puede ser otro que el orden jurídico-positivo estatal. Lo anterior es así, nos dice el autor en cita, porque si el Estado pretende ser reconocido como un orden autárquico, el mismo debe ser comprendido en sus leyes íntimas sin referencia a ningún otro sistema. En consecuencia, si el Estado como sistema normativo fuera un sistema distinto del sistema de normas jurídicas positivas necesariamente uno de ambos sistemas tendría que deducir su validez del otro, opinión que es sostenida, de acuerdo con Kelsen, por la doctrina tradicional del Estado, quien afirma que efectivamente existe un conjunto de valores ético-políticos – los cuales pueden ser expresados como prescripciones, es decir como normas – que determinan la actividad del Estado, negando a manera de corolario la identidad entre ambos sistemas normativos y consecuentemente entre Estado y Derecho.

En efecto, la nombrada “teoría tradicional” supone que para comprender la esencia de un orden jurídico estatal es necesario suponer la existencia previa de la realidad social del Estado para así poder comprender cual es el sistema de normas por el cual tal realidad social regula su conducta. Así:

“El Estado como realidad social cae bajo la categoría de sociedad; es una comunidad. El derecho queda comprendido en la categoría de norma; es un sistema de normas, un orden normativo. Estado y derecho son, de acuerdo con dicha tesis, dos objetos diferentes; (...) Sin embargo. Tal dualismo es teóricamente indefendible. El Estado como comunidad jurídica, no es algo separado de su orden jurídico, así como la persona colectiva no es algo diverso del orden que la constituye. Un cierto número de individuos forma una comunidad únicamente en cuanto un orden normativo regula su conducta recíproca... la comunidad no es otra cosa que el orden normativo regulador del comportamiento recíproco de los individuos. El término “comunidad” solo designa el hecho de que la conducta recíproca de ciertos individuos se halla regulada por un orden normativo.”¹⁷⁴

Adicionalmente Kelsen encuentra que aún dentro de las doctrinas tradicionales del Derecho y el Estado existen argumentos que demuestran la identidad entre Estado y Derecho, ejemplo de ello es que en ambas teorías – desde distintas perspectivas, evidentemente – se caracteriza al Estado como un “ente coactivo”,

¹⁷³ Kelsen, H. *Teoría General del Estado*. p. 21.

¹⁷⁴ Kelsen, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*. p. 217.

coacción que se traduce en un hecho psíquico en el cual radica la eficacia de las normas "... como reglas motivadoras que determinan la conducta efectiva de los hombres..."¹⁷⁵, de otro lado, es la coacción, o mejor dicho el acto coactivo, la consecuencia que el orden jurídico enlaza a ciertas condiciones que él mismo determina.¹⁷⁶ En consecuencia:

"Aún cuando las normas del orden estatal contengan amenazas de ciertos daños, aún cuando los hombres acepten en sus representaciones psíquicas el contenido de las normas que prescriben la coacción, y aun cuando éstas representaciones no tengan fuerza motivadora más que en virtud de este contenido, el análisis psicológico no puede ver en el "poder del Estado" otra cosa que la motivación de las representaciones psíquicas de normas, pero esas normas son las del Derecho y no pueden ser más que las del derecho positivo. La doctrina dominante halla la "positividad" de las normas, la positividad del Derecho en la eficiencia de su representación psíquica. Si el poder del Estado, si el Estado como poder no es otra cosa que la positividad del Derecho, queda probado que el sentimiento inmanente de la doctrina dominante hállase constituido por la identidad de Estado y Derecho desde el punto de vista del orden."¹⁷⁷

Ahora bien, si podemos concluir que no existe argumento alguno que sostenga la antítesis Derecho-Estado, y si además ha quedado demostrado que aún bajo las premisas de la "teoría tradicional" del Estado es posible concluir la identidad de ambos fenómenos, ¿por qué la teoría tradicional insiste en encontrar tal oposición? La razón parece ser evidente desde la perspectiva del maestro austriaco. La teoría tradicional del Estado y el Derecho asevera la dualidad entre ambos fenómenos, nos dice Kelsen, porque tal dualidad permite la justificación del Estado.

"La doctrina tradicional del Estado y el derecho... desempeña una función ideológica... El Estado tiene que ser representado como una persona distinta del derecho para que el derecho – producido por ese Estado, para luego someterse a él – luego pueda justificar al Estado. Y el derecho sólo puede justificar al Estado cuando es presupuesto como un orden esencialmente diferente del Estado, contrapuesto a la naturaleza originaria de éste: el poder, y de ahí, en algún sentido como un orden correcto o justo. Así, el Estado, como el puro hecho de la fuerza se convierte en un *Estado de derecho* que se justifica en tanto produce derecho..."¹⁷⁸

Así, la dualidad entre Estado y Derecho permite argumentar a favor de la posibilidad de construir un orden social esencialmente justo el cual se identifica con un orden determinado por un "deber ser" que a la postre se expresa a través de un

¹⁷⁵ Kelsen, H. *Teoría General del Estado*. p. 22.

¹⁷⁶ Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. p. 290.

¹⁷⁷ Kelsen, H. *Teoría General del Estado*. p. 23.

¹⁷⁸ Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. p. 290. Las cursivas son nuestras.

sistema de normas jurídicas; la construcción de dicho orden, denominado "Estado de Derecho", justificaría así la existencia del Estado.

Kelsen expone la conceptualización de dicha idea en las siguientes líneas:

"... la teoría del estado de derecho supone que el Estado, como unidad colectiva, como sujeto de una voluntad de acción, aparece independientemente e inclusive como existente antes del derecho. Pero el Estado cumpliría su misión histórica, se enseña, en tanto crea el derecho, su derecho, para luego someterse al mismo, es decir, para obligarse y facultarse con su propio derecho. De esta suerte el derecho (sic) (*suponemos que se refiere al Estado*)... sería un presupuesto del derecho, y simultáneamente, un sujeto de derecho que presupone la existencia del derecho, en cuanto a él sometido y por el obligado y facultado. Es esta la teoría... del autosometimiento (autobligación) - *del Estado* - al derecho..."¹⁷⁹

Sin demérito de lo anterior, la Teoría del Estado de Derecho, no solo afirma que en tal estadio el Estado esta limitado en su actuar por el Derecho, sino que además se le otorga a tal orden normativo un contenido preciso, con lo que el "Estado de Derecho" es identificado con la existencia de democracia y seguridad jurídica, además de que se le agregan características propias tales como:

"... un orden judicial... (*donde*) la administración está regida por leyes, es decir, por normas generales, dictadas por un parlamento elegido por el pueblo, con o sin participación de un jefe de Estado situado en la cúspide del gobierno, siendo los miembros del gobierno responsables de sus actos, los tribunales independientes y encontrándose garantizados ciertos derechos y libertades de los ciudadanos, en especial la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de expresión."¹⁸⁰

La caracterización del "Estado de Derecho" antes señalada evidencia su carga ideológica¹⁸¹ en cuanto reconoce sólo como "Estado de Derecho" al orden estatal democrático, sin embargo Kelsen revela que, eliminando tal carga ideológica lo que finalmente expresa la idea de "Estado de Derecho" es que los actos del Estado, es decir, del fenómeno social que la teoría tradicional identificó con el orden estatal, están

¹⁷⁹ Loc. cit.

¹⁸⁰ *Idem.* p. 315

¹⁸¹ "La limitación ya mencionada del concepto de Estado de derecho a un Estado que corresponda a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica, implica admitir que sólo el orden coactivo así tipificado pueda ser visto como un "verdadero" orden jurídico. Pero tal presupuesto es un prejuicio iusnaturalista. También un orden coactivo relativamente centralizado de carácter autocrático, que no ofrezca, por su ilimitada flexibilidad, ninguna seguridad jurídica es un orden jurídico y... la comunidad constituida mediante ese orden coactivo, es una comunidad jurídica que como tal, es un Estado." *Idem.* p. 320

determinados por el derecho. Analizada la cuestión desde esta perspectiva puede aseverarse válidamente que:

“... un Estado no sujeto a Derecho es impensable. Puesto que el Estado solo existe en actos estatales, es decir, en actos realizados por hombres que se atribuyen al Estado como persona jurídica. Y semejante atribución sólo es posible con base en normas jurídicas que determinan esos actos de manera específica. Que el Estado cree el derecho sólo significa que hombres cuyos actos son atribuidos al Estado fundándose en el derecho, producen derecho. Esto significa, pues, que el derecho regula su propia producción. No se produce ni puede producirse, un proceso en el cual el Estado, preexistente a su derecho, cree el derecho para luego someterse a él. No es el Estado el que se subordina al derecho por él creado, es el derecho el que regula la conducta de los hombres y, especialmente, la conducta orientada a la producción de derecho, sometiéndose así a esos hombres”¹⁸²

El análisis hasta aquí desarrollado de la idea de “Estado de Derecho” le permite al profesor de Viena concluir que:

“Si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de derecho, dado que esta expresión es pleonástica.”¹⁸³

En efecto, si, como hemos visto, el Estado es un orden normativo en tanto que solo es interpretable a partir del principio lógico de imputación, y si para realizar dicha interpretación necesariamente nos referimos al derecho positivo de cada Estado, el Estado no es otra cosa sino la personificación del conjunto normas jurídicas a las cuales los individuos ciñen su comportamiento y, en consecuencia, en todo Estado la conducta de los individuos – estén calificados como funcionarios o no – está determinada por el Derecho, con lo cual la identidad entre Estado y Derecho queda confirmada una vez más.

Ahora bien, si reconocemos la identidad Estado-Derecho y consideramos que en el estadio histórico que supone el Estado Moderno éste se caracteriza por contar con órganos centralizados de producción de derecho, los cuales no son otra cosa que individuos especialmente cualificados para desempeñar una función específicas (en este caso la producción de normas) y que al igual que toda conducta ésta última es determinada por el Derecho, tendremos que concluir con Kelsen que es imposible concebir un Estado en el cual sus normas no sean determinadas por el orden jurídico positivo. Que un orden jurídico estatal no comprenda determinados valores entendidos

¹⁸² *Idem.* p. 315.

¹⁸³ *Loc. cit.*

tradicionalmente como justos no desmerita su calidad de Estado o bien, de "Estado de Derecho", pues en último lugar cumple con las características esenciales de todo orden estatal.

Finalmente, es de resaltar el hecho de que para Kelsen la identidad entre Estado y Derecho, así como la noción misma de "Estado de Derecho" en ningún momento presupone juicios de valor al respecto, puesto que nuestro autor reconoce en todo momento que sólo el Derecho "creado y nulificado por actos de seres humanos"¹⁸⁴ es el Derecho que podemos conocer, en tanto que empleemos el principio lógico de imputación. En consecuencia, el Derecho nunca puede ser idéntico a la moral ni desprender su validez de ella.

Si bien es cierto que la argumentación kelseniana en torno al fenómeno estatal se encuentra estructurada de tal manera que pareciera que la misma resulta incuestionable, lo cierto es que al respecto de se han planteado una serie de críticas desarrolladas incluso desde la propia perspectiva *iustpositivista*.

En efecto, no son pocos los juristas que han reprochado a Kelsen el que su concepción de "Estado de Derecho" pueda ajustarse a regímenes jurídico-políticos esencialmente despóticos. No obstante, desde nuestra perspectiva, la crítica más aguda a la noción kelseniana en cuestión es la presentada por Carl Schmitt, misma que se construye desde la tradición jurídico-positivista.

Al igual que muchos otros teóricos, Schmitt cuestiona el excesivo normativismo con el que Kelsen construye su concepto de Estado, propugnando, en contrario, que dicho fenómeno no puede ser explicado únicamente en términos normativos y en consecuencia, tampoco es demostrable sólo por referencia al principio lógico de imputación.¹⁸⁵

En efecto, para el teórico de la Constitución de Weimar, toda constitución, entendida como "*regulación legal fundamental*" (Schmitt dixit), es decir, como

¹⁸⁴ Kelsen, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*. p. 134

¹⁸⁵ En este sentido, Jean-Francois Kervégan, sintetizando la crítica de Schmitt al normativismo kelseniano, apunta que, en primera instancia, pareciera que el normativismo olvida el elemento decisionista de la norma, en virtud de que el mismo no puede ser "normativamente deducible." Kervégan, Jean-Francois. *La critique schmittienne du normativisme kelsenien*. p. 235. en Herrera, Carlos. *Le droit, le politique*. Ed. Editions L'Harmattan. París, Francia. 1995.

normación de la vida del Estado a la cual el resto de las normas tienen que ser referidas,...

"... es válida cuando emana de un poder (es decir, fuerza o autoridad) constituyente y se establece por su voluntad... una norma vale porque está positivamente ordenada, es decir por virtud de una voluntad existente."¹⁸⁶

Así, para Schmitt, una voluntad existente, no vinculada normativamente, es quien determina en última instancia la realidad de la Constitución.

"La Constitución en sentido positivo surge mediante un *acto del poder constituyente*. El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto *constituye* la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior... La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política... siempre hay en el acto constituyente un sujeto capaz de obrar, que lo realiza con la voluntad de dar una Constitución. Tal Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí misma."¹⁸⁷

En consecuencia si esta última es el referente del resto de las normas que conforman un orden jurídico, éste necesariamente se encontraría a la postre fundada en la antedicha voluntad.¹⁸⁸ Lo anterior le permite a Schmitt concluir que:

"No hay ningún sistema constitucional cerrado de naturaleza puramente normativa, y es arbitrario conferir trato de unidad y ordenación sistemáticas a una serie de prescripciones particulares, entendidas como leyes constitucionales, si la unidad no surge de una supuesta *voluntad unitaria*. Igualmente es arbitrario hablar de buenas a primeras de una ordenación jurídica. El concepto de ordenación jurídica contiene dos elementos completamente distintos: el elemento normativo del Derecho y el elemento real de la ordenación concreta. La unidad y ordenación residen en la existencia política del Estado, y no en las leyes, reglas ni ninguna clase de normatividades."¹⁸⁹

La importancia que tiene para Schmitt el elemento decisionista de la norma, no se limita exclusivamente a las normas constitucionales, sino que se extiende a

¹⁸⁶ Schmitt, Carl. Op. cit. p. 34

¹⁸⁷ *Idem.* p. 46

¹⁸⁸ "La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da. Toda especie de normación jurídica, y también la normación constitucional, presupone una tal voluntad como existente..." Loc. cit.

¹⁸⁹ *Idem.* 35

cualquier tipo de normas,¹⁹⁰ lo cual se evidencia en la medida en la que las mismas son aplicadas. De hecho, ya en su libro *Gesetz und Urteil* (título que es traducido por Kervégan como *Loi et jugement*, es decir *Ley y juicio*) Schmitt expone como la actividad jurisdiccional del Estado debe ser considerada como un dominio autónomo, puesto que los criterios de exactitud que requiere dicha función no pueden deducirse de las normas jurídicas. Esto es así porque, desde la perspectiva schmittiana “lo singular nunca es subsumible de manera pura en lo universal”, lo que finalmente se traduce en la existencia de ciertas lagunas normativas que finalmente serán cubiertas por decisiones singulares más o menos arbitrarias.¹⁹¹

Finalmente las críticas al modelo kelseniano del Estado influirán, como veremos en lo que sigue, a los *iusfilósofos* positivistas contemporáneos, razón por la cual al teorizar sobre el “Estado de Derecho” intentarán justificar cierto contenido del mismo, así como considerar el elemento decisionista en sus respectivos análisis.

1.2.2 H. L. A. HART Y EL “ESTADO DE DERECHO”. UNA PERSPECTIVA POSITIVISTA GENERADA EN EL SISTEMA JURÍDICO ANGLOSAJÓN.

En la tradición jurídica anglosajona es posible encontrar propuestas teóricas que, desde el iuspositivismo, aportan elementos de comprensión de los fenómenos jurídico y estatal a partir de los cuales se puede confirmar la visión antes expuesta en el sentido de que todo “Estado” es un “Estado de Derecho” en virtud de que la conducta tanto de los ciudadanos como de los órganos estatales es determinada necesariamente por el sistema de normas positivas propio de dicho orden.

En efecto, el jurista inglés H. L. A. Hart en su libro *El concepto de derecho* desarrolla una serie de elementos de dogmática jurídica relacionados tanto con el derecho como con el fenómeno estatal, que nos permiten confirmar la visión de “Estado de Derecho” sostenida en el presente apartado.

Hart inicia el desarrollo de su propuesta teórica partiendo de los principales rasgos característicos aportados por Jhon Austin para entender el “Derecho” en tanto

¹⁹⁰ “Toda ley, como regulación normativa... necesita para su validez, en último término, una decisión política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente.” *Idem*. p. 46

¹⁹¹ Kervégan, Jean-Francois. *La critique schmittienne du normativisme kelsenien*. p. 232

que fenómeno normativo. Así, Hart acepta en principio, como adecuadamente fundado, el razonamiento de Austin en el sentido de que el "Derecho" es un fenómeno normativo en el cual las reglas que lo componen son presentadas como órdenes sustentados por amenazas, decretadas por una o más personas, a quienes se obedece habitualmente. Aquellas personas, al ser obedecidas y no obedecer a nadie más, son calificadas como soberanas.¹⁹²

Ahora bien, Hart no se conforma con aceptar simplemente la teoría austiniana del derecho sino que se propone desarrollar una crítica en torno a la misma, puesto que, según afirma el jurista inglés, el análisis del fenómeno jurídico realizado por Austin puede satisfacer las premisas que se deducen de una sociedad simple, donde las normas que conforman el "Derecho" son dispuestas por una persona específica en atención, única y exclusivamente, a su voluntad; sin embargo es preciso adecuar tal interpretación a sociedades más complejas como las modernas, en tanto que en éstas existe una serie de fenómenos jurídicos imposibles de entender a partir de la "noción simple" (*Hart dixit*) expuesta por Austin.

Dentro de los diversos factores que el autor inglés señala como prueba de la complejidad de las sociedades moderna, existen tres fenómenos normativos identificados por Hart que resultan trascendentales para el desarrollo de nuestro tema.

El primero de ellos se refiere a que debido a la extensión de los Estados modernos, sus poblaciones suelen ser tan amplias que es prácticamente imposible que el soberano pueda informar de manera directa y separada a los ciudadanos las normas a las que deben sujetar su conducta, en consecuencia, las formas particularizadas de control son sustituidas por directivas generales (leyes); generalidad que se traduce en que dichas reglas comprenden un tipo concreto de conducta que deberá regir el actuar no de una persona en particular, sino de un género de ellas, gracias a lo cual se torna excusable la relación directa entre el soberano y los ciudadanos.¹⁹³

¹⁹² "... donde quiera que haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas... Esa persona o cuerpo de personas debe ser internamente supremo y externamente independiente. Si, de acuerdo con Austin, llamamos "soberano" a tal persona o cuerpo de personas supremo e independiente, las normas jurídicas de cualquier país serán las órdenes generales respaldadas por amenazas dictadas por el soberano o por los subordinados que obedecen a aquél." Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. (Tit. origl. *The concept of law*. trad. Genaro R. Carrio) Editorial Abeledo – Perrot. 2ª edición. Buenos Aires, Argentina. 1992. p. 32.

¹⁹³ Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. pp. 26-27

Otro de los rasgos que diferencia la concepción de Austin sobre el Derecho de su *status* actual reside en el hecho de que los ordenes jurídicos modernos ya no se componen solamente por normas que prescriban determinada conducta – ya de manera positiva, ya de manera negativa – sino que en la actualidad existen una serie de normas, la cuales son denominadas como “secundarias” por el teórico inglés, que determinan “... la manera en la que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible.”¹⁹⁴

Estas “reglas secundarias” pueden clasificarse en tres grandes géneros: aquellas que permiten distinguir cuando determinada norma pertenece o no a un orden normativo dado, razón por la cual Hart las llama “regla de reconocimiento”¹⁹⁵; aquellas que permiten y regulan la introducción de nuevas normas que determinan la conducta de los súbditos, también denominadas “reglas de cambio”¹⁹⁶; y finalmente aquellas que permiten determinar en que ocasiones se ha transgredido alguna de las reglas que determinan las conductas de los súbditos, mismas que se intitulan “reglas de adjudicación”.¹⁹⁷

Por último, otra de las características relevantes para nuestro tema es la presencia, dentro de las sociedades modernas, de más de un individuo legitimado para establecer normas válidas en lo interno y en consecuencia obedecido usualmente. No obstante, si la pluralidad de mandatos que se deriva de tal situación se constituye como un sistema jurídico, es menester averiguar que persona o personas deben ser reconocidas como soberanas en tanto que serán ellas quienes, al limitar la capacidad

¹⁹⁴ *Idem.* p. 117

¹⁹⁵ “Ésta (*la regla de reconocimiento*) especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como la indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo...” *Idem.* p. 117 “En un sistema jurídico desarrollado las reglas de reconocimiento... lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias. Ésta puede ser el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, o su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales.” *Idem.* p. 118.

¹⁹⁶ “La forma más simple de tal regla (*de cambio*) es aquella que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias... y a dejar sin efecto las reglas anteriores... es en términos de tal regla, y no en términos de las órdenes respaldadas por amenazas, que han de ser entendidas las ideas de creación y derogación de normas por vía legislativa.” *Idem.* p. 119.

¹⁹⁷ “... ellas no imponen deberes sino que confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un status especial a las declaraciones judiciales relativos a la trasgresión de obligaciones.” *Idem.* p. 120.

normativa del resto, finalmente determinen las directivas generales de conducta a la sociedad en su conjunto.¹⁹⁸

Así, si aceptamos la existencia de las características antes apuntadas como propias de las sociedades modernas, en un primer momento, pareciera no existir la figura del soberano que determina las normas sin más limitación que su voluntad, esencial para seguir manteniendo como válida la teoría de Austin acerca del derecho.

“En la doctrina de la soberanía el hábito general de obediencia tiene, como complemento, la ausencia de tal hábito por parte del soberano. Éste crea derecho para sus súbditos, y lo crea desde afuera. No hay, y no puede haber, límites jurídicos a su potestad de creación del derecho. Es importante comprender que la potestad jurídica ilimitada del soberano pertenece a éste por definición; la teoría afirma que sólo podría haber límites jurídicos a la potestad legislativa si el legislador estuviera bajo las órdenes de otro legislador a quien obedeciera habitualmente; en tal caso el primero ya no sería soberano.”¹⁹⁹

En ese orden de ideas, el autor en análisis examina un argumento más que parece reafirmar la idea de que dentro de las sociedades modernas la figura del soberano omnipotente ha desaparecido. Este argumento – comúnmente sostenido, entre otros, por los partidarios de la teoría *iusnaturalista* del “Estado de Derecho” – sostiene que un sistema normativo caracterizado como jurídico implica inexcusablemente que toda potestad facultada para determinar nuevas normas se encuentra necesariamente pre-determinada por el “Derecho”. Al respecto nuestro autor apunta:

“La importancia de la teoría (del soberano)... Consiste en la pretensión de que en toda sociedad donde hay derecho hay un soberano... Quizás haya que buscarlo detrás de las formas políticas, o jurídicas, que sugieren que todas las potestades jurídicas son limitadas y que ninguna persona o personas se encuentran fuera del derecho, posición que la teoría que comentamos atribuye al soberano. Pero si buscamos con resolución hallaremos la realidad que, según pretende dicha teoría, existe por detrás de las formas.”²⁰⁰

Desmenuzando el argumento que se contrapone a la idea de un soberano con potestades ilimitadas, el teórico del Common Law apunta que dicho argumento, no propugna por reconocer que el soberano no deba de tener límites o no los tenga de

¹⁹⁸ *Idem.* pp. 31-32

¹⁹⁹ *Idem.* p. 82

²⁰⁰ *Idem.* p. 83

hecho, sino simplemente que los elementos que lo determinen no son jurídicos. A este respecto el profesor de la Universidad de Oxford contrapone su opinión de acuerdo con la cual cualquier tipo de límite jurídico podrá determinar la forma como el soberano ha de expresar su voluntad para poder servir de norma a la conducta de sus súbditos, lo que no implica que ello limite su capacidad de legislar con base en sus deseos.

“El área, aunque no la “forma”, de su potestad legislativa no esta limitada por el derecho.”²⁰¹

Por otro lado, retomando la característica apuntada de que las sociedades modernas cuentan con diversos órganos que dictan derecho, Hart reconoce la existencia de cuerpos legislativos “supremos” que, al coartar la actividad legislativa del resto de las personas cuyos mandatos son obedecidos, fungen como el elemento integrador del sistema jurídico.

De igual manera, el teórico inglés acepta que en los estados modernos dichos cuerpos encuentran limitaciones jurídicas para el ejercicio de sus facultades generadoras de derecho, lo que en apariencia contradiría la teoría de acuerdo con la cual “... dondequiera que haya derecho hay un soberano no susceptible de limitación jurídica...”²⁰²

“Una constitución escrita puede restringir la competencia de la legislatura no simplemente al especificar la forma y la manera de la legislación..., sino al excluir por completo ciertas materias del ámbito de su competencia legislativa, lo que importa imponerle limitaciones de fondo.”²⁰³

A pesar de lo anterior, Hart está convencido de que la teoría de Austin ha resuelto todas las vicisitudes que en su contra han sido expuestas, por lo que sustenta junto con su predecesor utilitarista que el verdadero soberano ahí donde existe un cuerpo legislativo instituido y supremo, son los electores de dicho cuerpo. Así el jurista inglés concluye:

“... la diferencia entre un sistema jurídico en el que la legislatura ordinaria está libre de limitaciones jurídicas y otros en que ella está sometida a tales limitaciones, se presenta simplemente como una diferencia entre la manera en que el electorado soberano decide ejercer sus potestades soberanas”

²⁰¹ *Idem.* p. 85

²⁰² *Idem.* p. 89

²⁰³ *Idem.* p. 85

Párrafos adelante, confirma el anterior señalamiento:

“Aquí puede considerarse al electorado como una “legislatura extraordinaria y ulterior”, superior a la legislatura ordinaria que esta jurídicamente “obligada” a observar las restricciones constitucionales;... Aquí pues, es en el electorado donde se encuentra el soberano libre de toda limitación jurídica que la teoría exige.”²⁰⁴

En conclusión puede decirse que Hart acepta que, no obstante la complejidad que han desarrollado las sociedades modernas, el “Derecho” puede seguir siendo reconocido como un conjunto de normas respaldadas por amenazas, dispuestas por la voluntad de una persona o grupo de personas, las cuales son generalmente obedecidas por los miembros de una sociedad determinada.

Como resulta más o menos evidente de lo que hasta aquí se ha dicho, los postulados doctrinales desplegados por Hart para explicar que es el “Derecho” en ningún momento hacen referencia a que las normas deban llenar algún tipo particular de exigencias de contenido para que ellas sean consideradas como normas jurídicas; sino que de acuerdo con el jurista inglés, en estricto sentido, deben ser calificadas como jurídicas las normas que cubran con los procedimiento básicos de legislación, independientemente del contenido que ellas importen.²⁰⁵

Es importante subrayar el hecho de que Hart no niega que las normas jurídicas puedan tener un contenido semejante al de las normas morales; de hecho este teórico acepta que el “Derecho” ha estado influido a través de la historia por la moral, sin embargo también sostiene que ello no implica que el derecho necesariamente deba encontrar algún sustento en la moral. Así, al tiempo que expresa su adhesión al *ius* positivismo, confirma:

“...en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así.”²⁰⁶

²⁰⁴ *Idem.* p. 87

²⁰⁵ Hart, H.L.A. *Derecho y Moral. Contribución a su análisis.* Ed. Depalma. s.n.e. Buenos Aires, Argentina. 1962. p. 19.

²⁰⁶ Hart, H.L.A. *El concepto de derecho.* p. 230

Asentado lo anterior, es preciso analizar que comprende para Hart el fenómeno estatal a fin de obtener una aproximación a lo que tal teórico podría considerar como un concepto válido de "Estado de Derecho".

Aun cuando el teórico hasta aquí seguido acepta que el fenómeno normativo del "Derecho" se desenvuelve dentro del fenómeno estatal, los argumentos para explicar este último son escasos dentro de las obras consultadas.

A pesar de las pocas referencias a dicho fenómeno podemos afirmar sin lugar a duda que Hart califica como "Estado" a *aquella sociedad regida por el "Derecho"* que posee cierta unidad de mando²⁰⁷, coincidiendo en términos generales, por lo tanto, con la conceptualización kelseniana del "Estado".

La concepción de "Estado" del jurista en análisis se confirma al aceptar como un "gran avance" el que a partir de las premisas de Austin y Bentham se haya podido reconocer que el "Derecho" de un "Estado" lejos de ser un ideal es un hecho totalmente verificable.²⁰⁸

Así, si bien el profesor de la Universidad de Oxford no establece una definición extensa de "Estado" ni tampoco una concreta respecto de la noción de "Estado de Derecho", consideramos que los rasgos característicos enunciados por Hart para determinar ambos elementos que conforman la idea de "Estado de Derecho" permiten afirmar que sus planteamientos teóricos son próximos a la idea kelseniana de que todo "Estado" es un "Estado de Derecho", como se ha expuesto en el presente apartado como paradigma *ius* positivista.

Lo anterior se confirma en tanto que, como se ha evidenciado, para el autor anglosajón el fenómeno estatal es reconocible como un fenómeno normativo en el que un conjunto de personas sujetan su conducta a las disposiciones dictadas por una persona o cuerpo de personas determinado²⁰⁹, quienes al no encontrarse

²⁰⁷ *Idem.* p. 67.

²⁰⁸ Hart, H.L.A. *Derecho y Moral. Contribución a su análisis.* p. 13.

²⁰⁹ "(una sociedad regida por el derecho)... posee una cierta unidad, de modo que puede ser llamada "un estado". Esta unidad está constituida por el hecho de que sus miembros obedecen a la misma persona..." Loc cit.

condicionadas volitivamente más que por si mismas, pueden fijar cualquier contenido a tales disposiciones.

En efecto, si para Hart la diferencia específica que distingue al “Estado” de otros tipo de sociedades es el que la actividad se encuentra determinada por el “Derecho” y éste no puede sino estar conformado por las normas positivistas verificables en un territorio específico, no creemos desvirtuar la teoría hartiana si aseguramos que él estaría de acuerdo con el paradigma de Estado de Derecho de Kelsen.

1.2.3 LUIGI FERRAJOLI Y JOSEPH RAZ. UNA VISIÓN CONTEMPORÁNEA DEL “ESTADO DE DERECHO” POSITIVISTA.

El apartado que a continuación nos proponemos desarrollar centra su interés en las nociones de “Estado de Derecho” que configuran los juristas Luigi Ferrajoli y Joseph Raz, mismas que presentan la singularidad común de que, aún y cuando se inscriben en el horizonte teórico del positivismo jurídico – sobretodo “como modo de acercarse al estudio del Derecho” en el sentido fijado por Bobbio más arriba – las definiciones que finalmente proponen evitan aproximarse a las concepciones que al respecto han construido los positivistas antes expuestos, empleando incluso elementos tradicionalmente identificados con el *iusnaturalismo*.

En efecto, tanto Ferrajoli como Raz coinciden en sostener que la institucionalización del “Estado de Derecho” tiene como principal objetivo establecer límites al ejercicio del poder estatal a través de un conjunto de normas que determinen de antemano la conducta de los funcionarios públicos, de tal manera que sus relaciones con los ciudadanos del Estado no puedan desenvolverse de manera arbitraria.

El reconocimiento del objetivo antes mencionado como un elemento esencial de la idea de “Estado de Derecho” demuestra el grado de complejidad que las nociones de éstos dos teóricos encarnan, ya que tal actitud importa necesariamente cierta carga ideológica – factor criticado ampliamente a la teoría del “Derecho Natural” por el *iuspositivismo* – con lo cual los juicios de Ferrajoli y de Raz pueden parecer

contradictorios en cierta medida. No obstante el inconveniente que aparentemente se deduce de lo anterior, pretendemos demostrar que una interpretación de ambos teóricos que se ciña exclusivamente a sus respectivos argumentos jurídico-positivos permitirá evidenciar la proximidad que sus correspondientes nociones de "Estado de Derecho" tienen con las desarrolladas por Kelsen y Hart, validando así la tesis de que existe una noción generalizada de "Estado de Derecho" atribuible al positivismo jurídico.

1.2.3.1 El "Estado de Derecho" según Ferrajoli.

Por lo que respecta a Ferrajoli, la actitud de este autor italiano puede ser comprendida más fácilmente si consideramos que su concepción del "Estado de Derecho" se desenvuelve como parte de su teoría garantista del Derecho Penal, lo que se traduce inevitablemente en el hecho de que toda su argumentación esté destinada a fijar los linderos dentro de los cuales debe desenvolverse el poder punitivo del Estado.

Para comprender el discurso de Ferrajoli en torno a su noción de "Estado de Derecho" en principio es necesario considerar que para él todas las instituciones jurídicas pueden y deben ser analizadas desde dos perspectivas, una perspectiva de "legitimación externa" y otra de "legitimación interna", las cuales, a decir de nuestro autor, deben ser complementarias. Al respecto el teórico italiano apunta:

"Por legitimación externa o justificación entiendo la legitimación del derecho penal por referencia a principios normativos externos del derecho positivo, es decir, a criterios de valoración morales o políticos... Por legitimación interna o legitimación en sentido estricto entiendo por el contrario la legitimación del derecho penal por referencia a los principios normativos internos al ordenamiento jurídico mismo, esto es, a criterios de valoración jurídicos..."²¹⁰

Cierto es que de lo anterior, pareciera que Ferrajoli únicamente refiere ambos tipos de legitimación al Derecho Penal, sin embargo al connotar a profundidad cada una de ambas expresiones, el autor italiano sostiene que, en términos generales, el

²¹⁰ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. (Tit. orig. *Diritto e ragione*. trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino y otros) Ed. Trotta. 6ª. edición. Madrid, España. 2004. p. 214.

“punto de vista interno” debe ser identificado con la ciencia jurídica, con la valoración de la norma en términos de validez y con un enfoque científico-descriptivo; mientras que por su parte el “punto de vista externo” se encuentra referido a la Moral, la valoración de la norma a partir de la justicia y la pretensión de un análisis crítico-valorativo,²¹¹

Esta singular manera de examinar las instituciones jurídicas es deducida por el *iusfilósofo* italiano del postulado que niega que exista una relación necesaria entre el Derecho y la Moral, principio que el propio autor atribuye a la tradición jurídica positivista.

En relación con tal principio, Ferrajoli sostiene que su errónea interpretación ha provocado a la postre que tanto su uso asertivo – el cual el propio teórico identifica con tesis científicamente verdaderas – como su uso prescriptivo – que, a decir de nuestro autor, comprende diferentes opciones políticas limitativas del Derecho – se hayan confundido en extremo, de lo cual se han deducido diversas consideraciones teóricas que van desde el rechazo o incompreensión del principio axiológico - originando así representaciones apologéticas del derecho - hasta aquellas interpretaciones excesivamente formalistas en donde sólo se consideran como parámetros válidos de evaluación del derecho sus elementos internos.

En ese orden de ideas el jurista en análisis identifica el “ocaso” del derecho natural como el momento en el que las disertaciones en torno al derecho pierden toda referencia axiológica, dando como resultado el que la cultura jurídica cesara de reflexionar en torno a la carga justificativa de su objeto de estudio. Entre las consecuencias que se dedujeron de esta actitud, Ferrajoli reconoce la aparición de dos posturas teóricas opuestas entre sí, relativas al análisis jurídico: el sustancialismo jurídico y el formalismo ético. En la primera de ellas, las normas de un determinado orden jurídico son validadas a partir de referencias ontológicas externas a dicho orden, mientras que en la segunda la justificación axiológica de la norma se deduce de la justificación que ésta pueda tener con el resto de normas que componen el mismo orden jurídico, permitiendo – en los casos más extremos – reconocer al derecho y al estado como valores éticos.

²¹¹ Ferrajoli, L. *Derecho y Razón* p. 355.

Independientemente de lo anterior, el teórico italiano reconoce la importancia de que la cultura jurídica haya aceptado la trascendencia de separar el Derecho de la Moral:

“Ciertamente es evidente que sólo el abandono de cualquier moralismo jurídico permite a la ciencia del derecho reconocer la validez de normas jurídicas positivas con arreglo a parámetros internos al ordenamiento investigado, prescindiendo de su a pesar (sic) de todo vaticinable adhesión (sic) a parámetros de valoración externa.”²¹²

Sin embargo, nuestro autor también distingue como consecuencia de la separación entre Derecho y Moral, el hecho de que:

“El derecho positivo vigente, reafirmado ahora como único derecho existente, ha llegado a ser para la cultura jurídica algo... que hay que conocer o como mucho explicar... (mientras que) el problema de la justificación, es decir, de los límites y fundamentos morales y políticos... ha sido, mas que apartado, descartado.”²¹³

Es precisamente la actitud expresada en la cita precedente, la que nuestro autor desea evitar a toda costa, en virtud de que, desde su perspectiva, la desvinculación de lo que él llama “legitimación interna” y “legitimación externa” fomenta la “indebida consecuencia” (Ferrajoli *dixit*) de que el análisis jurídico se construya exclusivamente a partir de juicios fácticos referidos a la pertenencia de las normas a un determinado ordenamiento jurídico-positivo.

A este respecto, es preciso apuntar que en realidad Ferrajoli no rechaza por completo el método de análisis jurídico antes mencionado; de hecho, acepta que puede ser adecuado para el estudio de lo que llama “ordenamientos jurídicos de estructura elemental” (los cuales identifica con los regímenes absolutistas), sin embargo tal idoneidad se pierde cuando se trata de emplear para el análisis del “Estado de Derecho”, puesto que, precisamente:

“La novedad histórica del estado de derecho respecto de los demás ordenamientos del pasado reside en haber incorporado, transformándolas en normas de legitimación interna por lo general de rango constitucional, gran parte de las fuentes de justificación externa relativas al “cuando” y al “como” del ejercicio de los poderes públicos.”²¹⁴

²¹² *Idem.* p. 221.

²¹³ *Idem.* pp. 225 y 226.

²¹⁴ *Idem.* p. 354.

Así, de acuerdo con lo dicho por nuestro autor, la concepción que equipara validez de la norma y positividad del derecho puede permitir un examen efectivo de aquellos regímenes en los que el legislador es *legibus solutus* y por lo tanto la única norma que determina la producción de normas se reduce a *"quod principi placuit legis habet vigorem"*, sin embargo en el moderno "Estado de Derecho", no basta que las normas cumplan con el procedimiento de instauración prescrito, sino que además requieren que sus contenidos no contravengan los contenidos de las normas jerárquicamente superiores.²¹⁵ De hecho, el jurista italiano reconoce como un atributo del "Estado de Derecho" contemporáneo la posible paradoja de encontrarse con normas que sean acordes con el orden jurídico prescrito respecto de su génesis, pero incompatibles con el mismo orden en el ámbito de su contenido. De dicha paradoja Ferrajoli deduce dos categorías teóricas necesarias para fundar su análisis jurídico: la de "vigencia" de la norma, misma que califica al proceso de creación formal de la norma regularmente realizado, y la de "validez" de la norma, a la que identifica con la correspondencia de contenido con las normas que constriñen el mismo.

"... la característica estructural del estado de derecho respecto al mero estado legal es la posible divergencia entre validez y vigencia, o sea, la existencia de normas vigentes pero inválidas por ser conformes a las reglas del primer tipo (*aquellas que determinan la forma como debe producirse la norma*) pero no a las del segundo (*las que hacen referencia a los límites sustanciales del ejercicio del poder*)."²¹⁶

Independientemente de lo anterior, no hay que perder de vista que la posibilidad de que se genere la paradoja antes apuntada no es concebible sino por el hecho de que la "validez" de la norma – en el sentido indicado por el autor italiano – dependa de que ésta última sea acorde con aquellas normas de legitimación interna que, a decir de Ferrajoli, han sido deducidas de fuentes de justificación externa relativas a la forma y el modo como deben ejercerse los poderes públicos, específicamente los derechos humanos.²¹⁷

²¹⁵ "La especificidad del moderno estado de derecho reside precisamente en el hecho de que las condiciones de validez establecidas por sus leyes fundamentales incorporan no sólo requisitos de regularidad formal, sino también condiciones de justicia sustancial," *Idem*. p. 358.

²¹⁶ *Op. cit.* p. 859. Las cursivas son nuestras.

²¹⁷ "La gran innovación institucional de la que nació el estado de derecho fue sin embargo la positivización de... ("los derechos vitales del hombre") a través de (la)... "incorporación limitativa" (incorporación de vinculaciones negativas dirigidas a las autoridades estatales) al ordenamiento jurídico de los deberes correspondientes impuestos al ejercicio de los poderes públicos. Es con la estipulación constitucional de tales deberes públicos cuando los derechos naturales pasan a ser derechos positivos inviolables y cambia así la estructura del estado, a partir de ahora ya no absoluto sino limitado y condicionado." *Idem*. p. ¿?

1.2.3.2 El "Estado de Derecho" de Ferrajoli desde una interpretación estrictamente iuspositivista.

Ahora bien, de lo que hasta aquí se ha dicho parece claro el hecho de que es el "punto de vista interno" expresado por Ferrajoli el que interesa a nuestros fines, en tanto que corresponde a un análisis desplegado desde una perspectiva estrictamente jurídica con una intencionalidad fundamentalmente científico-descriptiva, que, en consecuencia, pretende eliminar toda carga valorativa del mismo; elementos que son compartidos por las otras dos propuestas teóricas hasta aquí hasta aquí han sido desarrolladas.

La propuesta de excluir del presente análisis el llamado "punto de vista externo" del "Estado de Derecho" por considerarlo ajeno a la teoría jurídica, encuentra cierto apoyo en argumentos del propio teórico italiano²¹⁸. Ejemplo de ello es que, al hablar de la importancia que para el pensamiento jurídico moderno tiene la conclusión de negar una relación esencial entre normas jurídicas y normas morales, nuestro autor sostiene:

"La idea de que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral o entre el derecho "como es" y el derecho "como debe ser", se considera comúnmente *un postulado del positivismo jurídico*: el derecho, según esta tesis, no... tiene la misión de reproducir los dictámenes de la moral o de cualquier otro sistema metajurídico... de valores ético-políticos, sino que es solo el producto de convenciones legales no predeterminadas ontológica ni tampoco axiológicamente."²¹⁹

Ahora bien, profundizando en la concepción de "Estado de Derecho" de Ferrajoli, éste sostiene que dicha idea es resultado de diversas doctrinas jurídicas dentro de las cuales tal jurista reconoce tanto las ideas políticas griegas del "gobierno de leyes", como el normativismo kelseniano, sin dejar de lado la teoría *iusnaturalista* ilustrada de la separación de poderes. No obstante lo anterior, al exponer su propia concepción de la categoría que aquí nos ocupa desde el "punto de vista interno", Ferrajoli expresa su adhesión a las ideas que al respecto ha sostenido Norberto Bobbio,

²¹⁸ "... (el) nudo crucial del problema de legitimación interna... es una cuestión de teoría del derecho, a diferencia del de la justificación externa..., que es una cuestión de teoría de la justicia." *Idem.* p. 359.

²¹⁹ *Idem.* p. 218. Las cursivas son nuestras.

reconociendo así al “Estado de Derecho” como un estadio en el cual el ejercicio del gobierno se produce a través de leyes generales y abstractas.²²⁰

Finalmente la concepción que Ferrajoli retoma de Bobbio se asemeja profundamente a la construcción conceptual que hace el primero del “principio de legalidad”, la cual, por lo demás, es, desde su perspectiva, resultado de la supresión de todo elemento axiológico como parámetro de validez de la norma, de donde se deduce que una vez aceptado tal principio, una norma sólo puede ser considerada válida si tiene como fundamento otra u otras normas jurídicas que determinen su producción y convalidación. En palabras de Ferrajoli el principio de legalidad puede reputarse como:

“... un principio organizativo en virtud del cual todos los poderes públicos están sometidos a la ley, y al mismo tiempo una norma de reconocimiento de todas las normas válidas en tanto que producidas de las formas, en las condiciones y por los poderes legalmente preestablecidos”²²¹

Dicho principio, nos dice el autor, al convertirse en fundamento de legitimidad de las normas jurídicas vigentes debe ser interpretado como “el principio constitutivo de la experiencia jurídica moderna” en virtud de que a partir de él es posible reconocer al moderno derecho positivo y, al mismo tiempo, al moderno “Estado de Derecho”.

El desarrollo de los conceptos anteriores permite reafirmar la inscripción del autor italiano dentro de la tradición jurídica positivista, máxime cuando el propio autor afirma que la positivación del derecho importa un progreso en los niveles jurídico, político y epistemológico, al reconocer que la fuente de legitimidad del derecho finalmente no es otra que la autoridad facultada al efecto. (Ferrajoli/Derecho y Razón/p. 869)

Sin demérito de lo anterior, es preciso señalar que, dentro de la construcción conceptual del teórico en análisis, éste sostiene que la idea de que todo ejercicio de gobierno debe ser determinado por las condiciones prescritas por la ley puede entenderse desde dos perspectivas. En un sentido “débil, lato o formal” (Ferrajoli *dixit*) dicha sujeción se traduce en que todo poder debe estar facultado por leyes y sujetarse, en su ejercicio, a sus formas y procedimientos prescritos, mientras que en

²²⁰ *Idem.* p. 856.

²²¹ *Idem.* p. 221.

un sentido "estricto o sustancial" implica que "... cualquier poder debe ser limitado por la ley, que condiciona no sólo sus formas, sino también su contenido."²²²

No obstante la aparente disparidad entre las dos formas en las que Ferrajoli concibe al "Estado de Derecho", consideramos que ninguna de ellas riñe con las nociones expuestas por Kelsen y Hart al respecto.

En efecto, en principio la concepción "formal" sustentada por Ferrajoli presenta evidentes proximidades teóricas con la definición kelseniana que sintetiza al fenómeno en cuestión, tales como la autoregulación por parte del Derecho de su propia producción. Lo anterior es más evidente si tomamos en cuenta que Kelsen mismo sostiene que todo gobierno que aspire a lograr cierta legitimidad, necesariamente tendrá que regir su comportamiento por un determinado sistema normativo.

Por otra parte, un elemento adicional que confirma nuestra anterior afirmación reside en el hecho de que el propio Ferrajoli acepta que a partir de la concepción "formal" del "Estado de Derecho" es posible reconocer en todo Estado la existencia de un "Estado de Derecho", tal y como lo sostuvo Kelsen, "... incluso los autoritarios o, peor aún, los totalitarios..."²²³

1.2.3.3 El "Estado de Derecho Sustancial" de Ferrajoli.

Una vez demostradas las coincidencias entre la concepción formal de "Estado de Derecho" aquí presentada y las nociones desarrolladas en los dos apartados que anteceden, es preciso analizar el sentido sustancial que del mismo despliega Ferrajoli, en tanto que éste puede ser considerado como problemático en nuestro intento por demostrar que el positivismo jurídico, al igual que el *iusnaturalismo*, cuenta con una concepción del "Estado de Derecho" mas o menos generalizada entre los teóricos inscritos en dicha tradición jurídica; no obstante, como veremos, es posible mantener ésta última pretensión a partir de la siguiente interpretación.

²²² *Idem.* p. 856.

²²³ *Loc. cit.*

Como ha quedado dicho, el sentido sustancial del “Estado de Derecho” construido por el teórico italiano, se diferencia de la visión formal de dicha categoría principalmente porque las restricciones al ejercicio del poder público no se ciñen solamente a prescribir la forma como debe desarrollarse el proceso de creación de la norma, sino que fundamentalmente determinan, sobre todo de manera negativa, el contenido de las normas por crear.²²⁴

En este sentido Ferrajoli sostiene:

“En el estado de derecho... las Constituciones no se limitan a dictar las condiciones formales que permiten reconocer la vigencia de *quod principi placuit*, sino que establecen también... los derechos inviolables de los ciudadanos cuya garantía es condición de validez sustancial de las normas que produce.”²²⁵

Como se desprende de la última cita, el elemento clave de la noción sustancial de “Estado de Derecho” parece ser la existencia de condiciones de “validez sustancial” de las normas, a las cuales de antemano Ferrajoli les ha otorgado un contenido específico: por un lado los derechos fundamentales – dentro de los que incluye, entre otros, las prohibiciones a los órganos estatales de lesionar los derechos de libertad, y la obligación de esos mismos órganos de atender los derechos sociales – y por el otro, una serie de principios garantistas conformadores del modelo propugnado por el autor italiano.

Estos principios garantistas tienen como principal finalidad, al igual que todo principio de esta clase, condicionar o vincular el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, en tanto que, como en ningún otro procedimiento jurisdiccional, el enjuiciamiento penal se caracteriza por que sus resoluciones se conforman por una relación inversamente proporcional entre el conocimiento de los factores que la determinan y la decisión sobre los mismos.²²⁶

De lo anterior, Ferrajoli deduce entonces la existencia de dos sistemas de epistemología jurídica que le permiten al juez penal construir su sentencia: el primero de ellos es calificado por el autor como “sistema autoritario”, mismo que identifica con

²²⁴ “... en los modernos estados constitucionales de derecho,... la validez de las normas... reside en su conformidad no sólo formal sino también sustancial con normas de rango superior, que no sólo regulan las formas sino que dictan también limitaciones de contenido al ejercicio normativo.” Loc. cit.

²²⁵ *Idem.* p. 875.

²²⁶ *Idem.* p. 46

un método epistemológico fundamentalmente decisionista; el segundo, denominado "sistema garantista", emplearía una epistemología esencialmente cognoscitivista.²²⁷ Es este último el que, en empleo de la epistemología que lo caracteriza, permitirá, a decir del jurista italiano, que las decisiones de los juzgadores dependan de la "verdad de los presupuestos jurídicos y fácticos"²²⁸...

"... entendida la "verdad" precisamente en el sentido de "correspondencia" lo más aproximada posible de la motivación de las normas aplicadas y los hechos juzgados."²²⁹

Ferrajoli reconoce, sin embargo, que la elaboración de una resolución judicial es un producto lingüístico y por lo tanto artificial,²³⁰ cuyos criterios de decisión de la verdad procesal se encuentran disciplinados por pautas jurídico-normativas, razón por la cual:²³¹

"... depende de la estructura legal del ordenamiento penal y procesal el que el poder judicial sea predominantemente poder de cognición o predominantemente poder de disposición."²³²

Así, para poder eliminar tanto el margen de error que todo procedimiento de tal naturaleza conlleva, como la posibilidad de caer en prácticas arbitrarias, el garantismo debe propugnar por establecer técnicas de formulación de leyes y de aplicación de las mismas a los hechos juzgados que permitan que las resoluciones

²²⁷ "... en el entrelazamiento de "saber" y "poder" en el que he identificado la actividad jurisdiccional siempre hay márgenes de discrecionalidad potestativa más o menos amplios pero irreducibles más allá de ciertos límites. Estos márgenes, en la medida en que resultan artificialmente excluidos por normas jurídicas... en la práctica son rellenados por vía de autoridad mediante "verdades sustanciales" remitidas a la decisión discrecional del juez. Y pueden extenderse hasta el punto... de excluir del todo el carácter cognoscitivo de la motivación judicial,..." *Idem.* p. 63.

²²⁸ De acuerdo con Ferrajoli, cuando un juez comprueba y declara algo como "verdadero", su proposición puede ser descompuesta en otras dos, una factica y otra jurídica. La primera es comprobable por vía inductiva conforme los datos probatorios (la realización de cierta conducta), mientras que la segunda es una cuestión sólo resoluble por vía deductiva, conforme al significado de las palabras empleadas por la ley (sí la conducta desplegada puede o no ser calificada como delito) *Idem.* p. 48.

²²⁹ *Idem.* p. 65

²³⁰ "... el derecho es un universo lingüístico *artificial* que puede permitir, gracias a su estipulación y a la observancia de técnicas apropiadas de formulación y de aplicación de las leyes a los hechos juzgados, la fundamentación de los juicios en decisiones sobre la verdad convalidables o invalidables como tales mediante controles lógicos y empíricos y, por tanto, sustraídas lo más posible al error y al arbitrio. El problema del garantismo penal es elaborar tales técnicas en el plano normativo y asegurar su efectividad en el plano práctico." *Idem.* p. 70.

²³¹ De acuerdo con Ferrajoli el método de investigación y de formación de la verdad procesal se encuentra disciplinado y puede considerársele una verdad normativa en la medida en la que está convalidada por normas. *Idem.* pp. 59 y 60 "Es innegable,... que en general las normas jurídicas en materia de verdad y de las pruebas sustituyen los criterios propios de la libre investigación por criterios autorizados de adquisición y de control de la verdad procesal." *Idem.* p. 60.

²³² *Idem.* p. 70.

judiciales sean convalidables mediante controles lógicos²³³. En este sentido, el garantismo:

“... (exige) que (el lenguaje) sea un lenguaje tendencialmente exento de términos vagos o valorativos y de antinomias semánticas internas y esto... es exactamente lo que el sistema de las garantías de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad se dirige a asegurar y que, en cambio, resulta comprometido... donde tales garantías falten o sean lesionadas de cualquier forma.”²³⁴

Ferrajoli no pierde de vista que la posibilidad de lograr una absoluta “correspondencia” entre previsiones legales y hechos concretos se torna exigua, en la medida en la que existe cierto control de los procedimientos probatorios e interpretativos para la aplicación de la norma, sin embargo a decir del autor italiano, un alto grado de efectividad de las garantías de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad antes apuntadas afianzarían, en cierta medida, la exclusión de consideraciones jurisdiccionales fundadas en términos valorativos.

Ambos principios – el de estricta legalidad y el de estricta jurisdiccionalidad – forman parte del modelo garantista propuesto por Ferrajoli, el cual se compone, además, por otros ocho axiomas que junto con los aforismos citados son formulados a través de las siguientes 10 máximas latinas:

1. *Nulla poena sine crimine.*
2. *Nullum crimen sine lege.*
3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.*
4. *Nulla necessitas sine iniuria.*
5. *Nulla iniuria sine actione.*
6. *Nulla actio sine culpa.*
7. *Nulla culpa sine iudicio.*
8. *Nullum iudicio sine accusatione.*
9. *Nulla accusatio sine probatione.*
10. *Nulla probatio sine defensione*

²³³ “... una tesis judicial es verificable y refutable si y solo si los términos empleados en ella están provistos de extensión determinada; es decir, ya que la extensión está determinada por la intención, si y solo si sus intenciones están definidas de manera clara y precisa.” *Idem.* p. 120.

²³⁴ *Idem.* p. 50.

Así, el modelo garantista de Ferrajoli:

"... no se limita a establecer las condiciones de uso de la noción semántica de verdad procesal, sino que valen también para garantizar la inmunidad de los ciudadanos respecto de intervenciones punitivas infundadas o arbitrarias, este modelo de responsabilidad penal no es sólo un modelo epistemológico de *racionalidad* del juicio, sino también un modelo regulativo de la *justicia formal*. Y en la medida en que tales principios están incorporados en el ordenamiento positivo bajo forma de principios constitucionales o en todo caso legales, es también un modelo normativo de legitimidad jurídica no de *validez*."²³⁵

Ahora bien, de los diversos principios garantistas que conforman el modelo apuntado, son los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad, los que, a decir del propio Ferrajoli, consolidan éste. En efecto, por una parte el principio de estricta legalidad conducirá, de acuerdo con el autor italiano, a la taxatividad de los contenidos de la ley penal, mientras que el principio de estricta jurisdiccionalidad permitirá emitir resoluciones prácticamente desprovistas de valoraciones subjetivas

En ese sentido, el principio de estricta legalidad, a diferencia del de "mera legalidad" no se dirige a los jueces, sino más bien a los legisladores, de quienes exige el empleo de técnicas legislativas que permitan una calificación penal de manera que aseguren, en la medida de lo posible, que las decisiones jurisdiccionales carezcan de espacios de valoración subjetiva.²³⁶

Por lo anterior, el principio de estricta legalidad debe verse, según el teórico italiano, como el presupuesto de la estricta jurisdiccionalidad,²³⁷ puesto que no basta con que la norma establezca condiciones objetivas de verificabilidad y verificación, sino que se requiere que "... la semántica de formación del lenguaje jurisdiccional..." (Ferrajoli *dixit*) en torno a la veracidad o refutabilidad de los hechos y las pruebas se

²³⁵ *Idem.* p. 97

²³⁶ "Este principio, que hemos configurado... como la garantía primera y fundamental de un sistema penal cognoscitivo, puede ser caracterizado ahora como una *regla semántica metalegal de la formación de la lengua legal* que prescribe al legislador penal: a) que los términos usados por la ley para designar las figuras del delito sean dotados de extensión determinada... b) que con tal fin sea connotada su intención con palabras no vagas no valorativas, sino lo más claras y precisas posible; c) que... sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predisuestas normas para su solución. De ahí se sigue... que las figuras abstractas del delito deben ser *connotadas* por la ley mediante *propiedades* o *características esenciales* idóneas para determinar su *campo de denotación*... de manera *exhaustiva*, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas..." *Idem.* p. 121.

²³⁷ "Estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad resultan así mediadas y conectadas, la primera como presupuesto de la segunda, por el principio cognoscitivista de la significación normativa y de la certeza probatoria, en el sentido aclarado... de que el juez comprueba o prueba como verdadero... solo... lo que está taxativamente denotado por la ley como delito." *Idem.* p. 96.

encuentren exhaustivamente individualizadas mediante descripciones que excluyan el uso de palabras equívocas o valorativas.²³⁸

La trascendencia que para el “Estado de Derecho” tiene el reconocimiento de los límites sustanciales conformados por los derechos humanos y los principios garantistas enunciados se expresa en el hecho de que:

“... (la) primacía de los derechos fundamentales - en el sentido literal de que “fundan” la legitimidad tanto del derecho como el estado – equivale a la primacía axiológica de la sociedad sobre el estado, entendiendo el segundo como instrumento de la primera y, en definitiva, del punto de vista externo o social sobre el interno o institucional.”²³⁹

Así, finalmente, desde la concepción de Ferrajoli el “Estado de Derecho” “sustancial” garantizaría, en cierta medida, un orden jurídico esencialmente justo en la medida en la que eliminaría la acción arbitraria de los gobernantes limitándola a través del respeto de los derechos humanos de los ciudadanos así como de los principios garantistas señalados por el autor cita, con lo cual el “Estado” fungiría a la postre como instrumento de éstos y no de aquellos.²⁴⁰

A pesar de lo múltiples y aparentemente bien fundados argumentos que presenta el profesor italiano en torno a la opción de un “Estado de Derecho” sustancial, creemos que una argumentación estrictamente positivista permite deducir argumentos suficientes, incluso basados en el dicho del propio Ferrajoli, para rebatir ésta última tesis.

En efecto, ya el “normativismo kelsenino”, como nuestro autor lo llama, ha evaluado la posible trascendencia de incluir dentro de las normas fundamentales de un orden jurídico determinado los llamados derechos del hombre, concluyendo que:

²³⁸ *Idem.* p. 125.

²³⁹ *Idem.* p. 836. Desde nuestra perspectiva, la afirmación citada puede ser extensiva a los principios que constituyen el modelo garantistas de Ferrajoli y no limitarse solamente a los derechos humanos, ello en virtud de que el propio autor italiano apunta “... el principio guía del (“Estado de Derecho”) es... la subordinación de los fines políticos al empleo de medios jurídicamente establecidos... vinculados a la ley. De este modo... para las (teorías) del *estado de derecho*... el estado es un *medio* justificado por... la sujeción de todos sus poderes” *Idem.* p. 814. Las palabras subrayadas son nuestras.

²⁴⁰ “La primacía de los pueblos sobre los estados... no es, por tanto una simple opción política en el estado de derecho. Es también una tesis jurídica que se funda en el principio, habitualmente constitucionalizado, de la soberanía popular y el reconocimiento de los derechos fundamentales.” *Idem.* p. 938.

“Las garantías constitucionales de los derechos y libertades básicos son disposiciones de la constitución que determinan, en forma negativa, el contenido de las leyes...”²⁴¹

De hecho, incluso el propio teórico italiano acepta, de manera explícita, que las normas que finalmente determinan el contenido de las normas inferiores no son otra cosa sino condiciones que conforman parte del proceso de producción normativo²⁴² pudiendo así concluir que, finalmente, la diferencia entre las normas que determinan la forma como deben ser conformadas nuevas normas y aquellas que restringen su contenido, no es tan radical como en ocasiones parece deducirse de lo expuesto por Ferrajoli.

Aún más, las llamadas “normas sustanciales” solo pueden ser efectivamente vinculantes y en consecuencia determinar el proceso normativo, si y sólo si son incluidas dentro de las normas constitucionales, lo cual es aceptado por el autor en cita.²⁴³ Luego entonces, si el conocimiento jurídico-positivo no puede ir más allá del “horizonte axiológico constitucional” (Ferrajoli *dixit*), puede concluirse válidamente que la necesaria referencia del orden jurídico denominado “Estado de Derecho Sustancial” a “elementos de legitimación externa” no es tal. En este sentido, incluso el propio autor afirma:

“La definición de derecho válido sigue siendo por tanto ideológicamente neutral: es válida, aunque sea injusta, cualquier norma o prescripción que sea conforme a las normas acerca de su producción.”²⁴⁴

Ferrajoli también argumenta, en defensa de la propuesta teórica aquí cuestionada, que la inclusión de esas normas limitativas del contenido de nuevas normas exige, en último término, que al ser controvertidas éstas en cuanto a su proposición, se realice una valoración ético-política de dicho precepto, sin embargo al mismo tiempo apunta:

²⁴¹ Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. p. 153.

²⁴² “... entre las normas de producción de normas el moderno estado constitucional de derecho ha incluido múltiples principios ético-políticos o de justicia, que imponen valoraciones ético políticas de las normas producidas y actúan como parámetros o criterios de legitimidad y de ilegitimidad... internos o iuspositivistas.” Ferrajoli, L. *Derecho y Razón* p. 358.

²⁴³ “El vicio ideológico, y no sólo metafísico, del iusnaturalismo estuvo en la idea de un derecho natural como entidad ontológica en lugar de puramente axiológica. Es obvio que el “derecho” y los “derechos naturales” no existen: no son realidades objetivas, sino principios axiológicos o normativos de tipo extrajurídico” *Idem*. p. 883.

²⁴⁴ *Idem*. p. 358

"...los parámetros de validez incluidos en la Constitución de un estado de derecho consisten, (efectivamente) en valores o en todo caso en términos carentes de denotación (igualdad, libertad, dignidad..."²⁴⁵

De lo anterior se sigue que si los límites sustanciales no se encuentran suficientemente connotados, una valoración ético-política de la norma resulta sumamente difícil, cuando no arbitraria, y sin embargo de ser connotados por los órganos facultados para crear normas, como acontece en nuestro país por intermediación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en realidad el margen de valoración es harto restringido, cuando no eliminado.

Por último, consideramos necesario subrayar que toda la argumentación de Ferrajoli en torno del "Estado de Derecho" se desenvuelve alrededor de un orden normativo fundado, por lo que al parecer su visión de dicho fenómeno estatal olvida el hecho, señalado por Hart, de que todo orden jurídico cuenta necesariamente con un ente soberano que determina al orden normativo, generalmente a través de las normas constitucionales, sin encontrarse vinculado de forma alguna. En consecuencia, si las normas constitucionales que constriñen tanto formal como sustancialmente al proceso creador de nuevas normas son determinadas, irremediamente, de forma más o menos arbitraria, la supuesta diferencia entre el "Estado de Derecho Sustancial" de Ferrajoli y el "meramente formal" sería nula.

En conclusión, como hemos señalado en el transcurso de esta sección, si nos ceñimos a los argumentos estrictamente jurídico-positivos presentados por Ferrajoli en torno al "Estado de Derecho", el concepto que de tal fenómeno construye el autor italiano a la postre podrá resumirse como la autoregulación del Derecho de su propia producción, lo que nos permite confirmar que existe una definición de "Estado de Derecho" compartida por toda la tradición jurídica positivista.

1.2.3.4 El "Estado de Derecho" desde la perspectiva de Joseph Raz.

La noción de Joseph Raz sobre el "Estado de Derecho" es expuesta dentro de su libro *La autoridad del Derecho* en el cual el capítulo que más se aboca a nuestro

²⁴⁵ *Idem.* p. 876

tema pretende demostrar la virtud implícita dentro de tal noción, mostrando así un dejo de *iusnaturalismo* en la construcción del concepto aquí problematizado.²⁴⁶

La concepción de "Estado de Derecho" del autor norteamericano, al igual que la de Ferrajoli, se presenta al lector como una categoría teórica ambivalente en esencia. Así, en un primer momento, el "Estado de Derecho" en sentido amplio es entendido por Raz como "la obediencia de la gente al Derecho", es decir, la sujeción de la conducta de ciertos individuos a las normas jurídicas existentes. No obstante, para el *iusfilósofo* en comento, esta definición no aporta en realidad nada nuevo.

En efecto, a decir de Raz la idea de "Estado de Derecho", en el sentido amplio antes apuntado, puede tener mayor sentido si se le intenta desarrollar como un ideal político que finalmente exprese que las normas de un sistema jurídico que se precie de ser calificado como "Estado de Derecho" se caractericen por ser generales, abiertas (normas que sean del dominio público) y "relativamente estables".

Hasta aquí, pareciera que el concepto de Raz puede compatibilizar muy bien con el concepto construido por Ferrajoli alrededor de la idea de "gobierno de las leyes y no de los hombres". De hecho la única diferencia perceptible entre ambos pensamientos radica en que Raz acepta abiertamente que, desde cierta perspectiva, el "Estado de Derecho" representa un ideal político.

En ese sentido, un elemento más que aproxima a los dos teóricos expuestos en este apartado, radica en que Raz concibe como parte fundamental del "Estado de Derecho" "como ideal político" el hecho de que las normas generales, abiertas y relativamente estables determinen la creación de las normas particulares.²⁴⁷

De lo anterior Raz deduce una primera virtud del "Estado de Derecho":

²⁴⁶ Ciertamente es que la cultura jurídica anglosajona no conoce una traducción directa de la expresión "Estado de Derecho" usualmente empleada dentro de la cultura jurídica romanista, no obstante la expresión "*rule of law*" propia de aquella puede servir para el examen que aquí pretendemos realizar, sobretodo considerando la traducción que de la obra en cita realizó el maestro Tamayo y Salmorán, en la cual presenta una serie de argumentos que justifican el sentido de la traducción empleado. Raz, Joseph. "El Estado de Derecho y su virtud." en *La autoridad del Derecho. (Escritos sobre Derecho y Moral)* (Tit. orig. *The authority of Law.* trad. Tamayo y Salmoran, Rolando.) Ed. UNAM. México, 1992. p. 263.

²⁴⁷ Raz, Joseph. "El Estado de Derecho y su virtud." en *La autoridad del Derecho.* p. 267.

“La única área (sic) en que el estado de derecho excluye todas las formas de poder arbitrario es en la función aplicadora de derecho por parte de la judicatura, donde se requiere que los tribunales estén sometidos únicamente al derecho y que se conformen a procedimientos bastante estrictos. No menos importante es la limitación impuesta por el estado de derecho a la creación de disposiciones jurídicas particulares y, consecuentemente, a las facultades del ejecutivo.”²⁴⁸

Como puede deducirse de la cita anterior, la virtud fundamental que para Raz conlleva el “Estado de Derecho” es la eliminación del ejercicio arbitrario del poder público, puesto que desde su perspectiva el apartar dicho ejercicio arbitrario permitirá cierta perdurabilidad en la vigencia de las normas, confiriendo en consecuencia a los individuos cierta predecibilidad de acción, garantizando así que los sujetos al sistema normativo puedan alcanzar efectivamente sus objetivos particulares.

De igual manera, partiendo de la idea que concibe al Derecho como un medio de control social, el autor norteamericano reconoce como virtud del “Estado de Derecho” su capacidad de guiar la conducta de los hombres hacia los propósitos que el sistema normativo pretende cumplir.²⁴⁹

Ahora bien, a pesar de las similitudes que comparte con Ferrajoli, Raz se esfuerza por construir un concepto formal de “Estado de Derecho”, es decir, un concepto que no determine el contenido de las normas que constituirían un “Estado de Derecho”, contraviniendo así la idea de un “Estado de Derecho Sustancial” propuesta por el teórico italiano, en este sentido el autor anglosajón sostiene:

*“(El estado de derecho) No se debe confundir con democracia, justicia, igualdad (ante el derecho o de otra manera), ni con derechos humanos de cualquier tipo ni con el respeto por las personas o por la dignidad del hombre. Un sistema jurídico no democrático, basado en la negación de derechos humanos, en una gran pobreza, en segregación racial, en desigualdad sexual y en persecución religiosa puede, en principio, conformarse con los requerimientos del estado de derecho mejor que cualesquiera de los sistemas jurídicos de las más ilustradas democracias occidentales.”*²⁵⁰

En ese orden de ideas, Raz justifica el argumento que niega un contenido predeterminado al “Estado de Derecho” arguyendo que los principios configuradores de dicha noción dependerán de las circunstancias particulares de cada sociedad.

²⁴⁸ *Idem.* p. 274.

²⁴⁹ “La conformidad al estado de derecho es esencial para asegurar cualquier propósito que el derecho está destinado a alcanzar.” *Idem.* p. 280.

²⁵⁰ *Idem.* p. 264. Las cursivas nuestras.

A pesar del razonamiento anterior, el autor en cita finalmente enuncia una serie de principios que, desde su parecer, invariablemente deben integrar al "Estado de Derecho", afirmando que, al tratarse de principios no referidos a cuestiones tales como quien o quienes deben producir las normas o cuales deben ser los contenidos de éstas, se trata de principios exclusivamente formales. Entre dichos principios encontramos: el que todas las disposiciones jurídicas deban ser prospectivas, abiertas y claras (es decir, que no permitan lugar a confusiones); cierta estabilidad normativa; el establecimiento de nuevas normas fundadas en disposiciones jerárquicamente superiores, abiertas, estables, claras y generales; la independencia de los tribunales frente a toda autoridad distinta a ellos; y cierta accesibilidad a éstos.

Como anunciamos anteriormente, el análisis que hasta aquí se ha desarrollado respecto de cómo concibe Raz al "Estado de Derecho" ha tratado única y exclusivamente de tal categoría "como ideal político", sin embargo, al igual que para Ferrajoli, la elaboración de dicha perspectiva no implica que nuestro autor excluya un examen de la misma desde el punto de vista jurídico. De hecho sostiene:

"... en la teoría política y la jurídica (*el estado de derecho*) ha llegado a ser interpretado en un sentido restringido, de que el gobierno debe ser regido por el derecho y sometido a él."²⁵¹

Si Raz acepta como jurídicamente válida esta definición de "Estado de Derecho" ¿por qué construir toda una argumentación en torno a dicha noción "como ideal político"? La razón para no ocuparse del concepto que nos ocupa desde la perspectiva de la teoría jurídica, a decir del propio *iusfilósofo*, reside en que la propia expresión del lenguaje entraña su significado. En efecto, para Raz decir que el "Estado de Derecho" implica la sujeción del ejercicio de gobierno a las normas jurídicas del Estado, resulta una "vacua tautología", puesto que:

"Las actividades no autorizadas por el derecho no pueden ser acciones de un gobierno como gobierno(sic). No tendrían efecto jurídico y frecuentemente serían ilícitas."²⁵²

Ahora bien, si consideramos que además de la afirmación anterior Raz acepta la identidad "sistema jurídico-Estado"²⁵³, consideramos válido deducir que su

²⁵¹ *Idem.* p. 265.

²⁵² *Loc. cit.*

concepción jurídica del "Estado de Derecho" puede inscribirse en lo que hemos denominado "el paradigma iuspositivista del Estado de Derecho".

Lo anterior es así puesto que si nuestro autor acepta que no puede existir más Derecho que el producido por el Estado y al mismo tiempo que la expresión "Estado de Derecho" implica que toda actividad gubernamental se rige por el Derecho previamente establecido por dicho ente, finalmente tendrá que aceptarse que el ejercicio legislativo se encuentra regido por determinadas normas jurídicas, o dicho de otro modo que "el derecho regula su propia producción".

²⁵³ "Todo Estado... tiene un sistema jurídico que constituye el derecho del Estado, y todo sistema jurídico nacional es el derecho de un Estado... la identidad de los sistemas jurídicos está vinculada con la del Estado." Raz, Joseph. "La identidad de los órdenes jurídicos" en *La autoridad del Derecho. (Ensayos sobre Derecho y Moral)*, p. 130.

2. LA DESOBEDIENCIA CIVIL

2.1 FORMAS DE DESOBEDIENCIA A LA LEY.

En el presente capítulo pretendemos analizar las distintas formas de desobediencia a la ley que se asemejan a la “Desobediencia Civil” a fin de encontrar los rasgos distintivos en ésta y así poder realizar la confrontación con la idea de “Estado de Derecho” desarrollada en el capítulo precedente.

2.1.1 FORMAS DE DESOBEDIENCIA A LA LEY DISTINTAS DE LA “DESOBEDIENCIA CIVIL”.

En el presente apartado analizaremos tres de las figuras de desobediencia a la ley cuyas características se asemejan en cierta medida con las que delimitan a la “Desobediencia Civil”, razón por la cual frecuentemente se le confunde, a veces incluso de manera deliberada.

2.1.1.1 Resistencia Civil.

La línea divisoria entre la “resistencia civil” y la “desobediencia civil” resulta harto delicada, en principio por que ambas formas de conducta son desplegadas en contra de normas o actos producidos por los órganos de poder, al estimar que los mismos resultan injustos o que no son acordes con los valores y principios expresados en el ordenamiento jurídico.

A decir de Rodríguez Varela y Vanossi la primer mención al “Derecho de Resistencia” puede encontrarse en la carta de derechos entregada a los aragoneses por el Rey Alfonso III de España, en la cual se establece la facultad de los súbditos de

sublevarse contra el Rey cuando éste agrediera a cualquiera de los señores feudales.¹ En un sentido semejante se expresa la Carta Magna inglesa de 1215 en cuyo artículo 25 se instituye un “comité de resistencia” compuesto por veinticinco barones, con el derecho de reprimir al rey cuando cometiera alguna transgresión a las prerrogativas reconocidas en el documento mencionado.

La teoría de la “Resistencia Civil” se construye en principio en el seno de la escolástica y se presenta como una propuesta de acción en contra de las normas positivas que son consideradas injustas, en virtud de contravenir las prescripciones suprapositivas dictadas por la Divinidad para la convivencia entre los hombres, las cuales existen previo a la creación del Estado y en consecuencia sobre él.²

“... Dios es la Causa Eficiente primera del orden creado, incluso de la naturaleza social y política del hombre que le impele a vivir en una comunidad en la que se constituya un poder ordenado.”³

Aún cuando para la época en la cual se desarrolló esta forma de acción en contra de las normas consideradas injustas, la misma presenta un gran avance frente al absolutismo en boga, no hay que perder de vista que al tratarse de una teoría deducida de principios religiosos, la misma limitaba tal “derecho de resistencia” a las normas temporales, excluyendo así el cuestionamiento a las normas divinas.

El “Derecho de Resistencia” es construido teóricamente a la par de la “Teoría del Tiranicidio” en la cual, partiendo de la premisa de que las normas que rigen las relaciones entre los hombres son determinadas por Dios y que los hombres constituidos en organizaciones políticas deben de promulgar normas positivas que recojan los contenidos determinados por la Providencia, el hecho de que las autoridades temporales contravengan las prescripciones determinadas por la autoridad espiritual, otorga a los hombres la legitimidad suficiente para deponer a la autoridad temporal.

¹ Rodríguez Varela, Alberto y Vanossi, Jorge. “El derecho de resistencia.” en *Anales*. Segunda época. Número 34. Buenos Aires, Argentina. 1997. p. 10

² A este respecto, Rodríguez Varela y Vanossi, sostienen como muestra de la anterior afirmación el criterio fijado por Pedro que se enuncia en los siguientes términos “Es preciso obedecer a Dios antes que a los hombres.” Rodríguez Varela, Alberto y Vanossi, Jorge. *El derecho de resistencia*. p. 7.

³ *Idem* p. 17

De hecho existen algunos teóricos que identifican la potestad del príncipe con su capacidad de apegarse a las normas justas establecidas por la Divinidad, así, para el mencionado teórico:

“... el príncipe es tal sólo si actúa con justicia, observando rigurosamente la ley. En caso contrario se transforma en un tirano y la resistencia por parte de sus súbditos constituye un derecho inalienable.”⁴

En sentido semejante se expresa Santo Tomás de Aquino, en tanto que para el filósofo escolástico la principal finalidad de la instauración de toda autoridad terrenal es su constante actuar atendiendo al bien común, por lo que si tal finalidad no es cumplida, resulta innecesario mantener a dicha autoridad.

No obstante, el propio Santo Tomás y junto con él el Padre Mariana, enuncian como limitante al legítimo empleo de la “Resistencia Civil”, el que la conducta insurrecta sólo pueda ser empleada cuando la tiranía sea del todo insoportable, lo que implica una valoración especial de la circunstancia, en donde se debe analizar que tipo de conducta – si la tolerancia a la tiranía o su resistencia – traería menos daños a los súbditos.

Tal vez una de las aportaciones más importantes a la teoría política por parte de la “Teoría de la Resistencia Civil” sea el hecho de que niega de antemano el poder absoluto del príncipe, puesto que si éste debe apegarse a las normas determinadas por la Providencia, hay quienes ven en ello una primera limitante al poder del Estado. En este sentido, al parecer es Francisco Suárez el primero en exponer, dentro de sus ideas en torno a la “Resistencia Civil”, que la relación entre el monarca y sus súbditos no es en realidad una relación determinada por la Divinidad, sino que se deriva de un contrato o cuasi-contrato por el cual la comunidad le otorga al príncipe la potestad de gobernar, en consecuencia, cuando el príncipe se extralimita en sus potestades, el pueblo puede hacer uso del *ius resistendi* para defenderse.

Ya en la época moderna y con una teoría contractualista más definida que la que se puede derivar de Suárez, encontramos diversos pasajes de la obra de Jhon Locke *Segundo Tratado del Gobierno Civil* en los que se evidencia la razón expuesta anteriormente en el sentido de que los individuos que constituyen un Estado tienen la

⁴ *Idem.* p. 12

facultad de no obedecer sus normas, cuando estas contravengan los principios constitutivos plasmados en el contrato social. En palabra del teórico inglés:

“Allí donde termina la ley, empieza la tiranía, si la ley es transgredida para daño de alguien. Y cualquiera que, en una posición de autoridad, excede el poder que le ha dado la ley y hace uso de la fuerza que tiene bajo su mando para imponer sobre los súbditos cosas que la ley no permita, cesa en ese momento de ser un magistrado, y, al estar actuando sin autoridad, puede hacerse frente igual que a cualquier hombre que por la fuerza invade los derechos de otro.”⁵

Consideramos de trascendental importancia mencionar que este “derecho de resistencia ha sido reconocido por ordenamientos positivos, lo que permite evaluar la importancia que la teoría al respecto ha logrado obtener. A manera de ejemplo, creemos prudente recordar que ya en el 2º artículo de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, expuesta a la luz pública en 1789, reconocía como un derecho esencial en el hombre, el “Derecho de Resistencia”. Dice así el mencionado artículo:

“El fin de toda acción política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”

En relación con la segunda de las categorías aquí confrontadas, hemos de decir que la “Teoría del Derecho de Resistencia” introdujo ya elementos a favor de la “Desobediencia Civil”, en la medida en la que expone la posibilidad de examinar el contenido del derecho positivo, teniendo siempre presente como idea regulativa la suposición del “pacto social”.

No obstante que creemos que la afirmación anterior se encuentra lo suficientemente fundada, para Arendt la diferencia entre la “Resistencia” y la “Desobediencia” es más bien profunda en cuanto que las teorías sobre el derecho de resistencia justifican el actuar del pueblo contra el gobierno, solamente en la medida en la que los órganos estatales efectúen en su contra alguna agresión de manera directa; mientras que por su lado la “Desobediencia Civil” se visualiza como una forma de acción que busca prevenir la aplicación de las normas “ofensivas” contra la ciudadanía.⁶

⁵ Locke, Jhon. *Op. cit.* pp. 198 y199.

⁶ Arendt, H. *Crisis de la República*. Ed. Taurus. Barcelona, España. 1998. pp. 94 y ss.

Un elemento importante que tendremos que considerar en lo futuro para garantizar un desarrollo estricto del presente trabajo, se deduce de la siguiente crítica presentada por Mario Justo:

“... la circunstancia de que el derecho de resistencia a la opresión sea un derecho natural no impide, como antes se ha visto, su institucionalización, vale decir su reconocimiento o consagración como derecho positivo. Lo que ocurre es que como el Estado de Derecho implica un orden constitucional integral y continuo, excluye por lo mismo la posibilidad teórica de la opresión y, consiguientemente, la necesidad de remedios extrajurídicos. Si el Estado de Derecho lo es de verdad y en plenitud, no puede haber opresión ni se requieren, por tanto, medidas para resistirla. Dicho de otro modo, en el derecho positivo, dentro de los marcos del Estado de Derecho, el derecho de resistencia a la opresión no tiene razón de existir porque el constitucionalismo implica la imposibilidad jurídica de la opresión y la posibilidad jurídica de impedir, o, en su caso, reparar los “abusos” y corregir y modificar los “usos”. Sólo con motivo de los “casos críticos”, es decir, cuando el Estado de Derecho está “en crisis”, nace y se justifica aquel derecho. Pero tal nacimiento y justificación son extraños al derecho positivo. Con respecto a éste, una insurrección es siempre, formalmente, un acto ilícito.”⁷

A pesar de que una confrontación con ideas semejantes a las plasmadas por Justo será motivo de un apartado posterior, no queremos dejar de pasar la oportunidad para manifestar nuestra oposición a dicha postura en tanto que Justo comete uno de los errores más constantes entre los juristas al hablar el “Estado de Derecho” sin haber clarificado de manera estricta el término, pues como creemos que ha quedado demostrado, desde cierto punto de vista (la del positivismo jurídico), toda norma puede finalmente formar parte del “Estado de Derecho”.

2.1.1.2 *Acción Revolucionaria.*

En términos generales la “Revolución” o como nosotros la llamamos la “Acción Revolucionaria” es comprendida como la transformación de un determinado orden social (y en consecuencia del orden normativo que lo conforma) de manera radical y violenta para ser sustituido por otro que se supone esencialmente distinto, el cual se formaliza a través de un ordenamiento jurídico.

⁷ Justo López, Mario. *Introducción a los Estudios Políticos*. Tomo II. Ed. Depalma. s.n.e. Buenos Aires, Argentina. 1983. p.86.

No obstante que los siglos XIX y XX pueden ser calificados como revolucionarios en virtud del gran número de estos acontecimientos que ocurrieron durante dichos lapsos, el análisis del este fenómeno político se remonta hasta la antigüedad, en donde Aristóteles habla de la revolución como una acción concertada que transforma la constitución de una comunidad política, si bien al hablar de constitución el filósofo griego no se refiere a un texto normativo como al que nos refiere actualmente dicho signifiante, sino más bien a la forma de organización de las distintas clases sociales que componen la comunidad política.

El principal motivo que encuentra Aristóteles como causa de la transformación de una comunidad política es la constante pugna entre las clases alta, media y baja por lograr la hegemonía dentro de dicha comunidad. Al respecto, el estagirita apunta:

“Todas las constituciones... tienen cierto elemento de justicia, pero son deficientes con arreglo a un patrón absoluto; y por esta causa unos y otros, cuando no obtiene en la república la parte que estiman corresponder a las ideas que sustentan, promueven la revolución.”⁸

En refuerzo de lo expresado por Aristóteles, debemos decir que Arendt por su parte considera que la desintegración de los sistemas políticos, entendiendo por ésta la “la progresiva erosión de la autoridad gubernamental” causada por la ineficacia de los órganos gubernamentales, es la causa fundamental de toda revolución, en la medida en la que los ciudadanos comienzan a dudar de la legitimidad de tales órganos, así como que para Carvent toda revolución es precedida de un proceso en el cual la dirección política del Estado pierde credibilidad frente a la población en general.⁹

Sin demérito de lo anterior, Aristóteles también apunta que es posible evitar la acción revolucionaria en la medida en la que las clases en disputa logren establecer ciertos equilibrios entre ellas y respondan a los principios que las rigen.

Algunas de las ideas aristotélicas respecto de la revolución, serán retomadas por el marxismo con la particularidad de que para esta corriente del pensamiento filosófico las clases que se contraponen son esencialmente dos (burguesía y proletariado, en donde tal ideología toma partido por una de ellas, el proletariado),

⁸ Aristóteles. *Política*. Ed. Porrúa. 17^a. edición. México, 1998. p. 242.

⁹ Calvert, Peter. *Análisis de la Revolución*. Ed. Fondo de Cultura Económica. 1^a. edición. México, 1974. p. 17.

además de que la transformación revolucionaria se presenta en buena medida como inevitable. Así Lenin apunta:

“Como el Estado nació de la necesidad de refrenar los antagonismos de clase, y como, al mismo tiempo, nació en medio del conflicto de clases, es por regla general, el Estado de la clase más poderosa, de la clase económicamente dominante, adquiriendo con ello nuevos medios para la represión y explotación de la clase oprimida... por excepción, hay periodos en que las clases en lucha están equilibradas, que el Poder del Estado, como mediador aparente, adquiere cierta independencia momentánea respecto a una y otra...”¹⁰

Es importante subrayar el hecho de que para Lenin, al contrario de lo plasmado por Aristóteles, el equilibrio entre las clases es tan solo excepcional.

“Como de puede deducir hasta cierto punto de las palabras de Lenin, los revolucionarios usualmente actúan porque su posición en la sociedad se ve amenaza de manera directa o indirecta por el grupo dominante, con lo que la acción revolucionaria se presenta como un recurso de “defensa legítima”.¹¹

Así, de igual manera que la “Resistencia Civil” y que en la “Desobediencia Civil” existe una crítica a la estructura estatal que se acentúa en demostrar que los derechos o principios tradicionales de limitación de la autoridad se encuentran rebasados y que en dichas circunstancias el bienestar de la comunidad se encuentra en peligro, buscando ampliar la justificación del grupo revolucionario al resto de la comunidad.

Ahora bien, el empleo de la crítica generalizada al régimen existente trae como consecuencia el que se busque su transformación radical, razón por la cual Soriano sostiene que:

“... la revolución se hace fuera del ordenamiento jurídico vigente y contra ese mismo ordenamiento, en tanto que la desobediencia civil se plantea desde dentro del ordenamiento y con respeto al mismo.”¹²

Esta característica es visible sobretodo dentro de la teoría marxista, la cual tiene todo un planteamiento político como contenido de la revolución a desarrollar, así

¹⁰ Lenin, V. *El Estado y la Revolución*. Ed. Letras S.A. 2ª edición. México, 1982. p. 20

¹¹ Calvert, Peter. *Análisis de la Revolución*. p. 266

¹² Soriano, Ramón. *La Desobediencia Civil*. Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias. 1ª. edición. Barcelona, 1991. p. 69

constantemente se argumenta en el sentido de que la finalidad última de la revolución consiste en lograr hacer efectivo dicho programa político.¹³

“El segundo aspecto de la teoría caracteriza ya a la revolución socialista como tal. A lo largo de un periodo de duración indefinida y de una lucha interna constante, van transformándose todas las relaciones sociales. La sociedad sufre un proceso de metamorfosis.”¹⁴

No son pocos los teóricos que sostienen que la acción revolucionaria no puede ser una acción de tipo violento¹⁵, en tanto que al pretender la sustitución de un sistema político por otro, o en términos de Aristóteles el cambio de una clase dominante por otra, ello inevitablemente producirá la resistencia activa y opuesta de los órganos de poder que pretenden ser sustituidos.¹⁶

De hecho, al respecto, Calvert considera que ambas características, por un lado el hecho de que se produzca un cambio radical en las estructuras estatales y el de que se trate de un procedimiento esencialmente violento mantienen cierta relación de causa-consecuencia. Así, al enunciar los aspectos que desde su perspectiva conlleva todo movimiento revolucionario, apunta como uno de ellos:

“Un cambio de gobierno (transición) en un momento claramente definido, logrado por el empleo de la fuerza armada, o de la amenaza verosímil de recurrir a ella...”¹⁷

En torno a la idea de violencia intrínseca en la noción de Revolución, consideramos importante subrayar que tanto los teóricos que reivindican tal método como legítimo para transformar la sociedad, como aquellos que lo pretenden estudiar desde una postura objetiva, coinciden en señalar que no es la acción revolucionaria la que genera la violencia, sino que ésta existe previo a la Revolución quien la emplea para lograr su objetivo, que como ya enunciamos se presupone justo.

¹³ “La revolución permanente, en el sentido que Marx daba a esta idea, quiere decir una revolución... que no se detiene en la etapa democrática y pasa a las reivindicaciones de carácter socialista...” Trotsky, León. *La revolución permanente*. Ed. Fontamara. 2ª. edición. España, 1979. pp. 51 y 52.

¹⁴ Trotsky, León *La revolución Permanente*. p. 55.

¹⁵ “... la revolución es un acto de agresión aplicada. Está encaminada a lograr un fin específico y limitado: el cambio del centro de autoridad en la comunidad.” Calvert, P. Op. Cit. p. 265

¹⁶ “La revolución es violenta, aunque sea incruenta, porque supone la sustitución de un sistema político, y esto necesariamente tiene que provocar la resistencia activa de los anteriores órganos de poder.” Soriano, Ramón. *La Desobediencia Civil*. pp. 71 y 72.

¹⁷ Calvert, P. Op. cit. p. 17

En este orden de ideas Calvert, por ejemplo, sostiene que la violencia existe de por sí en cualquier sociedad estatal, de hecho como expuso Weber el Estado puede ser entendido como el órgano que monopoliza el uso de la fuerza, y que en consecuencia, si se desea transformarlo desde sus cimientos, el revolucionario tendrá ineluctablemente que hacer una valoración del uso de la fuerza como control social, antes de iniciar su acción.¹⁸

En este sentido, es posible encontrar referencias del marxismo que comparten la postura de acuerdo con la cual la violencia existe en el Estado independientemente del ánimo revolucionario que en él pueda o no pervivir, así Lenin apunta.

“La sociedad que se ha movido hasta ahora entre antagonismos de clase, ha tenido la necesidad del Estado, o sea de una organización de la clase explotadora para mantener las condiciones exteriores de producción, y por tanto, particularmente, para mantener por la fuerza a la clase explotada en las condiciones de opresión (la esclavitud, la servidumbre, el trabajo asalariado) determinadas por el modo de producción existente.”¹⁹

Ahora bien, es precisamente en esa violencia institucionalizada de la que hablan los marxistas en la que se fundan para tratar de legitimar la opción violenta que toda revolución implica.

En efecto, de acuerdo con los marxistas para que el proletariado pueda realizar su misión histórica y terminar de una vez y para siempre con la sociedad de clases es necesario que destruya al “Estado” tal y como éste es concebido, es decir que se enfrente a la “fuerza especial de represión” de la burguesía que el estado importa y la sustituya por una fuerza semejante del proletariado, lo que invariablemente provocará actos violentos en el desarrollo de dicho proceso. No obstante lo poco convincente que pudiera resultar esta defensa de la violencia como método, Lenin en particular apunta:

“De aquí la violencia desempeña en la historia otro papel... un papel revolucionario... la violencia es el instrumento con la ayuda del cual el movimiento social se abre camino y rompe las formas políticas y fosilizadas.”

Y de igual manera:

¹⁸ *Idem.* p. 37

¹⁹ Lenin. *El Estado y la revolución.* p. 23.

“... la doctrina de Marx y Engels sobre el carácter inevitable de la revolución violenta se refiere al Estado burgués. Este no puede sustituirse por el Estado proletario (por la dictadura del proletariado) mediante la “extinción” sino sólo como regla general, mediante la revolución violenta.”²⁰

No obstante lo aquí apuntado Aristóteles apunta que la revolución no necesariamente debe ser un acto de violencia en esencia, puesto que la mudanza de la constitución de una comunidad política puede realizarse a través simplemente del engaño, aún cuando acepta que siempre existe la posibilidad de que este último tipo de revolución pueda emplear la fuerza en algún momento.²¹

Otra característica que forma parte de la acción revolucionaria es el de que se trata de una acción esencialmente colectiva puesto que finalmente la única manera de garantizar la permanencia en los cambios de la dirección política, requiere provocar la aceptación por parte de la población de la fuente de la autoridad encargada de la defensa del Estado.

A pesar de lo anterior, Soriano, apunta que conviene que la acción revolucionaria no sea pública, al menos en sus inicios, puesto que de esta manera garantiza en cierta medida su éxito y eficacia.²²

2.1.1.3 Desobediencia Criminal.

La desobediencia criminal pareciera en principio agrupar todas las formas de desobediencia a la ley analizadas hasta el momento. Ello es así porque en términos generales los criminalistas, después de un largo camino intentando construir diversas concepciones del delito desde distintas perspectivas, han concluido que la concepción más objetiva sobre la desobediencia criminal proviene de la conceptualización, eminentemente formal, de acuerdo con la cual toda conducta que contravenga las normas positivas determinadas por el Estado, debe ser considerada como un delito.²³

²⁰ *Idem.* pp. 28 y ss.

²¹ “Prodúcense las revoluciones políticas unas veces por fuerza y otras por engaño. Por la fuerza, cuando los revolucionarios ejercen presión desde el principio mismo de la rebelión o posteriormente. El engaño por su parte puede ser también doble: unas veces los ciudadanos son engañados al principio para que con su asentimiento se lleve a efecto el cambio de gobierno, y posteriormente son sometidos por la fuerza contra su voluntad”. Aristóteles. *Política* p. 247

²² Soriano Op. cit. p. 71

²³ Solís Quiroga, Hector. *Sociología Criminal*. Ed. Porrúa. 3ª. edición. México, 1985. p. 40

En efecto, a decir de Solís Quiroga el defecto de las diversas nociones que se intentaron construir para explicar que debería entenderse como una conducta criminal tuvieron el problema fundamental de enunciar elementos subjetivos con aspiraciones universalistas, que a la postre tuvieron que ser descartados por la complicación que los mismos encarnaban al tratar de encuadrar cierta conducta específica en dichas definiciones.

“... por razones prácticas... aceptamos que la Ley penal nos dé el concepto primario de lo que se entiende por delito, pues en la realidad diaria es el tipo descrito en la ley el que tiene aplicación práctica, y nos evita la inseguridad de nuestro subjetivismo, con un margen de certeza que en otra forma no tendríamos.”²⁴

Ahora bien, la idea del delito o crimen como la conducta prohibida por la norma, o como el elemento normativo que impone un castigo como consecuencia de determinada conducta, deja abierta la posibilidad de que el delito no necesariamente sea visto como una ofensa al mínimo moral de una comunidad, como usualmente se suele caracterizar, sino simplemente como un ataque a la moral del legislador, quien no necesariamente comparte los mismos valores como la comunidad que, se supone, representa.²⁵

La consecuencia que se deduce de la concepción formal del delito o lo que nosotros hemos dado en llamar “Desobediencia Criminal” es rechazada abiertamente por Arendt en principio por la ausencia de publicidad existente en ésta.

De hecho, Solís reconoce la clandestinidad del acto delictivo y apunta que precisamente la búsqueda del desobediente criminal por evitar las consecuencias normativas previstas en la norma es lo que le otorga al delito el *status* de hecho jurídico y no de acto. Factor que finalmente es reconocido por nuestro autor como esencial para la concepción jurídica de la “Desobediencia Criminal”.²⁶

Por su parte, Soriano comenta:

²⁴ Solís Quiroga, Hector. *Sociología Criminal*. p. 45

²⁵ *Idem*. p. 38

²⁶ “El hecho o acto, se refiere a acciones u omisiones; dentro de la teoría del acto jurídico, se le denomina hecho, porque no se ejecuta para que se produzca consecuencias jurídicas, sino precisamente para que no las produzca.” *Idem*. p. 40

“El desobediente criminal actúa a espaldas al aparato protector del Estado y a la opinión pública, como es lógico, para proteger la impunidad de los actos criminales, mientras que los desobedientes civiles... desean la máxima publicidad y transparencia para sus actos.”²⁷

La autora norteamericana también apunta, a fin de diferenciar una y otra conducta, que el transgresor criminal de la norma, aunque forme parte de una organización, siempre está en búsqueda de su propio beneficio y de hecho se opone constantemente tanto a conformarse con el asentimiento de todos, como a someterse a los métodos de represión previstos por el orden normativo en contra de las conductas ilegales.²⁸

En el sentido arriba indicado Soriano apunta:

“La desobediencia criminal es la infracción de la norma jurídica para satisfacer un interés propio censurable con un intento de hurtar la vigilancia de las fuerzas de seguridad del Estado y la aplicación de las sanciones jurídicas.”²⁹

A diferencia de la “Desobediencia Civil” y de la “Acción Revolucionaria” las cuales no se pueden entender sino como una conducta colectiva, la “Desobediencia Criminal” puede ser tanto individual como colectiva, siendo ésta última la suma de acciones individuales o grupos pequeños que atentan contra la estructura o dinámica social cuando no se encuentran lo suficientemente integrados a ella.

Finalmente, una diferencia más entre la “Desobediencia Criminal” y la “Desobediencia Civil” aportada por Solís se deriva de su siguiente afirmación:

“Sabido es que la delincuencia significa, sintomáticamente, una manifestación de debilidad y de inferioridad para resolver conflictos presentes”³⁰

La diferencia que nosotros deducimos de la cita anterior radica en el hecho de que el desobediente no realiza la conducta prohibida por la norma porque no encuentre otro método para resolver el conflicto que la misma norma le plantea, sino que su conducta lo que busca es, sobretodo, la reacción de la autoridad, jurisdiccional

²⁷ Soriano, R. Op. cit. p. 75

²⁸ Arendt, Hannah *Crisis de la República*. p.84.

²⁹ Soriano, R. *Ibidem*

³⁰ Solís, Q. Op. cit. p. 65

en unos casos, ejecutiva en otros, a fin de resolver frente a ellos el desacuerdo moral que siente frente a la norma.

Resulta más o menos evidente que en tanto que la "Desobediencia Criminal" no propugna sino por beneficios particulares no existen razones ideológicas que motiven a los delincuentes a realizar tal conducta, sin embargo existen otro tipo de motivaciones sociales que es preciso no perder de vista.

En efecto, mientras que para Arendt este tipo de desobediencia es consecuencia inevitable de la crisis que sufren las instituciones de gobierno, especialmente la policía,³¹ para Calvert ello es la muestra más evidente de que tan lejos se encuentra la ideología dominante de acercarse a las normas sociales compartidas por la comunidad.³²

A manera de conclusión en relación con la "Desobediencia Criminal" creemos importante apuntar que independientemente de las duras críticas propinadas por los teóricos expuesto en el presente sub-apartado, consideramos necesario apuntar que los conceptos por ellos sostenidos buscan, más que otra cosa, determinar las diferencias entre la desobediencia criminal y la desobediencia civil, realizando sobre ésta una crítica mucho más condescendiente que con aquélla en virtud de su propios prejuicios ideológicos. No obstante, no debemos perder de vista que en algunas ocasiones la conducta delictiva no conlleva necesariamente una intencionalidad de erosionar el orden establecido, sino que es consecuencia de un orden social incapaz de otorgar opciones de desarrollo y crecimiento a los miembros que integran dicho orden. En este sentido, Solís apunta:

"Los juristas tratan de la delincuencia como de la más grave perturbación del orden jurídico, y piensan que tanto la ley como la autoridad deben intervenir para restablecerlo. Sin embargo, esto no es sino una aspiración a menudo sin contenido, porque el llamado restablecimiento del orden no es sino una teoría que en nada beneficia a la sociedad..."

En este sentido, a lo que específicamente se refiere Solís es al hecho de que el restablecimiento del orden jurídico como es entendido en la cultura jurídica

³¹ Arendt, H. Op. cit. p. 81-82

³² Calvert. Op. cit. p. 21

occidental, no garantiza que en realidad se estén resolviendo de manera efectiva las causas que originaron tal “perturbación”.

2.1.2 TEORÍA DE LA “DESOBEDIENCIA CIVIL”. DEFINICIÓN, CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS.

Una vez analizadas las distintas formas de acción semejantes a la Desobediencia Civil, nos proponemos en lo que sigue descubrir la definición de ésta última forma de conducta de desobediencia a la ley, así como sus características o elementos esenciales, a fin de que al confrontar dicho concepto con el de “Estado de Derecho” desarrollado en el primer capítulo de este trabajo, evitemos, en la medida de lo posible, partir de premisas prejuiciosas.

Por otra parte, al final del presente apartado expondremos comparativamente las características de las diferentes formas de desobediencia a la ley expuestas anteriormente a fin de lograr una distinción adecuada entre tales conductas, lo que de cierta manera nos dará pautas para exponer nuestra tesis final, en el sentido de que la “Desobediencia Civil” no se contrapone al “Estado de Derecho” e incluso, puede llegar a redeterminarlo.

Para entender a cabalidad la importancia del fenómeno en cuestión consideramos importante tener presente que éste puede inscribirse sobre todo dentro de la época del llamado “Estado Moderno”. En efecto, como veremos en el desarrollo del presente capítulo la idea de “Desobediencia Civil” es justificada atendiendo una serie de argumentos fundados sobretodo en la participación democrática y en el concepto de ciudadanía (entendida como derecho de participar en las decisiones de los órganos estatales), los cuales no pueden entenderse fuera del horizonte teórico del “Estado Moderno” en el cual tanto la libertad como la igualdad entre los hombres se da por sentada de antemano.

Así, para Soriano la desobediencia civil debe verse como protesta del ciudadano que considera que vive en un Estado falto de legitimidad, y que en ejercicio de su libertad de expresión o fundado en valores jurídicos superiores desobedece las

normas injustas. En consecuencia, nos dice el autor español, tal conducta normalmente es relacionada con las crisis de la democracia y con un orden estatal que ha perdido legitimidad.³³

En efecto, los partidarios de la “Desobediencia Civil” tienen como una de sus principales premisas el hecho de que el gobierno puede llegar a ser corrompido de tal manera que se aleje de su función principal es decir la búsqueda del bien común a través de la realización de los valores comunes. En este sentido Henry D. Thoreau, el primer teórico en utilizar el concepto aquí a dilucidar sostenía:

“El gobierno por sí mismo... no es más que el medio elegido por el pueblo para ejecutar su voluntad, es igualmente susceptible de originar abusos y perjuicios...”³⁴

Por su parte, es Hannah Arendt quien nos proporciona algunos otros elementos teóricos que permiten descubrir porque la “Desobediencia Civil” como conducta efectivamente realizada, implica necesariamente un cuestionamiento a la legitimidad del Estado. Nos dice la filósofa estadounidense:

“La obligación moral de obedecer a las leyes se ha hecho derivar tradicionalmente de la suposición de que o bien se consentía en obedecerlas o, en realidad, era su propio legislador; de esta manera se suponía que los hombres no están sujetos a una voluntad extraña sino que solamente obedecen a sí mismos – con el resultado... de que lo que se concebía como conflicto tradicional entre el ciudadano, preocupado por el bien común y el yo mismo, buscador de su propia felicidad, se ha interiorizado. Esta es la esencia de la solución rousseauiano-kantiana al problema de la obligación y su defecto... es que traslada el conflicto a la conciencia.”³⁵

De lo anterior, consideramos válido deducir la causa por la cual el fenómeno de la desobediencia a la ley aquí a dilucidar implica, necesariamente, una crítica a la legitimidad del Estado, en tanto que si Arendt tiene razón – como nosotros creemos que la tiene – y finalmente, en el momento en el que se supone al pueblo como soberano del Estado se traslada el problema de la obediencia moral de la norma a la conciencia individual de cada ciudadano, la desobediencia civil evidenciaría, en cierta

³³ Soriano, R. Op. cit. p. 12 y ss.

³⁴ Thoreau, Henry D. *Walden seguido del deber de la desobediencia civil*. (Tit. orig. *Walden or Life in the wood; On duty of Civil Disobedience*. trad. Sánchez-Rodrigo, Carlos.) Ed. Ediciones del Cotal. 2ª edición. Barcelona, España. 1979. p. 340.

³⁵ Arendt, H. Op. cit. p. 92.

medida, la disconformidad del ciudadano con algunas de las normas estatales, pero el ánimo de permanecer dentro de la comunidad constituida.³⁶

Para Arendt, el asentimiento respecto del Estado como suposición de una afiliación voluntaria de cada ciudadano a la comunidad, debe ser analizada a profundidad para ver la posibilidad de su realización efectiva.

“... el asentimiento tácito general – el “acuerdo tácito, una especie de *consensus universalis*”... – tiene que ser distinguido cuidadosamente del asentimiento a las leyes específicas o a una determinada política, o a las que no alcanza aunque esas sean el resultado de decisiones mayoritarias. (...) Este asentimiento, creo, resulta, desde luego enteramente ficticio... El mismo gobierno representativo se halla hoy en crisis, en parte porque ha perdido, en el curso del tiempo, todas las instituciones que permitían la participación efectiva de los ciudadanos y en parte por el hecho de verse afectado por la enfermedad que sufre el sistema de partidos: la burocratización y la tendencia de los... partidos a representar únicamente a su propia mayoría.”³⁷

En consecuencia, al parecer, la “Desobediencia Civil” se encuentra legitimada en la medida en la que las autoridades establecidas no sean capaces de mantener las condiciones generales en las que se estableció una comunidad determinada.

Ahora bien, si aceptamos la posibilidad de que la desobediencia a la ley pueda llegar a ser legítima en vista de las razones apuntadas en los párrafos que anteceden, debemos reconocer puntualmente las características que la distinguen del resto de las formas de desobediencia a la ley enunciadas anteriormente.

2.1.2.1 Definición de “Desobediencia Civil”

Como hemos señalado con anterioridad, en términos generales los teóricos analizados en el presente apartado coinciden en atribuir el concepto de “Desobediencia Civil” a Henry Thoreau quien pronunció un discurso así titulado en enero de 1848, como una reacción de rechazo a la política intervencionista de los Estados Unidos de

³⁶ “... (en) el contrato social originario de Locke en el que no el gobierno, sino la sociedad – entendiendo esta palabra en el sentido de *societas* latina – introdujo una “alianza” entre todos los miembros individuales quienes contratan para gobernarse tras haberse ligado entre sí...” *Idem.* p. 85

³⁷ *Idem.* p. 96

América, hacia nuestro país.³⁸ A pesar de lo anterior no es posible obtener una definición puntual del fenómeno en estudio del escrito antes señalado, si bien sí argumentos en defensa de su legitimidad así como algunos de los rasgos característicos más fundamentales y líneas de acción que se han mantenido hasta nuestros días como algunos de los métodos más empleados en este tipo de acciones.

Ahora bien, como definiciones concretas de "Desobediencia Civil" presentamos aquí sólo algunas de las encontradas a lo largo de nuestra investigación, seleccionadas en razón de los elementos que le otorgan a quien se acerca por primera vez a este fenómeno político de implicaciones normativas.

Para Rawls la "Desobediencia Civil" puede explicarse en los siguientes términos:

"... un acto ilegal público, no violento, consciente y político realizado con el deseo de provocar un cambio en el derecho o en la dirección política del gobierno."³⁹

Podemos considerar además la definición propuesta por Bobbio, la cual presenta un sentido más teleológico al calificarla como:

"... una forma particular de desobediencia llevada a cabo con la finalidad inmediata de mostrar públicamente la injusticia de la ley y la finalidad mediata de inducir al legislador a cambiarla."⁴⁰

Finalmente encontramos presentamos la propia definición de Ramón Soriano.

"La desobediencia civil en tal sentido consiste en el acto público y no violento de desobediencia de determinadas normas del ordenamiento jurídico por un motivo de justicia, manifestada públicamente, con el objeto de provocar un cambio legislativo o de la orientación política, una vez perdida la fe en la eficacia de otros procedimientos jurídicos ordinarios."⁴¹

Como resulta más o menos apreciable, las definiciones hasta aquí expuestas entrañan ya algunos de los elementos característicos de la "Desobediencia Civil" que serán desarrollados en lo que sigue.

³⁸ Thoreau, Henry D. *Walden seguido del deber de la desobediencia civil*. p. 339.

³⁹ Rawls, Jhon. *Teoría de la Justicia*. Ed. Fondo de Cultura Económica. s.n.e. México, 1998. p. 384

⁴⁰ Citado por Soriano, R. Op. cit. p. 27.

⁴¹ *Idem*. p. 28.

2.1.2.2 *Objetivo de la “Desobediencia Civil”.*

En tanto que la “Desobediencia Civil” se plantea como un cuestionamiento a la potestad de obligar que frecuentemente se le atribuye a la norma, la finalidad de este cuestionamiento no puede ser otro que la transformación de la norma que resulta cuestionada por alejarse de los principios morales compartidos por la comunidad.

Es esta intencionalidad de buscar una transformación en la norma, la que diferencia al objetor de conciencia del desobediente civil. Este último no verá satisfecha su pretensión sino en la medida en la que la norma o el programa de gobierno cuestionados sean transformados o al menos derogados.

Así, de acuerdo con las diferentes teorías de la desobediencia civil consultadas para el desarrollo del presente trabajo, el desobediente civil no podría aceptar una simple excepción de la obligatoriedad de la norma que le fuera aplicable, necesariamente tendría que buscar la transformación de la misma.

A pesar de la radicalidad que pudiera deducirse del objetivo concreto que se plantea la “Desobediencia Civil”, es importante subrayar que la crítica planteada se limita tan solo a una norma o conjunto de normas de un determinado orden jurídico y no a todo el ordenamiento, por lo que el desobediente civil tendrá que hacer patente su adhesión al resto de las normas estatales.

2.1.2.3 *El principio de justicia de la comunidad.*

En términos generales los teóricos consultados para el desarrollo del presente tema coinciden en aceptar que la “Desobediencia Civil” siempre encuentra como fundamento los principios de justicia compartidos con la comunidad.

De hecho, los teóricos consultados al respecto se caracterizan por enunciar como elementos motivadores de la “forma de desobediencia a la ley” no sólo la búsqueda de la transformación de normas que son consideradas eminentemente injustas, sino incluso a algunos valores que reconocidos por el propio ordenamiento,

llegan a ser violentados por las propias autoridades gubernamentales, sin que los mecanismos previstos para su defensa sean efectivos en este sentido.

Así para Soriano, la desobediencia civil debe ser entendida:

“... como procedimiento de apelación de la preferencia de los valores jurídico constitucionales, como ejercicio de una libertad fundamental y como alternativa a una crisis de jurisdicción que hace inviable la protección de los derechos...”⁴²

En este sentido, un ejemplo más o menos generalizado en las obras que se refieren a este tipo de conducta crítica frente a ley es el de los actos de “Desobediencia Civil” realizados durante la década de los sesenta en los Estados Unidos de América en defensa de los derechos civiles de la población afroamericana, en donde, sobretodo al inicio de dicho movimiento social, se cuestionaban las leyes de segregación racial de algunos de los Estados del sur de la Unión Americana.

Así, la causa eficiente de la “Desobediencia Civil” siempre lo es un motivo de justicia, aún cuando tal motivo sea propio de intereses ajenos a los de las personas que ejercen este tipo de conducta.

“... la desobediencia entraña una crítica a la justicia de la norma; el desobediente clama por el cambio legislativo o de acción política, por entender que la norma es injusta o que los poderes públicos actúan injustamente.”⁴³

2.1.2.4 El principio de definitividad.

Ya hemos señalado, al hablar del objetivo principal de la “Desobediencia Civil” que tal tipo de acción se plantea única y exclusivamente respecto de algunas de las normas que conforman el todo del ordenamiento jurídico, así como que de una u otra forma el desobediente civil deberá hacer patente su asentimiento con el resto de las normas del mencionado ordenamiento.

A este respecto, una característica que apoya tal afirmación es aquella que el Profesor Berumen Campos ha dado en llamar “el principio de definitividad” necesario

⁴² *Idem.* p. 13.

⁴³ *Idem.* p. 53

para legitimizar la desobediencia, y que consiste en el hecho de que el desobediente civil haya agotado todos los recursos legales a su alcance para lograr su objetivo final.

En este sentido, Habermas apunta:

“Quien protesta de esta forma se encuentra en una situación en la que, en una cuestión de conciencia, sólo le quedan medios drásticos cargados de consecuencias personales si pretende incitar a un nuevo debate o a una nueva formulación de la voluntad acerca de una norma en vigor o una política con eficacia jurídica así como para dar el impulso inicial a una posible revisión de la opinión mayoritaria. Quien se decide a poner en práctica la desobediencia civil a la vista de las consecuencias de una norma reputada ilegítima no se dará por contento con el hecho de que se hayan de agotar todas las posibilidades de revisión de la norma previstas institucionalmente.”⁴⁴

No obstante, para Soriano, esta característica no debe considerarse imprescindible para que la desobediencia sea considerada como legítima en virtud de que en ocasiones, señala el teórico español, tales instancias implicarían un mayor retraso en la “mejora” de las condiciones injustas cuestionadas por los desobedientes civiles, o mayores costos; además de que señala que, una postura radical del agotamiento de las vías predeterminada entrañaría un profundo desconocimiento de la posibilidad de que se empleen medidas, determinadas normativamente, que pueden resultar dilatorias de los procedimientos establecidos.⁴⁵

Para algunos otros teóricos, el agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico para transformar una norma puede no ser imprescindible en los casos en los que sea mas o menos evidente que los medios previstos para producir una transformación normativa no funcionen con la regularidad prevista o que a pesar de los medios de defensa interpuestos contra la norma cuestionada, los órganos gubernamentales persistan en modos de acción en los que dicha norma sea constantemente aplicada.

⁴⁴ Habermas, J. *Escritos políticos* Ed. Península. 4ª edición. Barcelona, España. 2000. p. 55.

⁴⁵ Soriano, R. Op. cit. p. 33.

2.1.2.5 La publicidad de la acción.

La "Desobediencia Civil" entraña necesariamente un ánimo de publicidad tanto por los métodos utilizados, como por los objetivos planteados. Ello es así en principio porque, como se señaló con anterioridad, los desobedientes civiles apelan al sentimiento de justicia de la comunidad para demostrar la legitimidad de su actuar, así como para evidenciar su nula intención de subvertir el orden establecido.

De hecho, de acuerdo con Soriano, el adjetivo "civil" que conforma la terminología de esta particular manera de desobediencia a la ley se refiere directamente a que tal forma de acción es empleada por los ciudadanos y no por corporaciones tales como el ejercito.

El hecho de que la desobediencia sea ejecutada por los ciudadanos, a decir de Soriano se traduce en que este tipo de desobediencia se sitúa en la base de la reformulación consensual y pactista de la sociedad.

Arendt, comparte la visión de Soriano al afirmar que la "Desobediencia Civil" nunca se practica individualmente sino siempre como miembros de un grupo que comparten una comunidad de intereses. En este sentido la filósofa norteamericana acepta que la oposición a la ley se genera, de manera evidente, en la conciencia interna de cada individuo, pero que sin embargo cuando quienes cuestionan la justicia de la norma o la creen contraria a los valores reconocidos en el ordenamiento jurídico hacen manifiesto el sentido de su conciencia al respecto, la opinión generada en lo individual se transforma en parte de la opinión pública, con la consecuencia de que la fuerza de dicha opinión ya no depende de los argumentos generados en la conciencia, sino del número de personas que están de acuerdo con ella.⁴⁶

Respecto de la característica de publicidad, Soriano apunta:

"Este requisito de la publicidad es para nosotros de extraordinaria relevancia, al ser la cualidad que más transparentemente diferencia a la desobediencia civil de otras formas de desobediencia, la desobediencia se ejercita con las miras puestas en su conocimiento público, por que esta

⁴⁶ Arendt, H. Op cit. p. 76

publicidad es el último resorte que queda a los desobedientes para conseguir sus aspiraciones...⁴⁷

El ánimo de publicidad que existe en los actos de desobediencia civil es más evidente si consideramos que los mismos suelen realizarse en la calle, en las grandes concentraciones de personas, o en lugares especiales o con actos especiales encaminados a llamar la atención de los medios de comunicación social.

2.1.2.6 No violencia.

Procedimentalmente, la desobediencia civil se caracteriza por no ser violenta, a lo cual varios de los teóricos citados aclaran al respecto que, ello no quiere decir que el acto no pueda llegar a ser violento en el momento en el que la desobediencia sea reprimida, sin embargo la violencia no puede iniciar por parte de los desobedientes civiles.

“La desobediencia civil es pacífica, porque en el ánimo de los desobedientes sólo está el conocimiento público de su problema, no deseando que tal manifestación termine en un altercado público...”⁴⁸

De hecho, Habermas apunta que el carácter intrínsecamente no violento de las acciones de “Desobediencia Civil”, por un lado, implica el reconocimiento de que dicho tipo de acción es meramente simbólico y, por el otro, evidencia la intención del desobediente civil a apelar al sentimiento de justicia de la comunidad.⁴⁹

Así, los autores consultados aceptan que los desobedientes civiles puedan utilizar casi cualquier método de convencimiento y persuasión, exceptuando el empleo de la violencia.

A manera de ejemplo de los métodos no violentos empleados por los desobedientes civiles” para lograr las transformaciones normativas deseadas, encontramos la propuesta por Thoreau quien en su llamado a la “Desobediencia Civil”

⁴⁷ Soriano, R. Op. cit. p. 53

⁴⁸ *Idem.* p. 71-72

⁴⁹ Habermas, J. *Ensayos políticos.* p. 54

plantea como método de presión al gobierno el no pago de impuestos, con lo que espera incidir en las decisiones de su gobierno sin necesidad de recurrir a la violencia.⁵⁰

2.1.2.7 Aceptación del Castigo.

Algunos juristas incluyen dentro de los requisitos o condiciones de una legítima desobediencia civil la aceptación por parte de los desobedientes de las sanciones jurídicas correspondientes a los actos ilegales efectuados. No obstante lo anterior existen posturas como las de Arendt quien expone:

“Resulta muy triste que, a los ojos de muchos un “elemento de autosacrificio” sea la mejor prueba de la “intensidad de la preocupación”, de la “seriedad del desobediente y de su fidelidad a ley” porque el fanatismo sincero es habitualmente la señal distintiva del excéntrico y, en cualquier caso, torna imposible una discusión racional de las cuestiones en juego.”⁵¹

Por el contrario, para nosotros tal vez la aceptación del castigo no sea un elemento esencial, puesto que de realizarse el objetivo de la acción de desobediencia en análisis, lógicamente el desobediente civil no podría ser penalizado o, la penalización impuesta – en el caso de lo que se ha dado en llamar “desobediencia civil directa” (la cual expondremos más adelante) – debería ser eliminada de haber sido decretada antes de la transformación de la norma o política gubernamental objeto de crítica en virtud del principio de retroactividad de la ley a favor del reo. Sin embargo, consideramos que en tanto que el desobediente apela a los valores públicos, su *abierto disposición a aceptar el castigo* previsto como consecuencia de su actuar ilegal, demostrará el desarrollo de su capacidad crítica, en la medida en la que al mantener esta disposición mostrara su intención no de imponer un cambio, sino simplemente de proponer el mismo, con lo que el desobediente civil estaría aceptando, en cierta forma, que tal vez su concepción de justicia no sea compartida por la generalidad de la comunidad.

Nuestra postura al respecto encuentra cierto apoyo en argumentos de los tratadistas de la “Desobediencia Civil”, así Arendt sostiene:

⁵⁰ Thoreau, H. Op, cit. p. 344.

⁵¹ Arendt, H. Op, cit. p. 75

“Como el desobediente civil actúa en una estructura legal cuya legitimidad acepta, este castigo legal es algo más que una posible consecuencia de su acto – es su culminación natural y adecuada... Así demuestra incluso su voluntad de sacrificarse a sí mismo al servicio de la causa.”⁵²

2.1.2.8 Desobediencia Civil Directa e Indirecta.

La desobediencia civil como método para transformar la legislación o los dictados del poder público puede ejercerse desobedeciendo de manera efectiva la norma que se considera injusta o, en su caso, desobedeciendo normas con las que, en principio, los desobedientes estén de acuerdo en acatar, pero que son incumplidas con la intención de llamar la atención sobre otra serie de normas que se consideran efectivamente injustas, sobre todo en lo que se refiere a políticas gubernamentales.

Al respecto, no son pocos los teóricos que señalan que la “Desobediencia Civil Indirecta” debe verse como una característica especial de esta forma de “desobediencia a la ley” en tanto que, carecería de sentido que tanto el “objeto de conciencia” como quien pretende apelar a los órganos jurisdiccionales de “control de la constitucionalidad” desobedeciera una ley diferente a aquella que se opone a los valores que pretende defender o a aquella ley específica cuya constitucionalidad se cuestiona.

2.1.2.9 Crítica de la Desobediencia Civil.

En general, la desobediencia civil es mal vista en el mundo occidental moderno, en virtud de que se supone que los órganos de gobierno que lo conforman son constituidos a partir de principios democráticos, en donde son las mayorías las que determinan tanto las normas a aplicar como los métodos para hacerlo, así como a que órganos de gobierno les están permitidas ciertas facultades discrecionales y bajo que condiciones.

⁵² *Idem.* p. 72 En sentido semejante se expresa Soriano al sostener: “... el desobediente civil acepta normalmente las consecuencias desagradables de su conducta, y los toma como una prueba más de la veracidad de la motivación ética que le ha conducido a desobedecer a las normas de derecho.” Soriano, R. Op. cit. p. 76

Suponiendo sin conceder que la descripción de los Estados democráticos fuera lo suficientemente cercana a lo antes apuntado, no obstante debemos considerar que los principios racionales de la democracia pueden no ser del todo respetados, al respecto nos dice Soriano:

“... teóricamente hay suficientes argumentos para defender la legitimidad democrática del Derecho y que el derecho democrático cuenta con suficiente credibilidad para ser obedecido. El problema reside en que la práctica política puede llegar a desmentir la aplicación de las reglas del juego democrático,...”⁵³

Otro factor que provoca cierta desconfianza hacia la “Desobediencia Civil” reside en el hecho de que tal género de conducta lleva implícita la trasgresión del ordenamiento jurídico, aunque la misma sólo lo sea de una parte del ordenamiento jurídico.

Dice Arendt:

“Desde el punto de vista del jurista, la ley es tan violada por el desobediente civil como por el criminal y es comprensible que las personas, especialmente si son hombres de leyes, sospechen que la desobediencia civil, precisamente porque se ejerce en público constituye la raíz de la diversidad criminal – a pesar de que todas las pruebas y los argumentos apuntan en sentido contrario, porque la prueba que consiste en “demostrar que los actos de desobediencia civil... conducen a... una propensión hacia el delito” nos es que sea suficiente, sino simplemente inexistente.”⁵⁴

No obstante para Arendt la “Desobediencia Civil” debe ser aceptada, tolerada o al menos tratada por los órganos jurisdiccionales de una manera más condescendiente que el resto de las formas de desobediencia a la ley antes analizados, puesto que, desde su perspectiva, ello permitiría presuponer, de manera válida, que las personas que no muestran su inconformidad es porque están de acuerdo con las normas tal y como se encuentren en su momento. En palabras de la autora en cita:

“Todos vivimos y sobrevivimos por una especie de consentimiento tácito, que sin embargo, sería difícil denominar voluntario... Podemos, sin embargo, llamarlo voluntario, cuando el niño nace en una comunidad en la que el disentimiento es también una posibilidad legal y *de facto* para él cuando llega a ser hombre. El disentimiento implica el asentimiento y es la característica del gobierno libre. Quien sabe que puede disentir sabe que, de alguna forma, asiente cuando no disiente.”⁵⁵

⁵³ Soriano, R. Op. cit. p. 67

⁵⁴ Arendt, H. Op. cit. p. 81

⁵⁵ Arendt, H. Op cit. p. 102.

2.2 PRÁCTICA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL.

En lo que sigue, expondremos de manera resumida algunos ejemplos históricos de cómo ha sido empleada la “Desobediencia Civil” para confrontar diversas normas que en diversos momentos y lugares han sido consideradas injustas. Esta sinopsis permitirá observar también como las características enunciadas en el apartado anterior fueron conformándose en el ejercicio mismo de esta forma de praxis política.

2.2.1 LA INVASIÓN NORTEAMERICANA A MÉXICO DE 1847 Y EL NACIMIENTO DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL.

Una vez lograda la independencia de España, uno de los objetivos más inmediatos que se propuso el recién constituido gobierno mexicano fue la colonización de las extensas porciones de tierra localizadas en el extremo norte del territorio. A fin de lograr tal meta, se otorgaron innumerables permisos de colonización a los migrantes provenientes de Europa, lo que provocó que el norte de México fuera colonizado por europeos protestantes que deseaban mejorar las condiciones de vida que habían abandonado en el viejo continente.

Inmersos en una fuerte teoría expansionista, sustentada en ideas protestantes de corte calvinista que propugnaban la predestinación a crear una Nación fuerte, poderosa y “libre”⁵⁶, a partir de la segunda década del siglo XIX los estadounidenses hicieron patente su intención de adquirir algunas de las zonas próximas a sus territorios, como lo habían hecho anteriormente con regiones como Luisiana, o las Floridas, sin que tales pretensiones fueran aceptadas por los gobiernos mexicanos. Al mismo tiempo, se desarrollaron diversas incursiones colonizadoras en territorios como California, Utah u Óregon, las cuales, si bien es cierto que tenían un carácter popular y espontáneo, también lo es que eran coordinados informalmente desde Washington.

⁵⁶ De hecho, Zoraida Vázquez apunta: “Hombres de Estado como el presidente Jefferson aseguraban que la posesión de nuevas tierras era premisa indispensable para asegurar la felicidad de la nación, y un refugio para hombres forzados a huir de gobiernos tiránicos.” Cosío Vilegas, Daniel. *Historia general de México*. Ed. El Colegio de México. 4ª edición. México, 1994. p. 810.

En 1836, como resultado de la política colonizadora del gobierno mexicano, el Estado de Texas declaró su independencia el 2 de marzo, la cual fue reconocida al año siguiente por Estados Unidos. Finalmente, el 21 de junio de 1845 Texas se convertiría en un estado más de la Unión americana.

Una vez realizada tal anexión, el Presidente estadounidense Polk entabló pláticas con el gobierno mexicano a fin de adquirir California, conversaciones que no lograron llegar ningún acuerdo.

Ante la negativa del gobierno mexicano de vender los territorios requeridos por Estados Unidos, el presidente Polk provocó un incidente entre los ejércitos de ambas naciones a fin de poder tener un pretexto para declarar la guerra a México, lo cual sucedió, con aprobación del Congreso estadounidense el 11 de mayo de 1846.

No obstante el interés nacional que generó la invasión norteamericana, no fue posible organizar la defensa del territorio a falta de un verdadero ejército, armas y dinero

Entre junio de 1846 y enero de 1847 la toma de ciudades importantes del norte del territorio nacional se sucedieron unas tras otras, prácticamente sin oponer resistencia, a pesar de ello el gobierno mexicano rehusaba insistentemente comenzar negociaciones de paz, lo que generó que las hostilidades continuaran hasta la toma de la capital del país el 14 de septiembre de 1847.

El conflicto México-estadounidense se resolvería hasta la firma del Tratado de Guadalupe Hidalgo el 2 de febrero de 1848, a través del cual México aceptaba ceder a Estados Unidos los territorios de Nuevo México y California, así como reconocer al río Bravo como la frontera con la potencia del norte.⁵⁷

Es precisamente en la coyuntura en la que se desarrolla la guerra México-norteamericana de 1846-1848 donde aparece por primera vez la Desobediencia Civil, no sólo como significante sino también como significado, ambos esclarecidos por el estadounidense Henry David Thoreau. Dicho autor expone, en su célebre escrito *Sobre el deber de la desobediencia civil*, una aguda crítica a los actos del gobierno

⁵⁷ Cosío Villegas, Daniel. *Historia general de México*. pp. 803 y ss.

estadounidense justo en el momento en el que éste lleva a cabo las hostilidades en contra de nuestro pueblo.

Thoreau enjuicia al gobierno de su país desde una perspectiva liberal filo-anarquista⁵⁸, razón por la cual considera al gobierno como un mal necesario cuya intervención en la vida de los individuos que conforman determinada sociedad únicamente está legitimada en la medida en la que cumpla con las expectativas de éstos y no para provocar que los individuos cumplan las expectativas de quienes gobiernan.

En ese orden de ideas, el autor estadounidense critica también la concepción del gobierno democrático instituido en su país, puesto que afirma que al gobernar la mayoría, finalmente quien ejercer el poder de manera efectiva son los más fuertes, por ser los más numerosos. Así, quien gobierna no ejerce el poder con justicia puesto que todo acto de gobierno será determinado en términos utilitaristas.

A partir del criterio que antecede, el teórico en cita deduce la ausencia de obediencia a las normas jurídica, excepto cuando la misma esté fundada en preceptos estrictamente morales. En consecuencia, afirma:

“Estimo que debiéramos ser hombres primero y súbditos luego. No es deseable cultivar por la ley un respeto igual al que se acuerda a lo justo. La única obligación que tengo derecho a asumir es la de hacer en todo momento lo que considero propio... La ley jamás hizo a los hombres un ápice más justo.”⁵⁹

Aún más, para Thoreau el hombre sólo puede ser libre en la medida en la que despliegue todos y cada uno de sus actos en ejercicio autónomo de su conciencia, lo que finalmente puede llevarlo a rehusar adhesión a su gobierno cuando este devenga en tiránico o su incapacidad se intolerable. Las circunstancias por las cuales los hombres deben negar obediencia al gobierno que los rige, estaban ya dadas en el momento en el que el autor en comento escribió el ensayo aquí reseñado, así afirmaba:

⁵⁸ “... acepto el lema de que “el mejor gobierno es el que gobierna menos”... En la práctica significa asimismo, lo cual también creo: “que el mejor gobierno es el que no gobierna en absoluto”; y cuando los hombres estén preparados para él, ese y no otro será el que tendrán.” Thoreau, H. Op. cit. p. 345

⁵⁹ Thoreau, H. Op. cit. p. 347.

“... cuando la sexta parte de la población de un país que se ha arrogado el título de país de la libertad la componen los esclavos, y toda una nación es injustamente arrollada y conquistada por un ejército extranjero y sometida a la ley marcial, creo que no es demasiado temprano para que los hombres honrados se rebelen y hagan una revolución. Y lo que hace este deber tanto más urgente es el hecho de que el país así arrollado no es el nuestro, y sí lo es, en cambio el ejército invasor.”⁶⁰

La propuesta de Thoreau de realizar “una revolución” se funda en el argumento de que la injusticia, que siempre debe ser rechazada por un hombre de conciencia libre, nunca será transformada a través de la pasividad, además de que el permitir que esta continúe en tanto que no se nos afecta es una forma de alentarla⁶¹, en consecuencia es necesario repudiarla a través de la acción directa.

No obstante lo anterior, la revolución que propugna Thoreau a través de la acción directa no es, de ninguna manera una revolución que emplee la violencia, sino simplemente una forma de acción política que retire “inmediata y efectivamente” todo apoyo al gobierno que actúa de manera injusta. La propuesta de acción directa elaborada por el teórico estadounidense frente a las condiciones de esclavitud y guerra en las que se encontraba su país en el momento histórico reseñado en el presente apartado es: el no pago de impuestos.

“Si un millar de personas rehusaran satisfacer sus impuestos este año, la medida no sería ni sangrienta ni violenta, como sí en cambio, el proceder contrario, que le permitiría al Estado el continuar perpetrando acciones violentas con derramamiento de sangre inocente. Y esa es, de hecho, la definición de la revolución pacífica, si tal es posible... Cuando el súbdito niegue su lealtad y el funcionario sus oficios, la revolución se habrá conseguido.”⁶²

Thoreau es plenamente consciente de que tal desobediencia traerá consecuencias punitivas las cuales pueden llegar a la prisión (de hecho acepta haber sido encarcelado por negarse a pagar impuestos), sin embargo la penalización por actuar en conciencia debe considerada como un bien, como un honor, puesto que finalmente se estaría actuando como un verdadero hombre libre.

⁶⁰ *Idem.* p. 349 (Consideramos necesario resaltar que las referencias hechas en esta cita a un conflicto marcial, se refieren sin lugar a duda a la invasión estadounidense a México entre 1846 y 1848, De hecho, párrafos más adelante Thoreau afirma, en relación con las palabras transcritas, lo siguiente: “Este pueblo debe dejar de tener esclavos y de hacer la guerra a Méjico (sic) aunque le cueste la existencia como pueblo.”)

⁶¹ “Aquellos que mientras desapruaban el carácter y la necesidad de determinado gobierno, le conceden su adhesión y sostén, son indudablemente sus más concienzudos paladines; y así, a menudo, el obstáculo más difícil para la reforma.” *Idem.* p. 353.

⁶² *Idem.* p. 357.

Los argumentos expuestos por Thoreau en *Sobre el deber...* nos permiten encontrar las características más sobresalientes de la Desobediencia Civil, tales como: el negar obediencia a la norma jurídica por motivos estrictamente morales, aún cuando se reconoce no se niega del todo la autoridad de los órganos estatales instituidos; la acción directa no-violenta en contra de las autoridades que determinan las normas consideradas injustas; y, finalmente, la aceptación del castigo.

La concepción de la Desobediencia Civil conformada por Thoreau, misma que hemos intentado sintetizar aquí, será retomada por diversos movimientos sociales que se desarrollarán a lo largo del siglo XX, los cuales lograran sus objetivos no sin incalculables esfuerzos y sacrificios, como se verá a continuación.

2.2.2 LA INDEPENDENCIA DE LA INDIA Y LA NO VIOLENCIA.

El Imperio Británico invade y coloniza India, a través de la East India Company, una compañía privada

En 1858 la India deja de estar bajo la influencia de la East India Company para pasar al control directo de la Corona británica bajo la jurisdicción de un virrey, representante de la reina, aunque con cierto nivel de autonomía. El poder británico en la India es, sin lugar a duda, un aparato burocrático-administrativo que les permite a los ingleses controlar sus intereses económicos y geoestratégicos, costado por los propios indios.

Es en este marco de dominación imperialista que en 1885 nace el Congreso nacional indio, órgano constituido sobre todo por individuos que conformaban los estratos medios de las castas indias y los cuales habían empezado a ser cultivados con los valores constitutivos de la cultura inglesa, con la intención de que desempeñaran algunas de las funciones básicas en la administración del gobierno virreinal. El Congreso nacional indio será la primer estructura organizada que plantea la necesidad

de obtener cierta autonomía frente a la Corona Británica y finalmente, la independencia de la India.⁶³

Una de las figuras más importantes del movimiento nacionalista indio planteado por el Congreso en cita es sin lugar a duda Mohandas Karamchand Gandhi, quien hace de la su *satyagraha* (firmeza en la verdad) y de su *ahimsa* (no-violencia) la guía de su actuar político.

En efecto, para Gandhi la búsqueda de la verdad es uno de los fines a los que tiene que aspirar todo ser humano, pues sólo en la medida en la que encuentre ésta será posible determinar el "deber ser", de igual manera, influenciado fuertemente por Thoreau y Tolstoi, encuentra en la no-violencia un elemento moral para confrontarse con las autoridades cuestionando aquellas normas que se consideren injustas y, por lo tanto, contrarias a la verdad.

Evidentemente no es Gandhi la única figura importante en el movimiento nacionalista indio, pero su praxis política le confirió tanto un gran impulso de voluntad emancipatoria, como una justificación moral incuestionable, lo que se comprueba a partir de su concepto de la verdad y la justicia, de acuerdo con la interpretación de Collotti, Gandhi propugna porque:

"En nombre de la verdad cada hombre debe negarse a dar su consentimiento a leyes injustas, resistiéndose a obedecerlas – pero sin reaccionar de modo violento –, cualquiera sea el grado de violencia al que se ve sometido. Si una ley es injusta, miente el hombre que la acepta como si fuese una ley justa: el hombre sólo debe aceptar leyes justas y obedecerlas."⁶⁴

A decir verdad, las primeras protestas no-violentas que organiza Gandhi no tienen nada que ver con la independencia o autonomía de la India, y de hecho, ni siquiera se realizan en su tierra natal, sino que se presentan en Sudáfrica contra de la discriminación que sufren sus compatriotas por parte, eso sí, de los ingleses, quienes habían ofrecido a los indios mejores condiciones de desarrollo económico en dichas latitudes. A pesar de las mejoras económicas que pudieron obtener los indios en Sudáfrica, eran sometidos a una serie de controles que implicaban prácticas vejatorias. Frente a tal situación, Gandhi opta por el anticolaboracionismo, lo que implicaba

⁶³ Collotti Pischel, Enrica. *Gandhi y la no violencia*. (Tit. orig. *Gandhi e la non violenza*. trad. Luciana Daelli) Ed. Ediciones Nueva Visión. s.n.e. Buenos Aires, Argentina. 1991. pp.61 y ss.

⁶⁴ Collotti Pischel, Enrica. *Gandhi y la no violencia*. p. 47.

negarse a ser fichados, no pagar la multa que se imponía como resultado de la desobediencia y, finalmente, aceptar el periodo de arresto prescrito, poco tiempo después de iniciada la protesta, las medidas fueron abrogadas.⁶⁵

De regreso en su patria, las siguientes luchas de Gandhi se da en apoyo de los campesinos hindúes de Bihar quienes eran explotados por los productores ingleses de índigo a través de cultivos forzosos e impuestos inusitadamente altos; a favor de los obreros textiles de Ahmedabad a quienes se les había reducido el salario en una época de creciente inflación y, de igual manera, para defender a los campesinos de Kheda quienes, amenazados por la hambruna, estaban obligados a pagar un nuevo impuesto. En los tres casos, la táctica fue la misma, la no-colaboración junto con la no-violencia, en Bihar a través de marchas y negativas a pagar las multas que se les imponían, en Ahmedabad yendo a huelga no sólo laboral, sino también de hambre, finalmente en Kheda negándose a pagar el impuesto, todas las experiencias fueron resueltas con éxito, no sin sufrir las sanciones determinadas en las normas.⁶⁶

Desde estas primeras experiencias se evidencia uno de los rasgos más representativos del actuar político de Gandhi, a saber:

“... los que practican el *Satyagraha* deben negarse a obedecer las leyes injustas, pero deben aceptar la pena que la autoridades les imponen por no haber obedecido las leyes, precisamente porque la autoridad en cuanto tal no es puesta a discusión, sino sólo la injusticia de la ley.”⁶⁷

El inicio de la Primera Guerra Mundial les presenta a los nacionalistas indios una serie de oportunidades coyunturales, por una parte la presencia del conflicto reforzaba la toma de conciencia de la identidad nacional que les permitió cohesionar e impulsar su movimiento, por otra, una serie de concesiones por parte de la Corona Británica para participar en la administración del gobierno a cambio del apoyo de los líderes durante la guerra. A pesar de desear la independencia, Gandhi acepta colaborar con el gobierno inglés, esperando que tal asistencia favorezca posteriormente el proceso emancipatorio.

⁶⁵ *Idem.* pp. 45 y ss.

⁶⁶ Alponete, Juan María. *Los liberadores de conciencia. Lincoln, Gandhi, Luther King, Mandela.* Ed. Aguilar. s.n.e. México, 2003. pp. 179 y ss.)

⁶⁷ *Idem.* p. 47.

La concurrencia entre el gobierno inglés y el Congreso nacional indio no se prolonga por largo tiempo ya que, una vez terminada la guerra, en 1919, se decreta la imposición de la Ley Rowlatt, una norma de excepción que, arguyendo el combate a la anarquía y el terrorismo dentro de la India, limitaba las libertades civiles de los indios. Por primera vez la Corona inglesa se enfrentaba a la no-violencia y descubría su enorme capacidad para reprimir expresiones violentas de oposición, pero no para confrontar la resistencia pasiva. El primer acto de desobediencia consistió en una jornada de oraciones y ayuno.

La situación fue aún más tensa cuando Inglaterra decide romper con el compromiso previamente adquirido de establecer instituciones democráticas así como de transferir ciertos poderes del gobierno central a las provincias. Las protestas del Congreso no se hicieron esperar, como tampoco la respuesta de los colonizadores quienes efectúan la masacre de Amritsar, en abril de dicho año. Ante los acontecimientos, el Congreso, guiado por Gandhi, opta por la no cooperación con el gobierno, la resistencia civil pacífica, finalmente por la no convergencia con ninguna actividad oficial.

Un ejemplo sobresaliente de la desobediencia civil puede ser visto en una de las batallas personales de Gandhi contra el poder colonial. En 1922 luego de un episodio en el que militantes nacionalistas quemaron a unos policías, el Mahatma es detenido y acusado de haber provocado tal acontecimiento a través de sus escritos sediciosos. Gandhi no se opone al arresto y durante el juicio presenta pruebas que permiten determinar de manera incontestable que él era el autor de dichos escritos, a pesar de ello, el magistrado que lo juzga no puede más que imponer la pena menor, además de liberarlo antes de cumplir el tiempo determinado en la sanción, no sólo por ser un prisionero ejemplar sino además por el trabajo de concientización que realizó en la cárcel.

Dentro de las acciones de resistencia realizadas en la campaña de no-cooperación con el gobierno colonial, tal vez la más importante sea la "Marcha de la Sal", acontecimiento que el maestro Juan María Alponse resume de la siguiente manera:

“... la Marcha de la Sal, pacífica y desarmada, a lo largo de 24 días, fue memorable... Miles y miles de personas, de pueblo en pueblo, le siguieron. El 6 de abril de 1930, cuando llegó a la playa, Gandhi, el Mahatma, el Alma Grande, avanzó hacia el mar, hundió las manos en las olas, en la sal, y besó sus palmas húmedas. El simbolismo de la san en libertad fue inmenso.

“El virrey, acorralado, le encarceló de nuevo el 4 de mayo de 1930. Decenas de miles de personas fueron también arrestadas. La marea de la Marcha de la Sal, no obstante, se hizo invencible.”⁶⁸

En 1932 Inglaterra propone una nueva Constitución para la India en donde se dividía al electorado por cultura y religión, separando a los musulmanes de los hindúes y a estos de los llamados “intocables” la casta de menor importancia jerárquica en la composición social de la India. Gandhi iniciará una nueva campaña de Desobediencia Civil por considerar que su país tiene la capacidad de mantenerse unido, así como por el rechazo a la discriminación que se genera a partir del mantenimiento de las castas.

La lucha por la independencia de la India continuó, hasta que el inicio de la Segunda Guerra Mundial obligó a los dirigentes del Congreso nacional indio a tomar partido entre las fuerzas aliadas y las del Eje. La nueva confrontación tenía una característica trascendental con la que no contó la Primera Guerra Mundial: Japón como una potencia cuya finalidad era copiar el método que Hitler usaba en Europa, para controlar Asia.

La encrucijada para el movimiento nacionalista no era menor puesto que si bien la tendencia más fuerte se dirigía hacia la defensa de los aliados, ello implicaba necesariamente cierto apoyo al imperialismo británico contra el cual estaban luchando.

Un factor más se agregó a la delicada situación de la India, la Liga Musulmana, organización compuesta por los indios practicantes de dicha religión, exigía a Inglaterra el reconocimiento futuro de un país nuevo para los indios-musulmanes. La fuerza de la liga, a pesar de ser los musulmanes una minoría dentro de la India, le permitió a la Corona Británica minimizar la representación que el Congreso nacional indio había logrado como único interlocutor frente a los colonizadores.

Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial Inglaterra comprende que no puede más que resolver la situación en India, no obstante el proceso será complicado

⁶⁸ Alponente, Juan María. *Los liberadores de conciencia. Lincoln, Gandhi, Luther King, Mandela*. p. 208

en la medida en la que se celebran elecciones en las que se elige un nuevo Primer Ministro: Clement Richard Atlee.

A pesar de que, aparentemente, el nuevo Primer Ministro busca mantener unida a India, al finalizar el proceso de independencia, la Liga Musulmana no está dispuesta a aceptar tal proposición, de hecho parece una contradicción que Inglaterra quiera reunir a hindúes y musulmanes cuando prácticamente durante todo el periodo de su dominio había alentado el separatismo y se había apoyado en el mismo.

El 12 de agosto de 1946 el virrey forma un gobierno provisional y en septiembre del mismo año Nehru, un dirigente político cercano a Gandhi, se hace cargo del gobierno. La Liga Musulmana contesta a esta determinación con una declaración de guerra que desencadena una sangrienta guerra civil. El conflicto sólo se verá solucionado en mayo de 1947 cuando tanto el Congreso como la Liga acepten la Independencia sobre la creación de dos Estados separados: India y Pakistan. La independencia de ambos países será declarada formalmente el 15 de agosto del mismo año.⁶⁹

Haciendo una evaluación de las acciones de Desobediencia Civil dentro del movimiento nacionalista indio, creemos importante señalar que los autores consultados al respecto coinciden en señalar que muy probablemente la eficacia de las mismas se deba a que lograron generar severas contradicciones en el seno de la ideología inglesa. En efecto, ¿cómo era posible que un gobierno que se decía democrático pudiera reprimir a los desobedientes, cuando éstos se oponían a normas que limitaban los derechos civiles?, ¿Por qué disparar contra una manifestación de gente inerte cuando protestaban por compromisos de gobierno incumplidos?. En este sentido, Colloti apunta:

“... Gandhi también era un sagaz político,... y su comportamiento, que se enmarcaba dentro de su táctica (ambos justificados por sus principios) derivaba de su conocimiento de los profundos motivos del poder colonial británico. En éste,... había una instancia racionalista, paternalista e iluminista a mismo tiempo. En la India, el funcionario inglés medio y, con mayor razón, el magistrado inglés, se consideraba representante de un régimen sustentado en la razón y el buen sentido, inspirado en la voluntad de dar a los indios el

⁶⁹ *Idem.* pp 213 y ss.

"mejor gobierno posible" o, por lo menos, el mejor gobierno que habían tenido."⁷⁰

Así, finalmente, parece ser que el llamado de la *ahimsa* de Gandhi tuvo el efecto deseado, sobre todo gracias a que se apelaba al sentimiento de justicia defendido por la propia cultura del Imperio Británico.

2.2.3 LA LUCHA POR EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS CIVILES DE LOS NEGROS EN E.U.A.

Los Estados Unidos de América se constituyen desde sus inicios como una sociedad esclavista, es decir, un orden jurídico que reconoce la institución de acuerdo con la cual ciertos hombres pueden poseer a otros con el carácter de propietarios y en consecuencia aprovechar en favor propio los productos de su trabajo.

La esclavitud como institución jurídica estuvo específicamente determinada a los hombres de raza negra y fue territorialmente limitada a los Estados del sur de la Unión Americana, en principio porque, aún antes del proceso de independencia, en dicha región se concentró el mayor requerimiento de mano de obra, a causa de su profundo desarrollo agrícola destinado a la exportación de materias primas, pero además porque, una vez consolidada la independencia, el Congreso continental determinó proscribir la esclavitud en todas aquellas tierras que se colonizaran al este de Nueva York y al norte del Río Ohio.

La eliminación total de la institución de la esclavitud es una de las consecuencias de la Guerra Civil o de Secesión (1861-1865), conflicto en el cual algunos de los Estados del sur, principalmente aquellos dedicados a la explotación del algodón (Carolina del Sur, Carolina del Norte, Misipí, Florida, Alabama, Luisiana, Georgia Texas, Virginia, Tennessee y Arkansas) rechazan el pacto federal acordado en la promulgación de la Constitución de 1787, siendo la principal causa del conflicto el desproporcionado desarrollo económico entre los estados del norte y del sur, así como la elección de Abraham Lincoln como Jefe del Ejecutivo, quien se encontraba fuertemente comprometido con los intereses industriales del norte.

⁷⁰ Collotti Pischel, Enrica. Op.cit. p. 56.

Si bien, como puede apreciarse, el conflicto era fundamentalmente de carácter económico, la abolición de la esclavitud no fue una de las banderas por las que combatió la Unión sino hasta que una serie de reveses militares, así como una situación de equilibrio entre fuerzas sudistas y nordistas, prácticamente obligó a Lincoln a proclamar la emancipación de los esclavos el 1° de enero de 1863, con la esperanza de que estos al dejar a sus amos propiciaran una crisis en la economía de los estados Confederados o bien se generaran rebeliones tales que debilitaran a las fuerzas sudista. En realidad, la eliminación de la esclavitud no tuvo grandes repercusiones para el conflicto armado, por lo que al finalizar éste con el triunfo de la Unión, las condiciones de marginación de los negros no se modificaron significativamente.⁷¹

En efecto, a pesar de la abolición de la esclavitud los Estados que antes y durante la Guerra de Secesión mantuvieron dicha institución, generaron una legislación segregacionista que no permitía que los negros tuvieran las mismas condiciones de vida que la población de raza blanca, así los negros no podían compartir espacios públicos con los blancos como por ejemplo en las escuelas, el transporte público o los establecimientos comerciales.

El fenómeno de la legislación segregacionistas fue posible gracias a la estructura estatal de los Estados Unidos de América, puesto que al conformarse dicho país como un estado federado, cada uno de sus miembros cuenta con cierta autonomía para establecer las leyes que mejor convengan a su estructura social.

Es por lo anterior que la discriminación racial en los Estados Unidos de América logra permanecer en dicho país hasta mediados del siglo pasado, momento en el cual la raza negra norteamericana, conciente de la situación en la que se encuentra, comienza una larga lucha por la eliminación de tal exclusión social. Así, desde el principio el movimiento se caracterizó por el deseo de lograr igualdad de trato así como por una férrea intención de arriesgar mucho para conseguirla, en ese sentido un líder estudiantil expresaba a principios de los 60's:

⁷¹ Adams, Willi Paul. *Los Estados Unidos de América*. (Tit. orig. *die vereinigten staaten von amerika*. trad. Máximo Cajal y Pedro Gálvez.) Ed. Siglo XXI. 24a. edición. México, 2000. pp. 81 y ss.

"... nosotros hemos nacido con una marca negra: el color de nuestra piel. Hemos nacido ciudadanos de segunda categoría, obtenemos una educación de segunda categoría y luego egresamos, y enseñamos, y damos a otros chicos negros más educación de segunda categoría. Si no luchamos por esto, nunca llegaremos a ser de primera categoría."⁷²

Si bien la lucha por los derechos civiles de los negros puede observarse como un ejemplo paradigmático de la experiencia de la Desobediencia Civil, no debe perderse de vista que al lado de este tipo de acción política existieron de igual manera grupos que teniendo el mismo fin, emplearon métodos en los que la violencia era una opción de su praxis política.

Ahora bien, la Desobediencia Civil como método para lograr el respeto de los derechos civiles de los negros tiene diversas expresiones y momentos trascendentales, de los cuales aquí expondremos tan sólo algunos de ellos.

Es difícil determinar específicamente en que momento empieza la lucha de los afro-americanos por la defensa de sus derechos civiles, pero aparentemente ya a principios de los años 50's la *National Association for the Advancement of Colored People*⁷³ (N.A.A.C.P.) se constituyó como una organización que centró sus esfuerzos en el aspecto legal.⁷⁴ Esta organización civil propugnó que las vías tradicionales de apelación judicial eran suficientes para provocar los cambios sociales deseados, pero también se involucraban en el análisis de cualquier proyecto de ley que pudiera afectar de alguna manera la situación de los negros en los Estados Unidos, acompañando siempre sus acciones con una importante campaña de información que mantuviera al público al tanto de los acontecimientos, buscando provocar una transformación en las actitudes tanto de la población blanca como de la negra en relación con el problema de la discriminación racial.

Sin perjuicio de lo anterior, la N.A.A.C.P. también se involucró en el desarrollo de acciones políticas como los "*sit-ins*" o sentadas, organizados sobre todo a partir de

⁷² Burns, Haywood. *Voces de Protesta de los negros en Estados Unidos*. Ed. Editorial Universitaria de Buenos Aires. s.n.e. Buenos Aires, Argentina. 1964. p. 73

⁷³ Asociación por el Avance del Pueblo de Color

⁷⁴ Alponente, J. M. Op. cit. p. 272

sus filiales juveniles.⁷⁵ Con el paso del tiempo se desarrollaron otro tipo de manifestaciones de protesta tales como los

El llamado a los órganos institucionales para que sus derechos civiles sean reconocidos, será una constante en las acciones de Desobediencia Civil de este movimiento, lo que evidencia su intención de reconocer, en términos generales, la validez del orden normativo instituido al tiempo que se hace explícita su oposición a las normas que se consideran injustas.

De hecho, prácticamente todas las muestras de Desobediencia Civil del movimiento por los derechos civiles de los negros se fundamentaron en la Decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América.

Uno de los casos paradigmáticos del movimiento pro derechos civiles de los negros en Estados Unidos es sin lugar a dudas la protesta iniciada por Rosa Parks, una costurera de raza negra que, contrario a lo determinado por las leyes de segregación del Estado de Alabama, decidió ocupar y mantener su asiento en el autobús, a pesar de que una persona de raza blanca le había requerido el mismo.⁷⁶

Como consecuencia de su actuar, Rosa Parks fue arrestada, sujeta a juicio y sancionada con una multa. En respuesta a tal actitud la población negra de la ciudad de Montgomery realizó un boicot a las líneas de autobuses que circulaban por tal suburbio negándose a hacer uso de las mismas, al tiempo que se apeló la sanción establecida ante un órgano jurisdiccional superior y se establecieron demandas específicas frente a las autoridades locales, tales como:

- 1) Garantías de trato cortes.
- 2) Disposición de los asientos por parte de los pasajeros de acuerdo al orden de ascenso.
- 3) Conductores negros en las rutas del ómnibus con predominio de pasajeros negros.⁷⁷

⁷⁵ Burns, Haywood. *Voces de Protesta de los negros en Estados Unidos*. p. 38

⁷⁶ Alponete, J. M. Op. cit. pp. 272 y ss.

⁷⁷ Burns, H. Op. cit. p. 62

Finalmente, casi un año después del arresto de Parks y de innumerables marchas y reuniones de protesta de carácter esencialmente pacíficas, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América determinó declarar inconstitucional la disposición que determinaba la segregación de los negros en los autobuses del Estado de Alabama.

Valorando a la distancia este tipo de protesta, Haywood Burns apunta en su libro *Voces de protesta de los negros en Estados Unidos* lo siguiente:

“... uno de los efectos de no menor cuantía del boicot fue la introducción, en gran escala, de una filosofía y una forma de protesta completamente nuevas en el escenario social norteamericano. La acción directa no violenta como medio de lograr cambios sociales...”⁷⁸

Las expresiones de acción política desarrolladas en la ciudad de Montgomery, Alabama a partir de la sanción a Rosa Parks demuestran el carácter esencialmente No-violento de la Desobediencia Civil, pero también que se podían lograr importantes transformaciones sociales desde la calle y los tribunales.

Una experiencia más de Desobediencia Civil son las llamadas “Marchas de la libertad” organizadas en la primavera de 1961 a raíz de una decisión de la Suprema Corte, la cual calificaba como inconstitucional la discriminación de los negros en las estaciones de autobuses foráneos. No obstante tal determinación, la segregación se siguió practicando en las estaciones en los meses siguientes. Fue así como un grupo de trece hombres, siete negros y seis blancos, decidieron realizar un viaje por los estados del sur de la Unión Americana, con la intención de compartir las mismas condiciones de las estaciones de autobús.

Esta primera “Marcha de la Libertad” fue objeto de diversas agresiones, incluyendo palos y piedras, hasta que una bomba incendiaria detuvo su marcha. Sin embargo, en poco tiempo se organizó otra iniciativa del mismo tipo que partió de Nashville. Sus participantes fueron arrestados al llegar a Misisipí. No obstante, este tipo de marchas continuó, con la intención declarada de sus organizadores de “llenar las cárceles de Misisipí”, demostrando así la disposición de los participantes a soportar el castigo previsto por una norma considerada injusta, y provocar finalmente un dictamen

⁷⁸ Burns, H. Op. cit. p. 34

de la "Comisión Interestatal de Comercio" que estableciera directivas no-segregacionistas a las compañías y terminales de ómnibus", haciendo así efectivos los derechos reconocidos por el Poder Judicial norteamericano.⁷⁹

Finalmente, en junio el presidente Kennedy enviaría al Congreso un proyecto de ley sobre los derechos civiles que asumía que todos los norteamericanos tenían derechos iguales al acceso a los autobuses, establecimientos y hoteles. La ley se aprobaría en 1964.⁸⁰

En su evaluación respecto de estos años de lucha Burns señala:

"... las Marchas de la Libertad han demostrado ser el medio más eficaz para dramatizar la situación que existía y para lograr que se llevara a la práctica lo que la Corte Suprema había declarado ya ley. La ley existente como derecho abstracto tiene poco valor a menos que se vuelva práctica y plena de significado en la existencia real de una persona. El hecho de que la ley dijera que los ciudadanos de Estado Unidos eran libres de viajar sin sufrir las indignidades de la segregación no significaba que, en la práctica fueran libres de viajar sin obstáculos discriminatorios. Las Marchas de la Libertad recorrieron un largo camino para que la ley se convirtiera en realidad práctica."⁸¹

Ahora bien, somos de la opinión que toda exposición acerca de la lucha por los derechos civiles de los negros, como experiencia de Desobediencia Civil, no estaría completa sino se habla de la carga moral que a dicha experiencia le imprimió uno de los dirigentes más destacados del movimiento aquí analizado, nos referimos a Martin Luther King, sacerdote bautista que incluyó en todas y cada una de las protestas que organizó una filosofía de No-violencia inspirada en los conceptos gandhianos de *ahimsa* y *satyagraha*.

Al organizar las acciones de Desobediencia Civil Luther King subrayaba la poderosa fuerza moral de este tipo de acciones e insistía continuamente en privilegiar la obtención de justicia y posterior reconciliación en vez de la victoria, así como abstenerse de todo propinar cualquier agresión "... de mano, lengua o corazón".⁸²

Para el sacerdote en cita la No-violencia permitía que el movimiento negro tomara las calles, sin que pudiera ser reprimido sin grandes costos morales para los

⁷⁹ *Idem.* pp. 81 y ss.

⁸⁰ Alponete, J. M. Op. cit. pp. 330

⁸¹ Burns, H. Op. cit. pp. 81 y ss.

⁸² Alponete, J. M. Op. cit. pp. 323 y ss

represores, en tanto que se agredía a hombres, mujeres y niños desarmados que simplemente caminaban en silencio. El razonamiento de Luther King era sencillo, resultaba prácticamente imposible confrontarse en una lucha de fuerza frente a los órganos represivos bien armados y organizados, sin embargo las acciones de desobediencia civil se organizarían con una intención moralmente llamativa tal que incitara a la población a presionar a las autoridades a modificar las condiciones de segregación.⁸³

Al igual que Thoreau y Gandhi, el pensamiento de Martin Luther King no permaneció en sus escrito, sino que fue llevada a la práctica por su generador y compartida con sus compañeros de lucha.

En efecto, mientras que su pensamiento exponía:

“No vamos a tolerar la violencia. Y ponemos bien en claro que los activistas que no estén preparados para la no-violencia no debieran participar en ellas... hemos organizado seminarios de adiestramiento en la no-violencia con la gente que va a marchar...”⁸⁴

Por otro lado, son célebres las marchas en las que participó, en las cuales se detenía en ocasiones para orar a la mitad del desarrollo de dicha acción política, así como las innumerables veces que fue arrestado y enviado a prisión sin que el reverendo intentara salir mediante el pago de fianza.

Debe hacerse notar que la mayoría de las acciones de Desobediencia Civil del movimiento por los derechos civiles de los negros hasta aquí resumidas no cumplieron, en términos generales, con la característica propia de esta forma de acción política que hemos dado en llamar el “principio de definitividad”. Sin embargo, consideramos que fue debido a las circunstancias particulares de la situación que resultó complicado poder apelar a las instancias jurisdiccionales antes de llevar a cabo las acciones de Desobediencia Civil.

En efecto, en la medida en la que las normas de segregación racial estatales tenían una eficacia constante, aparentemente, era imprescindible, en primer lugar,

⁸³ Baldwin, James, Carlmichel, Stokely, et al. *La nueva revolución Norteamericana*. Ed. Galera. s.n.e. Buenos Aires, Argentina. 1967. pp. 319 y ss.

⁸⁴ Baldwin, James, Carlmichel, Stokely, et al. *La nueva revolución Norteamericana*. p. 328

contrariar la conducta por ellas prescrita para a partir de ello y de la sanción aceptada, para posteriormente poder apelar a la Decimocuarta enmienda de la norma suprema de los Estados Unidos de América. De hecho Alponente señala que el caso de Rosa Parks fue de los primeros casos en los que se estableció una sanción específica a una persona por desobedecer las leyes de segregación racial.⁸⁵

Este hecho resulta harto relevante en la medida en la que muestra que no es necesario cumplir con todos los elementos propios de la Desobediencia Civil, para poder realizar tal tipo de acción política, además de que, en cierta forma, demuestra que bajo ciertas circunstancias específicas las acciones de Desobediencia Civil requieren “violentar” la norma que se considera injusta, para después tratar de sustentar la crítica a la norma a partir del orden jurídico instituido.

2.2.4 LAS PROTESTAS CONTRA LA GUERRA EN VIET-NAM.

De forma casi paralela a la lucha por la defensa de los derechos de los negros en Estados Unidos, se genera en el mismo país una campaña de acciones de Desobediencia Civil en contra de la guerra que tal potencia sostuvo con Viet-nam, aún cuando tal conflagración nunca fue formalmente reconocida por los agresores, a pesar de contravenir tanto a la propia Constitución de Estados Unidos, como a la legislación internacional.

La intervención inicial de Estados Unidos en Viet-nam se desarrolla en el marco de la Segunda Guerra Mundial, en apoyo del gobierno colonial francés y en contra de las pretensiones de Japón. Sin embargo, la confrontación de la gran potencia militar en que se transformó Estados Unidos después del fin de la Segunda Guerra Mundial contra el pequeño país sudasiático no puede entenderse sino en el marco de la llamada “Guerra Fría”, es decir en la confrontación indirecta con la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas por lograr la hegemonía de sus respectivos sistemas económicos.

⁸⁵ Alponente, J. M. Op. cit. pp. 280 y ss.

Arguyendo la contención del "comunismo", las sucesivas administraciones americanas optaron por respaldar regímenes dictatoriales antes que permitir que los comunistas (ciertos o ficticios) tomaran el poder en los países subdesarrollados. Así, una vez que los franceses pierden la batalla de Dien Bien Phu en 1954 y deciden retirarse del país sudasiático, la administración del presidente estadounidense Eisenhower continúa en apoyo de los nacionalistas-anticomunistas. En ese mismo año, la Conferencia de Ginebra decide dividir al país en dos, Viet-nam del Norte y Viet-nam del Sur, el primero liderado por Ho Chi Min y el segundo por Ngo Dinh Diem.

De acuerdo con los acuerdos de la Conferencia, en 1956 debían llevarse a cabo elecciones a partir de las cuales los vietnamitas elegirían cual debía ser el régimen dominante y en consecuencia se reunificaría el país. El gobierno de Viet-nam del Sur, con el apoyo de Estados Unidos, boicotearon las elecciones ante el temor de que éstas fueran ganadas por los nacional-comunistas.

Como respuesta al boicot electoral, Viet-nam del Norte decide invadir a su contraparte del sur en 1959, al tiempo que dentro del territorio de ésta se genera el Movimiento de Liberación Nacional ("Vietcong") como opositor al régimen despótico.⁸⁶

En la lógica de "contención al comunismo", los Estados Unidos intervinieron en la política interna de Viet-nam desde finales de los años 50's, sin embargo es hasta 1963, que el presidente Kennedy decide enviar las primeras tropas americanas a Viet-nam del Sur para apoyar el régimen autoritario de Diem, con el pretexto de una conjura comunistas en donde sólo existía una guerra civil.⁸⁷ No obstante lo anterior, la autorización del Congreso de los Estados Unidos para una incursión militar abierta en el país sudasiático no fue otorgada sino hasta 1964, autorización que incluyó la salvedad para el ejecutivo de realizar una declaración formal de guerra,⁸⁸ dicha salvedad servirá de argumento a los opositores a la guerra para afirmar su inconstitucionalidad. En este sentido, el profesor del Instituto Tecnológico de Massachussets Noam Chomsky al cuestionarse sobre la legitimidad de la Desobediencia Civil en una democracia, respondía:

⁸⁶ Sobel, Richard. *The impact of public opinion on U.S. foreign policy*. Ed Oxford University Press. s.n.e. Estados Unidos de América. 2001. pp. 48 y ss.

⁸⁷ Adams, Willi Paul. *Los Estados Unidos de América*. pp. 385 y ss.

⁸⁸ Jeffreys-Jones, Rhodri. *Peace Now*. Yale University Press. s.n.e. Estados Unidos de América. 1989. p. 44

“... carece de sentido hablar de que la desobediencia civil interfiere con el proceso democrático. El proceso democrático ha sido severamente socavado por el poder ejecutivo.”⁸⁹

El compromiso de apoyo al régimen de Viet-nam del Sur se incrementó considerablemente, con un aumento proporcional en cuanto a bajas así, mientras que en 1964 habían muerto 147 soldados y resultado heridos 1,000, para 1968 la cifra de muertos ascendió a 14,500 y la de heridos a cerca de 93,000, considerando sobre todo que se trata de cifras oficiales, imposibles de corroborar.⁹⁰

A fin de lograr el apoyo de la población, el gobierno estadounidense realizó diversas campañas publicitarias anunciando una victoria que en realidad no era previsible, lo que a la postre ocasionó la desconfianza y oposición de la población.

En la primavera de 1965, durante la presidencia de Johnson, inician las primeras protestas anti-bélicas en los centros de educación superior (“colleges” y universidades) de los Estados Unidos. Las protestas del “Vietnam Summer” así como la “Marcha sobre el Pentágono”, en la que participaron más de 200,000 personas, y las cuales estuvieron integradas mayoritariamente por estudiantes, fueron manifestaciones que incrementaron la toma de conciencia de la población en general.

También a partir de 1965 y durante todo el lapso que duró la guerra, cientos de jóvenes se rehusaron a ir a la guerra, lo que provocó que fueran encarcelados o tuvieran que exiliarse en Canadá o Europa.⁹¹

En 1966 el movimiento anti-bélico define de manera incontestable su carácter de Desobediencia Civil, así, busca insistentemente que todas sus protestas estén vinculadas o destinadas a quebrantar leyes, pero manteniendo un trasfondo moral que permita que la opinión pública las evalúe como acciones con una importante carga de legitimidad, ejemplo de ello es la devolución masiva de tarjetas de reclutamiento al Departamento de Justicia, lo cual tuvo como consecuencia la penalización de los organizadores de tal acontecimiento con 2 años de prisión bajo el cargo de “conspiracy” (asociación confines delictivos). Consecuente con tal perspectiva de acción, Martín Luther King defendió explícitamente el derecho de los jóvenes

⁸⁹ Chomsky, Noam. *Por razones de Estado*. Ed. Ariel. s.n.e. Barcelona, España. 1975. p. 425.

⁹⁰ Adams, Willi Paul. Op. cit. p. 387

⁹¹ Adams, Willi Paul. Op.cit. p. 395 y ss.

estadounidenses a rehusarse a realizar el servicio militar por considerar que la guerra era deshonrosa e injusta,⁹²

Entre las acciones directas más significativas después de 1966 encontramos los intentos de interrumpir el tráfico de municiones, explosivos y armamento destinados a Viet-nam, cuyos participantes declararon explícitamente su intención de ir a prisión e inclusive arriesgar la vida, si ello fuera necesario.⁹³

En octubre de 1967, se realizaron una serie de manifestaciones en Washington frente al Departamento de Justicia y el Pentágono, cuya experiencia es resumida por Chomsky en los siguientes términos:

“Unos cuanto millares de personas se reunieron para los discursos, pero la masa de los componentes de la marcha se dirigió directamente al Pentágono, algunos porque se habían comprometido a la acción directa... los manifestantes desfilaban ante la línea de tropas y tomaban una posición, que mantuvieron, en las escaleras del Pentágono... Monseñor Rice tomó la palabra y yo le seguí. Mientras estaba hablando la línea de soldados avanzó dejándome atrás... estábamos ahí porque no queríamos que los soldados mataran ni fueran muertos...

“El avance de la línea de soldados había fragmentado parcialmente al pequeño grupo que había llegado... los que habíamos quedado atrás de la línea de soldados nos reagrupábamos... Casi al mismo tiempo surgió de alguna parte otra línea de soldados, esta vez en formación cerrada y fusiles en mano, y avanzó lentamente hacia delante. Nosotros nos sentamos en el suelo... Fui detenido al instante por un agente federal, presumiblemente por resistencia a los soldados.”⁹⁴

A decir de Jeffreys-Jones, muchos de los líderes de estas protestas aceptaban explícitamente haber tomado el ejemplo de la lucha por los derechos civiles de los negros e incluso numerosas organizaciones involucradas con esta última participaron en el movimiento anti-bélico, ejemplo de ello es el Comité Coordinador Estudiantil No-violento, el cual declaró en su momento:

“El Comité Coordinador Estudiantil No-Violento asume su derecho de disentir con la política exterior de los Estados Unidos sobre cualquier asunto, y declara su oposición a la intervención de los Estados Unidos en la guerra de Vietnam.”⁹⁵

⁹² Baldwin, J., Carlmichel, S., et al. Op. cit. p. 278

⁹³ Jeffreys-Jones, Rhodri. *Peace Now*. p. 69

⁹⁴ Chomsky, Noam. *La responsabilidad de los intelectuales*. (Tit. orig. *American power and the new mandarins*. trad. Juan-Ramón Capella) Ed. Ariel. 3ª edición. Barcelona, España. 1974. pp. 333 y 334.

⁹⁵ Baldwin, J., Carlmichael, S., et al. Op. cit. p. 205

De igual manera, el ánimo anti-bélico parece tener una de sus fuentes en las manifestaciones pacifistas de los años 50's en los que se protestaba sobre todo contra las armas nucleares.

Jeffreys-Jones también refiere que, en su mayoría, las manifestaciones de protesta eran iniciativas de carácter local y espontáneo en las que se buscaba que la población tomara conciencia sobre la relación que existía entre las multinacionales que explotaban al obrero americano y por otro lado reproducían la maquinaria de guerra que permitía la continuidad de la guerra, así como el estrecho vínculo entre los insumos que se consumían en los hogares estadounidenses y la explotación internacional.⁹⁶

En este sentido, en 1971, Chomsky apuntó:

“Cualquier persona razonable admitirá que existen... circunstancias bajo las cuales la desobediencia civil, e incluso el sabotaje, son legítimos... la resistencia no violenta a la guerra de Indochina es una réplica legítima a los actos criminales del poder ejecutivo de los Estados Unidos,... un componente legítimo de esta resistencia no violenta es la destrucción de la propiedad que no tiene derecho a existir en virtud del hecho de que su función inmediata consiste en instrumentar estos actos criminales.”⁹⁷

El punto culminante de las protestas contra la guerra llegó entre el invierno de 1969 y el verano de 1970. A finales de 1969 los sondeos de opinión mostraban que la mayoría de la población no aprobaba la guerra y en noviembre del mismo año se organizó la “marcha contra la muerte” en la que participaron más de 250,000 personas, número que nunca antes había participado en una manifestación política.

A pesar de lo anterior, en 1969, mientras la administración Nixon mantiene conversaciones de paz con Viet-nam del Norte al mismo tiempo se implementa el plan denominado “Duck Hook” el cual incrementaba el número de tropas en la zona de conflicto. Frente a ello, durante la primavera de 1969 un grupo importante de activistas organizó una serie de “moratorias” que generaron numerosas demostraciones anti-bélicas en todo el país, siendo las más importantes las llevadas a cabo entre el 13 y el 15 de noviembre en Washington D.C.,⁹⁸ a pesar del anuncio

⁹⁶ Jeffreys-Jones, R. Op. cit. pp. 48 y ss.

⁹⁷ Chomsky, N. *Por razones de Estado*. p. 420.

⁹⁸ Sobel, Richard. *The impact of public opinion on U.S. foreign policy*. p. 58

realizado por el presidente Nixon el 3 del mismo mes en relación con el retiro de tropas de la zona de conflicto.

Un año después, se organizará una huelga estudiantil que logra cerrar las puertas de cientos de "colleges" frente a la determinación del gobierno estadounidense de invadir Camboya con el pretexto de que en dicho territorio se encontraba el cuartel general de las fuerzas comunistas.

Como en todas las experiencias de Desobediencia Civil antes reseñadas, en las protestas contra la guerra, la represión por parte de la fuerza pública no se hace esperar, siendo uno de los pasajes más significativos la muerte de 4 estudiantes provocada por policías, en la Universidad Estatal Kent de Ohio en mayo de 1970.⁹⁹

De otro lado, la guerra también provocó otra serie de consecuencias. Los gastos para mantener a las tropas estadounidense desplegadas en Viet-nam del Sur provocaron tanto un aumento considerable en la inflación, como una reducción en el presupuesto de diversos programas gubernamentales, uno de los cuales era el denominado "guerra contra la pobreza", aparentemente estos efectos provocaron la oposición a la guerra de otros diversos sectores, en este sentido Martin Luther King señalaba:

"Hay en principio una conexión obvia y casi fácil entre la guerra de Vietnam y la lucha que yo y otros, hemos sostenido en EE.UU. Hace unos años hubo un momento de gloria en esa lucha. Parecía haber una verdadera promesa de esperanza para los pobres... en el Programa de la Pobreza... Luego vino el asunto de Vietnam... y supe que los Estados Unidos nunca invertirían los fondos o las energías necesarias en la rehabilitación de sus pobres mientras aventuras como Vietnam continuaran chupando hombres y artes y dinero como un demoníaco y destructivo tubo de succión. De modo que me sentí más y más empujado a considerar la guerra como el enemigo de los pobres y a atacarla como tal."¹⁰⁰

Tanto la escalada de violencia en contra del pequeño país asiático como las protestas anti-bélicas continuaron hasta 1973, año en el cual se firman los Acuerdos de Paz de París en los se conviene en formar un gobierno de coalición en Viet-nam del Sur en el que participarían todos los grupos en conflicto más representativos, al tiempo que Estados Unidos se comprometió a dejar de participar en la guerra civil vietnamita.

⁹⁹ *Idem.* p. 57

¹⁰⁰ Baldwin, J., Carlmichael, S., et al. Op. cit. p. 266.

A pesar de dicho pacto, el apoyo económico y militar a Viet-nam del Sur por parte de los estadounidenses continúa hasta abril de 1975, fecha en la que las tropas norvietnamitas toman Saigón.

La excesiva prolongación del conflicto a pesar de las diversas protestas en su contra, permite pensar que éstas no tuvieron en realidad ningún efecto en la política exterior del gobierno estadounidense, sin embargo es necesario apuntar que, desde la perspectiva de algunos intelectuales, el exceso de cautela en algunas de las acciones militares emprendidas por Estados Unidos hace suponer el creciente temor de la burocracia gubernamental respecto de la reacción de la opinión pública frente a dichas acciones.¹⁰¹

Finalmente, las acciones de Desobediencia Civil, son resumidas estadísticamente por Adams de la siguiente manera:

"... cientos de miles de jóvenes se convirtieron en transgresores de la ley: unos 500,000 infringieron la ley sobre el servicio militar al no alistarse después de cumplir los dieciocho años; 8,800 habían sido condenados al término de la presidencia de Ford (1976) por incomparecencia y estaban aún pendientes de proceso otros 4,000. A finales de 1976 unos 5,000 vivían exiliados... Hasta el comienzo de la presidencia de Jimmy Carter (1976) no fueron indultados parte de estos jóvenes americanos que, a su manera, habían actuado contra una guerra anticonstitucional."¹⁰²

2.2.5 UNA EXPERIENCIA DE DESOBEDIENCIA CIVIL EN MÉXICO.

En el transcurso de la presente investigación no ha resultado ni con mucho sencillo encontrar experiencias de Desobediencia Civil en México, debido sobre todo a que los diferentes movimientos sociales que se han desarrollado en nuestro país carecen, en términos generales, de un discurso legitimador que se funde en las premisas de la Desobediencia Civil, contrario a las experiencias hasta aquí reseñadas.

Desde nuestro particular punto de vista, consideramos que existen diversos movimientos obreros durante la década de los 50's que deben reconocerse como experiencias de Desobediencia Civil nacional, sobre todo por lo que respecta al movimiento ferrocarrilero de los años 1958-1959, lo cual trataremos de demostrar a lo

¹⁰¹ Chomsky, N. *Por razones de Estado*. p. 430

¹⁰² Adams, Willi Paul. *Op. cit.* p. 400

largo de la siguiente exposición, misma que se centrará especialmente en las condiciones históricas en las que se desarrollo dicho movimiento.

Los movimientos obreros de mediados de los años 50's tienen como marco histórico la devaluación del peso sufrida en 1954, así como una política económica de asignación de recursos al fomento industrial que incluía creación de obras de infraestructura, así como el establecimiento de aranceles encaminados a la sustitución de importaciones. Como consecuencia de dicha política, es posible observar en dichos años el aumento en la población urbana debido a la migración proveniente de zonas agrícolas.

En el espectro específicamente laboral, las relaciones obrero-patronales se regían principalmente a través de la celebración de contratos colectivos de trabajo que se revisaban periódicamente cada dos años entre los representantes de la empresa y los sindicatos, siendo prácticas comunes dentro de estos últimos el corporativismo y la ausencia de libertad sindical de los trabajadores.¹⁰³

A fines de 1957 el sindicato de telegrafistas realizó una práctica denominada "*tortuguismo*", la cual consistía en desarrollar sus actividades laborales de manera deliberadamente lenta. El sindicato trató de exigir con esta actitud una respuesta puntual a una solicitud de aumento salarial planteada en el mes de septiembre de ese mismo año, sin embargo la empresa respondió a las protestas con traslado de varios telegrafistas a sedes distintas de aquellas en las que venían laborando. Finalmente, se estalló la huelga en Telégrafos de México el 6 de febrero de 1958. El pliego petitorio de los telegrafistas incluía sus demandas salariales, así como la posibilidad de abandonar la central obrera a la que estaba ligado su sindicato. Ambas demandas se cumplieron y el 22 de febrero, después de 16 días de huelga, los telegrafistas volvieron al trabajo.¹⁰⁴

Aparentemente, la práctica del "*tortuguismo*" era una práctica generalizada en el movimiento obrero mexicano de mitad del siglo pasado, pues de igual manera el luchador social Valentín Campa refiere que meses antes de que tuviera lugar el famoso movimiento ferrocarrilero de 58-59, en Ferrocarriles Nacionales se desarrolló un movimiento entre los trenistas de camino y patio por la vigencia de los reglamentos que determinaban las condiciones en las cuales se debían de desarrollar sus labores, a fin de evitar accidentes; no obstante, los supervisores solían presionar a los

¹⁰³ Alonso, Antonio. *El movimiento ferrocarrilero en México*. Ed. Era. 3ª edición. México. 1979. pp. 99 y ss.

¹⁰⁴ Alonso, Antonio. *El movimiento ferrocarrilero en México*. p. 102.

trabajadores para acelerar el ritmo de trabajo lo cual provocaba innumerables percances. En protesta por tal actitud, algunas secciones del sindicato ferrocarrilero realizaron acciones de *"tortuguismo"*, provocando demora de trenes, congestión de fletes y retrasos en las terminales.

Este primer movimiento ferrocarrilero fue reprimido a través de la consignación ante las autoridades penales de los principales dirigentes de la sección sindical correspondiente y, aun cuando no se lograron todos los objetivos del sindicato, meses después de la acción de protesta la empresa aplicó medidas de protección para el personal.¹⁰⁵

Somos de la opinión que las protestas laborales calificadas como *"tortuguismo"* pueden ser válidamente consideradas como conductas de "Desobediencia Civil" en tanto que es una acción no-violenta, en la cual se apela a cierto sentimiento de justicia. Tal vez, la única objeción para nuestro análisis pueda ser el hecho de que la conducta de los telegrafistas y ferrocarrileros no está directamente destinada a modificar normas estatales, dificultad que puede ser saldada si consideramos que por la estructura económica del Estado mexicano de esos años, las empresas de telégrafos y de ferrocarriles eran empresas estatales, por lo que las normas que los regían en su momento también deben ser consideradas como normas determinadas por el Estado.

El 12 de abril de 1958 tocó el turno al magisterio. La disidencia sindical planteaba a las autoridades de la Secretaría de Educación Pública (S.E.P.) un aumento salarial de 40%, para lo cual intentaron llevar a cabo un mitin en el edificio de dicha dependencia gubernamental, al verlo cerrado se dirigieron al Zócalo de la capital donde fueron dispersados por la policía.

El 19 de ese mismo mes, los maestros deciden protestar en contra la represión sufrida en el Zócalo con una marcha del Monumento de la Revolución al Zócalo, al no recibir respuesta alguna respecto de sus demandas salariales ni sobre el castigo de los represores del día 12, el 30 de abril los maestros deciden permanecer en los patios de las oficinas centrales de la S.E.P. Finalmente, le 15 de mayo se acepta el aumento

¹⁰⁵ Campa, Valentín. *Mi testimonio*. Ed. Ediciones de Cultura Popular. 1ª. edición. México, 1978. pp. 239 y ss.

salarial de 150 pesos propuesto por el gobierno y se detienen las protestas de los mentores.

A decir de Antonio Alonso todos estos movimientos, como el ferrocarrilero de 1958-1959, tendrán como característica común, el rechazo al sistema institucional que regulaba la relación de la elección de los representantes sindicales, relación que debido a las características especiales del derecho obrero en México son sancionadas por las normas estatales.¹⁰⁶

En efecto, si consideramos que todo sindicato para ser reconocido como tal tiene que registrar el estatuto que rige su vida interna ante los órganos jurisdiccionales estatales, luego entonces es posible afirmar que, una vez reconocida tal asociación gremial por el Estado, las normas que los regulan pasan a formar parte del derecho positivo mexicano y su desacato puede ser identificado como una forma de desobediencia a las normas jurídicas, desobediencia que en los casos aquí reseñados, al ser de tipo no-violenta, referirse exclusivamente a una parte del orden normativo y apelar al sentimiento de justicia de la población, puede ser interpretada como conductas de Desobediencia Civil.

El movimiento ferrocarrilero de 58 antes citado es una muestra más de este tipo de conductas.

El movimiento inicia en febrero de 1958 con una demanda de aumento salarial por parte algunas de las secciones del Sindicato de Trabajadores Ferrocarrileros de la República Mexicana (STFRM) que constituyen una comisión especial al efecto. Dicha demanda, lejos de ser atendida, es ignorada casi por completo por parte de la dirigencia nacional quienes justifican las razones presentadas por la gerencia empresarial para no otorgar dicho aumento.

Frente a la actitud de la dirigencia nacional del sindicato, diversas secciones sindicales de los Estados de Oaxaca, Chiapas y Veracruz elaboran, hacia fines de mes, el llamado *Plan del Sureste* el cual plantea entre sus puntos programáticos el deponer a los comités ejecutivos locales del sindicato, así como emplazar al comité ejecutivo general a que reconociera a los nuevos dirigentes locales y se comprometiera a

¹⁰⁶ Alonso, Antonio. Op. cit. p. 109.

defender el aumento salarial propuesto en febrero de ese año, de lo contrario las secciones adherentes al mencionado plan iniciarían paros de labores periódicos, cuya duración iría en aumento hasta llegar a la huelga. El *Plan del Sureste* fue retomado por secciones de todo el país.¹⁰⁷

La dirigencia nacional del sindicato hacía caso omiso del *Plan del Sureste*, razón por la cual la disidencia sindical determinó emplazar directamente a la empresa Ferrocarriles Nacionales a que reconociera a los recién nombrados comités ejecutivos y, en consecuencia, resolviera con ellos el aumento salarial. Frente a la negativa del Comité Ejecutivo General del sindicato y de la empresa, los paros de labores inician el 26 de junio.¹⁰⁸

Al respecto, apunta Alonso:

“La lucha entrañaba una dualidad de propósitos: sus objetivos no eran estrictamente económicos;... Sus objetivos consistían, por un lado, en lograr el aumento de salarios, y por otro en conseguir la revocación de los dirigentes que los habían traicionado. Y aún a pesar de que todavía no se planteaba deponer al ejecutivo general, subyacía en el fondo de su lucha *la protesta contra las estructuras sindicales apegadas incondicionalmente a la estructura del Estado mismo*. Su lucha se planteaba contra este institucionalizado control de las organizaciones sindicales.”¹⁰⁹

Es de subrayar que, desde nuestra perspectiva, los paros realizados por los ferrocarrileros deben ser vistos como una verdadera acción de Desobediencia Civil en tanto que, si bien la legislación laboral reconoce el derecho de huelga, los paros de actividades periódicos no son comprendidos en dicho cuerpo normativo como un derecho de los trabajadores. Aún más, las disposiciones laborales establecen específicamente las circunstancias en las cuales está permitida la suspensión de labores,¹¹⁰ no comprendiendo dentro de estas los paros de actividades realizados por los obreros, con lo cual dicho tipo de acción obrera implica de cierta manera una contravención a la norma.

¹⁰⁷ *Idem.* pp. 110 y ss.

¹⁰⁸ Vallejo Martínez, Demetrio. *Las luchas ferrocarrileras que conmovieron a México* Ed. Fundación Cultural Trabajadores de Pascual y del Arte A.C. s.n.e, México, s.a.e. p. 41

¹⁰⁹ Alonso, Antonio. *Op. cit.* p. 116.

¹¹⁰ No referimos en especial al capítulo octavo de la Ley Federal del Trabajo que se refiere a la “Suspensión colectiva de las relaciones de trabajo.”

El conflicto se fue ampliando cada vez más con el apoyo de paros solidarios de otros sindicatos, acontecimientos que el líder obrero Valentín Campa describió así:

“Se realizaron grandes manifestaciones conjuntas y paros simultáneos de ferrocarrileros, telegrafistas federales y profesores. En un momento dado se llegó al paro conjunto. El gobierno aprehendió a telegrafistas y profesores, asesinó a tres ferrocarrileros de las terminales del Distrito Federal...”¹¹¹

Finalmente tanto la gerencia de la empresa, como las autoridades competentes determinaron resolver el conflicto salarial con la disidencia sindical, en relación con tales acontecimientos el dirigente Demetrio Vallejo recordaba en su momento:

“La Convención (*es decir, la disidencia sindical*), después de sopesar el ofrecimiento, convino en que si sus fines al constituirse eran los de solucionar pacíficamente los problemas sindicales, si por esa vía se llegaba a los objetivos perseguidos por los trabajadores con los paros, no había ninguna razón para rechazar la proposición...”¹¹²

El primero de julio, el Presidente Ruiz Cortines ofreció a la disidencia sindical un aumento más o menos significativo de los salarios que fue aceptado, con ello comenzó la regularización del servicio de transporte ferroviario.

Un elemento más que nos permite equiparar las acciones políticas del movimiento ferrocarrilero en cita con los movimientos de Desobediencia Civil antes reseñados se desprende del hecho de que, al igual que dichos movimientos, los ferrocarrileros exponen ante la autoridad demandas que de una u otra forma son respaldadas por normas jerárquicamente superiores a las que se pudieran estar contraviniendo. En este sentido Campa apuntó:

“En la revisión del contrato en los Ferrocarriles Nacionales se tuvo un gran éxito. Se logró la solidaridad y se ganó el problema más difícil, que era el de la dotación de casas. Desde 1917 todas las empresas y patrones con más de cien obreros tenían la obligación de construir casas cómodas e higiénicas para sus asalariados, pero el derecho constitucional correspondiente (la fracción XII del artículo 123) nunca se había cumplido. Al discutir esta demanda, con la empresa y... (*con el*) Secretario del Patrimonio Nacional, ellos esgrimían el sofisma de que esa fracción no se había reglamentado. Pero les demostramos que el artículo XI transitorio de la Constitución era terminante en el sentido de que todos los derechos de los obreros y campesinos entraran en

¹¹¹ Campa, Valentín. *Mi testimonio*. pp. 243.

¹¹² Vallejo Martínez, Demetrio. *Las luchas ferrocarrileras que conmovieron a México*. p. 41 (Las palabras en cursivas son nuestras, así como el subrayado)

vigor de inmediato, sin esperar reglamentaciones. Fue así como se vieron obligados a ceder.”¹¹³

Resueltas las demandas económicas de los ferrocarrileros, el comité ejecutivo general del (S.T.F.R.M.), es decir, el sindicalismo oficial, comienza a maniobrar contra los ataques de que era víctima por parte de la disidencia, sus argumentos más contundentes se fundaban en el hecho de que los líderes disidentes no habían sido nombrados de conformidad con los estatutos sindicales.¹¹⁴ Si ello se acepta, somos de la opinión de que, en cierta forma, el gobierno había negociado con representantes de trabajadores no reconocidos por el orden jurídico mexicano.

La disidencia ferrocarrilera resolvió este aparente pequeño problema convocando a una Convención Nacional Extraordinaria en la que fueron electos la mayoría de los líderes que habían apoyado el *Plan del Sureste*.

No obstante, el sindicalismo oficial no se quedaría con las manos en los bolsillos, así el 14 de julio, la nueva dirigencia es denunciada como elementos usurpadores y, con apoyo de la fuerza pública, son desalojados de las instalaciones sindicales por los dirigentes del anterior comité ejecutivo general.

La confrontación entre ambas fracciones del sindicato no pudo ser resuelta entre éstas, razón por la cual la fracción disidente emplazó directamente a la empresa para que los reconociera como el legítimo representante de los trabajadores. De nuevo la medida de presión fueron los paros de actividades. Esta respuesta, sin embargo, parecía poco pragmática aún a los ojos de los dirigentes, de hecho, años después Vallejo reconoció.

“Aunque tenía confianza en... los trabajadores... lo cierto es que esta vez no se trataba de una lucha por un beneficio económico, sino por una cuestión de principio y en defensa de un derecho: el de elegir y deponer a sus dirigentes.”¹¹⁵

Antes de la realización de estos paros, los dirigentes de la disidencia aclaraban que el objetivo de las medidas de presión no estaba dirigido contra el Presidente de la República, ni contra la empresa, sino contra la Secretaría del Trabajo a fin de que reconociera la legitimidad de la nueva dirección sindical.

¹¹³ Campa, Valentín. Op. cit. p. 246. (Las palabras en cursivas son nuestras)

¹¹⁴ Alonso, Antonio. Op. cit. p. 118

¹¹⁵ Vallejo Martínez, Demetrio. Op. cit. p. 49

El 31 de julio iniciaron los paros planteados por la disidencia, acción que fue brutalmente reprimida por la fuerza pública quien retomó las sedes sindicales para entregarlas nuevamente a la dirigencia oficial, al tiempo que detenían a todo miembro del sindicato que se encontrara en los locales del sindicato en ese momento.

Algunos de los dirigentes logran escapar a las detenciones y organizan la continuidad de los paros. La respuesta del gobierno es la requisita de algunas de las instalaciones ferroviarias. A pesar de ello, las conductas de desobediencia continúan:

"La lucha... tuvo caracteres heroicos. Cuando pretendieron sacar un tren de Monterrey y otro en Cárdenas, S.L.P. (sic), fueron las abnegadas mujeres de los reparadores de vía las que, acostándose sobre los rieles, impidieron el movimiento de esos trenes."¹¹⁶

La importancia de este tipo de acciones es aún más relevante si se considera que, desde cierta interpretación normativa, las mujeres que participaron en dicha manifestación estaban cometiendo el delito de "ataque a las vías generales de comunicación". Frente a ello Vallejo apuntó en su momento:

"Cuando se impide el ejercicio de un derecho, todos los medios son lícitos para contrarrestar la arbitrariedad, como lo hicieron las mujeres mexicanas... (que) encontrarán los métodos adecuados para mostrar al mundo de lo que son capaces, tanto si se trata de defender el patrimonio de sus maridos, como si es para limpiar de obstáculos el ejercicio de un derecho constitucional: el de huelga."¹¹⁷

El 4 de agosto la gerencia empresarial acepta negociar con la disidencia sindical el fin de los paros. Pocos días después se declaran en huelga "por solidaridad" telegrafistas y maestros.

Finalmente, a través de la intervención del gobierno federal se propuso el retorno a las actividades por parte de los ferrocarrileros, así como la celebración de elecciones de todos los comités ejecutivos locales, así como del federal, las cuales serían ganadas una vez más por la disidencia sindical en los últimos días de agosto de 1958, la cual, como hemos señalado, empleó tácticas de Desobediencia Civil para lograr un pequeño cambio en las políticas corporativas del Estado mexicano en relación con el movimiento obrero.

¹¹⁶ *Idem.* p. 50

¹¹⁷ *Idem.* pp. 51 y 52.

2.3. VALORACIÓN DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL.

La intención del presente apartado es realizar una primera confrontación de la categoría de la Desobediencia Civil frente a las dos ideologías políticas más importantes de los dos últimos siglos (el liberalismo y el marxismo), así como frente a la tradición *iuspositivista*, perspectiva jurídica de trascendental importancia en el periodo antes mencionado.

Lo anterior es así en razón de que tanto las ideologías políticas señaladas como la tradición positivista del Derecho encierran, dentro de los argumentos que las constituyen, diversas perspectivas en torno al Derecho y a su obediencia.

Si bien la elección de los parámetros a partir de los cuales se evaluará la noción de Desobediencia Civil puede parecer arbitraria en cierta medida y de hecho lo es, creemos que la misma se justifica si se tiene en cuenta que el liberalismo como ideología política tiene como contraparte jurídica a la tradición del Derecho Natural, frente a las cuales sus antítesis son, por un lado el socialismo (el cual sólo será analizado en su perspectiva marxista) y por el otro el *iuspositivismo*,

Es importante anotar aquí que de esta perspectiva, la del Positivismo Jurídico, hemos excluido el realismo jurídico por dos razones. La primera es una cuestión de método, ya que como se recordará la perspectiva que empleamos para construir la idea de Estado de Derecho *iuspositivista* se fundó, sobretudo en los argumentos de los *iuspositivistas* en sentido estricto; la segunda razón se debe al hecho de que, desde nuestro parecer, existe una discusión, aún no resuelta, en la cual la propuesta *iuspositivista* que se identifica con el realismo jurídico puede identificarse con dicha tradición jurídica o considerarse como una nueva.

Hechas las anteriores aclaraciones, procedemos directamente a la valoración anunciada párrafos arriba.

2.3.1 FRENTE AL LIBERALISMO.

2.3.1.1 *Definición y rasgos característicos.*

En términos generales la palabra “liberalismo” nos remite inmediatamente a un cierto tipo de ideología política que, como se deduce del propio término, toma como valor supremo de toda organización social la libertad de los hombres, comprendiendo a estos como individuos que forman parte del todo social.

A diferencia de la concepción que se solía tener en la Edad Antigua respecto de la sociedad y de los hombres que la componen – en donde el individuo se ve realizado única y exclusivamente en la medida en la que forma parte de la colectividad que determina la conducta del grupo – en la Edad Moderna la perspectiva del liberalismo sostiene que el individuo en tanto que parte del todo social es más importante que la organización política¹¹⁸, perspectiva que se deduce de la idea según la cual la organización política es una creación artificial posterior a la existencia natural del hombre.

A este respecto, el liberalismo encuentra como presupuesto filosófico de su construcción discursiva a la teoría de los derechos del hombre elaborada por el *iusnaturalismo*,¹¹⁹ teoría que forma parte de la doctrina que el Derecho Natural construye alrededor del Estado, y la cual fue tratada de manera sumaria en el primer capítulo del presente trabajo.

Como se recordará, de acuerdo con la tradición del Derecho Natural, el estadio original en el que se encuentran los hombres es el Estado de Naturaleza, situación donde son regidos única y exclusivamente por los mandatos que les impone su razón, derivándose así una condición de independencia frente a toda determinación

¹¹⁸ “El fin de los antiguos era la distribución de poder político entre todos los ciudadanos de una misma patria: ellos llamaban a esto libertad. El fin de los modernos es la seguridad de los gozos privados: ellos llaman libertad a las garantías acordadas por las instituciones para estos gozos.” (Bobbio, Norberto. *Liberalismo y democracia*. Ed. Fondo de Cultura Económica. 1ª. edición. México 1989. p. 8). En el mismo sentido, Wallerstein afirma que si bien para el liberalismo el actor político que está llamado a producir las transformaciones que requiere la sociedad es el pueblo, también lo es que éste último es comprendido como “la suma de todos los individuos” que conforman tal sociedad. Wallerstein, Immanuel. *Después del liberalismo* (Tit. orig. *After liberalism*. trad. Stella Matrángelo) Ed. Siglo XXI. 1ª. Edición. México, 1996. p. 81.

¹¹⁹ Wallerstein, Immanuel. *Después del liberalismo*. p. 152 y ss.

volitiva ajena. No obstante, la falta de un poder que constriña a los hombres a respetar los mandatos antes referidos evidencia las condiciones precarias en las que se encuentran tanto los hombres como sus posesiones, razón por la cual se torna necesario conformar la organización política que determine la convivencia pacífica entre los hombres constriñéndolos hacia el respeto de sus condiciones “naturales”.¹²⁰

La argumentación anterior le permite tanto al liberalismo como al *iusnaturalismo* sostener que en virtud del objetivo por el cual es creado el Estado, el poder que se le confiere a tal estructura política tiene que tener como límite inmanente los derechos que los hombres poseían ya en el Estado de Naturaleza.

Ahora bien, en su vena liberal la teoría de los derechos naturales del hombre se traduce en la teoría de la limitación del poder del Estado, rasgo esencial de la ideología en análisis.¹²¹ Ejemplo de ello es la definición que respecto de dicha ideología propone Norberto Bobbio, quien señala:

“... por liberalismo se entiende una determinada concepción del Estado, la concepción según la cual el Estado tiene poderes y funciones limitados, y como tal se contrapone al Estado absoluto...”¹²²

Consecuente con su propia definición, el jurista italiano apunta que para el liberalismo la libertad del individuo se encuentra garantizada no tan solo por los límites jurídicos que se puedan establecer para el ejercicio del poder público, sino además porque las funciones que se reconocen como intrínsecas del Estado son limitadas, fundamentalmente al mantenimiento del orden público interno e internacional.

“En el pensamiento liberal, la teoría del control del poder y la teoría de la limitación de las funciones del Estado caminan paralelamente: incluso se puede decir que la segunda es *conditio sine qua non* de la primera, en el sentido de que el control de los abusos de poder es más viable en cuanto es más restringido el ámbito en el que el Estado puede ampliar su intervención...”¹²³

¹²⁰ “... racionalmente, el Estado liberal nace es justificado como el resultado de un acuerdo entre individuos en principio libres que convienen en establecer los vínculos estrictamente necesarios para una convivencia duradera y pacífica.” Bobbio, N. *Liberalismo y Democracia*. p. 14 y 15

¹²¹ Independientemente de la validez de la anterior afirmación, no debe perderse de vista que los primeros ideólogos del liberalismo censuraban, de igual manera, el poder que durante la Edad Media concentraron distintas corporaciones. Bramsted, E. K. *El liberalismo en occidente*. Tomo V. Ed. Unión Editorial. 1ª. edición. Madrid, España. 1982. pp. 20 y ss.

¹²² Bobbio, N. *Liberalismo y Democracia*. p. 7

¹²³ *Idem*. p. 22

El control del poder del Estado por el que propugna el liberalismo se evidencia en la teoría del constitucionalismo moderno, quien propugna porque las normas de toda organización política determinen específicamente el ámbito de acción de los funcionarios del estado dotados de autoridad – con lo que se pretende obstaculizar el ejercicio arbitrario e ilegítimo del poder – así como los deberes de obediencia por parte de los individuos, estableciendo en consecuencia, de manera negativa, los límites de la mismas.

Así por ejemplo, para uno de los máximos exponentes del liberalismo inglés, Jhon Stuart Mill, el reto de la política es:

“... formular un principio con base en el cual sean establecidos, por un lado, los límites entre los cuales es lícito para el poder público restringir la libertad de los individuos... y correlativamente, el ámbito en el cual los individuos o los grupos pueden actuar sin encontrar obstáculos en el poder del Estado, en otras palabras, de delimitar la esfera privada respecto de la esfera pública de manera que el individuo pueda gozar de una libertad garantizada contra la invasión del poder del Estado, y esta libertad sea lo más amplia posible dentro de la convivencia entre el interés individual y el interés colectivo.”¹²⁴

De lo anterior queda patente el interés de Mill en salvaguardar la esfera de la conciencia interior del individuo, lo que se traduce en la defensa tanto de la libertad de expresión como de la de opinión.

Para los liberales como Mill o Tocqueville, nos dice Bobbio, poco importa quien detenta el poder, sea un monarca o una asamblea popular, de cualquier forma el ejercicio del poder público puede transformarse en arbitrario, lo que demuestra la necesidad de su limitación.¹²⁵

Por otro lado, la limitación de las funciones de los órganos públicos es deducida por el liberalismo de su vena individualista la cual sostiene que cada hombre debe desarrollar al máximo todas las capacidades que se le han conferido originalmente, teniendo como única restricción la libertad de sus pares.¹²⁶ Así, el desarrollo individual de los hombres está garantizado en la medida en la que el Estado

¹²⁴ *Idem.* p. 72

¹²⁵ *Idem.* p. 65

¹²⁶ A este respecto, apunta Wallerstein que el liberalismo parte de la tesis que afirma el progreso incesante e inevitable del género humano, lo cual se logrará a través de la supresión de todos los elementos “irracionales” presentes en la organización social. Wallerstein, Immanuel. *Op. cit.* p. 79

reduzca sus atribuciones al máximo,¹²⁷ en principio interesándose única y exclusivamente por conservar el orden interno y hacer frente a las amenazas externas.

Como apoyo a la idea liberal del “Estado mínimo” (el Estado cuyas funciones han sido reducidas al máximo), encontramos la siguiente afirmación de Tocqueville.

“Fijar al poder social límites extensos pero visibles y permanentes; otorgar a los particulares ciertos derechos y garantizarles el indiscutible disfrute de los mismos; conservar para el individuo la poca independencia, fuerza y originalidad que aún le quedan; levantarle antes la sociedad y sostenerle frente a ella; he aquí lo que en mi opinión debe constituir el principal objetivo del legislador de nuestra época.”¹²⁸

En este mismo tenor, Bobbio reconoce que cierta tendencia liberal, la cual nosotros identificamos como la corriente individualista, postula que la ingerencia del gobierno en esferas de acción distintas al mantenimiento de la paz interna y la seguridad externa, y más específicamente aquellas esferas de acción asistencialistas, finalmente provocarían la uniformidad de comportamiento, sofocando así la variedad natural de caracteres individuales.¹²⁹

A primer vista, la supresión de la pluralidad de caracteres individuales pareciera no constituir un problema de altas magnitudes, sin embargo para los ideólogos liberales consideran que el contraste entre individuos y grupos de competencia permite el progreso de la humanidad en su conjunto, tanto en términos técnico-científicos, como en términos morales.

En el aspecto estrictamente moral, para los liberales la confrontación de las ideas permite la superación de las premisas erróneas, lo que no sería posible en la medida en la que se uniformara el pensamiento, consecuentemente, desde una perspectiva política, los liberales sostienen la evidente oposición entre estados libres y despóticos, estos últimos son estacionarios e inmóviles, por lo tanto “no sujetos a la ley del progreso indefinido.”¹³⁰ En ese tenor Mill considera:

¹²⁷ “... la sociedad es mejor en cuanto la esfera de la libertad es más amplia y la esfera del poder es más restringida” Bobbio, N. *Liberalismo y Democracia*. p. 100

¹²⁸ Bramsted, E. K. *El liberalismo en occidente*. Tomo V. p. 24

¹²⁹ Bobbio, N. *Liberalismo y Democracia*. p. 27

¹³⁰ *Idem*. p. 31 De hecho tanto en Mill como en Tocqueville encontramos argumentos que bien pueden ser sintetizados en la idea favorable de un pluralismo sano, puesto que el desarrollo que en tal momento presenta Europa frente al resto del mundo es deducido de la diversidad de caracteres y de culturas que en

“Ninguna comunidad ha progresado permanentemente sino aquella en la cual tuvo un lugar un conflicto entre el poder más fuerte y algunos poderes rivales, entre las autoridades espirituales y las temporales; entre las clases militares y las trabajadoras, entre el rey y el pueblo; entre los ortodoxos y los reformadores religiosos.”¹³¹

Los argumentos precedentes le permiten a Bobbio afirmar que el liberalismo se revela como la doctrina antipaternalista por excelencia, puesto que niega todo derecho del Estado a intervenir en la esfera interior del individuo, esfera de la cual este último es el único responsable,¹³² aseveración que se ve ampliamente confirmada con el sinnúmero de argumentos planteados por los ideólogos del liberalismo en el sentido de que el Estado no tiene porque proteger al individuo de sí mismo. En este sentido Spencer opina:

“Una cosa es garantizar a todo hombre el libre poder de perseguir su propio bien y otra muy diferente perseguir el bien para él.”¹³³

Hasta aquí hemos visto, por un lado la estrecha relación que mantienen la teoría de los derechos naturales con la visión *iustnaturalista* de la conformación del Estado, y por el otro la importancia que la ideología liberal le atribuye a la pluralidad de caracteres individuales, axiomas de los cuales parece lógico colegir la perspectiva de acuerdo con la cual es necesario limitar las funciones del estado y determinarlas normativamente. En virtud de tales principios, no debe sorprendernos que uno más de los rasgos característicos del liberalismo sea su valoración del Estado como un mal necesario. En este tenor, Tocqueville apunta:

“La omnipotencia en sí misma es una cosa mala y peligrosa... No hay sobre la tierra autoridad tan respetable en sí misma, o revestida de un derecho tan sacro, que yo quiera dejar actuar sin control y dominar sin obstáculos. Cuando veo el derecho y la facultad de hacer todo a cualquier potencia... yo afirmo que allí está el germen de la tiranía.”¹³⁴

ella se expresan, no obstante, el ánimo de uniformidad que se deriva de la democracia, amenaza tal desarrollo Bramsted, E. K. *El liberalismo en occidente*. Tomo V. p. 46 y ss.

¹³¹ Bobbio, N. *Liberalismo y democracia*. p. 78

¹³² *Idem*. p. 73

¹³³ Bramsted, E. K. Op. cit. p. 65

¹³⁴ Bobbio, N. *Liberalismo y democracia*. p. 65) De manera semejante Bramsted y ... recuerdan que Faguet sostenía: “Un remedio es un mal pequeño al que se recurre para librarse de otro mayor. El Estado es un mal que la Humanidad ha inventado para conjurar los peligros de la combatividad humana, pero ciertamente es un mal. Molesta al individuo, lo traba, pesa sobre él... El Estado es un mal necesario... no es un bien en sí.” Bramsted, E. K. Op. cit. p. 90

Esta última perspectiva es retomada para evaluar incluso la forma de gobierno democrática, misma que es considerada por diversos autores de la modernidad – entre ellos Rousseau, Locke o Kant – como la forma de gobierno que garantiza el mayor respeto a la libertad individual en la medida en la que permite que, de forma directa o a través de sus representantes, los hombres confluyan a las determinaciones a aplicar por el poder público.

Independientemente de los argumentos que afirman cierto grado de garantía a la libertad individual dentro del régimen democrático algunos liberales como Mill, Tocqueville o Guizot desarrollan una serie de ideas de las que se deduce la categoría política que se denomina “Tiranía de las Mayorías”, entendiendo por ella la posibilidad real y efectiva de que una determinación dada sea considerada como legítima simplemente por la fuerza de los más, ciñendo en consecuencia la libertad tanto de las minorías como de los individuos disconformes con la misma.¹³⁵

De hecho Tocqueville, al analizar la democracia en los Estados Unidos de América denuncia que, el “inmenso prestigio de la mayoría erigía “barreras a la libertad de opinión, lo que daba como resultado, por un lado, que el disidente sufriera el ostracismo social, y por el otro, una cobardía espiritual en quienes se adaptaban por mera costumbre.”¹³⁶

A fin de evitar los males que se producen a partir de la “Tiranía de las Mayorías” (tanto el sometimiento de las minorías como el conformismo espiritual de los hombres) y en el entendido de que solo la pluralidad de ideas permite el desarrollo de la humanidad, los ideólogos liberales propugnarán por buscar que dentro de la democracia se establezcan los medios más eficaces que permitan a las minorías expresar sus discrepancias dentro de la sociedad a la que pertenecen, actitud que servirá para exponer la defensa de la libertad de expresión, de prensa, de reunión y de libre asociación. De hecho, nos dice Guizot, que tales derechos o libertades:

¹³⁵ “En conformidad con el principio de la soberanía del pueblo, el derecho absoluto reside en la mayoría; la soberanía verdadera se halla donde se manifiesta esta fuerza; de ahí se deriva casi necesariamente y se ha derivado en general de hecho la opresión de la minoría.” *Idem.* p. 26

¹³⁶ *Idem.* p. 45

“... tienen como objeto el no declarar la mayoría... (*sino*) obligarla a legitimarse sin cesar para conservarse... (*así como*) el poner la minoría en situación de discutirle su poder y su derecho...”¹³⁷

Finalmente, de la perspectiva que ve al Estado como derivación necesaria del Estado de Naturaleza – teoría que comparten el liberalismo y el *iusnaturalismo* – y en consecuencia como mal necesario, es lógicamente comprensible porque para el liberalismo el Estado no puede ser un fin en sí mismo, antes bien se trata de un medio cuya única función será potenciar las condiciones de la organización político-social para garantizar el pleno desarrollo de los individuos.

2.3.1.2 La Desobediencia Civil desde la perspectiva del Liberalismo.

Una vez conocidas las premisas básicas del liberalismo, resultará mucho más fácil valorar la postura que a favor o en contra podrá deducirse de sus postulados respecto de la Desobediencia Civil.

En principio debe decirse que puede resultar inverosímil aceptar una valoración en pro de la Desobediencia Civil a partir del liberalismo si consideramos que para dicha ideología – la cual retoma del *iusnaturalismo* el planteamiento de la conformación del Estado – el objetivo de la organización política no es otro sino el establecimiento positivo y eficaz de las normas que permiten una convivencia pacífica entre los hombres, las cuales son deducidas de la razón. Así entendido el fin último que el liberalismo le atribuye al Estado, resultaría más o menos contradictorio sostener la posibilidad de que los ciudadanos sujetos a su potestad tuvieran la facultad de no acatar las normas por él prescritas, puesto que un incumplimiento generalizado de ellas implicaría en cierta medida el regreso al “Estado de Naturaleza” que se intentó superar.

De hecho, Wallerstein apunta que para los ideólogos liberales la coerción estatal tiene como finalidad el rebasar y sustituir a la coerción individual, así como a la

¹³⁷ *Idem.* p. 26

ejercida por cualquier asociación de individuos dentro del Estado, en virtud de considerarse aquella como capaz de conciliar los intereses de las mayorías.¹³⁸

A pesar de lo anterior consideramos que existen diversos argumentos que, fundados en las premisas del liberalismo, permiten sostener la posibilidad legítima de desobedecer el marco jurídico prescrito por el Estado, sobretodo cuando tal contravención presenta las características particulares, expuestas más arriba, con las que se distingue la Desobediencia Civil.

El argumento más contundente que permite sustentar la anuencia por parte del liberalismo de la Desobediencia Civil como práctica política para oponerse al poder constrictivo del Estado puede desprenderse, desde nuestra perspectiva, del propio objetivo que tal ideología jurídica le atribuye a la organización política.

En efecto, como ha quedado dicho, el liberalismo comparte con le Doctrina del Derecho Natural la idea de que el Estado es constituido por hombres libres, a fin de garantizar el goce de las libertades naturales que estos tienen en el "Estado de Naturaleza", así la legitimidad del poder público depende necesariamente de que sus determinaciones respeten los derechos esenciales de los hombres, en caso contrario, la desobediencia de sus mandatos estaría plenamente justificada. En ese sentido Bobbio apunta:

"Atribuir a alguien un derecho significa reconocer que él tiene la facultad de hacer o no hacer lo que le plazca, y al mismo tiempo el *poder resistir*, recurriendo en última instancia a la fuerza propia... contra el trasgresor eventual, quien en consecuencia tiene el deber.. de abstenerse de cualquier acto que pueda interferir con la facultad de hacer o de no hacer."¹³⁹

Es de resaltar que la concepción de Bobbio en torno a la posibilidad de resistir toda fuerza que contrarie nuestro derecho legítimo no es limitada por el propio jurista a que dicha trasgresión provenga de un particular, por lo que no vemos razón alguna por la cual el argumento no pueda conservar su validez frente a la fuerza ejercida por el poder público. De hecho el propio jurista italiano, más adelante, apunta:

¹³⁸ Wallerstein, W. *Op. cit.* pp. 87 y ss.

¹³⁹ Bobbio, N. *Liberalismo y democracia*. p. 11 (Las cursivas son nuestras)

“... la mayor garantía de que los derechos de libertad están protegidos contra la tendencia de los gobernantes a limitarlos y suprimirlos reside en la posibilidad de que los ciudadanos se defiendan de abusos eventuales.”¹⁴⁰

Consideramos que la idea de la defensa de los ciudadanos frente a “abusos eventuales” del poder político propuesta por el jurista italiano, casa bien con la Desobediencia Civil como método de presión para modificar normas o programas de gobierno que se consideran injustos o dañinos, fundamentalmente por dos razones: la primer razón radica en el hecho de que, a diferencia de la Acción Revolucionaria, la Desobediencia Civil presupone la legitimidad del orden normativo en su conjunto, objetando tan sólo una o algunas de las normas que conforman dicho conjunto; la segunda de las razones se apoya en la premisa teórica de acuerdo con la cual la Desobediencia Civil debe ser vista como una conducta excepcional cuya práctica exige, en principio, como prerequisite, el agotamiento de los métodos legales predeterminados para obtener modificaciones normativas.

De otro lado si, como ya se dijo, el liberalismo parte de la concepción *iusnaturalista* de que el Estado es resultado de un acuerdo entre los miembros que lo componen, y por lo tanto la obediencia a sus mandatos está supeditada, en cierta medida como ya hemos visto, a la aceptación consensuada de dichos miembros para someterse al poder político constituido, se puede concluir válidamente que toda prescripción normativa que contraríe el consenso en el que se funda la legitimidad del poder político del Estado puede ser válidamente desobedecida.¹⁴¹

Un argumento más que nos permite afirmar la aceptación de la Desobediencia Civil como práctica política por parte del liberalismo, se desprende de la tesis sustentada por dicha ideología, según la cual, para que el Estado cumpla con su objetivo principal – la preservación de los derechos naturales de los hombres – es menester que sus funciones se limiten al máximo, primordialmente al mantenimiento del orden interno y la defensa en contra de las amenazas externas. Así, para los liberales más ortodoxos, el Estado no puede exigir más obediencia que aquella que se encuentre directamente referida al cumplimiento de dichas funciones. En este sentido Faguet expresa:

¹⁴⁰ *Idem.* p. 47

¹⁴¹ “... un régimen que no se funda en la soberanía popular depende únicamente del derecho natural de resistencia a la opresión.” Bobbio, N. *Liberalismo y democracia.* p. 47

“¿Qué hay que darle, entonces (al gobierno)? La fuerza necesaria para defender al país contra el extranjero; la obediencia en lo que respecta a su función de asegurar el orden del país, la obediencia y la devoción en lo que respecta a su función de defender el país contra el extranjero. ¿Aparte de eso? Nada. Nada absolutamente. Allí donde se detiene su función, se detiene... el ejercicio legítimo y razonable de su derecho.”¹⁴²

Por su parte, Thomas Hill Green, catedrático de Filosofía Moral de Oxford opinaba, a decir de Bramsted, que en la medida en el que el Estado permitiera un adecuado desarrollo individual de sus súbditos, la conciencia ciudadana de éstos se desarrollaría igualmente en dirección al bien común, con lo cual:

“... los ciudadanos deben tener el sentido del deber, así como una comprensión de sus derechos; y a la inversa, el derecho del ciudadano de desobedecer la ley dependerá de si tal desobediencia estará o no en el interés del bien común.”¹⁴³

Los argumentos que hasta el momento hemos expuesto en pro de la Desobediencia Civil si bien encuentran fundamento en postulados propios del liberalismo, lo cierto es que las condiciones en las cuales se verifica su validez son, en términos generales, situaciones extremas en las que el régimen estatal deviene o transita hacia un régimen absolutista o despótico. No obstante, existen otros tantos argumentos a favor de la Desobediencia Civil que, contruidos desde premisas liberales, son aplicables al régimen democrático, orden político del que frecuentemente se predica el respeto a la libertad de los ciudadanos.

A fin de exponer los argumentos liberales en lo que puede apoyarse una actitud favorable a la Desobediencia Civil dentro de los regímenes democráticos, es preciso recordar que muchos de los teóricos de tal ideología consideran que la concentración del poder tiende necesariamente a un ejercicio despótico del mismo, razón por la cual el hecho de que tal concentración sea repartida entre algunos de los miembros de una sociedad o entre una mayoría de ellos, no implica necesariamente su empleo imparcial y objetivo. En este sentido Tocqueville expresa:

“Nuestros contemporáneos imaginan un poder único, tutelar, omnipotente, pero elegido por los ciudadanos; combinan centralización y soberanía popular. Esto les da un poco de tranquilidad. Se consuelan por el hecho de ser tutelados, pensando que ellos mismos seleccionarían a sus

¹⁴² Bramsted, E. K. Op. cit. p. 94

¹⁴³ *Idem.* p. 64

tutores... En un sistema de este género los ciudadanos salen por un momento de la dependencia, para designar a su amo, y luego vuelven a entrar.”¹⁴⁴

Aún más, para Jhon Stuart Mill la democracia, al partir del principio del gobierno de las mayorías, indefectiblemente implica que el poder público sea representante de intereses sectoriales que se imponen al resto de los intereses, por lo cual, generalmente, se deja de lado la búsqueda del consenso con las posturas minoritarias, resultando casi imposible suponer un ejercicio imparcial de dicha potestad.¹⁴⁵ En palabras del teórico inglés:

“Bien puede calcularse cierto grado de conciencia y de espíritu público desinteresado en los ciudadanos de cualquier comunidad madura para el régimen representativo, pero será absurdo esperar la conciencia y el discernimiento intelectual a prueba de cualquier sofisma plausible que quisiera presentar como mandato de la justicia y del bien general lo que es su interés de clase...”¹⁴⁶

De igual manera Faguet sostiene que en la medida en la que el Estado Moderno define quienes serán sus autoridades a través de elecciones, estas no podrán ser, de ninguna manera, imparciales en su ejercicio, finalmente el ejercicio del poder estatal se dirigirá en mayor o menor medida en beneficio del partido favorecido por la mayoría.¹⁴⁷

Ahora bien, los riesgos a los que se encuentra sometida la libertad de los hombres dentro de los gobiernos democráticos, a decir de los teóricos en comento, no sólo tienen efectos sobre el individuo sino que los mismos pueden alcanzar a la sociedad en su conjunto. En efecto, como ya se ha mencionado, la ideología liberal defiende la tesis según la cual el progreso de la sociedad está forzosamente ligada a la confrontación de ideas que se deduce de la pluralidad de espíritus individuales,¹⁴⁸ en consecuencia, la hegemonización y homogenización de la sociedad que la democracia implica no solo contravienen el “sano y natural” desarrollo de las personas, sino que además impiden el perfeccionamiento de la organización social en su conjunto.

¹⁴⁴ Bobbio, N. *Liberalismo y democracia*. p. 66

¹⁴⁵ Bramsted, E. K. Op. cit. pp. 55 y ss.

¹⁴⁶ *Idem*. p.58

¹⁴⁷ “A consecuencia de su origen, que es la elección incesante, siempre disputada, y casi siempre indecisa, el Estado moderno... nunca tiene presentes más que intereses particulares; el interés absolutamente colectivo se le escapa. Se figura... que el interés general no es más que la suma de los diversos intereses particulares, lo que de ordinario es una proposición verdadera, pero que no siempre puede admitirse sin reservas.” *Idem*. p. 100

¹⁴⁸ “... el principio del progreso... sea como amor a la libertad o al perfeccionamiento – nos dice Mill – es contrario al imperio de la costumbre, y al menos implica emancipación de su yugo.” *Idem*. p. 46

Aceptando como válidas dichas premisas, Bobbio deduce como corolario de las mismas el hecho de que resulte imposible definir “de una vez y para siempre” los límites del poder estatal y los correlativos derechos de los ciudadanos sujetos a su régimen.¹⁴⁹

Finalmente, como resultado tanto de las dificultades que la democracia supone para el individuo y para la sociedad en su conjunto, así como de la imposibilidad de determinar límites “eternos” a la actividad del Estado, los liberales propugnan por un diálogo y confrontación de ideas constante a fin de resolver los obstáculos planteados. Así Guizot sostiene:

“... existe en toda sociedad cierta suma de ideas justas y de voluntades legítimas sobre los derechos recíprocos de los hombres, sobre las relaciones sociales y sus resultados. Esta suma de ideas justas y de voluntades legítimas está dispersa entre los individuos que componen la sociedad y esta distribuida desigualmente entre ellos, en virtud de causas infinitas que influyen sobre el desarrollo intelectual y moral de los hombres. ¿De qué se trata, pues, para hacer que reine en la sociedad... ese poder de la razón, de la justicia y de la verdad que, siendo el único legítimo en sí, es también *el único que tiene derecho a imponer obediencia?*... se trata de descubrir todos los elementos del poder legítimo diseminados en la sociedad y organizarlos en poder de hecho, es decir, de concentrar, de realizar la razón pública, la moral pública y llamarlas al poder.”¹⁵⁰

En este tenor podemos encontrar igualmente la defensa de Mill respecto de la representación de las minorías en los gobiernos parlamentarios,¹⁵¹ la afirmación de Arendt en el sentido de que únicamente se puede suponer la conformidad de los ciudadanos con las normas que los rigen en la medida en la que se les permita disentir públicamente,¹⁵² o el argumento de Leroy-Beaulieu a favor del *referéndum* como “arma defensiva de la sociedad” para evitar mandatos irrevocables.¹⁵³

En razón de lo anterior, consideramos lógico deducir que la ideología liberal mantendrá una opinión favorable respecto de la Desobediencia Civil, en tanto que este tipo de acción política infringe una o más normas con la finalidad de dar a conocer su discrepancia frente a dichas normas, normas distintas de las transgredidas, o acciones

¹⁴⁹ Bobbio, N. *Liberalismo y democracia*. p. 100

¹⁵⁰ Bramsted, E. K. Op. cit. p. 27 (Las cursivas son nuestras)

¹⁵¹ *Idem*. p. 48

¹⁵² Arendt, H. Op. cit. p. 87 y ss.

¹⁵³ Bramsted, E.K. Op. cit. p. 94

de gobierno, fundándose en el argumento de que las mismas contrarían cierto sentido de justicia compartido por un sector más o menos amplio de la sociedad y apelando al sentimiento de justicia de la sociedad en su conjunto.

Es precisamente en este ánimo dialogal que el liberalismo califica como libertades esenciales de los individuos a las libertades de opinión, de prensa y asociación, libertades que, de otro lado, tendrían como función principal permitir que los individuos influyan en las decisiones de gobierno. Lo anterior es retomado de cierta manera por la Teoría de la Desobediencia Civil, de acuerdo con la cual, tales potestades deben ser agotadas antes de contravenir la norma que se considera injusta.

De igual manera, el carácter esencialmente pacífico de las acciones de Desobediencia Civil – las cuales, en principio, deben limitarse a la ejecución una conducta precisada por la norma como prohibida con cierta conciencia de sometimiento a la sanción deducida de dicha contravención – se presenta como otra de las características que nos permite suponer cierta anuencia del liberalismo para con este tipo de movimientos políticos. En sentido próximo a este argumento encontramos la siguiente cita de Gambetta:

“... hay que comprender que únicamente de la discusión externa, contendiente, que hallará tantas afirmaciones como negociaciones, puede desprenderse la opinión, porque la democracia no es el gobierno de la uniformidad ni de esa disciplina pasiva con que sueñan otros partidos... es el gobierno de la libertad de pensar, de la libertad de obrar. De ahí la necesidad de una comunicación perpetua de todos los ciudadanos entre sí, cuando quieran y como quieran, con sólo la condición... *de deliberar pacíficamente, sin armas... para no ofrecer a algunos la tentación de violar el derecho de los demás.*”¹⁵⁴

En conclusión, consideramos que los argumentos expuestos en este apartado y elaborados desde las premisas del liberalismo, permiten sostener la conformidad entre dicha ideología y la Desobediencia Civil como forma de participación política.

2.3.2 FRENTE AL MARXISMO.

2.3.2.1 Definición y rasgos característicos.

¹⁵⁴ *Idem.* (las cursivas son nuestras)

El marxismo, al igual que el liberalismo, es reconocido como una corriente político-ideológica de la modernidad que, en tanto tal, construye una serie de principios teóricos alrededor del Estado, en virtud de ser éste el espacio en el cual se desarrollan las relaciones sociales de poder.

Al ser el Estado el objeto principal en el que se centra el planteamiento de acción política del marxismo, resulta ineludible que sus planteamientos teóricos se refieran, en cierta medida, al ordenamiento constrictivo que caracteriza a dicha organización política: el Derecho. No obstante, al ser el marxismo una ideología política, su interés por el fenómeno jurídico-normativo resulta más o menos tangencial, lo que se evidencia en la medida en la que su discurso respecto del Derecho, generalmente es accesorio a su discurso explicativo del Estado.

La teoría marxista sostiene que toda estructura social se constituye por diversas relaciones sociales, de las cuales, las relaciones de producción o de base económica son las que finalmente determinan al resto. Es por ello que las relaciones de producción son caracterizadas como la "infraestructura" social, mientras que el resto de las relaciones sociales son identificadas como "superestructura".

La "metáfora del edificio" (*Althusser dixit*) antes señalada, busca indicar que las relaciones sociales que conforman la "superestructura" son un "reflejo" de la base económica, es decir, que aquellas son una forma de expresión de dicha base.¹⁵⁵ Es en este contexto, la "superestructura", donde el marxismo sitúa tanto al Estado como a su Derecho.¹⁵⁶

"La totalidad de... (*las*) relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la cual se alza un edificio jurídico y político y a la cual corresponden determinadas formas de conciencia social."¹⁵⁷

"... los distintos Estados de los distintos países civilizados, pese a la abigarrada diversidad de sus formas, tienen de común el que todos ellos se

¹⁵⁵ Althusser, Louis. *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. (Tit. orig. *Idéologie et appareils idéologiques d'État*. trad. Alberto J. Pla) Ed. Nueva Visión. s.n.e. Buenos Aires, Argentina. 1988. pp. 16 y ss.

¹⁵⁶ "La concepción materialista de la historia, precisamente, permite conocer tanto el estado como el derecho, como simples "ideologías", como superestructuras por encima de la estructura de cualesquiera relaciones "reales"" Kelsen, Hans. *Socialismo y Estado*. (Tit. orig. *Sozialismus und Staat*. trad. Alfonso García Ruiz) Ed. Siglo XXI. 1ª. edición. México, 1982. p. 187

¹⁵⁷ Kelsen, Hans. *Socialismo y Estado*. p. 187

asientan sobre las bases de la moderna sociedad burguesa, aunque ésta se halle en unos sitios más desarrollada que en otros, en el sentido capitalista.”¹⁵⁸

La cita precedente confirma, en cierta medida, nuestra afirmación anterior en el sentido de que para el marxismo, el Estado se desarrolla teniendo como base las relaciones económicas de producción, mismas que, en la modernidad, son calificadas como “burguesas” por el propio Marx. Esta forma de distinguir las relaciones de producción de la modernidad evidencia una de las características principales del método marxista, a saber, que todo objeto de estudio requiere ser analizado, necesariamente, desde una perspectiva histórica, en consecuencia de lo cual tanto el Estado como el Derecho deben ser concebidos como fenómenos que se desarrollan en una época determinada.¹⁵⁹

Las “relaciones de producción burguesas” que caracterizan nuestra época entrañan, a decir del propio Marx, la existencia de dos tipos de seres humanos, los que son dueños de los medios de producción y los que carecen de éstos.¹⁶⁰ Ahora bien, en tanto que la riqueza sólo puede ser producida a través del trabajo y éste requiere como condición *sine qua non* el empleo de dichos medios, las relaciones de producción de la modernidad generan una enorme desigualdad social en la medida en que quienes carecen de las circunstancias necesarias para generar riqueza se ven obligados a intercambiar su fuerza de trabajo bajo las condiciones que les impongan quienes las poseen, aún cuando éstas los reduzcan a una situación de servidumbre.¹⁶¹

Las diferencias materiales entre quienes poseen los medios de producción y quienes se encuentran privados de ellos generan necesariamente una confrontación de intereses entre ambas clases de seres humanos; confrontación que será resuelta de maneras más o menos violenta. Una de estas formas de solución del conflicto de intereses será a través de la conformación del Estado.

“En su libro *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Engels considera al Estado como la expresión del hecho de que la sociedad se ha enredado en contradicciones de clase insolubles... “... a fin de

¹⁵⁸ Marx, Karl y Engels, Federico. *Obras escogidas*. Tomo III. Ed. Progreso. s.n.e Moscú, U.R.S.S., 1978. p. 22

¹⁵⁹ Pashukanis, E. B. *La teoría general del derecho y el marxismo*. (Tit. orig. *Obschaia teoria prava i marxism*. trad. Carlos Castro. Ed. Grijalbo. 1ª. edición. México, 1976. p. 31

¹⁶⁰ Marx, K y Engels, Federico. *Manifiesto del Partido Comunista y otros escritos*. Ed. Grijalbo. s.n.e. México, 1996. p. 22.

¹⁶¹ Marx, K. *Obras escogidas*. pp. 9 y ss.

que estos antagonismos, estas clases con intereses económicos en pugna no se devoren a sí mismos y no consuman a la sociedad en una lucha estéril, se hace necesario un poder situado aparentemente por encima de la sociedad y llamado a amortiguar el choque, a mantenerlo en los límites del "orden". Y ese poder, nacido de la sociedad, pero que se pone por encima de ella... es el Estado"¹⁶²

Así, el Estado es visto por el marxismo como una herramienta de la clase hegemónica – que en la sociedad moderna son los propietarios de los medios de producción o "burguesía" – para mantener y reproducir las condiciones económicas que les permiten dicha hegemonía, es decir: el Estado es un instrumento de dominación de clase.¹⁶³

En efecto, al lado de las condiciones de dominio de clase que se producen en la sociedad moderna como consecuencia de la apropiación de los medios de producción por parte de la burguesía...

"... se constituye una dominación mediata, refleja, bajo la forma del poder de Estado oficial en tanto que poder particular separado de la sociedad."¹⁶⁴

Ahora bien, el Estado, o mejor dicho, el poder *aparentemente* imparcial que dicha figura entraña, al ser un mero instrumento, puede ser empleado tanto a favor de los intereses de la burguesía como a favor de los intereses de quienes carecen de los medios de producción – el proletariado – razón por la cual la pugna de intereses entre la burguesía y el proletariado tiene como uno de sus campos de acción, al propio Estado.

"... el Estado... sólo tiene sentido en función del *poder de Estado*. Toda lucha política de las clases gira alrededor del Estado... alrededor de la posesión, es decir, de la toma y la conservación del poder de Estado por cierta clase o una alianza de clases o de fracciones de clase. Esta primera acotación nos obliga a distinguir el poder de Estado (conservación del poder de Estado o toma del poder de Estado), (*que es el*) objetivo de (*la*) lucha política de clases."¹⁶⁵

A pesar de lo anterior, en la época histórica en la que nos encontramos, el desenvolvimiento de las relaciones mercantiles ha permitido que la burguesía tome el

¹⁶² Pashukanis, E.B. *La teoría general del derecho y el marxismo*. p. 141 (El subrayado es nuestro)

¹⁶³ "Solamente cuando se considera al Estado como una organización real de dominación de clase... se puede efectivamente estudiar al Estado, tal como es en realidad, y no sólo las formas subjetivas."
Idem. p. 60

¹⁶⁴ *Idem*. p. 140

¹⁶⁵ Althusser, L. *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*. p. 22 (Las palabras en cursivas son nuestras.)

control del poder del Estado gracias a su dominio sobre los medios de producción,¹⁶⁶ sin embargo para mantener tal condición hegemónica, se hace necesario establecer cierto orden, el cual, al ser revestido con un carácter de derecho público, logra que las relaciones vinculadas al intercambio – las cuales son, esencialmente, relaciones privadas – sean vistas como representación del interés general, con lo cual el poder del Estado se muestra como el establecimiento de un poder coercitivo para mantener un orden que se supone “natural” o “justo”.

En efecto, la forma como es concebido el Estado burgués presupone que la sociedad se conforma por individuos libres e iguales que actúan como propietarios de mercancías destinadas al intercambio, el cual, en términos generales, se da de manera organizada. Sin embargo, cuando tal orden es roto, surge la necesidad de una coacción autoritaria que se justifica en la medida en la que se presenta como un poder imparcial cuyo objetivo es la conciliación de los intereses en pugna. En este sentido el teórico soviético Pashukanis, sostiene:

“El pensamiento burgués que considera el marco de la producción mercantil como el marco eterno y natural de la sociedad, considera así el poder estatal abstracto como un elemento perteneciente a toda sociedad en general. Eso fue expresado de la manera más ingenua por los *teóricos del derecho natural, que fundaron su teoría del poder en la idea de las relaciones entre personas independientes e iguales, y que pensaron proceder de los principios de las relaciones humanas como tales*. En realidad no hicieron sino desarrollar, con diferentes matices, la idea de un poder que une entre sí las propiedades de mercancías independientes.¹⁶⁷

En razón de tal perspectiva, el carácter ideológico (en el sentido de falsa conciencia) del Estado es revelado, puesto que la actividad de la organización estatal que se presenta como un “poder imparcial”, tiene en realidad como función la de mantener la hegemonía de la clase dominante (en nuestra época, la burguesía), ya que garantiza la permanencia de las condiciones que permiten el intercambio mercantil.¹⁶⁸ En este sentido, Engels señala:

“... el estado es... una organización de la correspondiente clase explotadora para mantener las condiciones exteriores de producción, y, por tanto,

¹⁶⁶ “... después del establecimiento de la gran industria y del mercado universal, (*la burguesía*) conquistó, finalmente, la hegemonía exclusiva del Poder político en el Estado representativo moderno. El gobierno del Estado moderno no es más que una junta que administra los negocios comunes de toda la burguesía...” Marx, K. *Manifiesto del Partido Comunista y otros escritos*. p. 25

¹⁶⁷ Pashukanis, E.B. Op. cit. p. 147 (las cursivas son nuestras)

¹⁶⁸ *Idem*. p. 139

particularmente, para mantener por la fuerza a la clase explotadora en las condiciones de opresión.”¹⁶⁹

De igual manera, Hans Kelsen, uno de los críticos más agudos de la concepción marxista del Derecho, acepta:

“... hay que estar de acuerdo plenamente con la teoría marxista en el hecho de que toda determinación conceptual, que presente al estado esencialmente como organización de un interés global o de una voluntad global, en una palabra, en cierto modo expresión de una solidaridad de todos los individuos unidos a través de la organización, es una *ficción*.”¹⁷⁰

La hegemonía de la burguesía se obtiene, desde la perspectiva del marxismo, por el dominio que ostenta sobre los medios de producción, pero se reproduce a través tanto del *aparato represivo del Estado* como de lo que Althusser llama *Aparatos Ideológicos del Estado*. Ambos “aparatos” entrañan un sin número de instituciones a través de las cuales la burguesía impone sus intereses a la clase dominada; la distinción fundamental entre dichos “aparatos” reside en el hecho de que, mientras el primero realiza su función principalmente mediante la violencia, el segundo la realiza, principalmente, a través de la ideología. El Derecho, señala el propio teórico francés, pertenece a ambos aparatos y en consecuencia permite la reproducción del sistema económico burgués.¹⁷¹

La reproducción del mencionado sistema económico es posible a través del Derecho en tanto que las normas que lo conforman presentan las relaciones sociales de subordinación deducidas de las relaciones de producción existentes, como un “Deber ser”, ya en términos morales, ya como expresión de la voluntad de un ente colectivo y abstracto que refleja el interés del conjunto de hombres que componen el todo social.¹⁷² Finalmente dicho parámetro (el “Deber Ser”) le permite a los órganos del Estado evaluar como “normal” aquellos comportamientos que le permiten a la clase hegemónica reproducir las condiciones que refrendan su predominio. Debido a ello:

“... aunque la actividad de la organización estatal tenga lugar efectivamente bajo la forma de órdenes y decretos que emanan de personal (sic) singulares, la teoría jurídica admite en primer lugar que no son personas las que dan órdenes, sino el Estado, y en segundo lugar que esas órdenes están sometidas

¹⁶⁹ Kelsen, H. *Socialismo y Estado* p. 216

¹⁷⁰ *Idem.* p. 194

¹⁷¹ Althusser, L. Op. cit. pp. 24 y ss.

¹⁷² Pashukanis, E. B. Op. cit. p. 147

a las normas generales de la ley que expresa de nuevo la voluntad del Estado.”¹⁷³

Al igual que el Estado, las normas jurídicas tienen también un carácter ideológico, el cual es desenmascarado por la teoría marxista al señalar que el contenido de estas es la expresión jurídica de las relaciones de producción,¹⁷⁴ puesto que tiende a reproducir las condiciones necesarias para que se realice la relación de valor en el intercambio de mercancías.¹⁷⁵ En efecto, para el marxismo es evidente que el derecho privado tiende a cosificar las relaciones que los hombres despliegan entre sí en el proceso de trabajo, puesto que se considera como una actividad privada a la cual se le da forma mercantil, una actividad que sólo puede ser entendida en plenitud como consecuencia de una actividad social más o menos amplia.

Un ejemplo específico del carácter ideológico del contenido jurídico es dilucidado por el marxismo, del reconocimiento que hace la doctrina burguesa del Derecho de ciertas facultades innatas al hombre. En este sentido, el marxismo sostiene que el reconocimiento de la libertad del hombre no tiene otra finalidad que la de asimilar todas las expresiones del trabajo al “trabajo humano abstracto”. Esto es así, porque sólo es posible presuponer un intercambio justo de mercancías – expresión del trabajo humano – en la medida en la que se otorgue cierta autonomía a individuos cuyas condiciones materiales no son idénticas.¹⁷⁶

“... este *derecho igual* sigue llevando implícita una limitación burguesa. El derecho de los productores es *proporcional* al trabajo que han rendido; la igualdad, aquí, consiste en que se mide por el *mismo rasero*: por el trabajo.”¹⁷⁷

En consecuencia, el Derecho ignora por completo tanto las distinciones de clase como las distintas aptitudes de los individuos, permitiendo de esta manera la subordinación de la clase desposeída de los medios de producción a los intereses de la burguesía.

¹⁷³ *Idem.* p. 149

¹⁷⁴ “El Estado... permite a las clases dominantes ... asegurar su dominación sobre la clase obrera para someterla al proceso de extorsión de la plusvalía (es decir, a la explotación capitalista). Althusser, L. Op. cit. p. 19

¹⁷⁵ “¿dónde hay que buscar esa relación social *sui generis* cuyo reflejo inevitable es la forma jurídica?... esa relación es la relación de los propietarios de mercancías entre sí.” Pashukanis, E. B. Op. cit. p. 68

¹⁷⁶ *Idem.* pp. 157 y ss

¹⁷⁷ Marx, K. *Obras escogidas*. p. 14 (con cursivas en el original)

“Para que los productos del trabajo humano puedan compararse unos con otros como valores, los hombres deben comportarse recíprocamente como personas independientes e iguales.

“Cuando un hombre se encuentra bajo el poder de otro, es decir, cuando es esclavo, su trabajo deja de ser creador y sustancia de valores.”¹⁷⁸

Hasta aquí el Derecho ha sido considerado como parte de los *Aparatos Ideológicos de Estado*, sin embargo como ya hemos anotado, también es expresión del *Apartado represivo del Estado*, manifestación que se evidencia a través de la coacción de las conductas contrarias a las prescripciones estatales. Dicha coacción, en última instancia, también está destinada a mantener las condiciones hegemónicas de la burguesía. En este sentido, Lenin apunta:

“El derecho burgués, respecto a la distribución de los artículos de *consumo* presupone también inevitablemente un *estado burgués*, pues el derecho no es nada sin un aparato capaz de *obligar* a respetar las normas de aquél.”¹⁷⁹

Ahora bien, aún cuando toda norma que establece una sanción conlleva cierto ejercicio de violencia, es en el Derecho Penal, como en ninguna otra rama del Derecho, donde resulta más tangible la dominación de clase de manera belicosa,¹⁸⁰ en tanto que la función específica de las normas que conforman tal categoría está dirigida a inhibir por la fuerza las conductas que tienden a interrumpir el libre intercambio de mercancías. Este ejercicio represivo se agrava en la medida en la que el proletariado disputa a la burguesía la calidad de clase hegemónica.

“... como las relaciones sociales no se limitan a las relaciones jurídicas abstractas de propietarios de mercancías abstractas, la jurisdicción penal no es sólo una encarnación de la forma jurídica abstracta, sino también un arma inmediata en la lucha de clases. Cuanto más aguda y encarnizada se vuelve esa lucha, más dificultades tiene la dominación de clase para realizarse en el interior de la forma jurídica. En ese caso, el tribunal “imparcial” con sus garantías jurídicas se deja a un lado por una organización de la violencia de clase directa, cuyas acciones son guiadas exclusivamente por consideraciones de oportunidad política.”¹⁸¹

De hecho, cuando se hace un análisis comparativo entre la jurisdicción penal y la jurisdicción civil desde la perspectiva del marxismo, puede llegarse a la conclusión de que mientras que ésta última gira en torno a los conflictos que se generan entre las

¹⁷⁸ Pashukanis, E. B. Op. cit. p. 157

¹⁷⁹ Lenin, V. Op. cit. p. 122.

¹⁸⁰ “... la burguesía asegura y mantiene su dominación de clase por medio de su sistema de derecho penal oprimiendo a las clases explotadas” Pashukanis, E. B. Op. cit. pp. 186 y 187

¹⁸¹ *Idem.* p. 190

clases poseedoras, la primera es empleada "*principalmente* contra elementos desclasados de la sociedad".

La crítica que el marxismo despliega en torno a la sociedad de producción capitalista y, dentro de ésta, al Estado y al Derecho que en ella se desarrollan, tiene una finalidad específica, a saber: la denuncia de la existencia de las condiciones materiales de subordinación en la que viven grandes estratos sociales. Sin embargo, el objetivo final de dicha crítica no se reduce simplemente a la denuncia, sino que busca en último término descubrir las causas que generan tal subordinación para transformarlas y así construir una sociedad más igualitaria.

En ese sentido, el marxismo, al desplegar su concepción sobre el Estado y el Derecho, nunca pierde de vista que, en tanto que formas ideológicas, éstas son expresión de las relaciones de producción de una época histórica determinada, razón por la cual no pueden reproducirse *ad infinitum*.

De hecho, es en razón de su calidad ideológica que tanto el Derecho como el Estado están destinados a desaparecer. En efecto, si consideramos que el Estado "burgués" de la modernidad y su Derecho tienen como función el mantenimiento de las condiciones que permiten el desarrollo de las relaciones de producción capitalista – las cuales generan un antagonismo de clase –, en tanto se logre transformar dichas condiciones, necesariamente las relaciones de producción se transformarían en la misma medida, eliminándose así el antagonismo de clase que de ellas se deduce. Así el Estado y el Derecho tenderán a modificar sus contenidos, y en un momento dado se extinguirán.¹⁸²

La transformación del Estado y su Derecho para su posterior extinción, sólo es posible, desde la perspectiva marxista, a través de una revolución, entendiendo por esta forma de acción política la confrontación abierta entre las clases antagónicas por la disputa del control del poder del Estado. Una vez que el proletariado domine el

¹⁸² "Puesto que el derecho corresponde tanto por su forma como por su contenido a la sociedad en que rige la producción mercantil capitalista, se desprende como una conclusión lógica y necesaria que no habrá derecho en la sociedad comunista." Sánchez Vázquez, Adolfo. Prólogo a la *Teoría general del derecho y el marxismo*. p. viii

aparato de Estado podrá modificar sus contenidos, de tal forma que beneficien a sus intereses, para finalmente eliminar tal aparato constrictivo.¹⁸³

A este respecto, es necesario mencionar que el marxismo presenta algunas divergencias de importancia, en principio en torno a la manera como se caracteriza la acción revolucionaria.

En efecto, aún cuando prácticamente todos los teóricos de esta corriente de pensamiento aceptan que la transformación de la sociedad burguesa no puede realizarse de otra forma que no sea a través de una revolución,¹⁸⁴ no existe, en realidad, unanimidad respecto de los rasgos particulares de tal acción subversiva. Así, si bien parece existir consenso en aceptar que la acción revolucionaria implica necesariamente la perturbación más o menos generalizada del conjunto de las instituciones sociales, también es cierto que mientras que la corriente cercana al bolchevismo subraya el carácter esencialmente violento de dicha perturbación, la corriente próxima a la socialdemocracia propugna por la promoción de la transformación del Estado a través de sus instituciones, reservando las conductas beligerantes hasta el momento en que la burguesía entre en contradicciones tales que tenga sólo pueda mantener su hegemonía a través del aparato represivo del Estado.

A pesar de la evidente contradicción que respecto de las características de la revolución existen en las dos interpretaciones antes señaladas, lo cierto es que ambas encuentran cierto fundamento en afirmaciones del propio Carlos Marx. Ejemplo de ello es que, en el manifiesto *Manifiesto del Partido Comunista*, al tiempo que se afirma explícitamente que el proletariado debe derrocar a la burguesía a través de la violencia e imponer su dominación; se expresan argumentos tendientes al ejercicio democrático del poder, en la medida en la que se caracteriza al movimiento del proletariado como “un movimiento propio de la inmensa mayoría en provecho de la inmensa mayoría”,¹⁸⁵ actitud que se repite, en cierto modo también en la *Crítica al Programa de Gotha*, en donde se exige del Partido Obrero Alemán la reivindicación de una república

¹⁸³ Althusser, L. Op. cit. p. 23

¹⁸⁴ “... las formas de la conciencia burguesa no se dejarán suprimir únicamente por medio de una crítica ideológica, pues constituyen un todo con las relaciones materiales que expresan. El único camino para disipar esas apariencias convertidas en realidad es el de la abolición práctica de esas relaciones, es decir, la lucha revolucionaria del proletariado y la realización del socialismo.” Pashukanis, E. B. Op. cit. p. 201

¹⁸⁵ Marx, K. *Manifiesto del Partido Comunista y otros escritos*. p. 37

democrática.¹⁸⁶ Finalmente, un ejemplo más que sustenta la hipótesis de que el marxismo incluye dentro de su actuar revolucionario conductas no-violentas se desprende de algunas expresiones del *Manifiesto Inaugural de la Asociación Internacional de los Trabajadores* en donde se sostiene:

"Antes de llegar a la abolición del estado hay que recorrer todavía largos tramos de camino, y esta abolición sólo se puede realizar si *con anterioridad la asociación de la clase obrera* ha roto el dominio económico de la burguesía y si el *trabajo asalariado* es superado *por medio de un trabajo asociado*"¹⁸⁷

Ahora bien, la acción revolucionaria le permitirá al proletariado controlar el poder del Estado sin embargo, ello no implica de ninguna manera que las relaciones de producción se transformen de manera simultánea, razón por la cual éstas permanecerán por un periodo más o menos corto, dependiendo siempre de la capacidad del proletariado para transformarlas. En consecuencia, antes de arribar a la fase social del comunismo, es necesario un periodo de transición: la dictadura política del proletariado.¹⁸⁸

En tanto que las relaciones de producción capitalistas se conservan por cierto tiempo en el mencionado periodo de transición, el Derecho conserva los contenidos del Derecho burgués durante el mismo lapso.¹⁸⁹ No obstante, en tanto que en esta etapa histórica el proletariado tiene como tarea la consolidación de una nueva base económica que se funde en la propiedad colectiva de los medios de producción, dicha clase deberá explotar las formas heredadas de la etapa precedente a favor de sus propios intereses.

"En conclusión, tanto para Marx como para Lenin, la inmadurez de la estructura económica en el periodo de transición, o en la primera fase de la sociedad comunista, explica la subsistencia del "derecho burgués" particularmente en la esfera de la distribución de los artículos de consumo y del trabajo. Para garantizar la observancia de las normas de este derecho, se requiere del aparato de coacción del Estado..."¹⁹⁰

A decir de Sánchez Vázquez, tal perspectiva sobre el Derecho no implica que éste no pueda ser modificado, tanto en forma como en contenido, hasta que se

¹⁸⁶ Marx, K. *Obras escogidas*. pp. 23 y 24.

¹⁸⁷ Kelsen, H. *Socialismo y Estado*. nota al pie p. 232

¹⁸⁸ Marx, K. *Obras escogidas*. p. 23)

¹⁸⁹ Pashukanis, E.B. Op. cit. p. 40

¹⁹⁰ Sánchez Vázquez, A. Prólogo a la *Teoría general del derecho y el marxismo* de Pashukanis. p. xvi

transformen por completo todas las relaciones sociales del Estado capitalista, es decir hasta que la sociedad comunista sea totalmente conformada. Lo anterior es así interpretado por el profesor español, puesto que, desde su perspectiva, tanto Marx como Lenin se referían a la conservación del Derecho burgués, sobre todo, en relación con la esfera de la distribución de los artículos de consumo, la cual tiene una importancia reducida en el conjunto de las condiciones materiales de producción

“El aspecto fundamental (*de la transformación del derecho*) estaría, pues, en las normas que rigen la abolición de la propiedad privada y la socialización de los medios de producción, aspectos que difícilmente podían ser enmarcados en el horizonte del derecho burgués. En todas las esferas de la vida social, de las relaciones de los miembros de la comunidad entre sí, y del individuo con la comunidad, surgen nuevos derechos y nuevas obligaciones y, por tanto, la necesidad de nuevos principios y normas de regulación.”¹⁹¹

Una vez superado el periodo de transición, es decir, una vez que se hayan transformado las relaciones de producción de tal manera que se eliminen los antagonismos de clase, tanto el Derecho como el Estado, nos dice la teoría marxista, habrán perdido su función y en consecuencia tenderán a desaparecer.

Es en relación con este último postulado – la extinción del Estado y del Derecho – donde la ideología política en análisis descubre una nueva disputa, puesto que: mientras que unos teóricos afirman la total supresión del Estado en tanto que aparato coercitivo, así como de las normas que prescriben dicha coerción; otros interpretan que la supresión se dirige exclusivamente al contenido burgués que ambas figuras ideológicas entrañan.

Así, mientras que por un lado Lenin afirma de manera categórica que una vez que se instaure la sociedad comunista – fase suprema de toda organización social – el Derecho será suplantado por normas de convivencia conformadas consuetudinariamente y carentes de coacción;¹⁹² y Sánchez Vázquez admite como válida la interpretación de la extinción del Derecho y del Estado cuando se parte de la afirmación, formulada por el propio Marx, de que en la fase superior de la sociedad la regulación jurídica “... no tendría que ser igual sino desigual...”, en tanto que:

¹⁹¹ *Idem.* p. xviii (las cursivas son nuestras)

¹⁹² sólo en las condiciones... de la sociedad comunista, los hombres “*se habituarán* poco a poco a observar las reglas elementales de convivencia, conocidas a lo largo de los siglos y repetidas desde hace miles de años en todos los preceptos, a observarlas sin violencia, sin coacción, sin subordinación, sin ese aparato especial de coacción que se llama *Estado*.” Sánchez Vázquez, A. Op. cit. p. xv

“... si antes se nos ha dicho que todo derecho es derecho de la desigualdad, en el sentido apuntado de que lo igual o burgués es la aplicación de una misma medida a lo que es desigual, el derecho *desigual* significaría la negación de sí mismo como derecho.”¹⁹³

Como contraparte encontramos que el propio filósofo español apunta que en algunos de los textos más importantes de Marx éste no habla de forma explícita de la desaparición del Derecho, y que por el contrario acepta la existencia de cierto orden normativo con relación a la nueva estructura económica o fase superior de la sociedad, orden normativo que evitará las relaciones desiguales en la distribución de los medios de consumo y que en cierta medida será un instrumento para la reorganización de las relaciones sociales.¹⁹⁴ En ese orden de ideas, el profesor de la U.N.A.M. afirma:

“Hay, pues, todo un contenido nuevo que justifica que el derecho en la sociedad socialista no pueda ser considerado como derecho burgués, y por el contrario pueda hablarse de un nuevo derecho en cuanto que respondiendo... a las nuevas condiciones materiales de producción (propiedad social)...”¹⁹⁵

Finalmente, apunta Sánchez Vázquez, tanto el derecho burgués como el “nuevo derecho socialista” tendrán que desaparecer, puesto que ambos tienen como función específica el desarrollo de las respectivas sociedades a las cuales pertenecen, y no obstante, diríamos nosotros con apoyo en Kelsen,¹⁹⁶ la total ausencia en la sociedad de un orden normativo de carácter constrictivo, parece inaudito.

2.3.2.2 La Desobediencia Civil desde la perspectiva del Marxismo.

La evaluación de la Desobediencia Civil desde el marxismo resulta ser una tarea compleja en tanto que, si bien es cierto que tal ideología es eminentemente subversiva y en esa medida considera irreprochable la violación de las normas de la sociedad moderna en virtud de que se presupone su contenido de opresión de clase; también lo es que, en razón de su carácter revolucionario – cuyas características han quedado apuntadas más arriba – puede afirmarse, con cierta validez, que considera la

¹⁹³ *Idem.* p. xiv)

¹⁹⁴ *Idem.* p. xiii

¹⁹⁵ *Idem.* p. xvii

¹⁹⁶ Kelsen, H. *Socialismo y Estado.* p. 218

enmienda de las prescripciones jurídico-normativas o de los lineamientos políticos estatales como una conducta estéril. Esto es así, ya que, como hemos visto, para dicha ideología, una sociedad “justa” (objetivo que comparte la misma con la Desobediencia Civil) sólo se puede lograr por medio de la transformación de las relaciones económicas de producción que forjan la supremacía de clase ya anotada, puesto que para el marxismo, finalmente, tanto las normas jurídicas como los lineamientos políticos que ejecutan los gobiernos estatales son determinados por la clase hegemónica en el poder, con el fin de reproducir las condiciones que le permiten su supremacía.

De otro lado, el propio rasgo revolucionario del marxismo puede considerarse como un elemento incompatible con la Desobediencia Civil, sobre todo si se considera dicha forma de acción política como eminentemente violenta – interpretación que suele postular el leninismo – ya que, como se anotó en el segundo capítulo de la presente tesis, las conductas de Desobediencia Civil se caracterizan por ser esencial y primariamente de índole pacíficas

De hecho, si consideramos que a partir de la crítica marxista al Estado es posible identificar indubitablemente al aparato represivo que le permite reproducir las condiciones materiales de producción de las que se vale la burguesía para mantener su hegemonía,¹⁹⁷ resulta aparentemente ingenuo suponer que los actos pacíficos comprendidos dentro de la Desobediencia Civil transformarían las relaciones de subordinación existentes en la sociedad burguesa. En apoyo a este razonamiento encontramos la siguiente afirmación de Pashukanis.

“... las formas de la conciencia burguesa no se dejarán suprimir únicamente por medio de una crítica ideológica, pues constituyen un todo con las relaciones materiales que expresan. El único camino para disipar esas apariencias convertidas en realidad es el de la abolición práctica de esas relaciones, es decir, la lucha revolucionaria del proletariado y la realización del socialismo.”¹⁹⁸

¹⁹⁷ “... el Estado es concebido explícitamente como aparato represivo. El Estado es una “máquina” de represión que permite a las clases dominantes (en el siglo XIX a la clase burguesa y a la “clase” de los grandes terratenientes) asegurar su dominación sobre la clase obrera para someterla al proceso de extorsión de la plusvalía (es decir, a la explotación capitalista). Althusser, L. Op. cit. p. 19 En sentido semejante: “... la jurisdicción penal no es sólo una encarnación de la forma jurídica abstracta, sino también un arma inmediata en la lucha de clases. Cuanto más aguda y encarnizada se vuelve esa lucha, más dificultades tiene la dominación de clase para realizarse en el interior de la forma jurídica. En ese caso, el tribunal “imparcial” con sus garantías jurídicas se deja a un lado por una organización de la violencia de clase directa, cuyas acciones son guiadas exclusivamente por consideraciones de oportunidad política.” Pashukanis, E. B. Op. cit. p. 190

¹⁹⁸ *Idem.* p. 201

A pesar de los argumentos anteriores somos de la idea de que, a partir de cierta interpretación del marxismo, si bien no es posible considerar la Desobediencia Civil como método para la realización de la revolución, sí podría ser empleada en la lucha de clases que se desarrolla en el día a día a fin de que la clase sometida pueda ir disputando a la clase hegemónica tal supremacía social.

En ese orden de ideas, consideramos de suma importancia la siguiente afirmación realizada por el propio Marx:

“Al esbozar las fases más generales del desarrollo del proletariado, hemos seguido el curso de la guerra civil más o menos oculta que se desarrolla en el seno de la sociedad existente, hasta el momento en que se transforma en una revolución abierta, y el proletariado, derrocando por la violencia a la burguesía, implanta su dominación.”¹⁹⁹

La trascendencia que la cita anterior tiene para nuestra visión de la Desobediencia Civil como medio para disputar la hegemonía del Estado a la clase dominante, reside en que, aparentemente, el fundador del “Comunismo Científico” acepta que la lucha de clases puede desarrollarse por diversos medios “... hasta el momento en que se transforma en una revolución abierta...”, momento en el cual el uso de la violencia por parte del proletariado se vuelve ineludible.

Ahora bien, suponiendo que la disputa por la hegemonía social pueda darse por medios diversos, incluyendo los de carácter pacífico, queda por resolver de que manera la Desobediencia Civil puede servir a las clases subordinadas como herramienta en la lucha de clases. Desde nuestra perspectiva, la respuesta a tal cuestión puede obtenerse a partir de algunos planteamientos de Althusser, así como a través de la interpretación socialdemócrata del marxismo.

En efecto, como ha quedado dicho más arriba, el análisis que Althusser realiza respecto del Estado le permite distinguir la existencia de un “aparato represivo de Estado” y los “aparatos ideológicos del Estado”.

De ambos “aparatos”, apunta el teórico francés, el “aparato represivo de Estado” se presenta como un todo organizado de manera centralizada bajo una unidad de mando, mientras que los “aparatos ideológicos de Estado” se caracterizan por

¹⁹⁹ Marx, K. *Manifiesto del Partido Comunista y otros escritos*. p. 37

mantener una autonomía relativa que, a la postre, engendra una serie de contradicciones como resultado de la lucha de clases, aún cuando en términos generales logran conservar cierta unidad a través de la ideología dominante. Como consecuencia de ello:

*“... los aparatos ideológicos de Estado pueden no sólo ser *objeto* sino también *lugar* de la lucha de clases... La clase (o la alianza de clases) en el poder no puede imponer su ley en los aparatos ideológicos de Estado tan fácilmente como el aparato (represivo) de Estado, no sólo porque las antiguas clases dominantes pueden conservar en ellos posiciones fuertes durante mucho tiempo, sino además porque la resistencia de las clases explotadas puede encontrar el medio y la ocasión de expresarse en ellos, ya sea utilizando las contradicciones existentes, ya sea conquistando allí posiciones de combate mediante la lucha.”²⁰⁰*

En virtud de lo anterior y considerando que el Derecho es expresión, en cierta manera, de un “aparato ideológico de Estado”, suponemos válido afirmar que los actos de Desobediencia Civil pueden ser un método aceptado por el marxismo en el desarrollo de la lucha de clases.

En efecto, si partimos de la premisa de acuerdo con la cual los actos de Desobediencia Civil estarían dirigidos primordialmente a modificar los contenidos específicos de ciertas normas y/o políticas de gobierno, creemos inverosímil suponer que exista algún argumento válido que elimine por completo la posibilidad de que tal objetivo pueda incluir contenidos que les permitan a las clases explotadas, disputar a la burguesía su situación hegemónica.

Ahora bien, no debemos perder de vista que aún cuando el razonamiento que precede es deducido de los postulados que Althusser desarrolla en torno al “apartado de Estado”, éste subraya el hecho de que, si bien la disputa por la hegemonía de las clases puede llevarse a cabo dentro de los “aparatos ideológicos del Estado”, la victoria del proletariado no puede darse sino en la medida en la que las relaciones de producción de la base económica sean transformadas de manera efectiva, ya que:

*“... la lucha de clases... desborda los AIE (*aparatos ideológicos de Estado*) porque está arraigada fuera de la ideología, en la infraestructura, en las relaciones de producción, que son relaciones de explotación y que constituyen la base de las relaciones de clase.”²⁰¹*

²⁰⁰ Althusser, L. Op. cit. p. 28 (las cursivas y el subrayado son nuestros)

²⁰¹ *Idem.* nota al pie de la p. 29

Independientemente de lo anterior, un elemento que nos permite reforzar la idea de que las acciones de Desobediencia Civil pueden ser empleadas como una herramienta de la lucha de clases, bien puede ser deducido de los argumentos que Engels expone en su Crítica al proyecto de programa de Erfurt donde explícitamente reconoce:

“Se puede concebir que la vieja sociedad sería capaz de integrarse pacíficamente en la nueva en los países donde la representación popular concentra en sus manos todo el poder, donde se puede hacer por vía constitucional todo lo que se quiera, siempre que uno cuente con la mayoría del pueblo...”²⁰²

Así, en la medida en la que el marxismo reconoce que puede ser posible la transformación de la sociedad burguesa a través de la acción legislativa en aquellos Estados donde el régimen democrático sea una realidad, creemos legítimo afirmar que la presión que sobre los cuerpos legislativos puedan ejercer los desobedientes civiles es una herramienta que la ideología política en análisis no puede desdeñar en el desarrollo de la lucha de clases. En este sentido, Hans Kelsen interpreta lo siguiente:

“... ahí donde el estado capitalista ya asumió esta forma – *la forma democrática, se entiende* – no es ni siquiera necesario un cambio fundamental en la constitución y la revolución se lleva a cabo a través de la transformación socialista de la legislación económica. Y esta revolución debe presentarse en el mismo instante en que el partido proletario-socialista conquista la mayoría en el parlamento. Ya que por “democracia” debe entenderse la forma estatal, en que la voluntad del estado, o sea, el ordenamiento jurídico, ésta formada por ellos mismos, por lo que el ordenamiento estatal exige validez, y, en realidad, de tal manera que la voluntad de la *mayoría* sea decisiva.”²⁰³

En cierta manera, nos dice el Maestro de la Escuela de Viena, es a partir de una interpretación cercana a la expuesta en el párrafo precedente que la socialdemocracia se propone como una de sus metas principales la conquista del poder político por parte del proletariado mediante la participación de dicha clase en procesos parlamentarios, pues de esta forma, se sostiene, el Estado podrá transformarse en una colectividad económica más o menos autosuficiente. El único inconveniente con esta interpretación, señala el propio jurista austriaco, es que en un ánimo de congruencia, la socialdemocracia no puede defender el argumento que sostiene la desaparición del Estado.²⁰⁴

²⁰² Kelsen, H. *Socialismo y Estado*. p. 233

²⁰³ *Idem.* p. 235

²⁰⁴ *Idem.* p. 281

Finalmente, parece indudable que el marxismo cuenta con argumentos a partir de los cuales la eficacia de los actos de la Desobediencia Civil queda desautorizada como método para transformar la sociedad, en razón de que los mismos están dirigidos a modificar elementos que son considerados como reflejo de las relaciones de producción tales como las normas jurídicas o las políticas estatales. No obstante, consideramos que, de otro lado, existen ciertas premisas marxistas que permiten admitir los actos de Desobediencia Civil como instrumento de la lucha de clases, puesto que en la medida en la que el proletariado controle el poder del Estado y determine el contenido de sus normas jurídicas podrá imponer su interés de clase a la burguesía, aún cuando, en cierto momento, para lograr la hegemonía de clase, el proletariado tenga que auxiliarse de acciones revolucionarias de carácter violento.

2.3.3 FRENTE AL POSITIVISMO JURÍDICO.

2.3.3.1 Definición y rasgos característicos.

Como se recordará, en el capítulo inaugural de la presente tesis se realizó ya una primera aproximación a la definición y rasgos característicos del positivismo jurídico, si bien ella estuvo destinada simplemente a servir de marco referencial para distinguir tal tradición jurídica del iusnaturalismo, además de vincularse específicamente con la problematización de la noción de "Estado de Derecho".

Considerando que en el presente apartado pretendemos realizar una evaluación de la Desobediencia Civil a partir de los argumentos que constituyen el discurso jurídico-positivista y que dicha forma de acción política implica – en cierta medida – un acto ilícito o "contrario a la norma", en el presente apartado intentaremos profundizar en la descripción de los elementos del *iuspositivismo* a partir de los cuales dicha tradición teórica pretende explicar el fenómeno jurídico-normativo, en virtud de lo cual, la descripción que aquí haremos de los elementos propios del positivismo jurídico se encuentran intensamente relacionados con la manera de entender tal

tradición como “modo de acercarse al estudio del derecho” en el sentido apuntado por Bobbio.²⁰⁵

No obstante, en tanto que el aspecto “ideológico” del *iuspositivismo* (Bobbio *dixit*) o “legalismo ético” (Ferrajoli *dixit*) implica cierta concepción del Derecho relacionada con su capacidad de constreñir a la obediencia de sus normas, será necesario analizar tal perspectiva, aunque sea de manera superficial. Estamos convencidos de que dicha liviandad en la descripción del aspecto “ideológico” del positivismo jurídico está justificada, en la medida en la que gran parte de las conclusiones que se extraen de ella con relación a la obediencia de las normas se sustentan en premisas desarrolladas por el positivismo jurídico en su aspecto de “modo de acercarse al estudio del derecho”.

2.3.3.2 El positivismo jurídico como “modo de acercarse al estudio del derecho”.

El positivismo jurídico entendido como “un modo de acercarse al estudio del derecho” encuentra como una de sus características principales la pretensión (no siempre lograda) de analizar el fenómeno jurídico normativo desde una perspectiva estrictamente científica, es decir, examinando su objeto de estudio sin realizar ningún juicio de valor, con lo cual, ciñe su análisis a los fenómenos jurídico-empíricos, distinguiendo así el derecho como hecho y como valor. En este sentido Alf Ross apunta que el positivismo jurídico puede ser entendido como:

“... una actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho, basado en los principios de la filosofía empirista y antimetafísica”.²⁰⁶

Así, para el positivismo jurídico es posible identificar al Derecho como fenómeno a partir de elementos fácticos y empíricos, por lo que resulta innecesario recurrir a ideas o principios metafísicos. En consecuencia, todas las teorías positivistas sostienen la tesis de la separación entre el Derecho y la Moral, aseverando que no

²⁰⁵ Cfr. supra pp. 59 y ss.

²⁰⁶ Ross, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. Ed. Fontamara. 4a. edición México, 2001. p. 8

existe ninguna "conexión conceptual necesaria" entre aquello que ordena el Derecho y lo que exige la Moral.²⁰⁷

"La idea de que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral, o entre el derecho como "es" y el derecho "como debe ser", se considera comúnmente un postulado del positivismo jurídico: el derecho, según esta tesis, no... tiene la misión de reproducir los dictámenes de la moral o de cualquier otro sistema metajurídico..."²⁰⁸

A este respecto, es importante apuntar que tal perspectiva del Derecho no niega que ciertos principios morales pueden determinar, de alguna manera, el contenido de las normas jurídicas,²⁰⁹ sin embargo se afirma que no es dicho contenido lo que permite calificar a dichas normas como "jurídicas", sino el hecho de ser determinadas por la autoridad, quien puede imponer una sanción externa al individuo, en caso de que la conducta prescrita no sea cumplida. Así, nos dice Alexy, podemos identificar una norma jurídica a partir de "la motivación de su cumplimiento y/o aplicación".²¹⁰

La afirmación de Alexy puede ser confirmada a través de los argumentos de dos de los grandes exponentes del positivismo jurídico: Hans Kelsen y Jhon Austin.

En principio, Kelsen sostiene que toda norma, incluyendo las jurídicas, son expresión de un acto volitivo y por lo tanto subjetivo – es decir el deseo de una persona en particular – cuya intención es determinar la conducta de un ser humano, a través de su constreñimiento por medio de una sanción.²¹¹

"... la norma... es el sentido de un acto volitivo intencional y dirigido a un comportamiento humano específico... El querer... sólo puede estar dirigido... al comportamiento de un ser que comprende el sentido del querer y tiene la facultad de comportarse correspondientemente a éste."²¹²

²⁰⁷ Alexy, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Ed. Gedisa. 1ª. edición. Barcelona, España, 1994 p. 13

²⁰⁸ Ferrajoli, L. Op. cit. p. 218

²⁰⁹ "... (para el positivismo jurídico) el derecho es un hecho; y que un hecho continua siendo tal... sea que se lo considere en armonía o en conflicto con algunos principios del derecho natural, cuya verdad se presupone." Ross, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. p. 10-11; "El jurista que hace profesión de fe positivista no niega en general que exista un derecho ideal, natural o racional, sino simplemente niega que sea derecho en la misma medida que lo es el derecho positivo..." Bobbio, N. *El problema del positivismo jurídico*. p.43

²¹⁰ Alexy, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. p. 23

²¹¹ "Las normas de un orden jurídico tienen que ser producidas por un acto particular de imposición." Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. p. 206

²¹² Kelsen, Hans. *Teoría general de las normas*. (Tit. orig. *Allegemeine Theorie der Norme* trad. Hugo Carlos Delory Jacobs) Ed. Trillas. s.n.e. México, 1994. p. 43

Por su parte, Austin apunta que el Derecho es un conjunto de mandatos y que lo que caracteriza a un mandato de otro tipo de expresiones de deseo es el estilo en que tal deseo es significado ya que, finalmente, solo puede considerarse como mandato aquella expresión de deseo que conlleva la amenaza de una sanción en la medida en la que aquélla no sea observada.

Ahora bien, ambos teóricos aceptan, de una u otra forma, que, si bien toda norma jurídica es un mandato o expresión de un deseo, no todo mandato o expresión de deseo debe ser considerado como una norma jurídica. Así, a decir de Austin una norma jurídica tiene que ser aquel mandato establecido por un ente políticamente superior.²¹³

Por su parte, si bien Kelsen acentúa el carácter jurídico de las normas en el hecho de que éstas deben prever como sanción un acto coactivo específico,²¹⁴ finalmente acepta como uno de los rasgos propios de una norma jurídica, el que ésta sea determinada por una autoridad, razón por la cual apunta:

"... en tanto que la orden no esté respaldada por una autoridad, el acto coercitivo puede sólo tener un *sentido subjetivo*, es decir, el sentido que le confiere el punto de vista del agente ordenador..."²¹⁵

No obstante, para el *jusfilósofo* austriaco, es necesario aún discernir en que momento tal o cual mandato o expresión de deseo es emitido por una autoridad, puesto que sólo en esa medida podrá ser considerado como Derecho.

El autor en cita sostiene que en tanto que toda norma es expresión de un acto volitivo, el mismo conlleva invariablemente un sentido subjetivo, razón por la cual dicho acto puede no ser interpretado por el destinatario de la norma como un mandato. De hecho, es sólo gracias a que el destinatario de la norma interpreta como "deber" el acto volitivo que impone una norma y, en esa medida, reconoce cierta autoridad sobre él al autor de la norma, que el sentido subjetivo de dicho acto puede transformarse en un sentido objetivo, con lo que el mandato que conforma la norma

²¹³ Alexy, R. *El concepto y la validez del Derecho*. pp. 24 y 25

²¹⁴ Kelsen, Hans. *Teoría general de las normas*. p. 65

²¹⁵ *Idem*. p. 44

adquirirá cierta permanencia, es decir, se le tendrá como “debida” aún cuando desaparezca su autor. En palabras del maestro vienés:

“... la teoría pura del derecho pregunta: ¿cómo es posible la interpretación, que no eche mano de *autoridades* metajurídicas... del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas válidas objetivamente, describibles en enunciados jurídicos? La respuesta gnoseológica de la teoría pura del derecho es: bajo condición de que se presuponga la norma fundante básica “uno debe comportarse como la constitución lo prescribe”, es decir, como corresponde al sentido subjetivo de los actos de voluntad que establecieron la constitución conforme a las prescripciones del constituyente. La función de esta norma fundante básica es fundamentar la validez objetiva de un orden jurídico positivo, es decir, de las normas implantadas mediante actos humanos de voluntad.”²¹⁶

Más adelante confirma:

“ (*La teoría pura del derecho*) Describe el derecho positivo, es decir, cualquier orden coactivo eficaz en términos generales, como un orden normativo objetivamente válido, estableciendo que esa interpretación sólo es posible bajo condición de que se presuponga una norma fundante básica según la cual el sentido subjetivo de los actos productores de derecho, también sea su sentido objetivo.”²¹⁷

Las conclusiones hasta aquí apuntadas a las que arriban los teóricos positivistas mencionados sobre la manera de distinguir que tipo de normas pueden ser reconocidas como normas jurídicas, nos permiten deducir una **serie de** consecuencias que finalmente se muestran como rasgos propios del positivismo jurídico.

La primera de las consecuencias que se siguen de las conclusiones mencionadas, se traduce en el hecho de que, en tanto que toda norma es resultado de una expresión volitiva, el contenido de las normas jurídicas no es un elemento determinante de las mismas, por lo que finalmente la norma jurídica puede prescribir cualquier tipo de conducta.²¹⁸

Por otra parte, a partir de la manera como los doctrinarios *iuspositivistas* identifican a las normas jurídicas se vuelve imperativo entrar al análisis de dos de los

²¹⁶ Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. pp. 208-209 (Las cursivas son nuestras)

²¹⁷ Loc. cit.

²¹⁸ “Las normas que se establecen a través de actos volitivos humanos presentan – en el sentido real de la palabra – un carácter deliberado. Esto significa que cualquier comportamiento querido puede ser impuesto por ellas como debido.” Kelsen, H. *Teoría general de las normas*. p. 22; “... el derecho... es sólo el producto de convenciones legales no predeterminadas ontológica ni tampoco axiológicamente.” Ferrajoli, L. Op. cit. p. 218

temas torales de dicha tradición jurídica, el de la validez de la norma y el de la norma fundante, temas que se encuentran íntimamente relacionados.

De los argumentos hasta aquí plasmados es posible vislumbrar el acuerdo teórico entre los *iuspositivistas* en el sentido de que una norma jurídica “vale” o es válida – dicho de otro modo, puede ser identificada como tal²¹⁹ – siempre y cuando “sea dictada de acuerdo con el ordenamiento”²²⁰, ya sea que se le interprete como la imposición de una autoridad en los términos próximos de Austin posteriormente modificados por Hart, o como la aceptación de la norma por parte de su destinatario, en virtud de una norma suprema y presupuesta (la norma fundante), en los términos señalados por Kelsen.

Finalmente, tanto las interpretaciones de los teóricos anglosajones como la del maestro de la Escuela de Viena, llegan a confluír en la idea de que la validez de toda norma jurídica depende de que la misma sea acorde con lo que denominaremos en términos generales, la “norma fundante básica”.

A este respecto, es preciso recordar, como se señaló en el primer capítulo de este trabajo, que el profesor de la Universidad de Oxford acepta como adecuadamente fundada la tesis austiniana que afirma que sólo pueden considerarse normas jurídicas aquellos mandatos que prescriba el soberano, sin embargo Hart apunta que tal interpretación no es adecuada para sociedades complejas como las sociedades modernas en donde, debido a la multiplicidad de individuos legitimados por el soberano para legislar así como a la amplitud de población y territorio donde rige un mismo orden jurídico, se vuelve necesario que exista una norma específica que determine las características concretas que debe cumplir cada norma jurídica para ser considerada como parte del mismo ordenamiento normativo. A tal imperativo Hart la denomina “regla de reconocimiento”.²²¹

En relación con lo anterior, creemos necesario apuntar la crítica que formula Alexy a la “regla de reconocimiento” de Hart al afirmar que, desde la perspectiva de aquél, dicha regla es de cierto modo innecesaria puesto que los individuos sujetos a

²¹⁹ “Cuando uno dice: “una norma tiene validez”, se quiere decir que existe una norma. La “validez” es la existencia específica de una norma... en especial de la existencia de aquellos hechos a través de los cuales ella fue generada.” Kelsen, H. *Teoría general de las normas*. p. 20

²²⁰ Alexy, R. Op. cit. p. 95

²²¹ Cfr. supra p. 82

determinado orden normativo, al actuar en concordancia con el mismo, invariablemente tienen que interpretar como “debido” el comportamiento prescrito, independientemente de si tales prescripciones son determinadas por uno o más órganos.²²²

Por su parte, Kelsen asegura que sólo a partir de la “norma fundante básica” los miembros de una sociedad pueden distinguir que normas jurídicas son válidas en la medida en que son prescritas de la manera y por las personas determinadas por dicha norma fundante. Así, para el profesor austriaco el fundamento de validez de toda norma jurídica sólo puede encontrarse en otra norma que precise su existencia, tanto respecto de su proceso de configuración, como de su contenido, e incluyendo a las personas facultadas para ello. No obstante lo anterior, el autor en cita apunta:

“... la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito,... Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema.”²²³

Esta “norma última” no debe ser confundida con el complejo de normas que conocemos como Constitución, puesto que finalmente toda Constitución es determinada por una autoridad legislativa que, en tanto que tal, tendría que fundamentar dicho carácter en alguna otra norma.²²⁴ Así, la “norma última” señalada por Kelsen, es decir la “norma fundante básica”, es una norma que tiene que ser presupuesta en tanto que de otra forma requeriría de una autoridad que la estableciera y está autorizada de otra norma que fundamentara su actuar.

Una vez reconocida cual es la “norma fundante básica” podrá dilucidarse sin lugar a duda que normas jurídicas pueden ser consideradas como normas válidas, puesto que:

“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 pertenecientes a uno y el mismo orden.”²²⁵

²²² Alexy, R. Op. cit. p. 100

²²³ Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. p. 202

²²⁴ “la norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción de derecho, y puede ser designada, en este sentido, 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 una norma impuesta, sino presupuesta...” *Idem*. p. 206

²²⁵ *Idem*. p. 202

En conclusión, para Kelsen, la validez de las normas depende únicamente de que las mismas sean creadas de la manera prescrita por la “norma fundante básica”.²²⁶

En virtud de los argumentos precedentes, parece indiscutible afirmar que el positivismo jurídico presenta como uno de sus postulados fundamentales la idea de que la validez de las normas jurídicas depende de la presuposición (en el caso de Kelsen) o existencia (en el caso de Hart) de una “norma fundante”, es decir de una determinación prescriptiva que permita reconocer cuales son los hechos creadores de derecho y en esa medida identificar todos aquellos mandatos que pertenecen a uno y el mismo orden normativo.

Ahora bien, Alexy le otorga a la “norma fundante” una tarea trascendental que, si bien puede vislumbrarse dentro de los argumentos de algunos de los teóricos clásicos del *iuspositivismo*, no había sido expuesta con tal claridad, nos referimos a la tarea de “transformación de categorías” la cual implica posibilitar el paso del ser al deber ser.²²⁷ En ese sentido Kelsen apunta:

“Sólo cuando se presupone una norma fundante básica referida a una constitución bien determinada, es decir, sólo cuando se presupone que uno debe comportarse conforme con esa constitución bien determinada, puede interpretarse el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y los actos realizados conforme a la constitución, como su sentido subjetivo, es decir, como normas jurídicas válidas objetivamente, y las relaciones constituidas mediante esas normas, como relaciones jurídicas.”²²⁸

Una vez que en virtud del reconocimiento de la norma fundante básica el sentido subjetivo de una prescripción deviene en sentido objetivo, la validez de dicha norma jurídica no solamente nos indica su pertenencia a determinado orden normativo, sino además implica la determinación de la conducta del destinatario de la misma, quien deberá de comportarse en la forma prescrita o, en caso contrario, sufrir las consecuencias determinadas por la propia norma.

²²⁶ “Si se pregunta por el fundamento de validez de una norma jurídica perteneciente a determinado orden jurídico, la respuesta sólo puede consistir en referir a la norma fundante básica de ese orden; es decir, consiste en la afirmación de que esa norma fue producida conforme a la norma fundante básica.” *Idem.* p. 207

²²⁷ Alexy, R. Op. cit. p. 105

²²⁸ Kelsen, H. *Teoría pura del derecho.* p. 208

La realización de la conducta prescrita en la norma válida o, en su caso, de la sanción por ella prevista nos dan la pauta para tocar otro de los temas nodales a los que se refiere el positivismo jurídico, el problema de la eficacia de la norma.

En efecto, como ha quedado dicho, las normas jurídicas tienen como finalidad última determinar la conducta de los seres humanos, por lo que su razón de ser se encuentra íntimamente ligada a la posibilidad de que las conductas por ellas previstas se realicen en la práctica, o en caso contrario, sean impuestas las sanciones que se instituyen como consecuencia, es decir, sean eficaces.²²⁹ Es más, a decir de diversos teóricos *iuspositivistas*, la eficacia de las normas jurídicas condicionan, en cierta medida su validez, en este sentido, Alexy expresa:

“Si un sistema de normas o norma no tiene ninguna validez social, es decir, no logra la menor eficacia social, este sistema de normas o esta norma tampoco puede valer jurídicamente. El concepto de validez jurídica incluye, pues, necesariamente también elementos de validez social.”²³⁰

A este respecto, es de subrayarse que, desde una perspectiva estrictamente *iuspositivista*, la eficacia de una norma no debe identificarse con la validez de la misma, si bien aquella es tomada como una condición de ésta. En efecto, los teóricos positivistas sostienen que la norma jurídica vale simplemente por el hecho de ser producida conforme con la “norma fundante básica”, puesto que, como ya se ha visto, es a partir de ella que los individuos sujetos a determinado orden normativo interpretan como debida la conducta en ella prescrita. Sin embargo, tales doctrinarios también aceptan que en la medida en la que una norma jurídica particular o bien, el orden normativo en su conjunto, no sean eficaces o dejen de serlo, dichas normas perderán su validez. Confirmando lo anterior, Kelsen expresa.

“El hecho de que una norma pierda su vigencia con la pérdida de su eficacia o de la posibilidad de su eficacia, quiere decir que la eficacia del ser es la condición de la vigencia del deber, pero no en el sentido de que una norma, para ser vigente, tiene que ser eficaz. La norma entra en vigor antes de ser eficaz, y sólo puede ser eficaz cuando ya entró en vigor. Pero tiene que entrar en vigor con la *posibilidad* de ser eficaz.”²³¹

²²⁹ “... (*la eficacia de una norma*) es cognoscible recurriendo a dos criterios: el de la obediencia y el de la aplicación de la sanción en caso de desobediencia. El tercero... la aplicación de sanción en caso de desobediencia incluye el ejercicio de la coacción física, es decir, de la coacción estatalmente organizada en los sistemas jurídicos desarrollados.” Alexy, R. Op. cit. p. 88 (las cursivas son nuestras)

²³⁰ *Idem.* p. 89 En el mismo sentido, Kelsen expresa: “... no puede negarse que un orden jurídico como un todo, así como una norma jurídica aislada pierden validez cuando cesan de ser eficaces; y por ende, en esa medida, aparece una relación entre lo debido de la norma jurídica y lo existente de la realidad...”

²³¹ Kelsen, H. *Teoría general de las normas.* p. 145

Ahora bien, el criterio de la eficacia normativa es un fenómeno harto complejo puesto que, si bien los teóricos *iuspositivistas* lo consideran como condición de validez de las normas jurídicas, también lo es que, en su mayoría, dichos teóricos señalan que tal fenómeno puede presentarse de manera generalizada y que, mientras los casos de excepción sean inusitados, las normas jurídicas no disminuirán en eficacia y, en consecuencia, tampoco su validez se verá mermada.²³²

La idea de "eficacia generalizada" vale lo mismo para las normas jurídicas particulares, como para el orden jurídico en su conjunto. En este orden de ideas Kelsen anota como ejemplo, el caso específico de una revolución (entendiendo por ella la transformación del orden jurídico de una manera distinta a la prevista por el propio orden²³³). En tal caso específico, nos dice Kelsen, dos órdenes jurídicos distintos se disputan la hegemonía, la cual será obtenida por el orden normativo que logre mayor eficacia en general, con la consiguiente invalidez del orden normativo que sea ineficaz.²³⁴

No obstante lo anterior, los doctrinarios de la tradición jurídica en análisis coinciden en señalar que si bien la validez de las normas particulares requiere simplemente de una eficacia más o menos generalizada (es decir, no permanente), de igual manera es cierto que la ineficacia sistemática de un número importante de normas particulares pueden provocar a la postre la invalidez del orden jurídico en su conjunto. En este sentido, Alexy apunta:

"El que las normas aisladas... pierdan su validez social no significa *todavía* que la Constitución y, con ello, el sistema de normas que en ella se basa, pierdan como un todo su validez jurídica. Este umbral se traspasa *sólo* cuando las normas que pertenecen al sistema de normas dejan de ser, en general, eficaces, es decir, no son en general obedecidas o no se aplica sanción en caso de obediencia."²³⁵

²³² "Una norma dictada conforme al ordenamiento de un sistema jurídico en general socialmente eficaz no pierde su validez jurídica por que no sea a menudo obedecida y su desobediencia sea sancionada sólo raras veces. Por ello... en el caso de las normas aisladas la eficacia social en general no es condición de validez jurídica." Alexy, R. Op. cit. p. 91 En el mismo sentido Kelsen señala: "... tampoco pierde su validez una norma jurídica aislada cuando sólo carece de eficacia en casos aislados, es decir, cuando entonces no es acata o aplicada, aunque deba serlo." Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. p. 224

²³³ *Idem*. p. 218

²³⁴ *Idem*. p. 219)

²³⁵ Alexy, R. Op. cit. p. 90 (Las cursivas son nuestras)

A este respecto es importante apuntar que si bien la ineficacia de determinado orden jurídico implica necesariamente la ineficacia de todas y cada una de las normas individuales que lo componen, la ineficacia de una norma individual no tiene repercusión alguna respecto del ordenamiento en su conjunto.

Independientemente de lo anterior, cuando una norma jurídica o el conjunto de ellas que conforman un ordenamiento dejan de ser eficaces "en gran medida" (*Kelsen dixit*), pierden su validez, ya que tal falta de eficacia se traducirá invariablemente en que los destinatarios de las normas dejarán de considerar a la conducta en ella prescrita como "deber". Este fenómeno es reconocido por Kelsen como la "*desuetudo*", es decir "una suerte de costumbre negativa", por medio del cual se anula la validez de una norma preexistente.²³⁶ Sin embargo, hay que considerar a este respecto lo apuntado por Alexy:

"Al igual que en el caso de la eficacia social en general de los sistemas de normas, no es posible determinar este mínimo (*de eficacia en las normas individuales*)... de una manera universalmente exacta. Por ello, pueden haber casos en los cuales sea sumamente dudoso si una norma ha perdido o no su validez jurídica."²³⁷

Como se desprende de lo anterior, la eficacia de las normas puede interpretarse también como la obediencia de las conductas que ellas prescriben, ya sea que el destinatario directo de las mismas se conduzca de conformidad con ellas o bien que, en caso contrario, le sea impuesta la sanción correspondiente por la persona facultada para tal efecto.

Ahora bien, en ese sentido Kelsen señala que es un error pensar que el acto ilícito es aquel que contraviene la conducta prescrita por la norma, aún cuando reconoce que en general, son sancionadas aquellas conductas que se consideran "socialmente perjudiciales" por la autoridad, en realidad, el acto ilícito únicamente puede ser considerado como tal cuando le está ligado una sanción como consecuencia de su existencia, independientemente de que dicho acto sea contrario a determinada conducta prevista en una norma.²³⁸

²³⁶ Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. p. 224

²³⁷ Alexy, R. Op. cit. p. 92

²³⁸ Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. p. 125

Así, para el maestro de la Escuela de Viena, resulta evidente que expresiones tales como “acto contrario a derecho” o “violatorio” del orden jurídico conllevan una carga valorativa a través de la cual se pretende señalar la amenaza e inclusive la supresión del Derecho, a pesar de ello:

“Entre la oración que describe una norma: un hombre *debe* actuar de determinada manera; y la oración que enuncia que *de hecho* no se comporta así, sino que lleva a cabo la conducta contraria, no se da ninguna contradicción lógica. Ambas proposiciones pueden mantenerse juntas y pueden ser simultáneamente verdaderas. La existencia o validez de la norma que ordena determinada conducta no es “quebrantada” por la conducta contraria...”²³⁹

Aceptado lo anterior, nos dice Kelsen, la conducta que incumple la obligación contenida en la norma no puede ser interpretada en realidad como “*negación del derecho*”, sino simplemente como la condición necesaria para la imposición de la sanción que prescribe la norma y, en consecuencia, como un elemento conceptual propio del orden jurídico.²⁴⁰

2.3.3.3 El “Legalismo Ético” o “Positivismo Jurídico como ideología”.

Al inicio del presente aparatado mencionamos la necesidad de entrar al estudio de lo que nosotros reconocemos como una misma tendencia del análisis jurídico, cuya propuesta teórica afirma la obligación de obediencia a las normas jurídicas a partir de postulados identificados con la tradición jurídica positivista. Tal tendencia es reconocida tanto por Ferrajoli, quien le denomina “Legalismo Ético”, como por Bobbio quien habla del Positivismo Jurídico desde su perspectiva “ideológica”.²⁴¹

Esta tendencia a la que nos referimos sostiene que todo individuo sujeto a determinado orden normativo esta obligado a cumplir con las prescripciones establecidas por dicho orden por el sólo hecho de ser determinadas por los órganos

²³⁹ *Idem.* p. 127

²⁴⁰ *Idem.* p. 128

²⁴¹ Esta tendencia es observada también por Alf Ross quien, siguiendo a Verdross, distingue entre el “positivismo jurídico dogmático” y el “positivismo jurídico hipotético o moderado”, siendo aquel el que: “... reconoce y acepta, en forma no crítica, la autoridad moral de cualquier ordenamiento establecido en tanto tal.” Ross, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos.* p. 20

facultados para ello, es decir, por el sólo hecho de ser producidas conforme con las normas del propio ordenamiento.

La idea que sostiene que nos encontramos frente a una misma corriente del pensamiento encuentra cierta justificación si consideramos las definiciones que cada uno de los teóricos italianos antes mencionados desarrollan respecto del "Legalismo Ético" y "Positivismo Jurídico como ideología".

Así, Ferrajoli nos dice:

"... el formalismo ético confunde las tesis teóricas y axiológicas que explican la separación del derecho y la moral, con lo que el punto de vista jurídico (*es decir la valoración del fenómeno jurídico a partir del principio de validez normativo*) se presenta como el único admisible como justificación ético-política del Derecho, así... se otorga cierta carga valorativa a la forma jurídica en cuanto tal, llegando al extremo de reconocer al derecho y al estado como valores éticos..."²⁴²

Por su parte, en torno al "Positivismo Jurídico como Ideología", Bobbio apunta:

"... el positivismo jurídico representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al derecho que es, por el sólo hecho de existir, un valor positivo,... Esta atribución de un valor positivo... se realiza a menudo a través de dos tipos diversos de argumentación: 1) el derecho positivo, por el solo hecho... de ser la emanación de la voluntad dominante es justo; o sea, el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se acepta para juzgar su validez e invalidez; 2) el derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal. De ambas posiciones se deduce la consecuencia de que las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales, con otras palabras, la obediencia a las normas jurídicas es un deber moral, entendiéndose por deber moral una obligación interna o de conciencia, en otros términos, la obligación debida *por respeto* a las leyes..."²⁴³

De ambas definiciones puede apreciarse de manera incontrovertible como los dos fenómenos reconocidos por los juristas italianos en cita pueden configurarse como una misma tendencia del Positivismo Jurídico, la cual, desde nuestra perspectiva, es identificable como aquella que, partiendo del concepto de validez de la norma jurídica

²⁴² Ferrajoli, L. Op. cit. p. 230

²⁴³ Bobbio, N. *El problema del positivismo jurídico*. p. 47

construido por la teoría *iuspositivista*, deduce la obligación moral de obediencia a los preceptos jurídicos, por considerar que tal tipo de conducta permite alcanzar una serie de valores que se tienen como deseables.

En efecto, los señalamientos realizados tanto por Ferrajoli como por Bobbio – en sus respectivos contextos – respecto de la tendencia antes señalada, apuntan que existe cierta corriente del positivismo jurídico que propugna por reconocer un valor deóntico a la norma jurídica por el sólo hecho de ser determinada por la autoridad facultada al efecto a través del procedimiento prescrito para ello.

En consecuencia, resulta evidente que esta corriente del análisis jurídico, al no contradecir en nada los pilares teóricos que conforman la teoría positivista del Derecho, y, antes al contrario, apoyarse en ellos como premisas de sus conclusiones provoca que éstas sean identificadas comúnmente como postulados necesarios del Positivismo Jurídico, lo cual no debe ser así considerado en tanto que tal perspectiva de las normas jurídicas se separa del principio, ese sí característico del *iuspositivismo*, según el cual un análisis estrictamente positivista del fenómeno jurídico no puede más que describir tal objeto de estudio, sin prescribir nada en relación con él.²⁴⁴

2.3.3.4 La Desobediencia Civil desde la perspectiva del Positivismo Jurídico.

Desde nuestra perspectiva, consideramos que es en virtud de la tendencia descrita en el apartado precedente – misma que nosotros denominaremos, siguiendo a Ferrajoli, “Legalismo Ético” – que existe la opinión generalizada de acuerdo con la cual toda conducta “contraria a la norma” o que es prevista como condición de un acto jurídico-punitivo, tiene que encontrar una expresión de rechazo, o en otros términos, ser evaluada de una manera axiológico-negativa, por todo individuo sujeto al orden jurídico cuya norma se “infringe” y especialmente por los juristas identificados con la

²⁴⁴ “(La teoría pura derecho)... rehúsa ponerse al servicio de cualquier interés político, proveyéndolo de la “ideología” mediante la cual se legitime, o se descalifique, el orden social existente. Así, impide que, en nombre de la ciencia jurídica, se atribuya al derecho, al identificarlo con un derecho ideal justo, un valor superior al que de hecho posee; o bien, que se le niegue, por estar en contradicción con un derecho ideal justo, todo valor, y hasta se le niegue validez en general.” Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. p. 120. En el mismo sentido Ross, A. Op. cit. p. 11

escuela del Derecho Positivo, así como por los órganos productores de derecho pertenecientes a dicho orden.

El silogismo es en realidad muy sencillo. Si aceptamos, como propone el "Legalismo Ético", que toda norma válida exige por esa razón que el destinatario de la misma esté obligado "moralmente" a sujetar su comportamiento a la conducta prescrita, resultará una contradicción cualquier evaluación que no censure el comportamiento "violatorio" de la norma. Aceptando como válida esta perspectiva, todo acto de desobediencia a la norma, incluyendo por supuesto la Desobediencia Civil, deberá ser desacreditada axiológicamente.

Esta última conclusión es sin embargo resultado de consideraciones tales que únicamente toman en cuenta cierta perspectiva del Positivismo Jurídico, razón por la cual somos de la opinión de que en la medida en la que nuestras reflexiones en torno a la evaluación de la Desobediencia Civil se funden en una perspectiva diversa a la apuntada, es factible que el producto de las mismas sea por completo distinto.

Así, en principio debemos considerar que una perspectiva positivista "estrictamente científica" que, por tanto, tenga como objetivo la sola descripción de un determinado orden normativo – perspectiva que la mayoría de los teóricos hasta aquí citados comparte – no podrá, en consecuencia, decir nada a favor o en contra de la Desobediencia Civil, sino que deberá analizar tal conducta simplemente como un dato más, como una conducta más que, por contradecir el mandato contenido en la norma, deberá de producir determinadas consecuencias de derecho. De hecho, tal perspectiva, señala Alexy, parte del "carácter hipotético o relativo de la normatividad del derecho".²⁴⁵

Por otro lado, si aceptamos que las normas jurídicas pueden conformarse prácticamente con cualquier contenido, es decir, pueden prescribir "casi"²⁴⁶ cualquier tipo de conducta – como lo afirma la "*perspectiva iuspositivista estrictamente científica*" – y consideramos que la crítica que realizan los desobedientes a las normas es una crítica de fondo, es decir, del contenido, no existe aparentemente argumento

²⁴⁵ Alexy, R. Op. cit. p. 112

²⁴⁶ "... tiene que existir la posibilidad... (*de que la norma no sea*) cumplida o aplicada, ya que cuando no existe (cuando lo que debe suceder, siempre sucede necesariamente, sin excepción) se hace superflua una norma que suponga el suceso como debido..." Kelsen, H. *Teoría general de las normas*. p. 145. (Las cursivas son nuestras)

alguno que permita confrontar ambas perspectivas teórico-normativas. Así Alexy apunta:

“Según Kelsen, el científico del derecho en tanto tal no exige de nadie que deba comportarse de acuerdo con la Constitución y, por lo tanto, conforme a derecho. En tanto científico del derecho puede,... informar a cerca de un deber jurídico y... exigir que, por razones morales, no se lo cumpla.”²⁴⁷

En ese orden de ideas, el hecho de que los desobedientes busquen modificar el contenido de determinados preceptos jurídicos a través de su acción política, es decir a través del despliegue de la conducta opuesta a la prescrita por la norma, no puede presentar ningún tipo de evaluación axiológica desde el punto de vista del Positivismo Jurídico. Ejemplo de lo anterior es el siguiente juicio presentado por Kelsen:

“La doctrina dominante en la jurisprudencia tradicional, según la cual los conceptos de ilicitud y de sanción consecuente contiene un elemento axiológico moral; de que la ilicitud es necesariamente algo inmoral... es insostenible... Puede suceder, sí, que la acciones u omisiones específicas que en un orden jurídico son condiciones de actos coactivos, valgan como inmorales para las opiniones de ciertos círculos; más no puede negarse que ello no tiene por qué ser así según las opiniones de otros círculos.”²⁴⁸

En definitiva, el jurista que haga profesión de fe positivista podrá enunciar cual será la sanción determinada para el ilícito cometido, pero no descalificar tal conducta con argumentos que no sean de carácter moral.

Ahora bien, a nuestro parecer, existen diversos argumentos contruidos por los teóricos positivistas, a partir de los cuales es factible afirmar que tal tradición jurídica excluye de sus postulados doctrinales la obligación de obediencia al Derecho, con lo cual la evaluación de la Desobediencia Civil desde este enfoque “estrictamente científico” permanecerá en el ámbito de lo descriptivo y por lo tanto con cierta apreciación de neutralidad.

El primero de los argumentos que nos permite afirmar la posición neutra del positivismo jurídico de corte substancialmente científico respecto del deber de obediencia al Derecho se desprende del concepto primario de la “norma fundante

²⁴⁷ Alexy, R. Op. cit. p. 112

²⁴⁸ Kelsen, H. Teoría pura del derecho. p. 126

básica”, noción en la cual, como ha quedado dicho, se fundamenta la validez del resto de las normas que conforman determinado ordenamiento.

En efecto, como se recordará, la “norma fundante básica” es una norma presupuesta por todos aquellos individuos que sujetan su conducta a determinado ordenamiento jurídico-normativo, que les permite interpretar los actos volitivos que constituyen el contenido de las determinaciones de dicho ordenamiento como carentes de sentido subjetivo, otorgándoles en consecuencia un carácter objetivo que se traduce finalmente en el reconocimiento del valor deóntico de la norma.²⁴⁹ No obstante, al respecto” Kelsen apunta de manera explícita.

“Puesto que la norma fundante básica no es una norma querida, tampoco una norma querida por la ciencia del derecho, sino solamente una norma pensada, *la ciencia jurídica no se arroga, al establecer la norma básica, una autoridad normadora. No prescribe ella que deban obedecerse las órdenes del constituyente.* Permanece siendo conocimiento, inclusiva en su tesis gnoseológica de que es la condición bajo la cual el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme a la constitución, es interpretado como el sentido objetivo de normas válidas...”²⁵⁰

Independientemente de lo anterior, si el positivismo jurídico acepta que toda norma jurídica conlleva necesariamente un acto volitivo – y en esa medida de carácter subjetivo – determinado por un ser humano hacia otro para constreñir su conducta y, como ya hemos visto, que tal conducta puede ser “casi” de cualquier tipo, parece hasta cierto punto incongruente que el Positivismo Jurídico pueda calificar las acciones de Desobediencia Civil en términos axiológicos.

Por otro lado, como se deduce de lo antes apuntado, la “norma fundante básica” permite transformar el sentido de la prescripción contenida en la norma sólo para aquel que presupone la existencia de la misma, en consecuencia de lo cual quien no la presupone no realizará la transformación del sentido subjetivo en objetivo y por lo tanto tampoco encontrará en el imperativo jurídico-hipotético un deber. En este sentido Alexy apunta:

²⁴⁹ “El hecho de que los participantes en un sistema jurídico acepten y practiquen una Constitución, presupone que cada uno de ellos interpreta determinados hechos como hechos que crean una Constitución.” Alexy, R. Op. cit. p. 100 En sentido semejante Kelsen apunta: “... el reconocimiento de una norma no es idéntico al acatamiento de la misma. Yo puedo reconocer la norma... es decir, querer realmente... que se *deba* cumplir... y, sin embargo, ser incapaz de acatar esta norma... es decir, no poder producir la *voluntad* conducente a la acción que se me ordenó. Si me reprocho a mí mismo por no haber cumplido... tengo que haber reconocido la norma... tengo que haber querido que fuera para mí un *deber*...” Kelsen, H. *Teoría general de las normas*. p. 58

²⁵⁰ Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. pp. 212-213

“El punto de vista jurídico o el punto de vista del participante en un sistema jurídico está definido por el hecho de que desde él el derecho es interpretado como un sistema de normas vigente o como un orden de deber ser. Por cierto, uno puede negarse no sólo en la acción sino también en el pensamiento, a participar en el juego... entonces no hay ninguna alternativa a la categoría de deber ser y, por lo tanto, a la norma fundamental.”²⁵¹

Es en consideración de lo anterior que puede afirmarse que el Positivismo Jurídico de corte “estrictamente científico” no propugna la obediencia a la norma, puesto que como hemos visto, desde tal perspectiva, resulta entendible que quien no reconoce validez a la “norma fundante básica” no reconozca el “deber ser” contenido en la norma.

Este mismo razonamiento, creemos, proporciona un argumento a favor de la Desobediencia Civil, sobre todo en aquellos casos en los que los desobedientes fundamenten su actuar arguyendo que la norma objeto de su crítica violenta normas jerárquicamente superiores, puesto que en algunos casos – tal vez, casos extremos como una dictadura o revolución – los desobedientes podrían impugnar determinados imperativos jurídicos por considerarlos contrarios a la “norma fundante básica” del ordenamiento transformado de manera violenta, con lo cual su desobediencia a estos estaría jurídicamente justificada desde cierto punto de vista.

A pesar de lo bien librada que hasta el momento ha salido la Desobediencia Civil en su evaluación con fundamento en los argumentos teóricos del Positivismo Jurídico de corte “estrictamente científico”, parece ciertamente probable que el resultado de la misma pueda variar al confrontar dicha noción de acción política frente a la categoría de eficacia normativa conformada por la dogmática jurídico-positivista. Lo anterior es así, en tanto que, como se señaló más arriba, la tradición jurídica positivista sostiene que la validez de la norma está íntimamente ligada a su eficacia, es decir a la posibilidad de que dicho imperativo constriña efectivamente la conducta del destinatario de la misma o que, en caso contrario, sea aplicada la sanción prescrita.²⁵² Así Kelsen sostiene:

²⁵¹ Alexy, R. Op. cit. p. 110; En el mismo sentido, Kelsen expresa: “Si se quita al “deber”, que expresa la relación mediante la cual la relación imputativa es establecida por la norma considerada objetivamente válida, todo sentido, carece entonces también sentido afirmar que esto está jurídicamente permitido, o que aquello está jurídicamente prohibido...” Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. p. 119

²⁵² Alexy, R. Op. cit. p. 125

“... no puede negarse que un orden jurídico como un todo, así como una norma jurídica aislada pierden validez cuando cesan de ser eficaces; y por ende, en esa medida, aparece una relación entre lo debido de la norma jurídica y lo existente de la realidad...”²⁵³

Por lo tanto, en la medida en la que las acciones de Desobediencia Civil implican la realización de conductas contrarias a las prescritas por determinadas normas, resulta evidente que dichas acciones están conscientemente destinadas a “poner en crisis” la eficacia de las mismas y con ello a vulnerar su validez, aún cuando no se esté conciente de la relación que existe entre la validez y la eficacia de las normas e independientemente de que tales conductas tengan como fundamento argumentos en pro de la justicia.

No obstante lo anterior, la intencionalidad de las acciones de Desobediencia Civil (cuestionar la validez de las normas consideradas injustas) puede no ser determinante para la pérdida de validez de los imperativos desobedecidos, puesto que el *iuspositivismo* acepta explícitamente que una norma puede no ser eficaz de manera permanente, sin que por ello pierda su validez, ya que ciertos actos aislados de ineficacia no implican que la norma no pueda ser aplicada en otro sinnúmero de casos. En este sentido Kelsen apunta:

“... hay que tener en cuenta que el hecho de que una norma sea eficaz no significa que siempre y sin excepción sea cumplida y aplicada; significa solamente que es cumplida y aplicada *en gran medida*.”²⁵⁴

De otro lado, es factible suponer que si los desobedientes civiles consideran que la norma cuya validez se cuestiona es notoriamente injusta, buscarán desarrollar los métodos de acción política que les permitan obtener un alto grado de ineficacia de la misma, con el fin de lograr el reconocimiento generalizado, e incluso legislativo, de su invalidez. A este respecto, sostenemos la opinión según la cual el Positivismo Jurídico de corte “estrictamente científico” no podría en realidad reprochar tal procedimiento de “invalidación” de la norma, puesto que tal corriente del pensamiento jurídico reconoce el procedimiento denominado “*desuetudo*” – el cual fue explicado líneas arriba – como un fenómeno normativo más que forma parte del objeto de estudio de la Ciencia Jurídica. De hecho, Kelsen manifiesta explícitamente:

²⁵³ Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. p. 222

²⁵⁴ Kelsen, H. *Teoría general de las normas*. p. 145

“... una norma jurídica general, que prohíbe la venta de bebida embriagante decretando que quien la venda debe ser sancionado con prisión, perdería su vigencia cuando quedara claro que por la *resistencia* de los sujetos supeditados a la norma ésta no es cumplida, y cuando no es cumplida, tampoco es aplicada por los órganos competentes. Entonces existe *desuetudo*. Una norma individual pierde su vigencia cuando no es cumplida ni aplicada durante tanto tiempo que finalmente ya no puede ser cumplida o aplicada.”²⁵⁵

En consecuencia, sea a través de una acción política consciente, como se supone el caso de la Desobediencia Civil, o a través del simple “desuso” inconsciente de la norma, el *iuspositivismo* acepta como un dato empírico más el que la ineficacia de la norma conlleve necesariamente su invalidez.

Por último, dentro del propio tema de la eficacia normativa nos parece harto relevante tocar el tema de la sanción como consecuencia de lo ilícito o, dicho de otra manera, como consecuencia de la desobediencia de la norma.

En efecto, en principio, cuando el Positivismo Jurídico “estrictamente científico” enuncia que a toda conducta que desobedece la norma le corresponde una sanción, no afirma el valor deóntico de esta última, sino que simplemente devela una relación entre cierta condición (la conducta distinta a la prescrita) y la consecuencia de la misma (la sanción). Así, en la medida en la que la corriente *iuspositivista* se ciña a la mera descripción del fenómeno jurídico-normativo, no puede más que señalar cuales son las sanciones que corresponden a determinadas conductas de Desobediencia Civil, sin que ello implique que se prescriban las mismas.

“... la acción u omisión determinadas por el orden jurídico, que configura la condición para un acto coactivo estatuido por el derecho, son designadas como “acto ilícito” o “delito”, y el acto coactivo, estatuido como consecuencia, es la consecuencia de lo ilícito o sanción.”²⁵⁶

Finalmente, consideramos que, en virtud de uno de los rasgos propios de la Desobediencia Civil, puede afirmarse categóricamente que tal tipo de acción política en nada menoscaba la eficacia de las normas cuya “justeza” se critica. Nos referimos al elemento antes definido como: “aceptación del castigo” o, visto de otra manera, aceptación de la sanción.

²⁵⁵ Loc. cit. (las cursivas son nuestras)

²⁵⁶ Kelsen, H. Teoría pura del derecho. p. 125

Si como se ha reiterado en innumerables ocasiones a lo largo del presente capítulo, la eficacia de un imperativo jurídico no se manifiesta únicamente cuando el destinatario de la norma despliega la conducta prescrita, sino también cuando, en caso contrario, se aplica la sanción prevista en el imperativo al caso concreto, luego entonces, en la medida en la que los desobedientes civiles se sometan a padecer el acto coactivo determinado como consecuencia de su conducta ilícita, característica distintiva de la Desobediencia Civil, la eficacia de la norma no se verá mermada. Sostenemos que tal perspectiva puede confirmarse a partir del siguiente razonamiento kelseniano.

“Cuando un orden normativo ordena determinada conducta, sólo en cuanto enlaza a la contraria una sanción, la situación de hecho es esencialmente descrita, en forma completa, por una proposición hipotética (condicional) que enuncia que si se presenta determinada conducta, debe llevarse a cabo determinado acto coactivo. En este enunciado aparece lo ilícito como el antecedente o condición, pero *no como negación del derecho*; y, además, se muestra que lo ilícito no es algo exterior al derecho, que estuviera en contra suyo, sino que se trata de un hecho interno al derecho, determinado por este, al cual el derecho, por su esencia,... se refiere... lo ilícito jurídico sólo puede ser concebido conceptualmente como derecho. Cuando se habla de una conducta “contraria” al derecho, se alude así a la conducta condicionante del acto coactivo; cuando se habla de una conducta “conforme” a derecho, se alude a la contraria, a la conducta que evita el acto coactivo.”²⁵⁷

Concluyendo, podemos afirmar que, como en las experiencias evaluadoras anteriores, la Desobediencia Civil puede ser descalificada con fundamento en algunas de las premisas básicas que construyen la teoría jurídica positivista, sin embargo ello sólo puede acontecer así desde cierta perspectiva del *iuspositivismo*, hasta donde nos ha sido posible analizar, desde la perspectiva de la tendencia que hemos reconocido como “Legalismo Ético”.

No obstante, una perspectiva jurídico-positivista de corte “estrictamente científico” no puede realizar en realidad una apreciación valorativa de la Desobediencia Civil, sino que simplemente deberá analizarla como un “acto ilícito” más, entendiendo por éste no otra cosa que la condición de la sanción.

²⁵⁷ Idem. p. 128

3. ESTADO DE DERECHO Y DESOBEDIENCIA CIVIL.

El presente apartado tiene como objetivo confrontar las categorías teóricas desarrolladas en los dos primeros capítulos del presente trabajo mismas que son generalmente concebidas como contradictorias. A pesar de tan difundida opinión intentaremos demostrar que tal oposición no es necesariamente ineludible.

A fin de cumplir con las expectativas proyectadas expondremos en primer término los argumentos que sostienen que la "Desobediencia Civil" implica un fenómeno que contraviene al "Estado de Derecho", para después presentar los argumentos que – dentro de la *Teoría de la justicia* de John Rawls – propugnan por qué la "Desobediencia Civil" puede ser como método para la plena realización del "Estado de Derecho" y, finalmente, exponer nuestras razones para sostener que la "Desobediencia Civil", en determinadas circunstancias que se expondrán más adelante, permiten redeterminar al "Estado de Derecho".

3.1 LA DESOBEDIENCIA CIVIL COMO VIOLACIÓN AL ESTADO DE DERECHO.

En el capítulo inmediato anterior, hemos expuesto la valoración que en torno a la Desobediencia Civil puede realizarse con fundamento en las principales premisas de las tradiciones jurídicas más importantes en occidente, lo que nos permitió descubrir la presencia de ciertas corrientes normativas que – tanto dentro del *iusnaturalismo*, como del *iuspositivismo* – sostienen que toda conducta que se oponga a aquella prescrita por la norma jurídica necesaria e indefectiblemente contraviene al orden jurídico en su conjunto, cuya imperturbabilidad es presentada como esencialmente "buena", "justa" o "conveniente".

En efecto, como también ya hemos apuntado, en términos generales para la tradición jurídica del Derecho Natural, pero especialmente para las corrientes normativas a las que se hizo referencia en el párrafo precedente, la conformación del orden jurídico que el Estado representa tiene que ser evaluado con los adjetivos antes señalados, en virtud de que dicho orden es resultado de la oposición de los hombres a mantenerse en el "Estado de Naturaleza", el cual puede ser visto como un "Estado de

Guerra" en sí mismo (desde la perspectiva hobbesina), o como un "Estado de Guerra" en potencia (perspectiva lockiana y rousseauniana).

Por su lado, aunque de manera semejante al caso del *iusnaturalismo*, el *iuspositivismo* suele identificar, sobre todo en su vena formalista e ideológica, la impavidez del orden normativo con valores como "paz", "justicia formal" y "orden social", así como con su permanencia y la coherencia de los dos últimos.¹

Las perspectivas enunciadas cobran especial importancia en virtud de que son elaboradas en el seno de las dos tradiciones jurídicas occidentales que han desarrollado un concepto específico de "Estado de Derecho", noción que, como ha quedado esclarecido en el primer capítulo del presente trabajo, se equipara al orden normativo existente; si bien, la interpretación naturalista condiciona tal identidad al hecho de que el mencionado orden cumpla con características específicas de contenido tales como la "División de Poderes" y el reconocimiento de ciertos "derechos fundamentales".

Así, desde la tradición jurídica del "Derecho Natural", podemos encontrar diversas manifestaciones de los teóricos en ella inscritos que evidencian su interés en presentar la obediencia a las normas jurídicas como una conducta necesaria para el mantenimiento del orden establecido por la organización política que es el Estado, otorgándole a tal actitud frente a la norma, incluso, características de deber moral. En este sentido, cierta interpretación de Hobbes, parece sostener que una vez establecido el Estado y junto a él al soberano, éste establecerá las "leyes civiles" de acuerdo con las cuales los súbditos deben regir sus acciones,² considerando en todo momento que la obediencia al soberano es la única garantía de la prosperidad de un pueblo.³

De la misma manera que en el caso de Hobbes, algunas de las ideas expresadas por Rousseau permiten sostener su suscripción a la postura de acuerdo con la cual, la obediencia del orden jurídico-normativo establecido debe ser

¹ Bobbio, N. *El problema del positivismo jurídico*. pp. 33 y ss. A este respecto, consideramos importante anotar que Alfonso Ruiz Miguel, al hacer un análisis sobre las propuestas jurídicas de Bobbio, sugiere que los mencionados valores, finalmente, son próximos a los que sostiene la ideología liberal, la cual, como se anotó en el tercer capítulo del presente trabajo, es convergente con la tradición del Derecho Natural. (Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso. *Política Historia y Derecho en Norberto Bobbio*. Ed. Fontamara. s.n.e. México. 1994)

² Hobbes, T. Op. cit. p. 173

³ *Idem*. p. 278

considerado como una obligación ineludible para quienes forman parte del cuerpo político. Así en su *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres* expresa:

"Yo habría querido *que nadie en el Estado pudiese considerarse como superior o por encima de la ley*, ni que nadie que estuviese fuera de ella, pudiese imponer que el Estado lo reconociese, porque cualquiera que pueda ser la constitución de un gobierno, si se encuentra en él un solo hombre que no sea sumiso a la ley, todos los demás quedan necesariamente a la discreción de él."⁴

En sentido semejante, en *El contrato social* apunta:

"... la libertad moral... por sí sola hace al hombre verdadero dueño de sí mismo, ya que el impulso del apetito constituye la esclavitud, en tanto que la obediencia a la ley es la libertad."⁵

Como se puede apreciar de las citas precedentes, la importancia del respeto a la ley aparece como un elemento toral en la teoría del pensador ginebrino, sin embargo, para entender a cabalidad su postura frente al respeto a la normas jurídicas, no se debe perder de vista que para él estas normas sólo pueden ser producto de la "voluntad general", la cual es caracterizada por el propio teórico como "siempre recta", tendiente de manera constante hacia la utilidad pública así como al interés común y resultado necesario de la recta voluntad de cada uno de los miembros del cuerpo político,⁶ razón por la cual se muestra como absurda toda conducta que contraríe sus mandatos.

Independientemente de las interpretaciones de los doctrinarios antes señalados, parece que nadie como Immanuel Kant expone la obediencia al orden jurídico instituido como un verdadero "imperativo categórico". Así, en sus *Principios metafísicos de la ciencia del Derecho* encontramos la siguiente afirmación:

"... si el súbdito... quisiese resistir a la autoridad existente, debería ser castigado con toda razón... Una ley que es tan santa (inviolable) que aún es un crimen en la práctica ponerla en duda, y por consiguiente impedir su efecto por un solo instante, es concebida de tal suerte que no debe ser mirada como procedente de los hombres, sino de algún legislador muy grande, muy íntegro y muy santo: y tal es el sentido de la máxima: "Toda autoridad viene de Dios"; máxima que enuncia no ya un principio histórico de la constitución civil, sino

⁴ Rousseau, J.J. *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. p. 100

⁵ Rousseau, J.J. *El contrato social*. p. 12

⁶ *Idem*. pp. 15 y ss.

una idea como principio de la razón práctica, a saber: que es menester obedecer al poder legislativo actual, sea cual sea su origen.”⁷

La perspectiva del filósofo de Königsber se ve reforzada con el siguiente razonamiento.:

“No hay, pues, contra el poder legislativo, soberano de la ciudad, ninguna resistencia legítima de parte del pueblo; porque un estado jurídico no es posible más que por la sumisión a la voluntad legislativa; ningún derecho de sedición..., menos todavía de rebelión... pertenece a todos contra él como persona singular o individual (monarca), bajo pretexto de que abusa de su poder.”⁸

No obstante la anterior perspectiva naturalista de obediencia al orden jurídico-normativo en tanto que resultado del pacto social que funda al Estado, creemos imprescindible no perder de vista la crítica que formulan Ferrajoli y Zolo en torno a la misma. En efecto, ambos teóricos italianos, si bien reconocen la importancia de la noción de “Estado de Derecho” que nosotros hemos identificado como *iusnaturalista*, en tanto que subordinación de toda actividad social, especialmente por parte de los órganos del estado, a principios jurídicos predeterminados, no dejan de señalar lo siguiente:

“... semejante modelo... se halla expuesto a irresistibles tentaciones totalitarias. La autonomía de lo político, que en el se cumple en el más alto grado, tiende inevitablemente a constituirse en formas autoritarias. Precisamente en nombre del consenso unánime que puede lucir, y por consiguiente de la “democracia” y de las “instituciones constitucionales”, el moderno Estado representativo-consensual puede discriminar democráticamente a toda oposición y disenso de tipo no institucional como “antidemocrático” o “subversivo”. La autodefensa con cualquier medio, es decir la protección de aquel bien común reconocido que son sus “instituciones democráticas”, se hace de este modo su primer deber.”⁹

Con independencia de lo anterior, existen, también desde la perspectiva del Positivismo Jurídico, tendencias que suelen afirmar la necesidad de obedecer toda norma que se establezca atendiendo al proceso legislativo instituido, independientemente de cual sea la conducta que su resultado ordene. Estas

⁷ Kant, E. Op. cit. pp. 149-150

⁸ *Idem*. pp. 151-152

⁹ Ferrajoli, Luigi y Danilo, Zolo. *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*. Ed. El viejo topo. s.n.e. Barcelona, España. 2001. p. 39.

tendencias son identificadas por Ferrajoli como “legalismo ético”,¹⁰ y por Ross como positivismo jurídico-dogmático, al respecto el autor señala:

“Desde el punto de vista del positivismo jurídico dogmático,... el derecho positivo posee validez o fuerza obligatoria. Esto significa que el positivismo dogmático reconoce y acepta, en forma no crítica, la autoridad moral de cualquier ordenamiento establecido en tanto tal.”¹¹

Al respecto, de cierto modo, nos es grato tener referencia de esta perspectiva de la obediencia al Derecho, sólo a través de referencias indirectas, puesto que ello nos permite deducir que las mismas no han tenido eco, por fortuna nuestra, dentro de la cultura jurídica hispanoamericana.

3.2 LA DESOBEDIENCIA CIVIL COMO REALIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO.

3.2.1 LOS PRESUPUESTOS BÁSICOS DE LA *TEORÍA DE LA JUSTICIA*.

Como ha quedado dicho, la propuesta teórica de acuerdo con la cual el “Estado de Derecho” se desarrollaría plenamente a través de la Desobediencia Civil es desarrollada por John Rawls en su libro *Teoría de la Justicia*. En dicha obra, el filósofo norteamericano elabora un conjunto de argumentos a partir de los cuales sería posible, en un momento determinado, construir una sociedad esencialmente justa, entendiendo por ésta, aquella sociedad en donde las normas de convivencia social más importantes (la constitución y las principales disposiciones económicas y sociales) distribuyen derechos y deberes fundamentales por un lado, y determinan la división de las ventajas generadas de la cooperación social de manera imparcial.

A continuación nos proponemos exponer en términos generales los principales argumentos que fundan la citada *Teoría de la justicia*, puesto que finalmente ésta nos proporcionará los presupuestos para abordar el tema de la “Desobediencia Civil” desde la concepción rawlsoniana.

¹⁰ Ferrajoli, L. *Derecho y razón*. p. 221

¹¹ Ross, A. Op. cit. p. 20

A fin de fundamentar su teoría, el profesor de Harvard recurre a la idea ilustrada del "Contrato Social", aceptando con ello sus premisas fundamentales (las cuales han sido abordadas en el primer capítulo del presente trabajo) es decir, que toda sociedad se constituye a través de un acuerdo elaborado por seres humanos racionales, libres e iguales. Esta idea del "contrato fundacional", nos dice Rawls, presenta además la ventaja agregada de considerar que el resultado del acuerdo mencionado tendrá un carácter esencialmente público.¹² Al respecto, el propio teórico estadounidense reconoce que, en virtud de tal premisa, su teoría no deja de tener un carácter eminentemente hipotético, lo que, desde su perspectiva, no evita que una argumentación congruente que parta de ella dé como resultado una concepción de justicia social que pueda ser ampliamente aceptada.¹³

Ahora bien, de acuerdo con Rawls toda sociedad puede concebirse como una asociación de de personas más o menos autosuficiente cuyas relaciones se basan en el reconocimiento mutuo de ciertas reglas de conducta que se tienen como obligatorias y que, en esa medida, son atendidas por la mayoría. Estas reglas tienen como objetivo esencial, a decir del autor en cita, determinar la manera como se distribuirán los costos y beneficios sociales entre los miembros de que conforman tal comunidad.

A fin de exponer su teoría de la justicia, Rawls introduce el concepto de una "sociedad bien ordenada", la cual sería esencialmente justa y que se define como aquella que cumple con las siguientes dos características: a) todos y cada uno de sus miembros reconocen y saben que el resto de sus pares acepta los principios de justicia en los que se funda el orden normativo de la sociedad; b) las instituciones sociales básicas satisfacen y cumplen generalmente con dichos principios. Esta noción le permitirá a Rawls justificar su teoría a partir de una sociedad ideal en la que la obediencia a las normas de convivencia es total.¹⁴

¹² Rawls, John. Teoría de la justicia. p. 24

¹³ *Idem.* p. 33

¹⁴ "La idea intuitiva es dividir la teoría de la justicia en dos partes: la primera, o parte ideal, acepta la obediencia estricta y elabora principios que caracterizan una sociedad bien ordenada en circunstancias favorables. Esta parte desarrolla la concepción de una estructura básica perfectamente justa y los deberes y obligaciones que correspondan a las personas con las constricciones habituales de la vida humana." *Idem.* p. 231

De lo anterior, resulta evidente que para saber si determinada sociedad puede ser calificada como “bien ordenada” o no, es imprescindible identificar ante todo los principios de justicia que subyacen en su estructura. Dichos principios, desde la perspectiva del autor en cita, serían resultado de un proceso lógico de selección desplegado por personas racionales tendientes a promover sus propios intereses, guiados por el objetivo de conformar una sociedad esencialmente justa.

De hecho, pareciera que Rawls deposita toda su confianza en el procedimiento que formula como garantía de un resultado adecuado a las pretensiones de su teoría, puesto que afirma la posibilidad de que el procedimiento adecuado pueda lograr por sí solo la distribución equitativa de beneficios sociales. A esta forma de abordar el problema la denomina “justicia puramente procesal” y es definida en los siguientes términos:

“... la justicia puramente procesal se da cuando no hay un criterio independiente par el resultado debido: en su lugar existe un procedimiento justo e imparcial tal, que el resultado sea igualmente correcto o imparcial, sea el que fuere, siempre y cuando se haya observado debidamente el procedimiento.”¹⁵

Independientemente de ello, Rawls reconoce que el procedimiento distributivo-equitativo de los beneficios sociales que propone no logrará su cometido si no está acompañado de la conformación de instituciones justas, sin embargo confía en que los presupuestos de su teoría – que finalmente forman parte del procedimiento de construcción de instituciones que el propio Rawls plantea, tales como “la posición original”, “el velo de la ignorancia”, “el orden lexicográfico”, elementos que se desarrollan en lo que sigue – permitan la constitución de instituciones justas que, serán el presupuesto de una justa distribución de beneficios sociales.¹⁶

Es debido a tal perspectiva que que la *Teoría de la justicia* de Rawls es calificada por sus críticos como una teoría esencialmente *procedimental*, puesto que, como hemos visto, se asegura que a partir del correcto desarrollo de ciertos procedimientos de la conducta humana social, es posible arribar a un orden normativo esencialmente justo.¹⁷ De hecho, el filósofo estadounidense expone:

¹⁵ *Idem* p. 90

¹⁶ *Idem* pp. 90 y ss.)

¹⁷ Massini, Carlos. *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*. Ed. UNAM. 1ª. edición. México, 2004. p. 85

"... la idea directriz (*de la Teoría de la justicia*) es que los principios de la justicia para la estructura básica de la sociedad (*constitución y principales disposiciones económicas y sociales*) son el objeto del acuerdo original. Son los principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación."¹⁸

Ahora bien, para Rawls la elección de los principios de justicia sólo es aceptable en la medida en la que sea resultado de un proceso racional, entendiendo por racional la capacidad de emplear los medios óptimos para alcanzar los objetivos deseables, para ello, nos dice el autor en cita, es necesario identificar las creencias e intereses de quienes toman parte en dicha elección, así como sus relaciones, las alternativas que se les presentarán alrededor de dicho proceso y el procedimiento que seguirán para llegar al resultado planteado¹⁹.

Así, el proceso racional de Rawls parte de lo que el propio autor denomina "posición original", la cual designa el *status quo* previo a la convención de los principios de justicia, cuyas condiciones permitirán a sus participantes arribar a principios de justicia ecuanímes,²⁰ en tanto que en tal situación queda suprimido todo conocimiento respecto de las contingencias naturales o sociales de las cuales pudieran valerse los participantes en el acuerdo original para tomar determinaciones en su favor.²¹

En principio, en el estadio de la "posición original" los hombres se encuentran determinados por el denominado "velo de la ignorancia", en virtud del cual desconocen cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase y status social; de igual manera ignoran su suerte en la distribución de ventajas y capacidades naturales, así como su nivel de inteligencia, en consecuencia, a nadie se reconocería una posición más ventajosa o desventajosa que al resto de quienes concurren al convenio, nadie tendría la capacidad de adoptar principios a las circunstancias del propio caso, y no se permitiría que las inclinaciones y aspiraciones particulares afectaran la elección de los principios de justicia. En virtud de ello, Rawls plantea que la decisión que los participantes tomen en torno a los principios de justicia, dentro del acuerdo original,

¹⁸ *Idem* p. 24

¹⁹ *Idem* p. 29

²⁰ Massini señala a este respecto que la ecuanimidad de los principios de justicia radica en el hecho de que nadie podría sacar ninguna ventaja de ellos que no otorgara a otro en la misma situación, ni causaría perjuicio alguno que no estaría dispuesto a causarse a sí mismo. Massini, Carlos. *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*. p. 87

²¹ Rawls, J. Op. cit. p. 135

tendrá que realizarse sobre la base de consideraciones generales, con lo que el resultado se presenta como:

“... un acuerdo o... un convenio justo, pues dadas las circunstancias de la posición original y la simetría de relaciones entre las partes, esta situación inicial es equitativa entre las personas en tanto que seres morales, esto es, en tanto que seres racionales con sus propios fines, a quienes supondré capaces de un sentido de la justicia.”²²

De igual manera, entre las condiciones que subyacen en la “posición original” rawlsiana encontramos, el reconocimiento de todos y cada uno de los participantes como personas morales, así como el hecho de que las fuerzas sociales se encuentran en cierto equilibrio.

En el caso de los grupos sociales, la “posición original” exige que todos sean tratados con igualdad, permitiéndoseles participar plenamente en el proceso, haciendo propuestas y sometiendo razones para su aceptación. Finalmente, en dicho estadio, los sistemas de fines no se encontrarían jerarquizados, lo que implica que la decisión determinante de los principios tampoco se vería afectada por los mencionados sistemas.²³

A decir de Massini, la idea de “posición original” de Rawls, no es otra cosa sino:

“... una reformulación de la idea de Adam Smith según la cual la determinación del valor moral de sentimientos y acciones morales debe hacerse desde la perspectiva de un observador imparcial.”²⁴

Ahora bien, el “motor” que impulsará a los individuos a convenir cuales serán los principios de justicia que deberán regir la sociedad que se pretende constituir será la promoción de los intereses particulares de cada individuo. En efecto, a decir de Rawls, en tanto que personas racionales, los participantes en el acuerdo original buscarán proteger sus propios intereses, sin embargo, al encontrarse bajo el “velo de la ignorancia” será muy complicado determinar sus fines específicos, por lo que se conformaran con jerarquizar las alternativas buscando, sobre todo, “proteger sus libertades, ampliar sus oportunidades y aumentar los medios para promover sus

²² *Idem.* p. 25

²³ *Idem.* p. 30-31

²⁴ Massini, Carlos. Op. cit. p. 87)

objetivos.”²⁵ No obstante, a pesar de tal sentimiento egoísta, los hombres están conscientes de las relaciones que mantienen con sus pares, por lo que tenderán a excluir la envidia de sus consideraciones en torno a los principios de justicia.²⁶

En relación con el proceso de selección aludido, consideramos necesario subrayar el hecho de que el propio autor estadounidense reconoce explícitamente que el mismo no será, ni con mucho, sencillo o lineal, puesto que finalmente implicará un análisis detallado de las decisiones que se vayan adoptando. En consecuencia, cuando los juicios efectuados en la posición original estén en duda o se presenten con cierto grado de incertidumbre será necesario, a decir del filósofo en cuestión, realizar sobre ellos un “equilibrio reflexivo”,²⁷ es decir una análisis que permita examinar nuevamente tales principios, a fin de adoptarlos sin vacilaciones o rechazarlos en definitiva, no obstante, ello no significa que la decisión sobre los principios de justicia sea inmutable.²⁸

Por otro lado, Rawls no pierde de vista que al elegir los principios de justicia resulta muy probable que existan principios que se contrapongan unos a otros, complicando la selección de los mismos. A fin de salvar tal inconveniente el autor propone jerarquizar tales principios a través del establecimiento de “reglas de prioridad”, siendo para él ideal la que denomina “orden lexicográfico”. El “orden lexicográfico”, señala su autor, implica una ordenación jerárquica de los principios de justicia de modo tal que sea necesario satisfacer plenamente el principio jerárquicamente superior antes de pensar en satisfacer el siguiente, eliminando así la necesidad de buscar un “equilibrio de principios” entre aquellos que se muestren como contradictorios.²⁹

Finalmente, la determinación de los principios de justicia será el resultado de un “juicio madurado” – es decir, aquel que esté más acorde con nuestras facultades morales y que en consecuencia excluya cualquier tipo de distorsión – llevado a cabo a

²⁵ Rawls, J. Op. cit. pp. 141 y ss.

²⁶ *Idem.* p. 197

²⁷ “Es un equilibrio porque finalmente nuestros principios y juicios coinciden; y es reflexivo puesto que sabemos a que principios se ajustan nuestros principios reflexivos y conocemos las premisas de su derivación...” *Idem.* p. 32

²⁸ “... este equilibrio no es necesariamente estable. Está sujeto a ser alterado por un ulterior examen de las condiciones de que debieran imponerse a la situación contractual y por casos particulares que pudieran llevarnos a revisar nuestros juicios.” *Idem.* p. 32

²⁹ *Idem.* p. 53

partir del “equilibrio reflexivo” y desplegado en la “posición original”.³⁰ En este punto, es importante no perder de vista que el profesor de Harvard supone que las personas que toman parte del “acuerdo original” cuentan con cierta edad y capacidad intelectual que les permite tener un sentido de la justicia a partir del cual son capaces de juzgar los actos de sus iguales y conducir los propios.

Así, a partir de estos “juicios madurados” se mostrará como razonable o, al menos, no-arbitrario la selección de ciertos principios y la exclusión de otros.

“Los juicios madurados son simplemente aquellos emitidos en condiciones favorables para el ejercicio del sentido de justicia y, por tanto, en circunstancias en las cuales no se presentan las excusas y explicaciones más comunes para cometer un error. Se presume entonces que la persona que formula el juicio tiene la capacidad, la oportunidad y el deseo de llegar a una decisión correcta... los criterios que identifican estos juicios no son arbitrarios...”³¹

Una vez acordados los principios de justicia, estos deberán regir todos los acuerdos posteriores que se refieran a la constitución de la estructura básica de la sociedad, desde las prescripciones constitucionales en donde seguramente se incluirían las formas de gobierno permitidas, hasta las determinaciones judiciales y administrativas individualizadas, incluyendo las facultades del legislativo y las normas de cooperación social. Adicionalmente, Rawls supone que los principios elegidos serán obedecidos por todos en virtud de ser resultado del “pacto fundacional”, aún cuando los participantes en tal acuerdo conozcan las condiciones sociales en las que desplegarán sus actividades al levantarse el “velo de la ignorancia”. En este sentido el autor señala:

“Cuando públicamente se sabe que la estructura básica de la sociedad satisface sus principios por un largo periodo de tiempo, las personas que se encuentran sujetas a estos acuerdos tienden a desarrollar un deseo de actuar conforme a estos principios y a cumplir con sus tareas en las instituciones que los ejemplifican. Una concepción de la justicia es estable cuando el reconocimiento público de su realización en el sistema social tiende a producir el correspondiente sentido de justicia...”³²

³⁰ “Desde el punto de vista de la filosofía moral, la mejor explicación del sentido de la justicia de una persona... *(es)* aquella... que corresponde a sus juicios tras un equilibrio reflexivo... *(que)* se alcanza después de que una persona ha sopesado varias concepciones propuestas, y/o bien ha revisado sus juicios de acuerdo con una de ellas, o bien se ha mantenido fiel a sus convicciones iniciales...” *Idem.* p. 57

³¹ *Idem.* pp. 56-57

³² *Idem.* p. 171

Finalmente, a decir del autor en análisis, el acuerdo pactado en la posición original será fielmente observado en razón de que los miembros de la sociedad podrán confiar en que sus expectativas en torno a tal convenio tendrán un alto grado de posibilidad de verse cumplidas.³³

En relación con el procedimiento de selección de los principios de justicia antes reseñado, consideramos necesario subrayar la crítica, planteada por Massini, que sostiene que la objetividad de tales principios debe ser considerada como *débil*, puesto que finalmente se fundamenta en la aceptación de los principios por quienes toman parte en el "acuerdo original", así como en la coherencia interna que puedan tener las proposiciones en las cuales se basen los "juicios madurados" de éstos, abandonando así la concepción de verdad como correspondencia con las estructuras de la realidad. En consecuencia, tal objetividad carece de "fundamento suficiente" puesto que:

"... no es posible alcanzar una justificación propiamente dicha sin una remisión a una proposición o conjunto de proposiciones que se encuentren en sí mismas fundamentadas... de ese modo, si se parte de una serie de premisas no justificadas o justificadas sólo débilmente en cuanto a opiniones, ficciones o intuiciones subjetivas, las conclusiones no podrán tener sino carácter opinativo, (sic) ficticio o sólo subjetivo, por más que se alegue la máxima coherencia entre esas proposiciones débiles."³⁴

El problema que se deriva de lo anterior, a decir del profesor argentino, reside en el hecho de que si la fuerza obligatoria de las normas y principios no es absoluta en términos deónticos, entonces no puede hablarse en estricto sentido de normas o principios obligatorios.

Massini sostiene de igual manera que es imposible sostener la justificación categórica de los principios de justicia en tanto que, al partir de acuerdo hipotéticos, sólo es posible obtener un consentimiento hipotético y, como corolario, la justificación que se derive de éste tendrá necesariamente el mismo carácter.³⁵

³³ "Se sostiene que, donde encontramos la justicia formal, el imperio del derecho y el respeto a las expectativas legítimas es probable que encontremos también la justicia sustantiva. El deseo de observar imparcial y consistentemente las reglas, de tratar de modo semejante casos semejantes y de aceptar las consecuencias de la aplicación de las normas públicas, está íntimamente vinculada al deseo, o al menos, a la disposición de compartir equitativamente los beneficios y las cargas de la cooperación social... Este argumento es ciertamente plausible..." *Idem.* p. 67

³⁴ Massini, C. Op. cit. p. 96

³⁵ *Idem.* p. 9

Independientemente de las críticas precedentes, de acuerdo con Rawls, dadas las condiciones establecidas en la "posición original" y el procedimiento a seguir para alcanzar un acuerdo en torno a los principios de justicia que deben fundar la estructura básica de la sociedad, los únicos principios de justicia cuya adopción sería congruente son el "principio de igual libertad", y el "principio de diferencia".

En efecto, para el filósofo estadounidense, a pesar de las diferentes concepciones de justicia existentes, en términos generales se acepta como justo: lo no-arbitrario y aquellas reglas que determinen "un equilibrio debido entre pretensiones competitivas a las ventajas de la vida social."³⁶ Así, mientras que el "principio de igual libertad" implicaría que a cada persona le fuera reconocido un derecho igual respecto de todas las libertades básicas que fueran compatibles con un esquema de libertades semejante para cada uno de sus pares, el "principio de diferencia" aseguraría que las desigualdades económicas y sociales se conformaran de manera tal que se mostrarían como razonables para todos, al tiempo que se vincularían a empleos y cargos asequibles a cada uno de los miembros. Especificando el objetivo de dichos principios, nuestro autor apunta:

"... el primero exige la igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos,... el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas... sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos, y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad."³⁷

A decir de su autor, estos dos principios excluirían por sí solos cualquier accidente o contingencia producidos por las circunstancias sociales en las cuales de hecho se encuentran los hombres desde su nacimiento, logrando así una concepción de la justicia como imparcialidad, puesto que finalmente el desarrollo de cada individuo sólo se vería limitado por sus propias capacidades físicas y mentales, las cuales son producto de la naturaleza.

En consonancia con su propuesta procedimental para la elección de los principios de justicia, Rawls sostiene que para alcanzar su objetivo de establecer una sociedad esencialmente justa, los dos principios mencionados deberían ser jerarquizados conforme al "orden lexicográfico" expuesto párrafos arriba, dentro del

³⁶ Rawls, J. Op. cit. p. 19

³⁷ *Idem.* p. 27

cual los principios estarían dispuestos conforme han sido presentados,³⁸ lo cual implica que:

“Esta ordenación significa que las violaciones a las libertades básicas iguales protegidas por el primer principio no pueden ser justificadas ni compensadas mediante mayores ventajas sociales y económicas.”³⁹

Lo anterior es así, nos dice el profesor de Harvard, porque parece que en términos generales la intuición nos dicta que es preferible dar prioridad a la libertad y a la justicia antes que buscar el aumento del bienestar social en su conjunto.

Ahora bien, no son pocos los razonamientos, elaborados por el filósofo estadounidense, que justifican la elección de los principios de justicia en comento. Así, en principio, Rawls sostiene que independientemente de cuales sean los principios de justicia que se acepten como fundamento de la estructura básica de la sociedad, para que ellos garanticen un alto nivel de imparcialidad deberán cubrir características tales como estar expresados en términos generales, ser de aplicación universal, tener carácter público, imponer una ordenación a demandas conflictivas y tenerse por definitivos, características que cubren los dos principios de justicia señalados.⁴⁰

Por otra parte, el autor en análisis sostiene que, en virtud del “velo de la ignorancia” los hombres no podrán menos que aspirar a una distribución equitativa de los bienes primarios, por lo que buscarán establecer un principio de justicia que determine una distribución igualitaria de los mismos, lo que se logra a través del primer principio, para después buscar la manera en que se pueda establecer una igualdad equitativa de oportunidades, así como una división igualitaria de ingresos y riquezas, finalidad garantizada por el segundo de los principios señalados.⁴¹

Rawls arriba al mismo resultado, incluso, partiendo de premisas distintas. En efecto, para el autor estadounidense parece inevitable, e incluso inconveniente, el que se supriman las desigualdades provenientes del ingreso, sin embargo considera que las mismas sólo son aceptables en la medida en la que dichas desigualdades vayan

³⁸ “... parece cosa de sentido común, el hecho que distinguimos, como cuestión de principio, entre las pretensiones de la libertad y de lo justo, por un lado, y lo deseable de aumentar el beneficio social en conjunto, por otro; y que damos cierta prioridad, sino valor absoluto, a lo primero.” *Idem.* p. 39

³⁹ *Idem.* p. 68

⁴⁰ *Idem.* pp. 141 y ss.

⁴¹ *Idem.* p. 148

aparejadas de mejoras en la calidad de vida de todos, especialmente de los menos aventajados, en consecuencia se supone que los miembros de una sociedad partirán de la distribución igualitaria de los bienes sociales primarios, para lo cual es necesario el primer principio, y que, una vez que tal distribución no pueda abarcar a la totalidad de los miembros de la sociedad, la distribución se realizará hasta su término con base en el "principio de diferencia".⁴²

Por otro lado, el criterio de los dos principios de justicia propuestos por Rawls es confirmado por éste, al considerarlos en relación con el denominado "*principio maximin para escoger en condiciones de incertidumbre*", el cual parte de la idea de que en una situación de incertidumbre habrá que jerarquizar las alternativas conforme a sus peores resultados posibles. La aplicación de dicha máxima requiere que las circunstancias en las cuales se realiza determinada elección impidan tomar en cuenta las alternativas posibles alrededor de la misma, que el elector tenga una concepción del bien tal que no le importe sino obtener el mínimo estipendio posible y, finalmente, que las opciones rechazadas impliquen graves riesgos.

El primero de los rasgos necesarios para la aplicación del "*principio maximin*", nos dice el filósofo en análisis, se cumple a partir del "velo de la ignorancia" en tanto que éste no permite a los participantes del acuerdo original evaluar las circunstancias en las que se encontrarán en la nueva sociedad. Por otro lado, en tanto que seres racionales, dichos participantes desearán garantizar un mínimo de bienestar, mismo que, a decir de Rawls, se logra con la aplicación de los dos principios de justicia por él propuestos y no con otro tipo de principios, quedando así cubiertas las otras dos características que hacen conveniente el empleo del "*principio maximin*". En consecuencia de lo cual, el autor en cita confirma la conveniencia de elegir los dos principios de justicia antes mencionados, para fundar la estructura básica de una sociedad esencialmente justa.⁴³

Otro más de los argumentos con los cuales el filósofo de Harvard justifica la elección de los principios de justicia de "igual libertad" y de "diferencia" parte de la "ley psicológica" de acuerdo con la cual los individuos suelen "querer, proteger y apoyar todo aquello que afirma su propio bien", en tal virtud, señala Rawls, como el esquema de los principios señalados afirma el bien de todos al garantizar las libertades básicas

⁴² Loc. cit.

⁴³ *Idem.* p. 152

de cada miembro así como cierto grado de beneficios derivados de la cooperación social, resulta lógico intuir la elección del esquema multicitado.

Por último, en relación los argumentos que a decir de Rawls justifican la elección de los dos principios de justicia por él formulados, tenemos la afirmación del filósofo estadounidense en el sentido de que dichos principios incrementan el respeto que hacia sí mismos tienen los hombres, esto es así, siempre de acuerdo con el autor en cita, debido a que cuando ambos principios son observados, el reconocimiento público e institucional que de ellos se genera apoya las aspiraciones de cada hombre y en consecuencia su autoestima. La misma idea, nos dice Rawls, puede expresarse afirmando que los principios de justicia de "igual libertad" y de "diferencia" permiten que cada miembro de la sociedad sea tratado por el resto de sus pares como fin y nunca como medio ya que todos son tratados de igual manera y a nadie se le exige soportar desventajas en beneficio de los miembros más aventajados de la sociedad.⁴⁴

Una vez definidos los principios de justicia que deben regir en la estructura básica de la sociedad, nos dice Rawls, es posible definir los principios de justicia que deben regir la conducta de las personas. En este sentido, el autor subraya que este tipo de principios tienen que ser determinados en un momento posterior a el establecimiento de los principios de justicia para la sociedad en su conjunto, puesto que, desde su perspectiva "la virtud de la justicia" presupone necesariamente una concepción moral de las instituciones.⁴⁵

Ahora bien, para Rawls los principios de justicia que deben regir la conducta de los hombres pueden reducirse principalmente a dos: el "principio de imparcialidad" y el "principio de los deberes naturales".

El primero de los principios mencionados, según el autor estadounidense, exige que cualquier persona cumpla con las obligaciones que se le imponen desde las instituciones sociales siempre y cuando éstas satisfagan dos condiciones: 1° que la institución respectiva satisfaga los dos principios de justicia en los que se basa la *Teoría de la justicia como imparcialidad* y, 2° que la persona obligada acepte

⁴⁴ *Idem.* pp. 171 y ss.

⁴⁵ *Idem.* p. 112

voluntariamente los beneficios o provechos que se deducen de la dinámica de tal institución. En relación con esta última condición, Rawls apunta:

“La idea básica es que cuando un número de personas se comprometen en una empresa cooperativa, mutuamente ventajosa y conforme a reglas, restringiendo por tanto su libertad en la medida en la que sea necesario para que se produzcan ventajas para todos, entonces aquellos que se han sometido a estas restricciones tienen derecho a una aceptación semejante por parte de aquellos que se benefician de tal sumisión. No está permitido obtener ganancias del trabajo cooperativo de los demás sin haber cumplido con nuestra parte proporcional.”⁴⁶

Las implicaciones de este principio resultan harto relevantes puesto que, a partir de la segunda de sus condiciones, una conducta prescrita únicamente podría ser considerada como obligación en la medida en que la persona cuya acción se pretende determinar otorgue su consentimiento para reconocerla como tal, bien sea de manera expresa, bien de manera tácita, aceptando o “no-rechazando” los beneficios que para él se desprendan de la institución social que pretenda imponerle parámetros de conducta. En este sentido Rawls apunta:

“... el principio de imparcialidad obliga sólo a aquellos que asumen un puesto político o a aquellos que estando mejor situados, han promovido su interés dentro del sistema... es decir, que aquellos más privilegiados están sujetos a adquirir obligaciones que los vinculen aún más estrechamente a un sistema justo.”⁴⁷

De hecho, nuestro autor apunta que, tomando como válido el principio de imparcialidad sería incongruente plantear “la obligación política del ciudadano medio”, es decir de aquel que no forma parte de órgano estatal alguno, puesto que en tal caso no queda claro “... cual es la acción obligatoria requerida ni quien la ha ejecutado.”⁴⁸

Otra de las implicaciones de este primer principio de justicia aplicable a los individuos, a decir de su “arquitecto”, reside en el hecho de que nadie podría estar obligado a cumplir las obligaciones impuestas por una institución injusta o que “exceda los límites de la injusticia tolerable”. En tal caso, nos dice Rawls, se encontrarían aquellas instituciones que se constituyen a partir de regímenes políticos autocráticos o arbitrarios, de donde se deduce que la *justicia como imparcialidad* prácticamente sólo puede ser realizada en una sociedad con gobierno democrático.

⁴⁶ *Idem.* p. 113

⁴⁷ *Idem.* p. 117

⁴⁸ *Idem.* p. 115

Sin perjuicio de lo anterior, el autor en análisis reconoce que las conductas obligatorias para los miembros de una sociedad no pueden restringirse solamente a aquellas que sean voluntariamente aceptadas por éstos, razón por la cual reconoce la existencia de “Deberes Naturales”, cuyo respeto constituye el segundo principio aplicable a los individuos. Este tipo de deberes se caracterizan, de acuerdo con nuestro autor, por conformarse con un contenido definido, ser vinculantes independientemente de la voluntad de la persona a la cual van dirigidos⁴⁹ y carecer de conexión necesaria con las instituciones sociales.

Entre los “Deberes Naturales” enunciados por Rawls es posible encontrar: el auxilio a otro cuando éste lo necesita o está en peligro, siempre que no se corran riesgos o pérdidas excesivos; no dañar o perjudicar a otros; y no causar sufrimiento innecesario. No obstante el “Deber Natural” más importante sería finalmente el “deber de justicia”, el cual es definido por el profesor de Harvard en los siguientes términos:

“Este deber nos exige apoyar y obedecer a las instituciones justas existentes que nos son aplicables. Nos constriñe también a promover acuerdos justos aún no establecidos cuando esto pueda hacerse sin demasiado costo para nosotros.”⁵⁰

En consecuencia, con la noción de “Deberes Naturales” y sobre todo con el “deber natural de justicia” Rawls resuelve el problema de dejar al arbitrio de cada individuo el cumplimiento del orden normativo social en caso de que tal individuo no obtenga ningún beneficio del mismo, pues, finalmente, cuando la estructura básica de la sociedad sea justa o – en palabras del propio autor – “todo lo justo que es razonable esperar según las circunstancias”, cada uno de sus miembros estará impelido a cumplir con el orden normativo que la constituye.

En relación con el tema de los “Deberes Naturales” es de subrayar el hecho de que para el filósofo estadounidense éstos, aún cuando son incondicionados, no contravienen la idea de “contrato social” que subyace en su *Teoría de la justicia*,

⁴⁹ “Otra característica de los deberes naturales es que se dan entre las personas con independencia de sus relaciones institucionales; surgen entre todos los hombres considerados como personas morales iguales. En este sentido... se deben no sólo a individuos definidos, sino a las personas en general.” *Idem.* p. 116

⁵⁰ *Idem.* p. 116

puesto que su contenido sería resultado de una serie de convenciones desplegadas a partir de la posición original.⁵¹

Ahora bien, a decir del profesor estadounidense, los principios de justicia para los individuos serían elegidos por los participantes en el acuerdo original principalmente con base en una concepción de coherencia con los dos principios de justicia para las instituciones. Así por ejemplo, en el caso del “deber natural de justicia”, dicho principio sería elegido en virtud de que su instauración apoyaría el desarrollo de los principios de justicia para las instituciones, en ese sentido Rawls expresa:

“... las partes tienen todas las razones para asegurar la estabilidad de las instituciones justas, y el modo más fácil y más directo de hacerlo es aceptar la exigencia de apoyarlas y obedecerlas, cualesquiera que sean nuestros actos voluntarios.”⁵²

Por su parte, el “Deber de ayuda mutua” será elegido en la posición original en tanto que los hombres reconocerán la imperiosa necesidad de ser auxiliados por sus semejantes en determinadas circunstancias, ya que, a decir de Rawls, resultará preferible acordar la realización de ciertos actos, que no redunden en un beneficio concreto e inmediato, a cambio de que, a largo plazo, se pueda recibir el apoyo en caso de necesitarlo.⁵³

En el caso del “principio de imparcialidad”, el mismo sería elegido en la posición original – a decir de Rawls – como consecuencia del “Deber natural de justicia”, puesto que en la medida en la que una persona saca provecho de determinado esquema institucional se genera para ella un “deber natural de justicia” respecto del mencionado esquema. Dicho de otra forma, en el caso del “principio de imparcialidad” son nuestros propios actos voluntarios los que determinan los “deberes naturales” a los cuales aceptamos atenernos.

El profesor estadounidense reafirma su convicción en torno a la elección del principio mencionado en el párrafo que antecede, en virtud de que, desde su perspectiva, las promesas que reciprocamente realizan los hombres y que permiten el

⁵¹ *Idem.* p. 117

⁵² *Idem.* p. 308

⁵³ *Idem.* p. 311

mantenimiento de los “esquemas de cooperación mutuamente beneficiosos”, serían inimaginables si no existiera la obligación que se deriva del “principio de imparcialidad”.⁵⁴

Hasta aquí la exposición los principales presupuestos y argumentos justificadores de la *Teoría de la justicia* de Rawls en su aspecto “ideal” o de plena obediencia a las normas sociales. En lo que sigue analizaremos el caso específico de la “Desobediencia Civil” como uno de los problemas que se plantea la *Teoría de la justicia* en su aspecto de obediencia parcial, es decir, como una forma de hacer frente a una injusticia dentro de una sociedad esencialmente justa.

3.2.2 LA TEORÍA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL DE JOHN RAWLS.

Como se ha señalado en repetidas ocasiones, la *Teoría de la justicia* de Rawls se despliega como una teoría en la cual el acuerdo respecto de los “principios básicos de justicia” que fundan la “estructura básica de la sociedad” sería de tal manera coherente que ello exigiría la obediencia total a las normas de convivencia de tal conglomerado humano. No obstante, el profesor de Harvard acepta que dicha construcción teórica se muestra como un ideal, por lo cual, adicionalmente, analiza el problema de la obediencia parcial en una sociedad no ideal o, dicho de otra forma, la cuestión de si existe obligación de obedecer normas sociales injustas. Es precisamente dentro de este análisis, donde se inscribe la teoría de la “Desobediencia Civil” del filósofo estadounidense.

Antes de entrar de lleno al análisis de la teoría de la “Desobediencia Civil” como realización del “Estado de Derecho” conviene subrayar que desde la perspectiva del autor en cuestión, los dos principios de justicia por él señalados como fundantes de una sociedad esencialmente justa pueden establecer, como uno de sus resultados posibles, un régimen democrático-constitucional de gobierno; sin embargo, a pesar de tratarse tan sólo de una forma de gobierno posible, es ésta a la que Rawls se apega para analizar, entre otras cuestiones, en que medida existe el deber de obediencia a una norma injusta y, consecuentemente, en que momento está justificada la

⁵⁴ *Idem.* pp. 315 y ss.

“Desobediencia Civil” en tanto que pauta para la plena realización del “Estado de Derecho”.

Para exponer su teoría en torno a la “Desobediencia Civil” Rawls presupone la existencia de una “sociedad casi justa” y “bien ordenada en su mayor parte” en la que, no obstante, se desarrollan graves violaciones a los principios de justicia en los cuales se basa el pacto fundacional de dicha sociedad, bien sea a través de normas constitucionales, bien a través de cualquier otra disposición normativa. Así, la “Desobediencia Civil” puede considerarse una forma de acción política válida en aquella “sociedad casi justa” donde exista un acto de violación patente de las libertades de igualdad ciudadana, o de la igualdad de oportunidades, más o meno deliberada, durante un extenso periodo. De hecho Rawls sostiene:

“Una vez interpretada la sociedad como esquema de cooperación entre personas iguales, las personas afectadas por graves injusticias no tienen que someterse.”⁵⁵

Ahora bien, para Rawls el problema de la “Desobediencia Civil” presenta dos aristas fundamentales, la primera señala que tal forma de acción política conlleva necesariamente un conflicto de deberes, mismo que es expuesto en los siguientes términos:

“¿En qué punto deja de ser obligatorio el deber de obedecer las leyes promulgadas por una mayoría legislativa (o por actos ejecutivos aceptados por tal mayoría) en vista del derecho de defender las propias libertades y el deber de oponernos a la injusticia?”⁵⁶

El conflicto de intereses antes apuntado puede expresarse como el problema de bajo que circunstancias y hasta que punto puede ser obligatorio obedecer leyes injustas.

La segunda de las aristas, por su parte, se deduce de la primera y se refiere específicamente al problema de los límites de la regla de las mayorías, principio fundamental en toda sociedad que cuente con una base moral democrática, como la que Rawls supone desde el momento en que retoma la *Teoría del Contrato Social*.

⁵⁵ *Idem.* p. 348

⁵⁶ *Idem.* p. 331

Por lo que respecta al enigma de cómo determinar si existe obligación de obedecer normas injustas, es necesario reconocer en principio que Rawls acepta la idea del “imperio de la ley” como un elemento de justicia formal en tanto que la regularidad e imparcialidad de la aplicación de las normas que tal noción conlleva, permite tener cierta certeza respecto de la forma como serán resueltos los conflictos sociales, no obstante también reconoce que tales características son compatibles con normas injustas, razón por la cual dicha noción debe considerarse tan sólo como un límite “débil” frente a éstas y, en consecuencia, no tomársele como principio universal.⁵⁷

Ahora bien, a pesar de que el “imperio a la ley” es insuficiente para garantizar que las normas promulgadas sean justas, el autor en análisis expone que no puede ser considerado como motivo suficiente para desobedecerlas simplemente su carácter injusto, sino que tal desobediencia sólo puede ser legítima en aquellos casos en los que la injusticia de las leyes e instituciones sea de tal magnitud que vulnere los principios de justicia en los que se funda la estructura básica de la sociedad, mismos que, dentro de la teoría propuesta por Rawls, son el “principio de igual libertad” y el “principio de diferencia”.

A este respecto es necesario subrayar el hecho de que, a decir del propio autor estadounidense, resulta un evento considerablemente plausible que dentro de una “sociedad *altamente* bien ordenada”, que respete en alto grado los principios de justicia en lo que se funde la estructura básica de la sociedad, se establezcan normas que puedan ser consideradas injustas, pero que sin embargo, en la medida en la que éstas no contravengan dichos principios fundantes, será mucho más provechoso obedecer dichas normas que desobedecerlas.

Lo anterior es así, señala Rawls, porque parece imposible poder garantizar que toda norma o programa de gobierno pueda ser esencialmente justo, sobre todo si se considera que en una sociedad democrática, como la que supone el autor en cita para exponer su teoría sobre la “Desobediencia Civil”, es preferible llegar a acuerdos que permitan el desarrollo de la sociedad, aún cuando sea inevitable que los mismos tengan cierto dejo de injusticia.

⁵⁷ *Idem.* pp. 222 y ss.

Como se desprende de lo anterior, el problema de bajo qué circunstancias los miembros de una sociedad están legitimados para desobedecer normas injustas, está altamente vinculado al procedimiento por el cual tales normas fueron definidas, lo que nos lleva a la segunda de las aristas del presente problema, es decir, de si existe el deber de obedecer una norma injusta por el hecho de que sea resultado de la aplicación del principio de las mayorías. A fin de entender el conflicto que la "Desobediencia Civil" plantea frente a dicho principio es necesario desarrollar la concepción que sobre éste presenta Rawls, dentro de su *Teoría de la justicia*.

A decir del profesor de la Universidad de Harvard el "principio de las mayorías" es un principio de determinación de las normas que conformarán la estructura normativa de una sociedad dada, acorde con la justicia procesal imperfecta que toda constitución implica, así como con el "principio de igual participación política" que se deriva necesariamente del "principio de igual libertad".

En efecto, desde la perspectiva de Rawls, una constitución puede ser considerada como un caso de justicia social imperfecta en la medida en la que, si bien existe un criterio independiente a partir del cual es posible determinar el resultado correcto, el procedimiento previsto no garantiza que finalmente se llegará a ese resultado específico.⁵⁸ Sin embargo, dentro de la *Teoría de la justicia* de Rawls, una constitución que incluya el "principio de las mayorías" se aproximará considerablemente al resultado correcto, es decir al establecimiento de normas de carácter imparcial.

Lo anterior es así principalmente porque de tomar como principio de determinación de las normas que conforman una sociedad el "principio de minoría", no habría un criterio lo suficientemente obvio para determinar cual de todas las minorías sería la legitimada para decidir, violándose así el principio de igual libertad. Pero no sólo eso, como el "principio de las mayorías" permite la realización del "principio de igual participación política", el cual implica que todos los miembros de la sociedad tienen el mismo derecho de influir en las decisiones de gobierno; es muy probable que los representantes políticos que conformen el cuerpo legislativo, en virtud de ser

⁵⁸ "La constitución se considera como procedimiento justo, aunque imperfecto... en tanto lo permiten las circunstancias, para asegurar un resultado justo. Es imperfecto porque no hay proyecto político factible que garantice que las leyes promulgadas de acuerdo con él serán justas. En los asuntos políticos no puede lograrse la justicia procesal perfecta." *Idem*. p. 323

individuos racionales, imparciales y objetivos, tomen las decisiones correctas al ver que sus opiniones confluyen con las de la generalidad de dichos representantes.

No obstante lo anterior, en tanto que el procedimiento legislativo determinado por la constitución finalmente es una muestra de la justicia procesal imperfecta, el "principio de las mayorías" muy probablemente podrá lograr que las prescripciones que finalmente se determinen como parte del sistema normativo sean justas, pero no podrá garantizarlo en su totalidad.⁵⁹ De hecho el propio Rawls apunta:

"... hasta la legislatura idea es un procedimiento imperfecto. Parece no haber medio de caracterizar un procedimiento factible garantizado para lograr una legislación justa."⁶⁰

Así, como puede desprenderse de las dos aristas que el profesor de la Universidad de Harvard propone como esenciales para determinar cuando persiste el deber de obedecer una norma injusta, la única razón que puede legitimar el empleo de actos de "Desobediencia Civil", a decir del autor en cita, es que la justificación de los mismos pueda plantearse a partir de argumentos que tengan como base el sentido de justicia de la comunidad, por lo cual le "parece razonable... limitarla a casos clara y gravemente injustos", lo que en términos de su *Teoría de la justicia* se traduce de manera prototípica en cualquier infracción a los principios de justicia en los que se funde la estructura básica de la sociedad.

A pesar de lo anterior, Rawls toma con cautela tal proposición en lo que respecta a las violaciones al "principio de diferencia", también denominado "principio de justa igualdad de oportunidades", en virtud de que al referirse este último a la distribución equitativa de los beneficios sociales, suele existir una gran divergencia en torno a la satisfacción del mismo, la cual es difícil de resolver. Al respecto, el profesor estadounidense señala:

"La elección entre ellas (*las opiniones divergentes referidas a la satisfacción del segundo principio de justicia*) depende de creencias teóricas y especulativas, así como de una plétora de información estadística... unido todo ello a un juicio agudo y a una clara intuición. En vista de las complejidades de

⁵⁹ "las mayorías... están sujetas a cometer errores, sino por falta de conocimiento o de juicio, como resultado de enfoques limitados y egoistas." *Idem.* p. 323

⁶⁰ *Idem.* p. 328

estos problemas, es difícil precisar la influencia del propio interés y del prejuicio...”⁶¹

En virtud de las complicaciones antes anotadas, Rawls sostiene que será preferible únicamente optar por la “Desobediencia Civil” cuando las normas jurídicas o programas de gobierno contraríen el “principio de igual libertad” o en aquellos casos en los que un agravio al “principio de diferencia” se plantee de tal manera que implique al mismo tiempo una violación al primero de los principios aquí enunciados. En apoyo de esta consideración, Rawls expresa:

“... la violación al principio de libertad igual es el objetivo más apropiado de la desobediencia civil. Este principio define el *status* de igual ciudadanía en un régimen constitucional y se encuentra en la base del orden político. Cuando se acata en su totalidad, se supone que las otras injusticias, aunque probablemente persistentes e importantes, no se saldrán del todo de control.”⁶²

Ahora bien, una vez que se reconoce que alguna o algunas normas o principios de gobierno vulneran los principios de justicia determinantes de la estructura básica de la sociedad, el “deber natural de justicia”, sostiene Rawls, nos da la pauta que legitima a la “Desobediencia Civil” como forma de acción política.

En efecto, como ha quedado dicho, de acuerdo con el “Deber natural de justicia” los individuos sólo estarían obligados a obedecer aquellas normas o programas políticos que fueran esencialmente justos, pudiendo en consecuencia desobedecer aquellos que se consideren injustos. A este respecto, es importante no perder de vista que la posibilidad de desobedecer normas injustas se encuentra limitada por el principio de imparcialidad pero solo respecto de aquellos cuya posición en la sociedad les permita obtener mayores beneficios sociales.⁶³

Así, en resumen, cuando normas injustas vulneren los principios de justicia a partir de los cuales se conforma la estructura básica de la sociedad, el “Deber natural de justicia” legitimará los motivos de las minorías sociales para acometer actos de “Desobediencia Civil”.

⁶¹ *Idem.* p. 338

⁶² *Loc. cit.*

⁶³ “... sólo los miembros más favorecidos de la sociedad probablemente tengan una clara obligación política en oposición a un deber político.” *Idem.* p. 342

De hecho, Rawls propone que, como consecuencia lógica de la determinación de los principios de justicia para las personas (dentro de los que se encuentra el “Deber natural de justicia”), debiera ser necesario el establecimiento de directrices que permitan evaluar los límites en los que se deberá obedecer tanto a los “Deberes Naturales”, como a las obligaciones que se generen por nuestra participación en determinadas instituciones sociales, e incluso a la “regla de mayorías”.

Las consideraciones anteriores le permiten a Rawls sostener que, a pesar de que la “Desobediencia Civil” implica la abierta contravención de algún mandato normativo, es un medio adecuado para reinstaurar el orden instituido fundado en los principios de justicia compartidos por los integrantes de una sociedad determinada, o dicho de otra forma, para la plena realización del “Estado de Derecho”. En este sentido, el profesor de Harvard afirma:

“La desobediencia civil... es uno de los recursos *estabilizadores* del sistema constitucional, aunque sea, por definición, un recurso ilegal.”⁶⁴

La proposición anterior es reforzada por el autor estadounidense en virtud de que, desde su perspectiva, la “Desobediencia Civil” permite reforzar y mantener las instituciones justas constituidas para una sociedad determinada, precisamente porque sus pretensiones se encuentran respaldadas en los principios básicos de justicia de dicha sociedad. Finalmente, los desobedientes civiles argumentan a favor del orden instituido, al cual suponen agraviado por normas o programas de gobierno contrarios a los mencionados principios.

Desde nuestro punto de vista, esta idea rawlsiana que sostiene que la “Desobediencia Civil” permite la realización plena del “Estado de Derecho” puede ser mejor entendida, al menos para los juristas, si se le interpreta utilizando la idea de “norma fundante básica” de Kelsen, misma que, como hemos visto, es retomada por diversos *iusfilósofos* positivistas.

Como hemos señalado en los capítulos primero y tercero del presente trabajo, la “norma fundante básica”, a decir de Kelsen, no tiene otra función que no

⁶⁴ *Idem.* p. 348, las cursivas son nuestras. Más adelante también expresa: “Aunque este modo de acción es, estrictamente hablando, contrario a la ley, es un medio moral correcto para mantener un régimen constitucional” Loc. cit.

sea la de determinar quien o quienes están legitimados para determinar las prescripciones jurídicas de un determinado orden normativo, comenzando por la primer constitución histórica. No obstante, es sólo por su aceptación y en referencia a ella que las personas sujetas a determinado orden normativo pueden discernir que prescripciones deben obedecer y, de hecho, obedecen.

Kelsen plantea su idea de "norma fundante básica" sin denotarle ningún contenido específico, pero aceptando que éste puede ser cualquiera y que, en consecuencia, tal concepto puede servir para explicar el orden normativo de cualquier régimen de gobierno.

Ahora bien, volviendo a la propuesta teórica de Rawls, consideramos válido suponer que éste justifica la "Desobediencia Civil" cuando la determinación de ciertas normas o programas de gobierno contravienen la "norma fundante básica", es decir, la norma que legitima el deber de obediencia al orden establecido, misma que, en el caso específico del teórico estadounidense, tiene como contenido los principios de justicia "de igual libertad" y "de diferencia".

Así, en tanto que todo el orden normativo, como el deber de obediencia al mismo, se funda en tales principios, una vez que prescripciones constitucionales o cualquier otra norma jurídica o programa de gobierno los vulnera, el "Estado de Derecho" es puesto en una situación de crisis, a la cual los desobedientes civiles buscan ponerle fin reestableciendo los principios básicos de la sociedad. Ello es posible, en la teoría de la "Desobediencia Civil" de Rawls porque este tipo de acción política sólo está legitimada precisamente cuando los principios de justicia fundantes son agraviados.

De otro lado, Rawls señala que la "Desobediencia Civil" debiera ser considerada como un complemento a la democracia, aún cuando lo que se cuestione sea la potestad de una autoridad democrática y legítimamente instaurada, puesto que en último término se apela a los principios políticos fundamentales del régimen democrático, tales como el "principio de igual participación política".

Finalmente, nos parece de trascendental importancia señalar que para Rawls, si bien es necesario que existan órganos facultados para interpretar las normas jurídicas,

aún las constitucionales, no hay que perder de vista que tal interpretación no es más que una explicación, de las muchas posibles, de la forma como se deben aplicar las normas a los problemas sociales. Así, un tribunal puede tener la última palabra en cuanto a la interpretación de determinada norma, pero, sin embargo, tal evaluación está indefectiblemente influida por una particular concepción de justicia. En palabras del autor estadounidense:

“... en una sociedad democrática, se reconoce que cada ciudadano es responsable de su interpretación de los principios de justicia, y de su conducta a la luz de estos principios. No puede haber una interpretación legal o socialmente aprobada a estos principios que siempre nos obligue moralmente, ni aunque provenga de un tribunal supremo o de la legislatura. En realidad, cada agencia constitucional, la legislatura, el ejecutivo y los tribunales ofrecen su propia interpretación de la constitución, y los ideales políticos que la imbuyan.”⁶⁵

En consecuencia de lo anterior, toda interpretación normativa, aún la realizada por los órganos legalmente facultados para ello, expone como resultado imperativos hipotéticos, nunca categóricos, por lo que, en la medida en la que los desobedientes civiles consideren que sus acciones se fundan en los principios de justicia que configuran la estructura social básica, éstos deberán continuar con su acción política (dentro de los límites ya señalados) independientemente de lo que prescriban tales interpretaciones, pues el último órgano de apelación, nos dice el profesor de Harvard, no es otro sino el electorado en su conjunto.

Así, finalmente, Rawls deja en la conciencia de cada individuo, y como corolario en su autonomía de la voluntad, la decisión de acceder a la “Desobediencia Civil” en defensa de los principios de justicia que fundan determinada sociedad, así como su orden normativo, es decir en defensa del “Estado de Derecho”.

3.3 LA DESOBEDIENCIA CIVIL COMO “REDETERMINACIÓN” DEL ESTADO DE DERECHO.

Una vez expuestos tanto los argumentos teóricos que sostienen que la “Desobediencia Civil”, como todo actuar que contraríe las conductas establecidas en las normas jurídicas, debe ser interpretada como violación al “Estado de Derecho” en

⁶⁵ *Idem.* p. 354

tanto que ello pone en crisis la eficacia del orden jurídico-normativo, así como la hipótesis rawlsiana que sostiene que la "Desobediencia Civil", gracias a sus características propias, lejos de violentar el "Estado de Derecho" puede lograr su realización, en lo que sigue, intentando fundir las tesis antes analizadas, expondremos las razones por las cuales consideramos que la "Desobediencia Civil" puede redeterminar al "Estado de Derecho".

La finalidad de nuestra empresa exige que antes de presentar los argumentos que justifican la hipótesis aquí sustentada, desarrollemos el concepto teórico de "Redeterminación" en el que se funda nuestro razonamiento. Dicho esfuerzo resulta imprescindible en tanto que, como el empleo de dicho término no ha sido difundido aún con la amplitud necesaria que amerita nuestro caso, el mismo podría conducir a equívocos.

3.3.1 LA "REDETERMINACIÓN" Y EL MÉTODO HEGELIANO DEL CONOCIMIENTO.

La noción de "Redeterminación" que aquí se emplea como método para confrontar las ideas de "Estado de Derecho" y "Desobediencia Civil" examinadas más arriba, es retomado de los postulados teóricos desarrollados por Berumen Campos en torno a la Ética Jurídica, dentro de su obra homónima. Dicho término, nos dice Berumen, es una reformulación de la idea *aufheben* de Hegel, la cual carece de una traducción literal al español, pero que lleva implícita la idea de "conservar y superar".⁶⁶

El concepto conformado por el profesor mexicano a partir de la filosofía y terminología hegeliana⁶⁷ nos resulta de gran trascendencia porque, desde nuestra

⁶⁶ Berumen, Arturo. Op. cit. p. XX. Una explicación más detallada del término en referencia, pero estrechamente vinculada con la ética jurídica, es desarrollada por el citado autor, en lo siguientes términos: "... unificar la ideología y la crítica como elementos de la moral concreta. O, conceptualmente dicho: mediar la crítica con la ideología y suprimir la recíproca mediación en el concepto de la moral. Con la supresión de la mediación en la misma mediación, los términos mediados – crítica e ideología - se superan, pero a la vez se conservan (*aufheben*), es decir, se redeterminan para poder articularse en la moral. Nos parece que esta inversión metódica de la ciencia del derecho natural, justifica, plenamente, su redeterminación como ética jurídica, ya que la supera (su método) y la conserva (su objeto), a la vez" *Idem*. p. 10

⁶⁷ "Es obsesivo el uso que hace Hegel, de expresiones tales como: "determinación", "determina", "determinado", "indeterminado" en el sentido de delimitación recíproca de conceptos. Por eso no nos parece extraña a su terminología, la expresión "redeterminación" Además, parece ser una expresión que sirve para construir conceptos, en el sentido exigido por Hegel: el concepto de actividad, como

perspectiva, el mismo expresa en cierta medida y de manera abreviada la finalidad del método dialéctico planteado por Hegel.

En efecto, para Hegel la realidad del mundo sólo puede ser vista como un Todo y, por lo tanto, su conocimiento no puede considerarse como acabado si no se considera dentro de él los elementos que lo determinan de manera contradictoria.⁶⁸ En este sentido, realizando un análisis en torno al método hegeliano, Roger Garaudy señala:

“Para Hegel el mundo forma un todo y la verdad es la reconstrucción de ese todo. En ese sentido toda relación real es contradicción; cada parte puede definirse sólo por su relación con el todo; cada cosa es todo lo que no es.”⁶⁹

Confirmando tal concepción de la filosofía hegeliana, Elena Saña apunta:

“... Hegel afirma que la realidad situada fuera del sujeto existe sólo en la medida en que es aprehendida por el sujeto. De la misma manera... el sujeto no es capaz de elevarse a las esferas del saber absoluto y universal, sin haber salido de su subjetividad inmediata, sin haber integrado en su radio de conocimiento la alteridad del mundo, del no-yo”⁷⁰

De la visión del conocimiento de la realidad antes expuesta, se deducen, entre otras, las siguientes consecuencias epistemológicas. La primera de ellas reside en la crítica hegeliana al conocimiento abstracto, es decir al conocimiento de un objeto dado que se desarrolla considerándolo como determinado únicamente por sí mismo, excluyendo de tal análisis los elementos externos a él con los cuales se ve relacionado y que necesariamente lo delimitan. En palabras de Berumen:

subjetividad, como proceso, como transformación de las determinaciones abstractas... en determinaciones concretas...” *Idem*. pp. XX y XXI

⁶⁸ “Decir que el Ser es dialéctico, es decir, en primer lugar (en el plano ontológico) que es una *Totalidad* que implica la *Identidad* y la *Negatividad*... Es decir, por último (en el plano fenomenológico), que lo real objetivo existe empíricamente y que aparece no sólo como cosa inanimada, animal o planta, sino también como *individuo libre histórico*, esencialmente temporal...” Lefebvre, Henri. *Lógica formal, lógica dialéctica*. (Tit. orig. *Logique formelle, logique dialectique*. trad. María Esther Benítez Eiroa) Ed. S. XXI. 3ª. edición. Madrid, España. 1973. p. 25)

⁶⁹ Garaudy, R. *El método hegeliano*. (Tit. orig. *La méthode de Hegel*. trad. Menga, Ofelia y Llanos, Alfredo) Ed. Leviatán. s.n.e. Buenos Aires, Argentina. s.a.e. p. 119. En otro pasaje, el propio autor apunta: “Hegel se asignó la tarea de hallar un método capaz de justificar lo real en su totalidad (y por consiguiente, hasta en sus contradicciones)... La dialéctica especulativa de Hegel tiene por objetivo... probar que el mundo es enteramente obra del espíritu, aún en lo que apariencia contradiga las exigencias de éste.” Garaudy, R. *El método hegeliano*. pp. 96 y 97. El propio autor, páginas más adelante, expone:

⁷⁰ Saña, Elena. *La filosofía de Hegel* Ed. Gredos. s.n.e. Madrid, España. 1983. p. 32

“Una cosa es pensada abstractamente, cuando se le piensa de manera “indiferente” respecto de las otras con las cuales, sin embargo, mantiene relación, de modo, que parecería no necesitar de las otras para definirse o determinarse. Al abstraerse, es decir, al no considerarse su relación con las otras, ella misma se hace abstracta, es decir, no es considerada en su totalidad, pues se hace abstracción de las cualidades que se le determinan por medio de la otras, ya que, ambas se determinan reciprocamente.”⁷¹

Así, desde una perspectiva hegeliana, el conocimiento abstracto no puede nunca expresar la realidad del Todo, puesto que olvida una parte importante del mismo, olvida que los fenómenos son determinados por elementos externos a ellos, relega las cualidades que los determinan de manera negativa. No obstante, ello no quiere decir que sus consideraciones en torno a un fenómeno dado sean erradas y por lo tanto deban ser despreciadas, antes al contrario, es necesario considerarlas como punto de partida para llegar al conocimiento de lo concreto, del mundo como totalidad⁷².

“Para Hegel,... tanto lo abstracto como lo concreto son contenidos del pensamiento o, mejor dicho, son dos diferentes modos de pensar... Es este (*el pensar abstracto*) un paso, o un momento absolutamente necesario de cualquier razonamiento. Lo malo, considera Hegel, es que la conciencia se olvide que es, precisamente, una separación metódica, provisional, y empiece a considerar a aquella determinación “abstracta”, como si fuera la totalidad del fenómeno; que se empecine en sus separaciones, o que rigidice sus determinaciones como invariables y como inmutables, durante el desarrollo del pensamiento.”⁷³

Ahora bien, los elementos que contradicen el conocimiento abstracto no son ajenos a él, de hecho le son intrínsecos, forman parte de él, lo determinan en su devenir.⁷⁴ El pensamiento abstracto los aparta porque son su expresión negativa,

⁷¹ Berumen, A. Op. cit. p. XVII y XVIII En el mismo sentido, párrafos más adelante, el propio autor confirma: “En el pensar abstracto, o pensar intelectual, se separan, mentalmente, por su puesto, determinadas características del fenómeno considerado y se analizan o estudian, “en sí mismas”, sin relación con las restantes determinaciones del mismo. Así, de este modo, se origina la abstracción general, o lo que es común a varias cosas, y la abstracción particular o lo que es distintivo de cada una.” Idem. p. 109; Por su parte Garaudy señala: “... es imposible concebir una cosa absolutamente aislada, separada de toda relación con cualquier otra... Toda cosa, en la naturaleza como en el pensamiento, exige de la existencia de su opuesto, de lo que no es, de lo que es distinto a ella, que es su correlativo necesario.” Garaudy, R. Op. cit. p. 120.

⁷² “Al término del desarrollo de la razón se realiza lo universal concreto, es decir, la totalidad orgánica y racional del mundo que se produce a sí mismo con sus determinaciones y contradicciones. Idem. p. 138 “La contradicción yace en la misma estructura del ser; es el principio de su propia génesis, de su propio devenir. Una cosa es sólo en la medida en que se contradice a sí misma y lleva en sí el momento de la alteridad o del no ser.” Saña Helena *La filosofía de Hegel* p. 52

⁷³ Berumen, A. Op. cit. p. 109 En el mismo sentido, al intentar resumir el método dialéctico Garaudy apunta: “Todo conocimiento real debe pasar por tres momentos: el de lo inmediato o de lo universal abstracto,...” Garaudy, R. Op. cit. p.107

⁷⁴ “Cada verdad, considerada aisladamente y en sí, es para Hegel siempre una verdad relativa, que contiene en sí misma el momento de la negación. La verdad absoluta sólo puede ser encarnada por una

porque desde su perspectiva los fenómenos, para ser comprendidos, no pueden ser, o encontrar en ellos su propia contradicción,⁷⁵ pero finalmente tal actitud excluyente es la que no permite la comprensión absoluta de un fenómeno dado. Al respecto, Berumen señala:

“En términos generales, las cualidades de un objeto del conocimiento aparecen como opuestas, porque están concebidas aisladamente, sin considerarlas como determinaciones que adquieren su sentido, sólo desde su concepto sintético.”⁷⁶

“Mientras las determinaciones son consideradas como opuestas, sin recíproco contacto, constituyen el momento analítico del proceso de determinación de la realidad, y, después de unirse las determinaciones opuestas, en el nuevo concepto, se da el momento sintético de la determinación. Es a este momento sintético de la dialéctica, al que le damos el nombre de redeterminación.”⁷⁷

En consecuencia de lo anterior, la única manera de alcanzar el conocimiento de los fenómenos concretos es retomando los elementos dilucidados por el conocimiento abstracto, para confrontarlos con todos aquellos elementos con los cuales el fenómeno en cuestión tenga alguna relación; con todos aquellos elementos que lo determinen de alguna manera, sobre todo con aquellos que se consideren como opuestos al conocimiento abstracto.

“... para superar la contradicción entre abstracciones opuestas, es necesario, no tan sólo conservar la contradicción, sino llevarla hasta el extremo, es decir... (*no*) soslayar ni privilegiar ninguna de las determinaciones abstractas, hasta el punto... en que, de su propia agudización, resulte la tercera determinación que las subsuma a ambas, ya redeterminadas y concretadas como momentos suyos.”⁷⁸

tercera instancia: por el devenir... A través de su propio movimiento de negación, las cosas devienen para sí lo que al principio son en sí... Su verdad no consiste, pues, en lo que puedan ser en este o aquel momento (una verdad relativa), sino precisamente en la negación de toda determinación actual. La verdad fundamental del ser es su devenir, su superación permanente, su propia negación.” Saña Helena Op. cit. p. 69; “Para Hegel lo trágico forma parte de la condición humana. Pero ello no es más que un “momento” de la realidad, un momento no en sentido histórico sino ontológico. Ese “momento” no puede dejarse atrás, lo llevamos en nosotros.” Garaudy, R. Op. cit. p. 104

⁷⁵ “Si se mantiene esta actitud “abstractiva” hasta el final, resulta que ambas abstracciones, la general o la particular -, sólo pueden unificarse, si se pueden subsumir la una en la otra, pero no si se contradicen... En el segundo caso, (*la contradicción de las abstracciones*) se desecha a cualquiera de las abstracciones y, “pasamos sin más a otra cosa”, como si la abstracción no fuera la culpable de la contradicción, y se le sigue manteniendo...” Berumen, A Op. cit. p. 110; “... (el) pensamiento abstractivo... como cree que lo concreto es lo que puede palpar con los sentidos... no puede imaginar ni siquiera la posibilidad de que la contradicción entre abstracciones opuestas, sólo puede superarse (y conservarse, por supuesto), unificando ambas y no desechando una u otra, es decir, sólo se puede superar la contradicción, concretizando las abstracciones que la han producido.” *Idem*. p. 111

⁷⁶ *Idem*. p. 72

⁷⁷ *Idem*. p. 71

⁷⁸ *Idem*. p. 111

En este sentido, el “mas grande esfuerzo racional” (*Berumen dixit*) para lograr el conocimiento de los fenómenos concretos es integrar los elementos contradictorios de un fenómeno concebido de manera abstracta,⁷⁹ en la explicación misma de dicho fenómeno. En otras palabras, sólo será posible la comprensión de cierto fenómeno en su totalidad si, en un primer momento, consideramos los elementos que lo determinan de forma aislada; posteriormente los confrontamos con todos aquellos elementos con los que tiene relación en el mundo concreto y en esa media lo determinan – sobre todo con aquellos que niegan su determinación de forma aislada –; para finalmente, integrar en la explicación del fenómeno ambos elementos, con lo cual estos se conservan y superan a la vez, es decir, se redeterminan. En palabras del autor del término aquí problematizado:

“... la redeterminación requiere, como exige Hegel de toda dialéctica, “colocar, soportar y superar la contradicción misma.” Es decir, lo primero consiste en precisar con la mayor exactitud posible,... una determinación, sin que, por el hecho de ser contradictoria la desechemos; sino que, segundo, es inevitable no privilegiar ni soslayar ninguna de ellas, llevando su contradicción hasta el extremo...”⁸⁰

Por lo tanto:

“... podemos definir a la redeterminación como *el método del conocimiento mediante el cual se busca transformar las inducciones analíticas opuestas de una realidad para deducirlas de su síntesis ya redefinidas como integrantes de una totalidad que se constituye, unitariamente, para determinar a la misma realidad, de una manera más completa.*”⁸¹

Así, siguiendo a Berumen, consideramos que la redeterminación de los fenómenos concebidos de manera abstracta es imprescindible si deseamos entenderlos en su devenir histórico.⁸²

⁷⁹ “La justificación total de la realidad exige, pues, que la contradicción se integre por la razón como uno de sus momentos.” Garaudy, R. Op. cit. p. 102

⁸⁰ Berumen, A. Op. cit. pp. 41 y 42

⁸¹ *Idem.* p. 74

⁸² “... la redeterminación se hace necesaria, porque la determinación de un concepto no se hizo recíproca con la de otro y, por tanto, pretendió determinarse por sí mismo, sin mediación con otro. Por eso, la redeterminación se valdrá de la mediación de la crítica, que ha sido lo excluido, precisamente, para volver a determinar a la ideología y así, de este modo, ambos, la ideología y la crítica, queden redeterminadas como momentos de la moral.” *Idem.* pp. XX y XXI; “La verdad absoluta sólo puede ser encarnada por una tercera instancia: por el devenir, por el futuro... Su verdad (*la verdad de las cosas*) no consiste, pues, en lo que puedan ser en este o aquel momento (una verdad relativa), sino precisamente en la negación de toda determinación actual. La verdad fundamental del ser es su devenir, su superación permanente, su propia negación.” Saña, H Op. cit. p. 69. Las cursivas son nuestras.)

Es en el sentido arriba apuntado, a saber como proceso dialéctico del conocimiento, que emplearemos la noción de redeterminación en el presente apartado, buscando demostrar que, tanto la práctica como la crítica discursivo-normativa intrínseca en toda acción de "Desobediencia Civil", si bien puede ser considerada como una negación del "Estado de Derecho", como una contradicción del mismo en la medida en la que controvierte su eficacia (hipótesis desarrollada en el primer apartado del presente capítulo), dadas las condiciones especiales de dicha forma de acción política y considerando que los conceptos de "Estado de Derecho" antes dilucidados son resultado de procesos abstractivos, puede servir también de mediación y redeterminar todo "Estado de Derecho" dado.

La redeterminación, a decir de Berumen, presenta, como actitud epistemológica, diversas implicaciones. En primer lugar, permite la crítica de los conceptos que denominan los fenómenos que se pretende conocer, al tiempo que nos exige que superemos la contradicción que tal crítica integra, retomando por completo las abstracciones que lo definen. No obstante, a fin de evitar caer en abstracciones diversas a las inicialmente consideradas, nos demanda que no consideremos como total la explicación que finalmente se obtenga como resultado de la redeterminación, sino simplemente como un momento más del devenir del conocimiento.

Definidos los presupuestos teóricos en los cuales se funda nuestra propuesta teórica, a continuación desarrollaremos a fondo tal hipótesis.

3.3.2 LA "REDETERMINACIÓN" DEL CONCEPTO "ESTADO DE DERECHO".

Como hemos señalado a lo largo del presente trabajo, la noción "Estado de Derecho" cuenta, fundamentalmente, con dos acepciones, cada una de ellas creada por las dos tradiciones jurídicas más importantes de la cultura occidental: el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo*. No obstante lo anterior ambas concepciones pueden ser consideradas válidamente como abstracciones, en el sentido hegeliano, y en cierta medida, como abstracciones contradictorias.

En efecto, en principio, desde nuestra perspectiva, la idea de "Estado de Derecho" que defiende la tradición jurídica naturalista resulta una abstracción del

fenómeno que tal concepto pretende nombrar. Ello es así, porque al identificar al “Estado de Derecho” con aquel orden normativo en el cual, tanto los individuos, como los órganos de poder político, se someten a las normas jurídicas producidas por dicho orden, caracterizadas éstas por la distribución de funciones en los órganos apuntados y el respeto a los Derechos Humanos, finalmente dicha noción no es sino la descripción de un modelo normativo históricamente determinado, a saber, el modelo liberal-burgués.⁸³

Es en razón de esta forma parcial de explicar al “Estado de Derecho”, de esta abstracción del fenómeno, que Kelsen califica a la misma como ideológica, puesto que esta perspectiva permite legitimar – ver como intrínsecamente justo – al orden jurídico-normativo calificado como “Estado de Derecho”.⁸⁴ De hecho, el maestro austriaco expresa:

“En los hechos (*la expresión Estado de derecho*) es empleada para designar cierto tipo de Estado, a saber aquel que corresponde con la democracia y la seguridad jurídica...”⁸⁵

Finalmente, es también gracias al genio del maestro austriaco que queda al descubierto el hecho de que los elementos que caracterizan al “Estado de Derecho” *iusnaturalista* – a saber, la limitación del ejercicio del poder político mediante la división de las funciones del Estado en diversos órganos, así como el reconocimiento de un conjunto de derechos propios de la esfera jurídica del individuo, denominados “Derechos Humanos – en tanto que forman parte del orden normativo que el “Estado de Derecho” importa, lo único que representan son limitantes en el desarrollo del proceso generador de normas. No obstante, apunta Kelsen, ello no significa que dichas limitantes sean las únicas posibles dentro de un ordenamiento jurídico para que se le pueda considerar como un verdadero “Estado de Derecho”.⁸⁶ Por lo anterior, nos dice el profesor de Viena, la expresión “Estado de Derecho” sólo expresa que el Derecho regula su propia producción, independientemente de los contenidos que determinen este proceso.

⁸³ Loc. cit.

⁸⁴ Loc cit.

⁸⁵ Loc cit..

⁸⁶ Loc. cit.

Así, la idea de que sólo el Estado cuyas normas incluyen como restricciones al ejercicio del poder político la separación de funciones entre los diversos órganos del Estado y las libertades políticas comprendidas en los denominados "Derechos Humanos" es un verdadero "Estado de Derecho", para Kelsen, resulta en buena medida una falacia.⁸⁷

Sin demérito de las aportaciones que se deducen de la crítica kelseniana a la idea de "Estado de Derecho" propugnada por el "Derecho Natural", particularmente, consideramos que dicha crítica no logra aproximarse al conocimiento absoluto del fenómeno, en la medida en la que rechaza por completo las determinaciones que, respecto del mismo, se encuentran en la interpretación naturalista. En este sentido, los cuestionamientos del profesor vienés en torno a dicha concepción del "Estado de Derecho" cometerían uno de los errores más comunes del pensamiento crítico a decir de Berumen, quien apunta:

"Sin embargo, el pensamiento crítico olvida, muy a menudo, cuál es su cometido epistemológico: traer a concepto a la otra determinación que se encuentra "ahí", oculta para la conciencia, porque no está desarrollada, no está explicitada, no está concretizada. *Pero, no para sustituir, no para olvidar, ni para descalificar a la determinación así considerada, sino para su recíproca redeterminación.*"⁸⁸

Por otro lado, la concepción de "Estado de Derecho" desplegada por el *iuspositivismo* que, como ha quedado asentado, reconoce en el Estado un fenómeno esencialmente normativo que se identifica con su orden jurídico y el cual se expresa a través de él, generando así la autodeterminación de su propia producción, resulta, de igual modo, una abstracción.

En principio, parece ser cierto que, al menos en la Época Moderna, la expresión de la organización social que denominamos Estado, no puede realizarse sino a través de normas jurídicas, es decir, a través de actos de voluntad que prescriben una conducta determinada y que se tienen por debidos por las personas a las que les son dirigidos, en tanto que consideran tal expresión de voluntad en un sentido objetivo, debido a la amenaza de coacción que acompaña a la citada prescripción.⁸⁹ En esa medida, el orden jurídico, en tanto que orden dinámico, irá estableciendo una serie

⁸⁷ Loc. cit. p. 320.

⁸⁸ Berumen, A. Op. cit. p. 36. Las cursivas son nuestras.

⁸⁹ Kelsen, H. *Teoría General de las Normas*. pp. 43 y ss.

de imperativos que especificarán, tanto de manera formal como sustancial, el contenido de las normas a través de las cuales los órganos estatales cumplan con sus cometidos, pudiendo concluir que, de hecho, todo ordenamiento jurídico-normativo establece las pautas por las cuales se crean nuevas leyes, o dicho de otro modo, todo orden jurídico autorregula su producción.

Ahora bien, a pesar de que, en cierta medida, la idea de “Estado de Derecho” positivista, al presentarse como concepto ahistórico puede considerarse universalmente valedero, y, por ello, expresar buena parte de la realidad concreta, también lo es que la misma no deja de ser una abstracción en la medida en la que dicha concepción, al identificar al “Estado de Derecho” con todo orden coactivo, se refiere a la pura forma del fenómeno, el cual puede incluir dentro de sí cualquier contenido. Así, aparentemente la tradición jurídica positivista parece olvidar que en el plano de lo concreto toda forma tiene necesariamente un contenido, el cual determina a la forma de manera inexcusable. En este sentido, Lefebvre apunta:

“En términos generales, la *forma* del pensamiento es diferente del *contenido*, pero está ligada a él... La forma es siempre forma de un contenido, pero el contenido determina a la forma.

“... En el plano del pensamiento teórico, la forma es un aspecto del contenido, un elemento *separado momentáneamente de ese contenido*. El contenido del pensamiento se convierte en forma al ser analizado y enfocado desde determinado ángulo. Y, recíprocamente, la forma se convierte en contenido.

“Entre la forma y el contenido se opera, pues, un movimiento y una interacción incesantes”⁹⁰

La abstracción implícita en el concepto de “Estado de Derecho” positivista, es en buena medida, inexcusable. En efecto, parece incuestionable el hecho de que, a partir del momento histórico en el que se acuñó el concepto, no ha existido etapa histórica alguna en la que el fenómeno reconocido como “Estado de Derecho” haya estado desprovisto de elementos sustanciales, sin bien éstos han ido variando, lo que se demuestra en el hecho de que a la propia noción se le han agregado diversos adjetivos para distinguir las distintas expresiones históricas del fenómeno, ejemplo de

⁹⁰ Lefebvre, H. *Lógica formal, lógica dialéctica* p. 94 y 95 En este sentido Saña, afirma que, para Hegel, “La verdad no está situada detrás de lo fenoménico, no es una esencia separada de la existencia o un contenido exterior a la forma..., sino que es esencia y existencia a la vez, aparición y cosa en sí, contenido y forma.” Saña, H. Op. cit. p. 34

ello es la diferencia normalmente apuntada entre el "Estado de Derecho liberal-burgués" y el "Estado Social de Derecho", éste último actualmente en crisis.

Ahora bien, desde nuestra perspectiva, parece cierto el hecho de que la concepción positivista del "Estado de Derecho" por su calidad de ahistórica y universalmente valedera, expresa lo inmutable de dicho fenómeno normativo. Considerando lo anterior, se comprende el porque de la crítica a la noción *iusnaturalista* de dicho concepto emprendida por Kelsen, ya que tal tradición jurídica presenta como "esenciales" a dicha idea elementos que no son sino accidentales a la misma. El "error" abstractivo del positivismo jurídico reside en no considerar que, aún lo accidental es en cierta medida definitorio,⁹¹ o en términos más próximos al hegelianismo, determinativo.

De otro lado, si finalmente el Derecho es un "método de control social", el cual tiene una de sus expresiones en la idea de "Estado de Derecho", parece indiscutible aceptar que, al menos por lo que respecta a la "Época moderna", dicho control no puede ser ejercido simplemente por la fuerza o la coactividad, sino que también es necesaria cierta construcción ideológica (o discursiva) que permita legitimar y en esa medida conservar dicho control, tal como lo sugiere la teoría marxista al distinguir entre "Aparato represivo" y "Aparato Ideológico" de Estado.⁹²

En consecuencia de lo anterior, creemos necesario redeterminar el concepto de "Estado de Derecho" fundiendo los conceptos abstractos propuestos tanto por el *iusnaturalismo* como por el *iuspositivismo*, los cuales, como hemos visto, al estar referidos el primero al contenido y el segundo a la forma del mismo fenómeno, pueden considerarse como contradictorios y, en esa medida, recíproca y negativamente determinables.⁹³

De igual manera, las visiones del "Estado de Derecho" aquí apuntadas pueden ser consideradas como ideológicas, una, la *iusnaturalista*, porque define como "Estado de Derecho", sólo a aquel orden normativo que contiene ciertos elementos

⁹¹ Aristóteles. *Tratados de Lógica. (Órganon)*. (trad. Miguel Candel Sanmartín) Ed. Gredos. s.n.e. Madrid, España. 1982. p. 99

⁹² Althusser, L. Op. cit. p. 19

⁹³ "La forma es el no-ser de la materia, y el no ser de la materia, la forma, o lo que es idéntico: tanto una como la otra sólo pueden realizarse a través de la otra como unidad y negación" Saña, Helena Op. cit. p. 54

sustanciales, sin expresar la causa por la cual dichos elementos son esenciales a tal concepto, e incluso, ignorando la posibilidad de su transformación; la otra, la *iuspositivista* en la medida en la que olvida señalar que el "Estado de Derecho" contiene, necesariamente, elementos sustanciales que son determinados por las circunstancias históricas en las que cada orden jurídico-normativo se desenvuelve.

No obstante las deficiencias de ambas concepciones del "Estado de Derecho", el ánimo del método dialéctico que pretendemos emplear aquí nos obliga a considerar que ninguno de ambos conceptos es esencialmente falso o correcto, el inconveniente de ellos reside en que al ser abstracciones, ambos se presentan como un proceso terminado, sin contemplar las posibles contradicciones que los mismos pueden presentar en el mundo concreto. Desde esta perspectiva, ambos conceptos pueden ser vistos como dos momentos de un mismo proceso.

Así, somos de la opinión de que la definición del "Estado de Derecho", como fenómeno concreto, puede concebirse como *todo ordenamiento jurídico en el que los actos, tanto de los individuos a él sometidos como de sus órganos, se constriñan por las normas que el propio ordenamiento genere, las cuales serán sustancialmente determinadas por el discurso legitimador que justifique la dominación ejercida por algunos de sus miembros, sobre otros – es decir, que permita que todo acto prescriptivo y subjetivamente volitivo que generen tales órganos sea visto como debido por las personas a las cuales se dirige –, en un momento histórico determinado.*

Consideramos que la anterior acepción del "Estado de Derecho" puede ser considerada una redeterminación de las abstracciones antes señaladas en tanto que se conservan tanto la idea *iuspositivista* de la auto-producción normativa, como la visión *iusnaturalista* de acuerdo con la cual las normas jurídicas entrañan un discurso legitimador del ejercicio del poder político; al tiempo que se tiene el cuidado de que dicho discurso dependa del devenir histórico con lo que se busca evitar que el mencionado fenómeno normativo pueda ser equiparado con un régimen jurídico en particular, en virtud de lo cual, suponemos haber logrado comprender la concepción dialéctica de dicho fenómeno.

Es importante señalar que la perspectiva subjetiva de la carga axiológica incluida en nuestra propuesta de concepto de "Estado de Derecho", no es ni con

mucho casual, sino que se debe a que compartimos la opinión del Maestro Kelsen en torno a las teorías valorativas que pretenden validez universal. Al respecto, el profesor de Viena señala:

“Si hay algo que podemos aprender de la historia del conocimiento humano es lo estériles que resultan los esfuerzos por encontrar a través de medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, vale decir, una norma que excluya la posibilidad de encontrar justa la conducta opuesta. Si hay algo que puede aprenderse de la experiencia espiritual del pasado es que *la razón humana puede concebir sólo valores relativos*; en otras palabras, que el juicio con que juzgamos algo justo no puede osar jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto.”⁹⁴

No obstante lo anterior, somos de la opinión de que son los propios argumentos de Kelsen los que permiten solucionar la cuestión de establecer algún tipo de carga valorativa dentro del concepto de “Estado de Derecho” antes señalado, si es que ello fuera imprescindible.

En efecto, el jurista alemán señala que el principio de tolerancia, entendido como “... la buena voluntad para comprender las concepciones religiosas o políticas de los demás, no impidiendo... su exteriorización...”, es compatible con una teoría relativista de los valores, que es la que, desde nuestra perspectiva, mejor se apega a la noción de “Estado de Derecho” antes propuesta, ya que, si suponemos que el discurso legitimador de las normas que componen tal noción se determinará dependiendo de las condiciones culturales y materiales de cada etapa histórica determinada, creemos necesario establecer un principio axiológico que dé cabida a un amplio espectro de opciones valorativas posibles.

Una vez desarrollado el concepto de “Estado de Derecho” aquí redeterminado, procederemos a exponer de que manera el fenómeno que tal concepto entraña puede ser redeterminado por la práctica de la “Desobediencia Civil”.

3.3.3. LA REDETERMINACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO” POR MEDIACIÓN DE LA “DESOBEDIENCIA CIVIL.”

Independientemente de lo anotado en el aparatado inmediato anterior, resulta patente que las dos concepciones de “Estado de Derecho” que pretenden explicar el fenómeno normativo que tal expresión nombra, consideran a dicho

⁹⁴ Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* Ed. Greca. 1ª. edición. México, 1997. pp. 34 y ss.

fenómeno normativo de manera abstracta – en el sentido hegeliano del término – no sólo por los razones apuntadas más arriba, sino, además, por los argumentos adicionales que trataremos de fundar en lo que sigue.

En primer lugar, las nociones de “Estado de Derecho” desarrolladas en el primer capítulo de este trabajo pueden ser catalogadas de abstractas en la medida en la que ambas parecen presentar como intrínseco a dicho fenómeno la obediencia permanente de quienes conforman la organización social denominada “Estado” al ordenamiento jurídico propio de dicha organización, o dicho de otra manera, excluyen de antemano la posibilidad de desobediencia de las normas; se presume que las conductas prescritas por el orden normativo serán acatadas en todo momento. De hecho, es debido a tal suposición, que toda conducta que contraría a la prescrita por la norma se ve como “violación al Estado de Derecho”, como una negación del orden jurídico.⁹⁵

A pesar de lo anotado en el párrafo previo, no son pocos los teóricos aquí analizados que están consientes de la posibilidad de desobediencia intrínseca a todo orden normativo de la conducta humana. Así, es posible recordar como Kant reconoce en el hombre un ser esencialmente moral en la medida en la que cuenta con razonamiento práctico, con libre arbitrio, a partir del cual puede determinar su conducta por sí mismo, sin atender a ningún elemento externo.⁹⁶ En consecuencia, si el hombre es esencialmente libre para determinar su conducta, puede optar tanto por la conducta debida – o dicho de otra manera, la que es conforme con la moral o el derecho – como por su contraria. De hecho, es en virtud de contar con razón práctica que el ser humano comprende la idea del “deber ser” conductual, misma que para el autor en cita se revela *a priori*; lo cual no significa que siempre opte por ella.

En sentido semejante, Kelsen señala que las normas de la conducta, ya sean morales o jurídicas, se postulan no porque las conductas que ellas prescriban sean consecuencia necesaria de su establecimiento, sino precisamente porque tal conducta

⁹⁵ “La afirmación de que una conducta es “contraria” a derecho, no expresa ninguna oposición lógica, sino sólo una oposición teleológica con la conducta “conforme” a derecho, en tanto se acepte que el orden jurídico intenta impedir aquella, pero no ésta, al enlazar una sanción dirigida contra el individuo que así se comporte...” Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. p. 308.

⁹⁶ Loc cit.

es en realidad contingente,⁹⁷ lo que sucede es que tanto quien establece la norma, como, en buena medida, a quien va dirigida, la consideran como "debida".

Por otro lado, cada una de las nociones de "Estado de Derecho" demuestra su carácter abstracto por referencia a los elementos que la distinguen de su contraparte. Así, es posible encontrar la abstracción específica de la idea de "Estado de Derecho" *iusnaturalista*, no solamente en tanto que considera como elementos esenciales de dicho fenómeno normativo, lo que no son sino elementos accidentales del mismo (División de Poderes y respeto a los Derechos Humanos) como ya evidenció en el apartado precedente, sino además porque presenta como intrínsecamente justo al mencionado fenómeno en virtud de la idea del "Contrato Social" que subyace en ella.

En efecto, como se recordará, la idea de "Estado de Derecho" *iusnaturalista* se conformó a partir de la idea del "Contrato Social", misma que se conservó como uno de sus presupuestos y la cual supone que las prescripciones jurídicas que conforman el fenómeno normativo en comento serían resultado del acuerdo de voluntades de todos aquellos que aceptaran someter su conducta a tales reglas, con lo cual el sometimiento al orden normativo a través de la fuerza estaría excluido de antemano.

Ahora bien, por la complejidad que los Estados modernos implican, la visión *iusnaturalista* del "Estado de Derecho" acepta que la totalidad que comprende su orden jurídico-normativo no puede ser determinado por el conjunto de los miembros que conforman su comunidad, sino que ello se realizará a través de representantes de dichos miembros, los cuales, a decir de Rousseau y Kant,⁹⁸ deberán tomar todas las decisiones que les competan en consideración la idea fundante del "Contrato Social", es decir, buscando legislar en beneficio de la comunidad en su conjunto. De esta manera, las normas que se produzcan seguirán siendo, de cierto modo, expresión de la voluntad de quienes aceptan que su conducta sea constreñida por dicho orden normativo. Esta perspectiva, que en los teóricos apuntados es vista en buena medida como un ideal, una "idea regulativa de la razón", es retomada en la perspectiva contemporánea del "Estado de Derecho" *iusnaturalista* como profesión de fe.

⁹⁷ "La posibilidad de su observancia o infracción es una de las condiciones de validez de una norma." Kelsen, H. *Teoría General de las Normas*. p. 37

⁹⁸ Rousseau, J.J. *El Contrato Social* p. 19 y ss.; Kant, E. Loc. cit.

Así, la tradición del Derecho Natural, al concebir su idea de "Estado de Derecho", parece no tomar en cuenta la posibilidad de que los representantes de la comunidad en los órganos del Estado actúen atendiendo a sus intereses particulares, con lo cual, las normas jurídicas podrán contener prescripciones contrarias a la voluntad común de los individuos que conforman dicha comunidad. En consecuencia, su visión del "Estado de Derecho" excluye tal contradicción y, por lo tanto, no puede aspirar al entendimiento del fenómeno concreto.

Por su parte, la concepción del "Estado de Derecho" positivista, si bien comprende como parte del fenómeno normativo la posibilidad de que se desplieguen conductas que contravengan a aquellas prescritas por la norma, desde nuestra perspectiva, incurre en un análisis abstractivo del fenómeno, en la medida en la que tal conducta "*contraria a Derecho*" es considerada simplemente como la condición necesaria para imponer la sanción que, como consecuencia de una conducta dada, prevé la propia norma.

De esta manera, en tanto que la visión *iuspositivista* del "Estado de Derecho" simplemente propugna por la represión de la conducta que se presenta como "indebida", suprime, en esa medida, dicha conducta contradictoria de la norma sin preocuparse por la crítica que tal conducta "indebida" presente al orden jurídico. En otras palabras, "da la espalda" a la negación o contradicción que se presenta en el fenómeno concreto, poco le importa considerar las causas que generaron dicha contradicción.

Esta perspectiva del *iuspositivismo* es ciertamente entendible en la medida en que, como hemos visto en los capítulos primero y tercero del presente trabajo, dicha tradición jurídica pretende explicar al Derecho por referencia exclusiva a sus elementos propios empíricamente comprobables, es decir, a las normas jurídicas que conforman tal fenómeno normativo, razón por la cual dichos imperativos finalmente tienen como fundamento de validez otra norma del mismo tipo. Con tal actitud, dicha tradición jurídica termina por excluir del fenómeno jurídico todo elemento extraño al Derecho.

No obstante, en términos generales, finalmente el Positivismo Jurídico acepta que toda norma es la expresión de una voluntad subjetiva que es interpretada por su destinatario en un sentido objetivo, con lo cual concede, al mismo tiempo, ver en tal

expresión de voluntad un sentido de “deber ser”, ello en virtud de un hábito de obediencia,⁹⁹ en términos hartianos, o por una serie de procesos internos ajenos al fenómeno jurídico, a decir de Kelsen.¹⁰⁰

Ahora bien, si se acepta que toda norma jurídica es expresión de la voluntad de alguien, cuyo sentido objetivo – es decir el sentido que ve en tal expresión de voluntad un “deber ser” – depende en buena medida de la actitud que frente a tal proposición tome la persona a quien va dirigida la misma, consideramos que la visión positivista del Derecho no puede dejar de excluir el análisis de tal elemento, es decir, de las causas que motivan tal interpretación objetiva, sin excluir al mismo tiempo la comprensión de su objeto de estudio como fenómeno concreto.

En consecuencia de lo anterior, el fenómeno jurídico denominado “Estado de Derecho” nunca podrá ser comprendido en su devenir si, al verse confrontado por conductas que contrarían su orden normativo, simplemente las suprime a través de un acto coactivo. Para lograr la comprensión del fenómeno concreto será necesario confrontar dichas conductas, tratando de entender los motivos que provocan la negación del sentido objetivo de la norma, elementos que, a la postre, determinan el fenómeno en cuestión de manera negativa.¹⁰¹

En virtud de los argumentos hasta aquí expuestos, consideramos suficientemente fundada nuestra anterior proposición en el sentido de que el fenómeno reconocido por las dos visiones de “Estado de Derecho” aquí aludidas es concebido como un fenómeno abstracto, un fenómeno carente de contradicciones.

Partiendo de la aserción precedente, y atendiendo a que, de acuerdo con la tradición hegeliana, el esfuerzo intelectual necesario para comprender cualquier fenómeno en su realidad concreta, exige que se conserven y se superen a la vez los elementos abstractos dilucidados por los primeros esfuerzos teóricos en torno a un fenómeno dado, somos de la opinión que el “Estado de Derecho” no sólo como concepto, sino también como fenómeno, puede redeterminarse, y en esa medida ser

⁹⁹ Hart, H.L.A., Op. cit. pp. 32 y ss.

¹⁰⁰ Kelsen, H. *Teoría General de las Normas*.p. 47 y ss.

¹⁰¹ “Si se pregunta qué son las cosas “en sí”, observa Hegel, no hay respuesta posible a esta pregunta, porque toda cosa es, a la vez, “en sí” y también “para los otros”, en relación con determinada cosa y en principio con todas las cosas: ella está en relación con todas las condiciones de las cuales depende. Hay reciprocidad entre lo positivo y lo negativo...” Garaudy, R. Op. cit. p. 102

entendido como fenómeno concreto, a partir de su confrontación tanto con el concepto como con la práctica política que implica la "Desobediencia Civil", quien fungirá como elemento mediador en dicha operación.

Independientemente de que, desde nuestra perspectiva, las características propias de la Desobediencia Civil son ideales para redeterminar la expresión fenoménica que la idea de "Estado de Derecho" conlleva, no podemos pasar por alto que tal conducta desobediente del orden jurídico contiene, tanto en su concepto, como en su ejercicio, elementos abstractos, los cuales pueden ser redeterminados a su vez, mediante su confrontación tanto con la idea de "Estado de Derecho" como con el fenómeno que nombra dicha expresión.

En consonancia con lo anterior, debemos reconocer que, en tanto que la "Desobediencia Civil" es concebida como una práctica política, en general, la conceptualización que se hace de la misma, excluye la importancia de la elaboración de un discurso crítico al orden normativo objeto de la desobediencia. En efecto, como se vio en el capítulo segundo, los conceptos de "Desobediencia Civil" allí enunciados exponen una visión sustancial de tal fenómeno, es decir, subrayan la importancia del contenido de las acciones de "Desobediencia Civil", sobre todo la oposición a una norma por considerarla injusta, excluyendo en cierta medida la expresión formal de las mismas. Esta actitud de desarticulación de la forma del contenido, genera, como antes se indicó, percepciones abstractas acerca de los fenómenos objeto de estudio.

A fin de evitar tal abstracción, consideramos necesario que el concepto de "Desobediencia Civil" incluya elementos formales. Por ello, al confrontarse con un fenómeno normativo como el "Estado de Derecho", y en busca de conservar las primeras concepciones de la "Desobediencia Civil" y superarlas con base en sus elementos contradictorios, consideramos necesario que el concepto de "Desobediencia Civil" conlleve la idea de una crítica discursiva al orden normativo cuyas prescripciones son consideradas injustas.

Independientemente de las críticas anteriores dirigidas contra los elementos abstractos contenidos en el concepto de "Desobediencia Civil", a continuación exponemos los argumentos con base en los cuales suponemos que la redeterminación del "Estado de Derecho", puede lograrse por mediación de la "Desobediencia Civil"

En principio, consideramos válido ver en la "Desobediencia Civil" la contravención del "Estado de Derecho" como lo proponen quienes opinan que toda violación a la norma jurídica, implica necesariamente un "ataque" al orden establecido y, en consecuencia, como una "violación" al mismo,¹⁰² pero creemos que no se debe perder de vista que, como se señaló anteriormente, esta contravención es únicamente de carácter teleológico. Dicha proposición es además comprensible si consideramos que todo orden normativo requiere, como elemento esencial, un alto grado de eficacia, característica que se ve mermada con cualquier conducta de desobediencia a las normas, entre ellas las actitudes que pueden ser calificadas como de "Desobediencia Civil".

Así, si nuestra interpretación es correcta, el criterio de acuerdo con el cual toda conducta distinta a aquella prescrita por la norma implica necesariamente una violación al "Estado de Derecho", no es errónea, sino que, como se esbozó anteriormente, es una parte de un fenómeno más complejo. En consecuencia, la contradicción que la conducta "antijurídica" genera puede ser superada sin que ello implique la supresión total del fenómeno denominado "Estado de Derecho", siendo la "Desobediencia Civil" uno de los medios adecuados para lograr la superación propuesta, en virtud de sus características particulares.

En efecto, en principio, si aceptamos como válido el argumento *iusnaturalista* que supone que los órganos del Estado, en tanto que productores de normas y como representantes de los ciudadanos, prescriben conductas en beneficio del interés general, así como que, en esa medida, las normas que se generan en su seno serían aceptadas por los ciudadanos como expresión de su voluntad, también es cierto que para afirmar tal proposición de manera categórica es imprescindible, como bien apunta Arendt, dejar abierta la posibilidad de que los propios ciudadanos manifiesten de alguna manera su oposición a normas que consideren expresión de intereses particulares e ilegítimos, lo cual puede lograrse por mediación de la "Desobediencia Civil", actitud que encuentra como uno de sus presupuestos esenciales el agotamiento de los medios establecidos por el propio orden normativo para impugnar las normas en él generadas, mostrando así su reconocimiento a la validez de dicho orden y, en consecuencia, su intención de conservarlo.

¹⁰² "En Hegel el mal es la forma en la cual se presenta la fuerza motriz del desarrollo histórico. Esta afirmación tiene dos sentidos: por una parte, cada nuevo progreso aparece necesariamente como un crimen contra algo sagrado, como una rebelión contra el antiguo estado de cosas en vías de quebrarse, pero santificado por la costumbre,..." Garaudy, R. Op. cit. p. 102.

De otro lado, la redeterminación del “Estado de Derecho” que proponemos es posible mediante la “Desobediencia Civil” ya que la contradicción y crítica que ésta plantea al orden jurídico que conforma el “Estado de Derecho” es esencialmente una crítica parcial de dicho orden – contrario a la crítica radical intrínseca a la Acción Revolucionaria – evidenciándose de esta manera su profesión de conservar, en términos generales, la validez y eficacia del ordenamiento normativo cuestionado.

La intención de no suprimir al orden jurídico se confirma también con la disponibilidad de los desobedientes a aceptar el castigo que se deduce de su conducta insubordinada. De hecho, somos de la opinión de que este último rasgo característico (la aceptación del castigo), elemento fundamental que distingue a la “Desobediencia Civil” de otras formas de Desobediencia a la ley y en especial de la Desobediencia Criminal, evidencia como el desobediente reconoce la validez del orden jurídico en su conjunto contenida en la expresión “Estado de Derecho”, puesto que la ejecución de la sanción prevista para la conducta desobediente permitirá que se realice la eficacia de dicho orden jurídico. Sin embargo, es importante reconocer que, como apuntamos más arriba, la simple ejecución de la sanción prevista en la norma jurídica desobedecida, conlleva la supresión del elemento contradictorio del orden jurídico intrínseco al “Estado de Derecho”, con lo cual su superación es irrealizable y, en consecuencia, la redeterminación del “Estado de Derecho” se torna también imposible.

En consecuencia de lo anterior, la redeterminación del “Estado de Derecho” sólo se lleva a cabo si la “Desobediencia Civil” logra su cometido, a saber, la transformación o derogación de la norma jurídica que se considera injusta. De hecho, es ahí donde se expresa, una vez más, el ánimo de los “desobedientes civiles” de conservar el orden jurídico en términos generales, ya que, a la postre, dicha praxis política confía en que la transformación de la norma objeto de su crítica se realice a través de los procedimientos previstos por el propio orden normativo.

La publicidad intrínseca a las acciones de “Desobediencia Civil”, rasgo que la caracteriza substancialmente y la diferencia, sobre todo, de la Acción Revolucionaria y de la Desobediencia Criminal, confirma la actitud de los desobedientes a reconocer la validez del orden jurídico en su conjunto y, como corolario, su intención de conservarlo, puesto que la peculiaridad mencionada implica necesariamente la exposición del discurso por medio del cual se plantea la crítica de dicho orden

normativo, y, junto con ello, la manifestación de los argumentos con fundamento en los cuales se niega el sentido objetivo de algunas de sus normas por considerar que refleja relaciones de dominación que se suponen ilegítimas.

Así, la publicidad de dichos argumentos demuestra el ánimo de los desobedientes civiles para que los mismos sean considerados por los órganos productores de normas y, en la medida en la que aquellos convencan a éstos, el imperativo jurídico cuestionado sea modificado o, en su caso, derogado. La transformación del orden normativo traerá como consecuencia, por un lado la licitud de la conducta considerada como "contraria a Derecho" – en el caso de tratarse de un acto de "Desobediencia Civil Directa" –, al tiempo que el orden jurídico instituido conserva su eficacia en términos generales, especialmente respecto del proceso generador de prescripciones jurídicas, pues, en último lugar, la transformación o derogación de la norma controvertida se realiza conforme con los procedimientos del orden jurídico previamente establecido.

De esta manera, el "Estado de Derecho" establecido en un momento histórico dado, al confrontarse con la "Desobediencia Civil" será superado en tanto que se modifiquen o deroguen las normas cuyo sentido objetivo es cuestionado por los desobedientes civiles, pero al mismo tiempo será conservado en la medida en la que tanto la vigencia como la validez de las normas no sujetas a crítica por los desobedientes se mantienen intocadas, logrando con ello los tres momentos del conocimiento postulados por Hegel, a saber: el que se refiere a la comprensión de lo abstracto (el fenómeno denominado "Estado de Derecho"), la negación de éste (en nuestro caso la "Desobediencia Civil") y, por último, el producto que supera y conserva ambos momentos, el "Estado de Derecho" redeterminado que conserva la estructura normativa general del "Estado de Derecho" cuestionado, excluyendo de su orden jurídico las normas cuyo sentido objetivo fue impugnado por considerarlas expresión de relaciones de dominación ilegítimas.¹⁰³

¹⁰³ "Todo conocimiento real debe pasar por tres momentos: el de lo inmediato o de lo universal abstracto, luego el de la negación, que es reflexión, mediación, y el de la totalidad concreta, de lo universal concreto, es decir, del resultado que conserva y contiene en él el momento de la negación, de la reflexión, de la mediación." *Idem.* p. 107.

CONCLUSIONES

1. La contraposición de los dos fenómenos que se muestran como pilares fundamentales en los cuales descansa la presente investigación nos exigió la comprensión teórica de los mismos, en razón de lo cual, en principio, nos abocamos al estudio de la noción "Estado de Derecho".

Así, ha quedado de manifiesto que las dos tradiciones jurídicas más importantes de la cultura occidental han creado, cada una por su parte, su propia concepción de lo que la expresión "Estado de Derecho" significa.

De un lado, el *iusnaturalismo* moderno de corte liberal denomina como "Estado de Derecho" a aquel orden jurídico en el que el ejercicio arbitrario del poder queda excluido en tanto que los órganos que ejercen el poder político constriñen su actuar a las normas estatuidas por dicho orden normativo, caracterizándose éstas por expresar la división de funciones estatales en diversos órganos, así como por el respeto a los "Derechos Humanos".

Dicha concepción del "Estado de Derecho" es resultado de un largo proceso teórico que encuentra su antecedente más remoto en las teorías contractualistas del Estado. Estas teorías, partiendo de reconocer al hombre como un ser intrínsecamente libre y racional, sostienen que la legitimidad de la dominación política sólo puede sustentarse en que las normas jurídicas que constituyen tal ordenación sean expresión de la voluntad de los individuos que ciñen a él su comportamiento, idea que, si bien no se expresa de manera evidente en la noción *iusnaturalista* de "Estado de Derecho", se encuentra sobrentendida en ella.

En efecto, la idea del "Contrato Social" es vista como un ideal al cual debe atender el legislador (entendiendo por éste todo individuo facultado para generar normas jurídicas) al dictar nuevas leyes, garantizando así que las mismas respetaran los atributos que tal tradición jurídica acepta como inherentes al ser humano.

De lo anterior se sigue que, si el orden jurídico es expresión de la voluntad de los individuos a él sometidos, dicho orden no puede ser considerado como un ejercicio

de sometimiento a través de la fuerza, excluyéndose con ello la práctica arbitraria del poder.

Así, en definitiva, retomando la propuesta kantiana del "Estado en idea", la corriente del pensamiento jurídico *iusnaturalista* retomará como elementos intrínsecos al "Estado de Derecho" la teoría de la "División de Poderes", así como el respeto a las "Derechos Humanos", por considerar que tales elementos garantizan que el orden jurídico mantiene indemne la libertad natural del hombre.

De otro lado, el Positivismo Jurídico, reconociendo en el Derecho solamente un fenómeno normativo empíricamente demostrable con base en las normas jurídicas existentes, nos dará la pauta para aceptar como paradigma de su concepción sobre el "Estado de Derecho", la propuesta que en torno a tal fenómeno desarrolla el Maestro Hans Kelsen.

En consecuencia, el positivismo jurídico no verá en el "Estado de Derecho" mas que un fenómeno esencialmente normativo que se expresa a través de la producción de leyes por parte de los órganos facultados al efecto. Dicho de otra forma, tal percepción del fenómeno en cita implicará simplemente la autorregulación por parte del orden jurídico del proceso generador de normas, independientemente del contenido que tengan las mismas, con lo cual podrá sostenerse válidamente que todo Estado puede ser considerado un "Estado de Derecho".

De este modo, en la medida en la que Hart acepta que la organización estatal implica la centralización de la producción normativa y que esta puede tener el contenido que desee el soberano, permite una interpretación de su concepción de "Estado de Derecho" próxima a la apuntada en el párrafo precedente.

Así mismo, hemos visto como, a pesar de los esfuerzos de Ferrajoli y Raz para dotar al "Estado de Derecho" de elementos que permitan considerarlo como un ordenamiento que garantice ciertos principios de justicia formal, cuando la definición de tal fenómeno se restringe exclusivamente a su análisis con base en elementos de validez normativa, dicha definición no difiere sustancialmente del paradigma kelseniano.

En virtud de lo anterior, finalmente, la definición de “Estado de Derecho” propuesta por el profesor de Viena puede ser considerada como la noción propugnada por el *iuspositivismo* del mencionado fenómeno normativo.

2. El concepto de “Desobediencia Civil” denomina una forma de acción política, un conjunto de prácticas de participación ciudadana, en la cual los miembros de una comunidad política dada expresan su deseo de influir en el ejercicio del poder político, al cuestionar y buscar la derogación de las normas jurídicas en las cuales se expresa dicho poder.

En efecto, a pesar de tratarse de un fenómeno eminentemente político, es decir de una práctica que cuestiona las relaciones de dominación presentes en cierta comunidad, la “Desobediencia Civil” es también un fenómeno normativo en la medida en la que es expresión práctica de la crítica a la validez de una norma jurídica – entendiendo aquí validez en el sentido de que se le interprete como obligatoria –, la cual se busca modificar, por considerarla contraria al sentimiento de justicia de la comunidad.

Ahora bien, la “Desobediencia Civil” cuenta con características propias que la distinguen de otras expresiones de desobediencia a la ley, mismas que, a la postre, le permitirán expresarse como un medio para acceder a la redeterminación del “Estado de Derecho”.

Así, en principio, el hecho de que la crítica normativa que entraña dicha forma de participación ciudadana se desarrolle de manera esencialmente pacífica y en contra tan sólo de algunas de las normas que componen el orden jurídico, aceptando la validez del mismo en términos generales, distingue a la “Desobediencia Civil” de la “Acción Revolucionaria” y de la “Resistencia Civil”. Por otro lado, la aceptación del castigo por parte de los “desobedientes civiles”, los distinguirá de los “desobedientes criminales”, mostrando al mismo tiempo que los motivos de aquella no son, ni con mucho, la búsqueda de beneficios particulares, como es patente en ésta.

Finalmente, el rasgo denominado “Principio de Definitividad” confirma la intención del “desobediente civil” de conservar indemne, en la medida de lo posible, el orden jurídico establecido, así como el reconocimiento de la validez del mismo,

evidenciando, de igual manera, que la "Desobediencia Civil", en tanto que contraposición al orden jurídico, es vista como una medida extrema.

La reseña de las expresiones históricas de la "Desobediencia Civil" dan cuenta de la validez de los rasgos enumerados, de su efectividad y, en cierta medida, de su conveniencia para redeterminar al "Estado de Derecho". Esto último se evidencia, sobre todo, en los casos exitosos encabezados por Gandhi y Martín Luther King, en donde los ordenes normativos cuestionados lo fueron con base en sus propios imperativos jurídicos, y fueron, finalmente, transformados en el sentido reivindicado por los movimientos de "Desobediencia Civil" dirigidos por los personajes en cita.

No obstante que la transformación de las condiciones normativas no es tan evidente en los casos de la oposición a la Guerra México-Estadounidense de 1848, a la Guerra de Vietnam o en la experiencia nacional, estas vivencias permiten advertir la trascendencia de la crítica normativa planteada, así como del ánimo de quienes participaron en ellas por admitir la validez del orden jurídico en su conjunto.

3. A partir de la evaluación realizada en el tercer apartado del capítulo segundo, hemos podido constatar que, contrario a la opinión generalizada, ninguna de las tradiciones jurídicas portadoras de una concepción del "Estado de Derecho" pueden sustentar una obligación inexcusable de los individuos a obedecer las normas que componen al orden jurídico, en virtud de lo cual, no es posible, desde dichas perspectivas jurídicas, censurar a la "Desobediencia Civil" de manera concluyente.

En este sentido, si bien la tradición jurídica del Derecho Natural en su vena liberal exige la obediencia a las normas jurídicas en tanto que las considera expresión de la voluntad de quienes ciñen su conducta a las mismas, tal deber de obediencia no puede ser total en tanto que, la misma escuela del pensamiento jurídico, reconoce la libertad natural del hombre, lo que implica necesariamente que no puede ser constreñido por ningún elemento ajeno a su voluntad, en consecuencia de lo cual, podrá oponerse a las normas jurídicas positivas, sobre todo si ellas contrarían dicha libertad natural.

Ahora bien, si las normas jurídicas son expresión de la voluntad de los individuos que se someten a ella, queda abierta la posibilidad de que, una vez que los

individuos expresen que determinada norma no es acorde con su voluntad, la obligación de obedecerla desaparezca.

Por otro lado, si bien las posturas positivistas radicales como las denominadas por Ferrajoli "legalismo ético" exigen que todo individuo preste obediencia a las normas jurídicas generadas por el ordenamiento jurídico por el sólo hecho de haber sido establecidas conforme con las reglas de producción de las mismas, también es cierto que dichas perspectivas son, en buena medida, marginales.

La perspectiva positivista de corte estrictamente científico, es decir, aquella que pretende excluir de su análisis del fenómeno jurídico todo juicio de valor, no ve en la conducta opuesta a la prescrita por la norma – incluyendo, evidentemente a la "Desobediencia Civil" – sino un elemento propio del fenómeno normativo; la condición a la cual la norma le establece una sanción como consecuencia. En virtud de ello, dicha perspectiva no podrá exponer, frente a las conductas desobedientes de las normas jurídicas, sino una postura valorativamente neutral y por tanto, tampoco puede propugnar como necesaria su obediencia.

Finalmente, en virtud de la perspectiva histórico-materialista que el marxismo tiene respecto del Derecho, dicha ideología no puede propugnar por la existencia de un deber de obediencia de las normas jurídicas, puesto que para tal ideología, el Derecho no es sino el Derecho históricamente determinado de una sociedad dada, el cual permite, en términos generales, la reproducción de las relaciones de dominación existentes en ella. Así, el acatamiento de las normas jurídicas de una sociedad dada tendrá como resultado la subsistencia de las relaciones de dominio que se desarrollan en su seno, en virtud de lo cual, su desobediencia será necesaria si quien aparta su conducta de las prescripciones normativas tiene como finalidad la transformación de las relaciones mencionadas.

En ese tenor, a partir del marxismo se puede interpretar que el Derecho de la sociedad burguesa exige obediencia porque de esa manera logra que se conserven las relaciones de dominación que le permiten perpetuarse, pero no puede exigirla desde una perspectiva estrictamente objetiva. De hecho, el marxismo, que propugna por la transformación de las relaciones de dominación de la sociedad burguesa, sostiene que la desobediencia de ciertas normas jurídicas (aquellas en las que se reproducen las

relaciones de dominación de dicha sociedad) es imperiosa a fin de lograr dicho objetivo.

De esta manera, la crítica en torno a la "Desobediencia Civil" que podría plantearse a partir de la ideología marxista radica en que la mencionada praxis política cuestiona sólo a aquellas normas que considera injustas y no al orden jurídico en general, por ello, aún cuando logre la transformación de éstas, permitirá que las relaciones de dominación expresadas en el orden en su conjunto se sigan desarrollando.

No obstante la crítica anterior, parece válido sostener que, si se acepta, tal como lo hace el marxismo, que el Derecho es expresión de las relaciones de dominio que se desarrollan en determinada sociedad, al modificarse estas, quienes se beneficien de tal transformación habrán de buscar que el orden jurídico mude en el mismo sentido a fin de que dichas transformaciones tengan una expresión normativa que permita su reproducción, modificación que puede ser alcanzada a través de la "Desobediencia Civil", al menos durante el tiempo en el que la clase dominante permita tal praxis política.

Así, aparentemente no existen argumentos suficientes para descalificar el que la transformación de las relaciones de dominación, al menos en un primer momento, puedan llevarse a cabo por medio de la "Desobediencia Civil", en razón de lo cual la ideología en cita no podrá rechazarla por completo.

4. A pesar de todas las virtudes que pueden serle reconocidas a la "Desobediencia Civil", y de que la misma no puede ser evaluada de manera negativa y concluyente por ninguna de la ideologías tratadas en el segundo capítulo de esta investigación, ni por ninguna de las dos tradiciones jurídicas aquí consideradas, parece ser cierto que tal forma de participación política implica, en gran medida, una contradicción al orden jurídico instituido, y en esa medida, de igual forma, al "Estado de Derecho".

En efecto, si todo orden jurídico funda parte de su validez y, por ende, su existencia, en su propia eficacia, parece lógico afirmar que las conductas que contrarían las prescripciones normativas de dicho orden merman dicha eficacia y

consecuentemente se muestran como una oposición teleológica (*Kelsen dixit*) a dicho orden normativo.

Frente a la interpretación anterior, Rawls, partiendo de una concepción sustancial del orden jurídico, sostiene que la "Desobediencia Civil" puede lograr la plena realización del "Estado de Derecho".

En efecto, la perspectiva del profesor de Harvard se sustenta en dos premisas fundamentales, la primera de ellas se refiere a la idea de que todo orden jurídico-normativo cuenta con principios normativos sustanciales que fundan la validez del orden jurídico, por lo que, cuando las leyes que van conformando el mencionado orden normativo contravienen tales principios, la validez de dichas pautas de conducta puede ser cuestionada a través de la exclusión de su acatamiento.

Otra de las premisas que sirve a Rawls para justificar su teoría de la "Desobediencia Civil" se centra en considerar que, en la medida en la que la constitución de un orden normativo dado se conforme a partir de la idea del "Contrato Social", puede presumirse que quienes sujetan su conducta a tales imperativos, aceptan la validez del orden jurídico en su conjunto, en virtud de que éste, al ser producto del interés común de aquellos, les proporcionará mayores beneficios que inconvenientes aún cuando algunas de sus normas puedan parecerles injustas. De las consideraciones en torno a la premisa aquí mencionada, el profesor estadounidense deduce un "deber generalizado de obediencia" al ordenamiento jurídico así generado.

Así, en consideración a las premisas antes mencionadas, el autor estadounidense sostiene que, en principio, toda norma de una sociedad dada que se genere en dichas condiciones tendrá que ser acatada por los miembros que integren dicha comunidad.

A pesar de lo anterior, el teórico mencionado también acepta que pueden existir circunstancias tales que justifiquen la desobediencia de los preceptos normativos que conforman el ordenamiento jurídico de una sociedad específica; estas circunstancias se traducen, para Rawls, en que existan normas que sean opuestas a los principios de justicia que fundan la validez del orden normativo en su conjunto. De ahí que, para el profesor de Harvard, cuando las normas jurídicas resulten

incompatibles con los principios de justicia fundantes del orden normativo, la validez de aquellas puede ser cuestionable y, en tal virtud, su "fuerza obligatoria" se vería "disminuida", con lo que su desobediencia estaría justificada.

En ese tenor, nos dice Rawls, la "Desobediencia Civil" puede lograr que la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto – es decir, el "Estado de Derecho" –, se realice plenamente. Ello será así en la medida en la que se cumplan dos condiciones: primero, que la crítica a la validez de la norma cuya obligatoriedad se cuestiona se funde en argumentos que sostengan que tal imperativo contraviene los principios de justicia a partir de los cuales se legitima dicho ordenamiento jurídico y; segundo que los desobedientes logren su objetivo final, a saber la modificación o derogación de la norma que se considera contraviene los mencionados principios, puesto que de esta manera la vigencia de éstos se mantiene en la expresión de todas las normas que conforman a dicho orden jurídico.

La propuesta del profesor estadounidense antes mencionado parece mayormente plausible si los desobedientes civiles pudieran fundar su crítica normativa en principios de justicia públicamente reconocidos por los órganos del Estado o positivamente plasmados en las codificaciones del orden jurídico. No obstante, a nuestro modo de ver, tal perspectiva implicaría aceptar la validez de la concepción de "Estado de Derecho" sustancial que, como ya vimos, resulta una determinación abstractiva en tanto que establece como esencia de dicha noción la carga axiológica que el fenómeno conlleva, ignorando que la validez de la misma es relativa en términos históricos y con ello los elementos formales del concepto en cuestión, los cuales tienen su expresión a-histórica.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que, en la medida en la que un orden jurídico-normativo dado, es decir, un "Estado de Derecho", conlleve el reconocimiento de ciertos principios sustanciales en los que funde su legitimidad, tendrá que aceptarse que las normas que no sean acordes con tales principios perderán en buena medida su fundamento de validez y, en consecuencia, su obligatoriedad podrá ser validamente cuestionada.

Aceptando, en términos generales, la validez de los dos razonamientos precedentes, es decir, tanto la visión que sostiene que la "Desobediencia Civil" implica

la violación al “Estado de Derecho”, como la propuesta rawlsiana en torno a dicha práctica política, y aspirando a poder conjuntar ambas perspectivas a través de los postulados del método hegeliano, emprendimos el esfuerzo de redeterminar al “Estado de Derecho” a través de la “Desobediencia Civil”.

Previo a lograr la empresa antes anunciada, y en consideración a que los conceptos de “Estado de Derecho” anotados en el primer capítulo de esta investigación, pueden ser calificados de abstractos – en el sentido hegeliano – en tanto que de una parte se ignora la expresión formal del fenómeno (noción *iusnaturalista*) y de otra su expresión sustancial (noción *iuspositivista*), consideramos prudente redeterminar dicho concepto a fin de lograr establecer uno que incluyera ambas abstracciones, y en esa medida que expresara el fenómeno en su realidad concreta. Así, nos fue posible arribar al concepto redeterminado de “Estado de Derecho” apuntado en la página 259 anterior, el cual, desde nuestra perspectiva, presenta la ventaja no sólo de conservar los elementos más importantes de las nociones *iusnaturalista* y *iuspositivista*, sino además de incluir una percepción histórica del fenómeno, lo que permitirá la comprensión del mismo en su devenir.

Por otro lado, aceptando que la “Desobediencia Civil” como fenómeno, cuestiona la eficacia del orden normativo identificado con el “Estado de Derecho” y en esa medida se presenta como una contradicción de éste, gracias al método hegeliano expresado en la idea de redeterminación acuñada por Berumen, tal contradicción no tendrá que resolverse excluyendo o denostando uno u otro fenómeno, sino que será posible rescatar ambos.

Así, en principio, es necesario aceptar que las normas de conducta son prescritas precisamente porque los imperativos de comportamiento contenidas en ellas no se realizan de forma necesaria en el mundo fáctico, con lo que, creemos, queda demostrado que la negación de la norma va intrínsecamente ligada a ella, y en esa medida, la determina.

De esta manera, como ya lo indicamos con anterioridad, puede interpretarse que la “Desobediencia Civil” contradice al “Estado de Derecho” en la medida en la que es expresión práctica de una conducta opuesta a aquella prescrita por la norma, con lo que genera cierta inestabilidad en la eficacia del orden jurídico en su conjunto. No

obstante, la contradicción que dicho fenómeno implica, debido a sus características propias previamente analizadas, permite que la misma sea superada, al tiempo que se conserve la eficacia general del ordenamiento – visto como un todo – y en esa medida, también su validez.

Ahora bien, desde nuestra perspectiva, consideramos que aceptar como válida la idea de que frente a un orden normativo dado exista algún imperativo moral o jurídico como el que contiene el “deber general de obediencia” planteado por Rawls, supone necesariamente que dicho orden sea considerado, en cierta medida, esencialmente justo; lo que finalmente nos conducirá a aceptar como válida la concepción de un orden jurídico-normativo sustancialmente determinado, que como hemos demostrado, implica una percepción abstractiva del fenómeno.

Es por lo anterior que nosotros preferimos partir del reconocimiento de que en todo orden social dado, las normas que constriñen el actuar de sus miembros son cumplidas porque el sentido objetivo de las mismas es aceptado por aquellos, ya sea porque existe un discurso legitimador generalmente aceptado que las presenta como justas o por el temor a la coacción que se prescribe en ellas. En consecuencia de lo anterior, la obediencia no puede ser interpretada como un deber, sino simplemente como una de las actitudes posibles que, frente a un imperativo hipotético, puede tomar la persona cuyo comportamiento se pretende regular. Por ello, como determinación negativa de la obediencia, parece lógico aceptar la posibilidad de desobediencia de toda prescripción normativa en la medida en la que sea cuestionado su sentido objetivo, independientemente del contenido que ella importe.

No obstante lo anterior, somos de la opinión de que no todo cuestionamiento al sentido objetivo de la norma permitirá la redeterminación del orden normativo implícito en la idea de “Estado de Derecho”, entendiéndolo por ello su superación y conservación, lo que sí podrá lograrse a través de la crítica normativa planteada a través de la “Desobediencia Civil”.

En efecto, como hemos visto, las características propias de la “Desobediencia Civil” permiten que el cuestionamiento a la validez del orden jurídico concebido como un todo se lleve a cabo de manera tal que el desarrollo regular del mismo, no se vea afectado.

La aserción anterior se demuestra porque, como anteriormente sostuvimos, la crítica planteada por la "Desobediencia Civil" al "Estado de Derecho" no es sino una crítica respecto del sentido objetivo de algunas de sus normas, aceptando la plena validez del resto de ellas y en consecuencia del orden jurídico-normativo en su conjunto.

Por otro lado, las características intrínsecas a la "Desobediencia Civil", tales como la aceptación del castigo por parte de sus ejecutores, o su ánimo para que las transformaciones normativas que motivan tal actuar se realicen a través de los procedimientos previamente instituidos, son actitudes que muestran su reconocimiento a la validez del orden jurídico entendido como un todo, ya que ellas permiten que el orden jurídico conserve su eficacia.

Así, una vez que los desobedientes civiles logren su objetivo, la conservación y superación del "Estado de Derecho" se realizará por la mediación de tal práctica política, puesto que las normas que conforman tal fenómeno jurídico se mantendrán en términos generales, transformándose sólo algunas de ellas, a saber, aquellas cuyo sentido objetivo fue cuestionado mediante los actos de "Desobediencia Civil". Incluso tal praxis política puede lograr la conformidad de las normas que componen un orden jurídico dado con el discurso legitimador que le da su sentido objetivo, en aquellos casos en el que el contenido de aquellas no coincida con éste, siempre que dicho discurso sea reconocido por los desobedientes como aquel que representa los principios de convivencia comunitaria considerados como legítimos por los desobedientes civiles, alcanzando así la redeterminación del fenómeno normativo denominado "Estado de Derecho" que implicará finalmente un orden normativo legitimado.

BIBLIOGRAFÍA

Adams, Willi Paul. *Los Estados Unidos de América*. (Tit. orig. *die vereinigten staaten von amerika*. trad. Máximo Cajal y Pedro Gálvez.) Ed. Siglo XXI. 24a. edición. México, 2000.

Alexy, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Ed. Gedisa. 1ª. edición. Barcelona, España, 1994

Alponte, Juan María. *Los liberadores de conciencia. Lincoln, Gandhi, Luther King, Mandela*. Ed. Aguilar. s.n.e. México, 2003.

Alonso, Antonio. *El movimiento ferrocarrilero en México*. Ed. Era. 3ª edición. México. 1979.

Althusser, Louis. *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. (Tit. orig. *Idéologie et appareils idéologiques d' État*. trad. Alberto J. Pla) Ed. Nueva Visión. s.n.e. Buenos Aires, Argentina. 1988.

Arendt, Hannah *Crisis de la República*. Ed. Taurus. Barcelona, España. 1998.

Aristóteles. *Política*. Ed. Porrúa. 17ª. edición. México, 1998.

----- *Tratados de Lógica. (Órganon)*. (trad. Miguel Candel Sanmartín) Ed. Gredos. s.n.e. Madrid, España. 1982.

Baldwin, James, Carlmichel, Stokely, et al. *La nueva revolución Norteamericana*. Ed. Galera. s.n.e. Buenos Aires, Argentina. 1967.

Beuchot, Mauricio. *Los principios de la filosofía social de Santo Tomás*. Ed. IMDOSOC. 1ª. edición. México. 1989.

Berumen, Arturo. *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del Derecho Natural*. Ed. Cárdenas Editor Distribuidor. s.n.e México, 2003.

Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. (Tit. orig. *Il problema del positivismo giuridico*. trad. Ernesto Garzón Valés. Ed. Editorial Universitaria de Buenos Aires. 4ª. edición. Buenos Aires, Argentina. 1995.

----- *Liberalismo y democracia*. Ed. Fondo de Cultura Económica. 1ª. edición. México 1989.

----- *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*. Fondo de Cultura Económica. s.n.e. México, 1986.

Bramsted, E. K. *El liberalismo en occidente*. Tomo V. Ed. Unión Editorial. 1ª. edición. Madrid, España. 1982.

Burns, Haywood. *Voces de Protesta de los negros en Estados Unidos*. Ed. Editorial Universitaria de Buenos Aires. s.n.e. Buenos Aires, Argentina. 1964.

Calvert, Peter. *Análisis de la Revolución*. Ed. Fondo de Cultura Económica. 1ª. edición. México, 1974.

Campa, Valentín. *Mi testimonio*. Ed. Ediciones de Cultura Popular. 1ª. edición. México, 1978.

Chomsky, Noam. *La responsabilidad de los intelectuales*. (Tit. orig. *American power and the new mandarins*. trad. Juan-Ramón Capella) Ed. Ariel. 3ª edición. Barcelona, España. 1974.

----- *Por razones de Estado*. Ed. Ariel. s.n.e. Barcelona, España. 1975.

Collotti Pischel, Enrica. *Gandhi y la no violencia*. (Tit. orig. *Gandhi e la non violenza*. trad. Luciana Daelli) Ed. Ediciones Nueva Visión. s.n.e. Buenos Aires, Argentina. 1991.

Correas, Oscar. *Kelsen y los marxistas*. Ed. Ediciones Coyoacán. s.n.e. México, 1994.

Cosío Vilegas, Daniel. Comp. *Historia general de México*. Ed. El Colegio de México. 4ª edición. México, 1994.

Díaz, Elias. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Ed. Taurus. 9ª. edición. Madrid, España. 1988.

Fernandez Santillan, Jose F. *Locke y Kant. Ensayos de Filosofía Política*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1992.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. (Tit. orig. *Diritto e ragione*. trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino y otros) Ed. Trotta. 6ª. edición. Madrid, España. 2004.

Ferrajoli, Luigi y Danilo, Zolo. *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*. Ed. El viejo topo. s.n.e. Barcelona, España. 2001.

Garaudy, R. *El método hegeliano*. (Tit. orig. *La méthode de Hegel*. trad. Menga, Ofelia y Llanos, Alfredo) Ed. Leviatán. s.n.e. Buenos Aires, Argentina. s.a.e.

González Soler, Ma. D.; Lima Torrado, J. et al. *Cuestiones y textos de historia de la filosofía del derecho, moral y política. Del renacimiento a Kant*. Ed. Dykinson. s.n.e. Madrid, España. 1997.

Habermas, J. *Escritos políticos* Ed. Península. 4ª edición. Barcelona, España. 2000.

Hart, H. L. A. *Derecho y Moral. Contribución a su análisis*. Ed. Depalma. s.n.e. Buenos Aires, Argentina. 1962.

----- *El concepto de derecho*. (Tit. origl. *The concept of law*. trad. Genaro R. Carrio) Editorial Abeledo – Perrot. 2ª edición. Buenos Aires, Argentina. 1992.

Herrera, Carlos. comp. *Le droit, le politique*. Ed. Editions L'Harmattan. París, Francia. 1995.

Hobbes, Thomas. *Leviatán*. (Tit. orig. *Leviatán or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil* trad. Manuel Sánchez Sarto) Ed. Fondo de Cultura Económica. 2ª. Edición. México, 1980.

Justo López, Mario. *Introducción a los Estudios Políticos*. Tomo II. Ed. Depalma. s.n.e. Buenos Aires, Argentina. 1983.

Jeffreys-Jones, Rhodri. *Peace Now*. Yale University Press. s.n.e. Estados Unidos de América. 1989.

Kant, Immanuel. *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*. Ed. UNAM, México, 1978.

Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* Ed. Greca. 1ª. edición. México, 1997.

----- *Socialismo y Estado*. (Tit. orig. *Sozialismus und staat*. trad. Alfonso García Ruiz) Ed. Siglo XXI. 1ª. edición. México, 1982.

----- *Teoría Pura del Derecho*. (Tit. orig. *Reine Rechtslehre*. trad. Roberto J. Vernengo) Ed. UNAM. s.n.e. México, 1979.

----- *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ed. UNAM. 3a. edición. México, 1969.

----- *Teoría General del Estado*. Ed. Nacional. s.n.e. México, 1965.

----- *Teoría general de las normas*. (Tit. orig. *Allgemeine Theorie der Norme* trad. Hugo Carlos Delory Jacobs) Ed. Trillas. s.n.e. México, 1994.

Lefebvre, Henri. *Lógica formal, lógica dialéctica*. (Tit. orig. *Logique formelle, logique dialectique*. trad. María Esther Benítez Eiroa) Ed. S. XXI. 3ª. edición. Madrid, España. 1973.

Lenin, V. *El Estado y la Revolución*. Ed. Letras S.A. 2ª edición. México, 1982. p. 122.

Lisser, Kurt. *El concepto de derecho en Kant*. (Tit. Orig. *Der Begriff des Rechts bei Kant*; trad. Alejandro Rossi.) Ed. UNAM. 1ª. edición. México, 1959.

Locke, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. (Tit. orig. *The Second Treatise of Civil Government* trad. Carlos Mellizo) Ed. Alianza 1ª. edición. Madrid, España. 1990

Marx, Karl y Engels, Federico. *Manifiesto del Partido Comunista y otros escritos*. Ed. Grijalbo. s.n.e. México, 1996.

----- *Obras escogidas*. Tomo III. Ed. Progreso. s.n.e Moscú, U.R.S.S., 1978

Pashukanis, E. B. *La teoría general del derecho y el marxismo*. (Tit. orig. *Obschaia teoria prava i marxism*. trad. Carlos Castro. Ed. Grijalbo. 1ª. edición. México, 1976.

Rawls, Jhon. *Teoría de la Justicia*. Ed. Fondo de Cultura Económica. s.n.e. México, 1998.

Raz, Joseph. *La autoridad del Derecho. (Escritos sobre Derecho y Moral)* (Tit. orig. *The authority of Law*. trad. Tamayo y Salmoran, Rolando.) Ed. UNAM. México, 1992.

Rodríguez Paniagua, José María. *¿Derecho natural o axiología jurídica?* Ed. Tecnos. s.n.e. Madrid, España. 1981.

Ross, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. Ed. Fontamara. 4a. edición México, 2001.

Rousseau, Jean-Jaques. *El contrato social*. Ed. Porrúa. 11ª. edición México, 1998.

Rousseau, Jean-Jaques. *Discurso sobre el Origen de la Desigualdad entre los Hombres*. Ed. Porrúa. 11ª. edición México, 1998.

Ruiz Miguel, Alfonso. *Política Historia y Derecho en Norberto Bobbio*. Ed. Fontamara. s.n.e. México. 1994

Saña, Elena. *La filosofía de Hegel* Ed. Gredos. s.n.e. Madrid, España. 1983.

Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. (Tit orig. *Verfassungslehre* trad. Francisco Ayala.) Ed. Alianza. s.n.e. Madrid, España. 1992.

Sobel, Richard. *The impact of public opinion on U.S. foreign policy*. Ed Oxford University Press. s.n.e. Estados Unidos de América. 2001

Solís Quiroga, Hector. *Sociología Criminal*. Ed. Porrúa. 3ª. edición. México, 1985.

Soriano, Ramón. *La Desobediencia Civil*. Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias. 1ª. edición. Barcelona, 1991.

Tamayo y Salmorán, Rolando. *L'État, sujet des transformations juridiques*. (These pour le Doctorat) Université de Paris. Faculté de Droit et des Sciences Économiques. Versión mecanoográfica.

Thoreau, Henry D. *Walden seguido del deber de la desobediencia civil*. (Tit. orig. *Walden or Life in the wood; On duty of Civil Disobedience*. trad. Sánchez-Rodrigo, Carlos.) Ed. Ediciones del Cotal. 2ª edición. Barcelona, España. 1979.

Trotsky, León. *La revolución permanente*. Ed. Fontamara. 2ª. edición. España, 1979.

Vallejo Martínez, Demetrio. *Las luchas ferrocarrileras que conmovieron a México*. Ed. Fundación Cultural Trabajadores de Pascual y del Arte A.C. s.n.e, México, s.a.e.

Vialatoux, Joseph. *La morale de Kant*. Ed. Presses Univeristaires de France. 5a. edición. París, Francia. 1968.

Wallerstein, Immanuel. *Después del liberalismo* (Tit. orig. *After liberalism*. trad. Stella Matrángelo) Ed. Siglo XXI. 1ª. Edición. México, 1996.

HEMEROGRAFÍA

Cortina Orts, Adela. "El contrato social como ideal de Estado de Derecho. El dudoso contractualismo de Kant." en *Revista de Estudio Políticos*. N° 59. Enero-marzo, 1988. Nueva Época. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. España.

Herrera, Carlos Miguel. «Quelques remarques à propos de la notion d' État de droit ». *L'Homme et la Société*. No. 113, juillet-septembre 1994.

Rodríguez Varela, Alberto y Vanossi, Jorge. "El derecho de resistencia". en *Anales*. Segunda época. Número 34. Buenos Aires, Argentina. 1997.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Tomo III. Ed. Porrúa-UNAM. México, 2002.

Diccionario Jurídico OMEBA Tomo X. Ed. Editorial Bibliográfica Argentina. s.n.e. Buenos Aires, Argentina. s.a.e.