

Unidad 5

- MODELOS SOBRE EL ORIGEN Y JUSTIFICACION DEL ESTADO.

“Existen teorías que intentar ofrecer un modelo sobre la forma en que realmente han surgido los Estados. Buscan explicar los procesos históricos o las constantes sociológicas que dieron origen a las formalidades y al poder estatal. Dichos intentos están representados, por ejemplo, en la teorías patriarcal, patrimonial, del poder o en una teoría contractual entendida en sentido histórico .”

MODELOS SOBRE EL ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN DEL ESTADO

Existen teorías que intentan ofrecer un modelo sobre la forma en que realmente han surgido los Estados. Buscan explicar los procesos históricos o las constantes sociológicas que dieron origen a las formaciones y al poder estatales. Dichos intentos están representados, por ejemplo, en las teorías patriarcal, patrimonial, del poder, o en una teoría contractual entendida en sentido histórico.

En ocasiones se ha encasillado a estas doctrinas, sin motivo, entre las teorías de justificación del Estado, no obstante que de los procesos históricos reales no pueden obtenerse razones que lo justifiquen, sino sólo explicaciones causales. Únicamente en el supuesto metafísico del derecho natural, en que lo real es manifestación de sentido y fines, puede considerarse; que lo real es una medida de lo justo (Zippelius, RPh, § 14 I) . Cuando en la teoría del Estado se presentan como causas de justificación los simples hechos, por ejemplo, relaciones genealógicas, verdaderos convenios o el poder, hay de por medio un sencillo error de razonamiento o una concepción iusnaturalista, abierta o disimulada, como sería una teoría del poder expuesta como doctrina del "derecho" del más fuerte.

5.1. LA TEORÍA PATRIARCAL

Esta teoría parte del hecho de que las asociaciones de dominación surgieron históricamente de las familias y agrupaciones de familias, en las que desempeñaron un papel determinante los jefes de familia.

La teoría patriarcal propone como modelo al arcaico Estado romano, cuya división en gens, curias (co-viriae, "uniones de hombres") y tribus pudiera indicar una fusión de: clanes y fratrias. De acuerdo con la tradición, diez gens formaban una curia; diez curias, una tribu, y tres tribus constituían el pueblo romano. Si bien se discute la correspondencia de la tradición, en todos sus pormenores, con la realidad histórica., en todo caso es posible, imaginar que aquí se reflejan estructuras que probablemente sean típicas en los inicios de la organización humana.

Las estructuras sociales, todavía existentes en algunos pueblos primitivos, parecen corroborar esta hipótesis, según la investigación etnológica; resulta plausible que la evolución de, muchos de estos pueblos marchara del siguiente

modo: los miembros de una gens, provenientes de una familia, ya fuera en línea paterna o materna (linajes), desarrollaban un sentimiento de pertenencia, específico y formas específicas de convivencia; los clanes y tribus se formaron por el hecho de que tales patrones de pertenencia se extendieran a ramificaciones más amplias de los linajes. Tampoco aquí es válido simplificar en demasía y reducir todo al parentesco consanguíneo. Si bien los clanes tienen, un núcleo de cristalización en los miembros consanguíneos de una familia, se encuentran, a la vez, en un proceso de fisión y fusión, en una relación de intercambio hacia el exterior, por la que se desprenden algunos de sus individuos y se incorpora a extraños. Las uniones de clanes conviven en comunidades sedentarias o en grupos nómadas. Mediante matrimonios, parentescos y lazos rituales, estos grupos constituyen tribus, que son, al mismo tiempo, comunidades guerreras. Las tribus, a su vez pueden unirse entre sí como naciones o pueblos. Sobre todo en sus etapas superiores, en tales uniones pueden manifestarse, incluso conscientemente, elementos de alianza, esto es, contractuales (cfr. II).

El desarrollo de las estructuras de mando se asocia frecuentemente a la habilidad personal (Hoebel 1968, 106 s., 370) ; sin embargo, en algunos puntos de la evolución parece haberse logrado el salto por el cual el carisma personal de un hombre destacado se transmitía a sus descendientes. En no pocas ocasiones, el resultado fue que determinada "línea", dotada de carisma, estuviera destinada al mando dentro del grupo en su conjunto (Hoebel, 242, 268 SS.). Este hecho también resulta familiar en la historia del derecho de los pueblos germánicos, cuya tradición señala que el rey provenía de sangre real (Mitteis/Lieberich, cap. 8 I 3) .

De la posibilidad de un desarrollo real como éste, la teoría patriarcal derivó una justificación: del poder del Estado, incurriendo en el ya mencionado error de razonamiento. Era natural que, con motivo de aquellos datos históricos, la especulación jurídico-política de una época como la monárquica, atribuyera al jefe de Estado algo así como una patria potestad sobre los súbditos. Fue el inglés Sir Robert Filmer (Patriarcha, 1680), quien remontó el poder monárquico hasta Adán, construcción teórica, a la que John Locke hiciera demasiados honores con una extensa polémica, en el primero de sus dos tratados sobre el gobierno.

5.2. LA TEORÍA DE LA GÉNESIS CONTRACTUAL

La teoría contractualista entendida en un sentido histórico, generalizó los elementos contractuales ya mencionados en un modelo más amplio del origen de la dominación estatal. Como ejemplo histórico de la dominación fundada en un contrato, tenemos la alianza que David estableció con las tribus de Israel en Hebrón, antes de ser ungido rey (2 Samuel 5, 3) . En las monarquías electivas, las capitulaciones convenidas entre los electores y su designado, previas a la elección del rey, pudieran sugerir una base contractual del poder del Estado. De la idea contractual nacieron también los convenios de plantación, celebrados entre los puritanos que emigraron a América en el siglo XVII, y en los que regulaban el orden de la nueva comunidad que iban a crear. Igualmente se apoyaba en esta idea aquel famoso Plan que tenían los levellers de crear un orden constitucional mediante un Agreement of the People (1647) .

La doctrina medieval del derecho de resistencia se basaba también en la idea del origen contractual del gobierno monárquico:

El pueblo se somete a alguien para que gobierne con poder fundado en el derecho, dé a cada quien lo suyo, favorezca a los piadosos y castigue a los impíos, en suma, que trate a todos con justicia. Pero cuando rompe el contrato por el cual fue electo y perturba lo que debe mantener en orden, es justo y razonable que así releve al pueblo del deber de obedecerle, puesto que él mismo ha quebrantado primero la fidelidad que obligaba a cada parte frente a la otra (Manegold von Lautenbach, „Ad Gebehardum Liber, cap. 47, citado en Vogt 1965, 55 s.) .

Ideas similares se encuentran en la obra de Tomás de Aquino (De regimine principum, I 6) y en la teoría democrática posterior (§ 17 III 1) .

En los pueblos primitivos hallamos concepciones parecidas. Así, por ejemplo, se nos informa que, a semejanza de una tribu germánica, los ashanti escogían al jefe de la tribu entre los miembros de una familia determinada, que el designado debía prestar un juramento de fidelidad y que, de no respetarlo, podía ser acusado y separado del cargo (Hoebel 1968, 279 s.).

Pero, como ya se dijo, la teoría de la génesis contractual del Estado comprende únicamente un factor que, al lado de otros, desempeñó un papel histórico en el nacimiento de las asociaciones de dominación.

No pocas veces hallamos en las teorías contractualistas la mezcla de modelo genético y legitimación. Así, el derecho de resistencia contra el rey se dedujo de los elementos contractuales que intervinieron en la instauración del poder monárquico. A menudo, el ejemplo, histórico sirvió también para apoyar una teoría

de legitimación, como en Pufendorf (1672, VII 2, §; véase in fra 17 I 1) y Locke (1960, II, 100 SS.; véase in fra 17 II 1) .

5.3. LA TEORÍA PATRIMONIAL .

La teoría patrimonial elevó a la categoría de modelo general de explicación un factor que tuvo un papel en la génesis de la dominación durante el feudalismo. Según ésta teoría, el poder de dominación se basa en la propiedad del soberano sobre el territorio del Estado, concepción que sustentaba todavía C. L. von Haller (I, 479; cfr. también I I, 57 SS.) : "El gobierno no es un ser independiente, sino una simple consecuencia de los derechos privados del gobernante, el efecto natural del poder y de la propiedad; de los cuales no puede desligarse, así como la sombra no puede separarse del cuerpo." Esta teoría encuentra su modelo en el sistema feudal, en el que el rey posee la nuda propiedad del suelo y, mediante el feudo, vincula a si a los vasallos y subvasallos, mientras que los siervos sólo pueden considerarse como accesorios a la tierra (este aspecto, más diferenciado, en Grocio, De jure belli ac pacis, I, cap. 3 § XII). Contra esta tesis ya Kant (La paz perpetua, I 2) había argumentado que "un Estado no es a diferencia, por ejemplo del suelo que ocupa un haber, un patrimonio. Es una sociedad de hombres sobre la cual nadie, sino ella misma, puede mandar y disponer". El Estado no es una gran finca rústica, sino un orden de dominación (véase supra §§ 11 I; 12 II).

Ahora bien, también es posible dar a la teoría patrimonial una formulación tal que incluya, desde, un principio, el elemento - de la dominación, pues, consideradas más de cerca., las relaciones de propiedad, se constituyen siempre, desde sus inicios, como relaciones de poder entre los hombres; así, por ejemplo; el poder de disposición sobre un territorio existe sólo porque, y en tanto, los hombres lo respetan. Desde esta perspectiva, sería posible preguntarse si tales relaciones de propiedad no configuran sencillamente el 'esquema básico del origen de las relaciones de poder y dominación Este no es, visiblemente; el caso. Así, en las antiguas conquistas territoriales existía ya un orden jerárquico en los ejércitos de los conquistadores, del que derivó entonces la distribución de la tierra (§ 25 II 7) .

En la actualidad, existe la certeza. histórica de que la soberanía territorial no surgió por la vía única de las "posiciones de los propietarios", sino que derivó de condiciones múltiples, y que el "Estado patrimonial" es más un fenómeno marginal que un modelo conductor, de la evolución.

5.4. LA TEORÍA DEL PODER

Entre las teorías del poder se contraponen principalmente dos doctrinas:. por un

lado, las teorías iusnaturalistas o cripto-iusnaturalistas, y, por el otro, las que son simplemente empírico descriptivas.

Las mencionadas en primer término convierten la posición fáctica del más fuerte. en un "derecho" del mismo, es decir, al factum en un criterio de lo justo. Como ejemplo podemos señalar la doctrina que Platón (Georgias, 4833 s.) pone en boca de Calicles:

Pero, a mi entender, la misma naturaleza demuestra que es justo que el que vale irás, tenga más que su inferior y el más capaz que el incapaz. Y manifiesta que esto es así. el hecho de que en un sinnúmero de casos, tanto en los animales como en el conjunto de hombres que integran una ciudad cualquiera y en las razas Humanas, haya quedado discernido lo justo como la autoridad del fuerte sobre el débil, la mayor posesión de bienes de aquél frente a la menor de éste.

El trasfondo metafísico-teológico, necesario a todo derecho natural (véase supra) , es. particularmente manifiesto en el Tratado teológico-político de Spinoza (cap. 16)

La naturaleza, considerada bajo un aspecto general, tiene un derecho soberano sobre todo lo que está bajo su dominio, es decir, que el derecho de la naturaleza se extiende hasta donde llega . su poder: El poder de la naturaleza es, en efecto, el poder mismo de Dios, .quien ejerce un derecho soberano sobre todas las cosas, pero como el poder universal de .toda naturaleza no es sino el, poder de todos los individuos reunidos, resulta aquí que cada individuo tiene un cierto derecho sobre todo lo que puede abrazar o, en otros términos, que el derecho de cada uno se extiende hasta donde alcanza. su poder.

Dichas tesis sólo son. aceptables para quien aprueba la teología o metafísica que las subyace (Zippeilus, RPh § 14, IV; VI):

Por el contrario, las teorías empírico-descriptivas admiten como mera ley sociológica la supremacía del más fuerte en la comunidad y el consiguiente nacimiento del Estado como institución en manos de aquél para su provecho. El proceso ,por el cual un grupo obtiene el poder sobre otro, y lo domina, en .el modelo del origen del Estado.

Son muestra del establecimiento "endógeno" de la dominación aquellos procesos en los que un grupo ha logrado adueñarse permanentemente del poder dentro de una sociedad: En no pocas ocasiones, ello aconteció por la vía de la dominación patriarcalmente fundada (1) frecuentemente junto con la concentración de poder sacerdotal y económico en manos de los jefes de clan y, a veces, mediante un golpe de fuerza (Hoebel 1968, 408) . El establecimiento "exógeno" de la dominación se presenta cuando conquistadores extranjeros han sometido a la . población local, a la que se superponen como capa dominante. Sin embargo, por lo regular sólo un pueblo que haya desarrollado estructuras "endógenas" de mando será capaz de realizar tales conquistas (Service 1977, 174 SS.).

Las concepciones de Oppenheimer y Lasalle son representativas de las teorías del poder de tipo sociológico-descriptivo.

En opinión de Franz Oppenheimer, la historia del vocablo Estado refleja. estructuras de poder, ya que el término italiano lo stato, proveniente de la época renacentista, se refería la mayoría de las veces al príncipe que, junto con su facción, tomaba el poder por la fuerza. Por tanto, el poder sobre otros es la ley por la cual hace su aparición del Estado; que

por su origen y esencia, fue en sus primeras etapas de existencia, casi por completo una institución social que un grupo humano impuso a los vencidos con la única finalidad de regular la dominación del primero sobre los últimos, y para defenderse de las rebeliones internas y los ataques del exterior. La dominación no tenía otro .propósito ulterior que la explotación económica de los vencidos por los vencedores (1954, 5) .

Al igual que el Estado, lo político en general es concebido en términos de poder. Existen dos medios por los cuales el hombre satisface su instinto de conservación : "su trabajo y la apropiación, por la fuerza, del trabajo ajeno". El primero es el medio económico, y el segundo, el medio político para satisfacer las necesidades (p. 10) . "Donde encuentra oportunidad y tiene el poder, el hombre prefiere el medio político al económico" (p. 24) . Para Oppenheimer, al igual que para Marx y Engels, el Estado es un instrumento en manos de la clase dominante para explotar a la clase oprimida (1 25 11) .

En relación con su época, Ferdinand Lasalle (1862) atribuía totalmente la constitución de un Estado a las relaciones de poder:

Como ven ustedes señores, un rey a quien obedecen el ejército y los cañones... es un fragmento de constitución... Una nobleza influyente y bien relacionada con el rey y su corte, es también un fragmento de constitución... Los señores Borsig y Egels, los grandes industriales todos, son también un fragmento de constitución... Los grandes banqueros; como los Mendelssohn, los Schickler, la Bolsa en general, son también un fragmento de constitución... He ahí, pues, señores, lo que es, en esencia, la constitución de un país: la suma de las relaciones reales de poder que existen en ese país.

Las teorías del poder padecen frecuentemente de un mismo defecto, por cuanto no han sido desarrolladas hasta sus últimas consecuencias. La "teoría de la conquista" explica solamente la dominación sobre el pueblo sometido, pero no así la estructura de dominación del pueblo conquistador. Esta objeción puede generalizarse: la dominación sobre un pueblo no puede ejercerla nunca un individuo solo, sino únicamente un grupo de hombres, una capa dominante. Pero, ¿ es que sólo el poder mantiene la cohesión del grupo dominante? Ciertamente no, si por "poder" se entiende la simple fuerza (cfr. también § 9 1) . En este punto, cuando muy tarde, se percibirá con claridad que el "poder" es un hecho complejo que requiere ser explicado. Si se concibe al poder como la capacidad de guiar a voluntad. el comportamiento ajeno, entonces la extensión de este concepto, incluye no solamente la coacción física directa, sino también la influencia espiritual. En este sentido, los mitos religiosos, o el carisma y fuerza de sugestión de una personalidad pueden convertirse en instrumentos del poder La propensión al fanatismo y la sugestión de las masas no ha sido uno de los menores factores de poder en los movimientos de masas de la época más reciente, de Robespierre hasta Hitler y Jomeini.

En la extensión de un concepto amplio del poder se, engloba, además, el poder económico, considerado fundamental por el marxismo (§ 25 11) y que, por su parte, es un hecho de gran complejidad.

Como quiera que se defina el concepto de poder, .estas teorías no proporcionan, en absoluto, una justificación del poder estatal, porque, aun cuando el Estado tuviera un fundamento real en los factores de poder, ello sería, en todo caso, una necesidad sociológica. Pero ningún argumento ético se opondría al intento de rebelión contra el poder del Estado, de oponerle resistencia y arriesgarlo todo para quebrantar el orden estatal. Esta teoría no justifica, al Estado, antes bien, desde el punto de vista ético, franquea el paso a la anarquía o a la revolución permanente (Jellinek, 192 SS. ; TGE, 158; cfr. también Rousseau, Contrato social, 1 3) .

5.5. SOBRE EL CONCEPTO DE JUSTIFICACION (LEGITIMACION)

1. El concepto ético (normativo) de la legitimación. Las teorías de justificación, en sentido estricto, no se ocupan de explicar simplemente el por qué y el cómo existe en realidad el poder del Estado, sino de demostrar que es legítimo. Tal cosa no puede probarse a través de la historia de, su origen, sino únicamente mediante categorías éticas (o teológicas) . Se trata, pues de demostrar que el Estado es racional y moralmente: (o también teológicamente) necesario o, por lo menos, legítimo; o -bien, que es un producto del azar, una "enfermedad en la evolución de la historia de la humanidad" (Jellinek, 185; TGE, 150) que es preciso superar a la mayor brevedad posible.

Esta cuestión de la justificación no puede ser examinada por una ciencia avalorativa. Las doctrinas éticas de justificación desembocan típicamente en la demostración de que ciertos fines, especialmente valiosos, sólo pueden alcanzarse a través del Estado, fines de mayor peso que las restricciones que su existencia impone a los individuos. En este punto debe hacerse una distinción entre la justificación básica de las comunidades estatales en general (§ 17 I-III) y la justificación de manifestaciones y programas específicos del Estado (§ 17 IV).

Como justificación básica de las asociaciones estatales de dominación se acostumbra citar los siguientes fines primordiales, cuya actualidad varía según la situación histórico-política: la protección frente al egoísmo y la agresividad de los hombres; la garantía del orden y de la paz, así como la creación de un orden justo, único en el que los hombres puedan alcanzar la formación y desenvolvimiento plenos de su personalidad, y que asegure ayuda y complementación recíprocas. Estos fines son de tal importancia que parecen justificar al Estado, en el caso que éste sea el único medio, o el más adecuado, para su consecución. En lo particular se presentan como causas de legitimación: la función ordenadora y pacificadora de la comunidad jurídica estatal (§ 17 1) y el establecimiento de un orden comunitario. justo, en el que los individuos logren su desenvolvimiento personal (§ 17 I) .

La teoría democrática de la justificación del Estado no, le, añade fines positivos a éste, pero pretende que el orden social, reconocido como ineludible, se configure de tal manera que se preserve un máximo de autodeterminación individual. Por tanto, los hombres sometidos al poder del Estado deben participar también en él y, en este supuesto, tal poder sólo es legítimo cuando se propone realizar su función, de ordenación y compensación con el máximo posible de consenso y participación comunes (§ 17 III) .

5.5.1. los conceptos sociológico y ético de la legitimación

El concepto de legitimación se encuentra también en la sociología, entendida como la ciencia que describe la realidad del acontecer social. Por ello, el concepto estrictamente sociológico de la legitimación, debe: abarcar un aspecto del verdadero funcionamiento de este acontecer. Así, la legitimación adquiere aquí el sentido de una indagación de los motivos por los cuales una comunidad jurídica acepta y aprueba, de hecho, un orden estatal (c f r. también § I, 2) . Se trata, pues, de un verdadero mecanismo de motivación, es decir, de la aceptación real en que se funda la dominación en un orden jurídico y estatal. No corresponde a la sociología, en tanto se le conciba como una disciplina estrictamente empírica, comprobar si la actitud observada está también: justificada (1 11) .

Max Weber, (WuG, 19 s., 122 SS.; F.S, 30 s., 112 SS.) describió los principales motivos por los cuales se acepta la dominación: uno de ellos es la fascinación que ejerce un jefe, así como la creencia en su misión (la legitimación carismática). Otro consiste en la convicción, fundada en la costumbre y la, tradición, de, la legalidad de un orden de dominación (la legitimación tradicional). Finalmente, la "forma de legitimidad hoy más corriente" es la legitimación racional; de acuerdo con su sentido, literal, esto significa que una dominación estatal ---estructurada de cierta manera es aceptada porque se considera inevitable por motivos racionales, pero en todo caso se la encuentra justificada. Weber entiende el concepto en el sentido específico de creencia en la legalidad, es decir, "la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos". Es frecuente que en el desarrollo histórico una forma, de legitimación se transforme en otra. Una dominación o. estructura social basada en una personalidad carismática se convierte en rutina con el paso del tiempo y deviene la forma tradicional; el gobernante excepcional pasa a ser el fundador de, una dinastía, aceptada más tarde por tradición; al fundador de una religión le sucede una comunidad religiosa organizada, con cargos y ritos sólidamente establecidos. Por último, una estructura social configurada en la tradición puede transformarse en una institución aceptable en términos racionales; tal sería el caso del poder estatal que, en ten prolongado proceso histórico, se consolidó en Europa, juntamente con sus burocracias racionalmente organizadas y sus procedimientos formales de creación de derecho.

Relaciones ente consenso fáctico y Justificación ética. La legitimación ética implica la cuestión de cómo, y en qué, puede hallar un orden estatal una justificación suficientemente fundada. La legitimación sociológica, en cambio, se refiere a la aceptación real de este orden.

Contrariamente a lo que; pudiera indicar su contraposición típico-ideal, ambas formas de legitimación no se hallan del todo: desvinculadas entre sí. La aceptación real, el consenso verdadero,, también puede justificar étnicamente a un orden estatal, si se dan dos supuestos: en primer lugar, cuando el orden político se funda en forma legítima en la autonomía moral de los ciudadanos, es decir, cuando las convicciones morales predominantes de los ciudadanos constituyen la base suficiente de legitimación de la acción estatal y, en segundo lugar, cuando el consenso en que se apoya esta acción es verdadera expresión de dichas convicciones.

Para comenzar con el supuesto inicialmente mencionado: en una sociedad abierta, la cual ha perdido la creencia en una cosmovisión y en un orden moral obligatorio para todos y dado por la autoridad, permanece la decisión de conciencia de los individuos, guiada por la razón (la "autonomía" en el sentido de Kant), como la última instancia moral a la que tenemos acceso. Así, bajo este supuesto, la convicción de conciencia de cada ser humano tendrá igual valor, y ello conduce al respeto por la participación y decisión de cada individuo en una libre competencia de las creencias (§ 28 11 1) . El principio de la mayoría ofrece, *faute de mieux*, la máxima probabilidad de que en una comunidad adquieran vigencia aquellas concepciones fundadas en la conciencia y el "sentimiento jurídico" (*Rechtsgefuehl*) del mayor número posible. Aun cuando este principio no hace efectiva en todo momento la autonomía de cada uno, se aproxima al ideal de la autodeterminación de todos y en el consenso así fundado.

Sin embargo, existe algún obstáculo para identificar de pleno consentimiento fáctico y justificación ética, ya que la opinión mayoritaria no es necesariamente expresión de la decisión de conciencia, guiada por la razón, de una mayoría. El proceso democrático no obliga al ciudadano a actuar siempre de acuerdo con su conciencia, sino que, le permite decidir en su calidad de interesado. Asimismo, existe el riesgo de que la opinión de la mayoría sea superficial, una "creencia ciega", a menudo manipulada por los intereses en juego. Esta objeción se basa en el hecho de que la aprobación democrática pueda ser manifestación de un simple interés o de hábitos de pensamiento irreflexivo, es decir, que en caso extremo no sea producto de un esfuerzo por obtener una, decisión tan justa como sea posible.

La búsqueda de legitimidad no significa que haya que consultar, sin más, la opinión de la mayoría. Para descubrir lo que una mayoría considera correcto, después de una apreciación de la situación, es preciso adoptar medidas que contribuyan a aclarar, con la mayor amplitud posible, aquello que es susceptible de un consenso. Lo anterior no viene a ser lo mismo que una "legitimación a través del procedimiento", ya que más bien se requieren medidas institucionales y procedimentales al servicio de la mayor aproximación posible a un resultado que,

por su contenido, logre un consenso en la mayoría. En este sentido, una importante regla de juego consistirá en mantener abierto el proceso de formación de la opinión. El procedimiento parlamentario, y otros de carácter estatal, también deberían ser públicos, con el fin de dar a todos la posibilidad de cerciorarse de que todo se efectúa correctamente. El deber o la costumbre de fundamentación, tal como se observa especialmente respecto de leyes, resoluciones judiciales y actos administrativos, favorece también la racionalidad de las decisiones y su posible control. El sistema representativo promueve particularmente la distancia de las decisiones frente a un compromiso concreto de intereses, así como su racionalidad y control (§ 23 1 3) . Pero, según la concepción democrática sobre la legitimidad, todas estas medidas institucionales, procedimentales y argumentativas, únicamente ponen en claro la cuestión de cuáles son las concepciones aptas para convencer a una mayoría, y así lograr su consentimiento. Los representantes están especialmente vinculados al consenso eventual de la comunidad jurídica, por lo cual deben aspirar a aquellas decisiones que, en tanto no se hayan preconstituido en la opinión pública, resulten aceptables para una mayoría, esto es, sean susceptibles de consenso.

De este modo, los representantes se hallan bajo una "presión de legitimación", es decir, están en la necesidad de justificar sus decisiones ante la comunidad jurídica.

Aun con estas reservas, subsiste la circunstancia de que las convicciones individuales sobre lo justo son la fuente última, de legitimación ética a la que tenemos acceso. A pesar de todo, estas convicciones son el punto donde la legitimación sociológica y la ética se tocan.

5.5.2. legalidad y legitimidad

La legitimación radica, ya sea en la aprobación crítica (legitimación normativa) del poder del Estado, o en un consenso real (legitimación sociológica). Por el contrario, la legalidad significa que una función determinada del poder estatal se produce y se ejerce en forma jurídicamente regulada.

Entre legalidad y legitimidad existen múltiples relaciones. Dicha conexión es evidente -bajo el aspecto de la legitimación sociológica en la creencia en la legalidad., ya descrita.

Si se considera que la creación de certeza de ,orientación y, en general, la capacidad de funcionamiento de una comunidad, implican un problema de legitimación, de aquí se derivan entonces ciertos vínculos con la legalidad. En la sociedad pluralista, es la ley positiva la que crea el grado de, certeza de orientación sin el cual aquélla no puede existir (§ 7 III) . El aparato de una legislación racional, que adapta el derecho a la rápida transformación de la situación., es también un importante instrumento para el cumplimiento eficaz de las funciones de ordenación del Estado.

Entre los aspectos clásicos de la legitimación normativa (ética) existen igualmente nexos entre la legalidad y la legitimidad: desde el punto de vista de Estado formal de derecho, se vio en el carácter general de las normas una. garantía de la rectitud (esto es, legitimidad) de un orden de la conducta, sobre todo si estas normas han sido aprobadas en un procedimiento legislativo democrático (§ 30 I 2).

En una sociedad que se ha vuelto escéptica frente a las escalas y contenidos absolutos ¿no subsisten acaso el carácter general de la ley y un procedimiento correctamente ordenado como únicos criterios de la legitimación? Ya Kant pretendía sustituir los criterios sustantivos de un recto comportamiento mediante el principio formal de la universalidad de las reglas de conducta. Por su parte, Luhmann desea que los criterios de procedimiento desplacen a, los materiales: en lugar de una legitimación por conducto de "verdades" que han perdido crédito, se produce una "legitimación a través del procedimiento", basada en el reconocimiento general de las decisiones adoptadas en un determinado procedimiento. jurídico. Se trata de un conformarse a las decisiones producidas en un sistema en funcionamiento, lo cual se requiere para estabilizar a dicho sistema. En otras palabras, a través del sistema se hace una selección obligatoria de alternativas, dentro de procesos de decisión coordinados entre sí, y los sujetos de derecho aceptan estas decisiones. De este modo se lleva a cabo un "aprendizaje" efectivo, con las menores perturbaciones posibles y centralmente regulado (Luhman 1969, 29 SS., 35) .

A esto puede objetarse que, aun en una época en que la regulación de los conflictos sociales depende en buena medida de las leyes positivas, el problema de la legitimación no puede reducirse al principio de que la ley tenga carácter general, así como tampoco a las cuestiones de procedimiento. La universalidad de una norma no garantiza que sea justa, según. ha mostrado la polémica con el formalismo ético y en la cual no hemos de ahondar aquí (al respecto, Zippelius, RPh, § 17 II) . Los principios de procedimiento, como tales, tampoco garantizan la rectitud de una norma. Es indudable .que las estructuras de procedimiento y las competencias desempeñan un papel en el establecimiento de un orden social. Los procedimientos y competencias jurídicos actúan como esquemas para canalizar y

coordinar los intereses e influencias presentes en una comunidad. Sin embargo, los procedimientos de decisión desembocan, en su mayor parte, en las cuestiones sustantivas de una regulación justa de los conflictos, por ejemplo; en el problema de decidir a cuál de los intereses en pugna corresponde, en justicia, la prioridad.. Los procedimientos mismos existen, desde un principio, en función de esta labor, ya que crean las condiciones, procesales (por ejemplo, mediante el principio *audiatur et altera pars*) b bajo las cuales cabe esperar, con mayor certeza., una decisión susceptible de consenso en cuanto a su contenido y justa en este sentido (1 3) . No obstante, queda abierta la cuestión de cuál sea el contenido adecuado de esta decisión.

Por tanto, la legitimidad posee también elementos materiales, lo que es particularmente evidente si se piensa que, a la legitimidad de la acción política corresponden exigencias como las de respeto y protección de la dignidad humana, creación de las condiciones económicas y educativas para el libre desenvolvimiento de la personalidad y la igualdad material de oportunidades.

Como consecuencia de este análisis, los elementos de la legalidad formal no bastan para definir el concepto de Estado de derecho, sino que en él se incluyen los criterios materiales de la legitimidad, en especial, la demanda de respeto por los derechos fundamentales del hombre, y que los intereses sólo sean afectados en la medida estrictamente necesaria, para la conservación de bienes más valiosos. (§ 30 I 1) .

5.6. JUSTIFICACIONES DEL ESTADO

5.6.1. la comunidad como condición para el desarrollo de la persona

5.6.1.1. Ideas fundamentales.

Aristóteles justifica la comunidad política en la naturaleza sociable del hombre, que sólo en . comunidad desarrolla plenamente su personalidad. En la *Política* (125b SS.) sostiene que el hombre es por naturaleza un ser social (*zoon politikon*), más que las abejas o cualquier otro animal gregario. Esta tendencia a formar una comunidad se manifiesta ya en que el hombre posee la palabra. Además, se distingue de otros seres vivos por su sentido de lo bueno y lo malo, lo, justo y lo

injusto e ideas semejantes. Precisamente de la participación comun en otras cosas surgen la familia y el Estado.

Si los hombres viven fuera de un orden comunitario justo, degeneran.

El hombre es el mejor de los animales cuando se ha perfeccionado y cuando se aleja de la ley y la justicia, es el peor de todos... El hombre ha recibido de la naturaleza las armas de la sabiduría y la virtud, pero puede usarlas para las cosas más opuestas. Sin la virtud, es el ser más perverso y más feroz porque sólo siente los arrebatos brutales del amor y el hambre.

El orden que hace falta al hombre, a saber, la justicia, es "cosa de la ciudad, porque el derecho es la regla de vida para la asociación, y la decisión de lo justo es lo que constituye el derecho".

La idea de que el hombre depende de una comunidad, ha sido tema constante de la teoría del Estado. En la obra de Tomás de Aquino (*De regimine principum*, I 1) aparece el hombre como un ser vivo mal adaptado: "Pues la, naturaleza, misma proveyó a otros animales de sustento, de cubierto por la piel, defensa en los dientes, cuernos, uñas o por lo menos en la velocidad de su fuga." El hombre, en cambio, debe servirse de la razón, y de la industria de sus manos, pero también de la ayuda de otros hombres, porque la fuerza del individuo no basta para alcanzar sus fines. Asimismo, la carencia de instintos obstaculiza la autosuficiencia del hombre. "Otros animales más fácilmente están provistos de instinto para captar todo lo que les es útil o nocivo", por ejemplo, las plantas comestibles o curativas. Para superar estas carencias., los hombres necesitan no solamente de su razón, sino también de sus congéneres, ya que el individuo es incapaz de proporcionarse todos los conocimientos requeridos.

La imbecillitas, esto es, la dependencia de otros figura en la obra de Pufendorf como una de las bases antropológicas del derecho natural y del Estado. Anticipándose al Robinson de Defoe, Pufendorf se imagina a alguien en una tierra deshabitada, para mostrar con ello el desamparo del ser humano abandonado a sus propios recursos, y la necesidad de la convivencia social (*De officio hominis*, I 3 § 3, 7 II I- § 4; *De jure -naturae et gentium*, II 3 § § 14 SS.). Ahora, en la época de la teoría contractualista, la libre convención se presenta como instrumento para establecer una comunidad estatal (véase, *infra*, I 7 III 1)..

Sin embargo, queda por resolver la cuestión de si el desarrollo de la personalidad presupone, en estricto sentido, una comunidad estatal o bien si puede tener lugar en una comunidad no estatal. Marx opinaba que el hombre necesita de la comunidad para desarrollarse, porque solamente en ella dispone el individuo de "los medios para desplegar sus aptitudes en todas direcciones; sólo en la comunidad se hace posible la libertad personal... En la verdadera comunidad, los individuos adquieren su libertad., a un tiempo en y a través de su asociación" (MEW 3, 74) . Es función de la sociedad brindar las condiciones para el desenvolvimiento de la persona, para "el desarrollo de las fuerzas humanas, el cual se tiene por fin en sí mismo". (MEW 25, 828), para la actividad vital de un hombre pleno, que ha superado la estrechez de la división del trabajo y que ya no está limitado a un ámbito de vida impuesto (MEW 3, 33, 424) . Pero el marxismo confía en que las condiciones óptimas de desarrollo se den precisamente en un orden social no estatal (§ 18 IV), es decir, en un orden social libre de "toda violencia organizada y sistemática," (Lenin).

5.6.1.2. Consecuencias para la estructura de la comunidad.

Si la comunidad tiene su justificación en que hace posible el desarrollo de la personalidad, entonces su estructura debiera ser tal que garantice, en medida óptima, este desarrollo. Naturalmente esto deja abierta la cuestión ética de lo que pueda ser este desenvolvimiento óptimo de la personalidad. En todo caso, el Estado no diferenciado, nivelador, no hará justicia a esta exigencia. Ya Aristóteles había advertido la sombra amenazante del Estado que todo lo iguala (Política 1261, 126ab).

Del postulado de la mayor autodeterminación posible se deduce como principio estructural el de subsidiariedad, esto es, que las comunidades de mayor jerarquía deban ocuparse sólo de las tareas que las más pequeñas y subordinadas no puedan realizar tan bien, o mejor. Cuanto más pequeña es una comunidad, tanto mayor es la participación del individuo en la formación de la voluntad comunitaria. Mientras mayor sea el poder de decisión en manos de las comunidades inferiores, también lo será el grado con que puedan afirmarse los individuos en la vida, comunitaria (cfr. también 23 III).

Las experiencias obtenidas de una sociedad industrializada, que funcionaliza al individuo y destruye cada vez más sus vínculos estrechos y personales con la comunidad, nos llevan, particularmente hoy día, a la exigencia de crear ámbitos de vida descentralizados y abarcables que integren al individuo en formas varias. Éstos serían ámbitos en cuyo modo de vida tendría el individuo participación y

responsabilidad (§ 7 III 3) . La inquietud frente a las burocracias todopoderosas, centralizadas, impersonales y distanciadas del ciudadano, apunta también en dirección de la descentralización (§ 25 III) . Finalmente, debe asegurarse a las minorías, a las étnicas en particular, un margen de desarrollo y existencia propia, mediante la creación de ámbitos de vida autónomos, para evitar el predominio de la mayoría (§ 11 III).

Sin embargo, los postulados de pluralidad. ,y autodeterminación no pueden radicalizarse. Más bien es preciso hallar un compromiso entre la multiplicidad y la autorrealización más amplias, por un lado, y por el otro, la necesidad de crear un contexto organizativo general y una compensación coordinada de intereses. La comunidad más elevada debe intervenir exclusivamente cuando es necesario, es decir, subsidiariamente. La "fórmula organizativa del compromiso" radica en la construcción federativa del Estado y de la sociedad (§ 38):

El principio de subsidiariedad requiere ser entendido como principio estructural general. Sobre toda, no debe reducirse a la relación entre federación y entidades federativas, como gustan hacerlo algunos "federalistas", según el difundido modelo del "federalismo hacia afuera, centralismo hacia adentro". El principio de subsidiariedad tampoco admite que se le limite a la organización del Estado en sentido estricto, sino que debe aplicarse en las esferas económica., cultural y en otros ámbitos sociales.

En las palabras de la doctrina social católica

...como es ilícito quitar a los particulares lo que con su iniciativa y propia industria pueden realizar para encomendarlo a una comunidad, así también es injusto, y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación del recto orden social, abocar a una sociedad mayor y más elevada lo que pueden hacer y procurar comunidades menores e inferiores... Todo influjo social es... subsidiario; debe prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, nunca absorberlos y destruirlos (Encíclica Quadragesimo anno, 191, núm. 79) .

5.6.2. el Estado como orden de protección y paz

Hasta ahora quedó abierta la cuestión de si a la naturaleza humana le basta una comunidad simple o bien, si se requiere un poder estatal investido de fuerza coactiva.

Ya en los inicios de la historia de las teorías políticas, surgió la idea de que los hombres se integraron; en una comunidad sometida a las leyes, para protegerse de la injusticia mutua (Platón, La República, 359) .

La creencia de que, aparte de la simple comunidad (I 1) se justifica, y hasta es necesaria, una comunidad investida con el poder coactivo del Estado, para defender de si mismos a los hombres, destacó especialmente en las cruentas guerras civiles y de religión en los siglos XVI y XVII. No es obra de la casualidad que Bodin proclamara la idea de la soberanía en tiempos de la guerra contra los hugonotes y de las luchas por el poder entre los estamentos y el rey (§ 9 II) .

La doctrina del Estado de Thomas Hobbes (1588-1679) está impregnada, en forma similar, por los sucesos de su época, pues en esos años la Guerra de los Treinta Años devastaba a Alemania. El propio Hobbes hubo de abandonar su país durante los disturbios constitucionales que más tarde desembocarían en las guerras civiles inglesas. Frente a sus ojos se yergue, amenazadora, la imagen de la guerra, de todos contra todos (De cive, cap. 1, núm. 12) , al cual, en su concepción, llevaría a la abolición completa del poder del Estado. En tal situación, entendida sólo como hipótesis (De cive, prólogo), el egoísmo y el miedo llevarían al centro. Homo homini lupus o (De cive, dedicatoria), el hombre es una presa codiciable para su prójimo cuando desaparece el temor ante el poder coactivo. Esta comparación con un lobo encierra un profundo pesimismo, pero Hobbes no era el único que desconfiaba de la naturaleza humana. Apenas un siglo antes, la doctrina de la Reforma sobre el pecado original, habla mostrado la oscura imagen de la natura corrupta de los hombres, su maldad intrínseca por el pecado. Hobbes ve confirmado su pesimismo en la experiencia diaria. A quien lo dude, le pide considerar

que cuando emprende una jornada, se procura armas y trata de ir bien acompañado; cuando va a dormir cierra las puertas; cuando se halla en su propia casa, echa la llave a sus arcas, y todo esto aun sabiendo que existen leyes y funcionarios públicos armados para vengar todos los daños que le hagan. ¿Qué opinión tiene así, de sus conciudadanos, cuando cabalga armado; de sus vecinos, cuando cierra su puerta; de sus hijos y sirvientes, cuando cierra sus arcas? (Leviatán, cap. 13; De cive, prólogo).

De imaginarse una comunidad que careciera completamente del poder estatal, necesariamente nacería en ella un profundo anhelo de orden y paz. Para garantizar la defensa contra los enemigos externos e internos y para permitir que los hombres gocen en paz del producto de su actividad y de los frutos de la tierra, se requiere de un poder común sobre los individuos:

La razón ordena crear dicho poder común, al transferir cada quien todo su poder y voluntad a uno o varios hombres. De tal suerte se unifica la voluntad de todos y la multitud así unida en una persona, forma un Estado (Leviatán, cap. 17).

El detentador del poder en el Estado recibe su autoridad de los mismo súbditos: "Una multitud de hombres se convierte en una persona, cuando está representada por un hombre o una, persona, de tal modo que ésta puede actuar con el consentimiento de cada uno de los que integran esta multitud en particular." En este contexto, elabora Hobbes una interpretación sutil del concepto de "autoridad" : los representantes se apoyarían en la "autoridad" de los representados, cuando éstos reconocen como propios (como autores) los actos del representante (Leviatán cap. 16.) . Desde aquí no había más que un paso a una teoría democrática de la representación, según la cual, la legitimidad de los actos de representación depende de que la mayoría de los ciudadanos esté dispuesta a aceptar, de continuo, las decisiones del Estado y a identificarse con ellas.

Pero Hobbes no da este paso. Debido a la importancia primordial de la garantía del orden, el gobernante, una vez electo, no depende en lo sucesivo de la participación y del consentimiento de los ciudadanos. El Estado que éstos han creado es el gran Leviatán (cfr. Job 413, 25 SS.; 41) , el dios mortal. El poder soberano se unifica en manos del gobernante ya instituido; todos los demás son, incondicional e irreversiblemente, sus súbditos (Leviatán, cap. 17; cfr., también, De cive, cap. 5, num. 6 y SS.).

Hobbes no niega que la situación de los súbditos que se han entregado en manos del gobernante en la prosperidad y en la adversidad, sea realmente precaria, pero esto es el menor de los males, si se tiene en cuenta que

la condición del hombre nunca puede verse libre de una ú otra incomodidad,

y que lo más grande que en cualquier forma de gobierno puede suceder, posiblemente, al pueblo en general, apenas es sensible si se compara con las miserias y horribles calamidades que acompañan a una guerra civil, o a esa disoluta condición de los hombres desenfrenados, sin sujeción a leyes y a un poder coercitivo que trabe sus manos, apartándolos de la rapiña y de la venganza (Leviatán cap. 18).

La antropología moderna corrobora en sus puntos esenciales las suposiciones de Hobbes, ya que una cierta disposición al comportamiento agresivo forma parte del programa biológico del hombre. Conforme al modelo biológico heredado, esta disposición instintiva se actualiza en las pugnas por territorios y dominios; en las

luchas jerárquicas y en las rivalidades sexuales y de otro tipo; al parecer, también es innata la reacción defensiva frente a los extraños al grupo, o frente a los miembros de éste, cuya conducta o apariencia se desvía de lo normal. Los frenos naturales no bastan para controlar las agresiones entre los, hombres, por lo que debe sometérselas al control de las instituciones, es decir, organizaciones artificiales que contribuyan. a la regulación de la conducta. Estos controles no deben asegurar sólo la mera supervivencia de. la especie, sino también la vida civilizada (cfr., también,7 II). Para éste fin bastan, en buena medida, los controles no coactivos de la agresión (educación, reglas de la moral, reorientación en competiciones). Pero en tanto que éstas no logren proteger del todo a los individuos de los actos de violencia, debe garantizarse institucionalmente, a través de un poder superior, la defensa del grupo contra tales agresiones.

5.3.6. la justificación democrática del estado

Jean Jacques Rousseau (1712-1778) vivió una situación política completamente opuesta a la que presencié Hobbes. La concentración del poder en manos de un solo individuo que recomendaba Hobbes era ya una, realidad en el absolutismo, pero, mientras tanto, se advertía ya el reverso de esta forma, de gobierno. En las cortes de los príncipes reinaban la ostentación, la disipación, la inmoralidad y la arbitrariedad; los súbditos sufrían los efectos del paternalismo, incluso en asuntos de religión, así como de gran injusticia y miseria. En la época de Jean Jacques Rousseau, en vez del orden interno, del que disfrutaban en exceso, eran deseables otros valores: La libertad, la igualdad, la justicia social. Y estas ideas, que flotaban en el aire, se asentaron en la teoría del .Estado de Rousseau.

Todo hombre nace libre y dueño de si mismo, pero Rousseau reconoce también la necesidad del orden estatal, porque éste contribuye a la conservación del individuo (Contrato social, II 5) y procura la protección y defensa., con toda la fuerza de la comunidad, de la persona y el haber de cada miembro de ella (C. s., I 6) . En este sentido no se añade algo positivo a las causas de legitimación ya conocidas (véase supra, 1 1, 11).

Ya que el orden comunitario se considera indispensable, adquiere importancia esencial la tarea de conformarlo en libertad, para que en -él se realice un máximo de autodeterminación, es decir, un mínimo de coerción heterónoma. Para Rousseau, el problema consiste en descubrir "una forma de asociación. . . por la cual cada uno, uniéndose a todos los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por tanto, tan libre como antes" (C: s., 1 6) ; una tarea, según el dicho: "lava mi piel, pero no me mojes". Rousseau cree que la solución consiste en

que un pueblo de hombres libres no otorgue el poder del Estado a un tercero, a un soberano, como enseñaba .Hobbes, sino que lo asuma él mismo.

5.6.3.1. Antiguos conceptos de democracia.

La idea democrática de que el poder de dominación reside en el pueblo, no es una invención de la era moderna, puesto que la Antigüedad ya estaba familiarizada con el tema. Según Aristóteles, en el Estado democrático, un elemento esencial, de la libertad del ciudadano consiste en que éste "gobierna ,y es gobernado alternativamente". La libertad es la misma para todos, ya que, si ello es posible, no se obedece a nadie o se obedece en forma alternada (§ 34 1 1) .

En la Edad Media, el pensamiento democrático conservó un modesto capítulo en la doctrina del contrato político y, en relación ésta, la concepción del derecho de resistencia (~ 1'5 11) .

Marsilio de Padua (ca. 1275-1342) ofrece, en su obra Defensor pacis, una teoría más elaborada de la democracia. Sostiene que es distintivo de una buena Constitución el ejercicio del gobierno con la voluntad y el consentimiento de los gobernados (I 9, § 5). "La fuerza. y la autoridad del gobierno descansan sobre la voluntad claramente manifiesta del pueblo" (111 3) . En el pueblo reside, ante todo, el poder legislativo. "El pueblo ó la suma de los ciudadanos o su porción más poderosa; (valencior), es el legislador o la primera y verdadera causa eficiente de la ley" (1 12, § 3) . Por tanto, es dicho conjunto el que mejor puede apreciar y perseguir el bien común (I, 12; § 5) . Además, una ley así aprobada tiene la mayor posibilidad de ser obedecida por todos (1 12, § 6).

En los comienzos de la edad moderna, la idea .democrática recibió nueva vida principalmente a través del pensamiento contractualista, . La noción de que el poder estatal tiene la base de su legitimidad en la conformidad (en el "consenso") de los sometidos a él, halló en la doctrina iusnaturalista del contrato político una expresión que ha influido hasta la concepción actual de la democracia: cada vez más se impuso la costumbre de entender al Estado no como institución divina y dada de antemano, sino como una provechosa creación del hombre resultado del acuerdo entre los seres humanos.

Ya Althusio (1557-1638) enseñaba que los derechos de soberanía corresponde "a la comunidad de vida de la colectividad". El gobernante, a quien el pueblo confía el

supremo poder,. no es sino "el administrador, el gestor de negocios y el conductor" de este poder (Política methodice digesta, prefacio). Grocio (1583-1645) creía hallar un principio del derecho natural en el stare pactis ya que "aquellos que se asocian en una comunidad y que se someten a uno o varios, han prometido expresa o tácitamente . . . obedecer lo que hubiera determinado la mayoría de los asociados o aquellos a, quienes se haya confiado el poder" (De jure belli ac pacis, prefacio, núm. 15 s.) . De acuerdo con la doctrina de Pufendorf (16321694) una comunidad estatal se crea mediante el libre acuerdo. Aquí distinguía él entre un contrato de unión, por el cual los individuos se asociarían con el fin de crear un Estado, un decreto mediante el cual fijarían la forma de Estado (forma regiminis) de su comunidad, y un contrato de sumisión, por el cual confiarían a un jefe el poder de gobernar. Tales contratos no se celebrarían siempre de manera expresa, sino que también bastaría ya el sometimiento tácito al Estado, en el caso de quienes nacen o se establecen en su territorio (De jure naturae et gentium, VII 2 §§ 7 y 8).

En el mismo siglo Spinoza nos da una formulación clásica --con frecuencia olvidada- de la idea democrática. La democracia, escriba él en su Tratado teológico-político, es la más natural de las formas de gobierno, porque

es la más propia a la libertad que la naturaleza da a todos los hombres... en este Estado nadie transfiere a otro su derecho, sino que le cede en favor de la mayoría de la sociedad entera, de que es una parte. Por este medio todos vienen a ser iguales como antes en el estado natural (cap. 16) .

Poco después, en sus Two Treatises of Government, sostenía Locke (16321.704) la tesis de que nadie tiene el poder de dictar leyes a una sociedad "sino por consentimiento de ella y autoridad de ella recibida. . . " (II, F§ 134) . En última instancia, es el pueblo el titular permanente del supremo poder en el Estado: "la comunidad retiene perpetuamente el supremo poder". Esto es así, porque "siendo el legislativo por modo único, poder fiduciario para la consecución de ciertos fines, permanece todavía en el pueblo el supremo poder de remover o alterar el legislativo, cuando descubriere funcionar éste contrariamente a la confianza en él depositada" (II, § 149) . Montesquieu (16891755) llevó más lejos esta idea (Dei espíritu de las leyes, XI 6) : "Como en un Estado libre todo hombre debe estar gobernado por sí mismo, sería necesario que el pueblo en masa tuviera el poder legislativo." Sin embargo como realista que era, agrega: "siendo esto imposible en los grandes Estados y teniendo muchos inconvenientes en los pequeños, es menester que el pueblo haga por sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo".

5.6.3.2. La doctrina de Rousseau.

Sólo con Rousseau experimentó la idea democrática la depuración, e incluso exageración, que de ordinario se requieren para que una idea política adquiera carta de naturaleza en la conciencia común. La tarea que se había impuesto Rousseau consistía en hallar una forma de sociedad en la que cada uno "no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por tato, tan libre como antes". Como solución propone que "cada cual ponga en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general. . ." Mediante la `unión surge un "yo común", que recibe vida y voluntad a través de las asociados en la comunidad (C. s., 1 6) . En este caso, la función de la idea del contrato no es la de desentrañar el origen histórico del Estado, sino la de legitimar su poder; ya que se acepta la necesidad de su existencia, los individuos se inclinan libremente ante la voluntad general, en cuya formación todos participan. Según esta teoría política, el individuo participa activamente. en la formación de la voluntad del Estado y, a la vez, está sometido a ella. El conjunto de los gobernantes es idéntico al de los gobernados. "El pueblo sumiso a las leyes, debe ser su autor; corresponde únicamente a quienes se asocian arreglar las condiciones de la sociedad" (C. s. 11 6) .

Una. democracia directa omnicompetente, correspondía al ideal rousseauiano. Sin embargo, Rousseau se vio precisado a hacer algunas concesiones, ya que "no es posible que el pueblo permanezca incesantemente reunido para ocuparse de los negocios públicos..." Sólo un Estado muy pequeño y simple podría aproximarse a una democracia directa, pero, como tuvo que reconocer Rousseau mismo "tomando la palabra en su rigurosa acepción, no ha existido ni existirá jamás verdadera democracia". Este ideal no puede darse entre los hombres: "si hubiera un pueblo de dioses, se gobernaría democráticamente. Un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres" (C. s., 111 4). Así parece que el concepto de la democracia se diluye en una utopía.

En todo caso subsiste como exigencia política. real la proposición de que el pueblo sea representado en el poder ejecutivo, pero no en la legislación (C. s., 111 15) . Aun limitándose a la legislación, la democracia directa sería factible exclusivamente en los Estados pequeños, en los que puede reunirse la ciudadanía entera para deliberar y votar cada ley y en los que, además; el derecho, las condiciones económicas y políticas son tales que permiten a cada quien conocer el avance de su voto; un modelo de Estado, en fin, que hoy resulta utópico, en vista de la vastedad y la complejidad de las modernas estructuras económicas y sociales. La Revolución francesa, bajo la dirección del abate Sieyes, renunció a este punto del programa de Rousseau y optó por una, voluntad general representativamente constituida (§ 23 1) .

Aun haciendo a un lado esta necesidad práctica de la representación, no sería posible realizar plenamente el ideal de la autodeterminación de todos porque, incluso en una democracia directa, no podría evitarse la sujeción de la minoría a la voluntad mayoritaria, es decir, la minoría no determinaría por si misma la ley de sus actos. Rousseau advirtió esta sombra que empañaba su ideal de la autodeterminación democrática y trató de eliminarla mediante la discutible suposición de que en la mayoría de votos se expresa la voluntad general (volonté générale) (C. s., IV 2) y que ésta, a su vez, representa el interés común, es decir, aquel sector "en el que todos concuerdan" (C. s., II 1, 3) . Los integrantes de la minoría se equivocan sobre la verdadera voluntad general y, por tanto, sobre el verdadero interés común (C. s., IV 2) , con el cual coincide también su verdadero interés particular; la mayoría simplemente le "obligará a ser libre" (C. s., . I 7) . Los defectos de esta argumentación saltan a la vista: es de un optimismo mal fundado suponer como privilegio de la mayoría el conocimiento del verdadero interés común y que, en el punto en el que convergen los intereses mayoritarios, residen también los intereses reales de la minoría. John Stuart Mill afirmó escuetamente: "La voluntad del pueblo significa, en el sentido práctico, la voluntad de la porción más numerosa y más activa del pueblo, la mayoría o de los que han conseguido hacerse pasar como tal mayoría. Por consiguiente, puede el pueblo tener el deseo de oprimir a una parte del mismo." Es por ello que se requieren garantías de la libertad frente a la mayoría (véase infra 30 I 1).

Rousseau convirtió la libertad del individuo, parcialmente al menos, en una libertad conformista, en una libertad en unísono con la volonté générale. Pero, si a alguien se le impone dicha libertad conformista, ya no puede decirse que sea tan libre "como antes". Así se demuestra que el intento de Rousseau de armonizar la libertad individual originaria con el orden estatal no se resuelve sin contradicciones.

5.6.3.3. La democracia y la idea de autonomía.

La idea democrática experimentó una profundización a través del concepto de autonomía de Kant (1724-1804) . Al lado de la autodeterminación como postulado político se plantea la autodeterminación como principio moral. Es posible establecer un vínculo entre ambas: En la democracia la formación de la voluntad política puede (y debe) tener sus raíces últimas en las decisiones de conciencia, guiadas por la razón, de cada ciudadano. Así, la democracia aparece como la forma de Estado que concede a la autonomía individual la oportunidad más amplia para desenvolverse también en la esfera política, y que respeta la dignidad humana en el mayor grado posible (§ 16 I 3) .

Siguiendo también la concepción de Kant, el poder legislativo "no puede pertenecer más que a la voluntad colectiva del pueblo" (Metafísica de las costumbres I, § 46) . La guía de esta voluntad popular no sería el interés común, como en Rousseau, sino un principio de la razón que reclama la coexistencia de la libertad de los individuos, de acuerdo con una ley universal. Si todos los hombres poseyeran siempre una percepción racional, clara y concordante sobre la conducta correcta, también coincidirían sus principios de conciencia. El derecho regularía externamente el comportamiento, según lo ordena la conciencia. Sin embargo, no es posible llevar íntegramente a cabo esta convergencia de la autonomía individual y el derecho legislado de carácter general, aun suponiendo que las leyes fueran expedidas de buena voluntad. La experiencia cotidiana enseña que las convicciones individuales no siempre concuerdan, sino que conducen a máximas de conducta opuestas. Por este motivo, el derecho, que debe delimitar externamente los ámbitos de libertad de, los hombres entre sí, _ no puede funcionar como esquema de coexistencia plena de las autonomías individuales (Zippelius, Gesch, cal). 16 e, d).

5.6.3.4 Sobre la actualidad de la idea democrática.

¿ Qué queda de la idea democrática en la realidad constitucional contemporánea de una democracia representativa, gobernada y administrada centralmente? Sin lugar a dudas no es posible realizar plenamente, sobre todo en la comunidad política, el ideal de una autodeterminación irrestricta de cada uno en la convivencia con los demás.

Una razón de ello radica en la necesidad de dejar en manos de los órganos representativos una gran parte de las decisiones estatales. Esto contribuye, por un lado, al desempeño, mediante división del trabajo; de las funciones del Estado y a un cierto perfeccionamiento de la formación de la voluntad estatal (§ 23 I 3) . Por el otro lado, el sistema representativo produce una cierta "voluntad propia", que no pocas veces se aparta del "consenso más amplio posible de todos" (§ 23 I 1) .

La otra razón reside en la ineludibilidad de las decisiones por mayoría. Puesto que no es alcanzable una coincidencia total de todos en todas las cuestiones, también en donde el pueblo decide el principio de mayoría es practicable como la "segunda mejor" solución, como la mayor aproximación posible al ideal de la autodeterminación de todos y en un consenso de todos fundado en ésta. Sin embargo, el principio de mayoría ha sido visto siempre con escepticismo.

Nada es más repulsivo que la mayoría (escribió Goethe), pues está formada por unos cuantos precursores fuertes, por pícaros que se acomodan, por débiles que se asimilan, y por la masa, que los sigue sin tener la menor idea de lo que quiere (Máximas y reflexiones).

En la realidad no es seguro que las decisiones por mayoría en cuestiones de la justicia y la política sean adoptadas sólo sobre la base de la conciencia del derecho y no sobre los intereses personales o sobre opiniones y estados de ánimo superficiales y manipulados. Pero aún si se toma en cuenta la posibilidad de que la mayoría "no siempre tenga razón" y el peligro de que ésta en ocasiones decida más incorrecta e injustamente que una minoría o un individuo, queda, sin embargo, sin solución la pregunta de cuáles sean los criterios heterónomos ----es decir, separables de la conciencia de los individuos- per los cuales ha de determinarse, quien posee una "verdad mejor".

Todas estas objeciones no privan de su fuerza legitimadora ni de su función orientadora al modelo de la democracia - el que la formación de la voluntad ha de tener, en última instancia, sus raíces en las decisiones de conciencia, guiadas por la razón, de los ciudadanos. Ahora bien, resulta necesario perfeccionar: de tal modo el, proceso democrático que se aproxime lo más posible a dicho modelo y sean reducidas las influencias negativas. Por. ello, en la, democracia representativa. del, Estado de .derecho existen providencias institucionales y procesales que sirven ,para "aclarar" las decisiones susceptibles de. consenso y aproximarse al ideal del consenso fundado en la razón: en especial, un proceso abierto de formación de opinión; el deber dé fundamentar las decisiones estatales en forma susceptible de revisión racional; la creación de instancias de decisión y control que, sobre todo la jurisdicción, sé desenvuelvan a la mayor distancia. posible de un compromiso con, intereses u opiniones concretos (f§ 26 1 3; 27 11). No en último lugar debe pugnarse porque los órganos representativos - particularmente los de decisión "política"- se "retroalimenten" con la aceptación de la mayoría, sobre todo mediante elecciones periódicas que ofrezcan al pueblo alternativas personales y programáticas relevantes, con la oportunidad de sustituir a los gobernantes del momento y sus programas (§ 23 II 3) . Los órganos estatales inferiores deben ser legitimados por el pueblo, al menos en forma mediata (~ 14 II).

Quien desee transformar el "dominio de la mayoría" en la base de la acción estatal, no debe perder de vista los límites fundamentales que son inherentes al principio de mayoría., el cual no comprende la facultad de suprimir las condiciones sobre las cuales se basa, -a saber, el respeto por la dignidad humana y, en consecuencia, el derecho igual y. permanente de cada uno a la participación; éste encierra a la vez la, oportunidad de que las opiniones minoritarias de hoy se

conviertan .en opiniones mayoritarias mañana (f I 26 II 2; 28 II 1) . Aparte de esta garantía mínima pueden existir normas superiores (aprobadas por mayoría) que pongan límites a otros acuerdos de menor jerarquía de la mayoría. Así, por ejemplo,. los, acuerdos mayoritarios del legislador se encuentran limitados por las garantías de los derechos fundamentales de la constitución.

De la idea de que un orden estatal y jurídico debe apoyarse, en el consenso de todos los sometidos a él, se desprende otra consecuencia

Si bien no puede evitarse que un ciudadano tenga que . obedecer ocasionalmente .una ley. que no cuenta con su aprobación, pero tolerará nolens voleas d tales divergencias ineludibles mientras esté de acuerdo, en términos generales, con su Estado. Sin embargo, cuando existe un desacuerdo de principio con el Estado, el ciudadano debe poder abandonar ese sistema político. (cfr. E. de Vattel,. Le droit des gens, 1758, I § 223).

Esta es la raíz filosófico-política de la libertad de residencia, que debe comprender necesariamente la libertad de emigrar, como prueba extrema de que, un Estado respeta todavía la porción más, elemental de la. autodeterminación política de sus ciudadanos, a saber, la libertad de separarse de un Estado que en general ya no se acepta., y emprender un camino propio.

5.6.4. la justificación de las manifestaciones y los programas específicos del estado

Cuanto más se desplaza el planteamiento de la justificación. del Estado en general hacia la justificación de las manifestaciones y programas específicos del mismo, tanto más decrece, por lo común, el grado de acuerdo intersubjetivo y tanto más se cae en el campo de las opiniones relativas. Aquí es donde se abre el amplio espectro de los ideales políticos y sus contradicciones, y donde también se sucumbe fácilmente a la tentación de aceptar en cierto modo como sobreentendidos, las condiciones y el mundo conceptual, tanto sociales como políticos, del medio en que se ha, nacido. Muchas veces la cuestión decisiva radica en determinar qué fines han de realizarse, y en qué medida.

5.6.4.1. Conflictos de objetivos.

Aun partiendo de la base, como aquí, de que en y a través del Estado deben realizarse los fines del individuo, en especial los que conciernen al desarrollo de la persona, al bienestar, la seguridad y la autodeterminación, permanece la tarea de precisar con mayor detalle estos fines. Aun cuando el Estado exista en función del bienestar de los hombres, se plantea la cuestión de en qué consista la felicidad del individuo y en dónde se halle "el paraíso. verdadero del pueblo". Ello se refleja, por ejemplo, en algunas controversias: de, si los medios públicos de comunicación masiva han de ofrecer espectáculos circenses o, más bien, si deben cumplir con una misión educativa.

No sólo deben determinarse en detalle los diversos fines, sino, más que nada, establecer una justa proporción entre ellos. Se trata, pues, de delimitar, cuando están en pugna, una pluralidad de fines .que por si solos se estiman legítimos. Del Estado se espera que proteja los intereses más variados, los que con frecuencia entran en conflicto. Así, por ejemplo, el interés en una irrestricta libertad individual de acción puede entrar en. conflicto con los intereses en la regulación del Estado social a el orden. interno ,y la paz jurídica, por lo que debe decidirse en qué modo y en qué medida ha de satisfacerse el uno u otro interés.

Así, se plantea el problema de los fines que debe perseguir el Estado y la medida en que debe hacerlo. A esta cuestión no puede dársele respuesta con argumentos inmutables y universalmente válidos en toda época, sino que, lo mismo que el tema, de la justicia en general, más- bien se plantea una y otra vez al transformarse la situación histórica. Pero en ocasiones se encuentra en las representaciones socioéticas predominantes de la comunidad, una base más amplia para un acuerdo intersubjetivo parcial incluso en cuestiones concretas de la política, en especial sobre lo que deba ser el compromiso óptimo y la ponderación más objetiva de determinados intereses y fines en contradicción (cfr. Zippelius, RPh, § 17 I I) .

Pero cuando no hay tal base, será inevitable tener que arriesgar y elegir "de acuerdo cc.n las propias conciencia y visión personal del mundo" y, al tomar partido, lesionar frecuentemente el uno u otro valor (M. Weber, WL, 150, 608) . Para caracterizar la tragedia insoslayable de tener que tomar partido, empleó Max Weber la sugestiva imagen de un politeísmo de los valores, a los que comparó con los antiguos dioses porque también luchan por ser reconocidos: hoy día están "desmitificados y convertidos en poderes impersonales, salen de sus tumbas, quieren dominar nuestras vidas y recomienzan entre; ellos la eterna lucha" (WL, 605) . La vida no es una operación aritmética lisa y llana, sino que nos enfrenta a

"la imposibilidad de unificar los distintos puntos de vista, que, en último término, pueden tenerse . . . y, en consecuencia, la imposibilidad de resolver la lucha entre ellos y la necesidad de optar" entre unos y otros (WL, 608) .

No obstante, en una etapa determinada de la historia constitucional no se somete a decisión todo el espectro de "los puntos de vista que, en último término, pueden tenerse", sobre los fines y la configuración legítima del Estado, puesto que en el ethos social dominante de los pueblos se han preconstituido ya decisiones esenciales sobre los fines políticos y formas de dominación cuya legitimidad entra en consideración. Así, por ejemplo, en una época de democracia, no se discute en lo absoluto la legitimidad de la monarquía absoluta, forma de Estado que pudo parecer válida hace doscientos años.

5.6.4.2. Del progreso contra la conservación, en particular.

Quizá también sea necesario elegir entre estabilidad y adaptación del sistema social. Aquí se plantea, por tanto, la cuestión de lo que puede ser de mayor importancia: la certidumbre de las bases tradicionales de la disposición social (la certeza de orientación), o la adaptación del sistema de reordenación al cambio en las condiciones de vida y a las concepciones dominantes sobre la estructura social óptima. En términos usuales, esto implica la elección entre la tendencia conservadora, y la progresista:

El conservadurismo pretende salvaguardar, en lo posible, los modelos del orden tradicional. En su favor pueden aducirse reflexiones como las siguientes: la continuidad, la estabilidad, la certidumbre del orden existente, en una palabra, la seguridad de orientación, son el fundamento esencial de toda regulación y satisfacen una necesidad humana básica. Lo tradicional es en buena parte el producto de las experiencias históricas, pues en todo caso ya ha comprobado su viabilidad. Finalmente, la recepción de los modelos de conducta ya ensayados simplifica la elección de un comportamiento y reduce la presión en la toma de decisiones.

Por el contrario, desde la perspectiva de un programa progresista, los modelos sociales de conducta deben adaptarse, con la mayor celeridad posible, a las transformaciones de las condiciones de vida, es decir, debe buscarse el mayor grado posible de innovación; el futuro deberá planearse y la comprensión que se vaya logrando sobre el mejor modelo del orden social humano debe traducirse en hechos tan pronto sea posible.

¿ Se debe optar por el progreso y el cambio o por defender el orden existente?
¿Se debe accionar o reaccionar? Como en la mayoría de los problemas políticos, la respuesta apropiada no radica en una simple disyuntiva: de un lado, el progreso técnico y el cambio social requieren una adaptación de los modelos sociales de ordenación y de los jurídicos en particular, que en su configuración tradicional cumplen inadecuadamente su función o son causa de daños e injusticias. Por el otro en una comunidad insegura y casi abrumada por la complejidad y el cambio acelerado de las situaciones que han de regularse, es necesario conservar las instituciones ya experimentadas, con el fin de preservar tanta certeza de orientación y descarga como sea posible. Así, el progreso se efectuará prudentemente, de tal manera que las regulaciones, e instituciones anticuadas, cuyo funcionamiento se demuestre inapropiado, dañino o injusto, sean cambiadas paulatinamente por mejores alternativas, sopesadas a fondo, y bajo un control permanente del éxito obtenido (cfr. también § 35 I I) .

Existe evidentemente una conexión entre la tendencia ,al cambio y la inseguridad, por una parte, y entre la certeza de orientación y la solidificación de las estructuras sociales, por la otra. Con el tiempo, la inseguridad se torna tan insoportable como la parálisis misma. En la gran perspectiva histórica, parecen alternarse épocas en que predomina ya una disposición al avance, ya una necesidad de consolidación; épocas en las cuales destaca más la tendencia hacia la innovación, al cambio y la reforma, y en otras, la necesidad de estabilidad y la recuperación de la certeza de orientación. He aquí otra de las antinomias que impulsan a la vida y la acción y dentro de las cuales debe buscarse continuamente la medida útil.

5.6.4.3. La legitimidad de la política concreta..

El poder del Estado se ve continuamente incitado por las cuestiones concretas de la política a adaptar el orden social, en la medida justa, a la transformación del conocimiento y demás condiciones históricas, así como a decidirse por determinados fines y, más que nada, por una compensación razonable entre éstos: por ejemplo, por determinadas formas y grados del desarrollo de la personalidad; por determinados principios según los cuales se delimite la libertad de uno, frente a, la del otro (§ 34), así como por una proporción equilibrada entre la reglamentación estatal y el desenvolvimiento propio del individuo (§ 35 IV).

Las decisiones de la Constitución sobre determinados fines fundamentales del Estado, sobre los principios del derecho y el orden (Estado social y de derecho, garantías de los derechos fundamentales, división de poderes, etcétera, § 8 11), son manifestación de las representaciones específicas que una determinada

comunidad jurídica, tiene del orden y la justicia, en una situación histórica dada: en parte como consagración de las concepciones socioéticas y políticas dominantes, y en parte como decisiones orientadoras (Zippelius, RPh, § 22 111) . -Desde esta perspectiva, la forma misma del Estado y los modelos subordinados de ordenación social resultan ser esquemas de organización más o menos afortunados, para lograr una compensación justa y óptima (según lo conciba esta comunidad estatal) de los intereses existentes, y para la mejor realización posible de los fines específicos que se han marcado en dicho Estado.

En este contexto se integra la problemática actual de las disposiciones sobre los objetivos del Estado, la cual trata en especial del aseguramiento del desarrollo de la persona, la justicia social, la prosperidad y estabilidad económicas, la conservación del orden y la paz jurídica, así como la seguridad exterior; aquí se plantea precisamente la tarea de establecer una relación equilibrada entre estos fines al momento de su realización concreta y, en especial, hallar la jerarquía correcta y un compromiso óptimo entre ellos.

Las decisiones concretas de fines de un Estado no se agotan .en la promulgación de una Constitución, sino que son tarea permanente de la actividad estatal, mediante un proceso de clarificación y transformación constantes de las metas políticas concretas de esta comunidad (f l 26 11; 28 11) .

Si, de acuerdo con una concepción democrática, se considera como criterio de la legitimidad a la capacidad de obtener un consenso, entonces debe buscarse que éste sea lo más amplio posible, en cuanto a dichos procesos de orientación política (f l 7 111 2 ; 16 1 3) .

Buscar la legitimidad de tales decisiones de objetivos no significa que baste consultar la opinión de la mayoría, ya que ésta puede estar guiada o manipulada por intereses. Para descubrir lo que una mayoría estima correcto después de un examen racional de la situación, se requiere, como ya se dijo, de medidas institucionales y procedimentales (§ 16 l 3) . El sistema representativo también crea supuestos importantes para el desarrollo controlado, limitadamente racional y "cultivado", de los procesos políticos de decisión. En los procesos de definición de metas políticas corresponde un papel clave precisamente a los representantes; no obstante, en la democracia éstos se hallan sujetos a un, posible consenso de la mayoría. En las comunidades: democráticas, los gobernantes deben establecer objetivos y justificarlos en una discusión permanente con la oposición y la opinión pública. Y en la medida que se logre esto, proporciona, en suma, una justificación integradora del poder estatal actual.

5.7. EL PROBLEMA DEL ANARQUISMO

La postura del anarquismo es opuesta a las teorías de justificación del poder del Estado. Las doctrinas anarquistas tienen en común su negación de la necesidad y aún de la legitimidad, de un poder político y, consiguientemente, del Estado mismo, como orden de dominación política. Sostienen la convicción de que los hombres viven mejor en una comunidad sin Estado, que bajo el poder estatal, al menos cuando la sociedad se ha dado un orden; justo. El poder político se vuelve superfluo y desaparece el dualismo de Estado y sociedad. Pero las opiniones difieren en lo particular, pues no sólo son distintas la fundamentación de la inutilidad del poder estatal, sino que varían también los modelos sociales propuestos y los métodos previstos, según los cuales debe realizarse el nuevo orden, ya sea porque se elimine al Estado por la violencia o porque éste deje de ser indispensable y se extinga por sí mismo.

Los cínicos imaginaron una convivencia en la naturaleza, con amor libre y comunidad de hijos, una existencia frugal en la que también carecen de significado la riqueza, la fama y la alcurnia (Diógenes Laercio, VI 11, 3⁷, 63, 72, 105) . En el primitivismo demostrativo de Diógenes de Sinope aflora un rasgo peculiar, que reaparece, una y otra vez, en las protestas contra la dominación establecida. La Stoa retomó de los cínicos la idea del cosmopolitismo, que los estoicos relacionaron con su propia concepción de un orden racional del mundo, en el que todos se integran y participan a través de la razón (Dióg. L., VII 86 SS., 43) . Zenón de Citio (ca. 336-264 a.C.) esbozó el modelo utópico de una comunidad sin templos ni tribunales, en la que los hombres conviven en armonía con la naturaleza (Dióg. L., VII, 33, 86 SS., 131, 1⁴³) .

5.7.1. apóstoles de la convicción

En el Nuevo Testamento se apunta, inequívocamente la idea de la vanidad del Estado y de su justicia (Mateo 20, 14 SS., 25 s.; 22,21; Lucas 16, 1 SS.), ocasionalmente elevada al plano de una profunda incompatibilidad entre el orden comunitario cristiano y el estatal. En la Edad Media, Amalrico de Bena y la secta del espíritu libre, surgida en el siglo XIII e inspirada por aquel, profesaban una variante cristiana del anarquismo y, basados en el supuesto de que el espíritu divino actuaba en ellos, desecharon todas las barreras institucionales de su medio: Iglesia, matrimonio y propiedad (Preger 1.8⁷⁴, 207 SS.). En un sector del movimiento anabaptista del siglo XVI se formuló la idea de una sociedad sin gobierno, ordenada en el amor cristiano al prójimo (Adler 1899, 124 SS.). En tiempos recientes, León Tolstoi demandaba que un régimen de amor al prójimo

ocupara el sitio de la dominación por la ley coactiva. En cambio, Lutero y Zuinglio no abrigaban ilusiones en este sentido (Zippelius Gesch, cap. 9) . Ocasionalmente ha adquirido actualidad el método que recomendaba Tolstoi para oponerse al poder del Estado: la táctica de la resistencia pasiva (1893, cap. IX).

Según Fichte (1794) , el Estado no es un fin en sí mismo, sino un "medio para la creación de una sociedad perfecta". Perfeccionamiento quiere decir "aproximación a la unidad y unanimidad completas con todos los individuos". Para Fichte esto significa unidad en la razón. Una vez alcanzado el punto en que "se reconozca universalmente como juez supremo a la razón, en vez de la fuerza o la astucia", el Estado se vuelve innecesario. El Estado se hace superfluo a si mismo precisamente porque perfecciona a los hombres, es decir, los educa en una racionalidad universal. "El Estado, al igual que todas las instituciones humanas que son simples medios, viene a parar en su propia extinción, ya que es fin de todo gobierno hacer innecesario al gobierno". Y en su teoría del Estado (3. sección, Neue Welt III) se lee:

El imperio del Derecho, postulado por la razón, y el Reino de los Cielos en la Tierra, prometido por el Cristianismo, son una y la misma cosa... Cada quien obedece sólo a Dios, según su clara percepción de la voluntad de Dios respecto de él... Cualquier otro poder sobre la voluntad de los hombres, que no sea el de su propia conciencia, debe desaparecer.

Podría llegarse al punto en que no fuera necesaria coacción alguna, y

los que la ejercen y les que gobiernan se quedarán sin ocupación cuando, por la fuerza de la instrucción general, hallaran hecho todo cuanto deseaban ordenar y omitido cuanto pretendían prohibir. Así, el tradicional gobierno por la fuerza habrá de adormecerse alguna vez en el Reino del Cristianismo, porque no tiene más que hacer... El Estado, alguna vez coactivo, desaparecerá plácidamente, sin manifestación de violencia en su contra, cuando el tiempo acarree su propia nulidad.

5.7.2. egoístas

La doctrina anarquista que desarrolló, Max Stirner (seudónimo de Johann Gaspar Schmidt, 1806-1856) en su libro *El único y su propiedad*, no pertenece a los idilios paradisiacos que consideran a la razón como una base suficiente del orden social. El fundamento filosófico de este libro es un individualismo exaltado hasta el

solipsismo. El yo (empírico e individual) crea, su propio mundo de representaciones. Para mi conciencia, yo soy el único. Este . egoísmo teórico se relaciona con el egoísmo práctico: "Yo deseo ser y tener todo lo que pueda ser y tener. Si otros son o poseen algo similar ¿qué me importa?" (p. 164) . Todo se diluye en la facticidad de las decisiones, momentáneas del arbitrio individual. Ni yo ni los demás pueden imponerme obligaciones: "Nadie puede obligar a mi voluntad y mi repulsión permanece libre" (p. 229) . "Tú tienes derecho a ser lo que puedas llegar a ser. Toda derecho y toda justificación derivan de mí mismo; tengo derecho sobre lo que tengo dominio" (p. 221) . Si hago causa común con otros, es sólo porque y en tanto que esto vaya de acuerdo con mis intereses y mi voluntad. La fuerza que mantiene unida a tal asociación de egoístas no es el derecho, sino el interés de los miembros (pp. 365 SS.). Para mí, el egoísta, el bienestar de "la sociedad humana no pesa en mi corazón, no sacrifico nada por ella, sólo la utilizo" (p. 210) . Las reflexiones de Stirner terminan entonces en el modelo social del cual parten las de Thomas Hobbes: un conglomerado de egoístas desvinculados y en el que, como trató de demostrar Hobbes, la convivencia sería a tal grado intolerable que el propio egoísmo haría entrar en orden a los individuos (§ 17 I I) .

5.7.3. reformadores sociales

Un difundido modelo anarquista se basa en la reflexión de que un sistema organizado de coerción externa se vuelve innecesario cuando se ha dado un orden justo a las relaciones de propiedad y producción. En los respectivos modelos sociales hallamos, por lo regular, alguna, variante de una organización cooperativa.

Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865) buscaba en su modelo social una salida a la explotación .capitalista de los débiles al crear una comunidad de pequeños productores independientes, que intercambiarían sus productos según el valor del trabajo empleado y que estarían organizados en federaciones agrícolas-industriales (cfr. también § 17 1 2) . No. existiría un poder central de gobierno ya que " la perfección máxima de la sociedad reside en la unión del orden y la anarquía" (Proudhon 1840, conclusión). Conforme al modelo social de Miguel Bakunin (1814-1876), los individuos deberían unirse en asociaciones cooperativas libres de trabajadores; estas asociaciones poseerían el capital necesario para la producción y formarían entre si, voluntariamente y según sus necesidades, una federación económica con un parlamento que, provisto de información amplia, exacta y detallada, podría dirigir y distribuir -la producción de la industria mundial al combinar oferta y demanda (Werke 111, 8 SS.). La idea de un socialismo en pequeñas comunidades fue retomada por Pedro Kropotkin (1842-1921), quien proponía una producción en empresas descentralizadas en las que cada quien

trabaja según sus capacidades y recibe según sus necesidades. Para que semejantes modelos sociales no aparecieran como un irreal "socialismo de cubos de ordeña", había que tomar en consideración la posibilidad de una coordinación, como lo hizo Bakunin y también el anarcosocialista Johann Most (1846-1906), que pretendía establecer oficinas de planeación de la producción y oficinas técnicas para la fijación de los precios.

Ante todo, era preciso armonizar el anhelo de una organización social sin la dominación del Estado, con la producción de la gran industria. A esta tarea se aplicó el sindicalismo, que obtuvo partidarios especialmente en Francia, Italia y España. El modelo de un socialismo: sindicalista era otra posible respuesta a este problema. Sindicatos descentralizados debían disponer de los medios de producción y estas asociaciones cooperarían entre sí en forma federativa y bajo una justa compensación de sus intereses, sin caer en el rigor de la competencia capitalista. En lo interno, se organizarían democráticamente. La experiencia demuestra, por el contrario; que también las asociaciones desarrollan un fuerte egoísmo propio que reclama una instancia supraordinada de orden y equilibrio. Parece incluso utópica la concepción de un sindicalismo democrático, considerando la "ley de hierro" de la dominación de las minorías oligárquicas (§ 22 1), harto evidente en la dominación de los funcionarios de asociación.

Tolstoi sugería la resistencia pasiva como medio para eliminar al Estado (1), pero en el círculo de algunos "reformadores sociales" se es menos escrupuloso. Netschaiev, el correligionario de Bakunin, exigía "la destrucción total, inexorable y universal, por medio del terror" de las instituciones estatales, sin arredrarse ante ningún medio. La acción violenta de protesta forma especialmente parte del repertorio fijo de los "anarquistas", o mejor dicho, de los tiranos que buscan el poder. La confesión pública, por la organización, de los actos cometidos, corresponde también a la "propaganda del hecho"; de este modo se busca obtener un prestigio, fundado en el temor, que se asocia a la capacidad de hacer violencia impunemente; al mismo tiempo, se espera provocar una pérdida de prestigio y legitimidad del gobierno, la cual tiene lugar siempre que éste ya no está en situación de imponer eficazmente el monopolio de la fuerza (§ 9 I .I). Aparte del terror, otra importante estrategia se dirige a la disolución de las instituciones, lo que incrementa drásticamente la pérdida de certeza de orientación y, en relación con esto, también la "liberación de lo caótico en el hombre" (§ 7 III) Dependiendo de las tendencias preponderantes de la época, colaboran, como "idiotas útiles" en este proceso, aun aquellas personas que no desean sus resultados: los intelectuales sensibles a lo opresivo de toda institución; los editores hábiles para el negocio; los políticos que no quieren dejar de adherirse a las modas del pensamiento. Todos ellos hacen lo más que pueden para suprimir a las "autoridades", mediante una educación antiautoritaria en la escuela y en la familia; mediante la ridiculización de toda autorrepresentación del Estado; por la

desconfianza frente a la autoafirmación del Estado. aun cuando ésta se dirige contra los enemigos de la Constitución, y no menos a través del recelo y la agresividad contra la policía, en cuya actividad resulta más notorio que el Estado también tiene algo que ver con la violencia política. La consigna pide debilitar al poder estatal, incluso frente a la criminalidad y así sea a costa de una creciente inseguridad jurídica para el ciudadano. El libertinaje sexual también contribuye a la descomposición de las instituciones y su poder coercitivo. Platón ya había descrito este proceso en sus líneas esenciales, pero claro está, no como etapas previstas de la superación del Estado, sino, ciertamente con mayor sentido de la realidad, como antecedentes de la tiranía (Zippelius, Gesch, cap. 29).

5.7.4. sobre los marxistas, en particular

La doctrina marxista sobre la extinción del Estado se sustenta en la concepción de éste como instrumento de la dominación política, en manos de la clase económicamente poderosa para oprimir a la clase explotada, por lo que la lucha contra la explotación económica también habrá de orientarse, no menos, contra este Estado. Una vez que hayan desaparecido las diferencias de clase, este instrumento de la dominación de una clase determinada se vuelve superfluo. Con posterioridad a la revolución proletaria, se requeriría del Estado sólo en forma, transitoria para despojar del capital a la burguesía y para, acostumar a los hombres a las reglas elementales de la convivencia en sociedad. Una vez realizado esto. el Estado se extingue gradualmente (25 11 6).

Nosotros nos proponemos como nieta final la destrucción del Estado, es decir, de toda violencia organizada y sistemática, de toda violencia contra los hombres en general (LAW II, 386; OEL, 355) . Junto con el Estado desaparecen sus representantes: ministros, parlamentos, ejército permanente, policías y gendarmes, tribunales, abogados y fiscales, funcionarios de las prisiones, la administración fiscal y aduanera, en una palabra, todo el aparato político. A los cuarteles y demás edificaciones militares, los palacios de administración y de justicia, las cárceles, etc., les espera un mejor destino. Miles de leyes, decretos y ordenanzas se convertirán en papel de desperdicio... En lo futuro, no se conocerán las infracciones y los delitos políticos, como tampoco los comunes... Así, los fundamentos del "orden" actual devendrán mito y los padres contarán de ello a sus hijos como si se tratara de antiguos tiempos de fábula (Bebel, cap. 23; en forma similar, Engels, MEW 21, 168).

No se niega, que también en la sociedad sin clases se necesiten todavía las funciones administrativas, pero éstas no tendrán el carácter de la dominación

política sobre los hombres. "En lugar del gobierno sobre los hombres, se da la administración de las cosas y la dirección de los procesos de producción" (Engels, MEW 19, 224; 18, 308) , idea ya formulada antes por Saint-Simon (§ 25 111 2).

Es verdad que para ello se requiere del perfeccionamiento del orden social comunista. "Para que el Estado se extinga completamente hace falta el comunismo completo" (LAW II, 397; OEL, 365), uno de cuyos aspectos consiste en que los hombres "se habitúen a, obedecer las reglas elementales de la convivencia social, sin violencia y sin subordinación (LAW II, 386; OEL, 355). El carácter superfluo de la autoridad política presupone una moral de trabajo totalmente nueva. Lenin se representaba el trabajo comunista en la sociedad sin clases como

trabajo gratuito en bien de la sociedad, un trabajo que es ejecutado no para cumplir una obligación. determinada, no para recibir derecho a determinados productos, no por normas establecidas y reglamentadas de antemano, sino un trabajo voluntario, sin normas, hecho sin tener en cuenta recompensa alguna, sin poner condiciones sobre la remuneración, un trabajo realizado por hábito de trabajar por el bien general y por la actitud consciente (transformada en hábito) frente a la necesidad de trabajar para el bien común (LAW 111, 387; OEL 111, 347) .

Encontramos aquí una variante de la idea de Fichte, en el sentido. de que el Estado se hace innecesario a si mismo a través del perfeccionamiento del ser humano, al abandonar el yo su aislamiento.

Así se explica la conexión, en apariencia paradójica pero inevitable en la realidad, entre la escatología anarquista y las tendencias totalitarias de los Estados marxistas. Es una ley conocida el que la propensión de un sistema político al totalitarismo será tanto más poderosa cuanto más intensamente pretende transformar a los hombres.

Es digno de notarse que en los países marxistas, en los cuales se ha establecido sólidamente el poder político, se busca una nueva legitimación del Estado (§ 25 II 6) .

5.7.5. crítica

La radicalización de la libertad no opondría barrera sólida alguna a las diversas voluntades de poder y posibilidad de imponerse de los individuos, lo que llevaría precisamente a la rápida aparición de las desigualdades en la sociedad, y a una dispar distribución de la libertad, es decir, que la libertad de unos se ve restringida en beneficio de otros aun en mayor grado de lo que habitualmente sucede en un Estado excesivamente liberal (§ 29 II).

Sólo cuando el hombre sea mucho más disciplinado, desinteresado, pacífico y racional de lo que por experiencia es verdaderamente, podría tener éxito el experimento del anarquismo. Por tanto, también la mayoría de las doctrinas anarquistas está expuesta a la objeción de que las domina un optimismo irreal, ya que atribuyen al sentido común, al amor al prójimo o a la razón, la fuerza suficiente para mantener el orden de la vida social, siendo factible abandonar el castigo o la coacción por parte del Estado. La áspera realidad, de la que nacieron teorías políticas como las de Bodin y Hobbes, no justifica este optimismo.

Como ya lo había señalado Georg Jellinek (pp. 224 s.; TGE, 2§1 s.), también la versión socialista del pensamiento anarquista adolece de un optimismo infundado, pues considera como base de la sociedad.

al hombre educado en libertad, que trabaja siempre de un modo placentero y de acuerdo con el colectivismo... A causa de este elemento que ninguna teoría puede desconocer, a saber, la carencia de moralidad, la sociedad socialista del futuro (conocerá) ataques criminales contra la persona y la libertad y, sobre todo, se buscará una defraudación al trabajo social.

Hasta el momento tampoco el intento marxista de cambiar al hombre ha rendido frutos. Precisamente los rasgos de carácter que el Estado marxista debiera desalentar en el hombre -ante todo, la voluntad individual de poder, que busca el dominio sobre otros- no son menos notorios en éste que en los restantes sistemas de dominación. Naturam expellas J urca, tamen usque recurrit.

Todos los esfuerzos por inducir en el hombre un comportamiento pacífico exclusivamente mediante la transformación de la situación social o a través de la educación, equivalen a que el gato deje su afición por la caza de ratones. Sobrevaloran la intervención del medio ambiente y desatienden o menosprecian la

influencia de los rasgos biológicos, no sólo la repugnancia natural hacia el trabajo en beneficio de otros, sino también la disposición a la agresión, que se actualiza, sobre todo, en los conflictos entre, los individuos a causa de su ambición de posesiones y poder. Esta estructura instintiva no es suficientemente controlada por los frenos naturales y, por ello, debe someterse a las instituciones, pero instituciones que puedan oponer a la violencia un poder superior (§ 17 II) .

La hipótesis de que en las comunidades políticas pueden evitarse las estructuras de dominación, es contraria a la tarea de garantizar la paz jurídica en caso necesario mediante el uso de la fuerza, y contradice, además, toda experiencia. (§ 22) .

5.8. REVOLUCION Y RESISTENCIA

5.8.1. en torno a la cuestión de la revolución

La cuestión de la revolución se relaciona con los problemas de la legalidad y la legitimidad (cfr. § 16 11) .

5.8.1.1. El problema de la legalidad.

En sentido jurídico, la revolución es la modificación extralegal de los principios fundamentales de orden constitucional existente. No toda modificación constitucional ha de ser "revolucionaria" en este sentido estricto (§ 9 111 2) . Es misión de la revolución "clásica" destruir las antiguas tablas de la ley, y la conciencia de este acto adquiere una expresión plástica en la toma por asalto y la apertura de los edificios que albergan a los tribunales y las cárceles, "fuertes simbólicos del orden jurídico establecido" (Beling 1923, Iar) . El que los revolucionarios puedan hacer uso de los instrumentos legales para poner en marcha un proceso cuyo resultado será la ruptura ilegal del orden constitucional existente, no desvirtúa la afirmación de que la ilegalidad es inherente al concepto de revolución. Así, Hitler se aprovechó del "estribo legal" que le ofrecían los instrumentos jurídicos de la Constitución de Weimar, para obtener posiciones de poder en las instituciones, desde las. cuales podía dejar fuera de acción el sistema de un Estado constitucional pluralista y democrático. Desde entonces, la vía que pasa por las instituciones del Estado constitucional (la "marcha a través de las instituciones") se ha convertido en sólida parte integrante de la práctica revolucionaria.

El éxito determina la calificación jurídica de las revoluciones. Si fracasan, su significación es jurídico-penal; si triunfan, tienen relevancia jurídico-política (Giese). Si el nuevo poder estatal consigue imponerse duraderamente, nace por ello, no solamente una nueva posición de poder, sino también una nueva situación de derecho político. En las palabras del entonces Supremo Tribunal del Reich alemán

No puede rehusarse el reconocimiento jurídico-político al poder estatal surgido de una revolución. No se opone a ello la antijuridicidad de su establecimiento, porque no es un atributo esencial del poder estatal la legalidad de su creación. El Estado no puede existir sin un poder político. Al ser eliminada la antigua autoridad, su lugar lo ocupa el nuevo poder en ascenso (RGZ 100, 27;

Resulta tautológico constatar que se ha modificado el derecho garantizado k § § 1) tan pronto un nuevo orden jurídico y constitucional ha adquirido efectividad, es decir, la probabilidad cierta de su ejecución y aplicación organizadas a cargo de una autoridad.

Es del todo evidente que el poder estatal naciente constituye la nueva base de la legalidad.. El poder constituyente es, por definición un poder soberano que crea los fundamentos del orden estatal por una vía no legal, es decir, no conforme a las reglas del orden jurídico anterior. Son constituyentes aquellas fuerzas políticas primarias que no se sujetan más a las decisiones fundamentales establecidas del orden jurídico y constitucional, sino que son capaces de romperlas y sustituirlas con otras (§ 9 111 2) . En resumen, que el poder del Estado carece de un árbol genealógico legal. No. es la legalidad formal, sino el poder del éxito el que auspicia el nacimiento de los Estados y del poder estatal, pues lo que interesa es que un determinado sistema político se imponga de facto y surja a la existencia política. Esto no sólo es aplicable a los inicios de la formación de los Estados en general. Un poder estatal autónomo que actúa legalmente, puede haber surgido en forma no legal, cuando una parte del antiguo Estado se separa efectivamente de la metrópoli y se hace independiente. Como ejemplos tenemos la separación de los Países Bajos de España y la de Estados Unidos respecto de Inglaterra, y los demás casos en que las antiguas colonias se independizaron por decisión propia.

5.8.1.2. La cuestión de la legitimidad.

Debe hacerse una distinción entre el problema de la legalidad y la cuestión de la legitimidad, es decir, la relativa a la justificación de una revolución y del orden constitucional posrevolucionario.

Una condición típica de las revoluciones que cuentan con amplio apoyo en el pueblo es la pérdida de autoridad y legitimidad del régimen existente; si estos conceptos son entendidos en el sentido anteriormente descrita, ello quiere decir que los gobernados ya no están dispuestos a aceptar las decisiones de los gobernantes y a identificarse con ellas (§ 9 1, 16 I) . Por lo común, una revolución pretende justificarse en que supuestamente sustituye un orden estatal considerado arbitrario por uno más justo. En no pocas ocasiones, aquellos que buscan una transformación envuelven; su concepción de la justicia en el ropaje de un "derecho natural", cuya vigencia sostienen desde ahora, como anticipo de sus aspiraciones: la guerra campesina alemana, la guerra de independencia de Estados Unidos y la Revolución francesa, todas ellas se suscitaron en nombre del derecho natural. Con razón pudo calificar Max Weber (WuG, 497; ES, 640) al derecho natural como "la forma específica de legitimidad del ordenamiento jurídico revolucionariamente creado". Es obvio que ese derecho natural; mientras no se haya impuesto como derecho del Estado, no es más que un conjunto de postulados ético-sociales y no un derecho garantizado.

La medida en que tales representaciones de la justicia son acogidas y aceptadas por un número suficiente de personas y se convierten, por tanto, en consignas detrás de las cuales se aglutina el poder político, depende de cuánto y a quién benefician. El esbozo de un nuevo orden social producirá un amplio compromiso sólo si se espera de él una mayor satisfacción de los intereses propios. En múltiples ocasiones, el interés propio constituye incluso la fuerza motriz de un movimiento revolucionario, mientras que la concepción de la justicia es únicamente su defensa argumentativa. Es aquí donde se pone de manifiesto el engranaje entre la legitimación sociológica y la ética, a saber, el nexo entre la aceptación fáctica de determinadas concepciones y el intento de justificarlas moralmente.

La justificación de la revolución es comúnmente un asunto espinoso. Debido a la alta jerarquía que tiene la función pacificadora y ordenadora del poder organizado del Estado (§ 17 II) , se plantea la difícil cuestión de determinar en qué momento la injusticia estatal ha adquirido dimensiones intolerables que pesan más que la discordia, la violencia y la miseria que acarrea una revolución. Trataremos de nuevo esta cuestión en lo relativo al problema de la resistencia legítima

Pero una vez consumada la revolución, la necesidad de paz jurídica y estabilidad del orden estatal (que antes obstaculizaba a la revolución) pertenece ahora a los argumentos que justifican el mantenimiento del nuevo orden. Una vez que ha transformado la situación de la dominación, el *ut non conturbaretur* habla ahora en favor del nuevo gobernante -para emplear la conocida frase que el Papa Zacarías pronunciara con motivo de la caída del último rey merovingio (Annales Laurissenses maj., en 749) .

El grado de legitimidad del poder estatal posrevolucionario depende de hasta dónde establezca un orden comunitario justo, apoyado en el ethos social dominante. Por lo demás, el poder estatal recién establecido debe ocuparse de esta legitimidad, en bien de su propia estabilidad, pues "el más fuerte no lo es jamás bastante para ser siempre el amo o señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia de los demás en deber" (§ 9 I). Al nuevo régimen le conviene el hecho de, que un orden de dominación que se ha impuesto, sea capaz de reeducar dentro de ciertos límites, el concepto de justicia de los ciudadanos (Zippelius, RPh, §§ 7 VII; 22 IV). La "fuerza justificadora del resultado" desempeña algún papel en este sentido; según las palabras de Calderón: "En batallas tales, Los que vencen son leales, los vencidos los traidores" (La vida es sueño, III 1~3), o para utilizar otra expresión: "Consumada, es una empresa inmortal; y si triunfa, queda también perdonada" (Schiller, La muerte de Wallenstein I %).

5.8.2. sobre la cuestión de la resistencia

5.8.2.1. Sobre la justificación de la resistencia.

La tiranía ha llevado una y otra vez a la cuestión de la justificación de la resistencia contra los gobernantes. En no pocas ocasiones se ha derivado dicha justificación de la idea de que el gobernante sólo posee un poder delegado, el cual pierde tan pronto se muestre indigno de ejercer el cargo conferido.

Estas reflexiones desempeñaron un papel, por ejemplo, en el conflicto entre Enrique IV y el Papa Gregorio VII (Manegold von Lautenbach, véase, supra, § 15 II) . También Althusio atribuía un poder delegado al gobernante; los éforos, a los que concebía, como defensores de derecho y la justicia, debían oponer resistencia contra el abuso del poder y destituir al tirano (Política methodice digesta, prólogo; XVIII 63, 68, 84 s.).

Para los reformadores, el problema del derecho de resistencia se encontraba en el campo de tensión entre la frase de la Epístola a los Romanos: "Todos han de estar sometidos a las autoridades superiores" (Rom 13 :1) y, por otro lado, la frase de los Hechos de los Apóstoles : "Es preciso obedecer a Dios antes que a los hombres" (Act 5:29) . De acuerdo con esto, definió Lutero los límites de la obediencia civil: "Cuando un príncipe no tenga razón, ¿ debe seguirlo culpablemente su pueblo? Respuesta: NO. Porque nadie debe actuar contra derecho, porque hay que obedecer más a Dios (que ha de tener el derecho) que a los hombres." Pero se trata de una resistencia resignada, sin violencia, la que Lutero tenía en mente: "No se debe oponer resistencia violenta a la autoridad, sino sólo dando testimonio de la verdad.; si se convierte a ella, bien está; si no, queda tú sin culpa y soporta la injusticia en nombre de Dios" (Von Weltlicher Obrigkeit, 1523, III). Calvino sostenía que se debe obediencia aun a una autoridad que es "como la ira de Dios en la tierra."; pero el límite de la obediencia hacia los hombres se halla donde se; vuelve desobediencia hacia Dios (Institutio Christiana-Religionis, 1536, IV 20, 24 SS.) .

Para Bodin y Hobbes, quienes hubieron de experimentar en las guerras civiles de religión la profunda miseria de una comunidad que había perdido la tranquilidad, la función de orden y paz del Estado se hallaba en primer plano, por lo cual descartaban un derecho de resistencia activa (Bodin, Six Livres de la République, II, cap. 5; sobre Hobbes, véase, supra, § 17 II) . Incluso Kant, a distancia en el tiempo de aquellas guerras civiles, daba preeminencia a la paz jurídica en el caso de conflicto entre el orden estatal y el ideal de la razón, pues la resistencia contra el poder del Estado socava los fundamentos de la comunidad; aun contra la tiranía no les es lícito al súbdito oponer resistencia violenta; para Kant sólo es aceptable la resistencia del poder de la pluma, el argumento crítico (Über den Gemeinspruch usw., 1793, II).

5.8.2.2. Sobre la cuestión de un derecho a la resistencia.

En las doctrinas del derecho de resistencia se encuentra ocasionalmente la idea de que más allá del orden jurídico positivo del Estado existe un derecho superior para hacer resistencia a la autoridad injusta y sus leyes. Sin embargo, los regímenes injustos sucumben por cualquier motivo antes que por la llana aplicación de un derecho suprapositivo.

Fue mucho más sorprendente la ingenuidad con que se hablaba -a distancia temporal y espacial de un régimen tiránico- de los derechos supraleales y de su preeminencia, olvidando, con harta facilidad, la verdadera cuestión sobre el tapete

cuando, en contra del poder de un tirano, alguien extiende su mano hacia "el cielo y trae sus derechos eternos que, inalienables e indestructibles, de él cuelgan, como las estrellas mismas" : 11 se trata frecuentemente de una lucha de vida y muerte. Hermann Heller (StL, 225 SS. ; TE, 244 SS.) se dio plena cuenta de esto a la sombra de la tiranía en ascenso de Hitler: la resistencia contra el régimen es una empresa muy arriesgada, sobre todo en el Estado moderno, ya que no solamente puede acarrear una simple detención, sino también poner en peligro la vida misma.

Así queda contestada, aunque parcialmente, la cuestión del derecho de resistencia; no existe un derecho suprallegal de resistencia, como tampoco un derecho a la revolución, si por ello se entiende un derecho garantizado (cfr. § 33 I, al final) ; lo cual, por cierto, no impide juzgar ulteriormente un acto de resistencia como si desde un principio, hubiera sido conforme a derecho; se trata claramente de un juicio retroactivo sobre la base de un nuevo derecho garantizado. Incluso el "derecho de resistencia" consagrado en una constitución, viene a ser aplicable, comprensiblemente, sólo cuando ha fallado la garantía confiable del orden democrático-constitucional, esto es, en una situación en la cual tampoco el derecho de resistencia es ya "derecho garantizado": Convertir un derecho de resistencia, como regla general, en parte constitutiva de un sistema jurídico funcional, eliminaría su certidumbre y, con ello, una de sus funciones esenciales, según había, advertido ya Kant (loc. cita.

Si carece de la eficacia del derecho garantizado (es decir, la probabilidad específica de su ejecución) ¿ qué queda entonces del derecho de resistencia? Como en el caso de la revolución persiste, ex ante, sólo la cuestión de una legitimidad sin legalidad. En el mejor de los casos subsiste la aprobación moral de una resistencia posiblemente desesperada y sin perspectivas frente a un poder tiránico.

Incluso esta sanción ético-jurídica resulta problemática las más de las veces, como se señaló respecto de la revolución. En vista de la inseguridad y el sacrificio que son el precio habitual de la revolución y la resistencia, la legitimidad, de tales empresas se ha puesto sencillamente en tela de juicio o se le han Hecho graves objeciones (así, por ejemplo, en las mencionadas doctrinas de Lutero; Calvino, Bodin, Hobbes). El rebelde debe tomar sobre sí no sólo el peligro personal, sino frecuentemente, también un riesgo moral.

5.8.2.3. La resistencia en el Estado democrático.

Tratándose de las cuestiones existenciales de la nación, no hay en la tiranía posibilidad lícita de ejercer la crítica a los gobernantes en una confrontación pública, de las opiniones y los argumentos, y de lograr, mediante la movilización de la opinión pública, su sustitución o en cambio en su política. Muy distinta es la situación en el Estado democrático de derecho, en el cual la lucha con las armas intelectuales no cae de entrada bajo el concepto de resistencia, sino que la confrontación de ideas, incluso la crítica, a los gobernantes, es más bien un elemento constructivo de la vida política. En el Estado democrático de derecho la sustitución de los gobernantes pertenece a la normalidad, lo mismo incluso que la oportunidad de que los grupos políticos marginales compitan por la aprobación pública y busquen el acceso al poder por esta vía.

Así, pues, en la tiranía buena parte de la "resistencia" reprimida por el Estado es, en el régimen democrático de derecho, oposición legal -parlamentaria y extraparlamentaria- que forma parte del comportamiento cívico regular y se desarrolla bajo la protección especial de las libertades de opinión y asamblea. En interés de una distinción conceptual más clara, no debería hablarse de "resistencia" cuando alguien se defiende, con medios jurídicos, de las leyes inconstitucionales o los actos antijurídicos del poder ejecutivo. De acuerdo con el uso lingüístico aquí adoptado, corresponde a la "resistencia", como a la revolución, el abandono de los cauces de la legalidad garantizada.

Así planteada la cuestión, ¿qué razones existen para la resistencia ilegal en un sistema político que se mantiene abierto frente a los argumentos y les confiere eficacia en la medida que sean capaces de convencer a la mayoría del pueblo?

Un motivo es la impaciencia, carente del largo aliento necesario para agotar, en beneficio del triunfo de sus argumentos y derechos, las posibilidades de acción política, y también los cauces jurídicos de que disponen para hacerlos valer. Y de hecho se requiere tiempo para impedir eficazmente la prepotencia de los gobernantes y, más frecuentemente, su tontería e irreflexión. Resulta especialmente penoso y difícil movilizar las opiniones y las fuerzas políticas para contrarrestar las deficiencias estructurales del sistema político, tales como una centralización o burócratización excesivas o inconvenientes subsecuentes como la "afiliación" (Vereinnahmung) por los partidos políticos del funcionariado profesional y los jueces. Así por ejemplo, se requirieron varios años para que las primeras voces admonitorias, como el libro *Silent Spring* de Rachel Carson, se tradujeron en una protección eficaz del medio ambiente. La democracia es un sistema de

lento y pesado .aprendizaje, debido precisamente a que permite a tantos manifestarse, intercambiar argumentos y compensar intereses, para finalmente lograr un compromiso que, sea aceptable para la mayoría. La búsqueda, frecuentemente penosa, de compromisos es, empero, la forma de vida de la sociedad abierta. En el reconocimiento de esta condición y en la disposición, tolerancia y paciencia para aceptar el proceso democrático, descansa la viabilidad de esta especie de cultura política. Por lo tanto, la impaciencia no aparece como legitimación convincente de la resistencia.

Otro motivo fundamental para la resistencia contra el poder estatal democráticamente constituido radica en no querer conformarse al proceso democrático y a la opinión mayoritaria formada en él, esto es, que aquellos que resisten al Estado se creen en posesión de una verdad superior, la cual quieren imponer, en caso necesario, incluso por la fuerza.

Dondequiera que en un Estado democrático de derecho se le oponga resistencia violenta partiendo de esta mentalidad, hay que aguzar el oído, pues tales actos de violencia pertenecen a las huellas digitales de los tiranos en potencia o ya convertidos en tales. La violencia política constituye especialmente el instrumento con el cual los "políticos de programa", ideológicamente impregnados, buscan el poder, amparados frecuentemente en una excesiva autocertidumbre moral (§ 35 11) .

En estos casos, la resistencia ejercida contra el poder estatal abandona por principio el terreno de la "sociedad abierta", en la cual se cuenta básicamente con la posibilidad de que no sólo pueda errar el oponente político, sino también uno mismo; de que el contrario, no sólo logre recibir, de hecho, la razón, sino que; pueda tenerla. En suma, aquí domina la idea de que cada individuo constituye, respecto de cualquier otro, una instancia moral y democrática de igual consideración, y se desconfía profundamente de quien crea haber alquilado para sí la verdad. Por ello busca el sistema democrático la mayor aproximación posible al consenso de todos dentro del principio de mayoría; esto es válido incluso bajo el riesgo de que la mayoría no siempre "tenga la razón", pues no existe un criterio cierto de cuándo y cómo dispone una minoría de una "mejor verdad". La democracia garantiza sobre todo que el proceso de discusión y la búsqueda del consenso se mantengan abiertos y, por tanto, la posibilidad de una . autocorrección, de que en particular se preserven la dignidad humana, y el derecho de participación de todos y de que la pretensión de verdad no sea monopolizada por personas incapaces de conformarse con que la mayoría pueda pensar y decidir de manera distinta de lo que consideran correcto (§ 17 111 4) .

De la singularidad de la democracia liberal como, sociedad abiertamente constituida se concluye también el tipo de resistencia que puede y debe incluso aceptar, de acuerdo con el concepto que tiene de sí misma: no la resistencia contra medidas particulares, democrática y legalmente acordadas, sino más bien la resistencia contra las fuerzas políticas que deseen suprimir el esquema fundamental de una confrontación libre, abierta, jurídicamente garantizada y pacífica, de las opiniones. En este sentido se ha interpretado el derecho de resistencia consagrado en la Ley Fundamental de Bonn (artículo 20, inciso 4 LF)," esto es, que tal derecho sólo puede ejercerse para preservar el orden fundamental de libertad y democracia y esto únicamente cuando todos los remedios proporcionados por el orden jurídico ofrezcan tan escasa perspectiva de eficacia que la resistencia sea la última vía existente para preservar o restaurar el orden constitucional. No es necesario reiterar que con ello no se ha consagrado, ex ante, un derecho firmemente "garantizado".