

APUNTES DEL CURSO

# TEORÍA DEL ESTADO

DEL PROFESOR

**MANUEL  
GAONA CRUZ**

(1974)

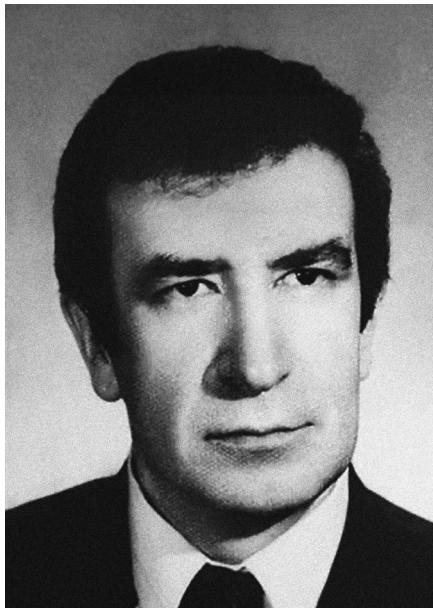








Apuntes del curso  
Teoría del Estado del profesor  
Manuel Gaona Cruz  
(1974)





Apuntes del curso  
Teoría del Estado del profesor  
Manuel Gaona Cruz  
(1974)

Nombre: Gaona Cruz, Manuel, autor.
Título: Apuntes del curso Teoría del Estado del profesor Manuel Gaona Cruz (1974)
Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, 2025.   viii, 238 páginas ; 14 x 21 cm.
Identificadores: ISBN 9789587989267 (rústica)   9789587989274 (e-book)
Materias: Gaona Cruz, Manuel   Estado   Democracia   Justicia   Estado de derecho
Clasificación: CDD 340.1–dc23
SBUA

Primera edición: noviembre del 2025

© Manuel Gaona Cruz † y sus herederos  
© J. Mauricio Gaona, por el prólogo  
© Gloria Inés Segovia Quintero, Édgar Ernesto Gutiérrez, Ángel Custodio Barroso Herrera y Carmelo Tadeo Mendoza Lozano,  
por los apuntes de clase y su transcripción  
© Universidad de los Andes

Ediciones Uniandes  
Carrera 1.ª n.º 18A-12, bloque Tm  
Bogotá, D. C., Colombia  
Teléfono: 601 3394949, ext. 2133  
<http://ediciones.uniandes.edu.co>  
[ediciones@uniandes.edu.co](mailto:ediciones@uniandes.edu.co)

ISBN: 978-958-798-926-7  
ISBN e-book: 978-958-798-927-4

Edición académica: Decanatura de la Facultad de Derecho  
Corrección: Yesid Castiblanco Barreto  
Diagramación interior y diseño de cubierta: Angélica Ramos Vargas  
Levantamiento del texto: Óscar Pinto Siabatto

Impresión:  
Imageprinting  
Carrera 27 n.º 76-38  
Bogotá, D. C., Colombia  
Teléfono: 601 6311350

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Universidad de los Andes | Vigilada  
MinEducación. Reconocimiento como  
universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de  
1964. Reconocimiento de personería jurídica:  
Resolución 28 del 23 de febrero de 1949,  
Minjusticia. Acreditación institucional de alta  
calidad, 10 años: Resolución 000194 del 16 de  
enero del 2025, MinEducación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación  
no puede ser reproducida ni en su todo ni en  
sus partes, ni registrada en o transmitida por  
un sistema de recuperación de información,  
en ninguna forma ni por ningún medio, sea  
mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético,  
electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro,  
sin el permiso previo por escrito de la editorial.

## ❖ Contenido ❖

1— Nota del editor

5— Prólogo

*J. Mauricio Gaona*

15— I. El Estado y la política

27— II. Política y sociedad

41— III. El individuo y la sociedad

47— IV. El Estado y la democracia

67— V. El Estado y su filosofía política

79— VI. La soberanía de Estado  
y el derecho

115— VII. El Estado y el orden  
constitucional

**143**— VIII. El Estado  
y la constitución

**191**— IX. El Estado y la economía

**205**— X. El Estado, las relaciones  
internacionales y el derecho público

## Nota del editor

Esta obra es, ante todo, un acto de memoria y un homenaje. Un homenaje a la vida y cátedra del profesor Manuel Gaona Cruz, un jurista y maestro excepcional cuya trayectoria fue trágicamente truncada por la violencia que ha aquejado a nuestro país. Este libro busca rescatar y preservar una parte fundamental de su legado intelectual: el curso de Teoría del Estado que impartió en 1974 en la Universidad Externado de Colombia.

El origen de este texto es tan singular como valioso. Su génesis se remonta a la iniciativa de un grupo de estudiantes de quinto año de Derecho —Gloria Inés Segovia Quintero, Édgar Ernesto Gutiérrez, Ángel Custodio Barroso Herrera y Carmelo Tadeo Mendoza Lozano—, quienes, ante la falta de un texto que sistematizara los debates de la época, decidieron grabar las clases del profesor Gaona Cruz y transcribirlas. Esas notas, conservadas por medio siglo, constituyen el corazón de esta publicación.

Son un testimonio directo, un vestigio vivo del pensamiento de un maestro en plena acción pedagógica.

Al recibir este material (un conjunto de documentos escaneados a partir de las transcripciones originales), nos enfrentamos a varios desafíos editoriales. Las transcripciones, por su propia naturaleza, contenían las reiteraciones, digresiones y el ritmo propios del discurso oral. Convertirlas en un libro requería una intervención que, sin embargo, no podía traicionar su esencia. Así, el primer desafío consistió en hacer que esos textos fueran nuevamente accesibles y editables. Para ello recurrimos a herramientas de reconocimiento óptico de caracteres que nos permitieron obtener un primer archivo de trabajo sobre el cual iniciar el proceso de edición. Gracias al arduo y dedicado trabajo de J. Mauricio Gaona, se logró diseñar un índice temático que articula las exposiciones del profesor en un hilo conductor coherente, lo que permite que las ideas fluyan con claridad a lo largo de capítulos y subtítulos. A partir de esa base, el trabajo editorial se apoyó también en tecnologías de inteligencia artificial generativa, utilizadas como un recurso auxiliar para asociar los fragmentos de las clases con los temas correspondientes, así como para realizar una revisión preliminar de estilo y detectar posibles imprecisiones o redundancias propias de una transcripción oral. Estas herramientas no sustituyeron la labor humana de edición, sino que facilitaron

un proceso de curaduría más preciso y respetuoso con el material original.

En ese sentido, nuestra labor como editores se ha guiado por un principio de fidelidad interpretativa. El lector no encontrará aquí una reconstrucción ni una reinterpretación del pensamiento del autor, sino una organización cuidadosa de sus propias palabras, presentadas de manera que conserve la voz y el ritmo característicos de su enseñanza. Si bien fue necesario realizar ciertos ajustes de redacción y estilo para asegurar la coherencia narrativa del texto y facilitar su lectura contemporánea, se procuró mantener la estructura, el tono y la esencia de los apuntes. Se han secuenciado fragmentos de distintas clases que abordaban un mismo tema para ofrecer una visión completa de su argumento, pero sin fusionarlos ni alterar el fraseo original. La intervención se ha limitado estrictamente a la corrección de errores evidentes de transcripción, tanto ortográficos como fácticos, para garantizar la legibilidad sin sacrificar la autenticidad.

Es fundamental, por tanto, que el lector se aproxime a estas páginas con la conciencia de que no está frente a un manual de Teoría del Estado, sino ante algo más íntimo y revelador: los apuntes de unos estudiantes que realmente asistieron al curso. El propósito ha sido conservar el tono discursivo, los giros idiomáticos y las expresiones características del profesor Gaona Cruz. De esta manera, esperamos

que quien lea esta obra no solo acceda a sus ideas, sino que también tenga la sensación de estar sentado en aquella aula de 1974, participando de la cátedra y absorbiendo el conocimiento de un maestro inolvidable.

Este libro es, en definitiva, un tributo a una mente brillante y un acto de justicia con su memoria. Al publicarlo, honramos no solo al jurista, sino también al hombre cuya voz, gracias a la lealtad de sus alumnos, y al trabajo conjunto de las nuevas tecnologías y el saber humano, resuena hoy con la misma fuerza y lucidez de entonces.

## ❖ Prólogo ❖

Una de las frases más memorables en el aula de Manuel Gaona Cruz replicaba: «La ley es la expresión material de los derechos naturales del hombre».

Las enseñanzas de Manuel Gaona Cruz en la década de los setenta tenían una característica que sus estudiantes califican de inolvidables. Por la virtud de su historia, sus lecciones de Teoría del Estado han logrado superar su propio tiempo. Esa es, ineludiblemente, la marca indeleble de un gran maestro.

La presente obra es, de hecho, mérito directo de los estudiantes de quinto año de Derecho de la Universidad Externado de Colombia de 1974, quienes con dedicación transcribieron y preservaron las palabras de Manuel Gaona Cruz para compartirlas con las generaciones futuras. A ellos —Gloria Inés Segovia Quintero, Édgar Ernesto Gutiérrez, Ángel Custodio Barroso Herrera y Carmelo Tadeo

Mendoza Lozano— extendemos nuestra expresión pública de gratitud por su labor y su generosidad. La publicación de estas lecciones es también el resultado de una coordinación generacional e institucional de singular relevancia. En ella coadyuvó Óscar Alarcón Núñez, periodista, abogado, alumno y amigo de Manuel Gaona Cruz. La reconstrucción de esta obra fue posible gracias al esfuerzo institucional de la Universidad de los Andes y de su rectora, la doctora Raquel Bernal, así como a la supervisión constante de la decana de la Facultad de Derecho, la doctora Eleonora Lozano Rodríguez. A la Universidad de los Andes, nuestro más sincero y profundo reconocimiento y agradecimiento.

Ha pasado medio siglo desde que Manuel Gaona Cruz dictara sus lecciones de Teoría del Estado. Han transcurrido cincuenta años y, sin embargo, sus palabras retumban ahora más que nunca. La concepción original de su doctrina del poder, construida sobre su disertación de la constitución política, jurídica e ideológica, junto con la relación ineluctable que el profesor Gaona replicó en sus estudiantes sobre Estado y democracia, Estado y libertad, y Estado y orden constitucional, son apenas algunas de las lecciones más memorables que el lector encontrará en esta obra, y cuya vigencia resuena en la vicisitud de nuestro tiempo. La voz y el diálogo que el maestro supo perpetuar en sus discípulos permanecen y se encuentran

por este medio disponibles para quienes deseen revisitar sus reflexiones y lecciones sobre el Estado y el derecho.

La relevancia de las enseñanzas de Manuel Gaona Cruz no es meramente atemporal, es fundamentalmente crítica. El carácter, la formación y el camino de vida que aquel joven maestro trazó otorgan a sus lecciones sobre el Estado de derecho una autoridad adicional. Manuel Gaona Cruz se graduó con los más altos honores de la Universidad Externado de Colombia y de la Universidad Sorbona de París, donde obtuvo un doctorado en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas. Su tesis de doctorado sobre el presidencialismo colombiano y latinoamericano fue laureada por la Escuela Doctoral de la Sorbona y por el Gobierno de la República de Francia (Doctorat d'État). El doctor Gaona Cruz sirvió como profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Estado en la Universidad Externado de Colombia y profesor visitante en las universidades del Rosario, Boyacá y en la Escuela Militar General Santander.

Desde su regreso a Colombia en 1971 hasta 1985, ocupó destacados cargos públicos, entre ellos procurador agrario, secretario general de la Procuraduría General de la Nación, viceministro de Justicia, rector de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, presidente de la Comisión Nacional Redactora del Código de Policía, director del Departamento de Derecho Público de la Universidad

Externado de Colombia y magistrado insignia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y presidente de su Sala Constitucional. El profesor y magistrado fue asesinado el 7 de noviembre de 1985 durante la toma del Palacio de Justicia de Colombia. Con su partida se perdió, para muchos, el mayor conocedor del Derecho Constitucional, la Teoría del Estado y el Derecho Público en Colombia (Diana Saray Giraldo Mesa, «La sencillez de la genialidad», *Revista Ámbito Jurídico*, n.º 189, noviembre de 2005). En 1996, el presidente de Colombia otorgó a Manuel Gaona Cruz *in memoriam* la condecoración civil en su grado más alto: la Gran Cruz de Boyacá, por sus méritos y su servicio a la nación.

La distinción entre Estado legal (para determinar la eficacia normativa) y Estado legítimo (para justificar la eficacia normativa) que hace el profesor Gaona y que explica con claridad en esta obra es de estelar importancia. Tal distinción permite entender y visualizar los límites y riesgos que enfrenta el Estado demoliberal, pues subyace en ella la conexión ineluctable entre los valores institucionales y el Estado de derecho, la cual se explica a partir de la legitimidad y la legalidad del poder público y el orden constitucional de la nación. La obra explora la importancia y la noción fundamental del Estado de derecho, de la justicia, de la democracia, de la libertad y del orden constitucional. No obstante la relación inevitable

entre mando y obediencia que soporta el imperio de la ley, las lecciones aquí impresas señalan que un gobierno soberano desconectado de los valores institucionales que anteceden su asunción al poder constituye un riesgo para la democracia y la preservación del Estado, aun cuando el orden jurídico que emana de él siga siendo obligatorio.

El texto explora las relaciones equidistantes y cardinales que preceden y definen el Estado de derecho y su relación con el orden constitucional que lo soporta. Tras analizar las relaciones conceptuales de la Teoría del Estado (Estado y política, política y sociedad, individuo y sociedad, Estado y democracia), el profesor Manuel Gaona Cruz introduce gradualmente los presupuestos axiológicos que justifican su ascenso. La concepción de la Teoría del Estado, sobre la cual se desarrollan las constituciones en el mundo, es precedida por la formación de un fenómeno singular que el autor denomina «la doctrina del poder». En su génesis y aserción doctrinal, Manuel Gaona Cruz articula dicho fenómeno por medio de tres formas constitucionales: la constitución ideológica, la constitución política y la constitución jurídica. La división arquetípica de estas formas se nutre, asimismo, del estudio histórico, comparado, filosófico, sociológico y jurídico que hace el autor, a fin de materializar el funcionamiento y la preservación del orden constitucional. En tal virtud, Manuel Gaona Cruz construye el concepto de constitución

sobre la base de valoraciones fácticas (racionalizaciones de la realidad social y circunstancial), jurídico-formales (racionalizaciones normativas de constitucionalidad) y culturales (racionalizaciones filosóficas y culturales de incompatibilidad).

La arquitectura de su aserción doctrinal reconoce, además, una relación diametralmente necesaria para mantener el Estado, la cual requiere una congruencia ineluctable entre la Constitución y el orden institucional que la soporta. Tal disquisición histórica y filosófica es característica en su pensamiento, pues con base en ella atribuye: la preservación del Estado a la constitución jurídica (organización, distribución y transmisión del mando); la razón de ser del Estado a la constitución ideológica (justificación, límites y principios que orientan el mando); y la organización del Estado a la constitución política (institucionalización de la relación inevitable entre obediencia y mando). El Estado de derecho surge entonces como una institucionalización de la fuerza política que resume la doctrina del poder reflejada en su concepción tripartita de la Constitución.

En sus lecciones de Teoría del Estado, el profesor Manuel Gaona Cruz contrasta la teoría marxista, el liberalismo filosófico y la concepción primaria de Max Weber para dimensionar la noción de lo positivo en el Estado, no sin antes destacar el rol de la filosofía para explicar la

fenomenología de los hechos y los conceptos jurídicos. Así provisto, el texto enseña cómo construir un argumento filosófico con direccionalidad jurídico-social y constitucional. En su discurso, el profesor Gaona explora con sus estudiantes los presupuestos filosóficos que determinan la aparición de lo político en las sociedades organizadas a través de dicotomías esenciales (mando y obediencia; hostilidad y conciliación) y relaciones dialécticas inevitables (la distinción entre lo público y lo privado).

En su articulación final, el profesor Gaona ve la política como un antecedente más extensivo que la propia teoría del Estado de derecho. Para entenderla, el profesor lleva a sus estudiantes a través de un análisis multimodal y multidisciplinario, el cual comporta dimensiones jurídicas, históricas, filosóficas y sociológicas del fenómeno político. Sobre el particular, el profesor Manuel Gaona Cruz indicó: «La perennidad de lo político no quiere decir que lo político no cambie, por el contrario, si algo evoluciona son las ideologías sobre el poder y las formas de organización. Ha habido revoluciones políticas, pero no ha habido una revolución de la política».

El libro expone al lector a la evolución histórica de lo político en relación con el desarrollo social y jurídico del Estado de derecho. Para tal objeto, el profesor Manuel Gaona Cruz analiza la proclividad del ser humano hacia la política, la religión, la economía y la tecnología para

plantear una idea provocativa, que medio siglo después aún se discute: la política representa el ánimo de hacer perdurar los sistemas de dominación. La historia evoluciona dialécticamente, afirma.

En la elaboración dialéctica y filosófica de la Teoría del Estado, la obra invita a sus lectores a considerar la relación filosófica, histórica y ontológica entre la cultura y el derecho. Propone al lector la construcción de la Teoría del Estado a partir de la relación existencial entre un individuo y la sociedad, considerando para su lectura la aserción sociológica de lo artístico, lo religioso, lo económico, la moral y la ética. En tal virtud, advierte el profesor Manuel Gaona Cruz, «existe un derecho axiológico a resistir la opresión. La resistencia a la opresión es un derecho natural fundamental». En este contexto, la distinción tripartita entre poderío, poder y autoridad informa y antecede la dicotomía aparente entre Estado legal (eficacia de las normas) y el Estado de derecho (aceptación institucional de esas normas). El estudio del Estado políctivo y su yuxtaposición al Estado de sitio, a partir de la distinción eventual y constitucional entre uso y abuso del poder, es apenas una de las lecciones que el lector podrá encontrar en esta obra.

La influencia de las lecciones de Teoría del Estado del profesor Manuel Gaona Cruz es igualmente atemporal. Sus enseñanzas fueron colectadas con dedicación y

conservadas durante medio siglo por sus estudiantes en beneficio de sus nuevos estudiantes. A los lectores de esta obra, solo les remito un mensaje a lo largo del tiempo, que resume la esencia de su magisterio y su sacrificio: la voz y el diálogo de un maestro inolvidable, que hace medio siglo nos recordó el derecho fundamental a resistir la opresión, les espera en estas páginas.

J. Mauricio Gaona  
Octubre de 2025



# I.

## El Estado y la política

### (1) Distinciones doctrinales: la política y lo político

El objeto de nuestro estudio es la **política** desde el punto de vista de la teoría pura del conocimiento. Este campo de estudio es más amplio que el del Estado. Para comenzar, es necesario hacer una distinción entre **la política y lo político**. **La política** es esencialmente humana; son artesanías predicables de ciertos sujetos con ciertas normas de comportamiento, que implican la relación de mando-obediencia. Por su parte, **lo político** es un fenómeno esencialmente colectivo, obviamente social y necesariamente humano.

El objeto del conocimiento de la teoría del Estado es, pues, **lo político**, lo cual es estrecho en su relación con la teoría del mando. La teoría del mando, de lo político, presenta los siguientes aspectos:

a. El hecho objetivo del **mando** como fenómeno de interacción social. El mando es un atributo de presupuesto humano, no de ejercicio. Implica relaciones de dependencia.

b. La manifestación subsiguiente del mando es el **poder**, es decir, el mando instituido, con una serie de preceptos en su transmisión, ejecución y duración. Es el mando cualificado por el derecho. Para Kelsen, el estudio del poder es el objeto de la teoría general del Estado.

c. El mando requiere de una justificación, de un consenso, de una **legitimación**. El poder legitimado se llama **autoridad**, es decir, el poder ejercido de acuerdo con la ley y los valores imperantes en una sociedad. Para que exista autoridad, se presupone que la sociedad requiere de creencias; quien analiza lo político necesita considerarlas. Lo legítimo es extrajurídico, es político; nace como parte del mando. La ideología, para justificar el poder, da características a la sociedad; es diferente al derecho positivo en el cual se funda. El **derecho sobrepositivo** es el conjunto de creencias que mantiene la estructura de un sistema. El ordenamiento jurídico es una respuesta a la ideología.

Finalmente, el **Estado** es una unidad, una forma de mando instituida por un soporte normativo de dos órdenes: uno **ético**, que es trasunto de una ideología, y otro **técnico**, que propone la sistematización de los conocimientos

humanos. La **teoría del Estado** comprende, entonces, las teorías ideológicas que tratan de hacer apología del aspecto normativo ético que instituye al Estado.

## (2) Teorías y presupuestos esenciales

Existen diversas teorías que buscan explicar la naturaleza de lo político. Entre ellas se destacan tres:

- **a. Teoría marxista.** Sostiene que lo político no es esencialmente humano. El ser humano es esencialmente sociable y reconoce que el ser político es tan solo accidental. Su objetivo es hacer desaparecer la política.
- **b. Teoría del liberalismo filosófico.** Parte de las teorías contractualistas del pacto social y considera que el hombre no fue esencialmente político en sus orígenes.
- **c. Teoría de Max Weber.** Postula, por el contrario, que el hombre es esencialmente político.

Para profundizar en la naturaleza de lo político, debemos analizar sus presupuestos esenciales. Pero antes de ver el presupuesto de lo político, debemos responder: ¿qué se entiende por **presupuesto filosófico** de un concepto? Hay que distinguir entre **presupuesto** y **accidente**

de una esencia o de un concepto. En cuanto a lo político, existen ciertas nociones de carácter inmutable, invariable, que sin importar las circunstancias de tiempo, lugar u organización de la sociedad, han sido siempre predicables en esta esencia humana. A esto se denomina presupuesto filosófico de lo político.

La noción de presupuesto es una noción eminentemente filosófica, puesto que se refiere a los fundamentos, a la razón de ser de los fenómenos y de los conceptos derivados de los fenómenos. No se puede explicar la ciencia por la ciencia misma, sino a través de la filosofía; la filosofía pretende dar la explicación de la fenomenología y de la esencia de un concepto o de un hecho. El análisis de los presupuestos de lo político constituye, además, **filosofía política** más que mera sociología.

Un presupuesto filosófico es, entonces, la **condición propia, universal, constitutiva y permanente** de una esencia. Analicemos estos elementos:

**a. Propia.** Decir que algo es propio de una esencia implica, en primer lugar, una toma de posición filosófica. Estudiando las filosofías importantes, encontramos que Aristóteles identifica ciertas sustancias o esencias de la naturaleza humana; que la escolástica retoma esa filosofía aristotélica en un sentido distinto, pero también pretende extraer lo

que permanece; y Kant, en su teoría pura, también considera que los fenómenos tienen características inmutables. En cambio, la dialéctica tiene como objeto demostrar que todo se transforma, que nada permanece, es decir, en principio, que nada puede ser esencial. Sin embargo, hay que hacer un esfuerzo de interpretación para constatar el cambio como noción dialéctica. Lo que evoluciona es previsible de lo que permanece; no se puede imaginar mentalmente que algo cambie si no es respecto de lo que permanece. A eso se le denomina esencia, no a la noción estática que precede del cambio, sino a la que, permitiendo el cambio, queda inmanente con la evolución.

La propiedad de algo quiere decir que cierto factor o elemento contribuye a constituir una esencia, pero sin que sea exclusivamente perteneciente a ella. Por ejemplo, la relación de mando a obediencia es una noción propia y presupuestal de lo político, mas no es una noción exclusiva de lo político, porque existen otras formas de dominación que no trascienden a lo político. Con esto se quiere decir: donde quiera que hay política, debe haber dominación, lo cual no quiere decir que donde hay dominación tenga siempre que haber política. Los términos dominación y política no son coexistentiales.

A este respecto es muy ilustrativa la noción de poder hecha por **Duverger** en su obra *Sociología política*. Él distingue el poder político de otras formas de autoridad examinando varias bases de distinción:

- La distinción de **grupos elementales y de grupos complejos**, entendiendo que solo las relaciones de predominio en los grupos complejos interesan a lo político.
- Oponer la **sociedad global a las sociedades particulares**, criterio que predomina en el estructuralismo, en el sentido de que las relaciones de mando solo se predicen de las sociedades globales.
- Distinción entre **poder institucionalizado y relaciones de autoridad no instituidas**, la cual solamente es válida respecto de formas políticas ya normadas jurídicamente.

**b. Universal.** No importan las circunstancias geográficas o espaciales para tener en cuenta el presupuesto que se predica de la esencia. Si se predica de la sociedad el ser esencialmente política, donde quiera que haya sociedad, debe existir este presupuesto. Si alguna sociedad logra organizarse sin que se cumpla el presupuesto de lo político, esa noción

no es un presupuesto, sino algo accidental. La universalidad no quiere decir generalidad, puesto que la política tiende a particularizarse; pero ese conjunto de particularismos se identifica siempre por el mismo presupuesto.

**c. Constitutiva.** Significa que el presupuesto como constitutivo de una esencia implica que la esencia existe en forma inmutable a través del espacio y del tiempo, cualesquiera que sean las contingencias de tipo histórico. Inmutabilidad que no significa negación del cambio, sino condición precisamente de la evolución. Lo constitutivo significa, más o menos, lo que para el marxismo podría significar la infraestructura de un concepto. Por ejemplo, la democracia como forma de organización política no es constitutiva de la esencia de lo político, porque no siempre la sociedad se ha organizado en forma democrática. El Estado es una forma institucional jurídica de organización del mando; el hecho de que desaparezca el Estado no quiere decir que desaparezca lo político.

**d. Permanente.** Es lo que caracteriza el presupuesto filosófico de una esencia, es decir, la no deformabilidad del fenómeno a pesar de su evolución histórica. En la medida en que deje de ser permanente el presupuesto, desaparece la esencia. Afirmar que lo político es esencial implica que existen ciertas

relaciones de tipo social que lo caracterizan, lo han caracterizado y tendrán que seguir caracterizándolo siempre. La perennidad de lo político no quiere decir que lo político no cambie; por el contrario, si hay algo que realmente evoluciona, son las ideologías sobre el poder y las formas de organización. Ha habido revoluciones políticas, pero no ha habido una revolución *de la política*.

Filosóficamente, se consideran como esenciales a lo político los siguientes presupuestos:

- 1. La relación entre mando y obediencia.** Es el más general y es predicable tanto de los fenómenos políticos a nivel interno como a nivel universal. Es la relación entre dirigentes o gobernantes y dirigidos o gobernados. Es el presupuesto fundamental; implica que, donde exista sociedad, se supone cohesión del grupo, y no ha habido otra forma de encontrar una sociedad organizada —así sea rudimentariamente— sino porque existen unos que mandan y otros que obedecen. Es una relación meramente empírica, sin ningún contenido valorativo.
- 2. La contradicción entre hostilidad y conciliación.** La sociedad organizada políticamente se desenvuelve siempre dentro de esta contradicción. **Carl Schmitt**,

filósofo político alemán, encuentra este segundo tipo de relación como presupuesto de lo político: la relación entre **amigo** y **enemigo**. Esto significa que la política es esencialmente particularista, pues la humanidad se divide en torno a finalidades que persiguen comunidades particulares y antagónicas. Lo que provoca el aglutinamiento de ciertas unidades de mando casi siempre es la hostilidad del contrario. Pero, al mismo tiempo, hay grupos que, aunque divergen en sus fines, coinciden en sus aspiraciones y surgen las alianzas, la conciliación. El **antagonismo** presupone irreductibilidad de fuerzas. El **agonismo**, en cambio, implica no la irreductibilidad, sino simplemente divergencia en los medios y convergencia en los fines. Ejemplo clásico es nuestro bipartidismo tradicional, en el cual la historia partidista nunca ha sido antagónica, ha sido apenas agonal.

Este presupuesto es análogo a otras dialécticas esenciales: en el arte, la distinción entre lo bello y lo feo; en la ciencia, la oposición entre lo verdadero y lo falso; en la religión, entre lo sagrado y lo profano; y en la moral, entre lo bueno y lo malo.

### 3. La relación dialéctica entre lo público y lo privado.

Opera más a nivel interno de cada unidad

política. Antes de que existiera la institucionalización jurídica, el hombre en sociedad ha estado siempre implicado por la política. Frente al que goberna, participa de **lo público**, de lo que hace parte del interés colectivo. Al mismo tiempo, tiene aspiraciones individuales que no le interesan al mando y que se denominan **lo privado**. Varía mucho la esfera de lo público y lo privado según las distintas teorías, pero siempre existe esa correlación. No hay que identificar lo público con lo colectivo ni lo privado con lo individual; hay fenómenos de carácter colectivo que son privados (p. ej. una sociedad anónima) y fenómenos de carácter individual que son públicos (p. ej. un dictador). Lo público es lo que interesa a la esfera de actuación del poder; lo privado es lo que se deja fuera de esa esfera.

Cuando quiera que falte uno de estos tres presupuestos, el fenómeno no es político.

Finalmente, se afirma que **la política es una esencia ontológica del hombre**. Las categorías esenciales del ser humano son: (a) política, (b) económica, (c) científica, (d) artística, (e) moral y (f) religiosa. Son dialécticas, por ejemplo: el derecho es moral y política; la economía es sociología y política; la filosofía es política, moral y ciencia.

Del análisis de los presupuestos de lo político se pueden colegir las siguientes conclusiones inmediatas:

- El hecho de que llegue a desaparecer el Estado como forma de dominación política no quiere decir necesariamente que desaparezca la política.
- La ciencia y la filosofía de lo político abarcan un campo de estudio mucho más amplio que la teoría del Estado, ya que esta última solo hace parte específica del concepto genérico de lo político.
- Para analizar lo político y, consiguientemente, el Estado, no es suficiente el punto de vista jurídico. Se requieren como auxiliares la historia y la filosofía, tomando como punto de partida la sociedad y su ciencia: la sociología.

### (3) Métodos de investigación

El análisis de lo político desde el punto de vista metodológico toma básicamente el método **histórico** y el **dialéctico**. Toda definición requiere del análisis de:

- **a. La esencia (*aseidad*)**. Análisis del concepto con gusto mismo; distinción de un concepto con base en sus propias características.

- **b. El significado (*alteritas*).** Relación de un concepto con otros. El método es esencialmente dialéctico.

Existen dos modos principales de abordar lo político en la investigación:

1. **Método doxológico.** Tiene la intención de lograr una finalidad específica, ideológica. Constituye el punto de justificación de lo político, la construcción ideal de la sociedad. Se parte de una premisa no demostrada para llegar a conclusiones deseadas, no conocidas.
2. **Método demostrativo.** Se analiza lo político desde el punto de vista fáctico, fenomenológico, dejando de lado cualquier intención específica. Se remonta a fenómenos históricos o verificados a través de ciencias auxiliares. Se presenta como el más indicado para entender lo político, pues es objetivista. Sin embargo, presenta dificultades en cuanto a la objetividad pretendida dadas (a) la posición subjetiva del investigador y (b) la dificultad del objeto, que es humano.

## II.

### Política y sociedad

#### (2) Teorías e interpretaciones: «las filosofías de la historia»

La sociabilidad humana es un hecho de su propia naturaleza; no se concibe al hombre aislado de la convivencia social. Para explicar las relaciones entre sociedad y política, se han propuesto diversas teorías.

##### a. Teorías contractualistas

Hecho común a estas teorías contractualistas son los **derechos naturales**, entendidos como el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza humana, anteriores al pacto de asociación (tipo social) y al pacto de sumisión (tipo político). El Estado y el derecho deben proteger y respetar esos derechos naturales.

- **Teoría Absolutista de Hobbes.** El hombre en estado de naturaleza (asocial) es un ser malo. *El hombre es un lobo para el hombre*. Decidió unirse en sociedad en vista de que peligraba y estableció reglas de comportamiento obligatorias; de allí surgen el derecho y el Estado.
- **Teoría fraccionaria de la democracia directa.** Para Rousseau, el hombre en estado de naturaleza es un ser éticamente bueno que, al celebrar el pacto de asociación, se corrompe, por lo que hay necesidad de un segundo pacto: el pacto político o de sumisión que organiza políticamente a la sociedad. Dentro de ese pacto, dicho sujeto posee a la vez de una cuota del mando.
- **Línea liberal de Locke o democracia representativa.** El hombre es bueno. No era de su esencia el ser social, pero conviene en asociarse para defender su propiedad, no solo patrimonial y económica, sino biológica y cultural. Pacta políticamente para crear el Estado, pero sin ceder prerrogativas y enviando representantes suyos ante el poder.

### b. Teoría de Aristóteles

El hombre es un ser político. De allí se desprenden varias consecuencias: (a) el hombre siempre ha vivido en sociedad, es social por naturaleza; (b) el hombre es esencialmente

social e inmediatamente político y su sociabilidad presupone la aparición de la sociedad y la determinación de lo político; (c) las formas de organización social y política no son necesariamente las mismas.

### **c. Punto de vista marxista**

El hombre es, por naturaleza, un ser social y nunca deja de serlo, pero no esencialmente político.

### **d. Punto de vista de Burdeau**

El hombre es esencialmente político y social; nunca se ha encontrado en estado de naturaleza (asocial y apolítico). Para Burdeau, hay varias etapas del poder: (a) **poder difuso**, en la que el poder se difundía por el temor al castigo, a la represión sobrenatural; (b) **poder personalizado**, en la que quien sobresale es el jefe, el dueño de los bienes, la fuerza, el prestigio y el carisma; (c) **institucionalización del mando**, cuando el Estado jurídico institucionaliza el poder y se crean normas que amparan su transmisión.

La sociedad, como hecho de la naturaleza humana, no es ni puede ser más ni menos inteligible o interpretable que la naturaleza misma. No obstante ser un hecho de la naturaleza, es imposible interpretarla desde el punto de vista de las leyes científicas del mundo natural, puesto que ante todo es un terreno de convenciones, de interpretaciones de tipo valorativo o axiológico. Se trata

de estudiar la sociedad no como una ciencia de la naturaleza, sino como una ciencia humana; como dice Dilthey, una **ciencia del espíritu**.

El instrumento esencial de interpretación de la sociedad, hasta ahora, ha sido la historia. Sin embargo, interpretar la sociedad con la historia comporta un círculo vicioso, cual es el de interpretar la historia por medio de la sociedad. Lo más grave es que es imposible apreciar o comprender la evolución de la humanidad —es decir, la evolución de la sociedad— como no sea a lo largo de la historia. La sociedad es refractaria a todo tipo de interpretación de orden cosmogónico, es decir, a todo tipo de interpretación que pretenda universalizar todos los comportamientos y valores de los sujetos en comunidad.

Las diversas filosofías de la historia son emisarias, quiérase o no, de ideologías, de modos de querer y de actuar que permiten la formulación de ciertos principios con pretensiones absolutas y que son apenas parte de la realidad. Quizás la mejor manera de comprender la sociedad sería estudiando la totalidad de las filosofías de la historia. Esto no es agnosticismo o relativismo, sino reconocimiento de una realidad, esta sí de tipo científico: que la sociedad no puede ser analizada sino a través del hombre. El hombre, descartando su biología, es no solamente el maestro de la interpretación, sino el dueño de las significaciones y de los valores de la sociedad. El hombre

es objeto y sujeto cognoscitivo del fenómeno social; esa subjetividad imposibilita la sustracción de los valores del fenómeno social. En resumen: la sociedad es, ante todo, un terreno de convenciones, es decir, de interpretaciones filosóficas, todas con pretensión de ser más o menos legítimas y válidas.

En general, desde el punto de vista político, la sociedad ha sido estudiada como ente abstracto distinto de la política o como presupuesto de la consecuencia inmediata de su organización, que es la política. El análisis de la sociedad, en síntesis, a través de las diversas filosofías de la historia, ha sido mirado desde dos puntos de vista: aquellos que tratan de escindir, es más, de oponer, sociedad y política y aquellos que tratan de identificar sociedad y política.

Para los primeros, siempre ha habido sociedad, mas no siempre la sociedad ha sido política. Para los segundos, siempre ha habido sociedad y política, pues el hombre es esencialmente un ser social y político. La filosofía utópica y racional del siglo XVII de tipo liberal, como la de Pufendorf, Montesquieu y Rousseau —y un siglo antes, Locke—, discriminaba entre sociedad y política no para oponerlas, sino sentando hipótesis no verificadas siquiera históricamente con el objeto de facilitar una mayor comprensión de la sociedad constituida políticamente y de justificar la ideología liberal. El marxismo, que culmina después de un proceso de interpretación socialista

de la sociedad, aparece sistematizando una interpretación dialéctica en la segunda mitad del siglo XIX con el mismo presupuesto de oposición entre sociedad y política.

## (2) Evolución dialéctica: filosofía política vs. filosofía económica

A través de la historia evolutiva de la humanidad en sociedad, es indudable que hay una preeminencia de una serie de esencias y de valores sobre otros. Se ha intentado, como resumen, presentar en los últimos siglos el siguiente decurso de preeminencias de las esencias del hombre en sociedad:

- a. Inicialmente, desde que se conoce al hombre organizado en sociedad —partamos, por ejemplo, de las protoformas de organización política anteriores a los imperios asirio, babilónico y egipcio—, el hombre era **preminentemente religioso**. Quizás por la ignorancia, por la falta de instrumentación para interpretar y dominar la naturaleza, el hombre teme lo que desconoce, lo vuelve misterio, lo vuelve escatología. Todo fenómeno natural que inicialmente no haya podido ser interpretado se vuelve una deidad. Desde este punto de vista, predomina la religión como actividad humana.

Véase «*El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*», de Engels. Distíngase entre determinante y dominante.

- b.** Luego, en el proceso de institucionalización de la sociedad, y concretamente a partir de la cultura helenica y romana hasta comienzos del siglo V o VI, el hombre fue **preminentemente político**. Todas las leyes de organización, de reglamentación del poder, se perfeccionaron y determinaban la preeminencia del comportamiento social.
- c.** Durante la Edad Media, del siglo IV al XIV, el hombre revierte su preocupación hacia la preeminencia del **comportamiento religioso**. Lo religioso impregna lo político, lo económico y cualquier otra actividad humana.
- d.** Del siglo XIV a comienzos del XX, la preeminencia esencial la copa, sin duda, la **economía**. Se evoluciona desde el punto de vista de la relación hombre-bien, con la filosofía capitalista que se contravierte de forma magistral con la filosofía socialista, siempre tomando como punto de referencia lo económico.
- e.** Parece ser que en la época actual, desde comienzos de este siglo, hay una preeminencia de la **tecnología**, ya no como esencia, sino como dialéctica entre la economía, la política y la ciencia. El proceso

tecnológico y tecnocrático invade las preocupaciones del siglo XX.

Son esfuerzos de interpretación del proceso evolutivo de la sociedad sin posibilidad de verificación, pero lo que se quiere sentar acá es que el hombre siempre ha sido todas esas cosas, que siempre ha vivido en sociedad y que siempre que lo ha hecho, ha sido esencialmente político, aunque no siempre primordialmente político.

En líneas generales, según el **marxismo**, el hombre siempre ha sido social; nunca ha permanecido en estado de naturaleza. El marxismo identifica tres conceptos: humanidad, naturaleza y sociedad. El hombre es naturalmente social, la sociedad es en esencia humana y la sociedad humana hace parte de la naturaleza. Este planteamiento científico del marxismo no lo discute actualmente nadie.

Sin embargo, las relaciones del hombre en sociedad han evolucionado según las relaciones del hombre con la naturaleza. En la medida en que el hombre va dominando la naturaleza, comienza a apropiarse de sus bienes porque es esencialmente económico. Cuando el hombre tecnifica la explotación de la naturaleza, comienza a explotar más de lo que necesita y se **aliena económicaamente**. La alienación económica significa que el hombre se vuelve insaciable en su afán de apropiación. Comienza la explotación del hombre por el hombre, que, según las relaciones

e instrumentos de producción, engendra diversos estadios llamados sistemas económicos. A esto se le denomina la **infraestructura** de las relaciones sociales.

A esta infraestructura hay que darle un ropaje. Surge, entonces, la **política**, es decir, el ánimo de hacer perdurar esos sistemas de dominación. ¿Quiénes mandan? Los que poseen los instrumentos de producción. ¿Quiénes obedecen? Los explotados. El hombre se aliena entonces políticamente y empieza a inventar **superestructuras**, instituciones, y surge el derecho. El poder es el instrumento de dominación de una clase sobre otra, como dice el *Manifiesto comunista* de 1848.

La historia evoluciona dialécticamente. El método dialéctico de interpretación, básicamente hegeliano y tomado de los griegos, consiste en analizar los fenómenos a través de sus contradicciones. A este proceso se le denomina **tesis, antítesis y síntesis**. La tesis es el estado de cosas actual; la antítesis son las contradicciones que engendra; y la síntesis es la consecuencia que determina un estado nuevo, que a su vez se vuelve tesis. Desde el punto de vista sociopolítico, se formula así: «Cada clase engendra su contrario».

La clase social explotada busca un cambio en el sistema. ¿Cómo lo logra? Debilitando los instrumentos de dominación. ¿Cuáles son? El poder político. Luego, toda revolución, según el propio Marx, es necesariamente

política. La revolución es el parto de la historia, dicen Marx y Engels, e incluso se justifica que sea violenta.

Hubo una revolución: el paso del sistema **esclavista** al sistema **feudal**. El feudalismo también implicó dominación política para justificar una explotación económica. La clase de los señores engendró su contrario: los siervos de la gleba y la **burguesía**. La burguesía pasa al poder y engendra otro sistema de explotación y otra clase social: el **proletariado**. El proletariado, a su vez, busca modificar el estado de cosas y se llega a la etapa del **Estado socialista**, en la que existe una dictadura del proletariado, porque todo estadio implica una dictadura de clase.

Hasta aquí va bien el análisis dialéctico. Pero, no sé por qué, ya se ideologiza la finalidad del socialismo según el marxismo-leninismo: el proletariado ya no engendra su contrario, la dialéctica se acaba. El proletariado busca llegar a una fase ulterior, en la que, de «cada cual según sus capacidades», se pasa a entregarle «a cada cual según sus necesidades». Es decir, lo que fue origen de la humanidad será su fin: la relación naturaleza-humanidad-sociedad sin política, sin economía. El hombre se desalienará política y económicamente. Desaparecerá el Estado, desaparecerá el derecho. Esta es, a grandes rasgos, la presentación del proceso evolutivo de la sociedad por medio del materialismo histórico. A esta etapa final se le denominará la **sociedad comunista**.

Sin embargo, vemos hoy que los malthusianos y los capitalistas propugnan más bien por una filosofía política de la escasez, diciendo, por ejemplo, que mientras el hombre se propaga en progresión geométrica, los alimentos se producen en progresión aritmética. Esto determinará que el hombre tendrá cada vez más necesidades que satisfacer, lo cual, en últimas, significa que el poder de dominación sea cada vez mayor. Como ustedes ven, se llega a conclusiones totalmente distintas.

El Estado socialista es reconocido por el marxismo como un instrumento de dominación de clase: la **dictadura del proletariado**. Requiere de un ordenamiento jurídico, con una diferencia: por primera vez en la historia, la clase dominante es mayoritaria, es democrática y popular. De ahí el nombre que se les da a los regímenes de tipo socialista de democracias populares.

Hay una ley del método dialéctico, enunciada por Hegel y utilizada por Marx, según la cual lo **cuantitativo puede cualificar** la transformación de un fenómeno. Políticamente, por primera vez, la clase dictadora es mayoritaria. Esta transformación cuantitativa determina que el proletariado no tenderá a perdurar en el poder, sino que buscará la manera de despolitizar la sociedad, de hacer desaparecer el Estado y el derecho, hasta llegar a la fase de sociedad comunista.

En este sentido, la humanidad volverá a su punto de partida. No es que la historia se repita, puesto que el fundamento dialéctico es precisamente el cambio, sino que existen ciertos períodos de repetición dialéctica. De ahí para allá, al marxismo no le preocupa cuál será el porvenir de la humanidad. Lo que sí asegura es que la política es un accidente y no una esencia para el ser humano.

### (3) Evolución social: filosofía, derecho y cultura

Estamos viendo las relaciones entre la política y la sociedad. Se había sentado la hipótesis —repite, la hipótesis y no la teoría— de que el hombre es por naturaleza un ser no solo social, sino inmediatamente político, esencialmente político. Ser esencialmente político no quiere decir que el hombre sea exclusivamente político ni primordialmente político, puesto que también participa de otras esencias. Confluyen en él las siguientes esencias, a las cuales se ha hecho alusión: las esencias **política, económica, científica, artística, religiosa y moral o ética**. Siempre que se ha estudiado al individuo en sociedad, los ángulos de apreciación surgen a partir de estas seis substancias perennes en el hombre. Estas esencias, relacionadas unas con otras, determinan otros caracteres en el hombre de tipo dialéctico. Por ejemplo: el derecho es una dialéctica

de la ética y la política; la filosofía es una dialéctica de la ética, la política y la ciencia; y así sucesivamente.

Volviendo al punto de las relaciones entre sociedad y política, hay otro tema fundamental derivado de este planteamiento: las **relaciones entre individuo y sociedad**.



### III.

#### **El individuo y la sociedad**

##### **(1) El Estado y la protección de los derechos fundamentales**

Hecho común a estas teorías contractualistas son los derechos naturales, entendidos como el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza humana anteriores al pacto de asociación (tipo social) y al pacto de sumisión (tipo político). El Estado y el derecho deben proteger y respetar esos derechos naturales.

La noción de individuo desde el punto de vista político, sin duda preconizada por el cristianismo, también fue una revolución política aparte de la trascendencia ética que pretenda esta doctrina. La noción de individuo surgió en el momento en que determinados seres humanos no eran considerados como sujetos de derecho sino como bienes e instrumentos de producción. El cristianismo exalta desde el punto de vista inmanente y no trascendente, es

decir, en la tierra, la valoración del ser humano como individuo destinado a desempeñar un papel en la sociedad.

Desde el punto de vista social o sociológico son muchas las teorías que contraponen individuo y sociedad, bien para darle prevalencia a la sociedad, presentando al individuo como resultante de un grupo social, o a la inversa, para darle preeminencia al individuo presentando a la sociedad como un simple agregado de individuos. Según la conclusión a que lleguen las diversas teorías sociológicas se constituirán los diferentes sistemas políticos; por ejemplo, el fascismo, con sus implicaciones políticas del nazismo, tenía como teoría la subordinación total del individuo a la sociedad, que impregna a la sociedad de un contenido político total. Hay una frase célebre de Mussolini refiriéndose a la persona en que dice: «Tú no eres nada, la sociedad y el Estado lo son todo». El liberalismo, que concibió el Estado demoliberal, por el contrario, exalta como razón de ser del Estado la protección de los derechos individuales fundamentalmente. La sociedad es un mal necesario, pero su objetivo es lograr la realización individual desde los puntos de vista económico, político y cultural.

Tal vez el único que no ha contrapuesto las nociones de sociedad e individuo ha sido **Augusto Comte**, concretamente en su obra *Sistema de política positiva*, para quien sociedad e individuo son términos, aunque

dialécticos, correlativos. Según él, estudiar la sociedad sin tener en cuenta al individuo o estudiar al individuo sin tener en cuenta la sociedad es una mera especulación filosófica que no conduce a ninguna conclusión positiva, puesto que es innegable que siempre que exista sociedad habrá individuo y a la inversa. Desde este punto de vista, en relación con la política, interesa dilucidar el problema de las relaciones entre sociedad e individuo, puesto que la mayoría de las ideologías del Estado tienden a subordinar un concepto al otro. Las ideologías de tipo totalitario generalmente coinciden en darle preeminencia a la sociedad, a la comunidad; las de tipo liberal, en darle preeminencia al individuo sobre la comunidad. El conflicto no podrá zanjarse, en nuestro concepto, mientras exista la política; no se dice mientras exista el Estado, porque el Estado puede transformarse como unidad política que es, sino mientras exista el predominio de unos sobre otros.

## (2) El Estado, la nación y el territorio

El Estado presupone una serie de elementos que condicionan su existencia, llamados **elementos materiales**, y otra serie de presupuestos relativos a la finalidad, a la razón de ser de su existencia. Lo primero hace parte de la sociología, lo segundo, de la ideología. Como se sabe, las condiciones materiales de existencia del Estado son, *in genere*:

- La existencia de un territorio. En opinión de algunos, este no es un elemento necesario, puesto que pueden presentarse Estados sin territorio. Pero se ha considerado que, desde un punto de vista empírico, es sumamente difícil de configurar un Estado sin la existencia de un territorio.
- La existencia de una comunidad humana, comunidad no solamente gregaria sino espiritual, de intereses en los cuales hay una identidad más o menos homogénea de propósitos, de tradiciones, incluso de mitos, creencias y valores con ciertas características de tipo étnico, idiomático, religioso y, en general, consuetudinario, de representación colectiva de grupo, al cual se le ha denominado nación.
- La existencia de un poder político, lo cual quiere decir que existan instituciones organizadas y estructuradas jurídicamente, tendientes a realizar los objetivos perseguidos por esa comunidad.

Este es el aspecto material del cual se parte siempre que hay que analizar la teoría del Estado.

Los pueblos han servido de base, de fundamento a la consolidación de las unidades políticas denominadas Estados nacionales, los cuales tienen como protoforma o materia prima diversas colectividades: comunidades tradicionales con costumbres similares, comunidades lingüísticas

e incluso religiosas, o al menos con una cierta predominancia cultural. Estas características contribuyeron a delimitar fronteras, consolidar la noción de organización política y distinguir unas unidades de otras, hasta erigir constitucionalmente la noción de Estado.

Se dice que el Estado tiene como presupuesto o como elementos de su existencia una comunidad, una autoridad y un territorio contiguo; que cuando quiera que falte(n) alguno(s) de esos elementos, no hay en forma real y permanente un Estado, sino más bien una prospección hacia la noción de Estado. Esa comunidad, desde el punto de vista étnico, se denomina **el pueblo**.

### (3) El Estado como unidad política

La política, no obstante afirmarse que es esencialmente humana, no es universalista, como lo son por ejemplo la moral, la religión, el arte o la economía, sino que es partidista. Hasta ahora no se ha podido encontrar en la humanidad una comunidad totalmente integrada bajo un solo instrumento de dominación; existe pluralismo de unidades políticas. Ese pluralismo actualmente se refleja en los diversos Estados, los cuales reclaman soberanía unos con respecto de otros. La política tiende a particularizar los fines y objetivos de realización del poder, porque los valores sociales, las ideologías, las necesidades humanas divergen

altamente y los propósitos son distintos y, a veces, contrapuestos. Siempre que se habla de política se habla de polémica y de ideología. Uno de los presupuestos de lo político es precisamente el de las relaciones entre amistad y enemistad, entre lucha e integración. La política es la diversidad dentro de la unidad: diversidad en tanto existen varias unidades políticas; unidad en el sentido de que todas esas unidades son necesariamente políticas.

La teoría del Estado precisamente trata de compilar las diversas posiciones ideológicas en torno a la organización del poder político en las distintas sociedades particulares, organizadas en territorios contiguos con características específicas, a las que se les denomina Estados.

## IV.

### **El Estado y la democracia**

#### **(1) El Estado legal y el Estado legítimo**

Hay que distinguir entre Estado legal y Estado legítimo. La noción de legitimidad desde el punto de vista psico-sociológico es muy importante para la ciencia política. Se entiende por Estado o gobierno legítimo aquel que esté constituido de conformidad con el consenso mayoritario del grupo social en cuanto a los principios que delimitan la actuación y organización del poder político; el Estado ilegítimo implica una disconformidad entre esos valores pretendidos por la sociedad y las normas jurídicas correspondientes. La legitimidad no es una noción de exclusividad, pero sí pertenece por igual a todos los Estados.

En el Estado demoliberal, por ejemplo, existen ciertos principios ideológicos que caracterizan su constitución legítima y, cuando quiera que alguno de esos principios

no se reconoce jurídicamente, ese Estado ya no es demoliberal, es ilegítimo respecto de aquellos que comulgan con los valores del Estado demoliberal.

¿Qué sucede cuando el soberano no es legítimo? ¿El derecho que crea ese soberano no legítimo se entiende como legítimo? ¿Obliga o no obliga al grupo? Antes de contestar, hay que hacerse una pregunta: ¿qué se entiende por Estado de derecho en la democracia demoliberal? El Estado de derecho se identifica como Estado legítimo en los regímenes democráticos, aunque objetivamente Estado de derecho signifique simplemente una institución política que expide reglas de comportamiento, que expide normas jurídicas. Dentro de la teoría demoliberal se distingue entre Estado de derecho y Estado legal con el fin de distinguir al mismo tiempo entre derecho legítimo y no legítimo.

Las leyes, el ordenamiento jurídico como manifestación positiva obligatoria dentro del grupo, se imponen al grupo por la fuerza, fuerza instituida por el mismo derecho, coactiva o coercitiva según los grados de aplicación de esa fuerza. Pero en este caso, el Estado legal no quiere decir que sea portador de un gobierno necesariamente legítimo; ejemplo de Estado legal y no de derecho es el Estado nazi, donde el régimen totalitario se impone al grupo más por la fuerza, la coacción, el temor y la propaganda que por la aceptación o el consenso dentro del grupo. En

este caso, el soberano es ilegítimo; aunque asegura el orden, no tiene la adhesión de la mayoría del grupo social y, si llegare a tenerla, el gobierno se torna inmediatamente legítimo. Hay que cambiar los patrones de instituciones y de organización del poder, serán otros los principios de distribución de competencias dentro del poder; cambia entonces la fisonomía y se convierte en legítimo.

El Estado de derecho es un presupuesto doctrinario del ejercicio legítimo del poder de acuerdo con principios liberales de la filosofía capitalista dentro del Estado. Saliéndonos de la óptica parcial de la teoría del Estado demoliberal, se tiene que cualquier gobierno, no importa los principios sobre los cuales se fundamente el ejercicio del poder, es legítimo cuando está de acuerdo con los principios doctrinarios, con la ideología que impera y es aceptada, es deseada por el grupo social. ¿Qué quiere decir esto? El derecho es producto necesariamente del soberano; el soberano pretende justificar su mando frente a la comunidad presentando como legítimo el ejercicio del poder y la creación del derecho. No obstante, si el grupo no adhiere a aceptar los principios del soberano y el derecho del soberano, el derecho sigue siendo derecho, no importa que no sea legítimo: es obligatorio, es coactivo. Que la doctrina del poder, que la justificación del mando no esté de acuerdo con las aspiraciones del grupo es otra cosa; pero desde el momento en que el soberano asegure

la cohesión del grupo, imponga su voluntad a través del derecho, así las normas jurídicas sean de suyo arbitrarias, estamos ante un orden jurídico obligatorio y, por lo mismo, deben respetarse procedimientos impuestos por ese orden jurídico.

Si tiene vocación provisional un régimen ilegítimo frente a la comunidad, al restablecerse el gobierno legítimo o al imponerse una legitimidad nueva o distinta, obviamente el derecho dejará de permanecer o de obligar en la medida en que no estuviere de acuerdo con la comunidad; será el primer acto del soberano derogar las normas jurídicas contrarias al nuevo concepto de legitimidad. Si no lo hace, sigue siendo obligatorio el derecho; al fin y al cabo, todo soberano que expida normas jurídicas no expedirá siempre normas arbitrarias, habrá algunas normas jurídicas que necesariamente tienden a la cohesión del grupo, al beneficio de la colectividad, es decir, unas son éticamente buenas y no hay que dar al traste con toda la legitimidad anterior.

El problema de la legitimidad es esencialmente político; el de la legalidad es, por naturaleza, jurídico. El derecho es instrumento del poder y es el poder el que busca justificar su ejercicio, el que busca legitimarse frente al grupo para obtener un mayor respaldo dentro del grupo; el derecho es producto de la voluntad del soberano, así esa voluntad sea arbitraria. De esta suerte, no es contraproducente

identificar a veces lo jurídico con lo arbitrario, lo justo con lo no jurídico; nadie niega la obligatoriedad de ciertas normas jurídicas que a la luz de ciertos conceptos evaluativos dentro de la sociedad son arbitrarias. Desde este punto de vista, el derecho simplemente busca un orden, una organización que nada tiene que ver con la legitimidad del gobierno, del poder. Obviamente, cuando hay una identidad entre el derecho y el poder que se ejerce en torno a la legitimidad, será más válido ese derecho, perdurará, será más aceptado, tendrá menos oponibilidad, pero no es esencia del derecho su legitimidad.

Desde el punto de vista de las relaciones jurídicas, hay que distinguir entre ley y derecho, o entre ordenamiento legal y jurídico, distinción que específicamente se traslada al Estado demoliberal. Corresponde a la diferencia que los doctrinantes hacen entre Estado legal y Estado de derecho. En principio, la noción de ley significa una regla de conducta de carácter impersonal, general y objetivo de naturaleza coactiva, que sirve de instrumento al poder político para imponer su voluntad y para mantener el orden dentro de la colectividad. La noción de ley, este sentido material y amplio, envuelve no solamente la expresión formal del Congreso o del Parlamento según el régimen de tipo político de que se trate, sino también toda reglamentación que de la ley se haga y que generalmente proviene por reglamentación del órgano ejecutivo

del Estado. En este punto es muy útil recordar que en el derecho administrativo no se distingue, desde el punto de vista material, entre acto legislativo y acto administrativo. Se entiende por acto legislativo la definición de ley y por acto administrativo todo acto jurídico, sin importar el órgano que lo produjere, tendiente a regular una situación jurídica concreta especial, personal o subjetiva, bien sea para reconocer o desconocer un derecho. Es una división más didáctica que práctica, que constituye presupuesto especial de distinción del ordenamiento público.

La ley, como expresión de una voluntad política, es instrumento necesario del mando, y el mando no es otra cosa que una voluntad monocrática y, en últimas, por la política, arbitraria. Quien hace la ley no tiene ninguna cortapisas, ninguna limitación: es el soberano. La noción de absolutismo, que significa estar absuelto o por encima de la ley, obedece muy a la noción monocrática de mando con carácter político y solo significa posibilidad imperativa de imponer una voluntad política a través de un instrumento político. No obstante, el Estado demoliberal, con su filosofía del entendimiento de la política y en razón histórica del momento en que se erigía la doctrina política liberal, considera que la ley sigue siendo el acto jurídico fundamental dentro de la organización política llamada Estado, pero a ese continente jurídico le da un contenido filosófico o ideológico muy concreto, en el sentido de que

la ley, formalmente, es la expresión del soberano. Pero el soberano no es el ejecutor o el ejecutivo del Estado, sino el representante democrático de la mayoría del concurso popular, llamado Parlamento. Y, por otra parte, la ley es la expresión material de los derechos naturales del hombre, es decir, de aquellos privilegios o prerrogativas inherentes a la naturaleza humana que constituyen la razón de ser de todo mando o todo poder. En la medida en que el gobierno viole esos principios que lo fundamentan, se instaura la arbitrariedad. La manifestación natural de las relaciones políticas se convierte en manifestaciones positivas de esas mismas relaciones, y a esa manifestación positiva se le dará el carácter de ley.

La ley es el acto supremo de la autoridad suprema dentro del Estado. Quien viole los principios de la ley está violando los fines del Estado de derecho, del Estado demoliberal y, por lo mismo, puede ser anulable el acto jurídico que viole la ley —la ley no puede ser arbitraria porque es expresión de la voluntad soberana a través de sus representantes. Hay un poco de sofisma en la medida en que no se puede juzgar al representante del soberano o del nuevo soberano, es decir, al Parlamento. Sin embargo, la historia da cuenta de que no es suficiente la expresión formal del Parlamento para garantizar los derechos postulados como fundamentales. Como Estado, incluso el Parlamento puede violar esos derechos fundamentales,

entonces hay que hacer un esfuerzo de discernimiento entre derecho positivo y derecho natural.

¿Qué es el derecho natural? Según unos, es una entelequia metafísica que no obedece a ninguna realidad, imposible de aplicarse porque le falta validez y eficacia. Según otros, se trata del reconocimiento de ciertos principios elementales dentro del Estado demoliberal, pero depende más de la buena voluntad de los gobernantes que de la voluntad de las instituciones o de la eficacia de las leyes. Para Kelsen, por ejemplo, el ámbito de validez y de eficacia de las normaciones que constituyen el ordenamiento jurídico solo lo determina su positividad. La positividad implica trasladar ciertos preceptos de conducta a un derecho escrito previamente definido como presupuesto de obligación y de obediencia por parte de quien crea el derecho; en la medida en que los derechos naturales quieran ser postulados por el ordenamiento jurídico deben ser reconocidos positivamente, pero el soberano no tiene ninguna limitación porque puede, en un momento determinado, abrogar, desconocer, abolir o modificar esos derechos naturales por otros derechos naturales positivos.

Al respecto, el tratadista Karl Loewenstein, en su obra *Teoría de la Constitución* (traducida al español), propone una limitación al poder discrecional de la autoridad política para crear el derecho. Parte de un presupuesto

aceptable de que el derecho obliga ciertamente en la medida en que esté fuertemente respaldado por el poder político, pero este respaldo coactivo del ordenamiento jurídico, es decir, el respaldo político al ordenamiento jurídico, no implica que no existan normas que controlan a quienes emiten el derecho, y que correspondan a la ideología del Estado. Se inventa, entonces, un término, el de *derecho sobrepositivo* en vez de derecho natural. El derecho sobrepositivo corresponde al conjunto de valores y de ideologías fundamentales de la colectividad que presuponen necesariamente el contenido del derecho positivo. En la medida en que el derecho escrito no se adecúe a esos valores contenidos en ese derecho sobrepositivo, la autoridad es ilegítima, se está ante un gobierno *de facto*. El Estado es legal, pero no es un Estado de derecho. El instrumento formal sigue siendo el mismo, la ley, pero el instrumento ideológico, al no corresponder a esa expresión de contenido en la ley, no es legítimo. De ahí que se distingue entre Estado legal y Estado de derecho.

El Estado de derecho es una institución política organizada jurídicamente de conformidad con los principios ideológicos del liberalismo político y filosófico. Estos principios se reflejan en la estructura, el funcionamiento y la finalidad del poder. Así, tan eficaz y válida es una norma que, por ejemplo, ordene una expropiación sin indemnización, emitida por una autoridad no jurisdiccional

—como la administrativa—, como aquella que presuponga que la expropiación comporta previamente una indemnización y una autoridad jurisdiccional. Pero la diferencia entre una y otra es que la primera no corresponde a los postulados ideológicos del Estado de derecho, mientras que la segunda sí, pues la primera ley es ilegítima y la segunda, legítima.

Esto plantea la necesidad de hacer una distinción entre ciertos términos que, en general, utilizamos indistintamente. En primer lugar, el **poder**; en segundo lugar, el **poderío** o la **potestad**; y, en tercer lugar, la **autoridad**.

El **poder** es la forma en que se institucionaliza el mando. Generalmente la ciencia política toma como objeto de análisis el poder político. En realidad, el poder político es uno de los aspectos de la fenomenología de la política, pero no todo lo político. El poder político presupone institucionalización del mando y realización efectiva de este. Los actos de poder los ejecuta quien tiene el mando, la potestad virtual de ejercer; es el poder institucionalizado, es el mando organizado jurídicamente el que ejecuta su voluntad por medio de actos jurídicos, el primordial de los cuales se llama ley. La ley es un fenómeno jurídico, el mando es un fenómeno político. Obviamente, al editarse la ley, es imposible discernir hasta qué punto es producto de una voluntad política o de una organización jurídica; es una cuestión de esquema mental,

pero fundamental para entender el alcance de la expresión «poder político».

El **poderío**, potestad o mando es virtual, es la potencialidad de imponer la voluntad de dominación en un grupo mediante el monopolio de la fuerza. Es potencialidad porque no siempre hay que estar sancionando, reprimiéndolo o constriñéndolo al súbdito para ejercer mando, sino porque basta una titularidad que se justifique típicamente con la noción de soberanía, una especie de prestigio objetivo de fuerza no siempre utilizada: mientras más se utiliza la fuerza, más demostración de debilidad hay.

La **autoridad** presupone, además de mando —cuestión política—, y de mando institucionalizado —cuestión jurídica—, el ejercicio legítimo de dicho mando. Cuestión sociológica: que exista un consenso mayoritario dentro de la organización política de que ese poder instituido se ejerce de conformidad con los valores normativos imperantes dentro del grupo social, con las finalidades, propósitos y creencias del grupo social, todo lo cual presupone entonces que el mando se ejerce en forma legítima. La legitimidad no es esencial a los regímenes políticos. La prueba es que existen gobiernos ilegítimos, llamados teóricamente *de facto*, porque todo gobierno *de facto* presupone ciertas reglas de comportamiento que lo hacen jurídico o legal.

Desde este punto de vista, para diferenciar Estado de derecho y Estado *de facto* se tendrán las siguientes conclusiones: (a) el Estado legal solamente se preocupa por determinar el ámbito de eficacia normativa y de validez de la norma jurídica que se expide; (b) basta tener la potencialidad virtual del mando y organizar esa potencialidad virtual jurídicamente, es decir, el poder, para lograr un respaldo coactivo a las reglas de derecho, así sean contrarias a las aspiraciones del grupo social; (c) el Estado de derecho es aquel que, además de buscar la eficacia y la validez de sus principios normativos, tiende fundamentalmente a lograr la aceptación dentro del grupo de esa imperatividad. El respaldo, la adhesión, pertenecen a la ideología del Estado; al fin y al cabo, el poder nunca se ejerce sin ninguna finalidad y toda finalidad presupone una posición ideológica valorativa, por lo mismo. El poder político no es ajeno a la ideología y el ordenamiento jurídico, que no es sino instrumento de la ideología del Estado, tiene que reflejar esa ideología.

Concebirl, por ejemplo, como ilegítimo un gobierno socialista es, desde el punto de vista del análisis político, inconsecuente. Hay que observar objetivamente si las unidades políticas que están gobernadas bajo la égida del socialismo aceptan como legítimo el nuevo sistema, los nuevos valores, el nuevo sistema de organización del Estado y las nuevas finalidades de ese Estado. Así, en la

medida en que la mayoría del grupo consienta y acepte esos nuevos valores del Estado, ese gobierno también es legítimo, así no concuerde con los del Estado demoliberal. La noción de autoridad presupone no solamente el monopolio de la fuerza y del derecho, sino el monopolio del respaldo de la ideología de la colectividad.

Desde el punto de vista jurídico, el Estado, como tiene el monopolio de la fuerza para ejercer el mando, actúa coactivamente. La coacción es imperativa, potencial, preventiva. Toda regla de conducta de carácter imperativo llamada ley o norma jurídica es emitida por el Estado con el objeto de prevenir, de mantener el orden político, de precaver el orden público. Las leyes que se dictan no quieren decir que no puedan ser violadas. Es más, si se dictan, es porque existe temor de que se susciten esos comportamientos que la ley prohíbe o que no se efectúen esos comportamientos que la ley manda, conductas que deben prohibirse o estimularse porque se consideran instrumentos esenciales del orden público. La coactividad o coacción —que determina el ámbito de la eficacia normativa— es fundamentalmente preventiva. Cuando el Estado actúa como poder, ya no como mando, reprimiendo, interviniendo coercitivamente, es decir, cuando no fue suficiente precaver o prevenir, hay que suprimir y sancionar a quien no cumple los mandatos coactivos. Cuando el Estado actúa coactivamente, debe hacerlo a

través de las normas jurídicas previamente trazadas, según se dice en la teoría del Estado demoliberal. De lo contrario, estamos ante la arbitrariedad.

La noción de poder de policía, que implica poder de discrecionalidad, es decir, apreciación subjetiva y unilateral para estimar la oportunidad de una medida tendiente a mantener o salvaguardar el orden público, debe ser lo más estricta posible. Si esto no ocurre, el fenómeno de la coactividad general determina una arbitrariedad general, un Estado totalitario o policivo. Alguien decía que un Estado totalitario es aquel en que lo que no es obligatorio está prohibido, es decir, es una perfecta coactividad general que imposibilita la actuación del hombre dentro del ordenamiento jurídico correspondiente. Hay que restringir al máximo lo que está prohibido o lo que es obligatorio, y lo demás pertenece a la normalidad, al restablecimiento del orden, al fenómeno de la representación.

Orden jurídico y orden legítimo no son, pues, desde el punto de vista político, la misma cosa. El orden jurídico es la organización institucionalizada del mando de conformidad con el derecho sobrepositivo que informa a la colectividad; mientras que el orden legal es la organización institucional del poder con carácter coactivo, sin que necesariamente exista conformidad con el derecho sobrepositivo de ese mando instituido. Los regímenes políticos legítimos, el Estado legitimado, son de orden jurídico.

El Estado tiene el monopolio de creación del orden legal, pero no tiene el monopolio de creación del orden jurídico. Es más, el Estado está supeditado al orden jurídico. Quien califica el orden jurídico es esencialmente la ideología del Estado; pero como la ideología presupone necesariamente interrelación política de masas, respaldo colectivo, es el grupo en últimas quien califica el contenido, la filosofía del orden jurídico. Cuando se presentan crisis de valores o cualquiera que sea la razón, hay crisis de orden jurídico, crisis de mandos, de legitimidad y revoluciones; esto es excepcional. Lo normal es que exista casi siempre una adecuación entre el mando y lo que el grupo aspira de ese mando. Así perdure un gobierno de hecho por mucho tiempo, mientras no se logre convencer al grupo con los nuevos valores de ese gobierno de hecho, se entiende que tiene vocación de provisionalidad. Un par de ejemplos son Portugal y España, en donde, a pesar de treinta años o más en que ha perdurado un sistema jurídico legal de organización del poder que no se adecúa a las aspiraciones, a las creencias del grupo, no existe ese consenso general de aceptación como legítimo de ese mando de poder.

Cuando la ley autoriza atentar contra las libertades públicas por vía preventiva, tenemos un **Estado policivo legal**. Cuando la ley autoriza solamente reprimir comportamientos previa calificación de esos comportamientos en la ley, de su procesabilidad, y de la competencia

correspondiente del organismo encargado de sancionar (artículo 26 de la Constitución nacional), en estos casos el orden es represivo y el Estado se llama **Estado de derecho**.

## (2) El principio de la separación orgánica del poder

La noción de ley ha sido preconizada (John Locke) y sistematizada (Pufendorf y Montesquieu) como un punto doctrinario central. Es el acto fundamental dentro del Estado: uno la debe crear, a saber, el soberano o el representante del soberano —en ese entonces (s. XVIII) el parlamento—; otro debe ser quien la ejecuta, que es un mandatario del representante del soberano, es decir, el órgano ejecutivo del Estado; y otro se encarga de dirimir los conflictos que se suscitan en torno a su aplicación, es decir, el juez. Estas tres funciones en torno a la ley presuponen una especialización funcional y una separación orgánica de las instituciones encargadas de realizar esa especialización: los órganos legislativo, ejecutivo y judicial.

Hoy en día, según los teorizantes del derecho constitucional, la noción de la separación orgánica del poder es una antigua, una curiosidad histórica, puesto que, en cualquier Estado demoliberal que se tome de ordinario, el parlamento o congreso es el que menos legisla; el ejecutivo es el que más decide y legisla; y acaso apenas

los jueces son los únicos que siguen cumpliendo con sus funciones tradicionales —no obstante, el ejecutivo y el parlamento tienen también funciones jurisdiccionales. En nuestra opinión, lo que se ha modificado y, quizás, lo que nunca se pudo poner en práctica fue la especialización funcional, es decir, que el ejecutivo solamente ejecute, el legislador solo legisle y el juez solo juzgue.

Lo importante para garantizar los frenos y contrapesos, o la división del poder de que habla el liberalismo como presupuesto de su ideología, es la **autonomía de los órganos** del poder político, así su función haya cambiado. Un país donde el parlamento sea dependiente del Ejecutivo no es un país que esté constituido de acuerdo con los principios del Estado de derecho. Obviamente, en la actualidad, el Congreso o el Parlamento no tienen una función decisoria sino una de control; ya no se habla de función legislativa sino de función gubernamental asignada al Ejecutivo, que tiene el poder de impulsión, de orientación y de decisión dentro del Estado. Lo importante es que Pinochet no dicte sentencias de muerte; en ese momento se habla de que hay una dictadura, un gobierno de hecho, ha habido golpe de Estado. Así, el presupuesto del Estado demoliberal es la autonomía de los órganos de poder; la colaboración funcional no quiere decir que haya desaparecido ese presupuesto, pues se predica una autonomía orgánica, no una separación de funciones.

La dinámica del poder es una sola, pero la estructura sí presupone esa división. Cuando no se da esa división, no hay Estado demoliberal.

### **(3) El principio de la democracia representativa**

Partiendo de la noción de pacto político, según la cual los asociados consintieron en constituir el Estado con la condición de que el Estado cumpliera con la finalidad de respetar los derechos individuales y fundamentales del ser humano, se creó la figura de la representatividad. La noción de soberanía, que implica un poder autónomo, absoluto, originario y exclusivo de ejercer el poder político y hacer el derecho, es indivisible e indelegable, pero su ejercicio es delegable. Se concibió que el titular de la soberanía es el grupo social constituido metafísicamente como nación; quienes ejercen el poder a nombre del soberano son sus representantes. La representatividad comporta la posibilidad de decidir a nombre del soberano y la consecuencia de que cuando se tome una decisión, que no provenga por parte del representante, esa decisión es ilegítima.

### **(4) El principio de juridicidad o legalidad**

En la práctica, los anglosajones, concretamente la Gran Bretaña, pusieron en práctica por primera vez estos tres

principios. Considerando que la ley es la expresión soberana, el acto jurídico máximo, es necesario asegurar su primacía, crear tribunales encargados de sancionar a quienes por medio de otros actos jurídicos infrinjan la ley. En los países de estructura latina, tanto Europa como Latinoamérica, en donde existe una distinción formal entre constitución y ley, es mejor hablar del principio de la juridicidad, en el sentido de que existen normas jerárquicamente establecidas y ninguna de las normas inferiores puede infringir una de las superiores. Si las infringe, existen procedimientos de anulación de la norma como garantía a la estabilidad del ordenamiento jurídico y al respecto de los principios fundamentales del Estado. A esto se le denomina un Estado de derecho; cuando alguno de estos tres principios está ausente, no existe Estado de derecho o Estado demoliberal. Todos los demás Estados tienen sus propios principios de legitimidad que, si no operan en la práctica, determinan como consecuencia que el Estado ha dejado de comulgar con esa ideología.

La ley es el acto supremo de la autoridad suprema dentro del Estado. Cualquiera que viole los principios de la ley está violando los fines del Estado de derecho, del Estado demoliberal y, por lo mismo, puede ser anulable el acto jurídico que viole la ley. Asimismo, la ley no puede ser arbitraria porque es expresión de la voluntad soberana a través de sus representantes. Se establece además

el principio de la juridicidad o legalidad, según el cual la norma inferior debe respetar la superior. Es la constitución la norma máxima dentro del orden jurídico.

La operatividad del sistema implica un acuerdo en el reparto de funciones y tareas organizativas dentro del Estado; implica el principio de la separación orgánica de los poderes en el sentido de colaboración orgánica y no separación orgánica, aunque dé cierta autonomía organizativa. Además, implica el principio de la jerarquía normativa, que comienza con la norma más importante dentro del Estado: la Constitución nacional. Este principio permite anular las disposiciones o normas elaboradas por otros poderes que contradigan este documento.

## V.

### **El Estado y su filosofía política**

#### **(1) Presupuesto material: el poder y los gobernados**

La teoría del Estado trata de compilar las diversas posiciones ideológicas en torno a la organización del poder político en las distintas sociedades particulares, organizadas en territorios contiguos con características específicas, a las que se les denomina Estados.

La teoría del Estado trata de compilar las diversas posiciones ideológicas en torno a la organización del poder político en las distintas sociedades particulares, organizadas en territorios contiguos con características específicas, a las que se les denomina Estados. Como ya se indicó, el aspecto material que permite analizar la teoría del Estado implica la existencia de (a) un territorio, (b) una comunidad humana y (c) un poder político.

## (2) Presupuesto filosófico: el poder y los principios

Antes de examinar lo político, debemos detenernos en una cuestión conceptual previa: ¿qué significa el «presupuesto filosófico»? Es crucial distinguir esta noción, que atañe a los fundamentos y a la *razón de ser* de los fenómenos, del «accidente» de una esencia. La filosofía es la herramienta fundamental para esta tarea, ya que la ciencia no puede explicarse a sí misma; necesita del pensamiento filosófico para dar cuenta de la esencia y la fenomenología de los conceptos. De esto se deduce que el estudio de los presupuestos de lo político no es un ejercicio sociológico, sino una indagación de naturaleza eminentemente filosófica y política.

En cuanto a lo político existen ciertas nociones de carácter inmutable, invariable que, cualesquiera que hayan sido las circunstancias de tiempo, lugar u organización de la sociedad, han sido siempre predicables en esta esencia humana, y a esto se denomina presupuesto filosófico de lo político. Filosóficamente se consideran como esenciales a lo político los siguientes presupuestos: **(a) relación entre mando y obediencia, (b) contradicción entre hostilidad y conciliación, (c) relación dialéctica entre lo público y lo privado.**

**Los presupuestos filosóficos de lo político.** Un presupuesto filosófico se define como la condición intrínseca, universal, constitutiva y permanente de una esencia. Resulta pertinente analizar estos elementos conceptuales aplicándolos directamente al campo de la filosofía de lo político:

#### a. Propio

Sostener que algo es «propio» de una esencia es, en sí mismo, un posicionamiento filosófico. En la historia del pensamiento, tanto Aristóteles (con las esencias), la escolástica (con los conceptos permanentes) y Kant (con las características inmutables) han buscado lo que perdura. La dialéctica, en contraste, postula la transformación universal y la no permanencia. Sin embargo, aun desde una perspectiva empírica, la propia noción de evolución o cambio exige un referente; lo que se trasforma debe ser predictable respecto de algo que permanece.

En este contexto, «propio» —despojado de connotaciones jurídicas— significa que el presupuesto ayuda a *constituir* la esencia, pero no necesariamente le *pertece exclusivamente*. Un presupuesto puede ser propio de una esencia sin ser exclusivo de ella. Por ejemplo, la dominación es propia de lo político (toda política implica dominación), pero no es exclusiva, pues existen formas de dominación no políticas, como la económica. Los términos «política» y «dominación» no son, por tanto,

coextensivos. Maurice Duverger, en su *Sociología política*, ofrece una distinción útil al acotar el poder político frente a otras formas de autoridad.

### **b. Universal**

La universalidad del presupuesto implica su independencia de las circunstancias espaciales o geográficas. Si se postula que lo político es esencial a la sociedad, este presupuesto debe hallarse dondequiera que exista una sociedad. Si un grupo humano, en cualquier momento o lugar, se organiza *sin* dicho presupuesto, entonces esa característica no era un presupuesto, sino un elemento accidental o tangencial. Es clave no confundir «universalidad» con «generalidad»; aunque lo político tiende a manifestarse en organizaciones particulares y diversas, el mismo presupuesto subyace e identifica a todos esos particularismos.

### **c. Constitutiva**

El carácter «constitutivo» del presupuesto asegura que la esencia misma pervive inmutable a través del tiempo y el espacio, sin importar las contingencias históricas. Esta inmutabilidad no niega la evolución; de hecho, es la condición que permite percibir el cambio (similar a lo que el marxismo entendería por «infraestructura» de un concepto). Por ejemplo, la democracia no es un presupuesto *constitutivo* de lo político, dado que la sociedad se ha organizado políticamente bajo formas no democráticas a lo largo de la historia.

#### **d. Permanente**

La «permanencia» define al presupuesto filosófico; es la inmutabilidad o no deformabilidad del concepto esencial, aun frente a la evolución histórica. En el instante en que el presupuesto deja de ser permanente, la esencia misma desaparece. Subrayar la perennidad de lo político no implica negar su dinamismo; por el contrario, la compulsión de lo político es un motor constante del cambio histórico. Sin embargo, aunque toda revolución ha sido *política*, hasta ahora no ha existido una revolución *de la política* (es decir, una que anule sus presupuestos esenciales).

### **Los tres presupuestos de lo político**

Retomando el análisis, podemos identificar los siguientes presupuestos específicos de lo político:

- 1. La relación mando-obediencia.** Este presupuesto fundamental parte de la observación empírica (sin contenido valorativo o axiológico) de que toda sociedad, para mantener su cohesión, implica una estructura en la cual unos mandan y otros obedecen. Es el más general, pues se aplica tanto a nivel interno de una unidad política como a nivel universal,

manifestándose en la dialéctica constante entre dirigentes (gobernantes) y dirigidos (gobernados).

2. **La relación hostilidad-conciliación.** El segundo presupuesto surge del carácter plural y partitivo (divisionista) de lo político: la tensión entre lucha e integración. Como señaló Carl Schmitt, lo político se define por la distinción entre «amigo» y «enemigo» (entendida más como antagonismo que como afecto personal). Históricamente, la humanidad no se ha organizado bajo un único sistema, sino en comunidades particulares con fines antagónicos. Con frecuencia, la cohesión interna (aglutinamiento) de una unidad política se logra precisamente por la hostilidad hacia un contrario. Donde hay política, hay antagonismo, guerra y paz.
3. **La dialéctica entre lo público y lo privado.** Este tercer presupuesto opera con más claridad al interior de cada unidad política. El individuo en sociedad se ve involucrado en la esfera de lo público (lo relativo al interés colectivo y la relación con el mando), pero simultáneamente mantiene aspiraciones personales que caen en la esfera de lo privado. Si bien la frontera entre ambas esferas varía drásticamente según la teoría del Estado que se adopte, la correlación misma entre actos públicos y comportamientos privados es una constante.

Estos tres elementos constituyen los presupuestos de lo político. Dondequiera que observemos un poder político —desde la organización más rudimentaria hasta la más compleja—, encontraremos estas constantes históricas. Inversamente, si uno de estos tres presupuestos está ausente, el fenómeno que se analiza no es de naturaleza política.

### **(3) Presupuesto institucional: el poder y las instituciones**

La manifestación subsiguiente del mando es el poder, es decir, el mando instituido, con una serie de preceptos en su transmisión, ejecución, duración. Es el mando cualificado por el derecho.

La sociedad política es la comunidad humana organizada con ciertas instituciones de dominación; la sociedad política institucionalizada es la comunidad humana organizada jurídicamente con instituciones de dominación. La institucionalización es un fenómeno jurídico, la dominación es un fenómeno político: el Estado es el factor de predominio; las instituciones son el ordenamiento jurídico que dan un carácter permanente o estable a ese predominio.

El Estado es una forma institucional jurídica de organización del mando; el hecho de que desaparezca

el Estado no quiere decir que desaparezca lo político, ni la circunstancia de que no siempre haya existido Estado permite decir o colegir que no siempre haya existido lo político. El Estado es una de las tantas formas de organización del poder, no la única, quizás la más pura, la más perfeccionada.

Hay hipótesis sobre la evolución del mando. Por ejemplo, el profesor Georges Burdeau encuentra que ha habido tres etapas fundamentales: **(a) la del poder difuso o anónimo, (b) la del poder individualizado, (c) la del poder instituido o institucionalizado.** Para Burdeau, la humanidad se hallaba dominada bajo un poder difuso o anónimo. Luego notamos una dominación individual dentro del grupo, cuando ya existe más imperatividad, mayores conflictos; hay alguien que se impone frente a los demás por la fuerza, por el prestigio, por sus condiciones económicas o por todo lo anterior. Existe una dificultad, advierte Burdeau: cada vez que desaparece el líder del grupo, este entra en conflicto nuevamente. Por lo cual el hombre llega a la tercera etapa y estima que es mejor instituir de un ropaje ficticio la transmisibilidad del mando y dar a entender al grupo que las instituciones perduran más allá de los individuos o de los jefes, y se crea o se instituye el Estado. Tiene un papel fundamental en este fenómeno la institucionalización del poder, el derecho.

Así las cosas, el Estado, que es una forma jurídica de institución del poder, y el derecho, que es el instrumento que le da permanencia a esa destinación, son producto de la lucha de clases. La violencia cualificada por el derecho se denomina coacción; cuando la coacción no es suficiente, el derecho reprime y, en este caso, la violencia se denomina coerción. El Estado, en últimas, es un trasunto jurídico-político, en cuanto político obliga por la fuerza, en cuanto jurídico institucionaliza esa fuerza, la hace permanente y evita que sea arbitraria.

La constitución política viene a ser punto de partida del Estado, el presupuesto para poder institucionalizar el mando, o sea que el mando se institucionaliza con la constitución política; vale decir, regla el poder en su duración y transmisión.

La constitución jurídica, dentro de la noseología general de las constituciones, hace relación técnicamente al conjunto de reglas relativas a la organización, distribución y transmisión del mando. Una constitución, desde el punto de vista estructural, presenta varios aspectos: la **parte dogmática o doctrinaria** y la **parte organizativa u orgánica**. En la doctrinaria se asientan las fórmulas aceptadas por la mayoría del grupo en relación con la finalidad misma del Estado. La parte orgánica es un diseño esquemático de los organismos de mando, de la distribución de

sus competencias, de la manera como debe ejercerse y transmitirse el poder.

Esto plantea la necesidad de hacer una distinción entre ciertos términos. En primer lugar, el **poderío**, potestad o mando. El mando es virtual, potencialidad de imponer la voluntad de dominación en un grupo mediante el monopolio de la fuerza. En segundo lugar, el **poder**, que es la forma como se institucionaliza el mando. Y, en tercer lugar, la **autoridad**, que presupone, además de mando y de mando institucionalizado, ejercicio legítimo de ese mando.

#### (4) Presupuesto jurídico: el poder y las libertades públicas

Todo Estado es respuesta a un conjunto de principios ideológicos que confluyen hacia la consecución de ciertos fines en beneficio teórico de los gobernados. No hay un solo Estado que sea ajeno a la ideología del poder. Desde este punto de vista, el tratadista alemán Karl Loewenstein, en su *Teoría de la Constitución*, critica la teoría pura del Estado y del derecho de Hans Kelsen. Según Kelsen, el Estado y el ordenamiento jurídico se identifican; una norma es válida no porque sea legítima, sino porque es capaz de ser imperativa. Esta teoría pura del derecho, desprendida de todo contenido ideológico,

es un poco peligrosa en cuanto posibilita y justifica como Estado de derecho cualquier Estado que tenga normas jurídicas.

A esto le responde Loewenstein afirmando que el Estado no solamente es la positividad de sus normas, sino la ideología de esos principios. Hay que distinguir entre Estado legal y Estado legítimo. Así, entiende por Estado o gobierno legítimo aquel que esté constituido de conformidad con el consenso mayoritario del grupo social en cuanto a los principios que delimitan la actuación y organización del poder político.

En el Estado demoliberal, por ejemplo, existen ciertos principios ideológicos que caracterizan su constitución legítima. Esos principios son básicamente tres:

### **1. Principio de la separación orgánica del poder.**

Preconizada por John Locke y sistematizada por Montesquieu, la ley es el acto fundamental dentro del Estado: uno debe ser el que la crea (el Parlamento), otro debe ser el que la ejecuta (el órgano ejecutivo) y otro se encarga de dirimir los conflictos (el juez). Estas tres funciones presuponen una especialización funcional y una separación orgánica de las instituciones. Lo importante para garantizar los frenos y contrapesos es la autonomía de los órganos del poder político.

- 2. Principio de la democracia representativa.** Partiendo de la noción de pacto político, se creó la figura de la representatividad. Se concibió que el titular de la soberanía es el grupo social constituido metafísicamente como nación y quienes ejercen el poder a nombre del soberano son sus representantes.
- 3. Principio de la juridicidad o de la legalidad.** Considerando que la ley es la expresión soberana, el acto jurídico máximo, es necesario asegurar su primacía. En los países donde existe una distinción formal entre constitución y ley, es mejor hablar del principio de la juridicidad, en el sentido de que existen normas jerárquicamente establecidas y ninguna de las normas inferiores puede infringir una de las superiores.

A esto se le denomina un Estado de derecho. Si alguno de estos tres principios está ausente, no existe Estado de derecho o Estado demoliberal.

## VI.

### La soberanía de Estado y el derecho

#### (1) Soberanía política y jurídica

**Punto de vista jurídico de la soberanía.** Es un poder absoluto para hacer y deshacer el derecho. A esto contribuyó mucho **Bodino**, autor francés del siglo **XVI** en su obra *Los seis libros de la República*. Tiende a justificar el poder absoluto de la monarquía en manos de la dinastía francesa y a atribuirle metafísicamente ciertos orígenes de legitimidad al ejercicio de ese poder absoluto. La noción de absolutismo monárquico quiere decir que uno solo dentro del grupo es el que ejerce la totalidad del mando; esta noción llevaba consigo la de soberanía monárquica. Hay una frase latina de este autor que, traducida, dice: «El príncipe está absuelto de la ley». Esto significa políticamente que el monarca es el único que está por encima del derecho, no está atado por los mandatos; por el

contrario, él es quien crea el derecho, la legitimidad del orden jurídico depende precisamente de que el orden jurídico provenga de la voluntad del principio. El principio es absoluto; la noción de absolutismo significa exactamente que está absuelto de la ley, es decir, estar por encima del derecho, tener la potestad de crear, modificar y derogar el derecho. El **artículo 4 del Código Civil colombiano** sienta el principio de que la ley es la expresión de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la **Constitución nacional**, es decir, que los representantes del soberano (entendiendo que el soberano es la nación) son los únicos que pueden crear y, al mismo tiempo, derogar el derecho, con una diferencia: que aún ellos están sometidos, también, al derecho que crean, puesto que actúan a nombre del soberano y no son titulares de soberanía. La noción de soberanía desde el punto de vista jurídico trata de estabilizar, de instituir, en forma permanente el conjunto de organismos encargados de emitir y reformar el orden jurídico con el objeto de regularizar el orden social y el político.

**Punto de vista político.** La noción de soberanía es, ante todo, política. Al fin y al cabo, el derecho es una sucesión de quien tiene el poder; se requiere primero tener el poder y luego regularizar ese ejercicio. En relación con la discusión un poco bizantina sobre qué fue primero, si el Estado o el derecho, se considera: fue primero el poder

político y luego el poder jurídico, quien dictó normas jurídicas era porque ya tenía la capacidad de decisión dentro del grupo, es decir, era porque ya tenía la capacidad de mandar. El llamado constituyente originario dentro del Estado pudo conformar una unidad política y luego darle un ropaje jurídico, un ordenamiento jurídico; el derecho es una consecuencia inmediata del Estado y no a la inversa. El orden jurídico por sí solo, sin ningún respaldo de fuerza ni de mando, no pasa de ser preceptos de moral, y quizás la única diferencia que exista entre moral y derecho sea esa, la de que los preceptos morales no tienen un respaldo coactivo o de fuerza, mientras que los preceptos jurídicos tienen el respaldo de la fuerza e incluso de la violencia para hacer cumplir los mandatos de ese ordenamiento.

El presupuesto, pues, del mando es lo político y no lo jurídico; la soberanía no la tiene el Estado, la soberanía crea al Estado. **Jellinek**, en su obra *Teoría general del Estado*, encuentra que la soberanía tiene dos sentidos desde el punto de vista estatal: interno y externo. Desde el punto de vista interno, el soberano es aquel que jerárquicamente se impone dentro del Estado a todos los demás organismos, autoridades y gobernados de esa unidad política, quien jerárquicamente irradia para los demás las competencias y las jurisdicciones correspondientes. A partir del punto de vista interestatal o externo, la soberanía

significa poder de autoorganización, es decir, capacidad autónoma de crear sus propias instituciones, de legislar, de dictar reglas de comportamiento con carácter jurídico dentro del grupo social sin que haya interferencia de organismos exteriores, puesto que, en la medida en que organismos ajenos al Estado impongan su voluntad, son estos organismos y no el Estado el soberano.

Desde el punto de vista político, la noción de soberanía es un poco más amplia, más completa; envuelve la definición de soberanía descrita jurídicamente, pero va más allá. Se define como soberanía **la potestad absoluta, exclusiva, originaria, suprema para ejercer el mando y para hacer y deshacer el derecho**. Los atributos del soberano son los atributos del mando mismo. Ahora, las ideologías del poder, las doctrinas del mando, las diversas teorías del Estado se remiten a darle un contenido a esos atributos de dominación dentro del grupo, a justificar el ejercicio y a legitimar ese ejercicio del poder en el grupo con los atributos, con las cualidades del soberano. Pero la noción de soberanía siempre ha sido la misma desde el punto de vista conceptual, lo que varían son las teorías en torno a la justificación de su contenido.

Decíamos que la noción de soberanía es fundamentalmente política, extrajurídica y que sirve de reforzamiento o de base a quienes ejercen el mando. Los juristas del derecho público en general critican la noción

de soberanía como una entelequia metafísica, como una especie de distracción intelectual que no tiene ningún contenido real por una razón: porque es imposible entender dicha noción bajo la óptica del derecho. El derecho, la norma jurídica es necesariamente una secuencia, un instrumento de quien ejerce el mando y no el que constituye a quien manda, el derecho legitima o legaliza el poder político, pero es el que ejerce el poder político quien hace el derecho. La noción de soberanía pertenece a la historia política, siempre se ha presentado como la necesidad de justificación del poder, la cual contiene una serie de valores, principios e ideologías que retratan la filosofía del mando en una colectividad determinada. Aunque los griegos, los romanos y los pensadores medievales no abordaron sistemáticamente la noción de soberanía para explicar el poder político, esta siguió siendo la razón de ser del mando. Las elucubraciones exegéticas normativas del racionalismo del siglo XVIII y el absolutismo del siglo XVII, tendientes a justificar los unos el poder en manos del pueblo y los otros el poder en manos del monarca, sistematizaron ciertamente para la ciencia política lo que se entiende por soberanía. Si se retrotrae el análisis a toda la historia política de la humanidad y se proyecta, a la vez, hacia un futuro —quizás utópico o quizás científico—, puede observarse que la necesidad de justificar el poder político permanece constante. En ese

marco, la noción de soberanía, entendida como concepto abstracto, forma parte de la realidad social y política: el soberano tiende a identificarse con la voluntad mayoritaria del grupo. Cuando esto no ocurre, surge una crisis del mando o crisis de soberanía, que implica la sustitución de un conjunto de sistemas estructurales y valorativos por otros; en otras palabras, una sustitución de la justificación del poder, de la teoría del mando y, en síntesis, de la soberanía misma.

Jurídicamente, la soberanía no puede ser comprendida ni reglamentada porque el derecho es instrumento del soberano; las reglas de comportamiento humano, las instituciones que crea el soberano son producto y no causa del que tiene el poder político. El Estado es soberano porque la soberanía constituye al Estado, no porque el Estado se autointegre como institución jurídica.

## (2) Soberanía y formas de gobierno

Analicemos los elementos de la definición:

**Potestad.** Se dice que soberanía es ante todo potestad en el sentido de que implica imperio o posibilidad virtual de dominación dentro del grupo social. La noción de potestad no es jurídica, es anterior al derecho; quien tiene la potestad de crear, crea el derecho; quien a nombre del derecho manda no tiene ninguna potestad, sino una

competencia o jurisdicción, la cual cumple con un mandato del soberano. El soberano es, entonces, el poseedor de la potestad, del mando dentro del grupo.

Esa potestad tiene una serie de cualidades específicas que, si no se cumplen, no es soberana:

**a. Absoluta.** El soberano monopoliza en forma total la capacidad de organización del grupo. La potestad es distributiva de las competencias y de las jurisdicciones de las distintas autoridades dentro del grupo, entre esas autoridades y los gobernados y en las autoridades entre sí. El soberano constituye la unidad política correspondiente. El llamado constituyente originario no difiere un poco con la noción política de potestad absoluta de ejercer el mando y de hacer y deshacer el derecho.

**b. Exclusividad.** La potestad es exclusiva en el ejercicio del poder político y en la facultad prerrogativa de organizar jurídicamente al grupo. La soberanía es un atributo indivisible desde el punto de vista conceptual, es única o monolítica y no permite división, no puede compartirse; es una antinomia hablar de dos soberanos o de más de un soberano; hablar de soberano implica unidad, monopolio, absolutismo, exclusividad. Quien tiene el poder manda sobre los demás, los demás no lo comparten con él, sino que son sus súbditos, colaboran en el ejercicio del mando, pero no hacen parte de la soberanía.

**c. Originaria.** Existe la potestad de ejercer el mando y de organizar jurídicamente a la sociedad. Significa que el soberano no deriva su potestad de ninguna otra entidad, persona o fuerza distinta a sí mismo; él es el origen y fin de la organización social. Se produce una especie de círculo vicioso en cuanto el origen y finalidad de ejercicio del mando y de creación del orden jurídico se encuentran en el soberano.

**d. Suprema.** Implica que dentro del grupo social, como consecuencia de los atributos de absolutismo, exclusividad y de origen, el soberano es jerárquicamente la potestad suprema de decisión dentro del grupo. No hay por encima de él ninguna otra autoridad que se imponga; de él derivan todas las demás organizaciones de tipo jerárquico en la sociedad política correspondiente.

El contenido de esos atributos tiene que ver con las diversas ideologías del ejercicio del poder. Por ejemplo, la soberanía rousseauiana era una soberanía absoluta, originaria, suprema y exclusiva para ejercer el mando y para ejercer el poder político. Todos hacían parte del soberano, es una especie de democracia directa la que presenta allí el autor. Sin embargo, no se cree que la observación sobre la capacidad de autoorganización se llame soberanía, se llama más bien autonomía. La autonomía implica apenas que los demás no pueden interferir dentro del grupo y en la capacidad de decisión; la soberanía, por el contrario,

implica que se puede irradiar el poder a todas las demás colectividades y unidades políticas dentro de la sociedad. La soberanía de un Estado, desde el punto de vista internacional, es un error de óptica, puesto que lo que debe lograrse es la autonomía; el principio de capacidad de autoorganización de los pueblos no está pretendiendo la soberanía, sino simplemente una independencia correlativa de organización.

Desde el momento en que en un grupo social alguien haga el derecho, el poder no es acéfalo, existe el poder; está distribuyendo el poder entre todos los asociados y en ese caso ellos mismos son soberanos y a la vez ejercen el poder. Uno es el titular de la soberanía y otro ejerce la soberanía, es decir, es divisible el ejercicio de la soberanía, es la base de la democracia representativa. La teoría de la voluntad general de Rousseau, cuando efectivamente era la teoría de la voluntad de la mayoría, significaba que la mayor parte del grupo coincidía con el soberano que imponía su voluntad a nombre de él, pero no que la mayor parte del grupo actuara como soberano (soberanía fraccionada). Hay necesidad de partir de un presupuesto monológico del mando, pero mientras más organizada esté política y jurídicamente la sociedad, más se diluye la manera de ejercer ese mando y, en últimas, la soberanía no significa actualmente otra cosa que la justificación metafísica, filosófica, del ejercicio del poder político. La burocracia

administrativa, el reparto de funciones en control gubernamentales, jurisdiccionales y fiscales dentro del Estado comporta necesariamente un reparto no de titularidad sino del ejercicio del poder, pero en la teoría estas personas ejercen el poder a nombre del soberano, que es la nación.

Decir que un Estado es soberano frente a otro implica, en realidad, negar la noción de monolitismo que conlleva la soberanía. Lo político, por su propia naturaleza, es divisionista: no se puede concebir una sociedad total y global —como lo proponen ciertos estructuralistas— con un único régimen político o sin régimen político. Por el contrario, la humanidad tiende a agruparse y a aglutinarse en torno a una serie de mitos, creencias, necesidades y anhelos fomentados por factores materiales. A partir de esas dinámicas, los grupos humanos se identifican y diferencian unos de otros, y así se autoorganizan políticamente. Es respecto de esos grupos que se predica la noción de soberanía en relación con lo político en general. Ahora el mando se ejerce en forma dividida entre las distintas unidades que constituyen el grupo.

Ahora bien, es posible distinguir entre monarquía y autocracia. La autocracia es la forma específica de un régimen político o de un sistema de regímenes políticos que implica que el gobernante no es el soberano, es una sola persona, llámese dictador, *führer*, monarca, etc. La autocracia está considerada desde el punto de vista

valorativo como gobierno ilegítimo, hoy en día ejercido por una sola persona. La monocracia no implica oblicuidad de régimen o de sistema político, es una característica del mando y de la soberanía, significa que el soberano es uno solo, que el centro de decisión e impulsión del mando es uno solo desde el punto de vista político. Si quien desea decidir tiene que compartir con otro, será porque esos decisores son también delegatarios del soberano, más que soberanos en sí mismos, y pueden instituirse en un solo cuerpo de decisión así sea colectivo. Un ejemplo es que una asamblea acepte consuetudinariamente, o por la fuerza de las cosas, que las decisiones últimas se toman en su seno por mayoría; esa asamblea ejerce el poder de soberano. El pluralismo personal de sus integrantes no significa nada ante el unitarismo, la estructura monolítica de su decisión, decisión que no puede discutir nadie más dentro del grupo ni nadie frente al grupo. La monocracia, obviamente, como experiencia histórica siempre ha resultado ser efecto de una sola persona, desde el punto de vista jurídico, natural. El fenómeno del papel del individuo dentro de la historia como promotor de esta es la base de la monocracia. Se es ajeno a esta interpretación del individuo, pero, en todo caso, en la práctica la potestad de decisión soberana pertenece casi siempre a un individuo, el jefe del grupo, el representante del soberano o el representante de la revolución, el líder.

Cuando quiera que en una sociedad existan varios centros de impulsión o de decisión del poder político nos encontramos en una etapa de transición dentro de esta sociedad política, de crisis de mando. Seguramente hay una correlación antagónica entre quienes intentan imponer su voluntad como gobernantes o como soberano y quienes la desconocen para imponer otra voluntad, pero aquí no hay crisis de soberanía. Significa más bien que la soberanía, para reafirmarse, necesita superar esa crisis porque es característico de la sociedad política que el mando sea monocrático. Los regímenes autocráticos son organizaciones institucionales de tipo jurídico. La monocracia no es necesariamente institucional, obviamente en la práctica se confunden. La autocracia significa gobierno de hecho o *de facto*, desde el punto de vista jurídico respecto a cierto ropaje jurídico de una institución normal del Estado, es una dictadura. La monocracia no es una forma de organización del poder, constituye el punto de partida, es atributo del soberano, de la decisión, del mando.

En relación con la confusión terminológica entre autocracia y monocracia, el concepto del autor francés **Julien Freund** en su obra *La esencia de lo político* puede ayudar. Discípulo de Max Weber, Freund le atribuye al concepto de mando una característica esencial, la de ser monocrático, y distingue entre monocracia y autocracia. Dice el autor: «Se sigue entonces de todas las anteriores

explicaciones que el mando tiende naturalmente hacia la monocracia, no en el sentido de que todo poder sea minoritario, sino en aquel que no tolera la concurrencia. Monocracia no es autocracia, entre las dos hay una diferencia de sustancia y de modo. La monocracia es consustancial al mando, puesto que así como no puede haber dos profesores en un mismo instante tratando a su forma y manera una misma cuestión ante un mismo auditorio, aunque sí pueden alternar o dialogar, dos mandos no pueden al mismo tiempo decidir a su manera una misma empresa política, de lo contrario nos encontraríamos en una situación de excepción generadora de conflictos, contradicciones, rivalidades y desórdenes con amenaza contra la existencia misma de la comunidad política, a menos que uno de los dos antagonistas logre aniquilar a su adversario o se entienda entre ellos una división territorial de la colectividad, cada uno ejerciendo con toda interdependencia su mando en la parte que le ha correspondido. Las guerras de sucesión, el desmoronamiento de un imperio y los combates llamados de descolonización ilustran diversamente a través de la historia este aspecto monocrático del mando. La autocracia, por el contrario, es una modalidad, una especie del mando que eleva a lo arbitrario un principio del gobierno, correctamente interpretada la frase de **Alain**: «Toda maniobra desea o requiere un jefe, y este debe ser único y absoluto, decir que él es absoluto

es decir que él es jefe»; señala esta frase, admirablemente el aspecto monocrático del mando más que la utilidad del jefe, dicha frase, subraya o destaca la necesidad de un solo jefe; es característico del mando que sea ejercido por una autoridad única en el seno de una misma colectividad política y la exclusión de la coparticipación, esta unidad constituye otro aspecto característico de la individualidad del mando».

### (3) Soberanía y sus limitaciones

Sobre la soberanía como fenómeno de voluntad unilateral y, última instancia, de voluntad política y de decisión, se traen conceptos del profesor francés **Bertrand de Jouvenel** en su obra *La soberanía*. El autor destaca los fundamentos de la noción política de soberanía después de hacer un recuento de lo que significa este término. Estudia la conformación de las unidades políticas hasta llegar al Estado y presenta el esquema de la teoría de la soberanía frente al derecho, es decir, la soberanía como voluntad reglamentada por el ordenamiento jurídico. Allí trata de interpretar cuáles son las consecuencias de este tipo de esquema y comienza diciendo: «La teoría de la soberanía del pueblo, tal como la conoce uno corrientemente, procede de las teorías despóticas del siglo XVII en favor de los Estuardo y los Borbón, teorías que no obtuvieron el

mismo crédito que tiene hoy en día lo que se ha pretendido hace tres siglos y es que la voluntad del soberano hace la ley del súbdito». En otras palabras, el soberano es quien crea el derecho, quien está por encima del derecho.

El derecho no se le impone al soberano, pues él tiene la potestad de crear ese derecho cualquiera sea la voluntad y entendida solamente aquella que emana de un soberano legítimo. Así las cosas, el soberano puede estar limitado por la legitimidad, mas no por la legalidad, es decir, la idea de soberanía legítima es una idea política y sociológica más que jurídica. Esta consiste en que la colectividad acepta como soberano a aquel que pretenda ejercer el poder de conformidad con las aspiraciones, creencias, anhelos del grupo, con las finalidades para las cuales fue instituido el Estado. En consecuencia, quien se otorgue el poder de soberano pero pretenda ejercer el poder en desacuerdo con el consenso mayoritario es un soberano ilegítimo. El fenómeno es, pues, social, psicosocial, psicológico.

En la medida en que exista una coincidencia valorativa entre el anhelo mayoritario del grupo y el papel del soberano en una sociedad, se habla de soberanía legítima. Esta legitimidad se manifiesta cuando el soberano actúa conforme a los principios políticos, ideológicos y doctrinarios del Estado. Por ejemplo, en una república de trayectoria doctrinaria tan importante como la de Inglaterra, el primer ministro o el jefe del gabinete ejerce el papel

político de soberano. Si el primer ministro decidiera colectivizar los medios de producción, seguramente se produciría un desajuste entre la noción de legitimidad que tiene la colectividad inglesa y los propósitos de este soberano. A partir de ese momento, el soberano dejaría de ser legítimo. Sin embargo, no existiría una ley que le prohibiera colectivizar los medios de producción.

Cuando se imponen gobiernos de hecho —dictadores—, la dictadura puede ser legítima en la medida en que el dictador logre un respaldo de su política dentro de la colectividad. En otras palabras, ha habido una transición, una especie de crisis de legitimidad, una nueva concepción del mando, otra legitimidad y se acepta como soberano. En la medida en que el grupo insiste en mantener sus tradiciones, en persistir sobre sus ideas iniciales y valores de representatividad del mando, del grupo, esta persona es tomada como un miembro ocasional para ejercer el poder. Por ejemplo, la dictadura de Franco, no obstante llevar casi cuarenta años, no ha logrado impregnar el sentido de aceptación de la mayoría del grupo español; todavía sigue viéndose como un gobierno ilegítimo, provisional, no como uno legítimo que haya logrado imponer un concepto nuevo de legitimidad. Cosa distinta acontece a raíz de la revolución **bolchevique** en la URSS, donde por factores de tipo psicológicos y de comportamiento social ya ha habido una aceptación del nuevo sistema, es

decir, un cambio de legitimidad y un reconocimiento de soberanía en los gobernantes, más o menos unánime, o por lo menos mayoritario.

Desde el punto de vista jurídico, continúa **Jouvenel**, «basta que el rey o el pueblo formule un mando bien sea general y en este caso se llama ley, bien sea particular y en este caso se llama orden, para que el dependiente o el súbdito esté obligado en conciencia a obedecer, y el soberano, rey o pueblo, es enteramente libre en su voluntad, el pueblo manda sobre todo lo que le plazca». La más mínima reflexión nos hace ver que, si se admite la soberanía sin reglas jurídicas y sin límites a la voluntad humana, estamos sustancialmente ante la voluntad personal física o ficticia que no es otra cosa que la voluntad soberana.

Los dos sistemas que se creen más opuestos sobre el fenómeno de la soberanía —el que atribuye al rey la soberanía absoluta, arbitaria e ilimitada, y el que atribuye al pueblo la soberanía absoluta, ilimitada y arbitaria— han sido construidos sobre un mismo modelo intelectual y confieren el mismo derecho despótico a los detentadores efectivos del poder político. Es, en realidad, el mismo sistema al cual se adhieren, con las mismas razones y la principal seducción ejercida por las nociones simplistas respecto de entendimientos un poco perezosos; él propone, entonces, un análisis más profundo de la noción de soberanía. «Lo sorprendente es que una idea tan poco

deseable como esta goce en la hora actual de un auge tan poderoso. Quizás éramos menos ingenuos en el siglo XVII, la idea despótica no habría logrado tener éxito completo y ser generalmente admitida. Por el contrario, en aquella época se negaban en todas partes las voluntades soberanas que pudieran imponer reglas de derecho con toda libertad. No se creía en los deseos o en los quereres y en la virtud de obligar del soberano por el simple hecho de ser soberano».

Se estudia que el mando era una potestad temporal, provisional y que moralmente no siempre era coercitiva en su forma, a no ser que en su contenido ideológico reuniese ciertas condiciones de adecuación con el grupo. En una palabra, bajo el antiguo régimen monárquico, el soberano o su emisario eran menos libres que ahora, cuando el mando es más arbitrario. **Jouvenel** plantea en este capítulo que el esfuerzo de racionalización desde el punto de vista jurídico y de institucionalización del mando quizás le ha dado un ropaje nuevo a quien tenga el poder de decisión, pero, en últimas, y amparado aparentemente en lo jurídico, implica una mayor arbitrariedad de aquel que tiene el poder de decisión. La doctrina desempeñaba un papel más importante en los siglos anteriores que ahora, cuando se atiene más a la consecuencia del soberano desde el punto de vista jurídico de reglamentación que bajo el enfoque legítimo o de ideología del Estado.

**Jouvenel** plantea la siguiente cuestión: «Cuando el mando se entiende como legítimo, ante todo en una sociedad organizada o Estado, es necesario que la autoridad suprema sea incuestionable, es decir, no sea repudiada por ningún miembro del grupo, autoridad que reúne a los súbditos en caso de peligro exterior y que transige y apacigua las disputas interiores. Miserable, desolado o ruinoso, el país en el cual falta autoridad que pronuncie la última palabra, necesariamente tiene que rendirse a otro. Según los temperamentos y las épocas, sucede que uno está obsesionado por la necesidad de un soberano y por el carácter absoluto que debe tener para terminar las disputas ese soberano, a no ser que se obvie el segundo problema de la soberanía. Primeramente es necesario un soberano legítimo, pero, en segundo término, es necesario que no mande sino el soberano legítimo. Y todo orden es legítimo siempre y cuando provenga de una orden de legitimidad y la fuente de legitimidad es la que justifica la soberanía. El problema es más político que jurídico».

El problema práctico de la soberanía consiste en sostener que el poder soberano debe ser eficaz, defensor de la paz y de la guerra, gozar de una autoridad indiscutible y suprema que no pueda admitir ningún contralor, que le sea en alguna forma jurídica o políticamente superior. No obstante, este poder, así sea soberano, debe estar sin fuerza para hacer aquello que no debe hacer, ¿y cómo obtener

prácticamente que el soberano, que lo puede todo, únicamente haga lo que debe hacer? El problema no parece susceptible de ninguna solución jurídica, puesto que el derecho es el instrumento del deseo del soberano y no su limitación. No obstante, yendo a sus ancestros, el punto ofrece una dificultad insuperable, quizás porque ellos tenían más en cuenta la insolencia de los derechos que la consonancia o coordinación sobre los deberes.

Ellos sabían bien que el derecho del súbdito es el del soberano y, cuando aquellos y estos estaban en conflicto, se insistía en los deberes del soberano que debían estar de acuerdo con los del súbdito, como ocurre, por ejemplo, con el deber común de servir a Dios y obedecerle. Los príncipes y los pueblos han tenido menos dificultades en disputarse los derechos que en colaborar en el mando por medio de un consejo razonable: el súbdito, aunque no es tan sabio, controla el sabio mandato, y el príncipe no es tan sabio como para evadir la necesidad de ser aconsejado. Este concierto entre soberano y súbdito posibilitó la limitación del antiguo régimen monárquico. Yo creo que aquí lo que pretende el autor es plantear un problema eminentemente ético o evaluativo, valorativo; el soberano en últimas debe estar limitado por los deberes morales que le impone el grupo y, aunque jurídicamente sea la última potestad decisoria y discrecional dentro del grupo, hay que entender que desde el punto

de vista político solamente se acepta al soberano aquello que coincida con los intereses pretendidos por el grupo. El fenómeno, pues, es extrajurídico y casi que moral. Al fin y al cabo, no hay que olvidar que el derecho es una dialéctica de la moral y la política.

#### (4) Potestad soberana y libertad individual

Las características del mando son la soberanía y la potestad; el mando es esencialmente potestativo. La potestad, derivada del griego «posibilidad» o del latín «probabilidad», implica simplemente capacidad o virtualidad de dar órdenes, de impartir instrucciones, de imponer imperativamente su voluntad. Quien cumple las órdenes, quien las realiza y quien las obedece son ejecutores o súbditos de aquel que tiene esa potestad, esa virtualidad. El mando como atributo político, personal, dentro de un grupo humano, no es pues actuación, es virtualidad, potestad de conminar a otros a actuar, a ejecutar. Quien ejecuta las órdenes del soberano o del que manda no ejerce soberanía ni tiene el mando; quien las imparte sin ninguna discusión de parte de quien las ejecuta ni de parte de quien las cumple u obedece es el verdadero soberano, es quien tiene el mando. El mando no es acción; si el que tiene el mando a su vez actúa, se conjugan en él dos circunstancias

distintas, dos cualidades diferentes, es a la vez el soberano y el ejecutor de las decisiones del soberano.

La *voluntas* o la voluntad de que hablaban los romanos, desde un punto de vista más extrajurídico, significa potestad radicada en una persona, en un ser humano, puesto que el ser humano es el único que posee la capacidad de tener voluntad. La voluntad pertenece más al ámbito de la psicología que al del derecho o la política. Como es sabido, sus etapas —motivación, escogencia y decisión— permiten analizar el temperamento y el carácter humanos. Al trasladar esta noción al terreno de la política, la voluntad encaja plenamente dentro de la noción de mando. La voluntad primaria y la voluntad las ejerce quien detenta el mando: quien aprecia los motivos de sus decisiones, elige entre alternativas y, en última instancia, decide. Se trata de una voluntad imperativa y, al mismo tiempo, virtual.

Aunque esto parezca sumamente abstracto, demasiadamente filosófico, es el punto de partida esencial del fenómeno del poder, del mando; es la preocupación constante de cualquier politólogo y de cualquier teoría que, por más científica que se pretenda, quiera explicar el poder. Los polítólogos tienden a buscar la razón de ser de la justificación del mando, el origen del mando desde el punto de vista humano y llegan, más o menos, a una conclusión: el mando como potestad es esencialmente voluntad

individual de una persona. Dijimos antes que potestad significa esencialmente posibilidad o virtualidad de realización del mando, que el poder comporta la actuación efectiva del ejercicio del mando. El poderío o la potestad es una noción más filosófica, dijéramos más emblemática, y significa la posibilidad que tiene el gobernante de imponer su propia voluntad sin importar las razones sobre las cuales reposa esa posibilidad. El fenómeno de la potestad es esencialmente psicológico; puede tener como respaldo la tradición, la ideología, la fuerza o todo lo anterior, e incluso la ley o la legitimidad. Pero se objetiva en quien, sin ninguna potestad o contestación, ejerce el poder frente al grupo. La potestad implica capacidad de dominación del grupo y, dijéramos, de arrastre de las demás voluntades particulares de quienes conforman la colectividad gobernada. En pura teoría filosófica, la noción de potestad se puede analizar para comprender su alcance, pero en la práctica se mide de conformidad con las efectivas realizaciones de quien ejerce el poder sobre el grupo.

### **(5) Soberanía y oposición (obediencia, desobediencia, crítica, revolución)**

Existen varias manifestaciones de la desobediencia desde el punto de vista político. Antes de mencionarlas, se debe insistir en el hecho de que se hará referencia solamente a

la desobediencia política; por ejemplo, existen fenómenos sociales de desobediencia que no trascienden a lo político y que quizás tengan un contenido ético, jurídico o social, como por ejemplo la desobediencia penal o contravencional —a no ser que se trate de delitos políticos, en cuyo caso tienen incidencia en la política. Fundamentalmente, las maneras en que se manifiesta la desobediencia al mando en la sociedad son **la revuelta, el derecho de resistencia a la opresión, la crítica y la revolución**.

**La revuelta.** Significa, desde el punto de vista sociopolítico, un desacuerdo personal frente al mando en torno a ciertos convencionalismos de tipo ético, reflejo de estructuras económicas o no, pero con la intención, denodada o no, de sustituir ese sistema de convenciones o de patrones por otro. La desobediencia política tiene como fin, por paradójico contraste, sustituir un sistema de obediencia por otro; obviamente el anarquismo desempeña un papel fundamental en la revuelta y sirve de punto de reflexión y de referencia para muchas filosofías e ideologías del mando, pero constituye más un medio que un fin como doctrina política. La desobediencia se plantea en la medida en que exista una cohesión social; la cohesión social es posible en la medida en que la sociedad esté organizada; y la sociedad se entiende organizada únicamente cuando existe mando político.

Hablar de desobediencia presupone aceptar como presupuesto la obediencia comunitaria. Entonces, la desobediencia tiene un fundamento más que todo en la virtud, es una prepotencia de actuación frente a las arbitrariedades del mando, pero no es una constante de la sociedad, pues la constante de la sociedad es la obediencia. La revuelta es un fenómeno individual, jurídicamente tiene un calificativo distinto de carácter grupal, equivaldría a lo que algunos denominan asonada, sedición o cualquier otra manifestación no trascendente frente al Estado. Desde el punto de vista filosófico y político, el revoltoso es aquel que por cualquier motivo no acepta someterse al mando e incluso a ningún mando, pero el fenómeno es fundamentalmente individual.

**El derecho de resistencia a la opresión.** Bajo el enfoque doctrinario o ideológico, indudablemente el liberalismo como doctrina del poder erigió como derecho natural fundamental del hombre un segundo tipo de desobediencia al que denominó resistencia a la opresión. La Constitución jacobina de 1793 incluso lo consagró positivamente, catalogándolo como el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes. Tiene como presupuesto la potestad que tienen los gobernados, de no obedecer, resistirse a obedecer los mandatos arbitrarios del poder político, aquellos que en una u otra forma atentan contra los derechos naturales de la persona humana.

Este fenómeno es fundamentalmente ideológico; se deriva más que todo de las doctrinas consensuales del poder, de las doctrinas del pacto social, que parten de la base de que el poder legítimo es el aceptado, el consentido por el pueblo, que la razón de ser del mando es la de proteger, garantizar los derechos naturales de la persona. Los derechos naturales pueden ser (a) económicos, de base filosófica de acuerdo con el sistema capitalista, empezando por la apropiación privada de los medios de producción; o (b) penales, como el debido juzgamiento, evitar la detención arbitraria, la libertad de locomoción. Estos tienen ciertas finalidades específicas con la doctrina liberal del Estado.

Aunque se cataloga como derecho la resistencia a la opresión, el fenómeno no es jurídico sino político. El derecho como ordenamiento jurídico y como sistematización de reglas de comportamiento con carácter coactivo no puede permitir la posibilidad de que se rompan sus normas, de que se violen sus derechos. Consagrar jurídicamente la resistencia a la opresión es un contrasentido; de ahí que, a excepción de la Constitución jacobina —que es producto del fervor reciente de la Revolución burguesa—, ningún otro sistema político demoliberal lo ha hecho.

En filosofía política existe un punto de referencia esencial para entender por qué el derecho no acepta la resistencia a la opresión o los movimientos de desobediencia.

A esto se le denomina la idea de la razón de Estado, la cual es una acepción política de contenido histórico sistematizada por Maquiavelo, quien justificaba cualquier medio, fuese jurídico o político, de fuerza, de persuasión o de astucia por parte del gobernante con el objeto de mantener la unidad política correspondiente; allí el Estado es razón de ser de la actividad política y no la comunidad misma. Cuando quiera que la comunidad, por reclamar derechos suyos, atente contra la unidad del Estado, predomina la idea de la razón de Estado y hay que aplastar la revuelta, negar la revolución, evitar al máximo la desobediencia. De ahí que a Maquiavelo se le calumnie como el cínico de la política y se le atribuyan ciertas frases que nunca dijo, como «el fin justifica los medios». La razón es histórica, porque, en la época en que Maquiavelo escribió, el único país que aún estaba disperso, que no era Estado, era Italia. Encontraba él que mientras no se unificara Italia era imposible realizar ninguna actividad de tipo político. Solamente hasta fines del siglo XIX Garibaldi quizás aplicó más estrictamente la teoría de Maquiavelo y logró la unificación del Estado italiano. Pero, aparte de esto, la noción de razón de Estado es punto de referencia común de la filosofía política; aún hoy se habla, cuando quiera que se trate de repeler una revuelta, de la idea de la razón de Estado. Desde este punto de vista, reconocer políticamente a través de una norma jurídica la posibilidad

de que el Estado, la unidad política, se desajuste es imposible; lógicamente, la ideología del poder y del mando tiende a perdurar y lo primero que tiene que hacer para lograr ese objetivo es evitar esa posibilidad de que cualquier otra ideología fácilmente acceda al mando y acabe con el sistema correspondiente.

La doctrina de la resistencia a la opresión está jurídicamente proscrita de todos los ordenamientos jurídicos demoliberales actuales. Sin embargo, la filosofía liberal caló en la conciencia doctrinaria y la mayoría de los tratadistas del derecho público aceptan como legítima la posibilidad de que el grupo social en su totalidad, en su mayoría o aún en minoría, pueda oponerse al mando cuando el mando sea tiránico o arbitrario. Se aclara que el liberalismo no hizo sino sistematizar las doctrinas de la resistencia a la opresión y del derecho natural; no fue elemento nuevo de la filosofía política del derecho natural ni la resistencia a la opresión, puesto que desde la Antigüedad los griegos, los romanos y aún los teóricos medievales habían esbozado con diversos tintes la teoría de la resistencia a la opresión contra el llamado tiranicidio como fenómeno de gobierno un poco más arcaico que las actuales dictaduras.

**La crítica.** Es una poco más velada y tiene como presupuesto oponerse al mando por medio de la razón dirigida fundamentalmente a la opinión. La noción de opinión es

de lo más etérea desde el punto de vista social, es casi intangible. La opinión significa un consenso más o menos general sobre algunos aspectos relativos al mando; canalizar la opinión es objetivo fundamental del mando, para lograr no solo reconocimiento a la obediencia sino su respaldo por parte de aquellos que estén en contra del mando.

Ahora bien, la opinión en sí no puede ser concretada absolutamente por nadie. Los medios de canalización de la opinión son, en esencia, los mismos que utiliza el mando para canalizar la obediencia. La propaganda política genera la antipropaganda: ambas pertenecen al mismo género. Así, la publicidad que busca prestigiar y legitimar el poder produce también la que apunta a desprestigiarlo y a declararlo ilegítimo. Este proceso busca afectar la estabilidad y la organización política, ya sea para imponer una nueva ideología o, en algunos casos, para aceptar la ideología y el sistema existentes, pero orientando a sectores de opinión que no necesariamente divergen de las razones fundamentales del Estado.

Estas tres formas de desobediencia se proyectan dentro del área de funcionamiento de las unidades políticas. A medida que la sociedad se tecnifica cada vez más, son más abiertas las oportunidades de evitar el gregarismo social de la obediencia. Ningún gobierno puede estar seguro de la obediencia absoluta, pues la sumisión no ha sido ni jamás

será un fenómeno mecánico dada su naturaleza esencialmente social y humana. El juego político consiste en la habilidad y en la cantidad de habilidad posible para mantener la estabilidad de un régimen o sistema cualquiera. En la medida en que sea cuantitativamente mayor el fenómeno de la desobediencia dentro de un sistema político determinado, habrá crisis de mando. En otras oportunidades, ciertos sectores revolucionarios de vanguardia, aunque no sean cuantitativamente mayores, pueden sembrar el descontento dentro de un grupo y forjar un cambio en un momento histórico determinado, pero el hecho fundamental de desobediencia política lo constituye, sin duda, el fenómeno de la revolución.

**La revolución.** Desde el punto de vista social o sociológico son muchas las teorías interpretativas del fenómeno revolucionario, el uso y abuso de la acepción misma hacen posible su identificación, su precisión. Para muchos, revolución es simplemente un fenómeno de revuelta política con ciertos logros al poder. Para otros, presupone modificación de estructuras sociales que, a su vez, engendran cambios profundos en los valores de la sociedad. Un tercer grupo la entiende como un proceso histórico en espiral, imposible de controlar y propio de coyunturas políticas que marcan a la humanidad. **Herbert Spencer**, por ejemplo, afirmaba que la humanidad había experimentado muy pocas revoluciones. Según él, la primera fue

la revolución cristiana, que generó un nuevo comportamiento humano, una civilización y una trayectoria social imborrable. Esto se modificó con otra gran revolución, el Renacimiento, quince siglos después, que transformó profundamente la cultura occidental. Finalmente, reconocía que la tercera gran revolución fue la marxista, concebida como una revolución espiral y cualitativa.

Fuera de estas tres, Spencer no notaba cambios fundamentales en la humanidad. Las demás son, en su opinión, coyunturas de tipo político o religioso que no modifican íntegramente el fenómeno sociológico, sino solo ciertos aspectos del comportamiento social. Ahora bien, hay que advertir que toda revolución presupone necesariamente un cambio estructural de tipo social, bien sea de contenido económico, cultural, político, filosófico o ideológico o, como ocurre con frecuencia, de todas estas dimensiones.

Para algunas doctrinas revolucionarias, hay ciertos factores esenciales de una sociedad que marcan su comportamiento social de manera esencial; por consiguiente, el cambio en esos factores, que determinan ese comportamiento, genera una transformación de la sociedad misma. Por ejemplo, el marxismo considera que el factor determinante de la sociedad es el económico, que las relaciones interindividuales frente a la economía generan lo que se denominan las relaciones de producción e intercambio de

la riqueza y que la modificación de las relaciones de la productividad, el perfeccionamiento de las técnicas y de los instrumentos de producción determinan, a la vez, un cambio estructural de la sociedad. Por lo mismo, una nueva visualidad política y filosófica, es decir, un cambio de valores se cataloga en el marxismo como superestructura.

El cristianismo, por su parte, considera esencial distinguir en el ser humano entre la inmanencia y su trascendencia, es decir, entre lo espiritual y lo temporal. Exalta el valor del individuo frente a una sociedad esclavista en la que los seres humanos no eran iguales y algunos eran considerados como cosas. Esta visión no se limita al plano jurídico: el derecho romano y el griego frente a la esclavitud eran reflejo de un sistema de valores más amplio. El cristianismo logra demostrar a la sociedad que todo individuo —sin importa su condición, especie o clase— es fundamental y desempeña el mismo papel dentro de la comunidad. Además, le otorga a esta idea un contenido ético, no meramente político, filosófico o terrenal. Al distinguir entre lo inmanente y lo trascendente, plantea una nueva forma de entender la relación entre el ser humano, la sociedad y el poder. No obstante, para imponer la revolución cristiana fundamentalmente fue necesario el poder terrenal, el mando efectivo. La Iglesia no solamente comandaba almas: gobernaba personas. Llegó a sustituir al poder temporal, hasta el punto de que ningún emperador,

por fuerte que fuese, podía prescindir de su legitimación por parte de la Iglesia. El oscurantismo de la Edad Media, en gran parte, se debe más que a la filosofía cristiana al abuso de la Iglesia en el poder político y a las arbitrariedades que determinó ese abuso.

Indudablemente, el capitalismo, entendido desde el marxismo, constituye una revolución de clase: la Revolución burguesa. Su base o presupuesto fundamental es la individualización de la persona, un proceso iniciado por el cristianismo. Sin duda, el capitalismo trata de exaltar al individuo, no solo en sus valores primigenios frente a la sociedad, sino en el disfrute de la naturaleza de acuerdo con sus propias capacidades y virtudes —exaltación que se concreta mediante la adquisición de cultura y de otros bienes. Esto necesariamente justificó la propiedad privada y la división en clases de la sociedad, entre aquellos que poseían bienes y, como dicen los marxistas, su fuerza de trabajo. Se generó una relación de tipo económico con carácter expansivo y con técnica mucho más depurada de lo que antes se había conocido. Se produjo una filosofía política de justificación de ese sistema y, con ella, la necesidad de contraponer esa filosofía a la imperante y una revolución política que se denominó el Estado demoliberal.

Estas revoluciones han sido, obviamente, fenómenos de desobediencia colectiva con objetivos precisos e ideologías sumamente ricas de contenido, convincentes,

que logran imponerse dentro de un grupo, modifican sus valores —así sea de generación en generación o radicalmente— y proyectan sus consecuencias en el sistema político correspondiente. Una vez logradas las metas propuestas por las ideologías revolucionarias, nuevamente se cierra la brecha y se plantea la necesidad de ordenar, disciplinar a la sociedad, imponer la voluntad del mando, exigir obediencia, buscar respaldo al poder y se replantean nuevas desobedientias que cuestionen los valores normativos imperantes.

En esto desempeña un papel fundamental el mando. Las revoluciones han sido posibles no tanto porque exista una conciencia colectiva de la necesidad de un cambio, sino, ante todo, porque se ha accedido al mando y a través de este se ha logrado imponer la nueva ideología de Estado. No basta con tener una conciencia colectiva, pues mientras no se haga efectiva su realización, solo podemos hablar de un movimiento político frustrado. De ahí que el fenómeno revolucionario tiene que ser necesariamente político. La revolución constituye, desde el punto de vista político, una crisis fundamental del mando, pero, al mismo tiempo, significa por sus prospecciones y sus realizaciones una necesidad del mando, puesto que una revolución en principio destruye y luego reconstruye. Es imposible encontrar una filosofía que pretenda la revolución por la revolución; si la hay, no se ha podido poner en

práctica. La revolución no implica la destrucción de todo lo existente, puesto que es imposible figurarse una revolución sin presumir una continuidad, pero sí se destruyen valores y convencionalismos representativos de una conciencia social. En otras palabras, el simple reformismo es lo contrario de una revolución, pues esta implica un cambio fundamental en los valores de la sociedad.



## VII.

### El Estado y el orden constitucional

#### (1) El orden social y el orden institucional

El presupuesto fundamental de lo político comprende la dialéctica que se desenvuelve en torno a los fenómenos de **mando y obediencia**. Ninguna sociedad política ha podido sustraerse de esta dialéctica, cuya síntesis genera el orden social, el orden político, el orden jurídico; en general, el orden público.

La tensión, el conflicto entre quienes mandan y quienes obedecen, da lugar a una mayor o menor organización de la sociedad política, pero, en todo caso, ninguna sociedad política puede abstraerse de esta especie de presupuesto esencial de lo político. El ácrata o el anarquista, aquel que concibe la manera de vivir en sociedad sin estar sometido a ningún poder político, en la práctica es emisario de ideas utópicas, pero nunca se ha concebido

a un grupo organizado políticamente con características de anarquismo, es decir, sustraído del poder político, del mando. De otra parte, las relaciones entre mando y obediencia engendran una dialéctica que va a ser objeto de análisis a partir de este momento, que se denomina el **orden**.

¿Cuál es la finalidad de esa relación entre gobernantes y gobernados?, ¿qué se busca con dominar al grupo social? Fundamentalmente el **orden social**, la cohesión del grupo. Si no hay dominación, se corre el riesgo de que exista desorden social, desorganización —y una sociedad desorganizada o desordenada no se ha podido encontrar históricamente. Los trastornos sociales se presentan porque ha habido cambios revolucionarios de tipo político, crisis momentáneas de mando, pero que, estructuradas nuevamente las nuevas fuerzas de poder, retoman una disciplina de orden social. Así, el orden como dialéctica en las relaciones de mando-obediencia es también esencial al fenómeno político, es presupuesto esencial al orden social.

La relación de mando a obediencia no siempre ha tenido esa justificación jurídica. Según la evolución histórica de la humanidad, encontramos etapas en las cuales no había ni siquiera formulación de principios jurídicos, sino simple y llana dominación por el más fuerte dentro del grupo, sin ninguna justificación ni transmisión del poder político. El Estado es el perfeccionamiento máximo

que ha logrado la sociedad de la depuración de la fuerza o la violencia al servicio del derecho. En él, el derecho y la fuerza están, ante todo, al servicio del poder y el poder al servicio de una ideología; la ideología tiende a reflejar la realidad social.

El orden social es un presupuesto de solidaridad interindividual, de colaboración interindividual e intergrupal, es decir, de diversos grupos asociados entre sí que permiten la convivencia del hombre frente a sus congéneres. Dado que el hombre siempre se ha presentado, ante la historia, como divergente en sus ideas, convicciones o propósitos, surgen conflictos sociales; conflictos que tienen que ser arbitrados o regulados por instituciones que necesariamente requieren del mando y, lógicamente, de la política.

La noción de **orden social** es mucho más amplia que la jurídica y política que nosotros conocemos como **orden público**. La noción de orden público es más una forma o un continente que un contenido; se ensamblan en ella todos los valores, todas las relaciones económicas, todas las relaciones culturales y científicas de una sociedad en un momento histórico determinado. Valores, creencias y aspiraciones colectivas que se adecúan a la ideología del grupo, al sentimiento mayoritario general del grupo, cuyo contenido cambia, pero implica sustitución de unos valores por otros y no desaparición completa de

valores. Asegurar ese orden público es papel del derecho como instrumento del mando o de lo político. El derecho erige en factores fundamentales, en la relación de orden público, ciertos aspectos valorativos de la humanidad, por ejemplo cuando se protegen los derechos a la vida, a la integridad personal o a la propiedad privada. Cualquiera que atente contra estos derechos corre el riesgo de atentar contra el orden público y el derecho sanciona punitivamente a quien atente contra este orden. Puede que ulteriormente el derecho de propiedad privada se cambie por la noción de derecho de apropiación colectiva y, en este caso, entonces, quien quiera apropiarse privatamente de un bien atenta contra la nueva noción de orden público, político y económico. No obstante, siempre habrá una noción de orden público por mantener, y quien la mantiene es el mando, dadas las relaciones de poder a obediencia.

De otra parte, quien mejor ha presentado la noción de **ordenamiento jurídico** es Kelsen, pero, desafortunadamente, la presenta más como una forma que como el producto de un contenido de relación social; como una técnica, un método de organización de la sociedad, y no como producto de una ideología o de una aspiración colectiva o ideológica del Estado. El ordenamiento jurídico tiene por objeto, en forma autárquica, es decir, «en cuanto se abastece a sí misma», asegurar las relaciones de

comportamiento humano para distinguirlo de lo moral. Dado que la moral es un conjunto de normas que regulan la conducta humana, le da un carácter coactivo al ordenamiento jurídico, es decir, un respaldo de fuerza institucionalizada, cualificada, delimitada por el mismo derecho u ordenamiento. De esa manera, quien utilice la fuerza fuera de los patrones normativos correspondientes está usurpando funciones, utiliza violencia.

## (2) La ley y el orden público

Objetivamente, la noción de **ley** se entiende como la manifestación del ordenamiento jurídico en forma positiva, orientada a regular comportamientos humanos. Esta definición no depende del órgano que expida el acto ni de la naturaleza formal u orgánica de este, sino que se basa, fundamentalmente, en la expresión de una voluntad política con carácter general e impersonal. En otras palabras, frente al Estado contemporáneo entendemos por ley no solamente la expresión del parlamento o Congreso, según el tipo de régimen, sino de cualquier acto, sea de origen administrativo o político, que tienda a regular en forma general, abstracta, permanente y continua comportamientos humanos. Frente a la filosofía política, entonces, comparten el estatus de ley tanto un reglamento como el acto legislativo reformatorio de una constitución nacional.

En la noción de ley destaca, ante todo, su **positividad**. Esta positividad no significa solamente que una decisión política deba expresarse necesariamente por escrito. Generalmente, tendemos a confundir —más por comodidad que por esfuerzo de análisis— el derecho positivo y el derecho escrito. Al examinar las fuentes del derecho, se suele considerar que la ley es la fuente principal. Como complemento o factor supletivo, se ubica el contrato; luego, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales de derecho. Por último, se reserva un capítulo aparte a la costumbre o al derecho consuetudinario.

Siguiendo a ciertos procesalistas contemporáneos, influidos por la sistematización kelseniana del derecho, el ordenamiento jurídico positivo, en cuanto autárquico, implica que ciertos principios generales de derecho, ciertas nociones de derecho consuetudinario y la jurisprudencia constituyen derecho positivo, forman parte del sistema jurídico escrito y completo, es decir, autointegran el derecho. Las lagunas, los vacíos de interpretación del derecho positivo desaparecen si se entiende que la costumbre, los principios generales o la jurisprudencia han llenado estos vacíos. Desde este punto de vista, todo esto es ordenamiento jurídico positivo, todo esto es ley en sentido material y filosófico, según les vengo presentando la noción. La doctrina sigue desempeñando un papel extrajurídico, pero con respecto al derecho, en el sentido de no ser

derecho positivo, puesto que no es obligante ni imperativo como las demás fuentes de aplicabilidad del derecho.

Un ejemplo de ello es la costumbre: aunque, en principio, según nuestro ordenamiento en ningún caso constituye invocabilidad legislativa frente al ordenamiento escrito, por virtud de ese mismo ordenamiento esta tiene fuerza supletiva. Existen tres tipos de costumbres: la costumbre *praeter legem* o paralegal; la costumbre *secundum legem* o según la ley; y la costumbre *contra legem* o contra la ley. Todos los ordenamientos jurídicos positivos occidentales reconocen la costumbre *praeter legem* y la *secundum legem* como parte del ordenamiento jurídico positivo. El sistema anglosajón le da más imperatividad al derecho consuetudinario que al derecho escrito, porque casi todos los principios fundamentales de este sistema constituyen interpretación de fenómenos consuetudinarios, pero que son fuente positiva de derecho. Nosotros, de mentalidad latina, hemos confundido derecho positivo y derecho escrito, quizás haciendo coextensivos esos dos términos que no corresponden en la realidad. Porque el juez, al aplicar el derecho, no crea derecho sino que lo declara —cosa que no sucede en el sistema angloamericano—, porque la costumbre es válida en la medida en que está reconocida por el derecho escrito. El papel de pretor del juez en los países latinos es sumamente escaso; casi siempre tiene que acomodarse a unas reglas fijas previstas de interpretación

jurídica de carácter escrito, que no le dejan ninguna iniciativa creativa de derecho.

Desde este punto de vista, yo considero que el derecho positivo es el derecho imperativo —casi que es una repetición hablar de derecho imperativo—. Es la normación coactiva de la colectividad que tiene como presupuesto, como base, la fuerza, como respaldo la fuerza política, sean sus normas escritas o no. La **validez** del orden jurídico depende más de la forma como se manifiesta ese orden jurídico —sea escrita, jurisprudencial, consuetudinaria—, del ámbito de imperatividad que tenga esa forma de manifestación del orden jurídico. La **eficacia** del derecho, que presupone su validez, significa la realidad con que el derecho impone su voluntad frente a aquellos que transgreden el ordenamiento o que se muestran reticentes a cumplir su mandato. El fenómeno de la eficacia alude más a la **coercitividad** que a la **coactividad**: la coactividad o la coacción se asemeja a la noción de mando como potestad virtual de obligar al grupo mediante amenazas a que cumpla con su mandato; en cambio, la coerción se asemeja al poder como potestad real de sancionar, punir, castigar a aquellos para los cuales no fue suficiente la coacción y, con ello, reprimir las conductas antijurídicas.

La ley, así expresada como ordenamiento jurídico positivo —entendiendo por positividad más imperatividad que ordenamiento—, es el instrumento esencial del

mando para mantener el orden. Cuando se viola la ley, no quiere decir que hay una crisis de mando; casi que es lo contrario: se erigen ciertas fuerzas en normas positivas obligatorias porque existe casi la seguridad de que van a ser violadas y, entonces, el Estado tiene recursos políticos para sancionar, punir, castigar a aquellos que no se adecúan a los comportamientos descritos en esas normas jurídicas.

El **orden público** se mantiene por parte del mando dentro del Estado contemporáneo en razón de la imparatividad de la ley. El Estado, en últimas, es un trasunto jurídico-político: en cuanto político obliga por la fuerza; en cuanto jurídico, institucionaliza esa fuerza, la hace permanente y evita que sea arbitraria. La hace general y abstracta.

Presentado este esquema inicial, hay que entender qué significa **orden público**. Su noción es de lo más etéreo que pueda conocerse en el derecho político, sumamente difícil de delimitar, describir o analizar. El orden público en su esfera externa significa la **tranquilidad**, la **seguridad**, la **salubridad** y la **moralidad pública** como factores de equilibrio del grupo social, de la convivencia colectiva. La noción de orden público presupone, entonces, ciertos elementos y, cuando alguno de tales elementos se altere, viene la alteración del orden público o el desorden público. Por ejemplo, de acuerdo con el régimen

constitucional, el Estado tiene por función asegurar la tranquilidad, la seguridad, la moralidad y la salubridad públicas; son sus objetivos finales. Se dan otros objetivos adicionales, como el interés común —quizás entre interés común y orden público no haya ninguna diferencia, como no sea de contenido ideológico o subjetivo.

No obstante, existen problemas de competencia, que determinan que el orden público siempre tenga que ver con la noción de libertad. Tradicionalmente, en los regímenes demoliberales le corresponde al órgano ejecutivo del Estado mantener, conservar, resguardar y restablecer el orden público. De acuerdo con esos mismos regímenes demoliberales, el órgano ejecutivo del Estado significa peligro por su morfología, por su manera de actuar y por los poderes de que hace uso frente a las libertades individuales. Desafortunadamente, en la práctica, los legisladores, los representantes de la nacionalidad que debían ser los indicados para legislar en materia de orden público, no tienen los instrumentos de fuerza inmediatos y necesarios para asegurar ese orden público. Le corresponde más al ejecutivo, como realizador de una política legislativa, que al legislador, como contralor de esa política, concretizar la efectividad del mantenimiento del orden público. Estas dos bases de entendimiento del orden público —el origen ejecutivo y la incapacidad técnica del Congreso para hacerlo— determinan necesariamente

en el derecho público una serie de posiciones de carácter técnico y de carácter ideológico tendientes a adelgazar, por decirlo así, a restringir al máximo la competencia del ejecutivo para mantener el orden público y a determinar que donde quiera que el constituyente no autoriza al ejecutivo para mantener el orden público, la función es del legislador. El ejecutivo tiene una función de excepción o de atribución y no de derecho común.

### (3) El Estado de derecho, el Estado policivo y el estado de sitio

*Aclaración: ¿Qué sucede cuando el soberano no es legítimo? El derecho que crea ese soberano no legítimo, ¿se entiende como legítimo, obliga o no obliga al grupo?*

Antes de contestar, hay que hacerse una pregunta: ¿qué se entiende por **Estado de derecho** en la democracia demoliberal?

El Estado de derecho se identifica como Estado legítimo en los regímenes democráticos, aunque objetivamente signifique simplemente una institución política que expide reglas de comportamiento, normas jurídicas. En la teoría demoliberal, se distingue entre **Estado de derecho** y **Estado legal** con el fin de diferenciar al mismo tiempo entre derecho legítimo y derecho no legítimo. El ordenamiento jurídico, en tanto derecho positivo de aplicación

obligatoria, se respalda en la fuerza institucionalizada —sea coactiva o coercitiva, según el grado— para imponerse al grupo social. No obstante, la existencia de un «Estado legal» (es decir, un Estado que opera conforme a un sistema de normas) no es sinónimo de un gobierno legítimo. El régimen nazi ilustra esta distinción: fue un Estado legal, pero no un Estado de derecho, pues su dominio se fundamentaba más en la coacción, el temor y la propaganda que en el consenso o la aceptación colectiva. En tal escenario, el soberano es ilegítimo, aun cuando logre preservar el orden fáctico. La legitimidad solo se adquiere si el gobierno obtiene la adhesión mayoritaria del grupo. Dicha transformación, sin embargo, altera la fisonomía misma del poder, exigiendo una reconfiguración de los patrones institucionales y de los principios que distribuyen las competencias estatales.

El derecho es producto necesariamente del soberano. El soberano pretende justificar su mando frente a la comunidad presentando como legítimo el ejercicio del poder y la creación del derecho. No obstante, si el grupo no acepta los principios del soberano y el derecho del soberano, el derecho sigue siendo derecho, no importa que no sea legítimo; es obligatorio, coactivo. Que la doctrina del poder, que la justificación del mando no esté de acuerdo con las aspiraciones del grupo, es otra cosa; pero desde el momento en que el soberano asegure

la cohesión del grupo, imponga su voluntad a través del derecho, así las normas jurídicas sean arbitrarias, estamos ante un orden jurídico obligatorio y, por lo mismo, deben respetarse procedimientos impuestos por ese orden jurídico.

Saliéndonos de la óptica parcial de la teoría del Estado demoliberal, se tiene que cualquier gobierno, no importa los principios sobre los cuales se fundamente el ejercicio del poder, es legítimo cuando está de acuerdo con los principios doctrinarios, con la ideología que impera y es aceptada, es deseada por el grupo social.

Desde el punto de vista de las relaciones jurídicas, hay que distinguir entre ley y derecho, o entre ordenamiento legal y jurídico, lo que específicamente nos traslada al Estado demoliberal. Corresponde a la diferencia que los doctrinantes hacen entre Estado legal y Estado de derecho. En principio, la noción de ley significa una regla de conducta de carácter impersonal, general y objetivo de naturaleza coactiva, que sirve de instrumento al poder político para imponer su voluntad y mantener el orden dentro de la colectividad. La noción de ley, en este sentido material y amplio, envuelve no solamente la expresión formal del Congreso o del Parlamento, según el régimen de tipo político de que se trate, sino también toda reglamentación que de la ley se haga y que generalmente proviene del órgano ejecutivo del Estado.

En la tradición absolutista, la ley se concibe como un vehículo para la voluntad política, sirviendo como herramienta indispensable del mando. Este último es, en esencia, una expresión de poder monocrático y, en última instancia, arbitrario. El legislador, en esta visión, actúa como soberano: no posee ninguna traba o limitación. La idea misma de «absolutismo» —que denota estar exento o por encima de la norma— responde a esa concepción monocrática del poder político y se traduce en la facultad imperativa de imponer una voluntad política por medios políticos.

El Estado demoliberal, en cambio, adopta una postura distinta, influenciada por su propia filosofía y el contexto histórico de la doctrina liberal. Aunque la ley retiene su estatus de acto jurídico fundamental dentro de la estructura estatal, el liberalismo le asigna un contenido filosófico e ideológico específico.

Formalmente, la ley sigue siendo la manifestación de la soberanía. Sin embargo, el soberano ya no es el ejecutivo o monarca, sino el representante democrático emanado del concurso popular: el parlamento. Materialmente, la ley debe ser la expresión de los derechos naturales del hombre. Estas prerrogativas, inherentes a la naturaleza humana, se erigen como la justificación y razón de ser de todo poder. Por consiguiente, si el gobierno, al constituir la ley, vulnera esos principios fundamentales, no produce derecho, sino que incurre en arbitrariedad.

La manifestación natural de las relaciones políticas se convierte en manifestaciones positivas de esas mismas relaciones, y a esa manifestación positiva se le dará el carácter de ley. El **derecho sobrepositivo** corresponde al conjunto de valores y de ideologías fundamentales de la colectividad que presuponen necesariamente el contenido del derecho positivo. En la medida en que el derecho escrito no se adecúe a esos valores contenidos en ese derecho sobrepositivo, la autoridad es ilegítima, se está ante un gobierno *de facto*. El Estado es legal, pero no es un Estado de derecho. El instrumento formal sigue siendo el mismo, la ley, pero el instrumento ideológico, al no corresponder a esa expresión de contenido en la ley, no es legítimo.

Ahora bien, el **Estado legal** solamente se preocupa por determinar el ámbito de eficacia normativa y de validez de la norma jurídica que se expide. Basta tener la potencialidad virtual del mando y organizar esa potencialidad virtual jurídicamente, es decir, el poder, para lograr un respaldo coactivo a las reglas de derecho, así sean contrarias a las aspiraciones del grupo social. Por su parte, el **Estado de derecho** es aquel que, además de buscar la eficacia y la validez de sus principios normativos, tiende fundamentalmente a lograr la aceptación de esa imperatividad dentro del grupo.

El Estado de derecho constituye aquella organización política que articula jurídicamente su poder conforme

a los principios ideológicos del liberalismo (político y filosófico). Dichos principios rigen la estructura, la operación y la finalidad misma del poder estatal. Para ilustrar la importancia de estos postulados, consideremos lo siguiente: una norma que autorice una expropiación sin compensación, o decidida por una autoridad no jurisdiccional (como la administrativa), puede ser tan **eficaz y válida** como otra que exija indemnización previa y control judicial.

No obstante, la diferencia esencial radica en su correspondencia con los principios liberales: la primera ley carece de **legitimidad**, aunque sea válida, mientras que la segunda sí es legítima. Esta aparente paradoja entre validez y legitimidad nos compele a distinguir con precisión términos que solemos usar como sinónimos: el poder, el poderío (o potestad) y, finalmente, la autoridad.

Todo esto obedece a una noción del derecho administrativo, inicialmente política y últimamente entendida como meramente técnica: la noción del **poder de policía**. ¿Qué es el poder de policía? Es un simple capítulo del derecho administrativo; algunos lo reducen a una cara del servicio público más general. Sin embargo, desde el punto de vista de la filosofía política, el poder de policía es uno de los pilares de análisis del fenómeno de mando. El Estado totalitario, que en su manifestación más depurada se presentó recientemente con el Estado nazi o con el Estado fascista, es un Estado policía,

íntegramente policivo. Desborda los marcos meramente de análisis administrativo.

¿Qué significa Estado policía? ¿O qué significa poder de policía frente a la noción de orden público? Significa potestad discrecional de aplicación de ciertos medios jurídicos reconocidos por el ordenamiento para prevenir desórdenes que puedan constituir riesgo a la paz pública, a la tranquilidad pública. El derecho frente al poder de policía tiene muy poca capacidad de delimitación o de control, por dos razones:

1. Porque la potestad policial es **discrecional**. La discrecionalidad significa que la única autoridad que tiene la oportunidad de calificación y de apreciación para tomar una medida, sin que ninguna otra autoridad pueda juzgar esa discrecionalidad, es el Ejecutivo. La discrecionalidad es incontrolable jurisdiccional, jurídicamente; se controlan sus efectos, es decir, los efectos del acto, pero no el acto mismo. De otro modo, no sería discrecional.
2. Además, esa discrecionalidad tiene un carácter **preventivo**. La función preventiva del derecho policial es sumamente peligrosa cuanto quien ejecuta la medida no cuenta con patrones o criterios legislativos. En tal caso, la persona afectada no dispone de instrumentos legales para contrarrestar esa arbitrariedad.

Algunos autores clasifican el derecho demoliberal en sistemas de ordenamiento jurídico preventivo y sistemas de ordenamiento represivo, y determinan que lo ideal es que todo el ordenamiento sea **represivo**. La represión implica que (a) la persona que sea detenida, arrestada, castigada, solamente puede serlo frente a normas que tipifiquen previamente su comportamiento; (b) hay un proceso o procedimiento previo en el que se le demuestre a la persona su culpabilidad o la imputabilidad del hecho; y (c) exista tribunal competente, organismo delimitado también previamente por el derecho, autorizado para juzgar y procesar por esa conducta típica a la persona implicada por la norma. Ese es el régimen represivo, es decir, es el derecho penal, el correctivo, el correccional, el disciplinario.

En cambio, el derecho **preventivo** implica que quien detiene, arresta o priva de la libertad a una persona lo hace basándose en su propia apreciación de que esa persona atenta contra el orden público. Se actúa por la valoración subjetiva del comportamiento de ciertos individuos considerados riesgosos para la sociedad. Esta brecha dificulta el control jurídico de las actuaciones y vuelve muy peligrosas las instituciones del gobierno, pues, en última instancia, su funcionamiento depende de la buena voluntad de quienes ejercen el poder.

Desafortunadamente, el orden público tiene como presupuesto su no alteración. Cuando se altera, las medidas

que deben tomarse son ya represivas y no preventivas, porque el orden público ha sido alterado. En consecuencia, la función del Ejecutivo es evitar a toda costa que se altere el orden público, es decir, tomando medidas preventivas. El artículo 120 de la Constitución nacional, ordinal séptimo, otorga al Ejecutivo la potestad de «conservar y mantener el orden público» —aspecto preventivo o poder de policía— y en la parte final del mismo ordinal séptimo dice «y de restablecerlo cuando fuere turbado» (artículo 121).

Por su parte, el **estado de sitio** ya no pertenece a la esfera del poder de policía, sino a la del estado represivo. Se supone que el orden ya se alteró, que las medidas que hay que tomar son más de tipo represivo que preventivo discrecional. Sin embargo, el estado de sitio constituye una especie de ensamblé del poder de policía y del poder represivo al mismo tiempo, razón por la cual constituye un evidente peligro para la esfera de libertades públicas individuales.

Valga el ejemplo de que el estado de sitio, como elemento jurídico de la Constitución nacional, es una negación total por lo menos de la normalidad jurídica, es decir, de la normatividad ordinaria de tipo jurídico o constitucional. Precisamente la dificultad estriba en que las potestades discretionales dependen más de la cultura política de los pueblos y de la cultura política de los gobernantes,

de la buena voluntad de los gobernantes, que del derecho mismo. En épocas de crisis, hay que aceptar una base: el derecho se desquicia un poco y, si tiene que ceder, es para que no se desquicie del todo. Entonces tiene que reconocer ciertas situaciones de hecho que hacen excepcionales ciertas medidas jurídicas, pero con el objetivo final de lograr el restablecimiento del orden público.

En principio, se le otorgan al Ejecutivo del Estado ciertas funciones, ciertas prerrogativas con el objeto de que el Ejecutivo, empleando la fuerza o la coacción, asegure el mantenimiento del orden público. Sin embargo, en la medida en que no hayan sido suficientes esos instrumentos, o en que siendo suficientes el Ejecutivo no los haya utilizado adecuadamente o a tiempo, puede alterarse el orden. Cuando esto ocurre, entonces se justifican ciertas medidas excepcionales, pero esas sí de carácter represivo para punir a aquellos que contribuyeron a la alteración del orden.

El esquema teórico es perfecto y aceptable. Incluso si tomamos el artículo 121 de la Constitución nacional, nos damos cuenta de las condiciones que implican la declaración de turbación del orden público:

1. Que el orden público debe ser efectivamente turbado. Que si el presidente de la República y sus ministros declaran turbado el orden público sin que

- haya concurrido esta causal, ellos son responsables personalmente ante el Congreso de su actitud.
2. Que las medidas que se toman son provisionales y excepcionales. La provisionalidad implica que las leyes que sean incompatibles o contrarias con esas medidas excepcionales no son derogadas, sino que se suspenden por el tiempo que dure el estado de sitio.
  3. Que cuando se haya restablecido el orden público, se levante el estado de sitio.
  4. Que las medidas que dicta el Ejecutivo del estado de sitio son susceptibles de un control jurisdiccional automático en cuanto a su contenido para ver si atentan contra alguna norma constitucional, fundamentalmente contra las normas constitucionales que reconocen las libertades públicas de los asociados.

Es decir, se manifiesta teóricamente al máximo la potestad ejecutiva discrecional de tomar cualquier coyuntura para decretar el estado de sitio, de perdurar en el tiempo para decretarlo; pero en la práctica no se hace efectivo ese control: nunca un presidente ha sido llamado al Congreso para efectos de exigirle una responsabilidad política personal por sostener un estado de sitio mucho tiempo más de lo que duró la causal que motivó su declaratoria. Eso implicaría una responsabilidad político-jurídica.

## (4) El Estado de derecho y la justicia

*Relaciones entre el orden y la justicia como elementos de conformidad de las colectividades políticas*

La noción de **justicia** es una de las más debatidas y las menos delimitables en las ciencias humanas, pues cada descripción del concepto determina casi siempre una toma de posición ideológica o filosófica. Quizás fueron los griegos quienes sistematizaron el ideal de justicia como fundamento del orden político y social.

El *Diccionario de la lengua española* define la justicia en la primera acepción como la potestad de dar a cada cual lo suyo o lo que le pertenece. Esta es una de tantas nociones de justicia y presupone necesariamente un punto de partida parcial para comprender su alcance real. Predomina en este concepto la idea de apropiación con un carácter casi económico-jurídico de privatización. Y, por otra parte, la idea de otorgamiento: dar a cada cual lo que le pertenece puede ser, en cierta medida, justo, pero no implica ni invade todo el campo de lo que se entiende por justicia.

Para algunos, existe una diferencia entre **justicia distributiva** y **justicia comutativa**. A la primera se le atribuyen una serie de elementos que sugieren una ideología llamada normalmente de derecha o conservadora. La segunda, justicia comutativa, pertenece a las ideologías

políticas y económicas igualitarias, generalmente de izquierda y revolucionarias o progresistas.

La idea de **justicia distributiva** es la que corresponde sociológicamente a la definición del diccionario que consiste en entregar, distribuir o repartir oportunidades por igual en proporción a las necesidades de un grupo; repartición, sin embargo, que parte de un presupuesto injusto, la noción de desigualdad. Por otra parte, la noción de justicia distributiva presupone una relación social jerárquica. Para que existan posibilidades de distribución a cada cual respecto de lo que le pertenece, se requiere que alguien distribuya coactivamente y haga respetar esa distribución. Entonces, predomina la noción de jerarquía sobre la de igualdad.

La **justicia comutativa** significa igualdad de oportunidades en relación y satisfacción de necesidades dentro del grupo social. Se trata de identificar ideológicamente, desde el punto de vista político, igualitarismo y justicia. Una sociedad, para que se halle organizada en un ámbito y finalidad de justicia, debe ser igualitaria. En otros, predomina la noción de equidad, de reparto de justo medio, de equilibrio social que no necesariamente presupone igualitarismo.

El derecho no ha podido solucionar el problema de la noción de justicia. Es más, en gran medida, el derecho es una respuesta a la imposibilidad de realización

de la idea de justicia. El **derecho** pertenece a las disciplinas científicas del deber ser y no del ser. Sus leyes no se cumplen fatalmente, sino que, por el contrario, tienden a lograr una concordia dentro del grupo social y a evitar al máximo, a prever el desorden en la justicia. Pero el derecho implica también toma de decisión y esta acaerea la escogencia de opciones; a su vez, quien escoge opciones y decide por medio del derecho —es decir, quien tiene el poder político—, por favorecer unos intereses justos en su concepto o de acuerdo con su ideología, necesariamente desfavorece o va en detrimento de otros intereses.

Proteger los intereses de un grupo, así sea el mayoritario dentro de la comunidad, generalmente implica la necesidad de desconocer intereses, anhelos y propósitos de otros sectores del mismo grupo social, e incluso del mismo grupo. Hay que darles prioridad a ciertas necesidades y anhelos en detrimento de otras, que en concepto de algunos son más o menos justos. Todo esto permite concluir, como lo afirman la mayoría de los tratadistas del derecho y de la politología, que la justicia es una idea, una utopía que imposibilita una ubicación gnoseológica, es decir, del conocimiento, y que sirve de punto de referencia para legitimar en mayor o menor medida un régimen político, un sistema jurídico o un sistema de organización social.

La noción de orden frente a la de justicia implica una serie de consecuencias antinómicas, pues a veces es más importante hacer prevalecer el orden dentro de una sociedad incluso si ese orden determina ciertas injusticias. El grupo social, compuesto por individuos de la especie humana, es naturalmente conflictivo, o por lo menos divergente en muchas aspiraciones y creencias; poder arreglar esas divergencias para mantener por encima de todo la cohesión del grupo determina la necesidad de tomar decisiones que suprimen muchos anhelos y satisfacciones, lo cual determina la noción de injusticia. Hegel decía que, para que existiera el presupuesto esencial o el punto de partida, deberían desaparecer las leyes y el derecho; pero que, al desaparecer el derecho y las leyes, se corría el riesgo de que desapareciese la unidad social misma, es decir, la razón social misma.

Sin embargo, en nuestra sociedad occidental, el fenómeno de la justicia es un poco más concreto y más objetivado desde un punto de vista jurídico. El principio fundamental del Estado demoliberal para realizar el ideal de justicia es que **todas las personas son iguales ante la ley** o ante el derecho. La igualdad de las personas ante la ley no comporta el concepto de que todos los asociados estén igualmente combinados o favorecidos por una norma legal, sino apenas que determinados sectores, grupos de individuos, o grupos de grupos o clases, según las

materialidades que se regulen por la ley y encontrándose en igualdad de condiciones y circunstancias, deben estar todos protegidos por la ley.

Por ejemplo, el ordenamiento jurídico discrimina entre ciudadano y no ciudadano; les da la categoría de ciudadanos a ciertas personas dentro de la colectividad, las que tengan cierta edad, algunas condiciones de nacionalidad, etc. Discrimina entre ciudadanos y no ciudadanos; a quienes son ciudadanos les entrega una serie de privilegios y al mismo tiempo de obligaciones. La justicia consiste en que todos aquellos que, de acuerdo con la ley o la normación jurídica, tienen el derecho a tener la categoría de ciudadanos, deben estar igualmente protegidos por la ley, y no que todos los miembros de la colectividad necesariamente tengan que ser ciudadanos. Asimismo, quien sea propietario tiene los mismos derechos de protección, seguridad y garantía por parte del Estado a su propiedad, sin importar que existan no propietarios. En eso consiste la función jurídica de justicia. La injusticia consistiría en discriminar entre aquellos que, siendo propietarios, se favorecen más a uno que a otro por razón de su persona o de su situación frente al Estado. El principio de la generalidad de la ley consiste en esa imperatividad e igual protección y garantía a todos los individuos o personas naturales o jurídicas que se hallen frente a la hipótesis normativa en una misma circunstancia, situación

o una misma serie de situaciones. La noción de generalidad del derecho se basa, en el pensamiento occidental y cristiano, en una determinada concepción de justicia. Sin embargo, hay ideologías que, con un enfoque más ético que jurídico, cuestionan esa pretendida generalidad formal del derecho. Consideran que dicha generalidad puede ser injusta cuando parte de presupuestos desiguales. Por ejemplo, otorgar el mismo trato jurídico a todos los propietarios implica favorecer por igual a quienes poseen bienes, pero desconoce —en la práctica— el derecho a la propiedad de amplios sectores sociales que no los tienen. De ahí surge una diferencia fundamental entre igualdad jurídica e igualdad (o igualitarismo) social.



## VIII.

### El Estado y la constitución

#### (1) La doctrina del poder: distribución de los poderes públicos

En el Estado demoliberal, por ejemplo, existen ciertos principios ideológicos que caracterizan su constitución legítima y, cuando alguno de esos principios no se reconoce jurídicamente, ese Estado ya no es demoliberal; es ilegítimo respecto de aquellos que comulgan con los valores del Estado demoliberal. Esos principios son básicamente tres:

**La autonomía orgánica como fundamento del poder.** El eje central de la doctrina clásica sobre la división del poder, impulsada por pensadores como John Locke y desarrollada sistemáticamente por Pufendorf y Montesquieu, es el concepto de **ley**. Esta se entiende como el acto primordial del Estado. Dicha centralidad de la ley impone una división tripartita de las tareas:

1. **Creación:** A cargo del soberano o su representante (en el siglo XVIII, el Parlamento).
2. **Ejecución:** En manos de un mandatario de dicho representante (el órgano ejecutivo).
3. **Resolución de conflictos:** La función de dirimir las controversias sobre la aplicación de la ley (el juez).

Esta triple función en torno a la ley presupone, en teoría, tanto una **especialización funcional** como una **separación orgánica** de las instituciones: los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

No obstante, la visión contemporánea (ca. 1974) del derecho constitucional tiende a ver esa separación orgánica estricta como una antigüedad, casi una curiosidad histórica. La realidad en los Estados demoliberales ordinarios es muy distinta: el Parlamento rara vez es el principal legislador; el ejecutivo, en cambio, asume la mayor carga decisoria y legislativa. Quizás solo los jueces conservan, en gran medida, sus funciones tradicionales, aunque incluso allí el ejecutivo y el Parlamento también han asumido competencias jurisdiccionales.

En nuestra opinión, lo que realmente se ha transformado, o lo que quizás nunca llegó a materializarse plenamente, es la **especialización funcional**; es decir, la idea de que el Ejecutivo *solo* ejecuta, el legislador *solo* legisla y el juez *solo* juzga.

Lo verdaderamente importante para garantizar el sistema de frenos y contrapesos (la división del poder que el liberalismo postula como base ideológica) es la **autonomía de los órganos** del poder político, aun si sus funciones han mutado. Un país donde el Parlamento esté supeditado al Ejecutivo no puede considerarse un Estado de derecho.

Hoy en día, es evidente que la función del Congreso o Parlamento ha virado de ser principalmente decisoria a ser una de **control**. La «función legislativa» ha cedido paso a la «función gubernamental», asignada al Ejecutivo, que ostenta el poder de impulsión, orientación y decisión efectiva dentro del Estado.

Lo crucial, el límite, es que Pinochet no dicte sentencias de muerte. En el momento en que el ejecutivo usurpa la función judicial de esa manera, se rompe el equilibrio y hablamos de una dictadura, un gobierno de hecho, un golpe de Estado.

El presupuesto fundamental del Estado demoliberal es, por tanto, la **autonomía de los órganos de poder**. La «colaboración funcional» que observamos hoy no elimina ese presupuesto. Lo que se predica no es una separación tajante de funciones, sino una **autonomía orgánica**. La dinámica del poder es una sola, pero la estructura del Estado demoliberal sí exige esa división autónoma. Si esa división desaparece, no hay Estado demoliberal.

## (2) La razón de ser del Estado: la constitución ideológica

El **aspecto ideológico** hace referencia a que todo Estado —es más, toda unidad política— es respuesta a un conjunto de principios ideológicos o de interpretación ideológica de la historia y de la sociedad, que confluyen hacia la consecución de ciertos fines en beneficio teórico de los gobernados de una comunidad. No hay un solo Estado que sea ajeno a la ideología del poder. Desde este punto de vista, el tratadista alemán **Karl Loewenstein**, en su obra *Teoría de la Constitución*, critica la teoría pura del Estado y del derecho de Hans Kelsen (quien afirma que el Estado y el ordenamiento jurídico se identifican, son la misma cosa).

El Estado está organizado gracias a la positividad del ordenamiento jurídico. Esta positividad implica que el Estado puede obligar a los asociados a cumplir sus mandatos mediante medios coactivos y coercitivos —la **coacción** es un instrumento preventivo de dominación, correspondiente a los mandatos legales, jurídicos o constitucionales; por su parte, la **coerción** es un instrumento de represión, de sanción punitiva respecto a quienes no cumplen esos mandatos—. El respaldo a la positividad lo da la fuerza política, que es violencia institucionalizada, no es física. Es, sobre todo, violencia moral en

tanto existe el temor por parte del gobernado de que, si no cumple con los mandatos, se le sanciona, debe asumir ciertas consecuencias.

El ordenamiento jurídico existe porque está normado positivamente; es obligatorio porque está reglado positivamente. El ordenamiento jurídico en sí es ajeno a cualquier ideología, a cualquier valor o contenido de tipo filosófico. El ordenamiento jurídico, según Kelsen, es obligatorio por el simple hecho de que está reglamentado jurídicamente y respaldado por las fuerzas impositivas de sus normas. Una norma es válida no porque sea legítima o porque esté de acuerdo con los valores predominantes del grupo social, sino porque es capaz de ser imperativa dentro del grupo; y una norma es eficaz en la medida en que la validez se extienda a todo el mundo. Esta teoría pura del derecho, desprendida de todo contenido ideológico, es un poco peligrosa en cuanto posibilita y justifica como Estado de derecho cualquier Estado que tenga normas jurídicas; para Kelsen, tanto el Estado de derecho como el Estado totalitario, el Estado socialista y el Estado demoliberal comparten la misma característica: todos tienen capacidad coactiva y todos cuentan con ordenamientos jurídicos.

Hay un término muy afortunado al que se le denomina el **derecho sobrepositivo**, el cual se refiere al conjunto de normas jurídicas, escritas o no, que constituyen el

reflejo del querer de la mayoría del grupo que se ha constituido como Estado; en ese marco, cuando esos principios no están consignados jurídicamente o no son reconocidos positivamente, el Estado es ilegítimo. Hay que distinguir entre **Estado legal** y **Estado legítimo**. La noción de legitimidad desde el punto de vista psico-sociológico es muy importante para la ciencia política. Se entiende por Estado o gobierno legítimo aquel que esté constituido de conformidad con el consenso mayoritario del grupo social en cuanto a los principios que delimitan la actuación y organización del poder político; en el Estado ilegítimo hay disconformidad entre esos valores pretendidos por la sociedad y las normas jurídicas correspondientes. Así, la noción de legitimidad no es una noción de exclusividad, pero sí una noción que pertenece por igual a todos los Estados.

### **Significado y noción de constitución en sentido ideológico**

Hemos visto la constitución en sentido político y jurídico. La constitución como cuerpo jurídico, político e ideológico es integral; la división es didáctica. Una constitución jurídica es el reflejo de una ideología y la consecuencia de una unidad u organización de tipo político. La ideología es el problema fundamental de la filosofía política. Podría describirse genéricamente como el sistema más o menos

racional de principios que motivan a una colectividad o a un grupo de una colectividad hacia determinados fines, aspiraciones y anhelos de ese grupo en relación con la organización del poder político. La ideología es necesariamente política y se refiere a la explicación y justificación de las razones, fines y motivaciones del mando, así como a la manera en que debe instituirse el poder político de conformidad con dichos fines, razones y motivos.

El Estado, al constituirse políticamente e instituirse jurídicamente, es el reflejo de un conjunto de principios ideológicos; el ordenamiento jurídico es también el reflejo de la ideología predominante en el Estado. Desde este punto de vista, quien interprete una norma debe atender a la ideología que irradia en todo el ordenamiento jurídico. El contenido de la ideología de la constitución y del ordenamiento jurídico en general es la razón de ser del sistema político; a la vez, el sistema político debe justificarse en una serie de principios que lo legitimen ante la colectividad, principios que son necesariamente ideológicos.

Una constitución, desde el punto de vista estructural, se divide en dos partes: la **parte dogmática o doctrinaria** y la **organizativa u orgánica**. La parte doctrinaria contiene las fórmulas aceptadas por la mayoría del grupo, o que el gobernante pretende que sean aceptadas por la mayoría, en relación con la finalidad del Estado, la posición del individuo ante él, el significado de las relaciones

entre gobernantes y gobernados, y la consagración de los derechos y libertades fundamentales, entendidos como derivaciones de esas relaciones y finalidades. La parte orgánica, por su lado, establece un diseño esquemático de los órganos de mando, la distribución de sus competencias y la manera en que deben ejercer y transmitir el poder. Todo ello debe orientarse por las finalidades definidas en la parte doctrinaria.

Como ejemplo de la parte doctrinaria, tenemos que, en nuestra Constitución, en los títulos 1 al 4, se consagra que la razón de ser del poder es la protección del gobernado; se busca la justicia y el bien común. Las autoridades se instituyen para velar por la vida, honra y bienes de los ciudadanos. También es función del Estado asegurar el cumplimiento de los deberes sociales y prestar servicios públicos. Allí se establece el sistema económico, el cual es esencialmente libre y excepcionalmente intervenido; es un típico capitalismo. La propiedad cumple una función social; el lucro debe engendrar beneficios al resto. En lo que respecta a la posición del individuo frente al Estado, se establecen libertades individuales, como la de expresión; libertades políticas, como la democracia representativa, el sufragio, la oposición, la reunión; libertades procesales, como el juzgamiento debido. El Estado se compromete a garantizar la seguridad del individuo. Hay aquí un denominador común: los llamados derechos naturales.

La ideología del Estado refleja un sistema económico, un sistema político y un sistema normativo. El derecho está reglamentado y hace obligatorios los valores de la sociedad, la ideología dominante. La parte organizativa también refleja la ideología de quien ejerce el mando. El poder se distribuye en ramas con el objeto de garantizar un principio de equilibrio en la toma de decisiones. Al atribuir competencias específicas a estos órganos o al especializarlos funcionalmente, se reconoce que la confusión de poder representa un riesgo para las libertades consagradas en la parte doctrinaria. La división del poder tiene una justificación ideológica en el sentido de que la ley es la expresión de la voluntad soberana (artículo 4 del Código Civil colombiano), lo cual quiere decir que el organismo representativo del soberano, el Congreso, el legislador, decide políticamente por medio del instrumento jurídico llamado ley, y que a ese instrumento jurídico deben someterse no solamente los gobernados, sino todas las demás autoridades dentro del Estado, incluyendo al ejecutor de la ley. El Ejecutivo debe reglamentar la ley, hacer posible su aplicabilidad, desarrollar su contenido, pero jamás desbordar los marcos legales ni extralimitarse.

Se distribuye una competencia: el Congreso decide, el Ejecutivo gestiona o ejecuta y la rama jurisdiccional se encarga, por principio y organización, de dirimir los conflictos que se deriven de la aplicabilidad de las normas

creadas por el Congreso y reglamentadas por el Ejecutivo —ya se susciten controversias por incumplimiento o por interpretación de su contenido entre los particulares, entre particulares y el Estado, o entre organismos del Estado—. Se establece, además, el principio de la juridicidad o legalidad, según el cual la norma inferior debe respetar la superior. Es la constitución la norma máxima dentro de un orden jurídico.

La organización del poder político tiene el principio de la participación de aquellos que van a ser gobernados por el sistema jurídico y político imperante. Esta participación es indirecta y consiste en que toda decisión política debe tomarse a través de normas jurídicas, que son expresión directa o indirecta de un control de la comunidad misma. A eso se le denomina democracia. En otras palabras, la norma no puede tener un origen arbitrario ni tampoco un origen distinto a aquel que motivan los propios gobernados. La norma jurídica es el reflejo de los representantes, de los elegidos para ejercer el mando.

En el orden jurídico actual, la ley no es un instrumento de decisión, sino de control, es decir, encuadramiento del que decide, que es el Ejecutivo, el Gobierno, el cual tiene impulsión, a veces exclusiva, de leyes. La teoría de la separación orgánica del poder no ha operado ni fue esa la intención. Lo que se quiso fue forjar una distinción ontológica de instituciones con vocación de funciones

distintas, pero no separadas. La ideología significa que la organización política y la jurídica del Estado son el reflejo de un sistema de principios en torno al poder, principios que se debaten según las necesidades más urgentes de la humanidad. El Estado, como institución política, no se define principalmente por la positividad de sus normas, sino por la ideología de los principios y valores que las sustentan. Estas normas reflejan las aspiraciones y objetivos que los gobernantes buscan a través del ordenamiento jurídico. Cuando existe una crisis en esa ideología, se habla de crisis de legitimidad.

### **(3) La preservación del Estado: la constitución jurídica**

Sentadas estas bases de presentación, vamos a analizar lo que significa la constitución jurídica. La constitución política es esencialmente conformadora de la sociedad; la constitución jurídica es reguladora de la sociedad. Para que esto último se dé, hay que presuponer que existe una sociedad políticamente conformada. No quiere decir esto que toda sociedad políticamente conformada necesariamente tenga una constitución jurídica, porque en la historia encuentra uno protoformas de sociedades esencialmente políticas, pero sin ninguna característica de normatividad jurídica.

Traduciendo un poco esta gnoseología a la clásica gnoseología jurídica, se diría que la constitución jurídica es la constitucionalización, a través de reglas y normas de comportamiento, de la organización colectiva, de la organización social. Otros hablan de la institucionalización del Estado, refiriéndose a la última de las unidades políticas y no en su totalidad refiriéndose a todas ellas. Lo jurídico implica, esencialmente, organización y distribución del poder político, así como la regulación de su ejercicio y su transmisión. Además, supone la exaltación, a nivel de normas positivas de carácter obligatorio, de los valores normativos imperantes dentro del grupo. También comprende el reconocimiento de las categorías que fundamentan la organización de la sociedad en un momento histórico determinado, ya sean culturales, sociales o económicas. La constitución jurídica, en términos dialécticos, es una superestructura que tiende más o menos a reflejar una realidad social.

El constitucionalista de ideología marxista **Lassalle** decía que una constitución no puede ser entendida sino como el reflejo de los factores reales de poder, el conjunto de fenómenos de tipo social que confluyen o divergen en una serie de intereses y propósitos en normas jurídicas de carácter imperativo. El derecho es estático como instrumento de regulación de conductas, mientras las normas jurídicas tienden más o menos a reflejar fenómenos

trascendentales de la vida social y regular los comportamientos sociales. Esos fenómenos, mediante un poder de sanción de orden coactivo, tienden a relevar con efectos las conductas contrarias a las hipótesis normativas o respaldar los comportamientos que se acomoden a esas hipótesis normativas. El carácter sancionador del derecho no quiere decir lo mismo que su carácter punitivo: el poder sancionador deriva de la potestad política, de la voluntad política de quien hace las normas jurídicas. Algunas normas del Código Civil colombiano se refieren a este punto diciendo que la sanción no es solamente la pena, sino también la recompensa, el bien o el mal. Este es un concepto un poco ético y maniqueísta, ajeno al derecho, que se deriva del cumplimiento de sus mandatos de las normas o de la transgresión de sus prohibiciones.

Cuando yo hablo del poder sancionador del derecho, no me refiero al poder punitivo. Más bien, quiero destacar que el derecho, como reflejo de una voluntad política respaldada por la fuerza, tiende a producir efectos mediante la lucha calificada o cualificada por las normas jurídicas correspondientes. Por ejemplo, quien celebra un contrato de conformidad con las normas pre establecidas puede ser sancionado o reconocido si no cumple esas normas. Esto genera obligaciones y le permite dirigirse al Estado para exigir que se reconozca su derecho. En cambio, quien comete un delito transgrede normas cuyo efecto es

estrictamente sancionador punitivo. Hago esta distinción para no confundir sanción y punición.

El carácter sancionador del derecho se fundamenta en el respaldo que le da la constitución política, es decir, en la voluntad decisoria del poder que constituye jurídicamente a la sociedad —el poder originario, en términos de derecho constitucional clásico—. En cuanto a su imperatividad, la normatividad es básicamente política; en cuanto regula conductas, es básicamente jurídica. Sin embargo, distinguir en cada norma lo que es político de lo que es jurídico no es no solamente difícil, sino también innecesario. Lo fundamental es comprender que una norma refleja un complejo de fenómenos de tipo social, político y, finalmente, de tipo instrumental o jurídico.

Pero la constitución jurídica no siempre refleja los factores reales de poder, la infraestructura o la realidad social. Es más, muchas veces, a conciencia de los mismos gobernantes, las normas jurídicas tratan de negar una realidad social, de aparentar una realidad distinta, lo que produce una serie de conflictos entre la estructura formal del derecho y la estructura real de la sociedad. El marxismo ha presentado este problema, en cuanto que el derecho es y significa el reflejo y el instrumento de los deseos de una clase social dominante. Toda su morfología, teleología y contenido tienden a justificar el estado de cosas sociales para beneficiar los intereses que tratan de mantener en su

propio beneficio quienes se valen del derecho y quienes, a la vez, detentan el poder político. Por eso no es descabellado pensar que el Código Civil colombiano corresponda a la infraestructura del sistema capitalista. Para mí, más que superestructural, es infraestructural. Por esto, porque la noción de superestructura o de envoltura es una imagen aparente de la realidad, es decir, es la manera de hacer ver ante los demás cosas distintas de las que se pretende lograr a través del propio ordenamiento.

Sería superestructural, por ejemplo, a los ojos del marxismo, el título III de la Constitución nacional que consagra ciertos derechos económicos o sociales: derecho al trabajo, la obligación social de trabajar, que presupone el deber social del Estado de responder a esa necesidad individual y colectiva de trabajar, como el derecho a la enseñanza, no tanto como libertad de no dejarse catequizar, sino como obligación del Estado de entregar la enseñanza a todo aquel que quiera hacer uso de ella. Esos derechos económicos y sociales son postulados políticos, sin ningún contenido, sin ninguna realidad eficaz. De ahí que se hable de libertades reales y de libertades formales. Pero, por caso, el derecho civil, al consagrarse el derecho de dominio, está reflejando una realidad estructural básica y casi que es la razón de ser de toda la ideología política del Estado: defender un sistema económico como el capitalista. Todas las implicaciones de contorno de la apropiación

individual, la libertad de empresa, de circulación y cambio son derivadas de esa estructura económica del sistema capitalista. Entonces, el derecho civil, si ustedes quieren, es más que una normatividad jurídica, una realidad factual y hay una coincidencia entre la norma y los hechos.

Algunos buscan piedra de escándalo en el derecho privado diciendo, por ejemplo, que ya la libertad contractual no opera. Se habla de los contratos de adhesión o de los contratos patrón en la medida en que una de las partes está sometida a la voluntad de la otra, pero esto pertenece más al fenómeno económico que al jurídico o al de tipo político. En cambio, la constitución jurídica muy difícilmente logra reflejar de forma integral y permanente la realidad social.

Desde este punto de vista, el tratadista alemán Loewenstein encuentra tres tipos de constitución:

- Las **constituciones reales**, que son aquellas respecto de las cuales hay una coincidencia, si no total, por lo menos mayoritaria y fundamental, entre la realidad social, las aspiraciones del grupo y las creencias colectivas que se derivan de esas aspiraciones. En ellas, las normas jurídicas instituyen organismos de carácter político y sancionador que corresponden a esa realidad social. Ejemplo de tales constituciones son, para él, la mayoría de las constituciones de

Europa Occidental, la de EE. UU., por considerar que verdaderamente allí existe una adecuación entre los programas normativos, las regulaciones de comportamiento desde el orden cultural, económico o político, enunciados en la constitución y las realizaciones efectivas del gobierno que hacen aplicable ese conjunto de normas.

- Habla también de las **constituciones nominales**, que corresponden a aquel conjunto de sistemas en los cuales obviamente existe un desajuste entre la realidad social y el ordenamiento jurídico constitucional. Hay, pues, un propósito colectivo convergente, si no integral, al menos cualitativamente mayoritario, para alcanzar ciertos objetivos o metas. Por ejemplo, un convencimiento en la legitimidad de esos propósitos y de esos objetivos y, a cargo de los gobernantes, un deseo de ir compensando cada vez más ese desajuste. Son las constituciones políticas de las democracias occidentales de los países subdesarrollados y, en concepto de este mismo autor, de las democracias socialistas que están en vía de conformación hacia una nueva legitimidad y hacia una nueva noción sistemática de la razón de ser de una colectividad, por ejemplo, del Estado.
- Y, por último, habla de las **constituciones semánticas**, es decir, aquellas en las cuales la desproporción

entre la realidad social y la normatividad que trata de reflejarla es absolutamente antagónica. Lo que se dice en las normas suele ser contrario a lo que en la realidad acontece, es un formalismo puro, una apariencia de envoltura democrática o de envoltura de legitimidad de cualquier sistema que quiera hacerse imperar. La realidad social que se busca ocultar o cuya evolución natural se trata de impedir incluye, por ejemplo, los gobiernos *de facto*, las dictaduras, los regímenes totalitarios o de hecho, independientemente del contenido de su ideología.

Desde el punto de vista sociológico sería más adecuado presentar esta clasificación propia del derecho constitucional clásico de otra forma. Podrían llamarse, en vez de constituciones reales, sistemas o regímenes políticos de **operancia práctica**. En ellos existe una adecuación entre las instituciones normativas político o constitucional y la realidad social correspondiente. Pertenecerían a este grupo los países desarrollados capitalistas y los países desarrollados socialistas. Más que la ideología, allí operan la técnica, la capacidad de utilización de recursos, el grado de desarrollo sociocultural de la colectividad supeditada a dichos sistemas. Así, por ejemplo, en la URSS y en Inglaterra tenemos dos sistemas distintos, antagónicos. Los programas normativos de tipo jurídico de la constitución

obedecen realmente a una serie de realidades y de proyecciones propias de esas realidades que se ajustan directamente con esas normas constitucionales. Dejemos a un lado la ideología.

El sociólogo francés **Raymond Aron** —a quien algunos consideran el sociólogo de la derecha francesa— afirma en su obra *Dieciocho lecciones sobre la sociedad industrial* que, hoy en día, hay que distinguir no entre sistema capitalista y sistema socialista, sino entre sociedades industrializadas y subdesarrolladas. Para él, las sociedades industriales, cualesquiera que sean los sistemas ideológicos y de apropiación, los medios de producción derivados de ese sistema y sus respectivas relaciones, se identifican fundamentalmente por las siguientes características:

- Porque hay una abundancia de capital.
- Porque existe, gracias a esta abundancia de capital, la posibilidad de crear y producir bienes de creación y producción de capital y no solo bienes de consumo o de inversión hacia la creación de bienes de capital.
- Porque existe una subvención propuesta por el mismo Estado dentro de la planificación de carácter técnico, al servicio de la ciencia, con el exclusivo objeto de perfeccionar mayormente la productividad hacia la abundancia.

- Hay una plusvalía general entre las necesidades del grupo y la productividad. Esta plusvalía no proviene del ánimo de competencia ni del lucro individual que caracteriza al capitalismo, sino que se deriva de la propia productividad. En algunos casos es colectiva, en otros aparentemente individual, pero planificada de manera genérica y orientada al desarrollo y beneficio de los postulados y anhelos del grupo.

En estas sociedades industriales se desarrolla el llamado «sector terciario de la economía», es decir, el sector industrial y de servicios. Las normas jurídicas, las constituciones son una consecuencia de los incrementos de tipo económico, social y cultural, más que un reflejo de realidades. Su regulación es apenas reflejo de una serie de fenómenos incontenibles por el mismo régimen político. Aunque los propósitos finales de la productividad en uno y otro caso sean distintos, el mecanismo es el mismo. Así, no son tanto las relaciones de producción las que cualifican una sociedad, sino la ideología del Estado. Aunque esta sea superestructural, influye en últimas en la decisión política y no solo en las relaciones económicas. Es decir, el derecho y la política como superestructuras inciden fundamentalmente en la infraestructura económica. Así, las relaciones de producción en un momento dado

convergen y se identifican respecto de sistemas políticos y económicos que pueden ser antagónicos.

Así, por ejemplo, se habla de libertades formales en los sistemas o sociedades capitalistas y de libertades reales en los sistemas o sociedades socialistas. Estas distinciones no operan en las sociedades industriales, sean socialistas o capitalistas. ¿Por qué? Porque tanta posibilidad tiene de realización dentro de un sistema de apropiación colectiva para instruirse, para culturizarse, para capacitarse, para trabajar un miembro de una sociedad socialista como uno de una sociedad capitalista. Ciertamente decir que en la sociedad estadounidense el obrero no tiene las ventajas de la sociedad de abundancia es un poco especulativo; por el contrario, se importa mano de obra, cada vez es mayor la productividad, el nivel socio-cultural del obrero en los EE. UU. es superior a muchos niveles profesionales en los países subdesarrollados. Entonces, la contradicción se traslada al grado de productividad y al sistema de relaciones de producción y no al grado de ideología y normatividad.

Hablemos ahora de las sociedades subdesarrolladas. Estas son aquellas en las cuales son mayores las necesidades que las capacidades económicas de productividad y en las cuales la posibilidad que genera la productividad de las sociedades industriales va en detrimento de su poca capacidad económica de absorción. Hay un cambio,

el famoso cambio de la materia prima: sirve para elaborar bienes de capital con el objeto de revertirse en el intercambio de bienes de consumo, ya producidos gracias a la materia prima que se facilita o que se exporta. Por otra parte, en ellas no se necesita una acumulación primitiva o previa del capital. No importa que esa acumulación haya sido a través de la competencia y del lucro individual, que es lo que caracteriza al capitalismo desde los albores del mercantilismo y del metalismo, o que sea colectiva; se requiere un enriquecimiento representativo de capital para poder generar producción. Este enriquecimiento, por su propia lógica, impide que otros se enriquezcan igualmente, puesto que habría imposibilidad de colocar la productividad sobrante en los mercados de los países subdesarrollados. Eso es innegable en una ecuación económica que no necesita mayor filosofía para poder ser comprendida.

Sin embargo, las sociedades subdesarrolladas son, en concepto de Raymond Aron y del sociólogo y economista **André Gunder Frank** —discípulo de **Paul Baran** y condiscípulo de **Paul Sweezy**, ambos profesores de la Universidad de Berkeley de EE. UU., eminentemente marxista, con planteamientos distintos a niveles de las sociedades subdesarrolladas—, esencialmente capitalistas y no socialistas. ¿Por qué? Porque el subdesarrollo es, en teoría, la consecuencia de ese instrumento desigual,

de esa oportunidad de acumulación primitiva de capital que tuvieron algunos países, los hoy industrializados, en detrimento de las economías de los subdesarrollados. Las sociedades subdesarrolladas no son, como plantean de manera esquemática y casi reflexológica algunas tendencias marxistas, contenidos estructurales homogéneos. Es decir, no se pueden identificar simplemente con sociedades feudales o burguesas, como ocurrió en Europa durante los siglos XVI, XVII y XVIII, donde existía una dialéctica antagónica entre la clase feudal y la burguesa. Según este esquema, la vanguardia revolucionaria debía esperar a que se solucionaran esos conflictos y a que la burguesía superara las contradicciones del sistema, para que luego se pudiera cumplir la tercera etapa de socialización y, finalmente, acabar con la burguesía.

Así, se han conquistado instituciones coloniales, neocoloniales y capitalistas dentro de estas sociedades porque el capitalismo ha producido el estancamiento de su productividad, de sus relaciones de producción y, obviamente, de las relaciones sociales y culturales que este engendra. En su obra *Lumpenburguesía: lumpendesarrollo*, André Gunder Frank plantea lo siguiente: el capitalismo como sistema económico de producción ha llegado a su máximo de productividad, técnica y beneficio para las sociedades altamente industrializadas gracias al incremento, fomento y estímulo del subdesarrollo de las sociedades

capitalistas subdesarrolladas. Es decir, el subdesarrollo no es una etapa precapitalista, sino capitalista. Las estructuras del subdesarrollo no eran estructuras enquistadas previas al capitalismo, son estructuras estimuladas, engendradas y motivadas por el propio sistema capitalista. Desde este punto de vista, las relaciones de producción sobre la tierra, por ejemplo, sobre la industria, son las formas en que el capitalista mantiene esas estructuras. Así, por ejemplo, incrementar las tecnologías en las sociedades subdesarrolladas implica a largo plazo eliminar la posibilidad de invadir mercados con la productividad sobrante de las sociedades altamente industrializadas y en detrimento de sus propias sociedades. La lógica del sistema capitalista hace que los países subdesarrollados se subdesarrollen cada vez más, mientras los primeros logran cada vez más su desarrollo.

Es un poco nuevo el planteamiento, para reflexionar, pero lo considero tal vez más lógico que los planteamientos clásicos a nivel interno de cada país en relación con las contradicciones que se engendran entre patronos y trabajadores, entre la burguesía y el proletariado. Entre otras cosas, en Colombia, ¿cuál proletariado, si existe un desempleo estructural que determina el llamado lumpenproletariado? La teoría clásica del marxismo (lógicamente estamos hablando de 1848) consideraba que para poder hacer una revolución había que tener conciencia de clase. Para tener conciencia de clase había que pertenecer a

la clase proletaria, tener oportunidad de trabajar. En Colombia, mal se puede pensar en que el proletariado va a hacer la revolución, cuando la mayoría de la clase social no es proletaria. No lo es porque no tiene fuentes de trabajo. Entonces, el lumpenproletariado viene a ser como una especie de lastre marginal dentro de una sociedad capitalista industrializada. El factor esencial en una sociedad subdesarrollada de concientizar a un lumpenproletariado sería, por ejemplo, el papel fundamental de cualquier dirigente político de tendencias revolucionarias, si es que se pueden crear las condiciones propias de un desarrollo. Ahí sí se podría concientizar a la clase proletaria, cuando exista más proletariado que lumpenproletariado o que desempleo.

Todos estos planteamientos son dignos de tener en cuenta dentro de las escuelas clásicas y tradicionales de la filosofía revolucionaria marxista. Por el contrario, las contradicciones internas a nivel socialista planteadas en el siglo XIX entre clases trabajadoras y patronos, entre empresa privada y aquellos que para su subsistencia dependen de su fuerza y capacidad de trabajo, se han desacelerado a nivel internacional. Así, es mejor hablar entre países altamente industrializados del sistema capitalista y de países subdesarrollados del mismo sistema. De ahí que se piense más bien en una lumpenburguesía, es decir, una burguesía que viene a ser víctima del propio sistema, del propio

metabolismo que engendran el lucro y la productividad, y que es instrumento de los intereses del capitalismo extranjero a riesgo de su propia subsistencia, en detrimento de las sociedades nacionales subdesarrolladas.

¿Cómo responde una constitución jurídica? Responde lo que se llama una democracia de tipo formal, pero los contenidos de esa normatividad, en gran parte, reflejan una realidad: la de la apropiación privada, del orden sancionador o de respaldo a esa apropiación; la consagración fundamental de libertades de tipo económico; la organización del poder político de acuerdo con los esquemas clásicos de distribución del poder, que tienen un sentido histórico y no actual —pensemos, por ejemplo, en que se planteaba que el Parlamento no debía separarse completamente del Ejecutivo y se justificaba esta idea en el contexto del absolutismo monárquico, frente al intento de colectivizar el poder político en relación con el Parlamento.

Superado el antagonismo entre nobleza y burguesía, entre feudalismo y capitalismo, ya el principio de la separación de las funciones o de los poderes tiene un sentido menos político, menos ideológico y quizás más organizativo: es tan burgués el presidente de la República como el Parlamento, sobre todo en un régimen como el nuestro, de tipo presidencialista. Presidencialista en cuanto hay un predominio del Ejecutivo sobre el Congreso, en

donde tienen representatividad tanto el Ejecutivo como el Parlamento o el Congreso desde el punto de vista formal o de las decisiones llamadas representativas. El principio de la separación de las funciones o de la separación de los órganos del poder pudo haber tenido su justificación histórica. En este sentido, entonces, hay mucho contenido nominal, como decía Loewenstein refiriéndose a las constituciones de este tipo, y mucho contenido real. Es decir, no hay un reflejo total entre el sistema constitucional formal y la realidad que trata de regularse.

Hacíamos ver en la clase anterior cómo, por lo general, opera un desajuste entre las normas que organizan la unidad política y la realidad social, económica y política que trata de ser reflejada en esas normas. Hago hincapié en que actualmente hay un desajuste de la mayoría de las constituciones demoliberales de los países en vías de desarrollo o subdesarrollados como propios del sistema capitalista. Además, la nominalidad o el nominalismo de las reglas constitucionales de tipo jurídico o positivo no se debe fundamentalmente al hecho de que económicamente no hay manera de compensar ese desajuste que les presento. En otras palabras, no se trata tanto de que un Estado demoliberal de las llamadas subdemocracias o de los países subdesarrollados no coincida con la ideología del Estado, sino de que se hace formal esa ideología en cuanto que el contenido económico que se postula no permite

realizar normativamente los objetivos de esas subdemocracias. Cuando hablo de las llamadas subdemocracias liberales —o las democracias de tipo formal liberal de los países subdesarrollados de la órbita capitalista—, obviamente no me refiero a los gobiernos de hecho que pululan quizá en la mayoría de en estos países. Pienso en los gobiernos formalmente instituidos de acuerdo con una ideología del poder llamada la ideología demoliberal. Por ejemplo, en Sudamérica quizás existe la posibilidad de hablar en este sentido de Venezuela y de Colombia. El resto del panorama continental sudamericano obedece a tipos de regímenes llamados inconstitucionales o no constitucionales desde el punto de vista clásico de la ideología liberal, en la cual el desajuste es en este caso no solamente económico, sino también político.

La constitución jurídica, dentro de la gnoseología general de las constituciones, hace relación técnicamente al conjunto de reglas relativas a la organización, distribución y transmisión del mando, a las relaciones entre los gobernados y las instituciones de mando y a la consignación de los derechos y libertades fundamentales de los gobernados frente a los gobernantes. El fenómeno es básicamente regulador e institucional, es una especie de arreglo del poder en el Estado y no conformador, puesto que la constitución política da la forma de poder como les presenté en las clases anteriores.

La noción de constitución jurídica implica analizar la forma como se emite el poder a través de normas que regulan la vida política de un país. Esa forma de emisión tiene dos sentidos o clases fundamentales: las constituciones denominadas **consuetudinarias** y las constituciones **escritas**. Se hace coincidir con las primeras la noción de constituciones **flexibles**, con las segundas el concepto de constituciones **rígidas**. La flexibilidad o la rigidez de la normatividad constitucional de un país, de un Estado, depende fundamentalmente de la mayor o menor dificultad que tengan quienes poseen el poder constituyente instituido o el poder de revisión constitucional para efectuar reformas a su constitución. Cuando los mecanismos de revisión constitucional son muy elásticos, poco limitados o no tienen ninguna limitación, se habla de constituciones de tipo flexible. Por el contrario, cuando los procedimientos que se prevén por la misma constitución para revisar algunas de sus disposiciones son muy rigurosos, requieren un proceso mucho más largo y complejo de reforma, se habla de constituciones de tipo rígido.

En los Estados demoliberales, las constituciones consuetudinarias pertenecen a un tipo de régimen de derecho que uno identifica geográficamente, y con cierto sentido étnico también, como derecho anglosajón o anglosajón americano. Según este, el derecho común y el derecho constitucional desde el punto de vista estrictamente

jurídico son básicamente consuetudinarios. Las reglas de comportamiento de los gobernantes, las reglas institucionales, la distribución de competencias de las instituciones de poder, las relaciones entre las instituciones y los gobernados son más obra de la tradición, la costumbre, la creencia colectiva en una legitimidad que de normas jurídicas de carácter positivo, imperativo y concreto. Bajo esta óptica formal, es decir, de codificación positiva, Inglaterra, por ejemplo, no tiene constitución. Desde el punto de vista real (de una realidad jurídico-política), es innegable que una de las constituciones más incombustibles frente a las tradiciones del Estado demoliberal es la de Inglaterra precisamente.

En EE. UU. existe una constitución escrita desde hace más de dos siglos, a finales del siglo XVIII. Sin embargo, hoy en día sigue vigente, aunque se produjeron algunas enmiendas a comienzos del siglo XIX. Esto no quiere decir que la Constitución norteamericana se aplique en su integridad actualmente, en la misma forma y bajo las mismas implicaciones que se aplicaba hace más de dos siglos. Ha habido, en cambio, una especie de decentramiento de costumbre política, de confluencia en la ideología del sistema que implica un consentir general entre gobernantes y gobernados de que hay una necesidad de institucionalizar positivamente ese sistema. No hay, por lo tanto, necesidad de modificar las normas positivas

constitucionales. Formalmente, en mi opinión, la Constitución estadounidense es escrita, pero materialmente es consuetudinaria. El hecho de que no se haya reformado, no quiere decir que impere en su integridad, sino que el temperamento político, la cultura política y, en cierto sentido, la herencia anglosajona del *Common Law* han predeterminado una constitución necesariamente consuetudinaria. Muchas de las posiciones de esta Constitución no son aplicables hoy en día; algunas de ellas incluso, estrictamente interpretadas, serían contrarias a las pretensiones de muchas instituciones y modos de organizar el poder y de distribuirlo desde el punto de vista administrativo y técnico de los Estados. Pero no existe el afán por racionalizar en esas normas escritas lo que acontece en los hechos, sobre todo desde el punto de vista social y político. Se puede decir lo mismo de otros países anglosajones como Canadá o Nueva Zelanda.

La constitución escrita como esfuerzo de racionalización mental de un fenómeno político en un momento determinado es cosmogónica en su intención, pero parcial en su realización. Cosmogónica porque trata de prever al máximo todas las relaciones de poder y las implicaciones de esas relaciones y organizaciones, teniendo como fundamento la realidad del momento en que se erige la constitución misma. El espíritu latino, tanto europeo como latinoamericano, obedece a este esquema de entendimiento

del régimen jurídico constitucional. Hay un rigorismo derivado del texto escrito, como si una vez escrito no pudiera violarse el conjunto de principios que allí se consignan; también existe una seguridad de que, para reformar el *modus operandi* del régimen, hay que reformar los textos escritos.

La llamada ciencia o sociología política hace ver cómo las constituciones escritas son básicamente formales, no se aplican en la realidad. Muchos de los textos constitucionales de los países demoliberales de estructura presidencial o parlamentaria y de mentalidad latina no corresponden a la mecánica, al engranaje práctico del poder político. Por otra parte, dado el desajuste al que les hice mención anteriormente, tampoco encajan con la realidad social y económica. De ahí que se hable de un formalismo jurídico y no de una realidad constitucional.

El esfuerzo de racionalización de los hechos a través de normas escritas es conservador, un poco hasta reaccionario en el sentido histórico de la palabra, es decir, un esfuerzo por mantener, frente a movimientos de cambio, las estructuras tradicionales del sistema. Las constituciones escritas son necesariamente reaccionarias porque tratan de consolidar estáticamente unas dinámicas sociales. Buscan retratar la realidad de un momento dado para crearle una superestructura formal, prohibiendo que ciertos fenómenos de evolución social y política puedan contestar, es decir, atacar esa superestructura.

Además, las constituciones escritas suelen ser sumamente rígidas en cuanto a su revisión. Quizás las normas constitucionales desde el punto de vista jurídico por excelencia son, en todas las constituciones escritas, aquellas que se refieren a la forma en que debe revisarse la constitución. Para nuestro caso, el artículo 218 de la Constitución nacional consagra un organismo especial, al que se le denomina poder constituyente, como el único encargado de hacer la reforma o la revisión a cualquier norma constitucional. Así, hay una rigidez de tipo orgánico. Por otra parte, existe una rigidez de orden procedural, puesto que para poder revisar la Constitución este organismo debe cumplir ciertos mecanismos más complejos y difíciles que aquellos que ordinariamente activa para modificar, crear, derogar leyes.

Para reformar la Constitución colombiana se requiere:

- Que sea el Congreso (aspecto orgánico);
- Que se estudie y se debata el proceso de revisión en dos legislaturas ordinarias, entendiendo por tales las comprendidas entre el 20 de julio y 150 días después contados a partir de esa fecha cada año;
- Una mayoría especial o cualificada en la segunda vuelta o en la segunda legislatura, la mayoría absoluta. En otras palabras, aquella que se refiere a más de la mitad de los integrantes de una y otra Cámara para que sea válida esa reforma.

Este rigorismo ciertamente otorga una mayor jerarquía formal a las normas denominadas constitucionales. Sin embargo, muchas disposiciones que son formalmente constitucionales no se refieren materialmente a lo que se entiende por constitución jurídica, es decir, a la organización, distribución y transición del poder, así como a las relaciones entre el poder y los gobernados desde el punto de vista de los derechos y libertades fundamentales. Así, por ejemplo, el título XVIII de nuestra Constitución, que regula el sistema y operatividad de la descentralización administrativa, no constituye estrictamente, bajo esta óptica material y de estructura organizativa, un sistema propio de un Estado constitucional. En cambio, existen otras instituciones legales que, por su contenido o su materia, debieran estar en la Constitución. No hay, pues, una estricta técnica en la presentación esquemática del régimen político, jurídico y estatal en nuestra Constitución.

Esto ocurre no solo en Colombia, sino en la mayoría de los países. Hay ciertos fenómenos de carácter secundario que, dada la trayectoria política del país correspondiente, enaltecen las normas constitucionales. En nuestro caso, en el siglo XIX, gran parte fue escenario de un combate político —yo no sé por qué se torna ideológica, tal vez más para los intérpretes que para la realidad— entre los partidarios de la forma de Estado unitario y los de las

formas de Estado federal. En ese punto, hubo que institucionalizar el centralismo político y la descentralización administrativa en la propia Constitución.

**Pregunta y respuesta:** en mi opinión, la reforma del 1968 fue el reconocimiento formal de un hecho que ya venía operando desde hacía lustros. Este hecho no solo se manifestó en el contexto global —con el reforzamiento innegable del Ejecutivo como estructura de poder en cualquier sistema político, independiente de su ideología, como ocurre también en los régimes socialistas—, sino también en el debilitamiento proporcionalmente inverso del poder de decisión del organismo legislativo o Congreso, es decir, del organismo encargado de hacer las leyes. Entonces, hubo un esfuerzo de racionalización de esa realidad, puesto que el Ejecutivo antes del 68 tenía todas las ventajas de la imposibilidad jurídica de un control. Al tiempo que se le otorgan competencias al Ejecutivo que antes no tenía, también se le otorgan competencias al Congreso para que controle esa decisión del Ejecutivo. Hubo un reforzamiento evidente del Ejecutivo en materia económica. Obviamente al pensar el fortalecimiento, el intervencionismo económico, hay que hablar de planificación, de monopolio en la organización administrativa, de monopolio en la política, de diseño de gastos y de inversión. Hay que hablar de monopolio en la política financiera y tributaria del Estado.

Por otra parte, el Congreso y el Parlamento en los regímenes demoliberales ya no son organismos decisarios dentro del Estado —jurídicamente lo era hasta el año 68 para nuestro caso—. Son organismos de control de aquel que tiene el poder de impulsión, orientación y decisión en el Estado, y que tradicionalmente denominamos Ejecutivo o poder gubernamental. El instrumento jurídico de decisión ya no es la ley, sino es el decreto, es el que tiene la iniciativa para presentar proyectos de ley, es decir, es el Ejecutivo. La ley sigue siendo jurídicamente, en forma jerárquica, superior al decreto, pero más que un instrumento de decisión es un instrumento de control. De ahí que se hable mucho de las leyes cuadros o leyes marcos, dando a entender que el Ejecutivo tiene que enmarcarse o someterse a una especie de cartabones de tipo jurídico de los cuales no puede extralimitarse. Si lo hace, el Congreso le exige responsabilidad.

Por otra parte, se incrementa la responsabilidad del Ejecutivo frente al Congreso. Casi que hay una especie de identificación entre la responsabilidad política clásica del régimen parlamentario y la responsabilidad política personal del régimen presidencial. La prueba es el caso Nixon, en el cual realmente se nota que el régimen norteamericano avanza hacia una estructura clásicamente representada antes como imposible de tipo parlamentario. No, lo que ocurre es que el Parlamento o el Congreso, cualquiera

que sea la relación entre el órgano legislativo y el ejecutivo, tiene una función de control del Ejecutivo que, para ser efectiva, tiene que exigir responsabilidad.

En Colombia, también se acrecienta la responsabilidad desde el punto de vista jurídico formal —porque desde el real no se ha hecho—. Si se analiza el artículo 121 o el 122, se observa que el Congreso tiene la obligación de exigir responsabilidad al Ejecutivo en dos casos: cuando este decreta un estado de emergencia o de sitio sin que concurran las causales establecidas, o cuando, habiendo ocurrido dichas causales, abusa de sus facultades durante el estado de sitio. Se trata de una responsabilidad sumamente seria, que puede conducir a la dimisión del jefe del Ejecutivo, a pesar de que su mandato tiene un origen popular. Entonces, se fortalece la función de control del Congreso, de fiscalización, se crean comisiones de investigación y fiscalización permanente del gasto público. Las comisiones ya pueden sesionar fuera de las sesiones ordinarias por derecho propio; se estructura mejor el poder de control y se crea, al menos formalmente, una comisión llamada Comisión del Plan, encargada de filtrar la propuesta de planificación económica del Ejecutivo, cuya iniciativa le pertenece exclusivamente a él.

Entonces, la reforma del 68 no podría tomarse como causa, sino como consecuencia de un hecho político o de una serie de hechos políticos: el reforzamiento

evidente del Ejecutivo. Asimismo, engendra consecuencias que no pueden ser vueltas a reflejar en las mismas normas. De ahí que el esfuerzo de normativizar positivamente un régimen constitucional sea sumamente nugatorio y, a veces, constituya también un obstáculo o una vía de actuación hacia la inconstitucionalidad del régimen, es decir, hacia el golpe de Estado. Así, por ejemplo, el artículo 120, en uno de los incisos del parágrafo del ordinal 1, establece un mecanismo de distribución de la cuota política en la rama administrativa del poder. Este mecanismo limita en exceso la discrecionalidad del presidente y, al mismo tiempo, institucionaliza a los partidos políticos hacia el futuro. Sin embargo, se trata de una norma muy circunstancial, cuya eficacia depende de que las previsiones históricas del constituyente coincidan con la realidad futura. Instituir, por ejemplo, la paridad política de 1974 en adelante, cuando se acaba la alternación y entra el libre juego de los partidos políticos, se me hace una consecuencia y, al mismo tiempo, un esfuerzo de amoldar una realidad hacia una aspiración formal. Hubiera podido crearse un partido distinto a los tradicionales, conservador y liberal; se hubiera podido llevar a la jefatura máxima del Ejecutivo a alguien no perteneciente a esos dos partidos, pero sería un absurdo exigirle a ese jefe del Estado que cumpliera con reglas de paridad, es decir, que le diera participación a partidos que fueran minoritarios en el resultado

electoral. Entonces, hay una especie de canalización formal sumamente exagerada, que podría ocasionar un incumplimiento de las normas constitucionales.

Desde este punto de vista, digo yo, la constitución jurídica siempre ha sido un esfuerzo de racionalización de la realidad en un momento dado, pero el exceso de racionalización perjudica la evolución política del régimen mismo, que es básicamente fáctico y no jurídico formal. El hecho de que una constitución sea rígida por estar escrita no implica que no se pueda reformar, sino que hay dificultades para su reforma. Pero, muchas veces, las dificultades en tiempo o en procedimientos son tan grandes que la constitución sirve más bien de punto de partida hacia gobiernos de hecho. En otras palabras, se violan las normas constitucionales, puesto que hay circunstancias inminentes de orden político, social, económico, que en un determinado momento impiden esperar tanto tiempo para lograr una reforma constitucional. Eso deja a un lado el régimen constitucional.

La noción de constitución jurídica, sin embargo, les distingo, no quiere decir constitución escrita o positiva, sino reglas relativas a la organización y transmisión del poder, reglas consuetudinarias o reglas escritas. El concepto mismo de constitución, su nombre insinúa una limitación desde el punto de vista político, porque lo que se constituye en torno a la vida pública de un Estado está

regulado normativamente y aquello que no está regulado normativamente queda por fuera de la constitución o es inconstitucional.

Queda por solucionar un problema de orden filosófico. En caso de incompatibilidad, de contradicción evidente entre la costumbre y la norma jurídica escrita o positiva, ¿qué predomina? En sentir de algunos, predomina la norma escrita, porque hay que entenderla como resultante legítima de una voluntad de poder representativo del sentir mayoritario nacional, una voluntad de poder a la que se le denomina poder constituyente. Para esa corriente, la constitución no es solamente un reflejo de voluntad de poder, sino el esfuerzo de regularizar una serie de comportamientos sociales. En la medida en que surja la necesidad de reformar o revisar ciertas normas positivas, no quiere decir que no puede hacerse. Significa, más bien, que para hacerlo es necesario cumplir con esa regularización, con ese ánimo de institucionalización del poder que la propia colectividad quiso erigir en normas fundamentales de organización del Estado. En otras palabras, prima la norma escrita.

Otros sostienen que prima la costumbre, ya que esta, al fin y al cabo, engendra siempre la dinámica de las normas jurídicas escritas. Cuando una norma jurídica es contraria a un hecho político, económico o a una realidad social, no es necesario esperar a reformarla —algo que

muchas veces es fácticamente imposible—; simplemente se deja de aplicar y la nueva costumbre se convierte en práctica jurídica, así sea antinORMATIVA o INCONSTITUCIONAL. Se trata, al tiempo, de un hecho de soberanía y un hecho de violación. Los partidarios de esta tesis, como los clásicos del derecho constitucional **Capitant** o **Ferdinand Lassalle**, entienden la constitución nacional como el reflejo evidente de un conflicto esencialmente dialéctico entre los factores reales del poder. Dado que las contradicciones no pueden codificarse en normas jurídicas estrictas y positivas, estas no logran reflejar la dinámica real de la sociedad. Por ello, consideran, que quien detenta la soberanía real —el pueblo, la nación— la ejerza directamente y no a través de normas jurídicas que, por una ficción, terminan por usurparla. En otras palabras, sostienen la preeminencia de la costumbre sobre las normas escritas.

Sin embargo, donde hay constituciones escritas, siempre hay procedimientos para su cambio. Por lo mismo, toda costumbre que atente contra algunas de esas normas escritas, así sea o pertenezca al sentir general o mayoritario de una colectividad, es, por paradójico contraste, INCONSTITUCIONAL. Existen organismos encargados de sancionar y de controlar la constitucionalidad frente a las demás autoridades del Estado, llámense ley, decreto, resolución, ordenanza, acuerdo o acto administrativo, en general, actos legislativos. La constitución escrita tiene por

esencial fin mantener incólumes ciertos principios fundamentales del sistema con el ánimo de evitar que los organismos instituidos por este o los gobernados por esos organismos atenten contra el cambio de sistema o contra algunas implicaciones que el sistema soporte.

La constitución jurídica es básicamente estructural, es una normatividad fría sin ningún contenido de tipo ideológico. Hay que advertir que tanto los Estados totalitarios como los no totalitarios, y aun los gobiernos *de facto*, tienen una constitución, bien sea arreglada positivamente o consuetudinaria o ambas. Desde el punto de vista jurídico, existen ciertas costumbres o normas de aplicación que se refieren a la forma como se transmite, se ejerce, se distribuye, se organiza y se estructura el poder político. Eso es constitución jurídica. Lo fundamental para diferenciar la razón de ser del Estado, la finalidad del poder político, está en la noción de constitución ideológica o doctrinaria a la cual nos referiremos después.

#### **(4) La organización del Estado: la constitución política**

##### **Concepto integral de constitución**

La constitución puede entenderse desde tres puntos de vista: político, jurídico e ideológico. La teoría clásica solo estudia la constitución desde el punto de vista jurídico.

El Estado demoliberal nace en el siglo XVIII y, desde esa misma época, arranca el constitucionalismo que constituyó reacción contra la monarquía y que, según el principio de que la ley es instrumento de decisión, determinó que un organismo la hace, otro la ejecuta y otro decide. En una palabra, se creó el sistema de los frenos: que el poder controle al poder. También se vio la necesidad de consignar las normas en un texto escrito que, para ser modificado, necesita una mayoría cualificada. Entonces, se quisieron consignar por escrito las principales actividades humanas frente al poder. En conclusión, la razón del Estado demoliberal es poder garantizar las libertades públicas y consignarlas en una constitución. Así, los derechos naturales se volvieron positivos, se respetaron los derechos inherentes a la persona humana, sus libertades públicas y la organización necesaria del poder se quiere garantizar con el Estado demoliberal.

Hay una serie de principios relacionados con el Estado demoliberal, como el principio de la juridicidad. No es exclusivo decir que la constitución aparece en el siglo XVIII, porque antes había habido algunas manifestaciones. Por ejemplo, Aristóteles hablaba de la *polis* como organización de una colectividad. Entonces, la constitución política es un esfuerzo de la asociación para reglamentar los comportamientos humanos. La sociedad se organiza políticamente, el hombre es esencialmente político, mas no

integralmente político. La constitución política es el punto de partida del Estado, el presupuesto para poder institucionalizar el mando, o sea que el mando se institucionaliza con la constitución política; vale decir, reglar el poder en su duración y transmisión. Como ya lo mencioné, **Georges Burdeau** hablaba de que el poder ha pasado por varias etapas:

- **Poder anónimo:** La sociedad se había organizado y aglutinado por un temor hacia las fuerzas de la naturaleza (poder difuso).
- Etapa en la cual un individuo del grupo sobresale por su fuerza o por su prestigio, entonces se va creando un **poder individualizado**, pero dentro del grupo no se ha visto la necesidad de reglamentar el mando en su duración, transmisión o ejercicio. Así, solo se consideran la fortaleza y el prestigio de un individuo.
- **Poder institucionalizado:** O sea, ya reglado en su duración, transmisión y ejercicio. El poder está pre-determinado por una ideología, ya sea socialista, liberal, fascista, etc. Entonces el poder institucionalizado es la constitución política, jurídica e ideológica de un Estado.

Según la teoría de Kelsen, el poder institucionalizado es la constitución, que viene a ser la organización

racional del mando, respaldada por el ordenamiento jurídico. Es la fuerza institucionalizada, que a su vez tiene sus controles. Por su parte, el Estado de derecho es una repetición, porque todo Estado es una organización jurídica, o sea, de derecho. La organización de un Estado es ideológica. Por ejemplo, el Estado demoliberal se organiza según la ideología del siglo XVIII, o la ideología liberal. Cualquier organización humana tiene una proto-forma política; claro que esta es una hipótesis. Esto no se ha podido demostrar, pero tampoco ha podido comprobarse lo contrario.

**La noción de constitución política** hace relación a la razón de ser de la unidad y la continuidad o permanencia de una colectividad constituida políticamente. Es un poco incómodo para la imagen mental que tenemos de la constitución hablar de constitución política en términos extrajurídicos, pero el significado fundamental de esta primera noción de constitución permite articular los presupuestos de la existencia de una unidad política cualquiera. Estos son fundamentalmente: (a) la relación de mando-obediencia, que presupone, según algunos trastistas de la ciencia política, (b) la existencia de una autoridad y de (c) una colectividad, un territorio contiguo dentro del cual se encuentra la comunidad.

Estos tres elementos constituyen los presupuestos esenciales de la noción de unidad política y significan que

esa unidad política está constituida. En términos jurídicos, por ejemplo, el francés **Maurice Hauriou** establece que las condiciones de existencia del Estado son precisamente esas tres: territorio, comunidad y autoridad. Por su parte, Burdeau considera que no son condiciones de existencia del Estado, sino condiciones previas a la noción de este. A eso se le denomina filosóficamente teoría del Estado, constitución política.

La constitución política presupone fundamentalmente una capacidad decisoria dentro del grupo y se habla, entonces, en términos jurídicos respecto de esa capacidad decisoria de un poder constituyente originario, que es aquel que posee la voluntad de imposición en el grupo social. La constitución política dentro de una comunidad es ajena al derecho y a la ideología que refleje el ordenamiento jurídico; es el presupuesto de la normatividad jurídica y de la legitimidad con que se ejerza esa normatividad. Los regímenes políticos, por ejemplo, son reflejo de sistemas económicos con objetivos ideológicos muy específicos que pertenecen más a la noción de constitución jurídica y constitución ideológica. En cambio, la conformación política de una sociedad es ajena al tipo de régimen, al tipo de ideología o a si existe o no derecho o si existen o no normas jurídicas. Tan unidad política es la organización tribal como la estatal, aunque en la una no existan normas jurídicas de carácter positivo, si acaso

rudimentos de una ideología más bien religiosa, y en la última el refinamiento de composición de las instituciones es dado al extremo. Analizar la constitución política en sí no tiene ninguna utilidad práctica, como no sea la de un entendimiento mental de lo que significa en su integridad la noción de constitución, que no solo comprende el aspecto político y jurídico, sino además el ideológico.



## IX.

### **El Estado y la economía**

#### **(1) Intervencionismo de Estado**

Generalmente, el intervencionismo se estudia desde el punto de vista jurídico solamente. Esto es básicamente económico y, además, ideológico. El intervencionismo tiene un sentido ideológico en cuanto al grado de intervención del Estado en el proceso económico y, según las finalidades perseguidas, se habla de un intervencionismo total o parcial.

El primero es el propio de los Estados socialistas, cuyo sistema económico se concreta en la apropiación colectiva de los medios de producción con un predominio de lo público sobre lo privado. Se interviene el proceso económico porque el socialismo quiere redistribuir la apropiación de los medios de producción hacia una apropiación colectiva con medios orgánicos (organismos

especiales), jurídicos y políticos (sectores encargados de decidir el logro de esa redistribución).

**Proceso económico:** Regímenes de producción, distribución, intercambio, utilización, uso y consumo de los bienes que tienen por finalidad, más o menos, la satisfacción de necesidades de tipo colectivo o social, aun en detrimento de necesidades individuales.

El intervencionismo parcial, supletivo o indicativo es el que opera, poco más o menos, en los regímenes jurídicos que operan en el sistema capitalista o demoliberales. Estos tienen por fin establecer ciertas pautas previsivas y preventivas, indicadoras de la interpretación del proceso económico. La apropiación privada de medios de producción, que comporta la libertad de empresa, de salarios, de producción, hace imposible la imperatividad de la intervención. El carácter supletivo del régimen liberal le quita funciones a la finalidad de redistribuir el ingreso, que es lo propio de la intervención.

Hay varias maneras de organizar la intervención: o bien racionalizando sectores de productividad, u obstaculizando ciertas actividades de ellas; o cuando el Estado participa directamente en la producción de ciertos renglones no llamativos para la voluntad particular; o, a partir de la segunda posguerra, planificando todo el proceso económico, consecuencia de la necesidad aceptada por la comunidad.

Existe otro tipo de intervencionismo, con finalidades diferentes: el de los Estados totalitarios de derecha (Estado fascista y nazi). Allí se suprime la autonomía de carácter económico, se controla el proceso productivo, pero con la finalidad de expansión beligerante o cualquiera otra que no sea la de satisfacer necesidades generales. Ejemplo de ello es el aumento del armamentismo, sin importar el beneficio general, sino como una política de agresión o defensa según las circunstancias.

## (2) Intervencionismo de empresa

Aquí convergemos a un fenómeno sumamente importante dentro de la dialéctica de lo público y lo privado. Generalmente, se indica que el Estado socialista se caracteriza por una predominancia de lo público sobre lo privado, en la medida en que las actividades de carácter cultural, personal, económico o social dependen de lo público, de la decisión estatal. Esto es imperativo. El Estado demoliberal se caracteriza por la preeminencia de lo privado sobre lo público, en cuanto la iniciativa es privada. El sector individualista impone las pautas de conducción de la sociedad o, si no las impone, logra evitar que el Estado se infiltre en ellas.

André Gunder Frank denunciaba el siguiente fenómeno, que es básicamente de filosofía política: «El Estado

demoliberal en la sociedad industrial, y sobre todo cuando se ha logrado desarrollar en el sector secundario y terciario del proceso económico, en el cual han tenido que volverse esencialmente planificadores y por lo mismo intervencionistas, a medida que va progresando, ya su intervención se va privatizando. Hay una especie de ósmosis de la fenomenología económica del capital».

El Estado interviene en el proceso de distribución de mercancías, de regulación del consumo de las mercancías que se producen, pero como el Estado demoliberal no puede ser totalmente regulador e imperativo, ha tenido entonces que suplir un poco el desequilibrio que genera en ese mismo proceso. Para ello, crea estímulos hacia ciertos sectores en los cuales está interesado que se desarrolle una actividad económica, u obstaculiza ciertos sectores en los cuales está interesado que se atenúe o elimine la productividad económica.

¿Entonces, qué pasa? El Estado entra a ser también empresario y se convierte en interventor, no solamente desde el punto de vista de la prestación de servicios públicos con carácter unilateral, con organismos administrativos cuyo régimen es el derecho público, sino a través de empresas industriales y comerciales del Estado —que en todos los países se regulan por los códigos privados de comercio y civil— o a través de sociedades de economía mixta. A esto se le llama intervencionismo de

Estado por colaboración o descentralización; por colaboración, en la medida en que la empresa garantice la prestación de ciertos servicios públicos de carácter industrial o comercial.

El Estado, así, se asocia con la empresa privada con el supuesto objetivo de intervenirla, de vigilar que se cumplan esas finalidades de tipo social. Sin embargo, este termina contando billetes como cualquier capitalista o cualquier socio de una sociedad anónima, así sea el más importante de la sociedad, pero en todo caso en un régimen jurídico de derecho privado.

Las empresas industriales y comerciales del Estado en Colombia y las sociedades de economía mixta, salvo la nominación «nominal» de ciertos agentes representativos del poder público, son de una estructura clásicamente privada. El régimen jurídico de su estructura económica es de derecho privado. Inclusive se trata de ubicar si ciertas empresas tienen la naturaleza de sociedades de acciones o en comandita.

En este sentido, ahí no hay intervencionismo del Estado en la empresa; hay intervencionismo de la empresa en el Estado. Ese es un hecho fundamental. Da mucha risa pensar que eso es así; que quizás el Estado era más publicista hace cuatro lustros —es decir, desde que se estableció el intervencionismo del Estado con la reforma constitucional de 1936— que hoy. A nadie le

disgusta oír que el Estado es un empresario industrial y comercial que compite a nivel inter e intraempresarial por el predominio de la empresa privada. Obviamente, el lucro que se revierte en esa conducta que comporta el Estado a través de su intervención como empresario no es un lucro de carácter capitalista, pues revierte al fin y al cabo en el propio tesoro público. Pero es que el fenómeno, más o menos, estimula que el Estado se comporte como empresario y esto sí es muy grave, porque se olvida que el Estado es, ante todo, interventor, servidor público.

### (3) Planificación económica y social

#### Definición y orígenes ideológicos

La planificación económica y social es el conjunto de medios (normas jurídicas, organismos administrativos, de personal, etc.) de que se vale el Estado para organizar el proceso económico dentro de una unidad política para satisfacer necesidades de carácter colectivo o social.

La planificación económica es característicamente socialista, porque el socialismo de Estado presupone que, para poder controlar la redistribución de los medios de producción, es necesario diseñar una serie de mecanismos jurídico-técnico-económicos para satisfacer necesidades con olvido de intereses individuales. La planificación se

puso en práctica bajo el régimen de Stalin en 1924 con carácter imperativo, regulador, suprimiendo por completo la iniciativa privada.

La ideología socialista indudablemente influyó en la ideología clásica demoliberal. Esta última se replanteó la teoría liberal clásica con principios que incluso contradicen su misma doctrina. En particular, se le atribuyó al Estado la responsabilidad de hacer efectivos los derechos de contenido económico e intervenir en el proceso económico para redistribuir de la riqueza de manera más equitativa —entendiendo esta como el lucro obtenido de la producción—. El objetivo era atenuar la lucha entre poseedores y desposeídos y mejorar las condiciones de estos últimos. De este modo, se empezó a hablar de un Estado intervencionista, en contraposición del Estado gendarme o no intervencionista. En Colombia, este cambio se refleja a partir de 1936, especialmente el artículo 32 de la Constitución nacional, que establece las bases del intervencionismo. Con la reforma constitucional de 1968, se autorizó la planificación económica que profundizaba en esta orientación.

La planificación o planeación tiene diversos puntos de análisis que permiten entender la anterior definición, que siempre es parcial, ya que, según quien la defina —un sociólogo, un político, etc.—, cambia, a pesar de que debería ser integral.

## Clases de planificación

Se habla de **planificación indicativa o imperativa**. Desde el punto de vista del intervencionismo estatal, la indicativa es fundamentalmente previsora y su organismo planificador deja libertad a la iniciativa privada. La **planificación imperativa**, en cambio, tiende a controlar en su totalidad el proceso económico a todos los niveles.

También se distingue entre **planificación sectorial** e **integral**. La primera comporta el conjunto de medidas jurídicas, organizativas y técnicas orientadas al desarrollo de una actividad económica o actividades afines, pero consideradas aisladamente dentro del proceso económico. Por ejemplo, puede aplicarse una política estatal de salubridad que, al centrarse solo en ese sector e ignorar la planificación sectorial, no toma en cuenta otros factores de incidencia —como el desempleo— que sí serían considerados en una política integral. Se trata, en suma, de una programación parcial respecto de la totalidad del proceso. En cambio, la planificación **integral** es una macroorganización del proceso económico, que incorpora todos los factores sociales, económicos y políticos que contribuyen a la ejecución del plan y a encamararlo a su fin.

*Stricto sensu*, la noción de planificación es la de planificación integral. Las demás son casi una contradicción, por no ser imperativas ni integrales; son una simple

programación. En Colombia y Latinoamérica no existe planificación económica, sino programación, porque no se ha diseñado una planificación integral. Así, se ha distorsionado el concepto de planificación. Por su parte, la planificación empresarial privada tiene caracteres diferentes a la planificación social, que busca satisfacer necesidades colectivas, comunitarias y no particulares. La empresarial, en cambio, por ser de índole comercial, es antiplanificadora desde el punto de vista estatal.

### **Elementos esenciales de la planificación**

Los elementos esenciales de la planificación económica son fundamentalmente tres: (a) el carácter monopolístico o unilateral de la planificación; (b) el carácter previsor o previsor de la planificación y (c) el carácter integral de la planificación. En los estados demoliberales generalmente falla la planificación porque no se cumplen estrictamente estas tres características de tipo esencialmente socialista. La noción de planificación indicativa no es planificación por no tener:

1. el monopolio en la decisión del plan, ya que planificación implica unificar el proceso económico dentro de una unidad política;
2. previsibilidad de dificultades, o sea, un análisis fáctico, político-social y técnico de los resultados del

- proceso económico por planificar, a fin de orientar la política de planificación para evitar obstáculos;
3. imperatividad, dirección, obligatoriedad, pues no se puede dejar a la voluntad privada el desarrollo del plan, so pena de que se distorsione su finalidad.

### El debate filosófico: plan y libertad

Hay que hacer derivar ciertos conceptos para distinguir las nociones de plan y coyuntura, plan y dirección, y plan y libertad. El problema de este punto es más filosófico y político que técnico o jurídico.

Desde el punto de vista clásico de la ideología liberal, existe una creencia consistente en que planificar es lo contrario a la libertad; que la elaboración del plan, lo cual presupone un control en su causa, en sus ejecuciones y en sus prospecciones de todo proceso económico, es una rotunda negación a la libertad —libertad de consumo, de empresa o de producción, de comercio o de distribución de productos y de circulación de riquezas—. El liberalismo como teoría económica, entre otras cosas, presupone que las leyes del proceso económico son naturales y que, por lo mismo, las leyes del deber ser del mundo, las leyes jurídicas, solo obstaculizan el proceso económico. En ese marco, el derecho, la política y el control que a través del derecho y la política se hagan mediante el plan son fenómenos que niegan la libertad. Con las leyes naturales

que gobiernan el proceso económico se posibilita, fundamentalmente en manos del individuo, la potestad de apropiación y de libre distribución, pues el derecho económico es un derecho natural.

La planificación tiene un sentido de negación de la libertad económica, esto de conformidad con la teoría clásica del liberalismo, pero no tan clásica, puesto que actualmente se acepta la planificación desde el punto de vista político por los Estados demoliberales. Esto se hace a regañadientes; es decir, se parte de un principio de que sigue existiendo la propiedad privada, la libertad de empresa, de comercio y de industria. Lo que pasa es que el Estado puede, en determinados momentos, tentativamente y en forma no imperativa, regular o atenuar ciertos efectos del proceso económico natural.

En cambio, la teoría marxista o socialista de la planificación parte de un presupuesto distinto. La planificación es un fenómeno esencialmente humano, perteneciente a las ciencias del espíritu, no de la naturaleza. El proceso económico es completamente controlable por la voluntad humana. Es un mito partir de la base de que el proceso económico es natural y, por lo tanto, gobernable y controlable; la planificación tiende hacia la libertad de los asociados. ¿Por qué? Porque la pretendida libertad de los liberales parte de un presupuesto esencialmente determinista, a saber, el de que el proceso económico está

determinado por una serie de fenómenos naturales que no se pueden controlar. Esta es la justificación que plantearon, por ejemplo, los fisiócratas y los mercantilistas, y que más adelante retomó Keynes: existe un determinismo económico en la sociedad y las medidas políticas y jurídicas no buscan tanto controlar ese determinismo como a encauzar sus efectos.

Entonces, si el proceso económico no es determinado y natural, pues, lógicamente, es falso pretender que el hombre va a liberarse económicamente y que existe la posibilidad libre de realización económica. Por esa misma razón, porque el proceso es determinista. En cambio, si se parte de que esencialmente el proceso económico es controlable por la naturaleza humana, por medidas de tipo político y jurídico, entonces sí puede utilizarse su ejecución para la liberación de quienes dentro de la comunidad aspiran a realizarse económicamente. De ahí que se afirme que la planificación es esencialmente imperativa.

La distinción entre plan directivo, plan y libertad, y plan y coyuntura son tres temas más bien propios del sector empresarial privado del Estado capitalista. La noción de **coyuntura** en relación con la de plan es la que, fundamentalmente, se tiene en cuenta en el proceso estatal del intervencionismo en el sistema capitalista. La coyuntura significa que, por leyes más o menos verificables de tipo económico —más o menos porque no son leyes

naturales sino de una ciencia social, de un aspecto del deber ser—, existen ciertos ciclos, fenómenos poco más o menos previsibles por parte del poseedor de la ciencia de la economía, que pueden ser utilizados en beneficio de la propia sociedad si se emplea la previsión.



## X.

### **El Estado, las relaciones internacionales y el derecho público**

#### **(1) Derecho sustantivo y procedimental público**

Hoy en día, el derecho público envuelve fundamentalmente los siguientes tipos de relación, todos los cuales tienen un presupuesto político, es decir, de poder de mando institucionalizado. Y estos tipos fundamentales de relación son:

- las relaciones entre gobernantes, entre sí, o entre funcionarios e instituciones u organismos públicos. A este conjunto se le denomina, fundamentalmente, reparto de atribuciones o competencias y, según la categoría especificada de la normatividad que regula estas relaciones, jurisdicción. Aquí desempeñan un

- papel importante no solo el derecho sustantivo público, sino el derecho procedural;
- las relaciones entre gobernantes o instituciones públicas y gobernados. Se intervienen, por razón de regulación, los comportamientos de los gobernados; de sanción a los comportamientos que no respeten esa regulación; de sanción a los gobernantes que no respeten la regulación; y de decisión en las controversias en torno a la interpretación de las normas de ese orden.

## (2) Derecho internacional público

Se refiere al orden interestatal o clásicamente denominado derecho internacional público y que coordina relaciones. Se utiliza bastante el término «relación» porque, al fin y al cabo, el derecho es eso, resultante de una relación humana, o sea, social, entre instituciones internacionales —por ejemplo, la ONU, la FAO—, entre distintos Estados o entre Estados y particulares, personas naturales de derecho privado o personas jurídicas de derecho privado. Este último aspecto, relaciones del Estado o instituciones naturales e instituciones internacionales y particulares, es denominado impropriamente derecho internacional privado. En estricto sentido, el derecho internacional privado es una antinomia, ya que el derecho

internacional presupone un dominio soberano de los aspectos normativos de una nación frente a otra; allí, la decisión internacional depende, en su eficacia, de la voluntad de compromiso de la nación soberana. Incluso las relaciones internacionales entre personas particulares, naturales o jurídicas, pero en todo caso de derecho privado, hacen parte del derecho público. Por lo mismo, parte de la manifestación de aceptación de las distintas regulaciones normativas depende de las voluntades soberanas de los Estados, y eso es público.

**Jellinek**, en su obra *Teoría general del Estado*, encuentra que la soberanía tiene dos sentidos desde el punto de vista estatal: interno y externo. En el ámbito interno, el soberano es aquel que jerárquicamente se impone dentro del Estado a todos los demás organismos, autoridades y gobernados de esa unidad política; el que jerárquicamente irradia para los demás las competencias y las jurisdicciones correspondientes. En materia interestatal o externa, la soberanía significa poder de autoorganización, es decir, capacidad autónoma de crear sus propias instituciones, de legislar, de dictar reglas de comportamiento con carácter jurídico en el grupo social, sin que haya interferencia de organismos exteriores. Lo anterior debido a que, en la medida en que organismos ajenos al Estado impongan su voluntad, son estos organismos y no el Estado el soberano.

### (3) Derecho de la integración económica («derecho internacional constitucional»)

En estas relaciones internacionales hay un aspecto nuevo —nuevo en el tiempo, es decir, pertenece como ensayo a la segunda década de la segunda mitad de este siglo—, cuyos principios y propósitos han generado un nuevo tipo de derecho público. En nuestro caso, quizás por falta de método, pertenece a la órbita del llamado derecho privado y es el **derecho de la integración económica**.

El derecho de la integración económica es la misma relación de las interestatales, en público, en cuanto que es una combinación de los principios y sistemas jurídicos del derecho constitucional y del derecho internacional público. En otras palabras, es una especie de derecho internacional constitucional. Una característica del derecho internacional público es el voluntarismo, pues las partes que lo integran aceptan reglas de conducta por parte de los Estados. Voluntarismo implica que no hay concesión, no hay coerción, no hay imperio. Una característica del derecho constitucional a nivel interno de cada país es el mando, la imperatividad, la coacción y la supremacía. El derecho de integración tiende a ser no internacional, sino supranacional; busca en sus objetivos esenciales y dentro de su propia lógica ser de naturaleza

supranacional. Un ejemplo de ello es el artículo 66, ordinal 18, inciso segundo de la Constitución nacional, que autoriza expresamente al Congreso para aprobar leyes relativas a la integración económica y permite la creación de autoridades supranacionales.

El modelo de integración económica lo da indudablemente la confederación europea llamada Mercado Común Europeo. La experiencia, el enriquecimiento doctrinario práctico derivado de esa interpretación ha generado consecuencias políticas, económicas y jurídicas sumamente irreversibles, importantes, como la creación de organismos de competencia en la comunidad integrada, supranacionales, a la manera como hay organismos constitucionales a nivel nacional. Hoy en día existe una corte internacional de integración cuyas decisiones no pueden ser irrespetadas ni discutidas por los altos tribunales jurisdiccionales de cada una de las naciones. Se está pensando, con sede en Estrasburgo, organizar un parlamento de integración integracional o comunitario y, en la práctica, existe una institución supranacional de tipo ejecutivo compuesta por los ministros de Relaciones Exteriores de cada uno de los países, con atribuciones tales que se sustraen de la órbita del mandato común y plenipotenciario de ejecutivos nacionales. En nuestro país, se está programando ya la idea del Mercado Común Latinoamericano o una corte de integración con carácter

supranacional encargada de dirimir los conflictos relativos a la interpretación de las normas de integración.

Por otra parte, existen ya los denominados reglamentos internacionales, que son más o menos sinónimos en sus principios y operatividad de la denominada constitución o reglamento constitucional. Es decir, los ejecutivos de los Estados delegan plenos poderes a través de sus representantes en la comunidad supranacional de orden ejecutivo. Por ejemplo, un consejo interamericano de ministros da la posibilidad de dictar reglamentos que interpreten un tratado marco o un tratado ley internacional. Esto genera una especie de sacudón al derecho internacional de derecho clásico. Esos son los distintos tipos de relaciones que pertenecen a la órbita del denominado derecho público.

#### **(4) Derecho público y derecho privado**

Entonces, ¿qué queda del derecho privado? El derecho privado fundamentalmente no existe, porque parte de una especie de ficción o de sofisma que no se da: que la voluntad de los particulares genera las relaciones de comportamiento, produce efectos jurídicos, obliga al compromiso, determina la estructura de la organización de la propiedad, del estado civil, de la capacidad de compromiso, de

contratación, de la capacidad de adquisición por **cesión** u otros medios de adquirir el dominio y de las relaciones económicas en general.

El derecho civil, si tomamos el modelo máximo del derecho privado, es necesario; es, por principio, imperativo, y por excepción, supletivo. Es imperativo en la medida en que se establecen ciertas formalidades o rigores para que el traslado del comportamiento de las partes produzca efectos jurídicos. La teoría del negocio jurídico, por ejemplo, de obligaciones, trata de absorber al máximo la autonomía individual —hoy en día teórica en las relaciones económicas— y de interpretar las llamadas conductas concluyentes, las declaraciones implícitas, la voluntad teóricamente supletiva, en aras de armonizar las consecuencias y la responsabilidad de esas relaciones económicas.

Se ha convenido en que el derecho privado, desde el punto de vista interno e internacional, se refiere a la regulación del comportamiento entre particulares, es decir, de personas naturales o jurídicas de derecho privado o, mejor, no públicas, no impregnadas de política. Quizás el derecho romano, que es el más cimentado de todos los derechos de la infraestructura de la propiedad privada y que hoy se denomina «derecho civil» en la evolución del sistema capitalista, tenía un significado casi público. Esto se debe a que las relaciones laborales, de tipo administrativo,

las de competencia de tipo político y no solo las sustancivas, sino también las procedimentales, se encontraban plenamente sistematizadas con gran sabiduría y experiencia en el derecho civil. Fundamentalmente, a partir de la primera mitad del siglo XX se ha dado el golpe de gracia al clásicamente denominado «derecho privado». El derecho comercial, entre otras cosas, es una especie de cogollo o apéndice generado en las relaciones de bienes, cambio o consumo de bienes muebles. Dada la evolución fundamental de tipo económico que ciertos bienes muebles adquieren respecto de los bienes inmuebles, el perfeccionamiento de este sistema fue generado por una etapa del capitalismo: el mercantilismo. De ahí su nombre de derecho mercantil o comercial, pero que corresponde fundamentalmente a los principios del derecho civil.

Todo lo demás es derecho público. El derecho penal, administrativo, constitucional, laboral —aunque tiene ciertos visos entre nosotros de derecho privado— y todos los derechos procedimentales —el contencioso administrativo, el procedimiento de regulación y control de tipo constitucional que también existen— son todos públicos. Quizás el ámbito de eficacia, que es esencial a la normatividad de cualquier ordenamiento jurídico del derecho privado, depende fundamentalmente del hecho de que el incumplimiento genera sanciones de carácter público y procedimental, que es el procedimiento de todos

los derechos sustanciales. En rigor debería ser así; en la práctica se refiere únicamente a las relaciones fundamentales del derecho civil como presupuesto general al entendimiento específico de las disciplinas procesales de cada uno de los derechos sustantivos públicos o privados. Entre nosotros distinguimos derecho público, derecho privado y derecho penal, clasificación arbitraria; si acaso sería más útil distinguir entre derecho político y derecho privado, dejando dentro de la órbita de lo público al derecho político, al laboral, al penal y al del proceso.

En el curso histórico de la evolución social siempre han existido estas dos categorías de lo público y de lo privado, aunque su contenido sea variable. La sociedad en cuanto organizada es pública, pero, al mismo tiempo, en la medida en que las pretensiones de la política son las de lograr una concordia interior, un bienestar individual, es privada. La correlatividad de estos dos términos tiene utilidad práctica histórica e, incluso, una utilidad práctica actual. Actualmente, el Estado no ha podido delimitar definitivamente qué pertenece a la esfera de lo privado y qué a la de lo público.

Durante el siglo XIX, el derecho como manifestación del poder político, dentro de la categoría jurídica Estado, era fundamentalmente privatista. La estructura y la mentalidad civilista del derecho se configuró y se consolidó definitivamente en este siglo. La inestabilidad y la

poca consolidación del derecho público determinaban incluso que ciertos aspectos de la vida pública fueran más bien regulados por el derecho privado, precisamente por esa estabilidad en que se suponía la existencia del derecho privado; por ejemplo, el artículo 74 del Código Civil (persona) y el 22 de la Constitución nacional (esclavos). Hoy predomina el derecho público: constitucional, administrativo, laboral.

Se plantea actualmente que no es posible determinar si existe una privatización del derecho público o una publicización del derecho privado; si el Estado se está privatizando o si cada vez es más dado a publicizarse. El intervencionismo del Estado en el proceso neoliberal va significando una restricción de la iniciativa individual desde el punto de vista económico, pero al mismo tiempo ha implicado que el Estado actúa como empresario, como persona privada, más que como planificador; es decir, se ha privatizado. Las sociedades de economía mixta, las empresas comerciales e industriales del Estado, aunque obedecen a un fenómeno de la intervención, de la adaptación, han adoptado regímenes jurídicos, sistemas de organización de modo privatista o privado. Desde esta perspectiva, lo que ha acontecido es una especie de interconexión o de ósmosis interna entre lo público y lo privado. Un tratadista del derecho público observará, lógicamente, dentro

de su disciplina, que el derecho privado cada vez va perdiendo terreno frente al derecho público, que la actividad privada es cada vez más restricta en la sociedad. Un tratadista del derecho privado observará que el Estado, al interferir las órbitas de actuación natural y clásicamente privadas, ha tenido que sustituir su imperio por su capacidad de contratación, por su organización de tipo empresarial, es decir, se ha privatizado.

Son enfoques que exigen tomar posición, pero en todos los casos se constata un hecho fundamental: el campo de actuación de la actividad pública no puede ser total, pero tampoco puede hacerlo el de la actividad privada. El fenómeno tampoco es solamente jurídico. Lo jurídico y el derecho son apenas manifestaciones; quizás la fundamental, pero no la completa, de la actividad política. Todas las relaciones interindividuales tienen una validez, una relevancia social, en la medida en que estén contempladas jurídicamente. La distinción fundamental entre el derecho público y el privado, desde el punto de vista de sus objetivos y de la manera como regulan la colectividad, consiste en que el derecho privado adopta un papel de **protector y sancionador**, supletivo de una voluntad individual o privada. En cambio, el derecho público es imperativo, conminatorio, y no permite ni siquiera posibilidad supletiva de voluntad individual.

## **(5) Derecho público y derecho consuetudinario**

La característica primordial de la ley radica en su positividad. Dicha positividad, sin embargo, no debe ser entendida meramente como la exigencia de que una decisión política se formalice por escrito. Con frecuencia, más por una simplificación analítica que por rigor, se tiende a equiparar el derecho positivo con el derecho escrito. Al revisar las fuentes del derecho, la ley se sitúa habitualmente como la fuente primordial, mientras que el contrato se ubica como un factor complementario o supletivo. Tras ellos, se suelen posicionar la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho, dejando la costumbre o el derecho consuetudinario en un capítulo aparte.

No obstante, siguiendo la línea de ciertos procesalistas contemporáneos influidos por la sistematización kelseniana, el ordenamiento jurídico positivo, en su calidad de sistema autárquico, se basta a sí mismo. Esto implica que elementos como los principios generales del derecho, ciertas expresiones del derecho consuetudinario y la propia jurisprudencia, en realidad, constituyen derecho positivo. Pasan a formar parte integral del sistema jurídico, concebido como un todo «escrito y completo», en un proceso de «autointegración» del derecho.

Desde esta perspectiva, las supuestas lagunas o vacíos interpretativos del derecho positivo se disuelven, al comprender que la costumbre, los principios o la jurisprudencia ya han colmado esos espacios. Por tanto, todos estos elementos configuran el ordenamiento jurídico positivo; son «ley» en el sentido material y filosófico que hemos estado discutiendo. La doctrina, en cambio, mantiene su carácter extrajurídico; es decir, no es derecho positivo, pues carece de la fuerza obligatoria e imperativa que sí poseen las otras fuentes de aplicabilidad jurídica.

La costumbre sirve como un claro ejemplo de esto. Si bien nuestro ordenamiento, en principio, no permite invocarla legislativamente por encima de la norma escrita, ese mismo ordenamiento le concede una fuerza supletiva. Se reconocen tres modalidades de costumbre: la *praeter legem* (que actúa en ausencia de ley), la *secundum legem* (que interpreta la ley) y la *contra legem* (que se opone a la ley).

Prácticamente todos los ordenamientos jurídicos positivos de Occidente admiten la costumbre *praeter legem* y *secundum legem* como componentes de su derecho positivo. El sistema anglosajón, de hecho, otorga mayor imperatividad al derecho consuetudinario que al escrito, dado que la mayoría de sus principios fundamentales derivan de la interpretación de fenómenos consuetudinarios, los cuales son, allí, fuente positiva de derecho.

En contraste, en la mentalidad latina, hemos incurrido en la confusión de hacer coextensivos los términos «derecho positivo» y «derecho escrito», una equivalencia que no se sostiene en la práctica. En nuestro sistema, se entiende que el juez se limita a «declarar» el derecho, no a «crearlo» —a diferencia de lo que ocurre en el ámbito angloamericano—, puesto que la costumbre solo adquiere validez cuando el derecho escrito explícitamente la reconoce. El rol pretoriano del juez en los países latinos es, por tanto, mínimo; está generalmente constreñido por reglas de interpretación jurídica fijas y de carácter escrito, que limitan drásticamente su iniciativa creativa en la formulación del derecho.

En virtud de lo anterior, yo considero que el derecho positivo se define esencialmente por su imperatividad; es casi tautológico hablar de «derecho imperativo». Se trata de la normatividad coactiva de la colectividad, cuyo fundamento y respaldo último es la fuerza política, independientemente de si sus normas son escritas o no. La validez de un orden jurídico no depende tanto de su forma de manifestación (escrita, jurisprudencial, consuetudinaria), sino del ámbito de imperatividad real que esa forma de manifestación logre alcanzar. Por su parte, la eficacia del derecho —que presupone su validez— es la capacidad fáctica de dicho orden para imponer su voluntad

frente a aquellos que lo transgreden o se muestran reticentes a cumplir su mandato.

El papel de la costumbre está en el artículo 13: «La costumbre, siendo general y conforme con la norma cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva». El papel es, repito, supletivo: mientras no haya legislación positiva, mientras no haya norma escrita —así sea dentro del mismo código objeto de interpretación o dentro de estatutos o códigos similares, pero al fin y al cabo escrito—, mientras haya precisamente posibilidad de interpretación por virtud de norma escrita, no hay necesidad de acudir a la costumbre. Es más, está prohibido acudir a la costumbre. Se puede acudir a ella en la medida en que no haya positividad normativa y solo cuando esté conforme con la moral cristiana, lo que es más grave. La jurisprudencia ha dicho que existen tres tipos de costumbre: la costumbre *praeter legem*, *secundum legem* y *contra legem*, es decir, la costumbre marginada de la ley, que no la contradice ni la sigue en un hecho nuevo, imprevisto; la costumbre según la ley y la costumbre contra la ley. Y solamente prima la costumbre *secundum legem*, excepcionalmente la *praeter legem* y en ningún caso la *contra legem*. Es decir, la costumbre, en últimas, es reconocida en cuanto constituye derecho positivo, porque si las normas jurídicas no permiten darle pliego a la costumbre,

pues el derecho consuetudinario no tiene ninguna validez de tipo material o real dentro del ordenamiento jurídico romano-germánico.

## (6) Ética y moral públicas

El fenómeno, pues, es extrajurídico y casi que moral; al fin y al cabo, no hay que olvidar que el derecho es una dialéctica de la moral y la política. La diferencia entre una regla jurídica y una moral únicamente está en el hecho de que tiene un contenido político que indica posibilidad concreta y abstracta de fuerza, de imposición e incluso de coerción. La coerción es un concepto jurídico *a posteriori*: en la medida en que se crea un mandato jurídico, y ese mandato jurídico no se cumple o se incumple por algunos de los asociados, se le impone una sanción punitiva. Ese es el poder coercitivo del Estado. Sin embargo, el hecho de crear en sí la norma es el poder coactivo del Estado. Y la coacción y la coerción son fenómenos de carácter esencial y exclusivamente político, es decir, es la fuerza la que le da validez y eficacia al derecho. La moral son reglas de comportamiento humano de tipo individual o social, pero que no tienen fuerza coactiva o física externa, abstracta o concreta, sino simplemente tiende a intimar una especie de código interior en el comportamiento de cada individuo o del grupo social. La trasgresión de una norma

moral no tiene efectos coactivos ni coercitivos como sí la trasgresión de una norma jurídica.

En el ámbito de las ciencias humanas, el concepto de justicia se revela como uno de los más escurridizos y debatidos, en gran medida porque cualquier intento de definición suele implicar una adhesión filosófica o ideológica subyacente. Si bien la tradición griega fue quizás la primera en articular sistemáticamente la justicia como el cimiento del orden social y político, las definiciones contemporáneas varían notablemente.

Tomemos, por ejemplo, la primera acepción del *Diccionario de la lengua española*, que la describe como la potestad de otorgar a cada individuo lo que le corresponde o «lo suyo». Esta visión, aunque extendida, representa un punto de vista inherentemente parcial para captar la totalidad del fenómeno. Dicha definición privilegia una concepción de la apropiación, con fuertes connotaciones económico-jurídicas ligadas a la privatización. Asimismo, se centra en el acto del «otorgamiento»; si bien «dar lo que pertenece» puede ser un componente de la justicia, ciertamente no abarca toda la complejidad del término.

En la teoría política, es habitual distinguir entre dos grandes vertientes: la justicia distributiva y la justicia conmutativa. A la primera se le suelen asociar postulados ideológicos de corte conservador o de derecha. La segunda, en cambio, suele identificarse con corrientes

políticas y económicas de carácter igualitario, usualmente progresistas o de izquierda.

La justicia distributiva, en esencia, se alinea sociológicamente con la definición del diccionario. Su objetivo es la repartición o distribución de oportunidades de manera equitativa, en proporción a las necesidades de los miembros del grupo. Sin embargo, esta concepción parte de un supuesto problemático: acepta la desigualdad como punto de partida. Más aún, la noción distributiva requiere, por necesidad lógica, una estructura social jerárquica. Para que opere una distribución coactiva de «lo que pertenece» a cada cual y para que esta sea respetada, debe existir una autoridad que ejecute dicho reparto. En este modelo, por tanto, el principio de jerarquía prevalece sobre el de igualdad.

Por el contrario, la justicia conmutativa se define por la búsqueda de una plena igualdad de oportunidades en la satisfacción de las necesidades sociales. Desde una perspectiva política, este enfoque tiende a fusionar conceptualmente la justicia con el igualitarismo. Para esta corriente, una sociedad organizada bajo un fin justo debe ser, por definición, igualitaria. Cabe notar, sin embargo, que otras perspectivas priorizan la noción de equidad, entendida como un justo medio o un equilibrio social, la cual no presupone necesariamente el igualitarismo estricto que defiende la justicia conmutativa.

## (7) Interpretación del derecho público

Es necesario tener en cuenta esta clasificación de derecho público en nuestro ejercicio profesional o en el desempeño de una función jurisdiccional o administrativa, porque entre nosotros existe casi un lastre en relación con el papel que desempeña el derecho público frente al consolidado derecho privado. Valga tener en cuenta los siguientes aspectos:

- en materia de interpretación de leyes y normas predomina un criterio eminentemente privatista;
- en la aplicación de normas procedimentales predomina no solamente el criterio privatista, sino el mecanicista, casi que mnemotécnico, de aplicación de la norma al conflicto o a la litis;
- cuestiones tan fundamentales en el derecho público como la responsabilidad del Estado, la competencia, la interpretación de normas constitucionales frente a normas legales, el papel de la persona frente a una situación laboral, están impregnadas de derecho privado; por ejemplo, responsabilidad extracontractual.

El problema es de una índole mayor. En el mundo occidental existen dos sistemas fundamentales de derecho,

más allá de las clasificaciones específicas que puedan hacerse dentro de cada disciplina. Se trata, en el fondo, de una cuestión filosofía más que técnica, aunque esta filosofía determina métodos particulares en la teoría social y de la aplicación de normas. Así, según el método adoptado, el resultado será distinto. Los dos sistemas son el derecho anglosajón o angloamericano y el derecho latino. Existen figuras intermedias —no exactamente eclécticas, sino híbridas— que operan a veces en uno u otro sentido en esta clasificación esquemática del derecho latino.

La característica esencial del derecho anglosajón es su carácter consuetudinario por principio. Esto no significa que se pueda violar un mandato positivo escrito simplemente porque no guste, sino que la interpretación se centra más en el comportamiento social que en la letra específica de la norma. De este modo, una misma norma puede llegar a significar algo totalmente contrario de lo que significaba antes, sin que ello implique una violación, sino una declaración de su significado. En este sistema, el juez es fundamental en la dinámica de aplicación del derecho: no solo interpreta, sino que declara y crea derecho. Los criterios de interpretación son sumamente amplios. Además, al ser un sistema consuetudinario, este derecho no está escrito. Los jueces cumplen, en cierta medida, la función de pretores del derecho.

En el sistema latino, en mayor o menor grado —y más en el latino indiano—, el rigorismo de las fórmulas de interpretación ubica al juez como un simple instrumento que va a armar las piezas de un rompecabezas trazado previamente por la hipótesis normativa. Es una especie de adivino. El buen juez es el que logra casar la hipótesis de la norma sustantiva de conformidad con el procedimiento mecánico trazado en la norma y en el hecho concreto, sin extralimitarse. Las técnicas de rigor formal de la interpretación no le permiten ninguna iniciativa. Nuestra jurisprudencia no es creativa, es clásicamente declarativa de voluntad.

Lo más grave es que la universidad de derecho en Colombia prepara primordialmente al estudiante para su papel de juez y no para su papel de legislador, que es sumamente más importante, más complejo, pero quizás más llamativo en el desarrollo de una actividad profesional. Lo clave de este proceso es considerar que no se puede correr el riesgo de modificar la mentalidad tan general de un magistrado de la Corte, del Consejo de Estado. Un juez, un fiscal, un litigante ante esos tribunales, ante esos juzgados, no puede ganar un pleito si no es ateniéndose a los rigores de la mecánica procedural. La razón de ser es la mentalidad de la rama jurisdiccional frente a la noción de interpretación de normas y a la mentalidad de

quienes enseñan derecho, que contribuyen en círculo vicioso a consolidar el problema.

Estábamos analizando los distintos sistemas de derecho y destacamos fundamentalmente en el mundo occidental el sistema anglosajón o del *Common Law* y el sistema latino o romano-germánico. Las diferencias fundamentales entre estos dos sistemas de derecho obedecen no solo a una cuestión de tratamiento, sino de mentalidad y de formación del espíritu de cada una de estas civilizaciones. En forma especial y básica se distingue el sistema angloamericano-anglosajón del derecho romano-germánico en que el primero es fundamentalmente consuetudinario, pero con una advertencia: la costumbre no es por sí misma ni por sí sola la base del enriquecimiento de este tipo de derecho, sino la interpretación que el juez le dé a la costumbre. Técnicamente es mejor denominar al sistema anglosajón como característicamente jurisprudencial y no consuetudinario, es decir, quien evalúa el valor y la jerarquía de la costumbre siempre es el juez. Entonces es la jurisprudencia la que enriquece la dinámica de este proceso de ordenamiento jurídico.

En cambio, el sistema romano-germánico es esencialmente legalista o, si ustedes quieren, positivista. Predomina el criterio del derecho escrito y codificado mediante el cual se sientan pautas sumamente rigurosas

de interpretación que impiden al juez actuar con la misma amplitud, con la misma capacidad de evaluación social y filosófica de las normas, en relación con los jueces del sistema angloamericano. Ha sido tal la confusión del ordenamiento jurídico positivo en el sistema romano-germánico con el derecho, que en muchos se identifica derecho y ley, siendo que la ley es apenas una de las fuentes del derecho y que en otros sistemas, repito, no es tan valiosa fuente como en el sistema romano-germánico.

Existe un tercer tipo, sistema novedoso, derivado en su técnica del romano-germánico positivo, impregnado de una valoración filosófica distinta, que es el sistema **socialista** del derecho, que tiene como modelo primordial la metodología de interpretación utilizada en la URSS. Este tipo de normativa jurídica es también básicamente positiva, escrita, pero los criterios de interpretación, no solo por razón de ideología, sino por razón de finalidad, son completamente distintos a los utilizados en el clásico sistema romano-germánico del cual se derivaba. En cuanto a la finalidad, el juez que explica el derecho socialista —porque también hay jueces— tiene en mente que el papel del derecho es provisional, que la razón de ser del derecho es producto de una circunstancia histórica tendiente a desaparecer y que, una vez que esta circunstancia histórica se evapora, desaparecerá el derecho mismo. El criterio de interpretación es básicamente político. Entonces, la

amplitud de interpretación de las normas es sumamente mayor que la que generan la estricta normatividad de interpretación del derecho romano-germánico.

Existen otros sistemas de derecho como el derecho musulmán y el derecho chino, que tienen características específicas. Lo común es que en ellos prima el concepto de ética y de moral en forma más enfática que el papel que pueden desempeñar estos conceptos en los otros sistemas de derecho. Se le da un valor importante al aspecto inmanente y también trascendente del espíritu humano. No obstante, la filosofía china ha distorsionado su tradición histórica a raíz de la socialización del sistema político. Como somos poco dados al conocimiento de la filosofía oriental, de las costumbres y la mentalidad de estas civilizaciones, creo que no es interesante esbozar ni profundizar —ni yo estaría en capacidad de hacerlo— el sentido, la finalidad y la gnoseología de estos tipos de ordenamiento.

En Colombia, obviamente el sistema predominante es el romano-germánico. Tengo un libro del profesor **René David** de sociología y derecho, de la Universidad de París, que se titula *Los grandes sistemas de derecho contemporáneo*. Presenta en él un esquema general de significado histórico de la evolución y consolidación de estos distintos sistemas y de las técnicas de interpretación generadas por cada uno de ellos. Sin embargo, él descuida bastante la aplicación de estos sistemas en las antiguas

colonias metropolitanas antes de la independencia política de esas colonias, es decir, en los hoy denominados países subdesarrollados del sistema capitalista. Por ejemplo, a América Latina la califica como una especie de híbrido entre el sistema angloamericano y el sistema romano-germánico, por la influencia que ha ejercido en la mentalidad latinoamericana la dependencia económica que genera el sistema capitalista de EE. UU. Yo no creo tanto. Me atrevo a pensar que los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica quizás en eso sí han conservado bastante su autonomía y son básicamente de tipo romano-germánico.

No es lo mismo sistema político que sistema jurídico. Colombia tiene un sistema político derivado del régimen político norteamericano, es decir, el presidencial, pero la dinámica y el engranaje del sistema político norteamericano, aunque en gran medida similar al colombiano, no tiene absolutamente nada que ver con el ordenamiento jurídico que impera en ese sistema, el cual es muy distinto y de raigambres culturales bien distintas. Una prueba es que nosotros somos muy poco dados al conocimiento de las instituciones del derecho angloamericano.

Con esta advertencia, en mi opinión, en Colombia nuestro ordenamiento pertenece básicamente al sistema romano-germánico, que tiene las siguientes **características** fundamentales:

1. la primacía del derecho escrito;
2. la jerarquización normativa derivada de esa primacía escrita de las normas;
3. la jerarquización resultante de la competencia política;
4. la preeminencia del criterio privatista de interpretación de las normas jurídicas;
5. y el escaso papel de la jurisprudencia y la doctrina en materia de interpretación.

La Ley 153 de 1887 y el Código Civil se refieren a los criterios predominantes de interpretación de las normas jurídicas escritas. En otras palabras, hablan del derecho fundamentalmente, porque entre nosotros la codificación escrita en un 95 % es la fuente fundamental del derecho. De los artículos 25 en adelante, tomemos, en primer lugar, los criterios fijados por la Ley 153 de 1887.

- **Artículo 9 del Código Civil:** «La ignorancia de las leyes no sirve de excusa». La razón de ser de la codificación es el conocimiento que genera el derecho escrito y la ficción de que, una vez publicado ese derecho escrito, debe ser conocido por todos.
- **Artículo 5 de la Ley 57 de 1887:** «Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella». Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones

incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: (a) la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general; (b) cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior. Si estuvieran en diversos códigos, preferirán, por razón de estos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública.

- **La Ley 153 de 1887 en su artículo 1.<sup>º</sup>** establece: «Siempre que se advierta incongruencia en las leyes» —fíjense en lo que les dije al principio, el criterio de autointegración del derecho positivo; para mí, aquí no hemos pasado para nada a la jurisprudencia ni a la costumbre, sino simplemente a las propias leyes de la codificación. Si eso no es suficiente, entonces las leyes de las otras codificaciones, pero, al fin y al cabo, preeminencia en el derecho escrito y, dentro de esa preeminencia, preeminencia del derecho privado sobre las demás disciplinas de tipo público— «u ocurra oposición entre la ley anterior y la ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo,

las autoridades de la República, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes».

De la misma Ley 153: a. «La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, no aplicará la ley posterior». b. «Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería». c. **Artículo 4:** «Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es a su vez norma para interpretar las leyes». d. **Artículo 5:** «Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes». e. **Artículo 7:** «El título III de la Constitución sobre derechos civiles y garantías sociales tiene también fuerza legal y, dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil». f. **Artículo 8 de la**

**Ley 153 de 1887:** No es propiamente un sistema de interpretación de la ley, sino de aplicación extensiva o aplicación analógica. La analogía es de dos tipos: *analogia legis* y *analogia juris*.

Análisis de algunos artículos del Código Civil:

- **Artículo 25:** «La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura de una manera general solo corresponde al legislador».
- **Artículo 26:** Establece una fórmula alternativa o supletiva y habla de la interpretación por vía de doctrina en busca del verdadero sentido de la ley. Esto da a entender que la ley tiene un sentido falso y un sentido verdadero y que ambos sentidos son válidamente admisibles en el derecho. Desde este punto de vista, la interpretación por vía de doctrina la hace únicamente quien va a aplicar la ley, no quien la creó. Las reglas que han de fijarse para que sea válida la interpretación por vía de doctrina son las siguientes:
  - **El artículo 27:** «Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados

en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento».

- **El artículo 28** es una secuencia del método exegético que determina la primacía como método de interpretación.
- **El artículo 30** sugiere la posibilidad del método sistemático, es decir, que una disposición se interpreta no solo en relación consigo misma, sino con el contexto y con el conjunto de normas y la intención completa y final de la codificación a que pertenezca. Dice: «El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que hay entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto».





ESTE LIBRO SE COMPUZO EN CARACTERES  
ADOBE GARAMOND PRO Y SE TERMINÓ DE  
IMPRIMIR EN BOGOTÁ, EN NOVIEMBRE  
DEL 2025, AÑO EN QUE SE CONMEMORA  
EL CUADRAGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA TOMA  
DEL PALACIO DE JUSTICIA.



Todos los libros de Ediciones Uniandes  
a un clic de distancia

Conoce nuestra página web



Escanea el código o visita  
[ediciones.uniandes.edu.co](http://ediciones.uniandes.edu.co)



Ediciones Uniandes  
Vicerrectoría de Investigación y Creación

