Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4133

1. Explicación y justificación: sentido y valor. El problema de la justificación como problema de existencia del Estado. Justificación, no de la coacción sino de los mayores sacrificios.
2. La justificación no puede ser sino moral: función del Estado en función del derecho. Amplitud progresiva de la conciencia jurídica. Secularización de la conciencia jurídica cristiana.
3. Confusión del problema de la validez con el de vigencia. El derecho del más fuerte como justificación moral. Legalidad y legitimidad: legalidad del Estado de derecho.
4. Justificación universal del Estado. Los principios éticos del derecho: su exigencia de efectividad: su certeza. El aseguramiento del derecho.
5. Justificación del Estado concreto. Las ideologías sociales legitimadoras. El monopolio de la función jurídica.
6. El derecho moral de resistencia: el demonio del poder: eterno conflicto.

Desde que el positivismo y el historicismo dominan en la teoría del Estado suele contestarse a la pregunta acerca del *valor* del Estado haciendo referencia a su *sentido* o fin inteligibles. Esta confusión entre el sentido y el valor de un fenómeno cultural constituye uno de los errores más densos del pensamiento contemporáneo.

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4133

Es verdad que el sentido del Estado, como el de cualquier otro fenómeno histórico, hace relación a valores. Pero esta relación puede ser positiva o negativa. También una cuadrilla de bandidos posee un sentido, un fin inteligible. Así, pues, la cuestión de la justificación del Estado no puede ser resuelta con la mera explicación de su función.

Ahora bien, ¿hay lugar adecuado para el problema de la justificación del Estado en una teoría del Estado que, como la nuestra, se asigna expresamente como objeto exclusivo suyo la *realidad* del Estado? Una metodología que negara sitio a este problema no habría concebido la realidad *Estado* como lo que efectivamente es: *eficiencia humana*. La realidad Estado sólo existe como un plebiscito de *tous les jours*. Claro que para una pequeña *minoría*, únicamente, el ser y el modo concreto de ser del Estado concluyen cada día en un *debe ser* y sólo ella participa por tanto, conscientemente, en la conservación y configuración del Estado. La gran masa, a no ser que el mando o el hambre la mueva para una acción política, concibe el ser consuetudinario o triunfante del Estado como idéntico con su deber ser; para ella, la fuerza normativa, más exactamente, la fuerza habitual, apenas si consciente, de lo existente, suele constituir un motivo suficiente de justificación del Estado.

Para la minoría a que nos referimos, la que cuenta, el problema de la justificación del Estado es, sencillamente, una cuestión de existencia del Estado. Cuando esta minoría activa pierde su fe en la justificación de la existencia de un Estado concreto o del Estado como institución, en general, ha llegado la hora de la muerte para el Estado de un pueblo, o del grupo cultural que corresponda, o de toda la humanidad. En este sentido el Estado vive de su justificación. Cada generación, con psicológica necesidad, tiene que plantearse de nuevo el problema de la justificación o consagración del Estado. Por esta razón una teoría del Estado que pretenda ser una ciencia de realidad no puede soslayar semejante problema.

La cuestión que el problema de la justificación del Estado plantea no es, como se cree por casi todos: ¿por qué razón se debe soportar la *coacción* del Estado? No; la cuestión que ocupa el primer plano es la siguiente: ¿por qué tenemos que ofrecer al Estado

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4133

los mayores sacrificios en bienes y en sangre? Pues mediante este sacrificio espontáneo, y sólo en segundo término mediante la coacción conllevada, nace y perdura el Estado.

Por fuerza de su existencia, todo poder estatal tiene que alzar la pretensión de ser un poder jurídico; lo que quiere decir que pretende, no solamente actuar como poder en un sentido técnico-jurídico, sino hacerse valer como autoridad legítima, que obliga moralmente. La justificación moral de su pretensión –el derecho a los mayores sacrificios y a la coacción–, no puede fundamentarse con la mera referencia a la necesidad de su función social: organización y activación de la colaboración social dentro de un territorio. Porque una función social podrá hacernos inteligible, explicarnos *por qué existe* el Estado como institución, pero no justificarnos *por qué debe existir* la institución Estado o, sencillamente, este determinado Estado. Toda *explicación* se refiere al pasado; toda *justificación*, al futuro. Muchos autores, para hacer ver que se trata de una necesidad humana universal, afirman que siempre ha habido Estado, y algunos llegan a sostener que el Estado es más viejo que el género humano. Afirmación falsa, sin duda alguna; pero, aun siendo verdadera, no nos serviría para fundamentar que siempre ha de haber Estado y mucho menos todavía para convencer a un anarquista o a un marxista de que el Estado debe existir en el futuro. Engels reconoce expresamente que el Estado es una necesidad sociohistórica de la sociedad dividida en clases, pero ello no le impide negar la legitimidad de semejante *instrumento de explotación*.

No en razón de que el Estado asegura un *orden* social *cualquiera*, sino porque persigue un *orden justo* se justifican sus enormes exigencias. *Solamente refiriendo la función del Estado a la función del derecho es posible la consagración del Estado.*

Así como el Estado sólo puede explicarse partiendo de la totalidad de un ser social, así también su justificación tiene que partir de la totalidad de un ser aceptado por nuestra conciencia moral. La justificación no puede ser sino una justificación *moral*, ya sea que se apliquen al Estado criterios humanos de justicia, ya sea que se busque la justificación en la voluntad divina. Al separar dentro de la totalidad del ser, en virtud de un juicio moral, lo que es justo y lo

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4133

que no lo es, se plantea, por vez primera, el problema de la justificación de una fracción determinada de esa totalidad. El *non est enim potestas nisi a Deo*, la referencia de todo poder a Dios como fondo trascendental de todas las cosas, justifica todo y, por lo mismo, nada. Semejante argumentación presentaría blanco cierto a la maliciosa pregunta de Rousseau: sí, lo mismo que todo poder, también toda enfermedad procede de Dios, ¿estará prohibido llamar al médico?

No es posible ninguna justificación del Estado sin la distinción de lo justo y de lo injusto. Y esa distinción no puede llevarse a cabo sino con un *criterio jurídico* que tiene que ser aceptado como superior al Estado y a su derecho positivo. En su calidad de valor metapositivo de medida y distribución, al derecho corresponde la función de disponer ordenadamente, de ajustar la vida social; atribuyendo a cada miembro lo que le corresponde en derechos y obligaciones en razón del todo, acomodando los miembros en una adecuada relación recíproca.

Si con la jurisprudencia romana, determinamos como ley formal del derecho el *suum cuique tribuere*, resalta en seguida que no puede existir una justicia individualista ni una justicia colectivista. El derecho justo no puede ser definido partiendo de un miembro, del que se afirma ser lo único valioso, ni tampoco partiendo de un todo supra-individual, del que se afirmaría lo mismo. La ley jurídica que obliga a nuestra conciencia jurídica ordena la parte en el todo y el todo mediante las partes.

En los tiempos primitivos la *conciencia jurídica* de los pueblos no rebasa los límites de la propia comunidad, sancionada por el dios de la estirpe. Todos los derechos y obligaciones se hallan determinados por la adecuada relación del miembro, reconocido como valioso, con su estirpe. El ámbito de la estirpe y el ámbito del derecho coinciden en lo esencial; la conciencia jurídica reconoce un derecho igual solamente a los miembros de la estirpe –entiéndase bien, no igualdad de derechos sino del derecho que cobija a todos los miembros–, esto es, les reconoce un derecho igual al orden jurídico. Cuando el henoteísmo del dios nacional alcanza las cumbres del monoteísmo universal, la conciencia jurídica cambia también. Al principio, cada estirpe, cada pueblo, tiene su dios, que le garan-

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4133

tiza la victoria sobre los demás pueblos y dioses y, con ello, el poder y el derecho a mandar sobre ellos. Así como en un principio las ideas judías acerca de Dios y del derecho se refieren solamente al propio pueblo, así también los griegos conciben originariamente la ley jurídica sobre-personal dentro exclusivamente de su idea de la Polis, religiosamente sancionada. Pero en el *Corpus Christianum* de la Edad Media, en razón de la *lex aeterna* revelada, cada alma individual obtiene su debido lugar, como hija de Dios tan digna como las demás, dentro de un orden querido por Dios: una universalidad cósmica acopla en un orden único la vida terrena y el más allá. Esta conciencia jurídica tan ampliada, propia del hombre occidental, en la época moderna se seculariza; el derecho natural cristiano se seculariza, pero no renuncia a su validez universal, ni como derecho natural dogmático ni como derecho natural racional. Todavía en 1813, Fichte, que pretende interpretar el cristianismo como Evangelio de la libertad y de la igualdad, en un sentido metafísico y en un sentido civil, no puede justificar el anhelado *Reich* de los alemanes sino como un *verdadero imperio del derecho*, tal como no ha existido en el mundo: *una libertad fundada en la igualdad de todo lo que ofrece apariencia humana*. Durante dos mil años el poder político, ya que no el Estado, ha sido justificado por la necesidad de asegurar un derecho natural, metapositivo.

Pero al correr del siglo XIX se deja sentir la necesidad de justificar el Estado con una universal condición humana y, por consiguiente, mediante una idea universal del derecho. Ya Blackstone había dicho *The king is not only incapable of doing wrong, but even of thinking wrong*. Pero a través del romanticismo de Hegel y del historicismo es como se abre camino aquella concepción positiva que reconoce como fuente única del derecho al *pueblo* y al *espíritu del pueblo*, que no están limitados por norma alguna; pero como ocurre que no es posible dar en la experiencia con el *espíritu del pueblo*, lo representará siempre el legislador, que en calidad de tal, no puede nunca cometer injusticia. En la práctica esto quiere decir que todo el que logra hacerse dueño del poder del Estado demuestra, con el éxito, su título moral para representar al pueblo y dictarle leyes, sin cuidarse para nada de los principios fundamentales del

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4133

derecho. Esta limitación del derecho al *espíritu del pueblo* democrático-nacional trae como consecuencia necesaria una reducción de la ley jurídica universal. Ya en el 1801 Hegel se ríe de los amigos de un derecho humanitario y moralizante: encuentra sin sentido que se oponga a la conveniencia del Estado el derecho. Mientras idealiza a los antiguos trata conscientemente de reducir la conciencia universal del derecho: es moral *vivir con arreglo a las costumbres de su país. Como el Estado es la realidad de la idea moral*, puede pretender que ante su poder y ante el derecho por él establecido se rindan todas las convicciones morales del individuo. Un epígono de Hegel, E. Kaufmann, no tiene reparo alguno en hablar nada menos que de una armonía preestablecida entre el derecho y el poder, y de la guerra victoriosa como ideal social. Otro contemporáneo, Smend, opina que el Estado moderno se convierte en Estado de derecho mediante una definitiva emancipación de toda legitimación que trascienda de la esfera política.

Toda la época que sucede a la bancarrota del derecho natural se caracteriza por su incapacidad fundamental para entender, tan siquiera, la cuestión de la justificación del Estado, y no digamos nada de resolverla satisfactoriamente. El problema de la validez moral del Estado se contunde casi siempre con la cuestión referente a la razón sociológica de vigencia del poder estatal, ya que, al buscar la justificación del Estado, se nos remite a su reconocimiento por la democracia o por el espíritu del pueblo nacional, y a las ideologías legitimadoras dominantes. Pero en cada pueblo hay toda una serie de ideologías semejantes que condicionan el poder actual o el futuro. En defecto de todo criterio objetivo, la teoría en boga tiene que reconocer necesariamente el derecho del más fuerte, quien por lo mismo que posee la fuerza para hacer prevalecer su ideología legitimadora, tiene derecho a todo, independientemente de todos los principios jurídicos divinos y humanos.

La doctrina del derecho del más fuerte pretende ser también una justificación moral del Estado, ya que afirma, ateniéndose a algún orden universal metafísico, aunque de ninguna manera cristiano, que es invariablemente cierto y seguro que aquellos que disfrutan de un rango moral supremo son siempre los que se hacen

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4133

dueños del poder. Semejante creencia infantil en el mejor de los mundos posibles, que la historia está muy lejos de corroborar, trae como resultado infalible la capitulación total de nuestra conciencia jurídica frente al éxito político del momento. Por lo mismo que no se corresponde de cerca ni de lejos con la verdad de la historia real, de ordinario suele ser completada esta doctrina con un historicismo que se caracteriza por la confusión fundamental de la eficacia política y del valor moral, de la validez ideal y de la vigencia política. Luego de haber mostrado que en la historia siempre ha prevalecido el derecho del más fuerte, se cree haber aportado la demostración de que debe ser así. Si fueran consecuentes no deberían detenerse en este breve espacio de tiempo que comúnmente llamamos historia, sino que tendrían que abordar también la prehistoria y consagrar como modelos morales a las gentes de Neanderthal y a sus antepasados. Se olvida que si existe una específica historia humana o *historia de la cultura*, se debe a que el hombre, por naturaleza, es un ser *utópico*; esto es, capaz de oponer al *ser* un *deber ser* y de medir el poder con el rasero del derecho.

Claro que nada habremos conseguido para una justificación del Estado si al ser social oponemos un deber ser de un carácter meramente técnico-jurídico, positivo; es decir, un deber ser ordenado por el poder en cada caso. Por esta razón, la norma fundamental de Kelsen, que *contiene potencialmente todas las variaciones posibles del contenido de la norma*, nos remite al arbitrio del legislador, completamente desligado de todo vínculo jurídico-moral, conduciéndonos, en definitiva, a identificar derecho y poder, y a afirmar que todo Estado es un Estado de derecho. La coincidencia de un acto estatal con la ley, de la ley con la Constitución –Constitución presupuesta normológicamente, o jurídica positivamente–, fundará en cada caso la *legalidad*, pero no la justificadora *legitimidad*. La confusión actual, que acoge como forma de legitimación la legalidad, en el sentido indicado, que acepta los preceptos *establecidos correctamente y en la forma corriente* (M. Weber), no tiene justificación alguna, como no sea la de ser un signo revelador de la degeneración de nuestra conciencia jurídica actual. Esta interdependencia entre legalidad y legitimidad no se da más que en el Estado de

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4133

derecho con división de poderes; la implicación es aquí tanto material como formal, en un sentido técnico orgánico. En lucha contra la arbitrariedad absolutista se creyó poder asegurar la legitimidad mediante la legalidad, porque era el pueblo quien se daba las leyes a sí mismo, y el resto de la actividad estatal tenía que estar de acuerdo con las leyes. Ahora bien, para reconocer, sin más, la justicia de las leyes acordadas por la representación popular había que suponer que la legislación democrática constituía un acto de la razón que se condiciona a sí misma moralmente. La división orgánica de los poderes no persigue, en cambio, otro fin que el de garantizar la seguridad del derecho, y no pasa de ser un medio técnico que nada nos dice acerca de si el derecho es o no justo. Nadie cree en la actualidad que todas las normas emanadas de la legislación democrática sean derecho justo en virtud de una misteriosa predestinación metafísica. Por esta razón la *legalidad del Estado de derecho* no puede substituir a la legitimidad.

La teoría del Estado se halla ante el hecho de que, ni una supuesta armonía del derecho y del poder, ni la legalidad, ni tan siquiera una ideología legitimadora democrática, nacionalista o bolchevique, pueden justificar el Estado de modo universal. Pero ocurre que todos los que llevan las riendas del poder político afirman hallarse al servicio de la justicia. Porque no hay que olvidar que esta pretensión no es exclusiva del Estado de derecho, como sostiene un propagandista de la dictadura. No existe forma alguna de Estado o de gobierno en la que un orden represente, ya de por sí, un valor jurídico positivo; y la *fórmula lo mejor del mundo es una orden* (Schmitt) es posible que complazca a los decadentes estetas del poder, pero su principio es falso para toda clase de poder político. Como se sabe, el poder se apoya en las órdenes que se cumplen, pero el cumplimiento, en todas las formas de señorío, vive y se alimenta esencialmente de la creída justificación de la orden.

¿Ante esta situación, la teoría del Estado tendrá que contentarse con un agnosticismo relativista? ¿No le quedará otro remedio que suponer que todo poder se halla al servicio de la justicia? ¿O es que puede mostrarnos *los principios de una justificación universal del Estado*?

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4133

No es muy difícil fundamentar una respuesta positiva a esta interrogación mientras no se trate más que de la justificación del Estado como *institución*; el Estado se halla justificado en la medida en que representa la organización necesaria para garantizar el derecho en una determinada etapa evolutiva. Entendemos por derecho, en primer lugar, aquellos principios jurídicos, de carácter moral, que sirven de fundamento a los preceptos jurídicos positivos. Estos principios jurídicos, cuya validez ideal debe ser supuesta, llevan implicada inmanentemente la exigencia de su vigencia social. Sólo como *deber ser* tiene sentido el *deber* de estos principios jurídicos; no pretenden una mera validez ideal, absoluta, sino a ser posible, vigencia, eficacia como preceptos jurídicos positivos. Para esto es necesario que los principios jurídicos universales como, por ejemplo, los contenidos en el decálogo, sean establecidos, aplicados e impuestos como preceptos positivos por un poder autoritario. Toda la fuerza obligatoria del precepto jurídico procede del principio ético-jurídico que se cierne sobre él. Pero este principio se diferencia del precepto por su falta de seguridad o certeza jurídica, que al precepto jurídico le suministra, por una parte, la certeza del sentido, la resolutividad del contenido de la norma y, por otra, la seguridad de su cumplimiento. Los principios jurídicos ofrecen únicamente las directrices fundamentales con arreglo a las cuales se trazará el estado jurídico que abarque a los miembros de la comunidad jurídica: nunca suministran la decisión del caso concreto. Para ello les falta resolutividad, es decir, que es menester siempre una decisión acerca de lo que, en esta concreta concurrencia de intereses, temporal, local y personalmente determinada, deberá valer como derecho con arreglo a los principios correspondientes. En virtud de los mismos principios jurídicos son, y hasta deben ser posibles, diversas resoluciones jurídicas-órdenes jurídicas o constituciones diferentes, leyes, sentencias, actos administrativos diversos. Ahora bien, la certeza del sentido y la seguridad del cumplimiento exige la presencia de un poder autoritario que pronuncie e imponga lo que en una situación concreta tiene que valer como derecho. La mera convicción jurídica no basta ni para lo uno ni para lo otro.

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4133

Las épocas primitivas, con una división del trabajo y un intercambio muy reducidos, pueden instaurar el necesario estado de derecho con una cantidad muy pequeña de certeza –racionalmente formulada– de sentido y de ejecución de su derecho. Al individuo vinculado a un ámbito jurídico fácil de ser abarcado como un conglomerado firme e indiferenciado de tradiciones, le bastan los principios generales del derecho, apenas si distintos de las costumbres y de la moralidad. Pero si, en un caso particular, se discute la justeza del límite impuesto a la voluntad, será necesaria, aun en las comunidades primitivas, una instancia resolutiva que fije el sentido cierto del derecho. Y, sobre todo, para la seguridad de ejecución del derecho serán siempre necesarios hombres que ejerciten el poder, si bien las comunidades primitivas abandonan gran parte de la ejecución a la iniciativa privada.

La institución estatal se justifica, por lo tanto, porque en una etapa determinada de la división del trabajo y del intercambio social, está exigida por la certeza del sentido y de la ejecución del derecho. Y del mismo modo que con el aumento del tráfico de las calles hace falta un orden especial del tráfico, y hasta órganos especiales de policía del tráfico, con el progreso de la civilización se hace precisa una organización estatal progresivamente diferenciada cuyo objeto será el establecimiento, la aplicación y la efectividad del derecho.

La institución Estado se justifica, como vemos, como organización que asegura el derecho, y nada más que como tal. Es ésta una tesis que no hay que desnaturalizar en un sentido liberal o en un sentido tecnicista. No quiere decir que el Estado tenga que limitar su actividad a la legislación y a la organización de los tribunales; tampoco que el aseguramiento del derecho consista meramente en una actividad policiaca. Al decir que el Estado se justifica únicamente en su calidad de organización garantizadora del derecho, se quiere dar a entender que no puede ser justificado más que en la medida en que sirve a la aplicación y efectividad de los principios éticos del derecho. Tampoco tiene nada que ver este aseguramiento del derecho por parte del Estado con la distinción positivista entre un fin jurídico y un fin cultural. Por el

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4133

contrario, principios ético-jurídicos suelen ser los que, en determinadas circunstancias, exigen por parte del Estado una actividad económica, pedagógica o cultural cualquiera. Salta a la vista que nuestro concepto de aseguramiento del derecho abarca más que el concepto corriente. Lo que hace necesaria la organización Estado en razón del derecho, no es sólo la necesidad de la seguridad de la ejecución, garantizada por la coacción estatal, sino con prioridad histórica y conceptual, la del sentido del derecho.

Los principios éticos del derecho justifican de manera inmediata las normas de comportamiento pero no las normas de competencia. La ideología legitimadora socialmente vigente en una comunidad jurídica es la que decide qué autoridad es competente para el establecimiento, aplicación y ejecución de los preceptos positivos. Semejante autoridad tiene que disponer del poder para asegurar el derecho y tiene que poseer el derecho para lo mismo. Tiene que disponer del poder para establecer, aplicar y ejecutar, en lo posible, el derecho, y dispone de él en la medida en que, por lo menos el grupo que cuenta, confía en que está inclinado a asegurar el derecho y no la injusticia. Hay que distinguir bien la justificación ideal del Estado mediante principios éticos del derecho, de esta legitimación social de la autoridad que garantiza el derecho. No es posible saber si la autoridad, socialmente consagrada, sirve para algo más que para garantizar formalmente el derecho, manteniendo por amor al orden un orden injusto, sino luego de haber emitido un juicio acerca de la justicia del derecho garantido. La seguridad del derecho y la justicia del mismo pueden entrar en conflicto y, precisamente, este dualismo nos revela el profundo problematismo de la *justificación de un Estado concreto.*

La teoría del Estado abandona a la filosofía del derecho la cuestión de si los principios éticos del derecho pueden ser referidos a la certeza inmediata de un sentimiento del derecho, o si pueden deducirse con certeza objetiva de una ley jurídica suprema racionalmente formulada, y también la abandona las espinosas cuestiones acerca de si existen principios del derecho *a priori*, y en qué sentido, y qué principios son universales y cuáles tienen un campo de aplicación que coincide con el ámbito cultural. Pero que tales principios éticos

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4133

del derecho, que constituyen la base justificadora del Estado y de su derecho positivo, existen válidamente, tiene que ser admitido por una teoría del Estado que se precie de ser ciencia de realidad. Estos principios se diferencian claramente de las diversas ideologías sociales legitimadoras, merced a su validez general, ya que pretenden valer para todos los súbditos del Estado en cuestión; además, esta su validez, si no alcanza categoría universal absoluta, rebasa los límites del Estado. Hobbes, que como se sabe, sacrifica completamente la justicia a la seguridad del derecho, expresa la relación entre el precepto jurídico y el principio jurídico con las siguientes certeras palabras: *Furtum, homicidium, adulterium, atque iniuriae omnes legibus naturae prohibentur; ceterum quid in cive furtum, quid adulterium, quid denique iniuria appeladum sit, id non naturali, sed civili lege determinandum est.*

Semejante determinación y la correspondiente certidumbre de ejecución no pueden recibir los principios éticos del derecho por parte de cada Estado más que dentro de su campo de acción. Es mucho más difícil que coincidan el campo del Estado y el ámbito del derecho que el campo del Estado y el ámbito económico. Esos principios del derecho no constituyen sólo el fundamento normativo del derecho estatal, sino también del derecho interestatal. Según el artículo 38, sección 3ª, del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de La Haya, este Tribunal aplicará, además del derecho de gentes consuetudinario y el de los tratados: *Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.* Tales principios jurídicos no concurren con el derecho de los tratados y con el derecho consuetudinario, sino que constituyen el fundamento normativo de todas las formas de derecho nacionales e internacionales y, en este caso, reciben la certeza de su sentido mediante la sentencia del Tribunal, que va creando, partiendo de ellos, preceptos positivos. Si el derecho de gentes representa en relación con una parte del derecho nacional un derecho técnicamente imperfecto, se debe a que, en muchos casos, la certeza de su sentido es problemática, y problemática también, necesariamente, la seguridad de su ejecución. Porque el grado máximo posible de seguridad del derecho, lo mismo en lo que se refiere al sentido que a la ejecu-

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4133

ción, lo consigue la realidad jurídico-social con el *Estado moderno*, quien dispone de toda una serie diferenciadísima de órganos de establecimiento, aplicación y ejecución del derecho positivo. El supuesto previo de un grado tan alto de seguridad es la soberanía del Estado. Gracias a su cualidad de unidad suprema de decisión y eficiencia puede asegurar la unidad del derecho y de su ejecución, y mantener una organización unitaria para la producción y reparación del derecho. La efectividad de semejante sistema de control jurídico está condicionada por el monopolio estatal de la coacción física legal; esto es, mediante la exclusión del derecho legal de resistencia contra los órdenes del poder estatal. Por lo mismo que excluye toda clase de *auxilio propio* –fuera de ese residuo insignificante, imposible de absorber orgánico-técnicamente: los casos de legítima defensa–, puede garantizar el derecho con la amplitud actual.

Pero todas las organizaciones del Estado, por muy finamente que hayan sido concebidas, no pueden garantizarnos más que la *seguridad* del derecho y una *juricidad* formal, pero no una juricidad material, intrínseca, esto es, nos garantizan la *legalidad* de sus actos, pero no la *legitimidad* de los mismos: sólo la conciencia individual es capaz, ahora y siempre, de garantizar la justicia. Esto hace que en el Estado moderno el conflicto entre la justicia y la seguridad del derecho surja con caracteres de mayor forzosidad e insolubilidad. Es un conflicto necesario, porque no es posible que en todo un pueblo vivo reine nunca unanimidad completa acerca del contenido y de la aplicación de los principios jurídicos vigentes. Insoluble, porque, desgraciadamente, el Estado y el individuo no pueden vivir sino en esa tensa relación de desnivel en que concurren el derecho positivo y la conciencia jurídica. Tiene derecho la *razón de Estado* –¡de todos modos, sólo en el Estado moderno!– al afirmar que la legalización de un derecho de resistencia contra una orden del Estado estimada como moralmente reprobable equivaldría a la legalización, contradictoria, de la anarquía. Ahora bien: la pérdida de toda seguridad del derecho conduciría a la destrucción del individuo y del Estado.

Pero, con mejor derecho todavía, la *razón del derecho* afirma que una capitulación lisa y llana de la conciencia jurídica ante el

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4133

poder del Estado conduciría a la destrucción del hombre como persona moral y, a la par, a la destrucción radical de su fuerza política creadora.

Cuestión de las más trascendentales es saber las consecuencias que habrá que extraer en caso de conflicto entre deberes derivados de principios éticos del derecho y deberes derivados de preceptos jurídicos positivos. Kant, contradiciendo, por lo demás, sus propios supuestos jurídico-racionales, había absolutivizado la validez del derecho positivo y negado todo derecho de resistencia. Desde entonces, el positivismo de la doctrina política continental en manera alguna ha reconocido un derecho de resistencia, y no ha sentido el menor reparo en sacrificar completamente la justicia a la seguridad. Se teme abrir de par en par las puertas a la anarquía con sólo admitir un derecho moral de resistencia; se trata de una especie de axioma que nos parece tanto más obvio y menos necesitado de demostración en la medida que, desde mediados del siglo XIX, se va preparando el paso hacia el Estado totalitario.

Pero en realidad, una razón de Estado clarividente no exige la capitulación de la conciencia jurídica, y el reconocimiento de un derecho moral de resistencia tampoco trae como consecuencia la anarquía. Hay que hacer constar que se trata exclusivamente del problema de la justificación moral y no de una cuestión cualquiera de legalidad. Es obvio que en el Estado contemporáneo es imposible reconocer un derecho legal de resistencia, y tampoco es admisible la resistencia contra actos del Estado defectuosos en el sentido de su legalidad, pero moralmente indiferentes. En muchos casos la misma seguridad del derecho exige que se atribuyan al Estado aun aquellos actos que carecen, en cuanto a la forma y al contenido, de las condiciones que el orden jurídico positivo determina para tal atribución. Por lo general se trata de violaciones de disposiciones formales y de normas de competencia; semejantes normas son casi siempre moralmente indiferentes, y sólo la *teoría pura del derecho*, que asigna a todo el derecho positivo, sin distinción alguna, la cualidad de norma absoluta, es capaz de hablar de la fuerza del derecho con un entusiasmo que estaría más en su lugar al tratar de la justicia que no de la seguridad. La exigencia de la seguridad justifica que los actos

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4133

del Estado lleven consigo la presunción de su legalidad, que subsana los meros defectos de validez jurídico-positiva. Se desquiciaría todo el orden jurídico si dejáramos que el hombre de la calle condicionara su obediencia, en cada caso, a su propia opinión sobre si el órgano estatal ha obrado de acuerdo con todas las formalidades jurídicas, y con todas las normas de competencia de lugar, de tiempo y de materia. Además, en el Estado de derecho, es casi siempre ocioso un derecho de resistencia contra actos estatales con defecto legal, porque el súbdito perjudicado puede defenderse por la vía jurídica. Tampoco es raro que el Estado, tratando de proteger un bien jurídico superior, haga valer actos ilegales como actos jurídicos válidos.

Pero el problema es muy otro cuando se trata de un acto estatal moralmente reprobable, en cuyo caso no tiene mayor importancia si semejante acto es o no legalmente irreprochable. Tomemos un ejemplo conocidísimo: se amenaza con los castigos más graves a quien, por convicción se resiste a ir a la guerra. La razón de Estado y el derecho positivo calificarán de necesaria semejante disposición, exigida por la seguridad del derecho. Pero una conciencia jurídica no será digna de tal nombre si no reconoce, en este caso, un trágico conflicto de deberes, y si además, niega al sujeto en cuestión el derecho moral a resistir. Muchos, ciertamente, califican de heroica una concepción del Estado y del derecho que cierra las puertas a toda resistencia. La verdad es lo contrario. Es heroica aquella concepción que no resuelve unilateralmente el conflicto de deberes, sino que reconoce su trágica insolubilidad y, a la par, el derecho moral a resistir. Es trágico que toda realización del derecho dependa del demonio del poder, pero es reprobable la santificación ética de ese demonio que hoy corre por buena. El reconocimiento de un derecho moral de resistencia no desvanece el signo trágico que preside a la lucha eterna de la conciencia jurídica con el derecho positivo y, sobre todo, no trata de darle un matiz sentimental. El derecho moral de resistencia no puede dar lugar, por consiguiente, a una causa de inimputabilidad o de exención de pena.

Está bien que el poder del Estado sea, por decirlo así, provocado mediante la resistencia moral. Y todo lo contrario de justificar mo-

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4133

ralmente el Estado es lo que se hace cuando se lo hipostasía, de una vez para siempre, como *realidad de la idea moral*, y, en consecuencia, se niega de un modo radical todo derecho de resistencia, frente a los actos inmorales del Estado, al único que, en la experiencia, se ofrece como portador de la conciencia jurídica: el individuo. El fantasma de la anarquía es un fantasma vano. La resistencia no legalizada de la conciencia jurídica no es posible, dado el enorme aparato jurídico y coactivo del Estado moderno, más que jugándose la propia vida. Y tal como están fabricados los hombres, es éste un juego que se juega pocas veces. Pero cuando ocurre, será razón de más para apreciar su alta calidad de ejemplo, el que la técnica de fuerza y de masa del Estado moderno lleve consigo el peligro tremendo de una liquidación total de la conciencia jurídica. Siempre los que gobiernan tendrán el mayor interés en hacer ver que el Estado que rigen es expresión objetiva de la razón moral. *La concepción de las instituciones sociales como si fueran la razón objetiva anularía la función de la razón en la sociedad humana* (Hobhouse). La justificación del Estado nunca puede consistir en armonizar, cueste lo que cueste, el derecho con el poder. Porque todo poder estatal debe su existencia y su figura a la voluntad humana, demasiado humana, y en él concurren junto a las fuerzas morales más excelsas, proporciones enormes de tontería y de malignidad, de vileza y de arbitrariedad.

Heller (1933).* Este estudio que publicamos constituye uno de los capítulos centrales de la *Teoría del Estado* que el maestro Heller ultimaba cuando le sorprendió la muerte. *La obra de mi vida*, como él decía. Una vida de absoluta dedicación a la faena intelectual. Aunque socialista, formó parte siempre del pequeño núcleo de los que estiman que el Estado no es la culminación de la vida, en ningún sentido. Para Heller, el Estado no puede absorber la individualidad, ni ofrece en sí mismo la razón última de su existencia. Por encima de él, Heller consideraba la moral, y allá, a lo lejos, surgía Dios. Dos horas antes de morir, en una conversación particular, reconocía emocionado la necesidad de Dios. Pero esta

* Tomado de la revista *Cruz y Raya*, núm. 9, Madrid, diciembre de 1933.

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4133

necesidad no era para Heller uno de esos vagos sentimentalismos al uso en espíritus *finos*, sino una pieza esencialmente intelectual, un momento conceptual y riguroso de la teoría del Estado. La muerte le sorprendió poco tiempo después de dedicar a *Cruz y Raya* este ensayo. Al recogerlo, *Cruz y Raya* no sólo cumple con la voluntad última –nunca fue la expresión más justa– de Heller, sino que rinde tributo leal y sincero a uno de los mayores maestros de la ciencia política de nuestro tiempo.

Eugenio Imaz

DR © 2002. Universidad Nacional Autónoma de México,
Facultad de Derecho