

Capítulo V. Modelos sobre el origen y justificaciones del Estado	115
§ 15. Modelos sobre el origen del Estado	115
§ 16. Sobre el concepto de justificación (legitimación)	122
§ 17. Justificaciones del Estado	128
§ 18. El problema del anarquismo	145
§ 19. La revolución y el derecho de resistencia	153

Capítulo V. Modelos sobre el origen y justificaciones del Estado

§ 15. Modelos sobre el origen del Estado

Jellinek, 192 ss., 197 ss.; *E.A. Hoebel*, *Das Recht der Naturvölker*, (ingl. 1954) al. 1968. *Berber StI*, 9 ss.; *J. Herrmann, I. Sellnow* (eds), *Beiträge zur Entstehung des Staates*, 1973, 1976; *E.R. Service*, *Ursprünge des Staates und der Zivilisation*, (ingl. 1975) al. 1977; *Fleiner-Gerster*, 10 ss., 14 ss.

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

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

I. La teoría patriarcal

G. Jellinek, *Adam in der Staatslehre*, 1893, 11 ss.; *McIver*, 29 ss.; *A. Gehlen, H. Schelsky* (eds.), *Soziologie*, ³1955, 13 ss.; *G. Dulckeit, F. Schwarz*,

W. Waldstein, Römische Rechtsgeschichte, 61975, § 3; *H. Bülck*, Von den Ursprüngen des Völkerrechts, en: F. f. E. Menzel, 1975, 221 ss.; *M. Gruter*, Die Bedeutung der Verhaltensforschung für die Rechtswissenschaft, 1976, 49 ss.

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

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

Las estructuras sociales, todavía existentes en algunos pueblos salvajes, parecen corroborar esta hipótesis según la investigación etnológica; resulta plausible que la evolución de muchos de estos pueblos marchara del siguiente modo: los miembros de una *gens*, provenientes de una familia, ya fuera en línea paterna o materna (linajes), desarrollaban un sentimiento de pertenencia específico y formas específicas de convivencia; los clanes y tribus se formaron por el hecho de que tales patrones de pertenencia se extendieran a ramificaciones más amplias de los linajes (Service 1977, 114 s., 149, 179, 196, 269). Tampoco aquí es válido simplificar en demasía y reducir todo al parentesco consanguíneo. Si bien los clanes tiene un núcleo de cristalización en los miembros consanguíneos de una familia, se encuentran, a la vez, en un "*process of fission and fusion*", en una relación de intercambio hacia el exterior, por la que se desprenden algunos de sus individuos y se incorpora a extraños. Las uniones de clanes conviven en comunidades sedentarias o en grupos nómadas. Mediante matrimonios, parentescos y lazos rituales, estos grupos constituyen tribus, que son, al mismo tiempo, comunidades guerreras. Las tribus, a su vez, pueden unirse entre sí como naciones o pueblos. Sobre todo en sus etapas superiores, en tales uniones pueden manifestarse, incluso conscientemente, elementos de alianza, esto es, contractuales.

El desarrollo de las estructuras de mando se asocia frecuentemente a la habilidad personal (Hoebel 1968, 106 s., 370; Service 1977, 108, 192); sin embargo, en algunos puntos de la evolución parece haberse logrado el salto por el cual el carisma personal de un hombre destacado se transmitía a sus descen-

dientes. En no pocas ocasiones, el resultado fue que determinada "línea", dotada de carisma, estuviera destinada al mando dentro del grupo en su conjunto (Hoebel, 242, 268 ss.; Service, 109, 113 ss., 196). Este hecho también resulta familiar en la historia del derecho de los pueblos germánicos, en los cuales el rey debía provenir de sangre real (Mitteis-Lieberich, cap. 8 I 3).

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

II. La teoría de la génesis contractual

S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, 1672; J. Locke, *Two Treatises of Government*, 1690; O. v. Gierke, Althusius, 1880, ⁴1929 76 ss.; J. W. Gough, *The Social Contract*, 1936, ²1957; A. Voigt (ed.), *Der Herrschaftsvertrag*, 1965; R. Vierhaus, (ed.), *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, 1977.

La teoría contractualista, entendida en un sentido histórico, generalizó los elementos contractuales ya mencionados en un amplio modelo del origen de la dominación estatal. Como ejemplo histórico de la dominación fundada en un contrato, tenemos la alianza que David estableció con las tribus de Israel en Hebrón, antes de ser ungido rey (2 Samuel 5, 3). En las monarquías electivas, las capitulaciones convenidas entre los electores y su designado, previas a la elección del rey, pudieran sugerir una base contractual del poder del Estado. De la idea contractual nacieron también los convenios de plantación, celebrados entre los puritanos que emigraron a América en el siglo XVII, y en los que regulaban el orden de la nueva comunidad que iban a crear. Igualmente se apoyaba en esta idea aquel famoso Plan que tenían los igualitarios de crear un orden constitucional mediante un *Agreement of the People* (1674).

La doctrina medieval del derecho de resistencia se basaba también en la idea del origen contractual del gobierno monárquico: "El pueblo se somete a alguien para que gobierne con poder fundado en el derecho, dé a cada quien lo suyo, favorezca a

los piadosos y castigue a los impíos, en suma, que trate a todos con justicia. Pero cuando rompe el contrato por el cual fue electo y perturba lo que debe mantener en orden, es justo y razonable que así releve al pueblo del deber de obedecerle, puesto que él mismo ha quebrantado primero la fidelidad que obligaba a cada parte frente a la otra" (Manegold von Lautenbach, *Ad Gebehardum Liber*, cap. 47, citado en Vogt 1965, 55 s.; más tarde, en forma similar, Tomás de Aquino, *De regimine principum*, I 6).

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

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

No pocas veces hallamos en las teorías contractualistas la mezcla de modelo genético y legitimación. Así, al derecho de resistencia contra el rey se dedujo de los elementos contractuales que intervinieron en la instauración del poder monárquico. A menudo, el ejemplo histórico sirvió también para apoyar una teoría de legitimación, como en Pufendorf (1672, VII 2, § 8; véase *infra* § 17 I 1) y Locke (1690 II, §§ 100 ss.; véase *infra* 17 III 1).

III. La Teoría patrimonial

C. L. v. Haller, *Restauration der Staatswissenschaft*, 1820 (reimpresión 1964), I, 473 ss., II, 20 ss.; *Mitteis-Lieberich*, caps. 16, 27, 35 II, 39 II 2; *Krüger*, 137 ss.

La teoría patrimonial elevó a la categoría de modelo general de explicación un factor que tuvo un papel en la génesis de la dominación durante el feudalismo. Según esta teoría, el poder de dominación se basa en la propiedad del soberano sobre el territorio del Estado, concepción que sustentaba todavía C. L. von Haller (I, 479; cfr. también II, 57 ss.): "El gobierno no es un ser independiente, sino una simple consecuencia de los derechos privados del gobernante, el efecto natural del poder y de la propiedad, de los cuales no puede desligarse, así como la sombra no puede separarse del cuerpo". Esta teoría

encuentra su modelo en el sistema feudal, en el que el rey posee la nuda propiedad del suelo y, mediante el feudo, vincula a sí a los vasallos y subvasallos, mientras que los siervos sólo pueden considerarse como accesorios a la tierra (este aspecto, más diferenciado, en Grocio, *De jure belli ac pacis* I, cap. 3 § XII). Contra esta tesis ya Kant (La paz perpetua, I 2) había argumentado que “un Estado no es — a diferencia, por ejemplo del suelo que ocupa — un haber, un patrimonio. Es una sociedad de hombres sobre la cual nadie, sino ella misma, puede mandar y disponer”. El Estado no es una gran finca rústica, sino un orden de dominación (véase *supra* §§ 11 I, 12 II).

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

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

IV. La teoría del poder

§ 9 I; F. Lassalle, ¿Qué es una Constitución? (al. 1862) esp. 1964; F. Oppenheimer, *Der Staat*, 1909, ¹1954; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1 1911, ³1927, 655 ss.; G. Balandier, *Politische Anthropologie*, (fr. 1967) al. ²1976, 49 ss.

Entre las teorías del poder se contraponen principalmente dos doctrinas: por un lado, las teorías iusnaturalistas o cripto-iusnaturalistas, y, por el otro, las que son simplemente empírico-descriptivas.

Las mencionadas en primer término convierten la posición fáctica del más fuerte en un “derecho” del mismo, es decir, al *factum* en un criterio de lo justo. Como ejemplo podemos señalar la doctrina que Platón (Gorgias, 483 s.) pone en boca de

Calicles: "Pero, a mi entender, la misma naturaleza demuestra que es justo que el que vale más, tenga más que su inferior y el más capaz que el incapaz. Y manifiesta que esto es así por el hecho de que en un sinnúmero de casos, tanto en los animales como en el conjunto de hombres que integran una ciudad cualquiera y en las razas humanas, haya quedado discernido lo justo como la autoridad del fuerte sobre el débil, la mayor posesión de bienes de aquél frente a la menor de éste". El trasfondo metafísico-teológico, necesario a todo derecho natural (véase *supra*), es particularmente manifiesto en el Tratado teológico-político de Spinoza (cap. 16): "La naturaleza, considerada bajo un aspecto general, tiene un derecho soberano sobre todo lo que está bajo su dominio, es decir, que el derecho de la naturaleza se extiende hasta donde llega su poder. El poder de la naturaleza es, en efecto, el poder mismo de Dios, quien ejerce un derecho soberano sobre todas las cosas; pero como el poder universal de toda la naturaleza no es sino el poder de todos los individuos reunidos, resulta aquí que cada individuo tiene un cierto derecho sobre todo lo que puede abrazar o, en otros términos, que el derecho de cada uno se extiende hasta donde alcanza su poder". Dichas tesis sólo son aceptables para quien aprueba la teología o metafísica que las subyace (Zippelius RPh, § 14 IV, VI).

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

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

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

En opinión de Franz Oppenheimer, la historia del vocablo "Estado" refleja estructuras de poder, ya que el término italiano "*lo stato*", proveniente de la época renacentista, se refería la mayoría de las veces al príncipe que, junto con su facción, tomaba el poder por la fuerza. Por tanto, el poder sobre otros es "la ley por la cual hace su aparición el Estado", que por su origen y esencia, fue en sus primeras etapas de existencia, casi por completo una institución social que un grupo humano impuso a los vencidos con la única finalidad de regular la dominación del primero sobre los últimos, y para defenderse de las rebeliones internas y los ataques del exterior. La dominación no tenía otro propósito ulterior que "la explotación económica de los vencidos por los vencedores" (1954, 5).

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

En relación con la época presente, Ferdinand Lasalle (1862) atribuía totalmente la constitución de un Estado a las relaciones de poder: "Como ven ustedes señores, un rey a quien obedecen el ejército y los cañones... es un fragmento de constitución... Una nobleza influyente y bien relacionada con el rey y su corte, es también un fragmento de constitución... Los señores Borsig y Egels, los grandes industriales todos, son también un fragmento de constitución... Los grandes banqueros, como los Mendelssohn, los Schickler, la Bolsa en general, son también un fragmento de constitución... He ahí, pues, señores; lo que es, en esencia, la constitución de un país: la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país."

Las teorías del poder padecen frecuentemente de un mismo defecto, por cuanto no han sido desarrolladas hasta sus últimas consecuencias. La "teoría de la conquista" explica solamente la dominación sobre el pueblo sometido, pero no así la estructura de dominación del pueblo conquistador. Esta objeción puede generalizarse: la dominación sobre un pueblo no puede ejercerla nunca un individuo solo, sino únicamente un grupo de hombres, una capa dominante. Pero, ¿es que sólo el poder mantiene la cohesión del grupo dominante? Ciertamente no, si por "poder" se entiende la simple fuerza (cfr. también § 9

I). En este punto, cuando muy tarde, se percibirá con claridad que el "poder" es un hecho complejo que requiere ser explicado. Si se concibe al poder como la capacidad de guiar a voluntar el comportamiento ajeno, entonces la extensión de este concepto incluye no solamente la coacción física directa, sino también la influencia espiritual – en este sentido, los mitos religiosos o el carisma de una personalidad pueden convertirse en instrumentos del poder –; pero engloba, además, el poder económico, considerado fundamental por el marxismo (§ 25 II) y que, por su parte, es un hecho de gran complejidad.

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

§ 16. Sobre el concepto de justificación (legitimación)

Jellinek, 184 ss.; *Heller StL*, 216 ss.; *Th Würtenerberger jr.*, *Die Legitimität staatlicher Herrschaft*, 1973; *N. Achterberg et al.* (ed.), *Legitimation des modernen Staates*, 1981.

I. Los conceptos sociológicos y ético de la legitimación

Sobre 1: *Kelsen AStL*, 27 ss.; *Nawiasky IV*, 10 ss.

Sobre 2: *M. Weber Wug*, 16 ss., 122 ss.; *J. Winckelmann*, *Legitimität und Legalität in M. Webers Herrschaftssoziologie*, 1952; *P. Graf Kielmansegg*, *Legitimität als analytische kategorie*, PVS 1971, 367 ss.; *id.* (ed.), *Legitimationsprobleme politischer Systeme*, PVS (número especial 7), 1976.

Sobre 3: *Zippelius RPh*, §§ 12 II 4, 22.

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

lución de la historia de la humanidad" (Jellinek, 185; TGE, que es preciso superar a la mayor brevedad posible.

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

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

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

2. El concepto sociológico de la legitimación. El concepto de legitimación se encuentra también en la sociología, entendida como la ciencia que describe la realidad del acontecer social. Por ello, el concepto estrictamente sociológico de la legitimación debe abarcar un aspecto del verdadero funcionamiento de este acontecer. Así, la legitimación adquiere aquí el sentido de una indagación de los motivos por los cuales una comunidad jurídica acepta y aprueba, de hecho, un orden estatal (cfr. también § 9 I). Se trata, pues, de un verdadero mecanismo de motivación, es decir, de la aceptación real en que se

funda la dominación en un orden jurídico y estatal. No corresponde a la sociología, en tanto se le conciba como una disciplina estrictamente empírica, comprobar si la actitud observada está también justificada (§ 1 II).

Max Weber (WuG, 19 s., 122 ss.; ES, 30 s., 172 ss.) describió los principales motivos por los cuales se acepta la dominación: uno de ellos es la fascinación que ejerce un jefe, así como la creencia en su misión (la legitimación carismática). Otro consiste en la convicción, fundada en la costumbre y la tradición, de la legalidad de un orden de dominación (la legitimación tradicional). Finalmente, la "forma de legitimidad hoy más corriente" es la legitimación racional, principalmente la creencia en la legalidad, es decir, "la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y *formalmente* correctos". Es frecuente que en el desarrollo histórico, una forma de legitimación se transforme en otra. Una dominación o estructura social basada en una personalidad carismática se rutiniza con el paso del tiempo y deviene en la forma tradicional; el gobernante excepcional pasa a ser el fundador de una dinastía, aceptada más tarde por tradición; al fundador de una religión le sucede una comunidad religiosa organizada, con cargos y ritos sólidamente establecidos. Por último, una estructura social configurada en la tradición puede transformarse en una institución aceptable en términos racionales; tal sería el caso del poder estatal que, en un prolongado proceso histórico, se consolidó en Europa, juntamente con sus burocracias racionalmente organizadas y sus procedimientos formales de creación de derecho.

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

Contrariamente a lo que pudiera indicar su contraposición típico-ideal, ambas formas de legitimación no se hallan del todo desvinculadas entre sí. La aceptación real, el consenso verdadero, también puede justificar éticamente a un orden estatal, partiendo, en primer lugar, de la autonomía ética del individuo — es decir, de que las convicciones de conciencia de éste constituyen una base suficiente de legitimación ética — y, en segundo término, de que el consenso que sostiene al orden estatal es expresión de dichas convicciones.

En cuanto a la primera premisa: desde el punto de vista crítico, como el que aquí se adopta, la convicción de lo justo y la decisión de conciencia del individuo (la "autonomía" en el

sentido de Kant), permanecen como la última instancia moral a la que tenemos acceso. Así, bajo este supuesto, la convicción de conciencia de cada ser humano tendrá igual valor, y ello conduce al respeto por la participación y decisión de cada individuo en una libre competencia de las creencias (§ 28 II 1). El principio de la mayoría ofrece, *faute de mieux*, la máxima probabilidad de que en una comunidad adquieran vigencia aquellas concepciones fundadas en la conciencia y el "sentimiento de lo jurídico" (*Rechtsgefühl*) del mayor número posible. Aun cuando este principio no hace efectiva en todo momento la autonomía de cada uno, se aproxima al ideal de la autodeterminación tanto como lo permiten las realidades (§ 17 III).

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

La búsqueda de legitimidad no significa que haya que consultar, sin más, la opinión de la mayoría. Para descubrir lo que una mayoría, considera correcto, después de una apreciación de la situación, es preciso adoptar medidas que contribuyan a aclarar, con la mayor amplitud posible, aquello que es susceptible de un consenso. Lo anterior no viene a ser lo mismo que una "legitimación a través del procedimiento", ya que más bien se requieren medidas institucionales y procedimentales al servicio de la mayor aproximación posible a un resultado que, por su contenido, logre un consenso en la mayoría. En este sentido, una importante regla de juego consistirá en mantener abierto el proceso de formación de la opinión. El procedimiento parlamentario, y otros de carácter estatal, también deberían ser públicos, con el fin de dar a todos la posibilidad de cerciorarse de que todo se efectúa correctamente. El deber o la costumbre de fundamentación, tal como se observa especialmente respecto de leyes, resoluciones judiciales y actos administrativos, favorece también la racionalidad de las decisiones y su posible control. El sistema representativo promueve particularmente la distancia de las decisiones frente a un compromiso

concreto de intereses, así como su racionalidad y control (§ 231 3). Pero, según la comprensión democrática de la legitimidad, todas estas medidas institucionales, procedimentales y argumentativas, únicamente ponen en claro la cuestión de cuáles son las concepciones aptas para convencer a una mayoría, esto es, para lograr un consenso predominante. Los representantes están especialmente vinculados al eventual consenso de la comunidad jurídica, por lo cual deben aspirar a aquellas decisiones que, en tanto no se hayan preconstituido en la opinión pública, sean susceptibles de consenso en todo caso, esto es, que resulten aceptables para una mayoría. De este modo, los representantes se hallan bajo una "presión de legitimación", es decir, en la necesidad de justificar sus decisiones ante la comunidad jurídica.

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

II. Legalidad y legitimidad

O. Kirchheimer, Polit. Herrschaft, 1967, 7 ss.; *C. Schmitt* VA, 263 ss., 440 ss.; *J. Winckelmann*, Die verfassungsrechtliche Unterscheidung von Legitimität und Legalität ZgesStW 1956, 196 ss.; *N. Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969; *R. Zippelius*, Legitimation durch Verfahren?, En F.f.K. Larenz, 1973, 293 ss.

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

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

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

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

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

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

la prioridad. Los procedimientos mismos existen, desde un principio, en función de esta labor, ya que crean las condiciones procesales (por ejemplo, mediante el principio *audiatur et altera pars*) bajo las cuales cabe esperar, con mayor certeza, una decisión susceptible de consenso en cuanto a su contenido, y justa en este sentido (I 3). No obstante, queda abierta la cuestión de cuál sea el contenido adecuado de esta decisión.

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

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

§ 17. Justificaciones del Estado

I. La comunidad como condición para el desarrollo de la persona

Sobre 2: §§ 7 III 3; 14 I 3; 23 III; 38; Encíclica *Quadragesimo anno*, 1931; E. Brunner, *Gerechtigkeit*, 1943 cap. 16; F. Utz (ed.), *Das Subsidiaritätsprinzip*, 1953; E. Link, *Das Subsidiaritätsprinzip*, 1955; O. V. Nell-Breuning, en: *StL VII*, 82 ss.; T. Rendtorff, *Krit. Erwägungen zum Subsidiaritätsprinzip*, en: *Der Staat*, 1962, 405 ss.; R. Herzog, *Subsidiarität und Staatsverfassung*, en: *Der Staat*, 1963, 399 ss.; F. Klüber, R. Herzog, J. Listl, en: *EvStL*, 2378 ss., 2483 s. 2591 ss.; J. Isensee, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 1968; R. Zuck, *Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz*, 1968; G. K. Kaltenbrunner (ed.), *Lob des Kleinstaates* 1979; E. Schmidt-Portzig, *Verfassungsmässige und Soziologische Legitimation gemeindlicher Selbstverwaltung usw.*, DVBl. 1980, 1 ss.

1. **Ideas fundamentales.** Aristóteles justifica la comunidad política en la naturaleza sociable del hombre, que sólo en comunidad desarrolla plenamente su personalidad. En la *Política* (1252b ss.) sostiene que el hombre es por naturaleza un ser social (*zoon politikon*), más que las abejas o cualquier otro animal gregario. Esta tendencia a formar una comunidad se ma-

nifiesta ya en que el hombre posee la palabra. Además, se distingue de otros seres vivos por su sentido de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto e ideas semejantes. Precisamente de la participación común en estas cosas surgen la familia y el Estado.

Si los hombres viven fuera de un orden comunitario justo, degeneran. "El hombre es el mejor de los animales cuando se ha perfeccionado y cuando se aleja de la ley y la justicia, es el peor de todos. El hombre ha recibido de la naturaleza las armas de la sabiduría y la virtud, pero puede usarlas para las cosas más opuestas. Sin la virtud, es el ser más perverso y más feroz porque sólo siente los arrebatos brutales del amor y el hambre." El orden que hace falta al hombre, a saber, la justicia, es "cosa de la ciudad, porque el derecho es la regla de vida para la asociación, y la decisión de lo justo es lo que constituye el derecho".

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

La *imbecillitas*, esto es, la dependencia de otros, y la *socialitas*, la inclinación natural a la sociedad, figuran en la obra de Pufendorf como las bases antropológicas del derecho natural y el Estado. Anticipándose al Robinson de Defoe, Pufendorf se imagina a alguien en una tierra deshabitada, para mostrar con ello el desamparo del ser humano abandonado a sus propios recursos, y la necesidad de la convivencia social (*De officio hominis*, I 3 §§ 14 ss.). Ahora, en la época de la teoría contractualista, la libre convención se presenta como instrumento para establecer una comunidad estatal. Aquí distingue Pufendorf entre un contrato de unión, por el cual los individuos se unirían con el fin de fundar un Estado; un decreto, mediante el cual fijaban la forma de Estado (*forma regiminis*) de su

comunidad, y un contrato de sujeción, por el cual confiarían a un jefe el poder del gobierno. Tales contratos no se celebrarían siempre de manera expresa, sino que también bastaría el sometimiento tácito al Estado, por ejemplo, en el caso de quienes nacen o se establecen dentro de su territorio. (*De jure naturae et gentium*, VII 2 §§ 7 y 8.).

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

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

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

Las experiencias obtenidas de una sociedad industrializada, que funcionaliza al individuo y destruye cada vez más sus vínculos estrechos y personales con la comunidad, nos llevan, particularmente hoy día, a la exigencia de crear ámbitos de vida descentralizados y abarcables (*überschaubar*) que integran al individuo en formas varias. Estos serían ámbitos en cuyo modo de vida tendría el individuo participación y responsabilidad (§ 7 III 3). La inquietud frente a las burocracias todopoderosas, centralizadas, impersonales y distanciadas del ciudadano, apunta también en dirección de la descentralización (§ 25 III). Finalmente, debe asegurarse a las minorías, a las étnicas en particular, un margen de desarrollo y existencia propia, mediante la creación de ámbitos de vida autónomos, para evitar una mayorización innecesaria (§ 11 III).

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

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

En las palabras de la doctrina social católica: "...como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia industria pueden realizar para encomendarlo a una comunidad, así también es injusto, y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación del recto orden social, avocar a una sociedad mayor y más elevada lo que pueden hacer y procurar comunidades menores e inferiores... Todo influjo social es... subsidiario; debe prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, nunca absorberlos y destruirlos" (*Encíclica Quadragesimo anno*, 1931, No. 79).

II. El Estado como orden de protección y paz

§ 9; F. Trönie, Thomas Hobbes (al. 1896, ³1925) esp. 1932; J. Lips, Die Stellung des Thomas Hobbes usw., 1927 (reimp. 1970); L. Strauss, Hobbes'politische Wissenschaft, (ingl. 1936) al. 1965; I. Fetscher, Einleitung zu; Th. Hobbes, Leviathan, al. 1966 (bibl.); W. Förster, Thomas Hobbes und der Puritanismus, 1969; R. Koselleck, R. Schnur, (eds.), Hobbes-Forschungen, 1969 (bibl.); M. Kriele, Die Herausforderung des Verfassungsstaates, 1970; B. Willms, Die Antwort des Leviathan, 1970; R. Schottky, Die staatsphilosophische Vertragstheorie als Theorie der Legitimation des Staates, en: PVS (número especial 7) 1976, 81 ss; Ch. Link, (citado en el § 9 III), 19 ss.; B. Willms, Der Weg des Leviathan, Die Hobbes-Forschung von 1968-1978, en: Der Staat, Beih. 3, 1979; O. Höffe (ed.), Thomas Hobbes, 1981; H. Schelsky, Thomas Hobbes, 1981; U. Bermbach, K. M. Kodalle (eds.) Furcht und Freiheit, 1982 (bibl.).

Sobre la antropología más reciente, v.g.: I. Eibl-Eibesfeldt, Krieg und Frieden, 1975; F. H. Schmidt, Verhaltensforschung und Recht, 152ss.

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

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

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

La doctrina del Estado de Thomas Hobbes (1588-1679), contemporáneo de la guerra civil inglesa, está impregnada, en forma similar, por las vivencias personales de su autor. Frente a sus ojos se yergue, amenazadora, la imagen de la guerra de todos contra todos (*De cive*, cap. I, No. 12), la cual, en su concepción, llevaría a la abolición completa del poder del Estado. En tal situación entendida sólo como hipótesis (*De cive*, Prólogo), el egoísmo y el medio llevarían el cetro. *Homo homini lupus* (*De cive*, Dedicatoria), el hombre es una presa codiciable para su prójimo cuando desaparece el temor ante el poder coactivo. Esta comparación con un lobo encierra un profundo pesimismo, pero Hobbes no era el único que desconfiaba de la naturaleza humana. Apenas un siglo antes, la doctrina de la

Reforma sobre el pecado original había mostrado la oscura imagen de la *natura corrupta* de los hombres, su maldad intrínseca por el pecado. Hobbes ve confirmado su pesimismo en la experiencia diaria. A quien lo dude, le pide considerar "que cuando emprende una jornada, se procura armar y trata de ir bien acompañado; cuando va a dormir cierra las puertas; cuando se halla en su propia casa, echa la llave a sus arcas, y todo esto aun sabiendo que existen leyes y funcionarios públicos armados para vengar todos los daños que le hagan. ¿Qué opinión tiene así, de sus conciudadanos, cuando cabalga armado; de sus vecinos, cuando cierra su puerta; de sus hijos y sirvientes, cuando cierra sus arcas?" (Leviatán, cap. 13; *De cive*, Prólogo). De imaginarse una comunidad que careciera completamente del poder estatal, necesariamente nacería en ella un profundo anhelo de orden y paz. Para garantizar la defensa contra los enemigos externos e internos y para permitir que los hombres gocen en paz del producto de su actividad y de los frutos de la tierra, se requiere de un poder común sobre los individuos.

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

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

Pero Hobbes no da este paso. Debido a la importancia primordial de la garantía del orden, el gobernante, una vez electo, no depende en lo sucesivo de la participación y del consentimiento de los ciudadanos. El Estado que éstos han creado es el gran Leviatán (cfr. Job 40, 25 ss.; 41), el dios mortal. El poder soberano se unifica en manos del gobernante ya instituido; todos los demás son, incondicional e irreversiblemente, sus súbditos (Leviatán, cap. 17; cfr. también *De cive*, cap. 5, Nos. 6 y ss.).

Hobbes no niega que la situación de los súbditos, que se han entregado en manos del gobernante en la prosperidad y en la adversidad, sea realmente precaria; pero esto es el menor de los males, si se tiene en cuenta que "la condición del hombre nunca puede verse libre de una u otra incomodidad, y que lo más grande que en cualquier forma de gobierno puede suceder, posiblemente, al pueblo en general, apenas es sensible si se compara con las miserias y horribles calamidades que acompañan a una guerra civil, o a esa disoluta condición de los hombres desenfrenados, sin sujeción a leyes y a un poder coercitivo que trabe sus manos, apartándolos de la rapiña y de la venganza" (*Leviatán*, cap. 18).

La antropología moderna corrobora en sus puntos esenciales las suposiciones de Hobbes, ya que una cierta disposición al comportamiento agresivo forma parte del programa biológico del hombre. Conforme al modelo biológico heredado, esta disposición instintiva se actualiza en las pugnas por territorios y dominios; en las luchas jerárquicas y en las rivalidades sexuales y de otro tipo; al parecer, también es innata la reacción defensiva frente a los extraños al grupo o frente a los miembros de éste cuya conducta o apariencia se desvía de lo normal. Los frenos naturales no bastan para controlar las agresiones entre los hombres, por lo que debe sometérselas al control de las instituciones es decir, organizaciones artificiales que contribuyan a la regulación de la conducta. Estos controles no deben asegurar sólo la mera supervivencia de la especie, sino también la vida civilizada (cfr. también § 7 II). Para este fin bastan, en buena medida, los controles no coactivos de la agresión (educación, reglas de la moral, reorientación en competiciones). Pero en tanto que éstas no logren proteger del todo a los individuos de los actos de violencia, debe garantizarse institucionalmente, a través de un poder superior, la defensa del grupo contra tales agresiones.

III. La justificación democrática del Estado

R. Démathé, Rousseau et la science politique de son temps, 1950; *I. Fetscher*, Rousseaus politische Philosophie, 1960, 21968 (bibl.); *M. Imboden*, Rousseau und die Demokratie, 1963; *O. Vossler*, Rousseaus Freiheitslehre, 1963, 9 ss., 208 ss.; *R. D. Masters*, The Political Philosophy of Rousseau, 1968, 301 ss.; *P. Graf Kielmansegg*, Volkssouveranität, 1977.

Jean Jacques Rousseau (1712-1778) vivió una situación política completamente opuesta a la que tocó a Hobbes. La concentración del poder en manos de un solo individuo que reco-

mendaba Hobbes, era ya una realidad en el absolutismo; pero, mientras tanto, se advertía ya el reverso de esta forma de gobierno. En las cortes de los príncipes reinaban la ostentación, la disipación, la inmoralidad y la arbitrariedad; los súbditos sufrían los efectos del paternalismo, incluso en asuntos de religión, así como de gran injusticia y miseria. En la época de Jean Jacques Rousseau, en vez del orden interno, del que disfrutaban en exceso, eran deseables otros valores: la libertad, la igualdad, la justicia social. Y estas ideas, que flotaban en el aire, se asentaron en la teoría del Estado de Rousseau.

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

Ya que el orden comunitario se considera indispensable, adquiere importancia esencial la tarea de conformarlo en libertad, para que en él se realice un máximo de autodeterminación, es decir, un mínimo de coerción heterónoma. Para Rousseau, el problema consiste en descubrir "una forma de asociación... por la cual cada uno, uniéndose a todos los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por tanto, tan libre como antes" (C.s., I 6) una tarea según el lema: "lava mi piel, pero no me mojes". Rousseau cree que la solución consiste en que un pueblo de hombres libres no otorgue el poder del Estado a un tercero, a un soberano, como enseñaba Hobbes, sino que lo asuma él mismo.

1. Antiguos conceptos de democracia. La idea democrática de que el poder de dominación reside en el pueblo, no es una invención de la era moderna, puesto que la Antigüedad ya estaba familiarizada con el tema. Según Aristóteles, en el Estado democrático, un elemento esencial de la libertad del ciudadano consiste en que éste "gobierna y es gobernado alternativamente". La libertad es la misma para todos, ya que, o bien no hay que obedecer a nadie, o se obedece sólo en forma alternada; ahí se vive según la propia voluntad (§ 34 I).

En la Edad Media, el pensamiento democrático conservó un modesto capítulo en la doctrina del contrato político y en relación con ésta, la concepción del derecho de resistencia (§ 15 II).

Más tarde, Marsilio de Padua (ca. 1275-1342) ofrece, en su obra *Defensor pacis*, una teoría más elaborada de la democracia. Sostiene que es distintivo de una buena Constitución el

ejercicio del gobierno con la voluntad y el consentimiento de los gobernados (I 9, § 5). "La fuerza y la autoridad del gobierno descansan sobre la voluntad claramente manifiesta del pueblo" (III 3). En el pueblo reside, ante todo, el poder legislativo. "El pueblo o la suma de los ciudadanos o su porción más importante (*valencior*), es el legislador o la primera y verdadera causa eficiente de la ley" (I 12, § 3). Por tanto, es dicho conjunto el que mejor puede apreciar y perseguir el bien común (I 12, § 5). Además, una ley así aprobada tiene la mayor posibilidad de ser obedecida por todos (I 12, § 6).

En los orígenes de la época moderna, Althusio (1557-1638) revivió la idea democrática: los derechos de soberanía "corresponden a la comunidad de vida de la colectividad". El gobernante, a quien el pueblo confía el poder supremo, es únicamente el "administrador, el gestor de negocios y el conductor", de este poder (*Política methodice digesta*, Prefacio). En el mismo siglo Spinoza nos da una formulación clásica — con frecuencia olvidada de la idea democrática —. La democracia, escribía él en su Tratado teológico-político, es la más natural de las formas de gobierno, porque "es la más propia a la libertad que la naturaleza da a todos los hombres... en este Estado nadie transfiere a otro su derecho, sino que le cede en favor de la mayoría de la sociedad entera, de que es una parte. Por este medio todos vienen a ser iguales como antes en el estado natural" (cap. 16).

Poco después, en sus *Two Treatises of Government*, sostenía Locke (1632-1704) la tesis de que nadie tiene el poder de dictar leyes a una sociedad "sino por consentimiento de ella y autoridad de ella recibida..." (II, § 134). En última instancia, es el pueblo el titular permanente del supremo poder en el Estado: — "la comunidad retiene perpetuamente el supremo poder" —. Esto es así, porque "siendo el legislativo por modo único, poder fiduciario para la consecución de ciertos fines, permanece todavía en el pueblo el supremo poder de remover o alterar el legislativo, cuando descubriere funcionar éste contrariamente a la confianza en él depositada" (II, § 149). — Montesquieu (1689-1755) llevó más lejos esta idea (Del espíritu de las leyes, XI 6): "Como en un Estado libre todo hombre debe estar gobernado por sí mismo, sería necesario que el pueblo en masa tuviera el poder legislativo". — Sin embargo, como realista que era, agrega: "siendo esto imposible en los grandes Estados y teniendo muchos inconvenientes en los pequeños, es menester que el pueblo haga por sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo".

2. La doctrina de Rousseau. Sólo con Rousseau experimentó la idea democrática la depuración, e incluso exagera-

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

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

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

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

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

3. La democracia y la idea de autonomía. La idea democrática experimentó una profundización a través del concepto de autonomía de Kant (1724-1804). Al lado de la autodeterminación como postulado político se plantea la autodeterminación como principio moral. Es posible establecer un vínculo entre ambas: En la democracia la formación de la voluntad política puede (y debe) tener sus raíces últimas en las decisiones de conciencia de cada ciudadano. Así, la democracia aparece como la forma de Estado que concede a la autonomía individual la oportunidad más amplia para desenvolverse también en la esfera política, y que respeta la dignidad humana en el mayor grado posible (§§ 16 I 3; 28 II 1).

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

4. Sobre la actualidad de la idea democrática. ¿Qué queda de la idea democrática en la realidad constitucional contemporánea de una democracia representativa, gobernada y administrada centralmente? Sin lugar a dudas, la realidad constitucional queda por debajo del ideal de la autodeterminación plena de cada uno — en virtud de que son inevitables las decisiones por mayoría y necesarios los órganos estatales representativos —. La autodeterminación de cada uno no es plenamente realizable en la convivencia con otros, particularmente en la comunidad política; pero al menos debe buscarse un consenso, lo más amplio posible, como base de la acción política y de las decisiones jurídicas.

Por el hecho de que la totalidad de los ciudadanos participe en la formación de la voluntad estatal y decida por mayoría, se aproxima al máximo de autodeterminación que puede lograrse en una comunidad. Al ofrecer la mayor participación al mayor número posible, se produce un acercamiento al ideal de la autodeterminación de todos, pero sólo en la medida que lo permiten las realidades (Zippelius RPh, §§ 12 II 4; 22 I).

El principio de la democracia debe valer, al menos como idea normativa, para los órganos representativos. En este sentido, ya había expresado Kant que la realidad práctica del concepto del contrato social consistía en “obligar a todo legislador a expedir de tal manera sus leyes como si *hubieran podido* nacer de la voluntad colectiva de todo un pueblo, y a conside-

rar al súbdito, en tanto que éste desee ser ciudadano, como si estuviera acorde con tal voluntad" (*Über den Gemeinsspruch*, II, Folgerung). Así puede concederse eficacia cierta solamente a las concepciones dominantes en una comunidad. Tal acontece a través de los procesos de retroalimentación, descritos más adelante, cuya capacidad de funcionamiento depende sobre todo de que, cuando menos periódicamente, se le presenten a la colectividad verdaderas alternativas personales y materiales, cuando ésta debe adoptar decisiones orientadoras (§ 23 II 3).

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

Si bien no puede evitarse que un ciudadano tenga que obedecer ocasionalmente una ley que no cuenta con su aprobación pero tolerará *volens volens* tales divergencias ineludibles, mientras esté de acuerdo en términos generales, con su Estado. Sin embargo, cuando existe un desacuerdo de principio con el Estado, el ciudadano debe poder abandonar ese sistema político. Esta es la raíz filosófico-política de la libertad de residencia, que debe comprender necesariamente la libertad de emigrar, como prueba extrema de que un Estado respeta todavía la porción más elemental de la autodeterminación política de sus ciudadanos, a saber, la libertad de separarse completamente de él y emprender un camino propio.

Si la libertad de emigrar e inmigrar se integran en una libertad absoluta de residencia entre sistemas políticos de diferente género, se dejaría a los hombres la elemental autodeterminación política de decidirse, así sea con sacrificios, por el sistema que mejor les parezca. Es obvio que ciertos motivos impiden garantizar en todas partes una irrestricta libertad de inmigración, pero de todos modos subsiste como ideal democrático el que exista libertad de residencia entre diversos Estados, para que, en caso de rivalidad entre éstos, pueda darse un "plebiscito con los pies". Siguiendo el ejemplo de la Fábula del Anillo, de Lessing, todo sistema político pondría a prueba las ventajas que ofrece a través de la verdadera fuerza de atracción que ejerza sobre los hombres.

IV. La justificación de las manifestaciones y los programas específicos del Estado

Radbruch, Mayer, Binder, Ermacora (citado en el § 1 III): *Scheuner St.* 223 ss.; *H.P. Bull*, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 1973, 31977.

Sobre 2: *K. Mannheim*, *Wissenssoziologie*, 1964, 498 ss.; *H. Grebing et al.*, *Konservatismus*, 1971 (bibl.); *M. Greiffenhagen*, *Das Dilemma des Konservatismus in Deutschland*, 1971; *G. K. Kaltenbrunner* (ed.), *Rekonstruktion des Konservatismus*, 1972; *H. G. Schumann* (ed.), *Konservatismus*, 1974 (bibl.).

Sobre 3: *G. Schmidtchen*, *Ist. Legitimität messbar?*, *ZParl* 1977, 232 ss.

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

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

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

Así, se plantea el problema de los fines que debe perseguir el Estado y la medida en que debe hacerlo. A esta cuestión no puede dársele respuesta con argumentos inmutables y universalmente válidos en toda época, sino que, lo mismo que el tema

de la justicia en general, más bien se plantea una y otra vez, a transformarse la situación histórica. Pero en ocasiones se encuentra en las representaciones socio-éticas predominantes de la comunidad, una base más amplia para un acuerdo intersubjetivo parcial incluso en cuestiones concretas de la política, en especial sobre lo que deba ser el compromiso óptimo y la ponderación más objetiva de determinados intereses y fines en contradicción (cfr. Zippelius RPh, § 17 II).

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

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

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

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

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

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

Existe evidentemente una conexión entre la tendencia al cambio y la inseguridad, por una parte, y entre la certeza de orientación y la solidificación de las estructuras sociales, por la otra. Con el tiempo, la inseguridad se torna tan insoportable como la parálisis misma. En la gran perspectiva histórica, parecen alternarse épocas en que predomina ya una disposición al avance, ya una necesidad de consolidación; épocas en las cuales destaca más la tendencia hacia la innovación, al cambio y la re-

forma, y en otras, la necesidad de estabilidad y la recuperación de la certeza de orientación. He aquí otra de las antinomias que impulsan a la vida y la acción y dentro de las cuales debe buscarse continuamente la medida útil.

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

Las decisiones de la Constitución sobre determinados fines fundamentales del Estado, sobre los principios del derecho y el orden (Estado social y de derecho, garantías de los derechos fundamentales, división de poderes etc., § 8 II), son manifestación de las representaciones específicas que una determinada comunidad jurídica tiene del orden y la justicia en una situación histórica dada: en parte, como consagración de las concepciones socioéticas y políticas dominantes, y en parte, como decisiones orientadoras (Zippelius RPh, § 22 III). Desde esta perspectiva, la forma misma del Estado y los modelos subordinados de ordenación social resultan ser esquemas de organización más o menos afortunados, para lograr una compensación justa y óptima (según lo conciba esta comunidad estatal) de los intereses existentes, y para la mejor realización posible de los fines específicos que se han marcado en dicho Estado.

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

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

Si, de acuerdo con una concepción democrática, se considera como criterio de la legitimidad a la capacidad de obtener

un consenso, entonces debe buscarse que éste sea lo más amplio posible, en cuanto a dichos procesos de orientación política (§§ 7.III 2; 16 I).

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

§ 18. El problema del anarquismo

E. V. Zenker, *Der Anarchismus*, 1895 (reimpresión 1966); *G. Adler*, *Geschichte des Sozialismus und Kommunismus von Plato bis zur Gegenwart*, I 1899; *P. Eltzbacher*, *Der Anarchismus*, 1900; *G. Adler*, Art. Anarchismus, *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, I 31909, 444 ss.; *M. Nettlau*, *Geschichte der Anarchie*, I 1905, II 1927; *U. Dierser*, Art. Anarchie, *HPH I*, 267 ss. (1971); *P. Ch. Lucy Ch. Meier*, Art. Anarchie, *GGb I*, 49 ss. (1972); *J. Cattepoel*, *Anarchismus*, 1973, 31979; *P. Lösche*, *Anarchismus*, 1977.

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

que se elimine al Estado por la violencia o porque éste deje de ser indispensable y se extinga por sí mismo.

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

I. Apóstoles de la convicción

J. G. Fichte, *Über die Bestimmung des Gelehrten*, 1794, 2. conf.; *id.*, *Staatslehre*, 1813; *L. Tolstoi*, *Das Reich Gottes ist in Euch*, 1893, en especial caps. VII ss.; *id.*, *Moderne Sklaven*, 1900, 13 ss.; *W. Preger*, *Geschichte der deutschen Mystik*, I 1874; *Radbruch*, 187 ss.

En el Nuevo Testamento se apunta inequívocamente la idea de la vanidad del Estado y de su justicia (Mateo 20, 14 ss., 25 s.; 22, 21; Lucas 16, 1 ss.), ocasionalmente elevada al plano de una profunda incompatibilidad del orden comunitario cristiano y el Estado. En la Edad Media, Amalrico de Bena y la secta del espíritu libre, surgida en el siglo XIII e inspirada por aquél, profesaban una variante cristiana del anarquismo y, basados en el supuesto de que el espíritu divino actuaba en ellos, desecharon todas las barreras institucionales de su medio: Iglesia, matrimonio y propiedad (Preger 1874, 207 ss.). En un sector del movimiento anabaptista del siglo XVI se formuló la idea de una sociedad sin gobierno, ordenada en el amor cristiano al prójimo (Adler 1899, 124 ss.). En tiempos recientes, León Tolstoi demandaba que un régimen de amor al prójimo ocupara el sitio de la dominación por la ley coactiva. En cambio, Lutero y Zuinglio no abrigaban ilusiones en este sentido (Zippelius *Gesch.*, cap. 9). Ocasionalmente ha adquirido actualidad el método que recomendaba Tolstoi para oponerse al poder del Estado: la táctica de la resistencia pasiva (1893, cap. IX).

Según Fichte (1794), el Estado no es un fin en sí mismo, sino un "medio para la creación de una sociedad perfecta". Per-

feccionamiento quiere decir "aproximación a la unidad y unanimidad completas con todos los individuos". Para Fichte esto significa unidad en la razón. Una vez alcanzado el punto en que "se reconozca universalmente como juez supremo a la razón, en vez de la fuerza o a la astucia", el Estado se vuelve innecesario. El Estado se hace superfluo a sí mismo precisamente porque perfecciona a los hombres, es decir, los educa en una racionalidad universal. "El Estado, al igual que todas las instituciones humanas que son simples medios, viene a parar en su propia extinción, ya que es fin de todo gobierno hacer innecesario al gobierno." Y en su teoría del Estado (3. Sección, *Neue Welt* III) se lee: "El imperio del Derecho, postulado por la razón, y el Reino de los Cielos en la Tierra, prometido por el Cristianismo, son una y la misma cosa... Cada quien obedece sólo a Dios, según su clara percepción de la voluntad de Dios respecto de él... Cualquier otro poder sobre la voluntad de los hombres, que no sea el de su propia conciencia, debe desaparecer". Podría llegarse al punto en que no fuera necesaria coacción alguna, y "los que la ejercen y los que gobiernan se quedarán sin ocupación cuando, por la fuerza de la instrucción general, hallaran hecho todo cuanto deseaban ordenar y omitido cuanto pretendían prohibir. Así, el tradicional gobierno por la fuerza habrá de adormecerse alguna vez en el Reino del Cristianismo, porque no tiene más quehacer... El Estado, alguna vez coactivo, desaparecerá plácidamente, sin manifestación de violencia en su contra, cuando el tiempo acarree su propia nulidad"

II. Egoístas

Max Stirner, *Der Einzige und sein Eigentum* 1845 (citas: Edición Reclam, 1892).

La doctrina anarquista que desarrolló Max Stirner (seudónimo de Johann Caspar Schmidt, 1806-1856) en su libro *El único y su propiedad*, no pertenece a los idilios paradisiacos

que consideran a la razón como una base suficiente del orden social. El fundamento filosófico de este libro es un individualismo exaltado hasta el solipsismo. El Yo (empírico e individual) crea su propio mundo de representaciones. Para mi conciencia, Yo soy el único. Este egoísmo teórico se relaciona con el egoísmo práctico: "Yo deseo ser y tener todo lo que pueda ser y tener. Si otros son o poseen algo similar ¿qué Me importa?" (p. 164). Todo se diluye en la facticidad de las decisiones momentáneas del arbitrio individual. Ni Yo ni los demás pueden im-

ponerme obligaciones: "Nadie puede obligar a Mi voluntad y Mi repulsión permanece libre" (p. 229). "Tú tienes derecho a ser lo que puedas llegar a ser. Todo derecho y toda justificación derivan de Mi mismo; tengo derecho sobre lo que tengo dominio" (p. 221). Si hago causa común con otros, es sólo porque, y en tanto que esto vaya de acuerdo con mis intereses y mi voluntad. La fuerza que mantiene unida a tal asociación de egoístas no es el derecho, sino el interés de los miembros (pp. 365 ss.). Para Mí, el egoísta, el bienestar de "la sociedad humana no pesa en mi corazón, no sacrificio nada por ella, sólo la utilizo" (p. 210). Las reflexiones de Stirner terminan entonces en el modelo social del cual parten las de un Thomas Hobbes: un conglomerado de egoístas desvinculados y en el que, como trató de demostrar Hobbes, la convivencia sería a tal grado intolerable que el propio egoísmo haría entrar en orden a los individuos (§ 17 II).

III. Reformadores sociales

P.J. Proudhon, *Qu' est-ce-que la propriété?*, 1804; *id.*, *Systeme des contradictions économiques*, 1846; *id.*, *Idée générale de la révolution*, 1851; *id.*, *De la justice dans la révolution*, 1858; *id.*, *Du principe fédératif*, 1863; *M. Bakunin*, *Gesammelte Werke*, 3 vols. 1921-1924 (reimp. 1975); *S.G. Netschajev*, *Katechismus der Revolution*, 1871, en: *M. Bakunins sozial polit. Briefwechsel*, 1895, 371 ss.; *P. Kropotkin*, *Die Eroberung des Brotes*, (fr. 1892) al. 1973; *id.*, *Der Anarchismus*, (fr. 1896) al. 1923.

Selección de bibliografía secundaria: *G. Pléjanov*, *Anarchismus und Sozialismus*, 1894, 1911; *J.P. Wirz*, *Der revolutionäre Syndikalismus in Frankreich*, 1931; *J.H. Kaiser*, (citado en el § 26), 35 ss.; *E. Gerlach*, *Art. Syndikalismus*, *HdSW X*, 271 ss.; *J. Joll*, *Die Anarchisten*, (Ingl. 1964) al. 1966; *D. Guérin*, *Anarchismus* (fr. 1965) al. 1978; *A. V. Borries*, *I. Brandies* (ed.), *Anarchismus*, 1970. *E. Oberländer*, (ed.), *Der Anarchismus*, 1972; *W. Laqueur*, *Terrorismus*, (ingl. 1977) al. 1977; *W. Röhrich*, *Revolutionärer Syndikalismus*, 1977; *H. Geissler* (ed.), *Der Weg in die Gewalt*, 1978; *L. Leonard* (ed.), *Global Terrorism*, 1979.

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

Pierre Joseph Proudhon (1809-1865) buscaba en su modelo social una salida a la explotación capitalista de los débiles al crear una comunidad de pequeños productores independientes, que intercambiarían sus productos según el valor

del trabajo empleado y que estarían organizados en federaciones agrícolas-industriales (cfr. también § 17 I 2). No existiría un poder central de gobierno, ya que "la perfección máxima de la sociedad reside en la unión del orden y la anarquía" (Proudhon 1840, Conclusión). Conforme al modelo social de Miguel Bakunin (1814-1876), los individuos deberían unirse en asociaciones cooperativas libres de trabajadores; estas asociaciones poseerían el capital necesario para la producción y formarían entre sí, voluntariamente y según sus necesidades, una federación económica con un parlamento que, provisto de información amplia, exacta y detallada, podría dirigir y distribuir la producción de la industria mundial al combinar oferta y demanda (*Werke* III, 8 ss.). La idea de un socialismo en pequeñas comunidades fue retomada por Pedro Kropotkin (1842-1921), quien proponía una producción en empresas descentralizadas en las que cada quien trabaja según sus capacidades y recibe según sus necesidades. Para que semejantes modelos sociales no aparecieran como un irreal "socialismo de cubos de ordeña", había que tomar en consideración la posibilidad de una coordinación, como lo hizo Bakunin y también el anarcosocialista Johann Most (1846-1906), que pretendía establecer oficinas de planeación de la producción y oficinas técnicas para la fijación de los precios.

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

Tolstoi sugería la resistencia pasiva como medio para eliminar al Estado (I); pero en el círculo de algunos "reformadores sociales" se es menos escrupuloso. Netschaiev, el correligionario de Bakunin, exigía "la destrucción total, inexorable y universal, por medio del terror", de las instituciones estatales,

sin arredrarse ante ningún medio. La acción violenta de protesta forma especialmente parte del repertorio fijo de los "anarquistas", o mejor dicho, de los tiranos que buscan el poder. La confesión pública, por la organización, de los actos de terror cometidos, corresponde también a la "propaganda del hecho"; de este modo se busca obtener un prestigio, fundado en el temor, que se asocia a la capacidad de hacer violencia impunemente; al mismo tiempo, se espera provocar una pérdida de prestigio y legitimidad del gobierno, la cual tiene lugar siempre que éste ya no está en situación de imponer eficazmente el monopolio de la fuerza. Aparte del terror, otra importante estrategia se dirige a la disolución de las instituciones, lo que incrementa drásticamente la pérdida de certeza de orientación y, en relación con esto, también la "liberación de lo caótico en el hombre" (§ 7 III). Dependiendo de las tendencias preponderantes de la época, colaboran como "idiotas útiles" en este proceso aun aquellas personas que no desean sus resultados: los intelectuales sensibles a lo opresivo de toda institución; los editores hábiles para el negocio; los políticos que no quieren dejar de adherirse las modas del pensamiento. Todos ellos hacen lo más que pueden para suprimir a las "autoridades", mediante una educación antiautoritaria en la escuela y en la familia; mediante la ridiculización de toda autorrepresentación del Estado; por la desconfianza frente a la autoafirmación del Estado, aún cuando ésta se dirige contra los enemigos de la Constitución, y no menos a través del recelo y la agresividad contra la policía, en cuya actividad resulta más notorio que el Estado también tiene algo que ver con el poder político. La consigna pide debilitar al poder estatal, incluso frente a la criminalidad y así sea a costa de una creciente inseguridad jurídica para el ciudadano. El libertinaje sexual también contribuye a la descomposición de las instituciones y su poder coercitivo. Platón ya había descrito este proceso en sus líneas esenciales; pero, claro está, no como etapas previas de la superación del Estado, sino, ciertamente, con mayor sentido de la realidad, como antecedentes de la tiranía (Zippelius *Gesch.*, cap. 20).

IV. Sobre los marxistas, en particular

§ 25 II: *A. Bebel, Die Frau und der Sozialismus*, 1879, ⁶¹1964.

La doctrina marxista sobre la extinción del Estado se sustenta en la concepción de éste como instrumento de la dominación política, en manos de la clase económicamente poderosa para oprimir a la clase explotada, por lo que la lucha contra la explotación económica también habrá de orientarse, no

menos, contra este Estado. Una vez que hayan desaparecido las diferencias de clase, este instrumento de la dominación de una clase determinada se vuelve superfluo. Con posterioridad a la revolución proletaria, se requeriría del Estado sólo en forma transitoria para despojar del capital a la burguesía y para acostumar a los hombres a las reglas elementales de la convivencia en sociedad. Una vez realizado esto, el Estado se extingue gradualmente (§ 25 II 6). “Nosotros nos proponemos como meta final la destrucción del Estado, es decir, de toda violencia organizada y sistemática, de toda violencia contra los hombres en general” (LAW II, 386; OEL II, 355). “Junto con el Estado desaparecen sus representantes: ministros, parlamentos, ejército permanente, policías y gendarmes, tribunales, abogados y fiscales, funcionarios de las prisiones, la administración fiscal y aduanera, en una palabra, todo el aparato político. A los cuarteles y demás edificaciones militares, los palacios de administración y de justicia, las cárceles, etc., les espera un mejor destino. Miles de leyes, decretos y ordenanzas se convertirán en papel de desperdicio... En lo futuro, no se conocerán las infracciones y los delitos políticos, como tampoco los comunes... Así, los fundamentos del ‘orden’ actual devendrán un mito y los padres contarán de ello a sus hijos como si se tratara de antiguos tiempos de fábula” (Bebel, cap. 23; en forma similar, Engels, MEW 21, 168).

No se niega que también en la sociedad sin clases se necesitan todavía las funciones administrativas, pero éstas no tendrán el carácter de la dominación política sobre los hombres. “En lugar del gobierno sobre los hombres, se da la administración de las cosas y la dirección de los procesos de producción” (Engels, MEW 19, 224; 18, 308), idea ya formulada antes por Saint-Simon (§ 25 III 2). Esta administración no se expresa en un poder político, estatal, sino en la autoadministración del pueblo trabajador, un “sistema de organización que abarque a toda la población, que logrará, con la ayuda de este sistema, la administración directa de sus propios asuntos” (GML, 859).

Es verdad que para ello se requiere del perfeccionamiento del orden social comunista. “Para que el Estado se extinga completamente hace falta el comunismo completo” (LAW II, 397; OEL II, 365), uno de cuyos aspectos consiste en que los hombres “se habitúen a obedecer las reglas elementales de la convivencia social, *sin violencia y sin subordinación* (LAW II, 386; OEL II, 355). El carácter superfluo de la autoridad política presupone una moral de trabajo totalmente nueva, a saber, “la disponibilidad y el deseo de trabajar bien, no porque alguien nos impulse a ello, no sólo porque de ello depende el sustento, sino por convicción profunda y conciencia de la obligación mo-

ral" (GML, 823 s.). Lenin se representaba el trabajo comunista en la sociedad sin clases como "trabajo gratuito en bien de la sociedad, un trabajo que es ejecutado no para cumplir una obligación determinada, no para recibir derecho a determinados productos, no por normas establecidas y reglamentadas de antemano, sino un trabajo voluntario, sin normas, hecho sin tener en cuenta recompensa alguna, sin poner condiciones sobre la remuneración, un trabajo realizado por hábito de trabajar por el bien general y por la actitud consciente (transformada en hábito) frente a la necesidad de trabajar para el bien común" (LAW III, 387; OEL III, 347). Encontramos aquí una variante de la idea de Fichte, en el sentido de que el Estado se hace innecesario a sí mismo a través del perfeccionamiento del ser humano, al abandonar el yo su aislamiento.

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

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

V. Crítica

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

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

Como ya lo había señalado Georg Jellinek (pp. 224 s.; TGE, 281 s.), también la versión socialista del pensamiento anarquista adolece de un optimismo infundado, pues considera como base de la sociedad "al hombre educado en libertad, que trabaja siempre de un modo placentero y de acuerdo con el colectivismo... A causa de este elemento que ninguna teoría puede desconocer, a saber, la carencia de moralidad, la sociedad socialista del futuro (conocerá) ataques criminales contra la persona y la libertad y, sobre todo, se buscará una defraudación al trabajo social".

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

Todos los esfuerzos por inducir en el hombre un comportamiento pacífico exclusivamente mediante la transformación de la situación social o a través de la educación, equivalen a que el gato deje su afición por la caza de ratones. Sobrevaloran la intervención del medio ambiente y desatienden o menosprecian la influencia de los rasgos biológicos, no sólo la repugnancia natural hacia el trabajo en beneficio de otros, sino también la disposición a la agresión, que se actualiza, sobre todo, en los conflictos de los individuos a causa de su ambición de posesiones y poder. Esta estructura instintiva no es suficientemente controlada por los frenos naturales y, por ello, debe someterse a las instituciones, pero instituciones que puedan oponer a la violencia un poder superior (§ 17 II).

La hipótesis de que pueden evitarse las estructuras de dominación en tales instituciones, sobre todo en la moderna sociedad industrial, organizada mediante la división del trabajo, no sólo contradice a la indicada función de estas instituciones, sino también a la experiencia en su conjunto (§ 22).

§ 19. La revolución y el derecho de resistencia

I. En torno a la cuestión de la revolución

§ 25 II 5; O. Schanze, *Revolution und Recht*, Z. f. Rechtsphilos. 1921, 225 ss.; E. Beling, *Revolution und Recht*, 1923; W. Schönfeld, *Die Revolution als Rechtsproblem*, AöR 1927, 161 ss.; H. Herrfahrdt, *Revolution und Rechtswissenschaft*, 1930; K.F. Bertram, *Widerstand und Revolution*, 1964; V. Kubes, *Osterr. Z. öff. R.*, 1979, 257 ss.

En especial sobre el aspecto histórico y científico-social: *H. Arendt*, *Über die Revolution*, (ingl. 1963) al. 1974; *Ch. Johnson*, *Revolutionstheorie*, (ingl. 1966) al. 1971; *C. Lindner*, *Theorie der Revolution*, 1972; *U. Jeuggi, S. Papcke* (eds.), *Revolution und Theorie*, 1974; *H. Wassmund*, *Revolutionstheorien* 1978.

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

I. El problema de la legalidad. En sentido jurídico, la revolución es la modificación extralegal de los principios fundamentales del orden constitucional existente, y se diferencia de la revisión legal de la Constitución, es decir, su reforma en un procedimiento y en la extensión que ella misma establece, salvaguardando, ante todo, las decisiones políticas fundamentales (§ 9 III 2; cfr., también el art. 79, inciso 3 LF). Es misión de la revolución "clásica" destruir las antiguas Tablas de la Ley, y la conciencia de este acto adquiere una expresión plástica en la toma por asalto y la apertura de los edificios que albergan a los tribunales y las cárceles, "fuertes simbólicos del orden jurídico establecido" (Beling 1923, 14). El que los revolucionarios puedan hacer uso del instrumentario legal para poner en marcha un proceso cuyo resultado será la ruptura ilegal del orden constitucional existente, no desvirtúa la afirmación de que la ilegalidad es inherente al concepto de revolución. Así, Hitler se aprovechó del "estribo legal" que le ofrecían los instrumentos jurídicos de la Constitución de Weimar, para obtener posiciones de poder en las instituciones, desde las cuales podía dejar fuera de acción el sistema de un Estado constitucional pluralista y democrático. Desde entonces, la vía que pasa por las instituciones del Estado constitucional (la "marcha a través de las instituciones") se ha convertido en sólida parte integrante de la práctica revolucionaria.

El éxito determina la calificación jurídica de las revoluciones. Si fracasan, su significación es jurídico-penal; si triunfan, tienen relevancia jurídico-política (Giese). Si el nuevo poder estatal consigue imponerse duraderamente, nace por ello, no solamente una nueva posición de poder, sino también una nueva situación de derecho político. En las palabras del Supremo Tribunal del *Reich* alemán: "No puede rehusarse el reconocimiento jurídico-político al poder estatal surgido de una revolución. No se opone a ello la antijuridicidad de su establecimiento, porque no es un atributo esencial del poder estatal la legalidad de su creación. El Estado no puede existir sin un poder político. Al ser eliminada la antigua autoridad, su lugar lo ocupa el nuevo poder en ascenso." Resulta tautológico constatar que se ha modificado el derecho garantizado (§ 8 I) tan pronto un nuevo

orden jurídico y constitucional ha adquirido efectividad, es decir, la probabilidad cierta de su imposición y aplicación organizadas a cargo de una autoridad.

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

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

Una condición típica de las revoluciones que cuentan con amplio apoyo en el pueblo, es la pérdida de autoridad y legitimidad del actual régimen; si estos conceptos son entendidos en el sentido anteriormente descrito, ello quiere decir que los gobernados ya no están dispuestos a aceptar las decisiones de los gobernantes (§ 16 I) y a identificarse con ellas (§ 17 II). Por lo común, una revolución pretende justificarse en que supuestamente sustituye un orden estatal considerado arbitrario por uno más justo. En no pocas ocasiones, aquellos que buscan una transformación envuelven su concepción de la justicia en el ropaje de un "derecho natural", cuya vigencia sostienen desde ahora, como anticipo de sus aspiraciones: la guerra campesina alemana, la guerra de independencia de los E.U. y la Revolución Francesa, todas ellas se suscitaron en nombre del derecho natural. Con razón pudo calificar Max Weber (WuG, 497; ES, 640) al derecho natural como "la forma específica de legitimidad del ordenamiento jurídico revolucionariamente creado". Es

obvio que ese derecho natural, mientras no se haya impuesto como derecho del Estado, no es más que un conjunto de postulados ético-sociales y no un derecho garantizado.

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

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

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

Independientemente de esta idea del orden, el grado de legitimidad del poder estatal posrevolucionario depende de hasta dónde establezca un orden comunitario justo, apoyado en el *ethos* social dominante. Por lo demás, el poder estatal recién establecido debe ocuparse de esta legitimidad, en bien de su propia estabilidad, pues “el más fuerte no lo es jamás bastante para ser siempre el amo o señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia de los demás en deber” (§ 9 I). Al nuevo régimen le conviene el hecho de que un orden de dominación que se ha impuesto, sea capaz de reeducar, dentro de ciertos límites, el concepto de justicia de los ciudadanos (Zippelius RPh, §§ 7 VII; 22 IV). La “fuerza justificadora del resultado”

desempeña algún papel en este sentido; según las palabras de Calderón: "En batallas tales, los que vencen son leales, los vencidos los traidores" (*La vida es sueño*, III 13), o para utilizar otra expresión: "Consumada, es una empresa inmortal; y si triunfa, queda también perdonada" (Schiller, *La muerte de Wallenstein* I 7). El sentido del orden y la fuerza del hábito contribuyen a acrecentar la aceptabilidad del orden garantizado por el nuevo poder político, en el supuesto de que éste logre afianzarse duraderamente.

II. Sobre la cuestión del derecho de resistencia

F. Kern. Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter, 1915, 21954, 138 ss.; K. Wolzendarff, Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht., 1916; C. Heyland, Das Widerstandsrecht des Volkes, 1950; D. Roth, Zur Ideengeschichte und zum Begriff des Widerstandes, Osterr ZöfFR 1955, 630 ss.; B. Pfister, G. Hildmann (eds.), Widerstandsrecht und Grenzen der Staatsgewalt, 1956; Krüger, 945 ss.; E. Gerstenmaier, S. Grundmann, en: EvStL, 2891 ss.; R. Marcic, Rechtsphilosophie 1969, 276 ss.; K.F. Bertram, Das Widerstandsrecht des Grundgesetzes, 1970; Ermacora, 251 ss.; K. Kröger, Widerstandsrecht und demokrat. Verfassung 1971; A. Kaufmann L. Backmann (eds.), Widerstandsrecht, 1972 (bibl.); Stern, § 57.

La tiranía de Adolfo Hitler planteó con renovada actualidad la vieja cuestión del derecho de resistencia, esto es, si más allá de la mera legalidad existe un derecho superior que autorice a desafiar a la autoridad injusta y a sus leyes. El régimen nacional-socialista sucumbió por el motivo que se quiera, pero no por la aplicación llana de un derecho suprapositivo. Fue mucho más sorprendente la ingenuidad con que se hablaba, *post festum*, de los derechos supraleales y de su preeminencia, olvidándose, con harta facilidad, la verdadera cuestión sobre el tapete cuando, en contra del poder de un tirano, alguien extiende su mano hacia "el cielo y trae sus derechos eternos que, inalienables e indestructibles, de él cuelgan, como las estrellas mismas"^(a): se trata frecuentemente de una lucha de vida y muerte. Hermann Heller (StL, 225 ss.; TE, 244 ss.) se dio plena cuenta de esto a la sombra de la tiranía en ascenso: la resistencia contra el régimen es una empresa muy arriesgada, sobre todo en el Estado moderno, ya que no solamente puede acarrear una simple detención, sino también poner en peligro la vida misma.

Así queda contestada, aunque parcialmente, la cuestión del derecho de resistencia; no existe tal derecho, como tampoco un derecho a la revolución, si por ello se entiende un dere-

cho garantizado (cfr. § 33 I, al final), lo cual, por cierto, no impide juzgar ulteriormente un acto de resistencia como si desde un principio hubiera sido conforme a derecho; se trata claramente de un juicio retroactivo sobre la base de un nuevo derecho garantizado.

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

Incluso esta sanción ético-jurídica resulta problemática las más de las veces, como se señaló respecto de la revolución. En vista de la inseguridad y el sacrificio, que son el precio habitual de la revolución y la resistencia, los pensadores más sensatos han puesto sencillamente en tela de juicio la legitimidad de esta empresa o le han hecho graves objeciones (Zippelius *Gesch.*, caps. 7c, 9b, 12a, c, 16c.). El rebelde debe tomar sobre sí no sólo el peligro personal, sino, frecuentemente, también un riesgo moral, que por su contenido mismo se sustrae a su consagración jurídica.

¿Se modifica acaso la situación si se consagra en una Constitución (como en el art. 20, inciso 4 LF)^(b) un "derecho a la resistencia"? En lo esencial no, puesto que, y comprensiblemente, éste sólo puede ser efectivo al fallar la garantía organizada del orden constitucional legítimo y democrático. Una vez que se ha presentado tal situación, ya tampoco existe un procedimiento jurídico ordenado a través del cual pudiera certificarse prontamente la legalidad de un acto de resistencia. ¿A qué viene entonces su "positivización"? Lenin decía burlescamente: "Cuando los alemanes toman por asalto una estación de ferrocarril, primero compran su boleto." El art. 20, inciso 4 LF tiene disponible dicho "boleto" para el peor de los casos.

NOTAS AL CAPITULO V

(a) Schiller. Guillermo Tell. II 2.

(b) art. 20 (1) "La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social".

(4) "Contra cualquiera que intente derribar ese orden les asiste a los alemanes el derecho a la resistencia cuando no fuera posible otro recurso."