

CAPÍTULO TERCERO

TEORÍA DEL PODER

I. CONCEPTOS BÁSICOS Y REPLANTEAMIENTO

En este capítulo contextualizaremos nuestro tema de investigación, a partir del estudio descriptivo de cómo se organiza el poder y se controla el actuar de quien lo detenta, así como algunos elementos teóricos y doctrinales que nos permitan tener claro el papel que juega el control en las relaciones de poder en el Estado, estableciendo los principios de la responsabilidad con que actúan los servidores públicos, como representantes directos de éste; diferenciando las conductas personales de los actos de la autoridad, lo que en esencia se determina por su naturaleza, su objeto, sus características y efectos.

Pero también en el presente capítulo hacemos una propuesta teórica de la organización del poder del Estado y cómo se regula ésta, proponiendo además un mecanismo de control de las conductas de los servidores públicos, ante la obligación que tienen derivada de la propia Constitución, utilizando como elemento teórico en la descripción de dicho modelo la teoría de la jerarquización de la norma de Hans Kelsen, y como hilo conductor en la descripción del modelo de control de las responsabilidades públicas, la teoría de sistemas de Niklas Luhmann.

Tomamos como referencia los estudios previos que algunos estudiosos de la materia, principalmente del derecho constitucional, han desarrollado en relación con el tema que se aborda en el presente capítulo.

En el caso de los actos de autoridad, dada su propia naturaleza, tienen la particularidad de ser sometidos al escrutinio de la legalidad con que realizan sus actividades, y en el caso de las conductas de los particulares, en su carácter de servidores públicos, éstas atienden a su naturaleza, si cumplen o no con el mandato de ley, es decir, si se ajustan o no al derecho.

Los Estados constitucionales tienen como rasgo característico que se fundamentan en el principio esencial de la regulación jurídica del poder político, como un devenir de la lucha entre los detentadores del poder y los destinatarios.

Así, vemos que los primeros Estados constitucionales se edifican sobre la base del principio de la limitación del poder político,⁶⁵ es decir, uno de los efectos más significativos del control es en relación con los actos de quienes detentan el poder.

Como alegóricamente refiere Edgar Bodenheimer en su libro *Teoría del derecho*, y también la clásica novela de Daniel Defoe, *Robinson Crusoe*, después de salvar la vida de uno de los prisioneros a punto de ser devorado por caníbales en aquella imaginaria isla desierta frente a las costas de América del Sur, lleno de gratitud ante su salvador, el joven salvaje se arrodilla ante él y baja la cabeza hasta tocar la tierra con la frente, toma el pie de Robinson y lo coloca sobre su cráneo, jurando así ser esclavo de su salvador, lo que da a Robinson un dominio absoluto y un poder de vida y muerte sobre él; tiempo después, Robinson salva la vida al capitán de un barco inglés que fue arrojado a la isla de Robinson, víctima del motín de su tripulación. Robinson promete libertarle y ayudarle a recobrar su barco, condicionando su ayuda en dos formas: primera, que el capitán mientras esté en la isla se someta completamente a su autoridad y, segunda, que después de recuperar el barco lo lleve a Inglaterra sin cobrarle el pasaje. El capitán acepta sus condiciones y el contrato se cumple.

⁶⁵ Cfr. Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, cit.

Lo anterior describe claramente dos tipos de relaciones entre los hombres, la relación de Robinson y Viernes, su compañero de color, es de dominación y sujeción. Robinson disfruta de un poder ilimitado sobre Viernes, no teniendo sobre él ninguna obligación; por el contrario, la relación entre Robinson y el capitán es de un contrato entre igualdad. Los dos hombres se reconocen mutuamente como ingleses libres, donde ninguno considera la posibilidad de someterse al otro.

Es decir, podemos distinguir que la relación de Robinson y Viernes es una relación de poder, la cual se da cuando un hombre queda sometido a la voluntad arbitraria e ilimitada del otro; en tanto, en la relación de Robinson con el capitán existe una relación de derecho, en esta relación contractual en donde ambas partes se reconocen derechos y deberes mutuos, sobre la base de cierta igualdad.

La reflexión se hace al considerar que en la isla de Robinson no hay poder superior, es decir, no hay gobierno que pueda garantizar y hacer cumplir fielmente el acuerdo, sin embargo, ello no limita el carácter de dicha relación. La garantía de la ejecución reside en el hecho de que ninguna de las partes puede lograr sus fines sin ejecutar fielmente el contrato.⁶⁶

En sentido psicológico, el poder es la capacidad de un individuo o grupo para llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros.

En la vida individual, el impulso del poder es susceptible de manifestarse en muchas formas según las cualidades particulares del individuo; pueden dirigir su energía al logro de influencias políticas o sociales, a la adquisición de dinero y propiedades, a conquistar mujeres o a consecución de resultados mentales e intelectuales.

Es una experiencia eterna, dijo Montesquieu, que todo hombre que tiene autoridad es capaz de abusar de ella; irá cada vez más allá, hasta que encuentre una barrera.⁶⁷

⁶⁶ Bodenheimer, E., *op. cit.*, p. 17.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 20.

1. *Concepto de poder*

La palabra poder tiene de por sí una carga emotiva bastante considerable, la razón es sencilla, el primer contacto que el hombre tuvo con el poder fue con el poder de la naturaleza, después —ante lo inexplicable— con el poder teológico y posteriormente conoció el poder del hombre sobre el hombre que, en su evolución más sofisticada, pasó a ser el poder del Estado, que no es otro que el poder político.

Así pues, por poder podemos entender múltiples conceptos de acuerdo con cada campo. A un nivel básico, poder suele identificarse con la noción de fuerza, por ejemplo, la fuerza pública, sin embargo, la noción de poder suele estar más relacionada con la acción social colectiva que con la fuerza física. También se entiende como la capacidad para cambiar la realidad.

Foucault estudia hondamente el poder, rompiendo con las concepciones clásicas de este término, para él el poder no puede ser localizado en una institución o en el Estado, pues está determinado por el juego de saberes que respaldan la dominación. El poder se sustenta en el discurso, y éste se sustenta en el orden de las leyes, y sólo se obtiene ese poder de nosotros (ciudadanos), de unos individuos sobre otros al interior de estas estructuras.⁶⁸

Para la presente investigación analizaremos el poder del hombre sobre el hombre, y por supuesto el poder estatal, así como lo describe Edgar Bodenheimer: “En sentido sociológico, el poder es la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos”.⁶⁹ Se puede ejercer el poder por medios físicos, psicológicos e intelectuales.

Un hombre puede lograr el poder por el hecho de ser físicamente más fuerte que algunos de sus congéneres; puede igual-

⁶⁸ Foucault, M., *op. cit.*, p. 13.

⁶⁹ *Idem.*

mente llegar a ser poderoso por su capacidad de ejercer una influencia psicológica o incluso hipnótica, irresistible sobre otros hombres o sobre las multitudes. En circunstancias favorables, sus grandes dotes intelectuales pueden también procurar a un hombre una posición de poder dentro de una comunidad o de una nación. El poder de un individuo puede ser considerablemente realzado si consigue ganar, para la obtención de sus fines, la cooperación devota de un grupo que simpatiza con él.⁷⁰

El poder es un móvil que tiene el hombre para lograr sus fines, el simple hecho de procurarse bienes de subsistencia es ya una manifestación de energía, esfuerzo le llamaba Hobbes, lo que implica poder. Visto de esta manera, todos los seres humanos, salvo muy raras excepciones, tienen la posibilidad de desarrollar ciertas facultades que les hacen aptos para conseguir sus fines y éstos no siempre son filantrópicos. Es una constante histórica que el que detenta el poder tiende a abusar de él, hasta donde encuentra límites.⁷¹

2. *El poder y los fines del Estado*

El poder del hombre sobre el hombre, como se dejó anotado, es el poder del Estado o poder político, y sólo tiene dos formas de expresarse: en favor del ser humano individual o socialmente considerado o en favor del ente abstracto e impersonal, que es el Estado mismo, es decir, se estudiará a ese complejo organismo social como fin o como medio.

Cuando el Estado supedita a su engrandecimiento a toda la vida humana, individual y colectiva, estamos ante una concepción totalitaria en la que el Estado es un fin en sí mismo; en tal caso requiere de la suma de todas las fuerzas, actividades, personas y cosas, todas a su servicio para lograr su objetivo consisten-

⁷⁰ *Ibidem*, p. 15.

⁷¹ Esto había pronosticado Montesquieu en su obra *El espíritu de las leyes*.

te en acrecentar el poderío y engrandecimiento del mismo, en detrimento de los fines de la persona humana que pierde toda significación.

En respuesta al planteamiento totalitario emerge la idea de que el Estado es un medio para el cumplimiento de fines humanos, según la cual, aquél se constituyó para servir al hombre y permitirle llevar una vida civilizada en la que pueda desarrollar al máximo sus capacidades. La reflexión es que el Estado es para el hombre y no el hombre para el Estado.

Lo anterior nos da pauta para precisar que la organización política tiene valor y justificación, sólo en cuanto es instrumento de bienestar de los individuos.⁷²

Tratando de ampliar nuestro marco teórico acerca del ejercicio del poder y sus mecanismos de control resulta atractivo contrastar algunas posturas teóricas en torno al poder, a continuación haremos un análisis.

3. *La teoría sociológica de Niklas Luhmann y el poder.* *Un acercamiento a la teoría de sistemas*

Para adentrarnos a la teoría desarrollada por Niklas Luhmann⁷³ en torno al poder es necesario conocer algunas de las ideas centrales de la teoría de sistemas desarrollada por el sociólogo y jurista alemán.

Inicialmente, es pertinente aclarar que los sistemas sociales no deben ser entendidos como una especie de hecho concreto, ni mucho menos como una especie de objeto. La legitimación de la

⁷² Borja, Rodrigo, *Derecho político y constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 79.

⁷³ Luhmann, N., Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate, *Introducción a la teoría de sistemas*, México, Universidad Iberoamericana, colección Teoría Social, 2002, p. 9.

disciplina debe consistir en una operación de autosustento.⁷⁴ De la postura teórica de Luhmann podemos intuir que el concepto de sistema social es el resultado de la aplicación de esquemas de interpretación con respecto al funcionamiento de las sociedades modernas, es decir, al ser los sistemas sociales producto de dichos esquemas de observación éstos justifican su existencia desde un punto de vista teórico y conceptual, fundamental para la creación de una teoría, en este caso social.

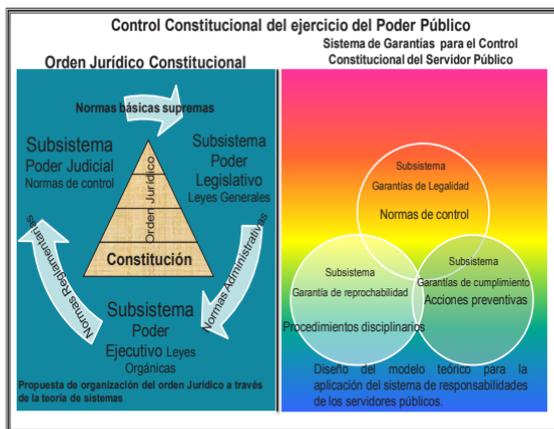
Para la elaboración de la idea de sistema no sólo bastaría con el reconocimiento de un determinado grupo de instituciones, en este caso, la institucionalización del poder y su organización, ni tampoco con la constatación de la hegemonía y control legal ejercido (la verificación de su actuación con sujeción al marco legal que establece su actuar). Por tanto, la concepción del sistema debe ser, más que una verificación empírica de su actuar, una perspectiva analítica de sus atribuciones, lo que debe procurarse mediante la contrastación de sus atribuciones y facultades en relación con su actuar y el cumplimiento de sus objetivos.

Al respecto, se puede proponer el diseño de un esquema de observación abstracto que posibilite la comprensión y análisis de la interrelación existente entre dichas instituciones concretas. Debe procurar la confrontación entre uno y otro para obtener una visión real de su función.

A partir de la postura sistémica de Luhmann, a continuación se presenta un diseño teórico-metodológico de cómo se dan las relaciones del poder en su estructura organizativa, tomando como referencia el marco jurídico de la Constitución y su relación en las diferentes etapas de su aplicación; el cual se basa en el diseño metodológico de la teoría de sistemas aplicado a mi objeto de estudio sistema de responsabilidades, como mecanismo de control constitucional del ejercicio del poder público.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 10.

DISEÑO METODOLÓGICO DE LA TEORÍA DE SISTEMAS APLICADO A MI OBJETO DE ESTUDIO (SISTEMA DE RESPONSABILIDADES)



En el esquema se propone un sistema de control basado en la supremacía constitucional de la norma que obligue a todos los servidores públicos al cabal cumplimiento de sus responsabilidades, acatando el estricto cumplimiento de la ley.

Concretando así el establecimiento de normas de control que garanticen, mediante formas de reprochabilidad y acciones de control, el cumplimiento irrestricto de las normas constitucionales y las leyes que ellos protestaron cumplir y hacer cumplir.

Para la elaboración de la idea de sistema no nos bastaría con el reconocimiento de un determinado grupo de instituciones, en este caso, las responsabilidades, ni tampoco con la constatación de la hegemonía y control legal ejercido. El diseño de sistema debe ser más que una aproximación empírica y analítica, debe procurar la comprensión de la interrelación existente entre ambos, es decir, debe procurar la confrontación entre uno y otro para obtener una visión real de su función.

En el modelo anterior claramente podemos ver la estructura sistémica en relación con el modelo kelseniano de la supremacía de la norma constitucional, considerando además teorías recientes como la de Miguel Covián o Enrique Uribe, el primero lo plantean a través de su teoría del control de la constitucionalidad en México,⁷⁵ y el segundo en su diseño teórico de la trilogía funcional del poder,⁷⁶ en ambos casos proponen un sistema de control de la Constitución, y coinciden en el nombre “Tribunal Constitucional”, el cual establece la posibilidad de garantizar la prevalencia y cumplimiento de la norma constitucional por quienes ejercen actos de poder en los órganos del Estado.

Es clara la intención de Miguel Covián sobre el tema cuando afirma que la distinción estructural y teleológica entre “subsistemas” de control del poder político y el que se diseña para verificar su constitucionalidad se percibe con mayor claridad precisamente cuando se compara a la defensa de la Constitución con el control de la constitucionalidad.⁷⁷

Como bien lo dice Miguel Covián, en México continúan identificándose erróneamente estas dos estructuras, donde se llega a confundir a los medios de defensa de la Constitución con los de control de la constitucionalidad, y dos ejemplos clarifican esto: el juicio político y la acción de inconstitucionalidad.

Cuando mediante el juicio político se inhabilita a un servidor público para desempeñar cualquier cargo, además de separarlo del que ostentaba se protege a la Constitución; claro está porqué se impide que esa persona siga infringiéndola, sin embargo, los actos o las omisiones que motivaron la responsabilidad oficial en la que incurrió no dejan de tener efectos por el simple hecho de que se le haya separado del cargo, pues además se requiere la

⁷⁵ Cfr. Covián Andrade, *op. cit.*

⁷⁶ Uribe Arzate, E., *El tribunal constitucional*, tesis de doctorado, México, UNAM, 2001, pp. 72-77.

⁷⁷ Covián Andrade, M., *¿Cómo transformar el sistema político sin reformar el Estado social?*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, 2008, p. 168.

aplicación de otros recursos de control (de legalidad o de constitucionalidad) para lograr su anulación. El juicio político es un medio de defensa de la Constitución, pero no un recurso de control de la constitucionalidad, fundamentalmente porque su teleología no consiste en la destrucción de las decisiones anticonstitucionales, sino en el impedimento de su existencia.⁷⁸

En cambio, cuando mediante el recurso de anticonstitucionalidad (acción de inconstitucionalidad) se eliminan los efectos de una norma general, se destruye una decisión que infringe la Constitución y se controla el poder político, concretándose en la práctica de esta manera el objetivo o la teleología del control de la constitucionalidad. Para que esto ocurra se necesita que primero exista una norma jurídica anticonstitucional, la cual será anulada mediante la aplicación del medio de control adecuado, en este caso, el recurso de anticonstitucionalidad, cuyo objetivo no consiste en evitar la infracción de la Constitución o de las normas constitucionales, sino en remediarla, para lo cual se deja sin efectos a la decisión anticonstitucional.⁷⁹

Como se puede observar de lo anterior si bien en ambos casos se protege a la Constitución, el control de la constitucionalidad es correctivo, mientras que la defensa de la Constitución es preventiva. Así como la aplicación del juicio político no implica la desaparición de los actos o las omisiones anticonstitucionales que lo motivaron. La anulación de una norma general contraria a la Constitución no conlleva la separación del cargo de los servidores públicos que la aprobaron, lo cual demuestra que uno y otro medio de control del poder no son equivalentes ni deben confundirse en cuanto a sus correspondientes objetivos específicos.⁸⁰

Con lo anteriormente expuesto podemos aplicar lo referido por Luhmann; en primer lugar, si el poder debe considerarse como universal social, en la teoría del poder es necesario tomar el

⁷⁸ *Ibidem*, p. 169.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 170.

⁸⁰ *Idem*.

sistema de referencia, es decir, a la sociedad como fundamento.⁸¹ En otras palabras, se debe comenzar por las funciones del poder, este sistema de referencia de ningún modo cambia si la política y la ley se incluyen en la perspectiva. Lo anterior tomando en consideración que el sistema político y el sistema legal son subsistemas de la sociedad que están diferenciados por las funciones sociales.

Si bien es cierto que Luhmann se posiciona con un enfoque sociológico, también lo es que presenta como uno de sus rasgos principales el hecho de concebir al entramado social contemporáneo como un conjunto extendido de sistemas relativamente autónomos que se diferencian entre sí. Luhmann reconoce un conjunto de sistemas que compartirían un entorno común: el sistema social, el sistema psíquico, el sistema máquina y el sistema vivo, que conforman —a nivel *societal*— un entorno macro sociológico de creciente complejidad.

Siguiendo este esquema de pensamiento puede aseverarse el hecho de que mientras mayor sea el nivel de desarrollo de los distintos sistemas sociales mayor será el grado de diferenciación que éstos deben alcanzar para desenvolverse socialmente, con el objetivo de permanecer, adaptarse, reproducirse y evolucionar al interior de un entorno que, por decirlo de alguna manera, los desafía generándoles un sinnúmero de dificultades, las cuales deben ser capaces de sobrellevar si pretenden no ser sobrepasados por otros sistemas. Es debido a esto que cada sistema, con el fin de adaptarse a su entorno y reproducirse a sí mismo, tendría como modo de operar el hecho de reducir la complejidad que le condiciona dicho entorno.

Aquella simplificación de la complejidad consiste principalmente en la creación de posibilidades de abstracción que van desde lo general a lo específico, acotando las funciones que le son pertinentes en cada caso, definiendo su particular dominio y marco de acción específico.

⁸¹ Luhmann, N., *Poder*, México, Universidad Iberoamericana-Antropos, 2005, p. 137.

Podemos, de este modo, aseverar que la teoría de sistemas se sustenta sobre una perspectiva analítica que toma como base la diferenciación funcional entre sistema y entorno, teniendo como objetivo una cada vez mayor reducción de la complejidad inherente a este último.

La idea de evolución social, intrínsecamente ligada a la teoría de sistemas desarrollada por Luhmann, está arraigada al hecho de que los sistemas sociales se ven en la necesidad de presentar un mayor grado de diferenciación y, por lo tanto, de hacer frente, a través de las adaptaciones de su funcionamiento, a una mayor complejidad impuesta por su entorno. Si concebimos al desarrollo de los sistemas sociales desde un punto de vista evolutivo, éstos deben actualizarse progresivamente, de tal forma que redefina constantemente los mecanismos de diferenciación con respecto a ese mismo entorno que le rodea. Dicho proceso de diferenciación se puede llevar a cabo tomando como contexto histórico la consolidación secular de las sociedades contemporáneas, mediante la creación e implementación de medios de comunicación cada vez más generalizados.

Es de esta forma que los medios de comunicación se constituyen, para Luhmann, en un punto central para el análisis y estudio del poder desde el punto de vista de la teoría de sistemas.

Luhmann analiza al poder estudiándolo desde un punto de vista que pretende ir más allá del estudio de sus manifestaciones particulares. Más que centrar su atención en los sistemas psíquicos que presentan los diversos actores sociales, focaliza su análisis en las funciones sociales que dichos actores llevan a cabo y los relaciona con un determinado sistema social que, por decirlo de alguna manera, los configura. Las funciones se ubican como preeminentes por sobre el sujeto que está inserto en una estructura social que, más allá de su condición de explotador o explotado, de poseedor o víctima del ejercicio del poder, debe ceñirse a un conjunto determinado de acciones y normas al interior de un sistema social que lo trasciende.

II. LUHMANN Y EL CONCEPTO DE PODER

El poder, comprendido como medio de comunicación, presupone un código que debe ser interpretado de manera generalizada por todas las partes presentes en el proceso comunicativo. Dicho medio de comunicación se expresa por medio de una relación de doble contingencia que se da entre los actores sociales, que deben organizarse de tal forma que sus acciones y decisiones se complementen de la forma más armoniosa posible. Como la armonía total de un conjunto de sistemas complejamente interconectados es prácticamente imposible, Luhmann reconoce la noción de conflicto.

La reducción de la complejidad por parte de un determinado sistema social es llevada a cabo de manera concreta por los actores mediante una acción específica: la comunicación.

Luhmann señala que el poder se distingue de otros medios de comunicación en que su código supone que existen personas en ambos lados de la relación de la comunicación que reducen la complejidad a través de la acción y no sólo a través de la experiencia. Una teoría del poder que se desarrolle como la teoría de un medio de comunicación particular simbólicamente generalizado debe ser capaz de explicar cómo es posible que ocurra en la vida social esta especialización en la transferencia de las reducciones de la acción y qué problemas resultan de ello. La idea de acción surge de la selección que se produce al interior de un sistema, es el acto mismo en el que se lleva a cabo la reducción de la complejidad al interior de un determinado sistema.

El procedimiento por el cual se lleva a cabo la comunicación ejercida por medio de la generalización del código constituye, en definitiva, lo que denominamos como poder. En otras palabras, el ejercicio del poder se concretiza en el proceso mismo de la comunicación. Es así como Luhmann señala que el poder puede hacer demandas a la voluntad, la puede obligar a absorber riesgos e inseguridades, incluso la puede llevar a la tentación y dejarla frustrada. Los símbolos generalizados del código, los deberes e

insignias del cargo y las ideologías y condiciones de legitimación sirven para ayudar al proceso de articulación, pero el proceso mismo de comunicación sólo cristaliza motivos cuando se está ejerciendo el poder.

El poder es comprendido como la manera en que se distribuyen y organizan las preferencias (selecciones) con respecto a determinadas alternativas de acción. La selección de las preferencias es llevada a cabo de manera secuencial, y es la combinación de dichas preferencias la que da forma al concepto de poder. No se puede suponer que el desarrollo social produce automáticamente poder en la forma en que lo necesita; ni que el poder ocurre simultáneamente como consecuencia de la diferenciación social, como si fuera algo espontáneo. Contra esto podría decirse que el poder que se basa en las dependencias estructuralmente condicionadas se fragmenta con la diferenciación siempre en aumento y se torna fundamentalmente específico y rígido. Por esta razón, las dependencias estructurales de la formación del poder demandan una flexibilidad adecuada en la construcción del poder.

III. PODER Y COERCIÓN

Para Luhmann, el concepto de poder se distingue de las formas generales que pueda adoptar la coerción social, tal como puede llegar a ser la aplicación de la violencia física por parte de un “alter” (sujeto que tiene el control de las posibilidades en el ejercicio del poder) en contra de un “ego” (sujeto interpelado por quien ejerce el poder). Dicha postura, la de relacionar directamente al poder con la coerción y la violencia, es tremendamente común, e incluso útil, desde mi punto de vista, a la hora de realizar una crítica política e ideológica en contra de las manifestaciones nocivas o efectos no deseados del ejercicio del poder, una crítica necesaria y humanamente plausible.

No obstante, Luhmann pretende trascender el carácter ideológico y valorativo que puede llegar a tener el análisis crítico del poder y la coerción, yendo más allá de la mera crítica, confinan-

do a dicha perspectiva al orden de lo ideológico y lo político. Su intención es analizar al poder desde una perspectiva que tome en cuenta, más que el conflicto potencial, la forma en que el poder se manifiesta como uno de los elementos que posibilitan el orden social. Podríamos decir que sus reflexiones se identifican más con el sistema ciencia que con el sistema político, ya que su objetivo es, más que realizar diagnósticos políticos, éticos o valorativos con respecto al poder, concebirlo al interior de una determinada teoría de lo social: la teoría de sistemas.

Si bien la violencia física funciona como una de las bases del poder en el nivel societal, la aplicación de aquella violencia física (o coerción ejercida por un “alter” sobre un “ego”) es entendida por Luhmann como una manifestación de pérdida de poder, y en definitiva como la negación de la posibilidad del mismo, ya que la selectividad necesaria para su producción es sobrepasada y limitada por la coerción que es puesta en práctica.

Si la aplicación de la violencia se generaliza y se torna en algo común al interior de una determinada formación social, esto querría decir que el poder no se ha consolidado como medio de comunicación generalizado para la distribución de selectividades. Asimismo, la teoría de sistemas concibe a la violencia física no como algo constituyente del sistema social, sino como una suerte de efecto nocivo resultante de los conflictos existentes al interior de dicho sistema, sin embargo, ante la constatación del hecho de que en la mayoría de las sociedades contemporáneas la aplicación de la fuerza coercitiva se convierte en algo cotidiano, puede deducirse, sin demasiadas cavilaciones, que esto se debe al hecho de que existen un sinnúmero de dificultades a las que debe enfrentarse el poder, el cual pretendería hacerse valer más allá del hecho de que existan personas que renieguen de él y que se le puedan oponer conflictivamente.

No podemos caer en una excesiva simplificación conceptual y postular que la coerción sería la manifestación por excelencia de un determinado poder hegemónico, esto nos conduciría a pen-

sar que dicho poder se hace efectivo sólo mediante la aplicación de la violencia.

En lo que respecta a la creación de una teoría general de los sistemas sociales, la homologación de coerción y poder no nos sería de utilidad, en la medida en que los sistemas sociales, si bien suponen un conflicto endémico y tienen a la violencia como una de sus piedras angulares, no se erigirían sobre esa exclusiva base al momento de autodefinirse y organizarse socialmente, más que la resolución violenta de los conflictos y la aplicación de la coerción física, al poder le correspondería principalmente el mantenimiento del orden social, el cual sería más efectivo en la medida en que la resistencia de “ego” sea conscientemente menor, incluso nula.

De esta manera, no podríamos, afirmar que la violencia conduciría a la resolución de un determinado conflicto. Por tanto, las ideas de poder y de libertad no serían contradictorias entre sí, ya que, desde el punto de vista de Luhmann, mientras más libertad tenga “ego” al momento de realizar una determinada acción condicionada por “alter”, más efectivo se hará el ejercicio del poder, y más fluidamente se producirá el proceso de transferencia de la selectividad.

La selectividad reducida de opciones que tiene, por ejemplo, un empleado a la hora de ejecutar una determinada orden dirigida por parte de su patrón debería llevarse a cabo, por decirlo de manera ideal, de la forma más libre y mutuamente consciente que sea posible. Todos los actores presentes en dicha relación deberían tener en claro cuáles son sus atribuciones y posibilidades de selectividad con respecto a dichas órdenes, de tal manera que la acción se ejecute de manera efectiva y de que el potencial conflicto sea neutralizado.

Al momento en que la selectividad de una acción se reduce a cero, se abre paso a la obligación totalizante, a la aplicación de castigos y a la coerción. En estos casos se aprecia que el poder, que si bien tiene como una de sus condiciones de existencia a la posibilidad del ejercicio de violencia, pierde su efectividad

primordial. No obstante, cabe señalar el hecho de que el poder siempre se hace valer de algún tipo de amenaza potencial, siempre cuenta con alguna herramienta punitiva que, desde un punto de vista ideal, se debe evitarse (debe ser entendida como un último recurso), aunque permanece inscrita en las normas del juego del ejercicio del poder.

Es imprescindible distinguir a la coerción del poder mismo, Luhmann señala a este respecto que el poder debe diferenciarse de la coerción para hacer algo concreto y específico. Las elecciones posibles de una persona que está limitada se reducen a cero. El poder pierde su función de crear doble contingencia en la misma proporción en que se aproxima al carácter de la coerción, y ésta significa la renuncia a las ventajas de la generalización simbólica y a guiar la selectividad del compañero. En este caso la reducción de la complejidad no se distribuye, sino que se transfiere a la persona que usa la coerción.

El sistema social siempre se hace valer de las herramientas punitivas que le otorgan una determinada fuerza a la hora de llevar a cabo la aplicación de un castigo específico. El ejercicio de la violencia consiste en la culminación de un conflicto en el que es imposible evitar como consecuencia la formación de un esquematismo de orientación binaria que anticipa el resultado del conflicto. Cuando se usa una alternativa de evitación social este esquematismo complementa el de lo legal y lo ilegal. De este modo, la naturaleza del código del poder, que consiste en fuerza/debilidad y legal/ilegal, está en la duplicación de las combinaciones de alternativas negativas y positivas: esto constituye el poder.

El ejercicio de la violencia siempre es comprendido como la culminación (no confundir con resolución) de un conflicto, es decir, como aquello que pone fin a un determinado problema que no fue susceptible de ser solucionado de otro modo. El poder es constituido mediante la duplicación y reconocimiento de las alternativas binarias que lo posibilitan.

Los conflictos derivados del ejercicio del poder están, en cierta forma, programados sistemáticamente mediante la construc-

ción de esquematismos binarios que categorizan, por ejemplo, a lo legal y a lo ilegal. El poder se constituye sólo en la medida que, al interior de una determinada legalidad, es encargado de reconocer aquello que está por fuera de lo permitido, aquello que es definido como ilegal. Los sistemas sociales se encargan entonces de reproducir y actualizar las distinciones binarias necesarias para la existencia del poder. Con el desarrollo de los sistemas sociales, nuevos conflictos potenciales aparecen en el horizonte de las sociedades contemporáneas, estos conflictos potenciales para ser neutralizados deben ser ubicados conceptualmente al interior de una dicotomía que los reconozca mediante la diferencia y la oposición.

En determinados momentos de la evolución de las sociedades se refuerza o reformula la categorización de lo ilegal, producto de la aparición de nuevos elementos que ponen en tensión las formas precedentes de regulación social sobre las cuales se relacionaban los distintos sistemas sociales. A modo de ejemplo, tomando como contexto la realidad social contemporánea de nuestro país, podemos notar una reactualización de las funciones de los distintos sistemas sociales con respecto a la vigilancia y deportación de cierto grupo de inmigrantes hacia afuera del territorio nacional, tal y como ha ocurrido, por ejemplo, a partir de los años noventa con los ciudadanos peruanos que ingresan a nuestro país en busca de mejores oportunidades de trabajo. La deportación y el maltrato físico y psicológico pueden ser comprendidos como una de las tantas manifestaciones que puede adoptar la coerción social.

Asimismo, cuando se ejerce la coerción física, el poder manifiesta de manera explícita la dicotomía que existe entre fuerza y debilidad, ya que dicha violencia sólo puede ser efectuada por algo más fuerte que aquello que es castigado.

IV. BREVES REFLEXIONES SOBRE EL PODER

Originalmente, y antes de la existencia del Estado, el hombre existió con sus virtudes y pasiones; fue el hombre individual el que con su poder empezó a apropiarse de las cosas, y su dominio

sobre ellas lo obligó a sobreponerse a sus congéneres. Cuanto mayor era el núcleo humano, mayor era el control que se requería. De la necesidad de regular las relaciones humanas surgió el Estado con todas sus instituciones, unas al servicio del hombre y otras al servicio del Estado mismo, tal es el caso de las instituciones ideologizantes y las represivas.⁸²

El propio Weber consideró a la burocracia como un tipo de poder y no como un sistema social. Un tipo de poder ejercido desde el Estado por medio de su clase en el poder, la clase dominante.

De lo anterior podemos afirmar que el Estado tiene poder, mando, imperio, fuerza sobre ciertas personas. Las primeras figuras de ejercicio del mando surgen a raíz de la necesidad de que la sociedad viva en orden y bajo seguridad. El mando es un aspecto fundamental, de éste surge la obediencia, la que se da para mantener la cohesión social evitando controversias en la sociedad.⁸³

Lo que prevalece en un Estado de derecho es la licitud del actuar de los subordinados al orden jurídico donde el respeto mismo a una norma considerada como obligatoria sea la generalidad, sin la necesidad de aplicar mecanismos que sancionen conductas consideradas como prohibidas. El poder no puede ser arbitrario, sino fundamentado.

V. LA DIVISIÓN DE PODERES

En el Estado moderno, la soberanía reside en el pueblo y es su fundamento; Locke y Montesquieu señalan que cada uno de ellos asume la función que le da su nombre y deben corresponder a un titular distinto, ya que todo hombre que tiene poder tiende a su abuso.

Bodenheimer afirma que la combinación de la teoría del derecho natural de Locke con la doctrina de separación de poderes

⁸² Hernández Figueroa, Adolfo, *El poder individual como fuente del transpersonalismo político*, México, CODHEM, abril de 1994, p. 6.

⁸³ Olivera Toro, J., *Manual de derecho administrativo*, 7a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 9.

de Montesquieu forma la base filosófica del sistema de gobierno norteamericano.

1. *Equilibrio de los poderes*

Los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial deben mantenerse sin interferencias, ni afectar con su actuar la soberanía de los estados de la Federación.

La soberanía reside en el pueblo, y para ejercerla el Constituyente tiene la supremacía de la organización y distribución de competencias de cada uno de los poderes. No se limita más que el poder del gobierno, habrá necesariamente individuos particulares o grupos privados omnipotentes, es decir, algo parecido a la anarquía (*reign of law*).

Puede asignar a grupos, individuos particulares o grupos privados, como a los gobernantes, una esfera de poder definida y circunscrita que no puedan agrandar ni trascender arbitrariamente, y se puede conceder a los particulares por medio de derechos jurídicamente reconocidos.

La experiencia nos enseña que en un Estado totalitario moderno muchos actos, de naturaleza puramente caprichosa y arbitraria, se justifican y sancionan en nombre de un propósito sagrado.

Un acto realizado por un funcionario impulsado por motivos puramente personales puede fácilmente ser racionalizado como la presencia de Estados totalitarios modernos en estructuras de poder arbitrario, con la posibilidad ilimitada de modificar las leyes a su favor.

En el campo administrativo, el poder del gobierno, o de sus funcionarios, de suprimir los derechos de cualquier ciudadano sin expresar ningún motivo puede ejercerse de modo puramente arbitrario y caprichoso, lo cual refleja en el ánimo de los súbditos, el estar constantemente turbado y sentirse siempre inseguro.⁸⁴

⁸⁴ Bodenheimer, E., *op. cit.*, pp. 24 y 25.

2. *Concepto de justicia administrativa*

En el desarrollo de la investigación nos hemos percatado de que el término “justicia administrativa” es utilizado para hacer referencia a diferentes acciones, tal es el caso que para algunos es justicia administrativa, a lo que en rigor constituye la jurisdicción administrativa.⁸⁵

Así, tenemos que Andrés Serra Rojas, al abordar dicha noción, hace referencia al conjunto de principios y procedimientos que establecen recursos y garantías para defensa de los particulares.⁸⁶

José Ovalle Favela, aunque considera que la justicia administrativa contiene tanto a la jurisdicción administrativa como al proceso administrativo, al emprender el estudio de la jurisdicción administrativa decide no utilizar el término jurisdicción porque si bien reconoce el sentido técnico preciso del vocablo, también considera que en lenguaje jurídico es utilizado muy frecuentemente con otros significados. Por dicha razón opta por la expresión justicia administrativa, bajo la cual engloba tanto a los órganos como a su función jurisdiccional, en cuanto al propio proceso administrativo.

Suscribimos la opinión de Héctor Fix-Zamudio en el sentido de que la justicia administrativa comprende todos los instrumentos que los diversos ordenamientos han establecido para la defensa de los derechos subjetivos como de los intereses legítimos de los administrados frente a la actividad de la administración.

Al intentar determinar las dimensiones del género de justicia administrativa nos encontramos con diversas opiniones, como la de José Ovalle Favela, quien considera que comprende a la jurisdicción, al proceso administrativo a los órganos encargados de

⁸⁵ Vázquez Alfaro, J. L., *Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano (El marco conceptual para el estudio de la jurisdicción administrativa)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, pp. 25 y 26.

⁸⁶ Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo, segundo curso*, 25a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 614.

ella, y en forma inercial incluye, aunque no convencido, a los recursos administrativos.

Para Carrillo Flores, la justicia administrativa es la especie y el contencioso administrativo constituye el género, sin embargo, al exponer la idea de justicia administrativa nos describe a la jurisdicción administrativa y al proceso administrativo.

Con base en la definición referida anteriormente, y dada la versatilidad del término, seguimos la opinión de Héctor Fix-Zamudio al referir que justicia administrativa comprende todos aquellos mecanismos protectores de la legalidad administrativa y de los derechos subjetivos de los gobernados; las leyes de procedimiento administrativo; los recursos administrativos internos; el *ombudsman*; las comisiones de vigilancia de la informática, así como cualquier otro tipo de control sobre la actividad de las autoridades administrativas.

3. *La jurisdicción administrativa*

Es el componente más importante la justicia administrativa, a la vez que constituye una función insustituible y fundamental. La práctica entre los autores consiste en definir en abstracto la jurisdicción para posteriormente definir la jurisdicción administrativa.⁸⁷

José Ovalle Favela reconoce el sentido técnico preciso de la expresión jurisdicción administrativa, aunque no la utilice.

La jurisdicción administrativa constituye un aspecto especial de la jurisdicción *in genere*, con razón en la materia y con independencia del órgano público que ejercita la propia función. Por ello sería erróneo partir simplemente de un concepto formal de la función jurisdiccional, pues existen órganos formalmente administrativos que cumplen funciones jurisdiccionales y se encuentran estructurados como verdaderos tribunales.

⁸⁷ Vázquez Alfaro, J. L., *op. cit.*, p. 28.

4. *Órganos de la jurisdicción administrativa*

Berthélemy caracteriza al tribunal administrativo como un instrumento de la propia administración para imponer el respeto a la norma jurídica.

Al tribunal administrativo lo podemos describir como todo organismo que ejerce funciones jurisdiccionales, resuelve litigios de carácter administrativo sin importar si se encuentra o no dentro de la esfera formal de la administración. Para distinguir a los tribunales administrativos en estricto sentido de algunos organismos que poseen facultades cuasi jurisdiccionales debemos añadir las notas de imparcialidad e independencia, propias de todo órgano jurisdiccional. Afirmamos que el tribunal administrativo es todo órgano que, al margen de su adscripción formal dentro de la administración o del Poder Judicial, está dotado de autonomía y por tanto puede resolver en forma imparcial una controversia o litigio de carácter administrativo.

En relación con el concepto de tribunal administrativo conviene recordar la distinción entre los tribunales administrativos y los tribunales de la administración que realiza Nava Negrete. Parte de la idea de que las facultades jurisdiccionales de las autoridades administrativas no se desarrollan siempre a propósito de un acto administrativo, y distingue a los tribunales de la administración, es decir, aquellos cuerpos jurisdiccionales situados en la esfera del Poder Ejecutivo, cuyas actividades jurisdiccionales no se motivan en un acto administrativo, sino en una controversia de otro tipo —como es el caso de los tribunales que existen en materia de trabajo que se encargan de resolver las controversias laborales surgidas entre particulares—, de los auténticos tribunales administrativos que están encargados de dirimir controversias administrativas a través de un proceso, dictando una sentencia sin importar en qué esfera estén domiciliados, sea la administrativa o la judicial.

VI. EL PROCESO ADMINISTRATIVO

El proceso administrativo comprende una serie de actos a través de los cuales se realiza la función jurisdiccional en materia administrativa. Para Roberto Dromí, su finalidad es satisfacer las pretensiones deducidas por los administrados afectados en sus derechos subjetivos, y requiere de la intervención de un órgano judicial, conclusión explicable si consideramos la organización típicamente judicial que existe en Argentina.

Debemos decir que el proceso es el conjunto de actos realizados por el juez, las partes y los terceros con la finalidad de que el órgano jurisdiccional, después de considerar todos los elementos de juicio, emita una resolución para resolver el caso particular y controvertido. Por extensión, el proceso administrativo es aquel que tiene por objeto las pretensiones fundadas en normas de derecho administrativo.

Distinción entre proceso y proceso administrativo

La nota distintiva entre proceso y procedimiento la proporcióna el ilustre Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien nos recuerda que mientras la idea de proceso responde a una contemplación teleológica, la del procedimiento obedece a un enfoque formalista, pudiendo existir unidad procesal y diversidad procedimental.⁸⁸

La distinción se puede explicar diciendo que el proceso es una serie de actos del órgano jurisdiccional, partes y terceros, con la finalidad de solucionar un conflicto a través de una sentencia. Ahora bien, el proceso para desarrollarse requiere de un grupo de reglas (de procedimiento), de tal forma que mientras el procedimiento es la conducta humana, el proceso es el producto objetivado de la conducta humana.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 29.