

I. La construcción social del Estado de derecho . . .	21
1. Las dimensiones sociales del Estado	21
2. Las dimensiones sociales del derecho	26
3. Instituciones políticas: la preservación del con- senso	30

I. LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DEL ESTADO DE DERECHO

1. *Las dimensiones sociales del Estado*

A pesar de las múltiples definiciones de *Estado* en los umbrales del siglo XXI —definiciones que a veces implican su inminente desaparición o su inexistencia—, juristas, sociólogos y politólogos parecen coincidir al identificar elementos comunes en cada una de ellas. De acuerdo con Max Weber, el Estado es “un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al *monopolio legítimo* de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente”.¹ Hermann Heller pensaba que una definición semejante suponía ver al Estado como “una ficción o síntesis mental” que el estudioso podía construir o abandonar a placer,² pero su propia definición —“El Estado es una unidad de acción jurídicamente organizada”— apenas logró ir más allá de esta síntesis.

Menos interesado en la “concepción técnica”, Umberto Cerroni sostiene que el Estado puede definirse como el

sistema político representativo (y por tanto separado de las actividades socioeconómicas que constituyen la sociedad civil) que se constituye en un territorio de dimensión nacional en el curso de un proceso histórico que ve el “nacimiento de una nación” como pueblo de sujetos iguales unidos por un fuerte nexo económico-lingüístico-cultural.³

1 Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, FCE, 1983, p. 43.

2 Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, FCE, 1989, p. 79.

3 Cerroni, Umberto, *Política: métodos, teorías, procesos, sujetos, instituciones y categorías*, México, Siglo XXI Editores, p. 127.

Maurice Duverger optó por la pluralidad al decir que “la palabra Estado tiene dos sentidos diferentes: o bien designa el conjunto de instituciones gubernamentales de una nación (Estado-gobierno), o se refiere a la nación misma en tanto que está dotada de instituciones gubernamentales de las naciones”.⁴

Al tratar de definir al Estado, las escuelas norteamericanas tomaron elementos de las corrientes europeas e introdujeron otros de carácter didáctico. Karl Deutsch escribe que “el Estado es una maquinaria organizada para la elaboración y ejecución de decisiones políticas y para la imposición de las leyes y reglas de un gobierno. Sus apéndices materiales no sólo incluyen a los funcionarios y los edificios de oficinas, sino también soldados, policías y cárceles”.⁵ John A. Hall y G. John Ikenberry consideran que “el Estado es un conjunto de instituciones, manejadas por el propio personal estatal, entre las que destaca muy particularmente la que se ocupa de los medios de violencia y coerción”,⁶ destacando que estas instituciones se localizan en el centro de un territorio geográficamente delimitado, atribuido generalmente a una sociedad a la cual el Estado vigila y controla a través de reglas al interior de su territorio, “lo cual *tiende* a la creación de una cultura política común compartida por todos los ciudadanos”.⁷

No es el propósito de este estudio revisar las distintas definiciones que se han propuesto para explicar la naturaleza, los alcances y los límites del Estado moderno, pero sí destacar el elemento social que subyace en todas ellas: tanto el “instituto político” de Weber, como el “sistema político representativo” de Cerroni o las “instituciones gubernamentales” de Duverger suponen *aceptación* de uno o distintos grupos sociales para que el instituto, el sistema o las instituciones puedan existir y actuar socialmente.⁸ En otras palabras, el

4 Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 23.

5 Deutsch, Karl W., *Política y gobierno*, México, FCE, 1976, p. 120.

6 Hall, John e Ikenberry, John, *El Estado*, México, Nueva Imagen, 1981, p. 12.

7 *Ibidem*, p. 13.

8 Utilizo el término *acción social* en el sentido weberiano: “Por *acción*

consenso. Sin este consenso, ninguna forma del Estado tendría la posibilidad de condicionar las conductas colectivas e individuales. El concepto de “persona moral” al que nos tienen acostumbrados nuestros clásicos exige una “construcción social”, para utilizar la imagen propuesta por Berger y Luckmann.⁹ De esta construcción tampoco escapa la “unidad de acción jurídicamente organizada” de Heller, pues ¿quién determina la unidad de acción y la organización jurídica si no es aquella comunidad que las acepta como válidas o que, incluso, las rechaza? El solo adverbio basta para que Heller no pueda evitar la ficción que criticó en Weber y en Jellinek.

Deutsch, Hall e Ikenberry resultaron menos ambiciosos en sus definiciones. Los dos últimos, además, estuvieron conscientes de los elementos que permiten construir y mantener el concepto de Estado, el cual sólo tiene presencia y eficacia en la medida en que los hombres que han acordado constituirlo se ajusten a los términos y a las consecuencias de un acuerdo. Incluso las concepciones más modernas del Estado —concepciones que tienen que ver más con el análisis económico que con el análisis político— integran el elemento social. Douglass North, el economista que ganó en 1993 el Premio Nobel de Economía y que piensa que el Estado es “una organización con ventaja comparativa en la violencia, que se extiende sobre una área geográfica cuyos límites vienen determinados por el poder de recaudar impuestos de sus habitantes”, tiene que admitir que “no se puede desarrollar un análisis útil sobre el Estado si se le separa de los derechos de propiedad”. Si el uso del término “propiedad” no fuera

debe entenderse una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, ya en un omitir o permitir) siempre que el sujeto o los sujetos de la acción *enlacen* a ella un sentido subjetivo. La *acción social*, por tanto, es una acción en donde el sentido mentado por su sujeto o sujetos está referido a la conducta de *otros*, orientándose por ésta en su desarrollo”. Weber, Max, *op. cit.*, p. 5.

9 En su libro *La construcción social de la realidad*, Peter Berger y Thomas Luckmann hacen un ameno estudio sobre la teoría del conocimiento, resaltando los elementos sociales que la conforman.

suficiente, North subraya la importancia del pacto social en la aproximación económica.¹⁰

Al tratar de precisar qué es lo que mantiene unida a una comunidad, algunos filósofos han privilegiado la fuerza y otros se han concentrado en la conciliación de intereses entre los individuos y los grupos que integran dicha comunidad. Tanto la fuerza como la conciliación de los intereses juegan un papel importantísimo en la cohesión social, pero de ningún modo explican, por sí mismos, esta cohesión. Es una vez más el *consenso* el que hace que una familia, una tribu, un pueblo o un Estado sobrevivan: la voluntad de sus miembros de seguir perteneciendo a ese grupo. Por ello, una afirmación como la de que “el Estado, como tal, (es) un objeto propio, sustantivo, autónomo del conocimiento para la teoría política”,¹¹ está más vinculado con la poesía que con el análisis sociológico: Como mero objeto de la teoría política, el Estado —“Estado de derecho” cuando el orden político que lo define depende de que se acaten las normas jurídicas— se integra y desintegra en razón de diversos fenómenos económicos y políticos, cuya relevancia está determinada por el significado que se conceda en cada momento a términos como *pueblo*, *país*, *nación* o *gobierno*. De aquí que el estudio del Estado exija, permanentemente, la incorporación de nuevos elementos de análisis. De aquí también que, como lo ha escrito Umberto Cerroni,

la verdadera crisis del Estado de derecho está en su doble disponibilidad histórica para ser fecundado por la democracia y colonizado por la reacción antidemocrática. Su llamada neutralidad marca en realidad que él ha llegado a ser el campo de una competencia política no meramente práctica, sino exquisitamente cultural y teórica.¹²

10 Cfr. North, Douglass: *Estructura y cambio en la historia económica*, Madrid, Alianza Editorial, 1994, núm. 411, p. 36.

11 González Uribe, Héctor, *Teoría política*, México, Porrúa, 1989, p. 165.

12 Cerroni, Umberto, *op. cit.*, p. 130.

En las postrimerías del siglo XX, las convulsiones que determinaron el surgimiento de los países bálticos, el desmoronamiento de la Unión Soviética, la nueva unificación de Alemania o el enfrentamiento de los pueblos yugoslavos no sólo alteraron el equilibrio político dentro del orden mundial sino las definiciones, las propuestas y las variables que solían considerarse dentro de la teoría política. El “objeto propio, sustantivo, autónomo del conocimiento para la teoría política” del que nos habla González Uribe se desvanece. ¿Los Estados Bálticos lo eran desde siempre o lo fueron hasta que contaron con el reconocimiento internacional? ¿Las repúblicas soviéticas conformaban un Estado o, en realidad, nunca lo conformaron? ¿Hasta qué grado son Estados Argelia, las islas Comores, Taiwán y Myanmar? Las respuestas dependen del grupo político que las dé. A estas preguntas debemos añadir las que se derivan de la tendencia actual de los países a formar bloques económicos, desplazando la figura del Estado y obligando a que se replantee el concepto de *soberanía*. Esto ocurre mientras, paradójicamente, muchos Estados se desintegran en lo político.

A veces, la separación es de hecho, sin que se vean afectadas las estructuras jurídicas, como el caso de los flamencos y los valones que conviven en Bélgica, o como el de los galeses e ingleses del Reino Unido; otras, la separación exige el surgimiento de nuevas estructuras —y de nuevos Estados— como en el caso de las Repúblicas Checa y Eslovaca, separadas en 1993. Estas desintegraciones resultan menos complejas comparadas con las de otras comunidades, culturalmente definidas pero sin los mecanismos políticos para garantizar su independencia, tales como las de los vascos, los kurdos o los tamiles, pueblos que sólo conseguirán erigirse en Estado en la medida en que el consenso interno y el consenso externo lo permitan. En su libro *La diplomacia*, Henry Kissinger distingue comunidades “que se llaman *naciones* (y que) están interactuando mientras comparten pocos de los atributos históricos de las naciones-estado”¹³ y, en un artículo que se ha

13 Kissinger, Henry, *La diplomacia*, México, FCE, 1995, p. 804. El autor

vuelto famoso,¹⁴ Samuel Huntington plantea el enfrentamiento ya no de los Estados sino de las comunidades culturales como signo de los próximos tiempos. El choque que prevé Huntington hace inevitable que se examine de nuevo nuestro concepto del Estado y que se concluya en que éste no es sino un “universo simbólico”¹⁵ —la ficción que rechazaba Heller—, determinado por la formación y la transformación de los pueblos y civilizaciones en la búsqueda de estructuras que permitan organizarse, de acuerdo con los tiempos y las circunstancias.

2. *Las dimensiones sociales del derecho*

Para evitar dificultades metodológicas y para conseguir un efecto didáctico al mismo tiempo, Rafael Preciado Hernández reduce la naturaleza del derecho, explicando que éste tiene un orden triple: normativo, ético y social.¹⁶ Sin embargo, a poco que lo examinemos, este pretendido “orden” no es más que una propuesta para estudiar el derecho desde distintos enfoques didácticos en algunas universidades. Ciertamente,

distingue, además, tres tipos de Estado: “Los fragmentos étnicos de imperios que se han desintegrado”, las “naciones poscoloniales” y los “Estados de tipo continental”. Entre los primeros se cuentan los fragmentos de Yugoslavia y la Unión Soviética; entre los segundos están muchos países africanos y los terceros son, en palabras de Kissinger, las “unidades básicas del nuevo orden mundial”.

14 *Foreign Affairs*, verano, 1993, vol. 72, núm. 3. El artículo provocó tantas discusiones que su autor lo amplió y lo convirtió en el libro *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, publicado por Simon & Schuster (1996) y recientemente traducido al español.

15 El concepto está tomado de la obra *La construcción social de la realidad*, de Berger y Luckmann, a la que nos hemos referido: “Los universos simbólicos”, escriben los autores, “son cuerpos de tradición teórica que integran zonas de significado diferentes y abarcan el orden institucional en una totalidad simbólica... El universo simbólico se concibe como la matriz de todos los significados objetivados socialmente y subjetivamente reales; toda la sociedad histórica y la biográfica de un individuo se ven como hechos que ocurren *dentro* de ese universo”, pp. 124-125.

16 Cfr. Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, UNAM, 1979.

“el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos y considerar el derecho como un *sistema de normas*, o reglas de conducta”,¹⁷ como sugiere Norberto Bobbio, y quizás, a fin de cuentas, la experiencia jurídica sea “una experiencia normativa”.¹⁸ Pero ¿acaso esto significa que podamos identificar la naturaleza del derecho aplicando un enfoque filosófico o uno sociológico? ¿Podemos reducir la naturaleza del derecho a un “orden didáctico”?

Cuando Hans Kelsen esbozó la teoría pura del derecho y se refirió a la sociología jurídica, afirmó que ésta se preguntaba por las razones por las que un legislador había propuesto una ley y no otra, por la forma en que la religión había influido en la aplicación de cierta norma o por el motivo por el que los hombres se ajustaban o no al derecho. “Para este modo de consideración”, escribió:

el derecho sólo entra en cuenta como hecho del ser, como *factum* en la conciencia de los hombres que establecen, cumplen o infringen el derecho. Por tanto, no es propiamente el derecho mismo lo que constituye el objeto de este conocimiento, sino ciertos fenómenos paralelos de la naturaleza.¹⁹

Kelsen, que consideraba al Estado “un orden normativo”, no tomó en cuenta los problemas semióticos que originaba con una afirmación semejante. La “pureza”, principal rasgo de su aproximación, era también su principal defecto: resolvía algunas dificultades metodológicas pero generaba otras no menos graves: ¿Cómo podía estudiarse el derecho desde una perspectiva “pura” prescindiendo, por ejemplo, del lenguaje? ¿No era el derecho un haz de enunciados cuya interpretación dependía del significado que la sociedad diera a cada palabra en un momento determinado?

17 Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1993, p. 15.

18 *Loc. cit.*

19 Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, México, Editora Nacional, 1981, p. 36.

Pensemos no en una norma sino en una de sus referencias positivas: “Una acción humana es acto del Estado sólo porque es calificada como tal por una norma jurídica”,²⁰ dice Kelsen. Al hacerlo, aunque no ignora que las normas son redactadas por unos hombres a los que otros les confirieron la facultad de redactarlas, sí parece olvidar que el concepto de *Estado*, como muchos otros conceptos, es cambiante; que una *norma jurídica* lo es sólo en la medida en que sea aceptada por un grupo determinado que, además, pueda invalidarla cuando le plazca o, bien, condicionarla a factores distintos a los que él preveía. Kelsen, que se burló en *¿Qué es justicia?* de los errores del lenguaje y de las contradicciones en las que habían incurrido los pensadores que pretendieron definir un concepto tan inaprehensible, propuso un método que, de llevarse hasta sus últimas consecuencias, convertiría a las normas jurídicas en una materia cuyo estudio correspondería a la semántica y a la semiología —“la ciencia que estudia la vida de los signos en el seno de la vida social”—²¹ antes que al derecho.

En opinión de buen número de filósofos modernos —Russell, Moritz, Carnap, por citar a algunos—²² la teoría del conocimiento está estrechamente relacionada con el lenguaje y el lenguaje, valga la obviedad, es una de las más afinadas producciones sociales. Incluso cuando se trata de comprender el derecho.²³ Esto, desde luego, no le resta su mérito al enfoque kelseniano: es un enfoque que, como pocos, facilita el análisis jurídico, pero es *un enfoque* nada más. Como afirma

20 *Ibidem*, p. 160.

21 Ferdinand Saussure, padre de la semiología, hizo esta definición en su *Curso de lingüística general* (1949) y Charles S. Peirce, en *Philosophical Writings*, inventó el término “semiótica” para referirse a lo mismo.

22 Cfr. Ayer, A. J., *El positivismo lógico*, México, FCE, 1986.

23 Aunque algunos filósofos, como Ludwig von Wittgenstein, han explorado este tema, es en ensayos como *Derecho y lenguaje*, de Fritjof Haft, publicado en *El pensamiento jurídico y contemporáneo* y traducido por Juan Antonio García Amado, o en otros como *Lenguaje jurídico y realidad*, de Karl Olivecrona, donde se hacen planteamientos más profundos sobre la importancia del lenguaje en el estudio del derecho. En América Latina, el argentino Genaro Carrió ha hecho también aportaciones significativas en su estudio *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

Renato Trevés, “la sociología del derecho sigue, en efecto, la vía de la experiencia y tiene como objeto de estudio un derecho relativo y variable, indisolublemente ligado al contexto social”.²⁴ Este enfoque sociológico resulta, sin lugar a dudas, el más completo. Así, a la pregunta de ¿qué es el derecho?, los elementos sociales determinan el “orden normativo” a través del lenguaje y condicionan el “orden ético”, de acuerdo con los valores que promueve cada comunidad. Estos elementos sociales son los que delimitan el “*ars boni et aequi*” que defendía Celso²⁵ y el “conjunto de normas jurídicas” que prefería Kelsen.

Para sostener las aseveraciones anteriores, bastaría revisar la distinción más amplia que se ha hecho al respecto, la primera en integrar el elemento social en forma expresa: la de Max Weber. Si la validez de un determinado orden está garantizada por la probabilidad de una reprobación general hacia quien lo infrinja dentro de cierto grupo, explica Weber, el orden es una *convención*. Si, en lugar de la reprobación, lo que garantiza este orden es la probabilidad de la coacción “ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión”,²⁶ estamos frente al derecho. Eduardo García Máynez se equivoca, por lo tanto, al aseverar que “uno de los problemas más arduos de la filosofía del derecho es el que consiste en distinguir las normas jurídicas y los convencionalismos sociales”.²⁷ Esta distinción depende *exclusivamente* de la sanción que le dé una comunidad a la infracción que se haga de una conducta prevista. La conducta que hoy es convención social, mañana puede ser derecho, dependiendo de la sanción y del grupo que la sancione. Los grandes debates del derecho contemporáneo son la mejor prueba de esta relatividad: ¿Debe legalizarse el narcotráfico? ¿Puede permi-

24 Trevés, Renato, *La sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 20.

25 *Digesta Iustiniani* 1,1,1.

26 Weber, Max, *op. cit.*, p. 27.

27 García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1980, p. 25.

tirse el aborto en cualquier caso? ¿Conviene apalear públicamente a los menores infractores? ¿Es correcto prohibir el matrimonio entre personas homosexuales? ¿A quiénes se les debe aplicar la pena de muerte? ¿Hasta dónde tiene cada hombre la posibilidad de decidir si sigue viviendo o no? “El hombre es la medida de todas las cosas”, creía Protágoras. Habría que hacer una precisión: el hombre en sociedad. De esta medida no escapan ni el Estado ni el derecho, dos productos sociales que, como la moral —el “orden ético”—, no sólo ayudan a canalizar temporalmente algunas de las fuerzas sociales que surgen permanentemente, sino que ayudan a resolver los conflictos que derivan de estas fuerzas.

3. *Instituciones políticas: la preservación del consenso*

Una institución bien puede definirse como “una práctica social que es regular y continuamente repetida, que es sancionada y mantenida por las normas sociales y que tiene una significancia destacada en la estructura de una sociedad”.²⁸ Si la institución es de carácter político, podría añadirse que esta práctica, convertida en organización o procedimiento, funciona como dispositivo “para mantener el orden, resolver discusiones, elegir líderes dotados de autoridad y, de este modo, promover la comunidad entre dos o más fuerzas sociales”.²⁹ Esto la convierte en un modelo “sobre el que se calcan relaciones concretas que adquieren, a causa de ello, caracteres de estabilidad, de duración y cohesión”.³⁰

Ante los constantes cambios que imposibilitan aislar al Estado para su estudio, el “redescubrimiento” de estas instituciones se ha convertido, hoy en día, en una tarea indeclinable para politólogos y juristas de las postrimetrías del siglo XX. James March y Johan Olsen³¹ sostienen que el Estado ha per-

28 Abercrombie, Nicholas *et al.*, *Dictionary of Sociology*, Londres, Penguin, 1988, p. 124.

29 Huntington, Samuel, *El orden político en las sociedades en cambio*, México, Paidós, 1995, p. 21.

30 Duverger, Maurice, *Sociología política*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 97.

31 *Cfr. Rediscovering Institutions* de James March y Johan Olsen.

dido su preeminencia como objeto de estudio dentro de la teoría política para cederla a las instituciones que lo integran. Según ellos, esta preeminencia se ha perdido porque cada vez es más fácil lograr consenso en torno a las instituciones que resuelven las necesidades y satisfacen los intereses de los distintos grupos que, dentro del Estado, actúan en determinadas localidades. Al mismo tiempo, resulta más difícil lograr consenso en torno a las necesidades e intereses del Estado en su conjunto. Aunque el Estado sigue siendo un punto de referencia obligado para el análisis político, la aproximación de estos autores es acertada: En términos académicos, es más fácil aislar a las instituciones que al Estado, sea éste lo que fuere. Incluso las instituciones que pretenden resolver las necesidades de grandes agrupaciones, tales como los partidos políticos, cada vez parecen más fragmentadas y, por ende, más difíciles de entender. La proliferación de facciones, sectas y grupos que, en todo el mundo, exigen su independencia respecto a los gobiernos, es una muestra elocuente de este fenómeno. Incluso en Estados Unidos, un país donde el orden político alcanza niveles deseables por otros Estados, la presencia de estos grupos resulta cada vez más relevante.³²

En el estudio de las instituciones, de su andamiaje jurídico, de sus mecanismos sociales de preservación y expansión, el individuo y los conflictos que éste genera en su entorno están estrechamente relacionados. Esta relación es de carácter histórico pero también de carácter económico, como lo han hecho ver Douglass North y otros economistas.³³ Pero aunque

32 A partir del bombarzo que destruyó el *Alfred P. Murrah Federal Building*, en Oklahoma (abril, 1995), el gobierno de los Estados Unidos ha comenzado una profunda investigación en torno a los grupos de ciudadanos armados que, abierta o clandestinamente, se oponen al régimen. Como otros muchos medios, la revista *Time* realizó un reportaje sobre estos extremistas al que tituló "Enemies of the State" (8 Mayo, 1995), denunciando la existencia de grupos como los *Michigan Militia Corps*, la *American Justice Federation*, los *Guardians of American Liberties*, la *Police Against the New World Order* y otros tantos.

33 Cfr. North, Douglass, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

eventualmente puedan ser estudiadas para explicar la prosperidad o la miseria de diversos grupos sociales, las instituciones políticas *formalmente organizadas* no pueden ser evaluadas en términos de productividad o de rentabilidad, si bien muchas facciones han promovido su existencia precisamente en términos de productividad o rentabilidad, puesto que su preservación depende del consenso, del hecho de que cada facción, secta o grupo sigan considerando que les ayudan a satisfacer sus necesidades y sus intereses. Las incontables instituciones de origen religioso bastan para demostrarlo. De aquí que si se estudia el derecho desde la perspectiva sociológica, ésta sea la perspectiva que exige analizar los elementos que integran una sociedad y sus instituciones; la que permite definir aquellos “factores reales de poder” que conforman esa sociedad y, como lo explicó Ferdinand Lassalle,³⁴ los que precisan el papel de la fuerza en la cohesión social. El enfoque sociológico nos lleva a ver al derecho como un instrumento para explicar la naturaleza de los grupos que crean, mantienen, controlan e integran las instituciones políticas con el fin de hacer prevalecer sus intereses dentro del Estado. En este proceso —volvamos a citar a March y a Olsen—, el individuo y sus valores constituyen la variable más significativa.

Ahora bien, si el Estado sólo puede existir y actuar en la medida en que los miembros de una clase dominante y de la sociedad civil acepten determinadas normas de conducta y determinadas instituciones (la división de poderes, el federalismo o la conformación de los partidos políticos, por ejemplo), la existencia de estas normas y de estas instituciones dependerá de que no varíe dicha aceptación: de que no se altere el consenso. Cuando éste se mantiene puede hablarse de la *legitimación*, concepto que, de Aristóteles a Ronald Dworkin, sigue implicando la misma disyuntiva: ¿es fruto de un pacto social o de la imposición de un grupo sobre otro? Autores contemporáneos como Walter Lipmann, Niklas Luhmann y Jürgen Habermas, han explorado exhaustivamente los mecanismos de la creación del consenso. Este último ha acu-

34 Cfr. Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*

ñado el término “acción comunicativa” para referirse a ciertas funciones de estos mecanismos. El debate puede antojarse excesivamente abstracto, pero cobra importancia cuando se plantean los grandes temas del derecho contemporáneo a los que hacemos alusión: ¿Qué tan amplio debe ser el grupo que legitime la legalización del narcotráfico, el aborto voluntario, las azotainas públicas, el matrimonio entre personas homosexuales, la pena de muerte o la eutanasia? De acuerdo con unos, basta una mayoría de votos de los representantes populares.³⁵ Según otros —y esto nos lleva a la dimensión ética que exploraremos más adelante— aunque todos los hombres del mundo estuvieran de acuerdo, hay acciones que no se pueden legitimar. En su encíclica *Evangelium Vitae* (marzo, 1995), Juan Pablo II concluye que “la democracia, a pesar de sus reglas, va por un camino de totalitarismo fundamental” al aceptar prácticas como el aborto.

La discusión continúa en nuestros días³⁶ y de ella apenas resulta claro que las posiciones asumidas dependen de la visión que se tenga del individuo y de la sociedad. En el caso de los regímenes jurídicos que provienen de la tradición romano-canónica, se consideran legítimas las instituciones cuya existencia esté prevista en los ordenamientos legales elaborados de acuerdo con el procedimiento que, ya por un pacto, ya por la imposición de un grupo sobre otro, haya sido aprobado por quienes tienen la capacidad de garantizar su eficacia. Estos últimos, generalmente, son elegidos por mecanismos democráticos. Cuando no lo son y sus decisiones pueden afectar la vida de uno o varios grupos, como es el caso de los ministros de las distintas supremas cortes de justicia del mundo, la legitimidad de estos órganos provoca debates sin

35 En *El futuro de la democracia*, p. 14, Bobbio escribe: “La regla fundamental de la democracia es la regla de la mayoría, o sea, la regla con base en la cual se consideran decisiones colectivas y, por tanto, obligatorias para todo el grupo, las decisiones aprobadas al menos por la mayoría de quienes deben de tomar las decisiones.

36 La colección de ensayos de Dolf Sternberger, publicados en español con el título *Dominación y acuerdo*, replantean los fundamentos del iusnaturalismo y de las propuestas que se han hecho recientemente sobre el tema.

fin. Casos como el de *Roe vs. Wade* en Estados Unidos constituyen una muestra.³⁷

En México, la división de poderes, el federalismo, los partidos políticos y todas las instituciones que conforman al Estado, existen porque la sociedad las ha aceptado pero también porque esta aceptación quedó contemplada en la Constitución política y porque se cuenta con *un cuadro de individuos* capaz de castigar eventualmente al que no se conduzca en los términos que señala la ley. Si se acepta una norma, ésta va a ser legítima y, por tanto, va a tener eficacia para aquellos que la hayan aceptado; si no se acepta, sucederá lo contrario. El orden político dentro del Estado de derecho depende, así, de que se acaten las normas jurídicas y se establezcan patrones de previsibilidad en cuanto a la conducta de los grupos y los individuos que conforman dicho Estado. Existen grados de aceptación y cumplimiento naturalmente. En unos y otros intervienen innumerables procesos de socialización, los cuales comienzan en la familia, se refuerzan en la escuela —y a través de los medios de comunicación— y continúan presentándose de múltiples formas en la vida de un individuo. “El grado de comunicación de una sociedad compleja”, puntualiza Huntington, “depende, en términos generales, de la fuerza y envergadura de sus instituciones políticas, que son la manifestación conductista del consenso moral y el interés mutuo”.³⁸ Son, precisamente, los alcances y los límites de este consenso los que se expresan en el derecho. Los cuadros dominantes de cada comunidad deberán decidir si dan a conocer este derecho y hasta qué grado lo hacen.

37 En 1973, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos estableció que cualquier ley estatal que, con el fin de proteger al feto, prohibiera el aborto antes del séptimo mes de embarazo, sería inconstitucional. La decisión, conocida como *Roe vs. Wade*, provocó —y sigue provocando— severas críticas, no por su contenido en sí sino por el hecho de que un órgano integrado por 9 jueces nombrados y no elegidos tomara una decisión que afecta a más de doscientos cincuenta millones de norteamericanos.

38 Huntington, Samuel, *op. cit.*, p. 20.