

TERCERA PARTE

NORMATIVIDAD JURÍDICA Y EL ESTADO MODERNO

Derecho, soberanía y poder	77
Normas jurídicas y legitimación del poder político	82
Fuerzas sociales y normatividad jurídica	88

TERCERA PARTE

**NORMATIVIDAD JURÍDICA
Y EL ESTADO MODERNO**

DERECHO, SOBERANÍA Y PODER

El concepto sociológico del derecho coincide con la definición que del mismo han hecho los juristas, en cuanto que en ambos se destaca a la coacción física como el carácter distintivo de este orden normativo frente a los otros patrones de conducta que se encuentran vigentes en la sociedad.

Hemos expuesto que la necesidad de aprobación social, derivada del fenómeno de la convivencia, es la principal motivación del individuo para actuar de acuerdo a los órdenes normativos de la sociedad. Pero esta necesidad no es en sí misma suficiente para garantizar una estabilidad permanente de las estructuras sociales que están basadas en la renuncia instintiva del hombre. Es por ello por lo que la sociedad demanda de un orden institucional, que si bien tiene su validez en el reconocimiento psíquico de los miembros de la comunidad, puede emplear en última instancia y precisamente fundado en esa validez, un medio de coacción física que garantice en todo momento su vigencia y, por lo tanto, la seguridad de la continuidad histórica de la comunidad. Siguiendo a Hart, el establecimiento de un orden normativo secundario que proteja por medio de un cuadro coactivo legítimo, de acuerdo con la concepción de Weber, el cumplimiento de cierto tipo de patrones comunales primarios de conducta que por su trascendencia social demandan de esa protección.

El orden institucional estatal adquiere el carácter de jurídico cuando recibe el reconocimiento de su legitimidad como tal, y al disponer del monopolio de la coacción física. Ésta, como vimos, puede estar amparada por diversos cuadros coactivos, que vienen a representar una diversidad de órdenes normativos, los cuales a su vez requieren de un control. Esta es la función que lleva a cabo el estado, el que puede ser definido de acuerdo con Max Weber como “un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida que su cuadro administrativo mantenga con éxito, la pretensión del monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente”.¹

¹ Weber Max, *op. cit.*, tomo I, pág. 54.

De la definición anterior se destaca la existencia del estado como una entidad coercitiva cuyos ordenamientos tienen preeminencia sobre todos los demás conjuntos de normas sociales. Es ésta la característica distintiva del mismo, y no las diferentes actividades que como formas de gobierno no puede desarrollar.² El término estado, con la connotación moderna, aparece empleada por Maquiavelo en el siglo XVI, cuando este político se refería a las ciudades italianas,³ aunque con anterioridad el concepto era conocido; ya decía Aristóteles, que: “el estado es la comunidad perfecta o soberana, que el hombre encuentra en él lo suficiente y necesario para vivir bien y donde alcanza por tanto, la finalidad natural para la que fue creado”.⁴

Sociológicamente podemos considerar que el origen del estado es la desintegración del clan, no el estado como lo conocemos actualmente, sino como la afirmación de un cuadro coactivo extra-comunitario.⁵

Precisamente el monopolio de la coacción es lo que lleva el reconocimiento de la figura del estado. Es la legitimidad del ordenamiento jurídico, el que al reclamar para sí el control de la coacción física, establece así las bases de la llamada soberanía estatal.

Sobre esto último nos dice Heller:

“El estado toma para sí el monopolio de la coacción física. Este monopolio es el hecho mismo en el que está enraizada la soberanía del estado; y lo cierto es que sin la comprensión cabal del fenómeno no es posible entender con exactitud la verdadera naturaleza del estado, ya que solamente la idea de soberanía permite explicar la cualidad que pertenece al estado moderno de constituir, dentro de un territorio determinado, la unidad decisoria universal. Conviene, sin embargo, aclarar que la universalidad de la facultad decisoria del estado es sólo potencial, mas no necesariamente actual: la naturaleza de la soberanía debe buscarse menos en los hechos reales cuanto en la posibilidad de imponer, no sólo a los

² Maclver Robert y Page H. Charles, *op. cit.*, págs. 475 y siguientes.

³ Cole G. D. H., *La Organización Política*. Traduc. Alfonso Reyes, Fondo de Cultura Económica, México, 1961, pág. 6. Gerth Hans y Mills Wright, *op. cit.*, pág. 195.

Simpson George, *El Hombre en la Sociedad*. Traduc. Elizabeth Gelin, Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1961, pág. 57.

⁴ Platón, *Diálogos*, Introducción de Francisco Larroyo. Editorial Porrúa, México, D. F., 1964, págs. 347 y ss.

García Máñez Eduardo, *Doctrina Aristotélica de la Justicia*. U.N.A.M., México, D.F., 1973, págs. 247 y ss.

⁵ Runney Jay y Maier J., *Sociología, La Ciencia de la Sociedad*. Traduc. Eduardo Loedel, Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1961, pág. 134.

miembros del estado, sino a todos los habitantes del territorio, una decisión definitiva y efectiva, siempre que se trate de cuestiones que afectan a la cooperación social, y de hacerlo aún en contra del derecho, en los casos de necesidad. La unidad de la decisión territorial es, en esencia, la unidad dialéctica de la pluralidad de los actos sociales ocurridos dentro del territorio estatal, o expresado en otros términos, es la expresión de las relaciones reales de poder”.⁶

Continúa Heller:

“Resumiendo lo expuesto diremos que la esencia de la soberanía consiste en la capacidad o facultad para positivizar las normas jurídicas de más alto rango de la comunidad; dentro del orden jurídico del estado moderno no existe positividad jurídica sin soberanía. ‘De allí que la doctrina jurídica que pretenda desprender o atribuir la sentencia judicial, el acto administrativo o el negocio jurídico a la ley y ésta a la constitución, caiga, irremediablemente, en una posición ambigua, por cuanto disuelve la unión entre la positividad del derecho y la soberanía del estado’. El jurista tiene que partir del hecho de la soberanía, ya que si no reconoce su existencia, pierde la materia de su disciplina, que es el derecho positivo y queda, con su ciencia y en su arte colgando en el aire”.⁷ Esa soberanía debe estar legitimada por el consenso social que la reconoce como el origen supremo de la manifestación del poder, entendiendo éste no como los representantes estatales, sino como la instancia decisoria universal en un territorio determinado, que por el hecho de ser reconocida y aceptada por los miembros de esa comunidad, le otorgan su legitimidad, considerando que las instituciones políticas existentes son las más apropiadas para esa sociedad.⁸ Pero la subsistencia de estas últimas sólo se logra cuando el estado tiene el control efectivo del poder físico, cuyo empleo representa la certeza y seguridad de la permanencia y continuidad de las instituciones. Para considerar a un estado como soberano se requiere que éste mantenga el monopolio legítimo de la coacción.

La soberanía de acuerdo con lo dicho anteriormente, presupone a un sujeto de la misma con personalidad jurídica y con voluntad propia, que tiene la capacidad de, a través del monopolio de la coacción física legítima, poderse imponer a todos los centros de poder establecidos en un

⁶ Heller Herman, *La Soberanía*. Traduc. y Estudio Preliminar del Dr. Mario de la Cueva. U.N.A.M., México, 1965, pág. 204.

⁷ *Idem.*, págs. 141 y ss.

⁸ Lipset Seymour M., *Political Man—The Social Bases of Politics*. Anchor Books, E. U. A., 1963, págs. 64 y ss.

territorio determinado. Por lo anterior, el estado tiene que ser la organización de poder suprema, que configura el orden normativo jurídico y lo aplica sin ninguna limitación dentro del territorio en el cual ejerce su soberanía. A su vez el poder del estado establece el ser y la forma de la organización. Es por ello que: “El estado es la *comunidad como unidad política*, es el único sujeto posible de la soberanía, es una unidad de voluntad de decisión y acción a través de la cual se manifiesta ‘el querer’ de la colectividad”.⁹ Debemos distinguir entre el poder del estado y la soberanía del mismo. El primero sólo es uno de los medios que el estado tiene por el hecho de ser soberano, esto es la “probabilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relación social aun en contra de toda resistencia”.¹⁰ Este poder le viene como consecuencia de su propia soberanía. Es por ello por lo que el estado puede ser estudiado como una realidad social producto de las fuerzas sociales, y como un orden normativo institucionalizado.

Sobre esto, Jellineck nos dice:

“El estado no es en modo alguno una sustancia, sino solamente una función: la sustancia que se encuentra en su base está constituida por los hombres.

”La consideración sociológica del estado tiene como primer objetivo el estudio del mismo como fenómeno social: aquellos hechos reales subjetivos y objetivos en que consiste la vida concreta del estado; la doctrina de los orígenes, transformación y decadencia de los estados; la investigación de los supuestos sociales del estado, de su acción social. . . La segunda consideración tiene como motivo de estudio el aspecto jurídico del estado; pero el derecho tiene una doble existencia: es, de un lado, ejercicio jurídico efectivo, y en tanto que tal, nos aparece como un poder social que forma parte de la vida concreta de la cultura de un pueblo; y de otra parte, es un conjunto de normas que deben ser transformadas en actos. En este último sentido, el derecho no pertenece al mundo del ser, sino al del deber ser. En este sentido constituye un conjunto de conceptos y de proposiciones que no sirven para conocer la realidad dada, sino para enjuiciar normativamente la realidad. . . El conocimiento jurídico de un objeto es, pues, fundamentalmente distinto del conocimiento de los hechos reales que lo componen. La concepción jurídica del estado tiene como objeto el conocimiento de las normas jurídicas que determinan y

⁹ Flores Olea Victor, *Ensayo sobre la Soberanía del Estado*. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. U.N.A.M., 1961, págs. 45 y 47.

¹⁰ Weber Max, *op. cit.*, tomo I, pág. 52.

sirven de pauta a las instituciones y funciones del mismo, así como de las relaciones entre los hechos reales de la vida del estado con aquellos juicios normativos sobre los cuales se apoya el pensamiento jurídico. La concepción jurídica del estado se propone, por consiguiente, completar la doctrina social del mismo; pero no puede en modo alguno confundirse con otra".¹¹

El estado no es una entidad sustante, es producto de la convivencia, es el resultado de la comunidad de las fuerzas sociales que requieren de un control que las equilibre y canalice. Fuerzas sociales que en el proceso de la historia van cambiando y, por tanto, modificando las estructuras estatales. Pero a su vez el estado se configura por medio de ordenamientos que le confieren validez y legitimidad en su nacimiento y en su posterior desarrollo.

Para que un conjunto de normas jurídicas vigentes en una época y en un lugar determinado se cumplan por los miembros de la comunidad, sobre la que se imponen, se requiere que estén apoyados en un poder social. Poder social que es la objetivación de las fuerzas sociales que hace nacer ese orden jurídico.¹²

Hay un momento en el cual las fuerzas sociales, de por sí dinámicas y contradictorias, logran un cierto equilibrio estructural, plasmándose en un orden normativo.

Es a ese hecho histórico, en el que se objetivizan las presiones sociales en un sistema de normas de conducta institucionales, al que se le llama el hecho constituyente. Éste presenta dos aspectos complementarios e indisolubles, resultado del movimiento dialéctico de las presiones sociales: el primero es la objetivación de esas fuerzas sociales en un orden normativo; y el segundo se refiere a la estructuración del poder que asegura la vigencia de ese nuevo orden.

No sólo nace un sistema normativo, sino a la vez estructura el poder en el cual se apoya, y que en última instancia es el que le permite estar vigente. Si no fuese ese poder legitimado, el orden normativo recién formado sólo sería, o expresamente válido, como en el caso de las normas jurídicas positivas que no se cumplen, o idealmente válido, tal como sucede en la filosofía jurídica.

En la actualidad esta institucionalización del hecho constituyente se encuentra referida en las constituciones políticas que rigen la vida públi-

¹¹ Mencionado por Recaséns Siches Luis, *Filosofía del Derecho*, op. cit., pág. 342.

¹² MacIver, Robert y Page H. Charles, op. cit., pág. 149.

ca de los países. Estas constituciones están configuradas por dos tipos de ordenamientos jurídicos:

- a) Aquellos que forman la parte dogmática y que se refieren a la regulación de los principios básicos del orden jurídico que representan, y
- b) Los que configuran el aspecto orgánico que comprende la estructuración reglamentaria de los órganos del poder.

NORMAS JURÍDICAS Y LEGITIMACIÓN DEL PODER POLÍTICO

Cuando se legitima un orden jurídico, también se está legitimando al poder que lo ampara. Mientras no exista esa legitimación estamos frente a una usurpación del poder, los individuos se hallan sometidos a éste, pero no regulados por el derecho.¹³ Al objetivarse las fuerzas sociales en el poder político, éste a su vez se debe someter al orden jurídico. El derecho le da su forma, la organiza, le da permanencia y le señala su finalidad. Esta legitimación va íntimamente ligada al concepto que del valor justicia tengan los miembros de la comunidad, apreciación axiológica a la que el derecho le da su expresión normativa.¹⁴ La realización del valor justicia es el principio de la legitimación del orden político-social; a través de ella el mero hecho de dominación adquiere un carácter legítimo. El concepto de la legitimidad por tanto, no puede ser separado de un concepto axiológico de justicia.

¿Cuál es la esencia de los valores? Estos pueden ser reconocidos universalmente, esto es, que todos de hecho los acepten o cuando menos la mayoría de los miembros que forman una comunidad cultural los admitan. Por lo que la esencia de los valores radica en su vigencia. Pero sería absurdo aceptar la existencia de una jerarquía absoluta de valores. Se debe considerar que sería imposible llegar a conciliar las preferencias humanas. Cuando se presenta un conflicto de valores, sólo por medio de la selección arbitraria que la persona interesada haga, se podrá resolver ese conflicto. Un individuo únicamente podrá decidirse a elegir, de acuerdo con la clase de gente que sea y el medio cultural en que se haya formado. Cada época histórica ha tenido sus propios valores, los que han evolu-

¹³ García Máynez Eduardo, *La Definición del Derecho*, op. cit., pág. 253.

¹⁴ Poviña Alfredo, op. cit., pág. 613.

cionado y por lo mismo, no debemos circunscribir el actuar humano dentro de un molde formal de conducta.

Hay que estudiar las estructuras socio-históricas por las cuales atraviesan los pueblos y tratan de entender las causas reales que fueron configurando los órdenes normativos, sin querer aplicar un esquema contemporáneo a ese devenir. El punto de partida será el concepto científico de naturaleza humana, pero su desarrollo y realización ha sido y es, circunstancial de acuerdo al lugar y la época.

“Legitimación en este sentido es la *valoración de la acción según los valores comunes o participados según la importancia de la acción en el sistema social*”.¹⁵

De acuerdo con lo expuesto en la primera parte de este ensayo, podemos considerar que el concepto de legitimación representa un puente entre los valores internalizados del individuo y las formas institucionales que configuran una estructura social de poder. Como proceso operativo en la estructura social la legitimación de la dominación no depende de la naturaleza de los valores que en sí misma encierra, sino de la conjunción de varias variables, como son los valores mismos, la justificación cognoscitiva, y la asimilación interna de los valores de la comunidad. Por lo que la legitimación representa pautas de comportamiento, más que los valores mismos que la legitimidad encierra. Normas de comportamiento objetivizadas, institucionalizadas. De acuerdo con lo anterior podremos relacionar a la autoridad legítima, como institución social a los siguientes criterios:

1. La legitimación con respecto a los valores generales de la sociedad;
2. La posición que la autoridad tiene en el sistema de funciones o colectividad a que se aplica;
3. El tipo de situación con que han de enfrentarse quienes están revestidos de autoridad, y
4. Las sanciones que, por una parte, están a su disposición, y, por otra, pueden ser impuestas por otros con relación a sus acciones.¹⁶

Es por ello que la legitimidad encierra por un lado un conjunto de normas de derecho, y por otro un sentimiento de aceptación hacia las mis-

¹⁵ Parsons Talcott, *Estructura y Proceso en las Sociedades Modernas*. Traduc. Dionisio Garzan, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, págs. 195 y ss.

¹⁶ *Idem.*, pág. 209.

mas,¹⁷ por lo que poder y orden jurídico dentro de una sociedad son conceptos recíprocos, el derecho organiza, confirma y justifica al poder y a la vez éste le da su apoyo, su fuerza.¹⁸ “Una política desprovista de ordenamientos jurídicos sería tan inconsistente en la práctica como inconcebible un derecho desistido de organización política”.¹⁹

Esto nos lleva a la pregunta de ¿cuándo un orden jurídico es justo? Kelsen contesta diciéndonos: “Un orden jurídico es justo cuando regula la conducta de los hombres de una manera tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad”.²⁰ De acuerdo con esta definición, justicia y felicidad para Kelsen se presuponen como rasgos distintivos de un orden jurídico. Pero ¿qué se entiende por felicidad? Sobre esto continúa diciéndonos el propio autor vienes: “Si la justicia es la felicidad, es imposible que exista un orden social justo, si por justicia se entiende la felicidad individual; sino que debe ser la mayor felicidad posible al mayor número posible. Por felicidad sólo puede entenderse la satisfacción de ciertas necesidades que son reconocidas como tales por la autoridad social o el legislador y que son dignas de ser satisfechas”.²¹ Por tanto, no se puede reconocer a la justicia como un valor absoluto con una existencia suprema. Los valores son meramente históricos y circunstanciales, por lo que la justicia como valor, estará enmarcada dentro de un momento y lugar histórico específico. La respuesta racional a la existencia objetiva de valores absolutos, no puede darse. Pero el hombre al tratar de superar sus limitaciones existenciales tiende a la creación de juicios de valor con carácter de absolutos.

El aceptar determinado juicio como justo, no puede excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto, por lo que, el pensar en un sistema jurídico que represente a la justicia absoluta, es una actitud irracional.

¿Cómo puede superarse ese relativismo que considera a los valores como manifestaciones subjetivas de las personas? Separando las manifestaciones subjetivas de las mismas, de la aceptación lógica y universal de los valores que tienen vigencia para éstas.

¹⁷ Stuart Mill John, *Utilitarianism*, The Library of Liberal Arts, N. Y., 1957, págs. 65 y ss.

Parsons Talcott, *Estructura y Proceso en las Sociedades Modernas*, op. cit., pág. 164.

¹⁸ Ayala Francisco, op. cit., págs. 463 y ss.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Kelsen Hans, *¿Qué es la justicia?* Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1962, pág. 9.

²¹ *Idem.*, pág. 13.

Un sistema positivo de valores no es la creación arbitraria de un individuo aislado sino que es siempre el resultado de influencias individuales recíprocas dentro de un grupo dado, familia, raza, clan, casta, profesión, quienes se encuentran bajo determinadas condiciones socioeconómicas. Todo sistema de valores y especialmente un orden moral, con su idea central de justicia, es un fenómeno social y, por lo mismo, diferente según la naturaleza de la sociedad en la que aparece. El hecho de que ciertos valores sean en general reconocidos dentro de una determinada sociedad, es compatible con el carácter subjetivo y relativo de los valores que afirman estos juicios. Dentro de cualquier comunidad siempre han existido sistemas de valores que son, o reconocidos por todos, o por casi todos los miembros de esa comunidad. Se acepta de hecho la existencia de dichos valores, aunque la persona no vaya de acuerdo con ellos, esto es, se pueden aceptar o no, pero nunca dejar de tomarlos en cuenta. El relativismo histórico se supera en esta forma, y al aceptarlo nos colocamos en presencia de hechos sociales situacionales y, por lo tanto, evitamos la irracionalidad de creer que nuestra realidad es única, olvidando nuestra postura histórica circunstancial que nos lleva a considerar que nuestro punto de vista es absoluto y caer en un objetivismo material o un subjetivismo ideal.²² El derecho como toda ciencia social es mutante. “La historia de las ciencias sociales es y permanece como un proceso continuo que va pasando del intento de ordenar analíticamente la realidad a través de la elaboración de conceptos —el disolver las construcciones analíticas así construidas por medio de la ampliación y el cambio del horizonte científico— y la reformulación de nuevo de los conceptos en esta forma transformados”.²³ En consecuencia, la organización política de una comunidad está condicionada al reconocimiento de los valores que predominan en el momento histórico.

Ahora bien, una vez que dicha organización se institucionaliza, se impone de acuerdo a un patrón formal y extrínseco de preceptos, negando beligerancia como valores extrajurídicos a aquellos que en principio le sirvieron ideológicamente. Este conflicto axiológico se da en una comunidad de valores tanto desde el punto de vista formal como material. Sobre esto nos dice García Máynez:

“El dualismo normativo aparece entonces como oposición *transitoria*

²² Sánchez de la Torre Angel, *Curso de Sociología del Derecho*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1965, pág. 188.

²³ Hughes Stuart, *Consciousness and Society*, A. Vintage Book, New York, 1958, pág. 314.

y *relativa* de los momentos iniciales de un solo desarrollo, que encuentra su culminación en la síntesis superadora de esos momentos. La relación y oposición pasajera, entre el ideal no realizado y la realidad que para afirmarse niega los principios que le confieren sentido, encuentra su cumplimiento y elimina todo antagonismo, cuando la idea se transforma en realidad y ésta realiza la idea. La pugna entre los dos criterios queda superada en el tercer estadio del proceso, al coincidir en un solo orden jurídico los atributos de validez extrínseca, validez formal y positividad”.²⁴

Este movimiento dialéctico se acelera en los movimientos revolucionarios, cuando se rompe el equilibrio entre el derecho positivo formal y estático y los valores y necesidades que la sociedad demanda y que el consenso social considera que no se realizan ni satisfacen y, por lo tanto, el orden jurídico formal no realiza los sentimientos, aspiraciones y metas de la sociedad. Así que se reinicia la lucha entre tesis —derecho vigente— y antítesis —aspiraciones sociales—, para crear una nueva síntesis que se objetivizará en un nuevo orden jurídico. Por supuesto que los medios por los cuales se impone el proceso anterior pueden ser pacíficos, cambios constitucionales, o violentos, cambios estructurales.²⁵

Cuando se logra que el poder quede estructurado, limitado y posibilitado por un orden normativo, estamos frente a la llamada dominación legítima, considerada como “la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas”.²⁶

Todos los tipos de dominación aspiran a ser considerados como legítimos, aunque el motivo fundamental del reconocimiento de la dominación no es en realidad la legitimidad, pero esta pretensión la hace válida en una gran extensión, fortalece su existencia y codetermina la naturaleza del medio de dominación. El sujeto sometido a la dominación no tiene necesidad de integrar el contenido del mandato a su código personal, obedece formalmente sin dar un juicio de valor sobre dicho contenido.

En la relación social de dominación legítima destaca:

a) Un gobierno integrado por uno o varios miembros, con la posibilidad de la existencia de un cuadro administrativo.

²⁴ García Máynez Eduardo, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Jusnaturalismo*, op. cit., págs. 249 y ss.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Von Wiese Leopoldo, *Sistema de Sociología General*. Traducción Diego A. de Santillán, Editorial Cajiga, Puebla, México, tomo I, pág. 397.

NORMATIVIDAD JURÍDICA Y ESTADO MODERNO

87

- b) Los gobernados;
- c) La manifestación expresa del gobierno de dominar a los gobernados, y
- d) La evidencia de la aceptación subjetiva de los gobernados, de someterse al dominio del gobierno.

En el desarrollo histórico encontramos que toda estructura de dominio tiende siempre a legitimarse, es la justificación que tienen los gobernantes ante los gobernados, para detentar el poder político.²⁷

En relación con la estructura de dominación del estado moderno, encontramos las características siguientes:

²⁷ Weber Max, *op. cit.*, tomo I, págs. 170 y ss.

Weber Max, "La Política como Vocación", Traduc. Enrique González Pedrero. *Revista de la Escuela de Ciencias Políticas y Sociales* de la U.N.A.M., México, 1959, año V, No. 16, págs. 243-274 y No. 17, págs. 453-475.

De la relación social de dominación, Max Weber elabora una clasificación tripartita de los tipos ideales históricos de dominación legítima:

- a. *Dominación tradicional*;
- b. *dominación carismática* y
- c. *dominación racional*.

Esta clasificación es el resultado del estudio de las diferentes formas cómo en la historia se han presentado los diversos tipos de dominación legítima. En relación con esta clasificación dice Von Wiese que podemos considerarla también aplicable a la dominación ilegítima.

a. *La dominación tradicional*: Se da como resultado de que las personas dirigen sus creencias y su actuar por la tradición, por el eterno ayer.

b. *La dominación carismática*: Se da cuando las personas obedecen las disposiciones de un líder carismático. El estudio que hace Weber sobre la autoridad carismática, es considerado como el mejor estudio que se ha hecho sobre este tema. Weber tomó esta palabra de Rudolf Sohm y aunque literalmente significa *donativo de gracia*, de hecho viene a caracterizar a ciertas personas que destacan socialmente, no por sus conocimientos o preparación, sino por su gran arraigo en las multitudes. Se les sigue porque se cree en ellas, por su extraordinaria personalidad, sus seguidores tienen una absoluta devoción y confianza personal en ella.

c. *La dominación racional*: Es aquel actuar que se realiza racionalmente con arreglo a fines. Se actúa en cierta forma porque se considera que es útil a la sociedad. En este caso el dominio se basa en la creencia de la *legalidad* del orden imperante.

De hecho en la realidad histórica estos tipos ideales de dominación legítima no se dan en estado de pureza, sino que puede una relación de dominio tener características de los tres tipos, aunque predominando alguno de ellos sobre los otros.

Véase el uso que Henry A. Kissinger da a los tipos de dominación de Weber. Este autor habla de los tres tipos de liderazgo político contemporáneo:

- a. El tipo burocrático pragmático;
- b. el tipo ideológico; y
- c. el tipo revolucionario-carismático.

Véase su libro Kissinger Henry A. *Política Exterior Americana* Traduc. de Ramiro Sánchez Sánz. Editorial Plaza Janes, S. A. Barcelona, 1971.

a) El monopolio de los medios de administración y dominación, por medio de:

1. La creación de un sistema impositivo fiscal centralizado permanentemente; y

2. La formación de una fuerza militar central y estable, bajo la autoridad de un gobierno centralizado.

b) Un aparato administrativo que realiza sus funciones dentro de un ordenamiento jurídico, que sólo puede modificarse por la legislación;

c) El monopolio de la creación de las leyes y el uso legítimo de la fuerza por el gobierno central;

d) La vinculación con la autoridad de todos los actos de las personas que tienen lugar en su jurisdicción;

e) El uso legítimo de la fuerza física en su territorio, de acuerdo con la regulación jurídica;

f) La organización de oficinas públicas, cuyas funciones dependen de la autoridad central, y

g) El cuadro administrativo y los medios materiales de administración se dan en forma separada.²⁸

FUERZAS SOCIALES Y NORMATIVIDAD JURÍDICA

Al establecerse el orden jurídico, éste restringe el alcance del poder político, sin esta reglamentación se caería en la anarquía o en el despotismo. La actividad entre derecho por un lado y fuerzas sociales por el otro, trata de llegar al equilibrio siempre inestable de la correlación entre derecho y fuerzas sociales.²⁹ Recordemos que en sentido sociológico, el poder es la capacidad de imponer la voluntad aún en contra de la voluntad de las personas hacia las que va dirigido ese acto, por lo tanto, esa imposición debe estar limitada.

El poder representa el elemento de lucha, de sujeción, es una fuerza que se extiende dialécticamente y, en cambio el derecho tiende a ser restrictivo, conservador, trata de evitar el abuso del poder, de reducir al

²⁸ Cuviller Armand, *Manual de Sociología*. Traduc. de Armando S. Cobo. Editorial El Ateneo, Buenos Aires, Argentina, 1959, pág. 372.

²⁹ Bodenheimer Edgar, *op. cit.*, págs. 26 y ss., 237 y 247.

mínimo la posibilidad de que se extralimite éste; circunscribe el actuar tanto de los particulares como de las autoridades públicas.³⁰

Por supuesto que en algunos estados puede predominar una situación de poder y en otros una situación de derecho; incluso hay estados que justifican el abuso del poder fundándose en lo que ellos consideran como innato en el hombre: la tendencia hacia la lucha, hacia la supremacía.³¹ Por lo que, para evitar ese exceso en el uso del poder, se requiere que el derecho le limite a aquél su campo, que lo frene; que consolide el orden que se establece de acuerdo con las fuerzas sociales predominantes en un momento dado.

Esta circunscripción que se ejerce sobre el poder, es indispensable. La relación entre poder, orden jurídico y fuerzas sociales no se da en un solo sentido, sino que hay una permanente retroalimentación pues a su vez el apoyo que el poder social le da al derecho, no se limita al sólo momento de su creación, sino que posteriormente se lo continuará; así persiste el carácter vigente del derecho. Sin ese sostén, el derecho se derrumbaría, perdería su vigencia; es ese apoyo real, efectivo, que recibe del poder lo que le permite su permanencia, su continuidad. Así pues, vemos que la base fundamental del estado es la expresión normativa del hecho constituyente, del poder predominante, objetivación de procesos sociales, pero no sólo eso, sino además, la continuación del poder legitimado con los diferentes cambios que el derecho puede, en un momento dado tener. Estos cambios se deben a que el contorno se modifica cuando cambian las condiciones naturales y socioculturales. Vemos aparecer nuevas tendencias que luchan por obtener el poder; la proyección de nuevos intereses; se modifican los factores sociales que objetivizaron el hecho constituyente, y, como resultado lógico, el contenido normativo reflejo de ese poder, debe variar. Podemos decir entonces que siendo característica del contorno su dinámica, la tarea del orden jurídico “está siempre en curso de reelaboración”.³²

El legislador debe tratar de mantener una correspondencia entre el derecho y las condiciones sociales del momento, debe superar el contraste entre la tendencia conservadora del orden jurídico y la dinámica de las fuerzas sociales; las nuevas exigencias que demanda constantemente la sociedad, debe saber captarlas. Las fuerzas y necesidades sociales son la matriz en la que se crea el derecho; son las presiones sociales, que se ejer-

³⁰ Ayala Francisco, *op. cit.*, pág. 470.

³¹ Bodenheimer Edgar, *op. cit.*, págs. 334 y ss.

³² Recaséns Siches Luis, *Sociología, op. cit.*, págs. 582 y ss.

cen sobre el poder como resultado de las nuevas necesidades sociales, las que deben dar la pauta del cambio en el contenido del orden jurídico.

De acuerdo con lo anterior, no podemos llegar a considerar que el estado es la fuente original de orden jurídico, sino que indudablemente existen las fuerzas sociales que lo crean en estricto sentido sociológico.

Las fuentes del derecho, de acuerdo con la escuela sociológica del derecho, son las necesidades sociales, a diferencia de la teoría pura del derecho —llevada a su máxima expresión por Hans Kelsen— que considera como única fuente del derecho, a la ley. En cambio, el estudio sociológico sobre el origen real de las normas jurídicas nos lleva a considerar las necesidades y las fuerzas sociales como el génesis del orden jurídico.

Hay que considerar a la realidad social como el origen de donde emanan las reglas jurídicas; gracias a la teoría sociológica de las fuentes del derecho, es como se restituye a estas fuentes su unidad. Debemos considerar que la única fuente del derecho, son en última instancia, las fuerzas sociales las que no solamente se expresan por medio de la ley, sino a través de los diferentes modos de conducta colectivos que estudiamos anteriormente.

En cuanto al problema de la dinámica del derecho, algunos autores lo han tratado desde un punto de vista de pura lógica jurídica, intentando explicar los cambios del derecho por medio de la teoría kelseniana de las delegaciones escalonadas, o jerarquía de los órganos. Nos dicen que el poder social se plasma en una constitución, la que determina los órganos creadores del estado, su estructura y competencia, órganos del derecho —poder legislativo y poder reglamentario—, y órganos encargados de la aplicación y sanción de las normas —poder judicial.

Lo anterior podemos criticarlo, diciendo que en sí el derecho no posee un carácter dinámico, sino que solamente por las fuerzas sociales efectivas, adquiere su dinámica. La sola facultad discrecional que se deja al legislador para dictar una ley, a un ministro para elegir un determinado reglamento, a un juez al interpretar una serie de concepciones extrajurídicas que tienen relación con los valores de la realidad social, está dejando abierta la puerta para que desemboquen esas fuerzas sociales. Abajo de todo ordenamiento jurídico positivo está una realidad social, que lo ha engendrado y que le da tanto su vigencia como su contenido.

Como ya vimos, cuando el orden normativo no refleja las fuerzas sociales, cuando éstas y el derecho no tienen una adecuación, se puede llegar a un estado revolucionario: se produce una alteración en las relaciones fundamentales del poder; hay una rotura del orden jurídico vigen-

te; las fuerzas sociales rompen la estabilidad social configurada por el derecho, éste se sustituye por el imperio de la violencia. Muchas veces en este caso, puede ser determinante un hecho antijurídico pero justo; esto es, el sentimiento de injusticia puede ser el acicate que motiva a la opinión pública a volverse contra el orden vigente. El movimiento revolucionario surge cuando el orden normativo sólo tiene validez formal y no real. Se trata de imponer un orden nuevo, que llene las aspiraciones de justicia y que refleje los valores de la comunidad, el precisar nuevos canales por donde se puedan encauzar las fuerzas sociales. No es subvertir el orden existente en sí, sino es tratar de imponer uno nuevo.³³ Este movimiento es general, produce un cambio total en la estructura social, incluso para lograrlo se emplea la violencia. Una revolución puede provocarse cuando el poder está concentrado en una clase privilegiada, lo que tiene como consecuencia muy poca movilidad social de las mayorías, llegando a condiciones de crisis que la estructura social imperante no puede resolver y, por lo tanto, creando un estado de agitación que produce los brotes revolucionarios.

De nuevo surge el problema de la vigencia y de la validez del derecho. A consecuencia de un movimiento revolucionario el orden jurídico pierde su vigencia que, como dijimos, es el resultado de la voluntad del reconocimiento, de la convicción ética que los miembros del grupo tienen, ya sea frente a la norma, ya sea frente a la autoridad que la dictó.³⁴

Al entrar en vigencia un nuevo orden, aparece el problema de su validez. Esto es, las fuerzas sociales configuran un poder constituyente, un nuevo poder social, se manifiesta la correlación entre poder y derecho; son las fuerzas sociales que han venido a destruir a las anteriores instituciones. Para que el naciente orden normativo adquiera su validez, tiene que ir de acuerdo con la tendencia de la opinión pública, de las fuerzas sociales, ese nuevo orden debe tender a la realización del valor justicia, pues como hemos dicho, e insistiremos, no es la amenaza de la coacción física la que le da validez al orden jurídico, no es un poder de tipo material, sino que es un poder de tipo psicológico, el elemento físico no es suficiente al concepto de derecho.

Es verdad que la característica del poder jurídico es la coactividad, el empleo de la fuerza física, pero se tiene la fuerza física porque se ostenta el poder y no al revés. La sociedad frente al orden jurídico, se adhiere porque lo considera valioso.

³³ García Máynez Eduardo, *La Definición del Derecho*, op. cit., págs. 250 y ss.

³⁴ Recaséns Siches Luis, *Sociología*, op. cit., pág. 618.

La fundamentación del sistema jurídico debe contar con la adhesión de toda la comunidad o de la mayoría de ella. Solamente así podemos estar ante una situación jurídica normal.³⁵ Como lo manifiesta Hugo Krabbe: “no es la voluntad del soberano sino la convicción jurídica del pueblo la que da fuerza obligatoria al derecho positivo”.³⁶ La validez del derecho se halla en último término en el elemento subjetivo y psicológico, consistente en creer en la fuerza obligatoria del orden jurídico. Es por eso que se debe considerar a los hábitos y a las costumbres no sólo como fuentes del derecho, sino también como causa de su continuidad. La sociedad no acepta tan fácilmente que dichos hábitos, que dichas costumbres, le sean modificados.

En realidad, la convicción de que estamos actuando como debemos actuar, es lo que motiva nuestro apego al orden jurídico; las normas jurídicas no son normas ideales de conducta sino que son “convicciones vivas, cargadas con toda la fuerza emocional, afectiva y volitiva de que disponemos”.³⁷

Por lo que, la norma por sí no es un factor actuante en la realidad, sino la representación mental que las personas tienen de esas normas, con sus ingredientes intelectuales y emotivos.³⁸

Para que la norma jurídica tenga ese consenso, requiere lo que ya hemos visto, que dentro de la comunidad sobre la cual se va a imponer, responda en un mínimo a un contenido ético. Esa relación entre dominación y obediencia derivada de la creencia en el valor del orden normativo, es lo que constituye el derecho. Este, expresa Gurvitch: “representa un intento de realizar, en un ambiente social dado, la idea de justicia —es decir, una conciliación preliminar y esencialmente variable de valores espirituales antagónicos, incorporados en una estructura social— mediante reglamentaciones imperativo-atributivas, multilaterales, basadas en un vínculo determinado entre derechos y deberes”.³⁹ Ética y poder no pueden darse separadamente, en los órdenes sociales se entrecruzan; el derecho es: la coordinación ético-imperativa, gracias a la que se realiza cierto tipo de conducta.

³⁵ *Idem.*, pág. 592.

³⁶ Mencionado en Bodenheimer Edgar, *op. cit.*, pág. 76.

³⁷ Sorokin Pitrim A. *Sociedad, Cultura y Personalidad*. Traduc. Anibal del Campo. Editorial Aguilar, Madrid, España, 1962, pág. 115.

³⁸ Recanséns Sichés Luis, *Sociología, op. cit.*, pág. 618.

³⁹ Mencionado por Sprott W. J. H., *Introducción a la Sociología*. Traduc. Florentino M. Torner, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1964, pág. 178.

Si el derecho trata de satisfacer esa tendencia de certeza y seguridad de que se cumplirán las normas jurídicas, a la vez tiene que darse como medio de solventar las necesidades sociales; y para realizar esto último tiene que considerar la jerarquía de valores que impera en la sociedad. Todo orden normativo lleva un contenido axiológico.

Los valores, como hemos estado viendo, son objetos ideales que no existen en el espacio ni en el tiempo, pero que pueden, sin embargo, pedir una objetividad y una validez *a priori*.

La esencia de la norma jurídica es la realización de valores, la validez del derecho puede ser juzgada axiológicamente, y gracias a ese valor que en sí encierra, se produce el reconocimiento de la comunidad a ese orden.

Dice Kelsen: “Validez del derecho significa que las normas jurídicas son obligatorias, es decir, que los hombres deben conducirse como tales normas lo prescriben, o que deben cumplirlas y aplicarlas. Eficacia del derecho significa que los hombres realmente se conducen como, de acuerdo con esas normas, deben hacerlo, o que dichas normas son realmente aplicadas y cumplidas. La validez es una cualidad del derecho; la llamada eficacia es atributo de la conducta real de los hombres y no, como el uso del lenguaje parece sugerirlo, del derecho mismo”.⁴⁰

Hemos estado exponiendo cómo en los regímenes de dominación legítimos, hay una cópula íntima entre el estado como la institucionalización del poder y el derecho como el orden normativo que lo regula. Esa inseparable relación ha llevado a la formación de tres diferentes y antagónicas teorías, las que consideran que:

- a) El derecho como orden normativo debe estar sometido al estado;
- b) El estado como órgano jurídico político debe subordinarse al ordenamiento jurídico vigente, y
- c) Dado que el derecho tiene como característica el apoyo de la coacción física y el estado es el que mantiene el control legítimo de la misma, estado y derecho se presupone son la misma cosa.

Pasemos a exponer brevemente cada una de estas posiciones.

a) La primera teoría considera que el derecho está sometido al poder. Se considera que para que exista el derecho, debe existir con anterioridad el estado que es el órgano que, en última instancia, determina cuáles son las normas jurídicas; por lo tanto, éstas están sometidas al poder político del estado.⁴¹

⁴⁰ Mencionado por García Máynez Eduardo, *La Definición del Derecho*, *op. cit.*, pág. 133.

⁴¹ Bodenheimer Edgar, *op. cit.*, pág. 70.

b) La segunda teoría considera que el estado debe estar sometido al derecho. A pesar de que todas las doctrinas jusnaturalistas respaldan dicha postura, podemos incluir a la escuela sociológica dentro de ella.

c) Por último, la teoría que considera que estado y derecho son la misma cosa. Esta postura fue llevada a su máximo extremo por Hans Kelsen, el que considera que todo acto jurídico es un acto del estado, y todo acto del estado es un acto jurídico. Al definir al estado definimos al derecho, así que es injustificado hablar de una oposición entre derecho y estado. Esta última teoría, se apoya en el concepto de soberanía como poder ilimitado, absoluto e incontrolado. Dice Kelsen: “El Estado es simplemente el orden normativo vigente.” La relación entre estado y derecho es una relación de identidad, estos conceptos no abarcan más que una misma realidad. Y continúa Kelsen: “para que haya norma jurídica es preciso que haya también una instancia de imposición coercitiva de la misma, porque de lo contrario no tendríamos una norma de derecho, sino otra clase de norma. Ahora bien, esta trabazón entre la conducta preceptuada en la norma y la imposición coercitiva de la misma, es lo que constituye la estructura lógica esencial del derecho”.⁴² En cuanto a la interpretación del orden jurídico nos dice que éste deberá hacerse de acuerdo con la orientación que oficialmente se le ha dado, ya que el único derecho es el creado y reconocido por el poder público.

De acuerdo a la corriente sociologista que nosotros manifestamos, es oportuno definir nuestra posición en relación a las tesis expuestas en renglones precedentes.

En relación a la primera de ellas podemos decir que así como el estado no puede existir sin la norma jurídica, así la norma jurídica sí puede vivir sin el estado. Este argumento se fortalece con el estudio que hicimos de que no es la coacción física la que determina el cumplimiento de la norma, y que además, el estado es una organización jurídico-política bastante tardía. Antes que él, existieron, existen y no sabemos por cuántos años más seguirán existiendo clanes, tribus, grupos totémicos, que han vivido y han actuado sin el estado, sin que esto quiera decir que no existen normas jurídicas que los regulen. Debe reconocerse la existencia de cuadros coactivos particulares que tienden a garantizar los diferentes órdenes jurídicos. Recordemos la definición sociológica del derecho, por ejemplo en la Europa medieval, el derecho canónico, los fueros burgueses, las guildas, etc. En la actualidad los clubes, universidades, sindicatos, fami-

⁴² Mencionado por Poviña Alfredo, *op. cit.*, pág. 622.

lia, etc., son normas jurídicas en sentido sociológico que no necesitan reconocimiento del estado. En el presente este mismo presupone la existencia del derecho, es una entidad organizada, con un conjunto de normas que regulan su estructura y función.

En cuanto a la segunda posición en donde se incluyen las doctrinas jusnaturalistas, nos remitimos a lo dicho anteriormente en donde afirmamos que no hay valores absolutos, sino históricos y circunstanciales. Que el estado para ser considerado como órgano legítimo del poder, debe someterse a los lineamientos que los valores imperantes de la sociedad le señalen. En este sentido aceptamos la subordinación del estado al derecho, pero dándole a éste una connotación sociológica y no jurídica formal ni jusnaturalista. El poder político debe estar sometido a las fuerzas sociales objetivizadas en las normas jurídicas.

Por último, la doctrina formalista de Kelsen podemos criticarla diciendo que cuando este autor considera que cualquier aplicación axiológica o sociológica al derecho son meta-jurídicas, se olvida que el derecho es un producto social, histórico, resultado de una serie de fuerzas sociales que le dan vida, pero de las que nunca llega a desprenderse. Jurídicamente se puede aceptar que no hay más estado que aquel que está determinado por el derecho vigente. Aunque lo anterior no quiere decir que la existencia del estado termina en el campo del derecho vigente. Pero a pesar de esto, han insistido algunos teóricos del derecho en considerar que no se pueden hacer aplicaciones sociológicas al orden jurídico.

El orden normativo no es un sistema ideal, sino todo lo contrario, es una realidad socio-cultural. Por lo tanto, al hablar de la norma hipotética fundamental de acuerdo con Kelsen, se rompe la autonomía lógica de su sistema, frente a la realidad social. Recordemos cuando hablamos de las fuerzas sociales que, en última instancia quiérase o no, es donde se apoya el derecho. Así que, de hecho, esa primera norma fundamental es la objetivación de fuerzas sociales. El carácter dinámico del derecho es dado por la vivencia de las fuerzas sociales, el derecho nace, se sostiene y evoluciona por las fuerzas sociales.⁴³

⁴³ Kelsen se defiende de los ataques de que ha sido objeto su doctrina, en cuanto a formalista, diciéndonos:

“Uno de los principales argumentos que se esgrimen en contra de la teoría pura del derecho, es el considerado formalista. Evidentemente se parte de la ya de por sí problemática oposición entre forma y contenido y presupone como máxima de valor incuestionable el que pueda colocarse el contenido sobre la forma y no la forma sobre el contenido. Pero, en tanto teoría general del derecho, distingue la teoría pura del derecho en los fenómenos del derecho positivo, forma y contenido. Es evidente que un sistema de conceptos, tal como el

Recordemos que en renglones anteriores enfatizamos que el estado como estructura social es por un lado un conjunto de conductas individuales, y a su vez la representación que los individuos tienen de esa conducta. No debemos confundir la validez de un orden normativo con la validez lógica del razonamiento.

Las críticas anteriores parten del supuesto de que las teorías vistas han querido considerar bajo los mismos conceptos a realidades diferentes. Por lo que, en nuestra opinión, la problemática derivada de la conceptualización del derecho, puede también quedar perfectamente resuelta en la posición de García Máynez, que ha sido denominada tridimensional, en cuanto que enfoca al derecho desde tres ángulos perfectamente legítimos, que son: el derecho vigente, el derecho intrínsecamente válido y el derecho eficaz, y que bajo ningún aspecto representan una identidad genérica. Lo anterior queda esquematizado en el siguiente diagrama:⁴⁴



de la teoría pura del derecho debe tener un carácter relativamente formal. Como todo conocimiento, el jurídico debe también formalizar su objeto y este formalismo no puede ser atacado por nadie, pues precisamente en este formalismo reside lo que como virtud se opone al vicio del prohibido formalismo; en este formalismo reside su objetividad. En su Lógica del

Nos dice García Máynez:

“La combinación de los tres círculos describe siete posibilidades, a saber: 1. La de normas extrínsecamente válidas que carecen de valor intrínseco y eficacia; 2. La de preceptos vigentes e intrínsecamente justos, mas no eficaces; 3. La de normas o principios intrínsecamente válidos, pero desprovistos de vigencia y de efectividad; 4. La de preceptos vigentes y eficaces pero injustos; 5. La de normas en las que concurren los tres atributos, el de vigencia, el de validez intrínseca y el de eficacia; 6. La de normas o principios intrínsecamente valiosos, dotados de eficacia, pero no reconocidos por el poder público, y 7. La de reglas consuetudinarias necesariamente eficaces, pero sin validez formal ni valor objetivo.”⁴⁵

De acuerdo con lo anterior, el positivismo jurídico se puede estudiar:

- a) Como una forma específica del derecho;
- b) Tal como una representación muy particular del mismo, y
- c) A manera de una ideología formal de justicia.⁴⁶

Aceptando la posición tridimensional del derecho, llegamos a la conclusión de que la escuela vienesa, la jusnaturalista y la sociológica, pueden aspirar, dentro de sus limitaciones, a un pleno reconocimiento en cuanto que representan diferentes aspectos de la normatividad jurídica.

Conocimiento Puro —página 587— dice el fundador de la Escuela de Marburgo, el filósofo kantiano, Hermann Cohen: ‘Sólo lo formal es objetivo y, por lo tanto, cuanto más formal es un método, tanto más objetivo puede ser. Y cuanto más objetivamente, en toda la profundidad de la cosa se formule un problema, tanto más formal deberá ser su fundamento.’

“Evidentemente, otra cosa es la creación y aplicación del Derecho. Estas actividades no apuntan a los conceptos, tienen que crear normas jurídicas, son funciones de la voluntad, no del conocimiento; tienen ante todo que crear el material que la ciencia del derecho se ocupa de concebir.

“Si una ciencia es formalista cuando, con conocimiento de sus insuperables limitaciones, renuncia a querer solucionar problemas que no pueden ser resueltos con los medios específicos de la ciencia, entonces ser formalista significa tanto como ser honesto.”

Kelsen Hans, *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1958, págs. 45-50.

⁴⁴ García Máynez Eduardo, *La Definición del Derecho*, op. cit., pág. 239.

⁴⁵ García Máynez Eduardo, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Jusnaturalismo*, op. cit., págs. 165 y ss.

⁴⁶ García Máynez Eduardo, *La Definición del Derecho*, op. cit., pág. 239.