

ESTADOS DE DERECHO:
JUSTOS E INJUSTOS

El Estado de Derecho es el régimen político bajo el cual la enorme mayoría de la gente cumple las leyes, tanto las buenas como las malas. A todos nos conviene vivir bajo el Estado de Derecho, puesto que nos da seguridad ¿no es cierto? Evidentemente, a condición de que el propio Estado no sea delincuente. Si lo es, si el gobierno de turno es opresivo o depredador,

algunos de nosotros intentaremos sustraernos a la ley. Por ejemplo, recurriremos a la ocultación, el engaño, el soborno o incluso el exilio. De modo, pues, que el Estado de Derecho no es un bien absoluto ¿verdad? Veamos.

Las crisis políticas, en particular los cambios de régimen, no sólo amenazan la integridad de las personas, sino que también ponen a prueba la validez de las teorías políticas, jurídicas y morales: nos muestran qué valores salvaguardan o socavan dichas teorías. En particular, las crisis políticas graves, tales como los golpes de Estado, suscitan cuestiones fundamentales referentes a la legitimidad de tres tipos: jurídica, política y moral. Examinémoslas.

El Derecho, al igual que la moral, trata del bien y del mal, y éstos pueden ser morales, legales, o ambos. Por ejemplo, el asesinato es condenado por casi todos los códigos morales, pero es legal dondequiera que rija la pena de muerte. Y casi todos los códigos de comercio condonan especulaciones bursátiles que enriquecen a los ricos a expensas de los pobres. Lo que hace la diferencia entre bienes y males legales es la política. Para decirlo en términos metafóricos, el Derecho está emparedado entre la moral y la política.

La política no es sólo la cuna de la ley positiva o *lex lata*, sino también el sitio de la *lex ferenda*: el taller donde la ley positiva se rehace o deshace. El intento de los positivistas jurídicos, de separar la ley de la política y de la ética, sólo sirve para ocultar el hecho de que ningún sistema legal puede ser puro o neutro tanto política como moralmente. No puede serlo porque todo sistema legal trata de derechos y deberes, es motivado por intereses y valores que podrían ser diferentes, y es impuesto, burlado o impugnado por fuerzas políticas y morales. Baste recordar las historias de los movimientos abolicionistas, sindicales y feministas.

Procedamos a analizar brevemente el concepto de Estado de Derecho (*rule of law*, *Rechtsstaat*) desde tres puntos de vista distintos pero compatibles entre sí: jurídico, político y ético. El resultado de este estudio es previsible y por lo tanto trivial: hay múltiples Estados de Derecho. Pero, contrariamente a lo que sostienen los relativistas, positivistas y pluralistas jurídicos (o formalistas), esos regímenes no son equivalentes, sino que unos son objetivamente mejores que

otros. O sea, algunos Estados de Derecho favorecen más que otros el que la gente pueda vivir en paz y gozar de la vida. Y casi todos estamos dispuestos a pagar con bolsa y libertad por la seguridad inherente al Estado de Derecho.

2 Legitimidad jurídica

Sugiero que el problema de la legitimidad jurídica es trivial en comparación con las cuestiones de legitimidad política y moral. En efecto, por definición, *Legitimidad jurídica = Legalidad = Obediencia a la ley*. Por consiguiente, un poder es legalmente legítimo si cumple y procura hacer cumplir las leyes, buenas o malas. En resumen, *Legitimidad legal = Estado de Derecho*.

Esta exigencia es mínima, ya que la cumple cualquier gobierno de fuerza que modifique la ley fundamental, o constitución, para adecuarla a sus objetivos, nobles o criminales. También es digno de ser notado que el Estado de Derecho conviene a casi todos, porque les permite hacer su vida sin sorpresas ni sobresaltos, con tal de que se ajusten mansamente a la ley. Esto explica la pasividad política de la enorme mayoría de la gente. Sólo los fanáticos predicán la rebelión permanente.

3 Legitimidad política

Como acabamos de ver, la legitimidad jurídica conviene a casi todos y es barata, porque la consigue cualquier grupo que conquiste el poder y altere la reglas del juego cívico para que sirvan sus intereses. El problema de la

legitimidad política es mucho más complicado, porque un poder o un partido político puede ser

popular al mismo tiempo que favorece los intereses de una minoría; o, al revés, puede ser minoritario pese a defender los intereses de la mayoría.

La definición siguiente del concepto de legitimidad política en una democracia tiene en cuenta la diferencia entre legitimidad y popularidad:

Un gobierno es *políticamente legítimo* en un régimen democrático si (a) goza del apoyo de la mayoría de la población; (b) respeta la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948); y (c) cumple las normas del Derecho internacional entronizadas en la Carta de las Naciones Unidas (1945) sobre relaciones internacionales.

Si un Estado viola sistemáticamente la condición (b), por oprimir una minoría, o la condición (c), por agredir sin provocación a una nación extranjera, pierde la legitimidad política y se convierte en una nación delincuente (*rogue*). Obsérvese que un gobierno puede ser a la vez políticamente legítimo y jurídicamente ilegítimo, por carecer del poder necesario para hacer cumplir la ley. Un ejemplo extremo es el de los gobiernos libaneses durante la guerra civil (1975-1990) que devastó a Beirut.

La idea de legitimidad política es clara, pero su aplicación puede ser complicada. Por ejemplo, como se sabe desde Condorcet, en una democracia, un grupo votado por solamente el 25% del electorado puede formar gobierno aliándose con otros dos grupos, cada uno de los cuales haya obtenido el 20% de los votos. De este modo un grupo minoritario podrá encabezar un gobierno junto con otros dos grupos minoritarios, a condición de que elaboren un

compromiso por el cual renuncian a sus principios distintivos, con lo cual traicionan a sus votantes. De esta manera se logra legitimidad jurídica a expensas de legitimidad política.

En el caso de un régimen presidencialista, esta anomalía puede provocar un golpe de Estado. En el caso de un gobierno parlamentario, la misma situación puede tener uno de tres resultados: un gobierno débil incapaz de tomar medidas importantes; un gobierno inestable y por lo tanto de corta duración; o la tentativa de uno de los miembros de la coalición de corromper a otro con el fin de desalojar al tercero. Los votantes educados suelen preferir los gobiernos débiles pero estables a los inestables, y esperan hasta las próximas elecciones para castigar a los incompetentes o corruptos. En cambio, los votantes poco educados suelen preferir “liderazgos fuertes”, dispuestos a tomar decisiones importantes por sí mismos. De aquí la tentación permanente de la dictadura, y la consiguiente fragilidad de la democracia en un pueblo sin educación política.

4 Legitimidad moral y legitimidad a secas

Un poder puede ser políticamente legítimo al mismo tiempo que protege los intereses de una pequeña minoría o daña a instituciones de bien público, en cuyo caso es moralmente objetable. ¿En qué consiste la legitimidad moral de un poder? Propongo la siguiente definición:

Una organización es *moralmente legítimo* si (a) propende al aumento del bienestar (o calidad de vida) de la población y (b) respeta la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948).

Obsérvese que, según esta definición, un poder puede ser moralmente legítimo aun cuando no sea jurídica ni políticamente legítimo. Ejemplos: los gobiernos salidos de revoluciones u ocupaciones militares que, aunque ejecutadas por minorías, emanciparon a pueblos coloniales, o depusieron a gobiernos que habían estado al servicio de minorías privilegiadas, como ocurrió con las asambleas constituyentes formadas por las nuevas naciones americanas.

Finalmente, definimos el concepto de legitimidad social *simpliciter*:

Un poder es *legítimo* si es moral, política y jurídicamente legítimo.

Dicho en términos metafóricos, la legitimidad social es triangular: el triángulo se deshace si desaparece cualquiera de sus lados. Pero también se renueva cada vez que se reconcibe y reconstruye uno de ellos. Por ejemplo, es más fácil mantener el orden público en naciones con baja desigualdad de ingresos y sin tradición de violencia, como Costa Rica y Suecia, que en Colombia o los EE UU de América.

5 Emergencias

La calidad de los gobiernos, como la de los automóviles, se pone a prueba en emergencias. Propongo que un gobierno es jurídicamente correcto si no recurre a medidas de emergencia para enfrentar emergencias. En otras palabras, un

gobierno es legalmente bueno si mantiene el Estado de Derecho, aun en situaciones de emergencia, sin recurrir a la represión masiva.

Acaso se objetará que esto es imposible cuando un grupo armado ataca instalaciones estatales. Respondo, primeramente, que un gobierno legalmente correcto reacciona tomando medidas de fuerza circunscritas, en lugar de movilizar o inmovilizar a toda la población. Segundo, en una sociedad mínimamente justa no existen tales grupos, porque la gente satisface sus necesidades básicas, de modo que nadie se subleva para poder comer, nadie posee armas, y a nadie se le ocurre asaltar un arsenal.

Piénsese en los ciudadanos suizos que, al volver de sus ejercicios militares periódicos, se llevan a su casa las ametralladoras o lanzamisiles que han estado ensayando en esos ejercicios. A ninguno de ellos se le ocurre ir a una escuela, un templo o un mercado, usando esas armas para agredir a la gente. Los suizos han sido educados para convivir en paz: ejemplifican el adagio *Leges sine moribus vanae*. Otros ejemplos aleccionadores son el huracán Katrina, en New Orleans (2005), y el tsunami en Sendai, Japón (2011). En el primer caso hubo saqueos, tropas y tiros. En el segundo, nada de esto: los japoneses de hoy son solidarios y respetuosos del estado de Derecho.

6 *Si vis ordo, para turba*

Tratemos brevemente de crisis sociales que a veces generan violencia: escasez y carestía de alimentos, desocupación masiva e interrupción de servicios públicos esenciales. Habitualmente, la gente tolera la escasez causada por

catástrofes climáticas, tales como sequías prolongadas, pero se rebela contra la escasez causada por agiotistas, o contra impuestos que no se usan para bien público.

Un Estado bien organizado mantiene cisternas y depósitos de alimentos para hacer frente a calamidades naturales. Esto se viene haciendo desde los comienzos de la civilización, tanto en Mesopotamia como en América. Y no hay escasez provocada allí donde la población goza de un mínimo de justicia social.

Un caso particularmente interesante de emergencia es el disturbio público generado por la desocupación masiva combinada con carestía de alimentos y cleptocracia gubernamental en gran escala. Esto es lo que ha experimentado el mundo árabe a principios del año 2011. En estos casos debiéramos celebrar la falla transitoria del orden público causada por la ilegitimidad política y moral del poder.

Abordemos el problema de la huelga de empleados del Estado. La huelga del estatal es mucho más grave que la huelga en el sector privado, porque nuestra seguridad, salud, educación y más están en manos del servicio público. En este caso, más claramente que en cualesquiera otros, se aplica la consigna de la primera Asociación Internacional de Trabajadores (1864): *Ni deberes sin derechos, ni derechos sin deberes.*

O sea, los servidores públicos tienen deberes extraordinarios y, al cumplirlos satisfactoriamente, se hacen acreedores a remuneraciones y condiciones de trabajo condignas. Esto hace que el sindicato de trabajadores del Estado deba tener presente que el público participa sin quererlo en todos los conflictos que tenga con el Estado, de modo que deberá procurar minimizar los inconvenientes

que el paro cause a los usuarios. Una manera justa y eficaz de proceder es convocar al cese intermitente de actividades.

En suma, la consigna del trabajador del Estado en tren de huelga debiera ser: "Trabajar menos, o en forma intermitente, mientras no se llegue a un acuerdo, pero seguir suministrando los servicios básicos." Además, debiera explicarse al contribuyente que los servidores públicos tienen tanto derecho a vivir como los empleados de empresas privadas. Y a los políticos debiera decirseles que, si al Estado no le alcanza para pagar decorosamente a sus empleados, deberá reducir gastos en otros sectores o aumentar ciertos impuestos.

Lo que precede sugiere evitar paros totales en el sector público, y ello por una razón moral y otra práctica. La primera es la gran responsabilidad social del servidor público; y la segunda es que el electorado no perdona el cese prolongado de servicios públicos. Baste recordar que Margaret Thatcher subió al poder después de una larga huelga de los recolectores de desperdicios.

Finalmente, ¿cómo salvar el Estado de Derecho cuando amenaza la sedición? Obviamente, la respuesta depende del tipo de gobierno. Mientras un gobierno autoritario reforzará la represión, un gobierno democrático buscará eliminar las causas de dicha amenaza, tales como abusos de autoridad, corrupción, agio y desmanes de milicias armadas.

En suma, gobierno y pueblo deben prepararse para enfrentar calamidades previsibles: *si vis ordo, para turba*. Y la democracia peligra por leyes de emergencia, pero puede salvarse por la participación popular. Cuando el

enemigo de la Revolución Francesa se prepara para invadir la joven república, la *Marsellesa* llama “¡A las armas, ciudadanos!”

7 La prueba de fuego: el ascenso del nazismo al poder

Los conceptos de Estado de Derecho y de legitimidad que definimos anteriormente debieran ayudar a aclarar uno de los procesos más complejos y siniestros de la historia contemporánea: el ascenso al poder del Partido Nacionalsocialista (1932-33). La historia del nazismo como movimiento político es bastante bien conocida (v. Shirer 1960). Sin embargo, aun hay bastante por conocer, o al menos difundir. Por ejemplo, en su admirable estudio de los fascismos europeos, Michael Mann (2004) pasó por alto el papel decisivo desempeñado por los grandes empresarios y terratenientes, las iglesias, y los jueces e intelectuales a la desintegración de la democracia parlamentaria, proceso que preparó la toma del poder por los nazis.

Aquí nos limitaremos a recordar brevemente la contribución de los tribunales, juristas y iusfilósofos a ese proceso. Esta contribución fue silenciada por los historiadores por no ser obra de políticos; por los nazis porque refuta el mito de que el gobierno nazi nació del voto; y por los comunistas porque no cabían en su definición simplista del fascismo como “la dictadura terrorista del capital financiero.”

La República de Weimar (1918-33), el primer régimen democrático alemán, no cayó por la fuerza del voto ni por un levantamiento popular. Fue destruida en el curso de seis meses por dos golpes de Estado preparados por la camarilla

[Primer Ministro] encabezada por el Presidente Hindenburg y el Canciller von Papen, y que detentaba el poder federal.

El primer golpe, ocurrido el 20 de Julio de 1932, fue el decreto presidencial por el cual el gobierno federal asumió el poder en el *Land* (provincia) de Prusia, el más poblado y rico de la nación. Aunque este decreto violaba la autonomía provincial, estaba avalado por el Artículo 48 de la Constitución nacional, referente a los poderes de emergencia. Este precepto constitucional era el gusano jurídico en la manzana de Weimar, puesto que, en casos de emergencia, daba plenos poderes al Presidente de la República para disolver el Parlamento y recurrir a la fuerza de las armas. (Irónicamente, el artículo en cuestión había sido introducido por el gobierno socialdemócrata presidido por Friedrich Ebert [1919-25]. con el beneplácito de los militares, para facilitar la represión de la izquierda de su propio partido y de los comunistas.)

En 1932 la emergencia fue fabricada por el Presidente federal y su gabinete para intervenir al gobierno de Prusia encabezado por los socialdemócratas. El segundo golpe de Estado fue la decisión del mismo Presidente Hindenburg, el 30 de enero de 1933, de nombrar *Reichskanzler* a Hitler, pese a que éste había obtenido solamente el 37% de los votos en las últimas elecciones. Repito: el 63% del electorado había votado contra el dictador en ciernes. Es cierto que el proceso ocurrió dentro del Estado de Derecho, pero de un Derecho viciado por el famoso Artículo 48, que era una invitación tácita a la dictadura.

Volvamos al primer *Putsch*, porque dio lugar al último debate jurídico y iusfilosófico que ocurrió en la República de Weimar. Los estadistas socialdemócratas destituidos del gobierno prusiano apelaron al tribunal

competente. Este, invocando el Artículo 48 de la Constitución, falló en favor del gobierno federal. Los socialistas fueron víctimas de su propia debilidad una década antes.

En resumen, el golpe político del Presidente Hindenburg y el gabinete de von Papen fue consagrado por los jueces. Estos, al igual que la mayoría del profesorado y del estudiantado universitarios, simpatizaban con los Nazis, al punto de autorizar a las organizaciones paramilitares nazis al tiempo que ponían fuera de la ley al Frente Rojo.

También avalaron ese golpe dos de los tres iusilósofos más destacados del momento en Alemania: el pronazi Carl Schmitt lo hizo en forma tajante y el liberal Hans Kelsen en forma vacilante. Solamente disintió el tercero, el socialdemócrata Hermann Heller. Veamos brevemente en qué difirió Kelsen de su rival Schmitt (v. Dyzenhaus 1997). Esta cuestión es interesante porque exhibe tanto los vínculos de la iusfilosofía con las demás ramas de la filosofía, como los usos políticos de la filosofía del Derecho, pese a que casi todos sus cultores apartan su vista de la realidad social.

Schmitt aprobó el fallo del Tribunal de Apelaciones, aduciendo que el Artículo 48 confiere poderes absolutos al Presidente federal en casos de emergencia. Kelsen criticó dicho artículo porque violaba la democracia parlamentaria, pero condonó el fallo de la corte porque ésta no invalidó el decreto del Presidente. En definitiva, Kelsen exculpó a la corte (Dyzenhaus op. cit.: 127). De modo, pues, que de hecho Kelsen, pese a sus convicciones democráticas, facilitó tanto como Schmitt el ascenso de Hitler al poder. Esto se debe a que estos iusfilósofos compartieron sus principales ideas filosóficas, en

particular el relativismo, y se negaron a ver las implicaciones políticas de las mismas.

8 El positivismo jurídico, hoja de parra del autoritarismo

Carl Schmitt y Hans Kelsen compartieron, expandieron y practicaron el positivismo jurídico de Hobbes, Bentham, Hegel y Austin. En particular, ambos eran relativistas y predicaban obediencia ciega al régimen jurídico reinante, lo que equivale al conformismo político y al conservadurismo jurídico.

Según los positivistas legales, el poder hace a la ley, lo que es históricamente correcto. Pero también sostienen que la justicia es lo que estatuye la ley positiva, lo que es moral y políticamente inválido. En efecto, de ello se sigue que, como sostuvo Hobbes (1914: 140), “las Leyes son las reglas de lo Justo y de lo Injusto; nada es considerado Injusto, que no sea contrario a alguna Ley.” Pablo, en su Epístola a los Romanos (cap. 13), lo dijo antes y en lenguaje terrotista. La idea ética de justicia es tan ajena al cristianismo como al positivismo jurídico.

Si el Derecho fuese ajeno a la ética, sería incorrecto impugnar ésta o aquella ley positiva aduciendo principios extrajurídicos, tales como “Libertad, igualdad, fraternidad”. Como lo sostuviera repetidamente Kelsen (1941), todo Estado sería Estado de Derecho. De modo que, en cuanto un grupo tomase el poder por la violencia y promulgase un nuevo sistema de leyes, cesaría la diferencia entre gobierno *de facto* y gobierno *de jure*. Por el contrario, los movimientos sociales que se proponen mejorar la legislación existente, como ocurrió con los

movimientos liberales, socialistas, sindicales y feministas, así como con los movimientos de reforma penal y de abolición de la esclavitud y la servidumbre, serían jurídicamente injustificables.

La experiencia nazi debiera haber desacreditado definitivamente al positivismo jurídico, ya que, aunque el régimen nazi fue un Estado de Derecho, violó derechos humanos y legalizó consignas políticas monstruosas, tales como la de Carl Schmitt, de que el *Führer* es el Guardián de la Ley (v. Fuller 1958). Sin embargo, el positivismo jurídico parece ser aun hoy la filosofía legal dominante, tal vez porque parezca natural a funcionarios y abogados, de quienes se espera que cumplan la ley, no que busquen la justicia.

Una escuela jurídica parecida, aunque independiente de la de Kelsen y Schmitt, es el pluralismo jurídico. Según esta escuela, todos los sistemas legales son equivalentes, de modo que no habría razones válidas para preferir unos a otros. Por ejemplo, la legislación *sharía*, que condona el asesinato “de honor”, valdría tanto como la que lo condena; lo mismo valdría para los códigos que incluyen la tortura y los que la proscriben.

El pluralismo legal sanciona, pues, la coexistencia de la civilización con la barbarie, de la ciencia con la superstición, del Estado de Derecho con la costumbre, y de la isonomía con el privilegio. Quienes creemos que la modernidad es superior a las etapas anteriores de la historia, y admiramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, rechazamos el pluralismo legal como antihumanista y por lo tanto tan enemigo del progreso moral y legal como el positivismo jurídico. Por consiguiente

sostenemos que el Derecho, lejos de ser axiológica y éticamente “puro”, debe salvaguardar los valores universales, en particular la justicia (Bruera 1945).

Fig. 10.1 La concepción sectorial: el Derecho, la política, la moral y la ciencia son dominios separados.



Fig. 10.2 La concepción sistémica: el Derecho es la intersección de la política, la moral y la ciencia social.

La raíz filosófica del pluralismo legal y del positivismo jurídico es el relativismo axiológico radical (Kelsen 1967: 66 ss, Brecht 1959: 237 ss). Según

esta doctrina, prevaleciente entre los llamados posmodernos, todos los juicios de valor son subjetivos o tribales, de modo que todo vale. Pero si todo valiese por igual nada valdría la pena. Por lo tanto, el relativismo de los valores es nihilista y lleva a la inacción o a la desesperación.

Además, el relativismo es falso: la gente normal prefiere el bienestar a la penuria, el orden al desorden, la equidad a la inequidad, la paz a la guerra, la solidaridad al egoísmo, etc. Más aun, se puede dar buenos argumentos en favor de estas preferencias: por ejemplo, que favorecen la supervivencia y la convivencia, los que a su vez son valores indiscutidos. Hay, en suma, valores objetivos, por los que vale la pena trabajar y luchar.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de las Naciones Unidas (1948), estipula las condiciones mínimas que debe cumplir cualquier régimen para pertenecer a la comunidad internacional. Por ser universales, tales derechos constituyen una condena tácita del relativismo de los valores, así como del positivismo y pluralismo legales.

9 Conclusión

Cualquier tipo de conducta humana, buena o mala, puede legalizarse: hay leyes buenas y leyes malas. El Estado de Derecho es deseable en la medida en que las leyes en cuestión sean objetivamente buenas, o sea, protejan valores universales.

En otras palabras, no basta la legitimidad jurídica, ni siquiera cuando va junto con la legitimidad política. También es necesaria la legitimidad moral,

porque el buen gobierno de cualquier grupo social no se limita a mantener el orden, sino que ayuda a practicar la justicia definida como equilibrio de cargas o deberes con beneficios o derechos (Bunge 1989: 187 ss). *Leges sine iustitia malae, et vanae sine moribus.*

Bibliografía

- Brecht, Arnold. 1959. *Political Theory*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Bruera, José Juan. 1945. La lógica, el Derecho y la Escuela de Viena. *Minerva* [Argentina] 2: 170-177.
- Bunge, Mario. 1989. *Treatise on Basic Philosophy, vol 8: Ethics*. Dordrecht, Boston, Lancaster: D. Reidel.
- Dyzenhaus, David. 1997. Legal Theory in the collapse of Weimar: Contemporary lessons? *American Political Science Review* 91: 121-134.
- Fuller, Lon L. 1958. Positivism and fidelity to law: A reply to Professor Hart. *Harvard Law Review* 71: 630-72.
- Hobbes, Thomas. 1914 [1651]. *Leviathan*. London: J. M. Dent & Sons.
- Kelsen, Hans. 1941 [1934]. *La teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Losada.
- Mann, Michael. 2004. *Fascists*. Cambridge: Cambridge University Press.

Shirer, William R. 1960. *The Rise and Fall of the Third Reich*. New York: Simon and Schuster.