

**D**e entrada, parece muy sencillo llegar a la conclusión de este tema: Estado de derecho es igual a que el Estado observe el derecho. Sin embargo, es mucho más complejo, desde el momento en que para mantener ese binomio político-jurídico con vida, es necesario tomar en cuenta otros factores, de cuya conjunción e interrelación se origina el verdadero Estado de derecho. Elementos o factores que estudiaremos con detenimiento.

## Estado de derecho

Hoy día es muy frecuente incluir entre los requisitos que implica el funcionamiento del Estado de derecho la defensa de los derechos fundamentales. Sin embargo, observa Pérez Luño, no siempre se recuerda la parte que le corresponde a la teoría de los derechos humanos en la formación del concepto de Estado de derecho. Tal parece, por tanto, que son dos nociones que se *telescopian*, dos nociones que se condicionan mutuamente.<sup>1</sup> Por tal razón, la

<sup>1</sup> Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, p.212.

doctrina de los derechos fundamentales del Estado de derecho se ha presentado como un medio cuya misión es articular las exigencias, en principio antagónicas, de las ideas de libertad y de ley exigibles en la comunidad social. La superación de dicha antinomia sólo podía llegar de la síntesis de ambas nociones. Hacia esa síntesis se dirigió la idea guía del Estado de derecho, indica el mismo autor, en el que los derechos fundamentales no aparecen como concesiones, sino como corolario de la soberanía popular, a través de cuyo principio la ley no sólo implica un deber, sino también un derecho para el individuo.<sup>2</sup>

El advenimiento del Estado de derecho significó la superación y sustitución del Estado absoluto, personificado en Luis XIV —con aquella frase lapidaria: “El Estado soy yo”— pues supuso —según Pérez Luño— una delimitación y reglamentación de las funciones del poder y la aceptación de formas representativas; todo ello directamente orientado hacia la defensa de los derechos de los ciudadanos.<sup>3</sup>

El siglo XIX —dice Zagrebelsky— es el siglo del Estado de derecho. Por otro lado, la expresión “Estado de derecho” es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. Contiene, sin embargo, una noción genérica y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o una fórmula mágica, sino que indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado. Ese valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*.<sup>4</sup>

G. Radbruch, al preguntarse ¿de qué manera está ligado el Estado a su derecho?, ¿cómo es posible el Estado de derecho?, comenta que se suele plantear desde antiguo este problema cuestionando si el derecho precede al Estado o si es el Estado el que precede al derecho, es decir, si el Estado debe al

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, p. 213.

<sup>4</sup> Zagrebelsky, G, *op. cit.*, p. 21.

derecho su extensión y límites de su poder de mando o si, al revés, la vigencia del derecho es la que está determinada y condicionada por la voluntad estatal.<sup>5</sup> La salvación de este dilema podría encontrarse en la teoría de la identidad de Estado y derecho descrita por Kelsen:

el dualismo de Estado y derecho es teóricamente indefendible. El Estado como comunidad jurídica, no es algo separado de su orden jurídico, así como la persona colectiva no es algo diverso del orden que la constituye. [...] Como no hay ninguna razón para suponer la existencia de dos diferentes órdenes, el 'Estado' y su orden legal, tenemos que admitir que la comunidad a la que damos ese nombre, es "su" orden legal.<sup>6</sup>

Error de igual manera insostenible de este pensador, al confundir o al identificar una parte (el derecho) con el todo (el Estado). En otro lugar afirma: "El Estado es un orden jurídico [...] En tanto que sobre el orden jurídico estatal no hay otro superior, es el Estado mismo el orden o la comunidad jurídica suprema, soberana".<sup>7</sup> Al respecto, tendremos que decir también que esta teoría de la identidad sólo tiene una significación puramente analítica y definitoria, pero en modo alguno posee un contenido filosófico, jurídico y político. Además, aceptar esta identidad, y que por el hecho de que todo Estado tiene derecho es un Estado de derecho, sería tanto como justificar regímenes autoritarios y despóticos. Según esta teoría, el Estado actuaría siempre dentro del derecho y el Estado que no procediera así ya no sería más Estado; con lo que más que una solución al problema de la vinculación del Estado a su derecho, afirma Radbruch, se obtiene la eliminación de éste.<sup>8</sup>

171

A pesar de esa constante correlación fáctica entre Estado y derecho, Elías Díaz opina que no todo Estado merece ser reconocido con este, sin duda, prestigioso rótulo cualificativo y legitimador, Estado de derecho. Un Estado

<sup>5</sup> Radbruch, G., *op. cit.*, p. 237.

<sup>6</sup> Kelsen, H., *Teoría general del derecho y el Estado*, p. 217.

<sup>7</sup> Cfr. Kelsen, H., *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, trad. Jorge G. Tejerina, Losada, Buenos Aires, 1946, pp. 157 y 159.

<sup>8</sup> *Filosofía del derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 238.

con derecho no es, sin más, un Estado de derecho. Exige el cumplimiento de ciertos requisitos: imperio de la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad popular; sometimiento del Estado al derecho, autosometimiento a su propio derecho, regulación y control equilibrado de los poderes y actuaciones todas del Estado y de sus gobernantes por medio de leyes, pero exigiendo que éstas sean creadas según determinados procedimientos de indispensable, abierta y libre participación de los ciudadanos; garantías de los derechos y libertades fundamentales.<sup>9</sup>

Por otro lado, apunta Manuel Atienza, el Estado de derecho ha evolucionado desde su aparición a comienzos del siglo XIX y se suelen distinguir dos formas del mismo: el Estado liberal de derecho y el Estado social de derecho. En el primero, el Estado cumple funciones básicamente de garantía, lo que significa que ha de intervenir lo menos posible en la marcha de la sociedad. El Estado social, por el contrario, tiene un carácter intervencionista y benefactor, trata de guiar a la sociedad.<sup>10</sup>

Para Radbruch, y estoy de acuerdo con él, reducir la figura del Estado de derecho a la sujeción del Estado a su propio derecho positivo es un empobrecimiento positivista de la idea del Estado de derecho, pues ésta significa en origen la sujeción del Estado a los derechos preestatales del hombre y al derecho natural supraestatal, y por eso se exige que la idea del Estado de derecho deba significar la aplicación de una determinada idea del derecho, y no del concepto del derecho en general, a las relaciones de los individuos con el Estado.<sup>11</sup>

H. Kelsen ya había señalado este sometimiento del Estado al derecho cuando escribió: “por de pronto debe establecerse que un Estado no sujeto a derecho es impensable”.<sup>12</sup> Sin embargo, que Estado y derecho aparezcan indisocia-

<sup>9</sup> Díaz, E., “Razón de Estado y razones del Estado”, en ISEGORÍA, Madrid, núm. 26, junio 2002, p. 139.

<sup>10</sup> Atienza, M., *Tras la justicia*, Ariel Derecho, Barcelona, 2003, p. 154.

<sup>11</sup> Radbruch, G., *op. cit.*, p. 244.

<sup>12</sup> Kelsen, H., *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, p. 168.

blemente unidos no permite, como hace este autor, afirmar sin más que “si se reconoce en el Estado un orden jurídico todo Estado es un Estado de Derecho”.<sup>13</sup> La afirmación kelseniana —indica Catala i Bas— permite calificar como Estados de derecho los regímenes autoritarios a partir de una identificación entre Estado legal y Estado de derecho, y es que “no todo Estado ‘con’ Derecho es Estado ‘de’ Derecho”. Un ordenamiento jurídico es condición necesaria pero no suficiente para poder hablar de Estado de derecho, pues “la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad no autoriza a hablar sin más de un Estado de Derecho”. La pluridimensionalidad del Estado de derecho no supone renunciar a unos valores o principios que no son otros que los que sustenta nuestra sociedad actual: libertad, igualdad, seguridad.<sup>14</sup> De ahí que comparta la opinión de G. Radbruch al escribir:

El Estado ha sido llamado a legislar sólo con la condición de que él mismo se tenga por sujeto a sus leyes. Con el precepto iusnaturalista que justifica la facultad legislativa del que detenta el poder en un cierto momento, está, pues, indisolublemente unido el otro precepto, también de derecho natural, que exige la sujeción de ese poder a sus propias leyes. El detentador del poder deja de estar justificado en su derecho a legislar, tan pronto como él mismo rehúye el cumplimiento de sus leyes. El Estado está, pues, sujeto a su derecho positivo, por un derecho suprapositivo, natural, por el mismo precepto del derecho natural con el que únicamente puede fundamentarse la vigencia del derecho positivo.<sup>15</sup>

173

Dicho concepto es tan abierto que todas las épocas, en función de sus necesidades, lo han llenado de contenidos diversos más o menos densos, manteniendo así continuamente su vitalidad, según el aforismo latino *quidquid recipitur ad modum recipientis recipitur*. Aunque cuenta ya con casi dos siglos de vida, el término “Estado de derecho” adolece, indica Josu Cristóbal De-Gregorio, más que cualquier otra noción política, de una profunda imprecisión.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> Catala i Bas, A., *La (in)tolerancia en el Estado de derecho. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la del Tribunal Constitucional*, Revista General de Derecho, Valencia, 2002, p. 32.

<sup>15</sup> Radbruch, G., *op. cit.*, pp. 243-244.

Lo único que hoy parece indudable es que se ha convertido en una etiqueta de prestigio de amplia difusión en el lenguaje político, utilizada especialmente con la finalidad de desacreditar aquellos sistemas políticos que no reúnen los requisitos canónicos para ser aceptados en el democrático concierto internacional.<sup>16</sup> Por su parte, Íñigo de Miguel Beriain señala que uno de los fenómenos que caracterizan al siglo xx, sobre todo en su segunda mitad, es el intento de superación del modelo de relaciones internacionales basado en la rivalidad entre Estado-nación, por alguna forma de organización que permitiera abolir en lo posible el uso de la fuerza, el establecimiento de acuerdos de cooperación permanente o la superación de los marcos económicos nacionales. Esta idea se ha ido materializando con el nacimiento de una gran cantidad de organizaciones de carácter supraestatal, muchas más de las que han existido en cualquier otra época de la humanidad.<sup>17</sup> Por este fenómeno, y sobre todo con la aparición de algunas de esas organizaciones como la ONU, la ASEAN (Asociación de las Naciones del Sudeste Asiático), la NAFTA (Zona de Libre Comercio de América del Norte),<sup>18</sup> y la UE, que son el producto de alguna forma de cesión formal de soberanía por parte de los Estados miembros, la figura secular del Estado-nación se trastoca y con él, el concepto tradicional de soberanía.

Ante esta situación, De Miguel Beriain piensa que, en general, debido en gran parte a la globalización, los Estados no tienen ya una capacidad soberana exclusiva, sino que van perdiendo progresivamente esferas de influencia debido a un desequilibrio entre el poder político y el poder económico. Este desfase trae a su vez que los Estados reaccionen reformando sus legislaciones en busca exclusivamente de la forma con la que hacerlas más atractivas para atraer recursos. Este fenómeno nos llevará, a su vez, dice el mismo autor, a denunciar cómo los derechos humanos se hallan seriamente amenazados por un marco regulativo que tiende a elegir las soluciones que más

<sup>16</sup> “Derecho, poder y Estado”, en AA. VV, *Teoría del derecho*, op. cit., p. 78.

<sup>17</sup> Beriain, M., *El poder en la era de la globalización. Análisis de una metamorfosis*, Comares, Granada, 2008, p. 68.

<sup>18</sup> Organización que se creó como consecuencia del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, suscrito el 17 de diciembre de 1992 por los gobiernos de Canadá, México y Estados Unidos. Entró en vigor el 1 de enero de 1994.

supeditan al medio ambiente, al trabajador, a las comunidades indígenas, etc., a los intereses del capital o de la industria.<sup>19</sup>

A partir de lo anterior, lo que comprende el concepto “Estado de derecho” ¿habrá que transferirlo a la institución político-jurídica que sustituya al Estado-nación? Concepto que —según Atienza— puede que sea impreciso, pero al menos unívoco: nadie puede haberlo usado para referirse a otra cosa que no sea un tipo de organización política que aparece en un determinado momento histórico y con características más o menos bien definidas: el imperio de la ley, la división de poderes, el control de la administración y la garantía de los derechos y libertades fundamentales. Dichas características se han mantenido hasta nuestros días como los rasgos definitorios básicos del Estado de derecho, por encima de sus posteriores transformaciones históricas.<sup>20</sup> Es ya en pleno siglo xx —dice Josu Cristóbal De-Gregorio— cuando a los esquemas del viejo Estado liberal se les añade una serie de principios que dan lugar a lo que se ha venido en llamar Estado social y democrático de derecho.<sup>21</sup> Que según Paloma Requejo, ha de ser una Estado inclusivo: primero, permitiendo a través del sufragio universal que un número cuantitativamente importante de ciudadanos pueda participar en el proceso de adopción de decisiones; segundo, involucrando a todos los participantes, con independencia de la opción que defiendan y de su relevancia numérica, en las distintas fases del procedimiento, esto es, en la iniciativa y en la deliberación, y no sólo en el momento último de la votación; tercero, introduciendo una regla mayoritaria como criterio de adopción de decisiones que asegure de modo neutral que el mayor número, sin reparar en quiénes puedan ser en cada momento, será el encargado de decidir.<sup>22</sup> La garantía de los derechos y libertades fundamentales es considerada por Prieto Sanchís como trascendente: “Si bien el catálogo de los mismos depende de cada sistema jurídico, el Estado de Derecho comprende, como mínimo, los derechos civiles (libertad de conciencia, de expresión, de reunión, garantías penales

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>20</sup> Atienza, M., *Cuestiones judiciales*, Distribuciones Fontamara, México, 2001, p. 74.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, p. 80.

<sup>22</sup> Requejo, P., *op. cit.*, p. 30.

y procesales, etc.) y políticos (asociación y participación política)".<sup>23</sup> En este contexto, Habermas piensa que "la organización del Estado de derecho ha de servir en última instancia a la autoorganización políticamente autónoma de una sociedad que con el sistema de los derechos se ha constituido como la asociación de miembros libres e iguales en que consiste la comunidad jurídica".<sup>24</sup>

De lo anterior se desprende que otro factor importante para que pueda hablarse de Estado de derecho es la democracia; por lo mismo, es evidente que entre democracia y Estado de derecho existe un vínculo irrompible; el uno necesita del otro, incluso, la primera es condición del segundo, así lo expresa G. Radbruch al escribir: "La democracia es con certeza un bien loable, pero el Estado de derecho es como el pan diario, como el agua para beber y el aire para respirar, y lo mejor de la democracia es precisamente esto, que ella sólo es apropiada para garantizar el Estado de derecho".<sup>25</sup> Solidario de la misma idea, A. Touraine sostiene que no es el derecho el que funda la democracia, es ésta la que transforma un Estado de derecho, que puede ser una monarquía absoluta, en espacio público libre, y la democracia, antes de ser un conjunto de procedimientos, es una crítica a los poderes establecidos y una esperanza de libertad personal y colectiva.<sup>26</sup>

Ha sido L. Ferrajoli quien desde un interesante normativismo crítico, ha desarrollado lo que él mismo denomina el modelo garantista del Estado constitucional de derecho, concebido como un sistema de límites y vínculos impuestos al poder y a la misma democracia política en garantía de todos los derechos fundamentales, y no sólo de los clásicos derechos de libertad. Un modelo cuyas premisas fundamentales serían la sumisión al poder, al derecho, y del derecho a los principios sustanciales de justicia, inscritos en nuestras Constituciones. El Estado de derecho sería, pues, un auténtico Estado

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>24</sup> Habermas, J., *Facticidad y validez...*, pp. 244-245.

<sup>25</sup> Radbruch, G., *Relativismo y derecho*, trad. Luis Villar, Temis, Bogotá, 1992, p. 42.

<sup>26</sup> Touraine, A., *¿Qué es la democracia?*, p. 194.



constitucional.<sup>27</sup> ‘Estado de derecho’ indica —según Barberis— el Estado de derecho constitucional, o más simplemente, Estado constitucional. Se trata de un tipo de Estado en el que las garantías jurídicas contra el poder no se encuentran ni genéricamente en el derecho ni específicamente en la ley, sino todavía más específicamente en la Constitución, o más precisamente en una Constitución documental rígida que prevé el control de legitimidad de las leyes.<sup>28</sup> En este contexto, piensa Raymond Aron que la Constitución de un país independiente se convierte eventualmente para una población, incluso integrada por hipótesis en un Estado liberal, en la condición de las libertades personales, en un doble sentido: el individuo no se sentirá libre, incluso si según la legislación en vigor ése es el sentimiento que debía experimentar, mientras la discriminación entre el grupo étnico al que pertenece y el grupo étnico mayoritario subsista realmente. No podrá alcanzar la libertad positiva de la participación política mientras no reconozca como suyo al Estado del cual es teóricamente ciudadano.<sup>29</sup>

177

Elías Díaz, por su parte, ha insistido en que el primero de los rasgos del Estado de derecho es el imperio de la ley, pero subrayando siempre que habría que entender la ley como expresión de la voluntad general. Es decir, que “no hay en rigor Estado de derecho si la ley proviene de una voluntad individual absoluta y no de una asamblea de representación popular libremente elegida, es decir, que no hay Estado de derecho si la ley no es expresión de la voluntad general”.<sup>30</sup> El Estado de derecho —reafirma en otro lugar— es, pues, el imperio de la ley: aquél, sin embargo, no es ni se reduce sin más como a veces parece creerse, a cualquier especie de imperio de la ley. Si la ley, el ordenamiento jurídico, no posee ese origen democrático, podrá haber después imperio de la ley (de esa ley no democrática), pero nunca Estado de dere-

<sup>27</sup> Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Derechos y garantías; La ley del más débil; Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2006.

<sup>28</sup> Barberis, M., *op. cit.*, p. 152.

<sup>29</sup> Aron, R., *op. cit.*, pp. 75-76.

<sup>30</sup> Díaz, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1996, p. 19.

cho.<sup>31</sup> Respecto a lo cual comenta Laporta: en tonos claramente rousseau-  
nianos, ha establecido así un postulado fuerte de filosofía política frente a la  
mera legalidad formal como imperio de cualquier ley.<sup>32</sup> Diremos, pues, con  
Elías Díaz, que la justificación ética del derecho y del Estado radica en la de-  
fensa y realización de una serie de derechos humanos básicos, considerados  
totalmente imprescindibles y que no deben sacrificarse a otras instancias  
diferentes alegadas como superiores.<sup>33</sup> De esa manera, el derecho, al fijar  
la forma de organización del Estado y las atribuciones de las autoridades,  
sostiene Luis Ernesto Arévalo, trata de reglamentar el uso del poder y evitar  
los abusos. Y lo que conocemos como ‘derechos humanos’ son limitaciones  
al ejercicio del poder estatal para garantizar ciertos bienes jurídicos funda-  
mentales de los miembros de la sociedad y evitar que sean atropellados por  
el poder público.<sup>34</sup> En este mismo sentido, Zagrebelsky afirma que el Estado  
de derecho es enemigo de los excesos, es decir, del uso ‘no regulado’ del po-  
der. La generalidad —nota esencial de la ley— comporta una normatividad  
media, esto es, hecha para todos, lo que naturalmente contiene una garantía  
contra un uso desbocado del propio poder legislativo.<sup>35</sup>

Como ha subrayado Elías Díaz —y lo suscribo—, si en sentido amplísimo  
todo Estado es un Estado de derecho, porque todo Estado se expresa y  
regula a través de normas jurídicas, en sentido estricto este nombre debe  
reservarse para designar una concreta forma de organización política ca-  
racterizada por el especial sometimiento del Estado al derecho, y cuyos  
rasgos más sobresalientes —en opinión de Prieto Sanchís— son: *el imperio  
de la ley*, pero de aquella creada por un órgano representativo y dotada de  
carácter general y abstracto; *la separación de poderes*, que se traduce princi-  
palmente en una limitación del poder ejecutivo y que supone dos subprin-  
cipios, el de legalidad y el de independencia judicial; y *la garantía de ciertos*

<sup>31</sup> Díaz, E., *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, pp. 161-162.

<sup>32</sup> Laporta, J. F., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, p. 145.

<sup>33</sup> “Notas (concretas) sobre la legitimidad y justicia”, en Muguerza et al., *Los fundamentos de los derechos humanos*, p. 147.

<sup>34</sup> Arévalo, L. E., *op. cit.*, p. 35.

<sup>35</sup> *Op. cit.*, p. 29.

*derechos fundamentales*, que si bien el catálogo de los mismos depende de cada sistema jurídico, el Estado de derecho comprende como mínimo los derechos civiles y los políticos.<sup>36</sup>

En relación con lo anterior, Bobbio sostiene que la doctrina democrática reposa en una concepción individualista de la sociedad, por lo demás semejante al liberalismo, lo que explica por qué la democracia moderna se ha desarrollado y hoy existe solamente allí donde los derechos de libertad han sido reconocidos constitucionalmente.<sup>37</sup> En un sentido fortísimo, para Mauro Barberis: “Estado de derecho” indica Estado constitucional. Se trata de un tipo de Estado en el que las garantías jurídicas contra el poder no se encuentran ni genéricamente en el derecho ni específicamente en la ley, sino todavía más específicamente en la Constitución, o más precisamente en una Constitución documental rígida que prevé el control de legitimidad constitucional de las leyes. Si el Estado legislativo encarna la doctrina de la libertad como autonomía, el Estado constitucional encarna, por el contrario, la doctrina liberal de la libertad: el Estado y las leyes, que normalmente son requisitos para la libertad, pueden transformarse en sus peores enemigos; en favor de la libertad liberal son necesarias garantías no sólo contra los individuos, sino también contra el Estado y sus leyes.<sup>38</sup> En cuanto tales, Estado y leyes no pueden violar la verdadera libertad.

179

Alejandro Nieto, por su parte, escribe que el verdadero y profundo alcance de la justicia es esencial para la comprensión del Estado social y democrático de derecho. Porque esto no significa solamente que los actos producidos por el Estado han de estar de acuerdo con las leyes y sometidos al control de los tribunales, la sumisión a la justicia es un principio más ambicioso e implica un posible reproche incluso sobre lo que los jueces no han controlado.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Prieto, S. L., *op. cit.*, p. 39.

<sup>37</sup> Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, pp. 19-20.

<sup>38</sup> *Op. cit.*, p. 153.

<sup>39</sup> *Op. cit.*, p. 27.

En el Estado de derecho, escribe N. Bobbio, la justicia administrativa fue instituida para tutelar los intereses de los ciudadanos frente a los actos ilegales de la administración pública, bajo el supuesto de que tales actos dañen en mayor o menor medida al ciudadano; pero cuando un acto ilegal de una oficina pública no afecte los intereses de un ciudadano, sino por el contrario, los favorezca, en otras palabras, cuando el ciudadano se beneficie de la ilegalidad pública, el presupuesto en el que se basa el instituto de la justicia administrativa se desploma.<sup>40</sup>

La participación en la formación de la voluntad colectiva es el contenido de los llamados derechos políticos. El pueblo, como conjunto de los titulares de estos derechos, representa, aun en una democracia radical, según Kelsen, sólo un pequeño sector de la totalidad de los sometidos a la ordenación política, o sea, del pueblo como objeto del poder.<sup>41</sup>

180

## Poder y derecho

El poder es uno de los temas fundamentales de la filosofía del derecho, de la política y de la ética; todos los pensadores que se han ocupado en estudiar esas disciplinas y las relaciones entre las personas y de éstas con el Estado no han dejado de reflexionar sobre esa realidad fáctica llamada poder.

Michel Foucault es el sociólogo que mejor ha estudiado la presencia totalizadora del poder mediante la estrecha relación entre saber, verdad y derecho. Nada más equivocado, según el sociólogo francés, que ver en el poder un simple aparato represivo, pues el poder produce cosas, induce placer, forma saber, produce discursos.<sup>42</sup> El poder alcanza su máxima presencia

<sup>40</sup> Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, p. 116.

<sup>41</sup> *Esencia y valor de la democracia...*, p. 33.

<sup>42</sup> Foucault, M., *Microfísica del poder*, trads. Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Ediciones de la Piqueta, Madrid, 1992, p. 180.

cuando ésta se prolonga en el tiempo, es decir, cuando se hace persistente; llegando a su culmen cuando sin necesidad de un ejercicio permanente, el súbdito se siente constantemente observado y vigilado, cuando el poder se hace invisible; ve, pero no es visto.<sup>43</sup>

El derecho, por su lado, pertenece a la clase de los discursos prescriptivos, porque este tipo de discursos, obviamente tiene por objeto determinar a otros, es decir, *ejercer el poder*; y el derecho pertenece a la clase de los discursos prescriptivos que amenazan con el uso de la violencia —dice Correas— para el caso de que no se produzca la conducta prescrita.<sup>44</sup> Sin embargo, no han de ser el reconocimiento del poder o el temor a la violencia lo que justifique la eficacia del sistema jurídico en el comportamiento del hombre. La eficacia tendrá que venir de otro lado: del discurso que presenta al derecho como lo bueno, lo conveniente, lo justo, lo que es aprobado democráticamente; de esta manera es como podemos entender que el poder es un resultado del discurso del derecho y no al revés, y por lo mismo, tiene la virtud de limitarlo.

181

El poder —escribe Walzer— no es esa clase de bien en el cual podamos deleitarnos, o admirar en privado, como el avaro su dinero, y las mujeres y los hombres comunes sus posesiones favoritas. El poder debe ser ejercido para ser disfrutado, y al ser ejercido, el resto de nosotros es dirigido, vigilado, manipulado, ayudado y lastimado. Y a la pregunta ¿quién debe poseer y ejercer el poder estatal? Da dos respuestas vinculadas de forma intrínseca a la esfera política: primero, que el poder debe ser poseído por quienes sepan usarlo mejor; segundo, que debe ser poseído, o al menos controlado, por quienes experimentan sus efectos de la manera más inmediata.<sup>45</sup> Ojalá que así fuera, pero esta forma de percibir el poder, para qué es y quién lo debe detentar, queda en un ideal walzeriano, pues sabemos que el poder, en alguna medida, siempre enferma a quien lo posee. Y, además, no hay que olvidar

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 203.

<sup>44</sup> Correas, O., *Introducción a la sociología jurídica*, Distribuciones Fontamara, Derecho, México, 2007, p. 63.

<sup>45</sup> Walzer, M., *Las esferas de la justicia...*, p. 294.

que la actividad política —según el mismo Walzer— se refiere a los destinos y a los riesgos, y el poder es sencillamente la capacidad para definir estos asuntos, no sólo para uno mismo sino para otros.<sup>46</sup>

Suele considerarse que entre poder y derecho se dan relaciones muy estrechas. Parece fuera de toda duda y discusión que quien crea y pone en vigor las normas del derecho, está ejerciendo un cierto poder. Pero también se tiene por cosa sabida —opina Laporta— que aquellos que tienen poder son los que determinan cuál ha de ser el contenido del derecho.<sup>47</sup> Al hablar de la autoridad, Aristóteles dice que quien la ostente requiere de ciertas cualidades para ejercerla:

182

los legisladores no confían el poder a cualquier hombre, antes determinan la edad y las cualidades que deben adornarle para gobernar, por ser imposible como algunos suponen el dejar a todo el mundo abierto el derecho a gobernar. Si pues, alguien da a entender su indignación por haber sido excluido del poder o por no permitírsele gobernar, se le puede muy bien responder que él no tiene ninguna de las cualidades mentales que se requieren para una u otra de estas tareas.<sup>48</sup>

Dichas cualidades las especifica en la *Política*: “Hay tres cualidades que deben poseer los que han de desempeñar las supremas magistraturas: la primera es la lealtad para con la constitución establecida; la segunda, muy grande capacidad para las responsabilidades del cargo, y la tercera, virtud y justicia”.<sup>49</sup>

Como complemento a lo dicho por Aristóteles, cito a Paulette Dieterlen:

La cantidad de poder que el Estado ejerce sobre los ciudadanos es inversamente proporcional al llamado desarrollo moral de los individuos. Aquí tie-

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 296.

<sup>47</sup> Laporta, J. F, “Poder y derecho”, en V. E. Garzón y F. J. Laporta (comps.), *op. cit.*, p. 441.

<sup>48</sup> *Gran ética*, L. I, c. 3, 1200a, *Obras*, trad. Francisco de P. Samaranch, Aguilar, Madrid, 1977.

<sup>49</sup> *Política*, L. V, c. 7, 1309b, *Obras*, trad. Francisco de P. Samaranch, Aguilar, Madrid, 1977.

nen su punto de encuentro los límites del poder y la autoridad. Mientras más públicos sean los mandatos que surgen del Estado, mayor es la probabilidad de que el poder se convierta en autoridad, es decir, de que los ciudadanos no sólo obedezcan sino que también compartan las políticas implementadas por los gobernantes. Si un poder es verdaderamente público puede convertirse en autoridad.<sup>50</sup>

Por su parte, la extensión del poder está vinculada con el problema de la justicia y de la imparcialidad. Es una constante en la historia de la filosofía política la preocupación que han mostrado desde T. Hobbes y los defensores del Estado mínimo, por la reducción del poder; a sabiendas que cuanto más democrática sea una sociedad más se reduce la extensión del poder. El poder no puede extenderse —señala M. Walzer— hasta la esclavitud; quienes ejercen el poder no pueden apoderarse de la persona de los ciudadanos, forzar sus servicios, encarcelarlos o matarlos; convertir el castigo en un medio de represión política; no deben actuar de manera indiscriminada contra grupos étnicos, raciales o religiosos. Tampoco deben anular la libertad de expresión, de asociación, ni de manifestación.<sup>51</sup> En coherencia con lo anterior, esos derechos constituyen el límite del ejercicio del poder: si se justifica por defenderlos —señala Peces-Barba—, su violación o su desconocimiento será la barrera que nunca podrá traspasar. La visión de esta obligación de respeto puede generar un derecho de los miembros de la sociedad derivada del pacto a revocar ese poder, con lo que se configura entonces un derecho de resistencia frente a la opresión.<sup>52</sup>

183

Es indudable que existe una interconexión entre la teoría del derecho y la teoría de la justicia al estudiar el binomio derecho-poder, cuyas consecuencias se revisten de gran importancia. Gregorio Peces-Barba señala que la reflexión de la teoría del derecho sobre las relaciones entre derecho y poder tiene indudables consecuencias para la teoría de la justicia, porque de ella se desprende que la consideración del derecho justo es inseparable de la consi-

<sup>50</sup> “Ética y poder público”, en O. Guariglia (ed.), *op. cit.*, p. 137.

<sup>51</sup> Cfr. Walzer, M., *Las esferas de la justicia...*, pp. 292-293.

<sup>52</sup> Peces-Barba, G., *Curso de derechos fundamentales...*, p.142.

deración del poder como hecho fundante básico del ordenamiento jurídico. De esta manera, justicia del derecho y legitimidad del poder son inescindibles. El primer elemento de un derecho justo será un poder legítimo.<sup>53</sup>

Algo que no podemos negar es que existe —afirma Prieto Sanchís— una íntima relación entre el derecho y el poder, entendiendo por poder aquel que en toda sociedad está en condiciones de ejercer la coacción o fuerza física y que, en el mundo moderno, tiende a ser un monopolio de lo que llamamos Estado.<sup>54</sup> Lo que resulta de gran interés es saber cómo se influyen mutuamente: cómo influye el poder sobre el derecho y cómo influye el derecho sobre el poder. Pero hay una cosa, ambos elementos los necesita el Estado. Para cumplir su función, este último necesita cierto aparato de fuerza, cierto poder de coacción que permita vencer la resistencia de la imperfecta naturaleza humana a acomodarse a las exigencias del organismo social; pero como quienes constituyen ese aparato de fuerza y ejercen el poder estatal son también seres humanos imperfectos, cabe la posibilidad que se vuelva realidad con mucha frecuencia: que se abuse de ese poder y se le convierta en medio de satisfacer ciertos intereses particulares o de grupo en lugar de ver en él siempre una forma y un medio para servir a los demás.

Por *poder*, según Max Weber, se entiende la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad.<sup>55</sup> De ahí que entienda al “Estado racional como asociación de dominio institucional con el monopolio del poder legítimo”.<sup>56</sup> Es evidente que el poder posibilita al Estado para que ejerza coacción, sin la cual el Estado hubiera desaparecido; de ahí que puntualice lo que entiende por Estado “aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio reclama para sí el monopolio de la coacción física legítima”. Por lo mismo, la ‘política’ sería “aspiración a la

<sup>53</sup> *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate, Madrid, 1994, p. 269.

<sup>54</sup> Prieto, S. L., *op. cit.*, p. 37.

<sup>55</sup> Weber, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trads. Eduardo García Máynez, José Ferrater Mora et al., F.C.E., México, 2008, p. 43.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 1056.



participación en el poder, o a la influencia sobre la distribución del poder, ya sea entre Estados o, en el interior de un Estado, entre los grupos humanos que comprende”.<sup>57</sup>

Por lo que se refiere a la primera cuestión, si se afirma que una peculiaridad de las normas jurídicas es que pueden acompañarse de la fuerza coactiva, y se recuerda que ésta —dice el mismo Prieto Sanchís— representa el atributo esencial del poder, es fácil concluir que el poder constituye la única o al menos la suprema fuente del Derecho; y ello por la simple razón de que sólo el poder está en condiciones de respaldar su voluntad con el uso o la amenaza de la fuerza organizada.<sup>58</sup> Por lo tanto, el derecho depende del poder como también el poder depende del derecho. En la medida en que éste regula el uso de la fuerza, designa los órganos que pueden decidir su grado de aplicación, puede decirse que todo poder es un poder jurídico y, por tanto, en alguna medida limitado. Sin embargo, son diversos los grados en que el Derecho puede ejercer control sobre el ejercicio del poder: desde el régimen que suponía que el soberano no estaba sometido ni a su propio Derecho, porque su voluntad tenía valor de ley, (teocracia), hasta el actual modelo de Estado constitucional, que no concibe poderes ilimitados. Por consiguiente, si el único derecho válido es el derecho positivo, el sistema jurídico se configura como un sistema con identidad propia. Su característica —dice Bastida Freijedo— es la regulación del uso *irresistible* de la fuerza física para estabilizar determinadas expectativas sociales. La forma de impedir que ese uso se vuelva contra los individuos, se consigue si se hace de la Constitución la norma jurídica suprema, soberana, y se convierte aquella primigenia idea de libertad e igualdad en contenido de pretensiones jurídicas garantizadas por la Constitución.<sup>59</sup>

185

Lo anterior se traduce —según algunos— en una alternancia. Por un lado se contempla al derecho como un instrumento del poder; cuanto más absoluto es el poder, más el poder ve al derecho como un instrumento a su servicio

<sup>57</sup> *Idem.*

<sup>58</sup> *Idem.*

<sup>59</sup> *Op. cit.* pp. 37-38.

y para la realización de sus fines. Para otros —señala Soriano— es el poder una variable dependiente del derecho. El derecho reglamenta y legitima al poder. El poder es poder jurídico, es decir, conforme a derecho, cuando posee una doble legitimidad: originaria y de ejercicio. El poder es originariamente legítimo cuando su titular ha accedido al mismo según los requisitos indicados por el derecho; es funcionalmente legítimo cuando el titular del poder lo ejercita y toma decisiones conforme a los dictados del derecho.<sup>60</sup> Como es obvio, las normas jurídicas tienen como un propio la pretensión de imponerse sobre los destinatarios y desencadenar consecuencias negativas.

Esa doble modalidad de legitimidad, ha sido ganada por el Estado de derecho en su lucha contra el absolutismo político; ha sido una conquista histórica muy laudable, pero no suficiente. Requiere de una nueva modalidad de legitimidad para que el triángulo resulte completo, la legitimidad participativa; es decir, aquella derivada de una participación real de los ciudadanos en los procedimientos para la toma de decisiones políticas. No sólo eso, sino que además, esta visión de las relaciones poder-derecho es propia de las teorías democráticas, con características particulares en las estructuras del poder: dirigentes políticos legitimados por la voluntad popular y las Constituciones; sometidos en el ejercicio del poder a lo establecido por el derecho, anterior e independiente de su propia voluntad; separación de los poderes públicos; control político de las decisiones de los dirigentes y derecho de resistencia de los ciudadanos contra las leyes injustas de los mismos. De ahí que Raymond Aron afirme que “un poder no legítimo al que se está forzado a someterse degrada a los que no pueden evadirse de él, pero no quieren respetarlo”.<sup>61</sup>

Kelsen dejó escrito en la *Teoría general del derecho y del Estado*: “si bien el derecho no puede existir sin el poder, derecho y poder no son lo mismo. De acuerdo con la teoría aquí presentada, el derecho es un orden u organización específicos del poder”.<sup>62</sup> Es decir, el derecho organiza el poder, le

<sup>60</sup> Soriano, R., *op. cit.*, p. 325.

<sup>61</sup> Aron, R., *op. cit.*, p. 194.

<sup>62</sup> Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 142.

confiere un orden pero no es el poder mismo; el poder está en su origen y se organiza por el derecho; también es su resultado. Si pudiese hablarse —observa Correas— en términos de ‘principio’, ‘medio’ y ‘final’, habría que decir:

en el inicio existe la voluntad de poder de alguien, la intención, el deseo de imponer el poder, de determinar la conducta y el pensamiento de otros; el discurso del derecho, en este caso es el medio o la técnica adecuados para imponerse; adecuados, porque organiza, posibilitando el ejercicio de esa voluntad de poder; y el resultado final, la eficacia del discurso, es el mantenimiento del poder, su continuidad, su reproducción, es decir, el poder mismo; el derecho se vale del poder para existir, para continuar existiendo.<sup>63</sup>

Gregorio Peces-Barba identifica la relación derecho-poder con los rasgos siguientes:

187

- 1) No existe jerarquía ni superioridad de uno sobre otro, sino un equilibrio y una vinculación correlativa.
- 2) El Derecho como expresión de una norma y el poder como una voluntad referida a valores, y formada desde la comunicación y el diálogo entre muchas voluntades razonables, no se contraponen sino que se comunican e integran.
- 3) El poder crea en última instancia al derecho positivo, es el hecho fundante básico, pero éste configura al poder como poder jurídico, que lo limita y lo organiza.<sup>64</sup>

La democracia no es ajena a la situación planteada y que se da con mucha frecuencia entre el derecho y el poder; hoy día, la misma democracia se reviste de un matiz especial: es percibida como una lucha por el poder. No basta con mejorar los sistemas políticos. Lo que el pueblo está exigiendo

<sup>63</sup> *Op. cit.*, pp. 73-74.

<sup>64</sup> Peces-Barba, G., *Ética, poder y derecho*, p. 80.

con sus organizaciones —sostiene González Casanova— más directamente representativas y lúcidas es mejorar los sistemas de poder y su posición en ellos. No quiere sólo espacios políticos en un vacío de poder. Quiere por lo menos una parte del poder. A veces se conforma con ir tomando parcelas, territorios de poder; y cuando se le niega, quiere todo el poder y lo obtiene; como sucedió en Nicaragua, El Salvador y Chile.<sup>65</sup> Es un hecho que el poder puede convertirse en una enfermedad si se olvida el fin para el cual se posee y se debe ejercer: el servicio a los demás. Así como las enfermedades se miden y se valoran en razón de su gravedad, podemos decir que el poder por lo general corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente a quien lo detenta. Fenómeno éste que puede ser sintetizado —en palabras de Giovanni Reale— en el eslogan que suena como la parodia de una frase evangélica: “buscad primero el poder y todo lo demás vendrá por sí mismo”.<sup>66</sup> Esto significa que lo único que vale es el poder y sólo el poder.

Dice M. Walzer, los ciudadanos tienen que gobernarse a sí mismos. ‘Democracia’ es el nombre de esta forma de gobierno, pero el término no alude a nada que se parezca a un sistema simple, y tampoco se identifica con la igualdad simple. El hecho de gobernar, por cierto, nunca puede ser absolutamente igualitario, pues en cualquier momento dado alguien o algún grupo tiene que decidir ésta o aquella cuestión y luego hacer cumplir la decisión, y alguien más o algún otro grupo tiene que aceptar la decisión y acatar su cumplimiento. La democracia es una manera de asignar el poder y legitimar su uso, es la *manera política* de asignar el poder.<sup>67</sup> La democracia política —indica Cebrián— no garantiza en absoluto un buen gobierno ni es ésta su misión, sino la de asegurar que el poder, cualesquiera que sean sus cualidades o defectos, emane directamente de la voluntad de los ciudadanos.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> González, C. P., *op. cit.*, p. 12.

<sup>66</sup> Reale G., *op. cit.*, p. 71.

<sup>67</sup> *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y de la igualdad*, 2ª ed., trad. Heriberto Rubio, F.C.E., México, 2001, p. 313.

<sup>68</sup> *Op. cit.*, p. 22.

Por otra parte, la democracia, la forma en que la conocemos actualmente, tiene sobre todo que ver con el triunfo de la razón y del positivismo científico frente a la organización teocrática o mágica de la convivencia.

N. Bobbio escribe que el derecho y el poder son dos caras de una misma moneda: sólo el poder puede crear derecho y sólo el derecho puede limitar al poder. El Estado despótico es el tipo ideal de Estado de quien observa desde el punto de vista del poder; en cambio, el Estado democrático es el tipo ideal de Estado de quien observa desde el punto de vista del derecho.<sup>69</sup> Visto desde otro ángulo, un régimen despótico es aquel en que —según Raymond Aron— en definitiva un hombre quiere ser libre con respecto a todo y en todos. Un régimen de libertad, por el contrario, implica una distribución menos desigual del poder gracias a un sistema complejo de dependencia de los gobernados con respecto a los gobernantes.<sup>70</sup> Hemos dejado escrito en párrafos anteriores que gozar de libertad política es uno de los indicadores de la vida democrática. Montesquieu observa que tal libertad sólo se encuentra en los Estados moderados; ahora bien, no siempre aparece en ellos, sino sólo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. Pero para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder. Una Constitución puede ser tal que nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley, y a no hacer las permitidas.<sup>71</sup>

189

Es tan importante no perder de vista que tanto el poder como el derecho existen porque de por medio se encuentra el objetivo de regular la libertad y por consiguiente, las acciones del hombre en sociedad. Por lo cual, el mismo autor mencionado señala en otro lugar que:

la pluralidad de las agrupaciones y de los partidos, el mantenimiento de los procesos democráticos, impiden que unos cuantos, en lo más elevado de una

<sup>69</sup> Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, p. 19.

<sup>70</sup> *Op. cit.*, p. 177.

<sup>71</sup> Montesquieu, *op. cit.*, p. 208.

jerarquía única de organización, sean casi todopoderosos, que la esfera de no-dependencia se vea reducida al mínimo y que el gran número sea incapaz de restringir las libertades de los hombres en el poder. Que subsistan actividades en las cuales cada uno no dependa más que de sí mismo, que el poder esté repartido de tal manera que no pertenezca por entero a algunos cuantos, tales siguen siendo hoy, como ayer, las condiciones de una sociedad libre, sociedad en la que muchos hombres poseen muchas libertades y donde nadie goza de la libertad total o de omnipotencia.<sup>72</sup>

190

Para poder acercarnos a ese ideal sociopolítico-jurídico, Vicent Martínez, Irene Comins y Sonia París sostienen —siguiendo a Boulding— que la primacía de la cooperación y las nuevas maneras de percibir las cosas y a las personas tiene que ir de la mano de otros usos del poder que sean menos autoritarios y subordinantes. Para ello, de *las tres caras del poder*: integrativo, destructivo y productivo; dado que el segundo está presente en todas partes en la sociedad actual, proponen que el primero, el integrativo, basado en la creación de lazos entre las personas a raíz de la fuerza del amor y del respeto, es el medio idóneo para buscar la paz, ya que desde él podemos pedirnos cuentas por aquello que nos hacemos, porque todas las personas debemos participar de un modo integrativo para hacer evidente la fragilidad y vulnerabilidad humana con la finalidad de superar pacíficamente las injusticias, los conflictos y las violencias que nos acechan.<sup>73</sup>

El pasaje de la tragedia donde Antígona, tras haber dado sepultura a su hermano en contra del expreso mandato de Creonte, rey de Tebas, es conducida ante el soberano, nos revela —según Josu Cristóbal De-Gregorio— que ya en la época antigua existía una clara preocupación acerca de las relaciones entre el fenómeno del poder y el fenómeno jurídico. A lo largo de dicho periodo, las reflexiones iusfilosóficas oscilaban, con diversos matices, entre aquellas que atribuían un fundamento divino al derecho y las que afirmaban un origen contractual de las leyes, pero sobre todo se centraban en la

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>73</sup> Cfr. “La nueva agenda de la filosofía para el siglo xxi: los estudios para la paz”, en *Convergencia*, número especial del aniversario xvi, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de México, 2009, p. 101

búsqueda de principios de justicia válidos para hacer frente al despotismo y la arbitrariedad de los gobernantes. Todas estas doctrinas han influido, en gran medida, en las distintas visiones que frente al problema del poder y de la obediencia a las leyes han dominado el panorama filosófico-jurídico de los siglos posteriores.<sup>74</sup>

El poder —dice Peces-Barba— es una fuerza institucionalizada, es decir, abierta a valores; los valores morales de la libertad, la seguridad, la igualdad y la solidaridad, que impulsa y apoya la existencia del derecho y que, al tiempo, es limitado y organizado por el derecho. El poder es el hecho fundante básico del Derecho y causa última de su validez y de su eficacia. Es el punto de vista externo, en virtud del cual ese poder es determinante, en última instancia para su producción. Desde el punto de vista interno es el Derecho el que influye sobre el poder, a través de la regulación del uso de la fuerza que representa aquel.<sup>75</sup>

191

En la Edad Media, se pretendió dotar al derecho de una fundamentación trascendente para desvincularlo del fenómeno del poder; es decir, presentar al derecho no como lo que en realidad es, una construcción variable de la voluntad humana, sino como derivación del orden inmutable impuesto por la divinidad. Esta contraposición entre el derecho, derivado del orden divino, y el poder humano dominará el pensamiento jurídico hasta la época moderna. Las opiniones respecto a este problema van desde la contraposición de los dos, pasando por intentos de identificación de uno con otro, hasta la postura aceptable de ver una complementariedad entre ambos. Brieskorn sostiene —y estamos de acuerdo— que: el derecho necesita del poder, mas también el poder tiene necesidad del derecho. Sin poder el derecho sería incapaz en buena medida de cumplir su cometido de mediación duradera y de descargo. En la medida en que el derecho tiene que servirse del poder, ese poder ha de regularse desde el derecho. El poder del que ha de servirse

<sup>74</sup> *Op. cit.*, p. 69.

<sup>75</sup> Peces-Barba, G., *Ética, poder y derecho*, pp. 78-79.

el derecho no entra en una forma burda al servicio de la imposición del derecho, sino que se transforma a su vez, en derecho.<sup>76</sup>

Si el poder político es creado por todos los individuos y en beneficio de todos los ciudadanos, resultará evidente que no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para la realización de fines que le trascienden y que no pueden venir sino determinados por el cuerpo social del que es expresión. Por consiguiente —señala Josu Cristóbal De-Gregorio— tanto la autoridad política como el derecho que de ella emana aparecerán en lo sucesivo como dos realidades autónomas que se complementan para la realización de fines esenciales para la comunidad, como son el mantenimiento de la cooperación estable de los grupos humanos y el logro de las metas sociales compartidas. El poder público, creado y limitado por el consentimiento de los individuos, produce y respalda el derecho garantizando su eficacia; y el derecho a su vez, contemplado como un ordenamiento racional que recoge los criterios de justicia o valores compartidos por el grupo, se convierte en el instrumento de racionalización y legitimación de los mandatos del poder político.<sup>77</sup> N. Luhmann opina al respecto que el derecho, para su aplicación, depende de la política, y sin la perspectiva de esta imposición no existe ninguna estabilidad normativa convincente que sea atribuible a todos. La política, a su vez, utiliza el derecho para diversificar el acceso al poder concentrado políticamente.<sup>78</sup>

Von Ihering corrobora la idea anterior al escribir:

el derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada es el derecho en su impotencia; se completan recíprocamente: y el derecho no reina verdaderamente, más

<sup>76</sup> *Op. cit.*, p. 108.

<sup>77</sup> *Op. cit.*, p. 72.

<sup>78</sup> *El derecho de la sociedad*, trads. Javier Torres Nafarrete et. al., Universidad Iberoamericana, 2002, p. 208.



que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada, iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza.<sup>79</sup>

J. Bodino será quien coloca los cimientos del moderno concepto de soberanía, y al hacerlo se vislumbra una nueva forma de entender las relaciones entre el poder y el derecho, pues al señalar que el primer atributo del príncipe soberano es *el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular*, se rompe la antigua visión de contraposición entre el derecho y el poder, pasando a ser una relación tan estrecha que las leyes se contemplan, en lo sucesivo, como el principal instrumento de dominio del poder soberano. De ahí, que quien dicta normas jurídicas —sostiene Laporta— ejerce el poder y el vehículo de ese poder es la norma jurídica que dicta, la cual aparece así como un instrumento de conformación de las conductas de los destinatarios.<sup>80</sup> Sólo se ejerce poder normativo sobre alguien —concluye— cuando se emite una norma cuya existencia o contenido ingresa en su deliberación práctica y se constituye en una razón para su acción.<sup>81</sup>

193

Si el poder político (el Estado) es creado —al margen de cualquier hecho de fuerza— por todos los individuos y en beneficio de todos los ciudadanos, resultará evidente que no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para la realización de fines que le trascienden y que no pueden sino venir determinados por el cuerpo social del que es expresión. Por lo cual —señala Josu Cristóbal De-Gregorio— tanto la autoridad política como el derecho que de ella emanan aparecerán como dos realidades autónomas que se complementan para la realización de fines esenciales para la comunidad, como son el mantenimiento de la cooperación estable en los grupos humanos y el logro de las metas sociales compartidas. El poder político, creado y limitado por el consentimiento de los individuos, produce y respalda el derecho garantizando su eficacia; y el derecho, a su vez, contemplado como un ordenamiento racional que recoge los criterios de justicia o valores compartidos

<sup>79</sup> Ihering, V. R., *op. cit.*, p. 3.

<sup>80</sup> Laporta, J. F., “Poder y derecho”, en V. E. Garzón y F. J. Laporta (comps.), *op. cit.*, p. 447.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 451.

por el grupo, se convierte en el instrumento de racionalización y legitimación de los mandatos del poder político.<sup>82</sup>

N. Bobbio comenta: la democracia representativa nació de la convicción de que los representantes elegidos por los ciudadanos son capaces de juzgar cuáles son los intereses generales mejor que los ciudadanos, demasiado cerrados en la contemplación de sus intereses particulares, y por tanto la democracia indirecta es más apropiada para lograr los fines para los cuales había sido predispuesta la soberanía popular.<sup>83</sup> Por eso, sostiene B. Constant, cuando los representantes del pueblo no pueden participar nunca del poder, hay que temer que lo consideren su enemigo natural.<sup>84</sup> Pero también, cuando no se ponen límites a la autoridad representativa, los representantes del pueblo no son defensores de la libertad, sino candidatos a la tiranía; y una vez constituida ésta, es quizá tanto más enojosa cuanto que los tiranos son más numerosos.<sup>85</sup>

El poder tiene diversos rostros: poder moral, económico, político, jurídico, poder de opinión, poder intelectual, etc. Es claro que el poder que nos interesa abordar aquí es el poder político, es decir, el poder público, el poder del Estado, cuya sola idea o imagen nos pone frente a una relación de subordinación entre gobernantes y gobernados, entre los detentadores del poder de mandar y los destinatarios del deber de obedecer. Situación de la que no debe estar ausente la idea de la ética, que vinculada al poder público —señala Paulette Dieterlen— alude a los valores morales relevantes cuando se analizan las relaciones de los ciudadanos con el Estado, como son ciertos derechos, positivos y negativos, ciertas libertades y la idea de la igualdad.<sup>86</sup>

Laporta se pregunta: ¿puede limitarse jurídicamente al poder haciendo con ello posible el imperio de la ley? Si el llamado poder soberano no es sino un

<sup>82</sup> *Op. cit.*, p. 72.

<sup>83</sup> Bobbio, N., *Liberalismo y democracia*, p. 36.

<sup>84</sup> Constant, B., *op. cit.*, p. 108.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>86</sup> “Ética y poder público”, en O. Guariglia (ed.), *op. cit.*, p. 132.

conjunto complejo de prácticas sociales de aceptación de reglas, entonces podemos afirmar que lo que puede limitarlo es una norma racional de moralidad positiva, es decir, la exigencia ética viva en la sociedad de que el poder se someta a normas jurídicas anteriores. Lo que hace posible el imperio de la ley y la consiguiente limitación jurídica del soberano es la incorporación en la ética individual y social de las exigencias morales que ese ideal lleva consigo. El problema del imperio de la ley es el de la existencia de una práctica social colectiva basada en una determinada educación ciudadana respecto a las exigencias éticas del ejercicio del poder.<sup>87</sup> Imperio de la ley,<sup>88</sup> opuesto al imperio del poder, tiene como aliado indispensable para la limitación del mismo, su democratización real. ¿Cómo lograr esto último? Responde Aranguren: mediante la participación en el poder del mayor número posible de ciudadanos. Para ello se requiere, ante todo, una extensión de la *información* política y político-económica que permita a la gente formarse una opinión política.<sup>89</sup> El mismo Santo Tomás de Aquino reconoce la importancia de la ley, razón por la cual prefiere el régimen político al régimen real o imperial, porque en el primero, el poder del rey está circunscrito y restringido por ciertas leyes.<sup>90</sup>

195

Para considerar los valores morales como límites del ejercicio del poder, es necesario tener presente una ética deontológica, es decir, a una teoría en donde los ciudadanos tengan ciertos derechos que deben ser respetados independientemente de las consecuencias que una determinada acción pueda tener para el grupo social. De igual manera, no sólo el poder debe ser cuestionado y valorado, sino que también los medios del poder deben ser valorados éticamente. Hemos insistido en los valores morales como límites del poder, pero también los derechos deben servir de guía a los que detentan el poder para distinguir entre medios lícitos e ilícitos para cambiar la conducta de una persona. La insistencia en ciertos derechos humanos uni-

<sup>87</sup> Laporta, J. F, *El imperio de la ley. Una visión actual*, p. 81

<sup>88</sup> *Idem.*

<sup>89</sup> Aranguren, J. L., *op. cit.*, p. 144.

<sup>90</sup> *Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, L. IV, c. 1, trad. Carlos I. González, S. J., col. *Sepan Cuantos...*, Porrúa, México, 2004, p. 460.

versales nos puede dar una pista para distinguir las acciones que deben dejarse a la conciencia de los individuos y las acciones en que el Estado puede intervenir. En la política —dice Paulette Dieterlen— debería haber siempre un adecuado razonamiento moral que permitiera establecer cuáles son los medios válidos para cambiar las preferencias de una persona. Aquí será necesario considerar no sólo los medios con que se implementa el poder, sino también el valor moral de los fines que se persiguen.<sup>91</sup> Porque para evitar siniestras consecuencias, debemos tener presente la correspondencia que debe existir entre fines y medios, y excluir definitivamente la tendencia a mantener la postura (maquiavélica) de que el fin (cualquiera que éste sea) justifica los medios.

196

En otras palabras —de acuerdo con María Eugenia Rodríguez—, los derechos humanos se orientan simultáneamente a establecer límites al poder (no sólo a suprimir las interferencias arbitrarias en la toma de decisiones político-jurídicas, sino también las capacidades que las hacen posibles) y a consolidar un sistema democrático deliberativo e incluyente en el que las cuestiones puedan ser efectivamente discutidas por todos los afectados.<sup>92</sup>

Ahora bien, la cantidad de poder que el Estado ejerce sobre los ciudadanos es inversamente proporcional al llamado desarrollo moral de los individuos. Esto conlleva no olvidar los límites del poder y de la autoridad. Por lo que hay que entender que mientras más públicos sean los mandatos que surgen del Estado, mayor es la probabilidad de que el poder se convierte en autoridad, es decir, de que los ciudadanos no sólo obedezcan, sino que también compartan las políticas implementadas por los gobernantes.

Por su parte, la extensión del poder está vinculada con el problema de la justicia y de la imparcialidad. La historia de la filosofía política ha estado marcada por una profunda preocupación en reducir la extensión del poder, y se ha llegado a la conclusión de que cuanto más democrática sea una so-

<sup>91</sup> “Ética y poder público”, en O. Guariglia (ed.), *op. cit.*, p. 137.

<sup>92</sup> “Derecho, ciudadanía y derechos humanos”, en F. J. L. Fernández y A. A. Hortal (comps.), *op. cit.*, p.49.

ciudad, más se reduce la extensión del poder, porque hay una preocupación real de dar trato igual a todos respetando las diferencias individuales. Por consiguiente, podemos decir que las consideraciones morales desempeñan un papel básico al estudiar el fenómeno del poder. Ponen los límites, más allá de los cuales no se puede obligar a alguien a que haga algo que no desea hacer. Ningún poder sin límites puede ser legítimo. La legitimidad no viene del origen ni de la finalidad del poder, sino de la forma en que se ejerce: viene del hecho de marcar límites y compartirlos con los demás. De ahí que Montesquieu opte por la división de poderes, pues juzga que la concentración de poder representa un gran peligro para los súbditos: “Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”.<sup>93</sup> Mucho poder —sostiene I. Berlin— es por regla general una amenaza estable a las libertades fundamentales. De ahí, la lucha contra la tiranía en los tiempos modernos.<sup>94</sup>

197

## El Estado, los derechos humanos y el terrorismo

Las instituciones es lo más sólido y estable con lo que puede contar el Estado en su estructura. Sin embargo, en nuestro caso, en el caso de México, en los últimos años se han vivido ciertos acontecimientos y hechos que han puesto de manifiesto la fragilidad y la vulnerabilidad de nuestras instituciones; me refiero concretamente a ciertas decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y por otro lado, al narcotráfico que se ha dejado sentir a través de acciones que rebasan lo imaginable por la brutalidad y barbarie con las que las realizan. Razón más que suficiente para afirmar que es uno de los rostros con el que hoy día se hace presente el terrorismo no sólo en México, sino en una buena parte del mundo. La Enciclopedia Universal Ilustrada

<sup>93</sup> Montesquieu, *op. cit.*, p. 210.

<sup>94</sup> Berlin, I., *op. cit.*, p. 73.

Espasa-Calpe, desde el aspecto sociológico, lo define: Estado violento provocado por medios disolventes tales como atentados y artefactos explosivos, que se ejecutan para infundir temor, que emplea el terror como medio de trastocar la organización social para asumir el poder.<sup>95</sup>

Sin dejar de reconocer la obligación que los países tienen de garantizar la seguridad de todas las personas que se encuentran en su territorio —anota Emilio Álvarez Icaza—, se impulsa recurrentemente desde la comunidad internacional, la creación de espacios para analizar las medidas que adoptan los Estados con el fin de garantizar la adecuada armonización entre la prevención y sanción del terrorismo y la protección de los derechos humanos.<sup>96</sup> Algo que no se puede negar y que al mismo tiempo debemos reconocer es que el terrorismo es un riesgo existente y significativo, y combatirlo en aras de la seguridad del Estado es un objetivo legítimo; combate que requiere al mismo tiempo del desarrollo de políticas apropiadas para dar el brinco desde el reino de la necesidad al reino de la libertad, en espera del tiempo de la política, de la gran política, de la política como capacidad de acción colectiva para transformar nuestro destino y el de las generaciones futuras. Pero de momento parece haberse impuesto el tiempo del miedo, de la angustia y de la zozobra, causados por la inseguridad en que vivimos. De hecho, en América Latina, y por lo tanto en México, se debe tener en cuenta en el momento de elaborar leyes, políticas o estrategias de cooperación para el combate al terrorismo, el marco internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados. Y debido a que el terrorismo amplía y diversifica, de manera constante, el vasto espectro de sus acciones criminales, el legislador democrático, en la obligada respuesta a ese fenómeno concreto —indica Lluís de Carreras Serra—, tiene que ir ampliando también el espacio penal de los comportamientos que han de ser considerados objetivamente terroristas,

<sup>95</sup> Espasa-Calpe, t. 60, Madrid, 1995.

<sup>96</sup> “Prólogo”, en J. C. Arjona y C. Hardaga (comps.), *Terrorismo y derechos humanos*, Distribuciones Fontamara, México, 2008, p. 11.

cumpliendo la triple exigencia del principio de legalidad: *lex scripta, praevia et certa*.<sup>97</sup>

Por otra parte, conviene no olvidar que el hecho de la globalización trajo consigo muchos cambios de toda índole, y por supuesto con alcance mundial; entre otros, un diferente reordenamiento de los Estados que ha afectado directamente a la práctica y al alcance de la actividad democrática. Produciéndose al mismo tiempo —señala Fernando Quesada Castro— una pérdida creciente del valor normativo de la política y el consiguiente alejamiento de los ciudadanos con respecto a los partidos políticos; y por otra, una supuesta superioridad de la actuación económica con respecto a la política. Este desfase ha originado una doble consecuencia: por un lado la disminución de las expectativas populares en cuanto a las elecciones públicas, reflejadas en el abstencionismo, de hasta sesenta por ciento en las democracias más desarrolladas. Por otro lado, la práctica imposibilidad de desbancar a las minorías bien atrincheradas en una democracia economicista de gobernabilidad apática.<sup>98</sup>

199

Este desfase o cambio de la dimensión normativa de la política por el valor superior otorgado al éxito económico hace que este último, al no tomar en cuenta la normatividad política ya minada valorativamente, se constituya —para algunos grupos— en el ideal máximo a alcanzar, en el corto o largo lapso de tiempo en el que van a existir, al margen de toda normatividad política. Al ser motivada la vida y la existencia de esos grupos por ese ideal, no habrá ley ni barrera que los detenga en el grado de violencia que practican, sembrando en la sociedad el terror, el pánico y el miedo (cultura del terror, el miedo y la muerte), con lo cual el progreso y el desarrollo del hombre en todos los ámbitos se estancará. Esta traspolación político-económica junto con el carácter subsidiario del Estado y el rechazo de la opción del ‘contrato social’ —para Fernando Quesada Castro— son tres procesos a través de los cuales se constituyen las estructuras socio-económicas y políticas explicati-

<sup>97</sup> *Derecho español de la información*, UOC, Barcelona, 2003, p. 287.

<sup>98</sup> *Sendas de la democracia. Entre la violencia y la globalización*, Homo Sapiens Ediciones, Rosario, Santa Fe, Argentina, 2006, p. 163.

vas del surgimiento, el desarrollo y la actuación de los nuevos movimientos terroristas, especialmente los de carácter fundamentalista, con una actitud reactiva debido a la dinámica segregacionista; por lo cual llega a afirmar que el terrorismo fundamentalista será la guerra mundial del siglo <sup>XXI</sup>.<sup>99</sup>

El terrorismo como una práctica de violencia sistemática —señala Leo Zwaat— no sólo afecta al significado de las políticas adoptadas por los Estados a nivel nacional e internacional, sino que afecta la seguridad, la coexistencia y libertades de las personas que viven en países que son blanco de los ataques terroristas. Como efecto de esto, la población civil es también una víctima de las medidas adoptadas por los gobiernos con la intención de salvaguardar la seguridad nacional, medidas que restringen el ejercicio de los derechos.<sup>100</sup> En este sentido, la seguridad pública se configura como un modelo consistente con la democracia en el ámbito de prevención del crimen y asistencia a las personas contra actividades criminales. Por ello, en ausencia de aquella, la situación social se torna insoportable para los que su vida está en un hilo por la violencia tan encarnizada que viven día con día, por lo cual no tienen otra salida que huir a otra parte, dándose con ello el fenómeno del desplazamiento social con todo lo que trae consigo.

Fernando Quesada Castro sostiene una tesis digna de tomarse en cuenta sobre el ser del terrorismo:

La caída del Muro de Berlín, ha permitido comprobar la existencia del sinnúmero de “Estados fracasados”; que son aquellos Estados, de los que lo políticamente relevante fuera el alinearse con uno u otro de los bandos enfrentados: la extinta Unión Soviética y los Estados Unidos. En dichos Estados han persistido unas élites que, tiempo atrás, dirigieron la política de los mismos, pero no han llevado a cabo ni la inclusión de sus ciudadanos en el ámbito del gobierno ni han realizado los cambios democráticos que parecía exigir su propia pertenencia al organismo de las Naciones Unidas. Esto explicaría, en parte el hecho de que dentro de tales “Estados fracasados” hayan surgi-

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 163-165.

<sup>100</sup> “Introducción”, en Arjona, J. C. y C. Hardaga (comps.), *op. cit.*, p. 15.



do grupos organizados militarmente, así como el crecimiento de las bandas criminales dedicadas al tráfico de drogas [...] No es difícil entender que tales Estados puedan apoyar o tengan que soportar la existencia de diversos grupos terroristas con posibilidades de obtener armas o medios de guerra sofisticados. Con todo, lo más preocupante es, que el nuevo orden internacional que parece querer abrirse camino, está dando muestras de repetir los mismos errores al buscar aliados sin atender a las estructuras de gobierno o a las formas de legitimación democráticas. Una vez más, la democracia se dibuja como la gran perdedora.<sup>101</sup>

Por consiguiente, habrá que preguntar si hay relación entre democracia y terrorismo. Tendremos que responder en forma afirmativa: sí la hay. Clemens Sedmak da tres razones de esta relación: la libertad de los medios masivos y la libertad de expresión presentan un terreno ideal y fértil para las estrategias terroristas de comunicación; la criminalización del terrorismo no es tan fácil en sistemas democráticos; las libertades civiles permiten el desarrollo estructural de las redes terroristas. De las cuales se desprende:

201

- 1) Que la probabilidad de que emerjan grupos terroristas en una democracia es significativamente mayor que en sistemas no democráticos.
- 2) Que hay más probabilidades de que se formen grupos terroristas en países con garantía de derechos políticos y civiles.
- 3) Que la correlación entre la variedad de partidos políticos y grupos terroristas puede suponerse.<sup>102</sup>

La seguridad interna es un objetivo que cada Estado debe garantizar a sus ciudadanos. En México, a través del Plan Nacional de Desarrollo, como una medida adicional, el Estado busca otorgar a los mexicanos la “seguridad nacional”; concepto que —según el maestro Ibán Trujillo— se incorpora en

<sup>101</sup> *Sendas de democracia. Entre la violencia y la globalización*, op. cit., p. 160.

<sup>102</sup> Sedmak, C., *Hacia una ética para pensar en el terrorismo*, trad. Melania Santana Ríos, Cátedra Eusebio Francisco Kino SJ, Universidad Iberoamericana, Puebla, México, 2008, p. 19.

la legislación mexicana en 1970, específicamente en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal —actualmente Código Penal Federal—, precisando en su título I: “Delitos contra la seguridad de la nación”. Este cuerpo de leyes contempló desde aquel entonces, delitos tales como: traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo, sabotaje y conspiración, los cuales han sido clasificados como delitos graves desde su origen hasta el día de hoy.<sup>103</sup>

Esta reforma a la legislación penal fue una respuesta a los problemas presentados en el territorio mexicano el 2 de octubre de 1968, tal como se desprende de los razonamientos presentados en la exposición de motivos, en el sentido de que le asiste al Estado el derecho para expedir las normas necesarias para su seguridad interna, así como para adoptar las medidas necesarias con el fin de prevenir actos que pudieran provocar ruptura del orden social.<sup>104</sup> Medida similar adoptaron los Estados Unidos a raíz del ataque terrorista que vivió el 11 de septiembre de 2001 en el símbolo económico mundial de las Torres Gemelas, al expedir la Ley USA Patriot Act, como medida adicional para preservar su seguridad nacional.

Sobre la naturaleza del terrorismo —con tantas aristas— nuestra legislación, en especial el Código Penal Federal en el artículo 139, presenta una definición descriptiva muy extensa, que a mi parecer en último término causaría confusión en su comprensión; por lo que me inclino más por lo señalado en el Código Penal español, en el artículo 571: “El delito del terrorismo se encuentra sobre la base de pertenencia, actuación al servicio o colaboración con bandas armadas, organización o grupo cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”.<sup>105</sup>

<sup>103</sup> Trujillo, I., tesis doctoral, 2009.

<sup>104</sup> Cfr. *Diario Oficial de la Federación*, México, 29 de julio de 1970, pp. 2-6.

<sup>105</sup> Código Penal. Actualizado el 5 de diciembre, de 2007 por la LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de diciembre, del Código Penal, en materia de seguridad civil, disponible en: <http://www.jhbayo.com/abogado/framecp.htm> 17/05/10

Por su parte —y en consonancia con lo estipulado en el Código Penal citado—, el Tribunal Constitucional español, en STC 199/87, se pronuncia sobre el terrorismo de la siguiente manera:

El terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como terroristas, se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones o grupos, de bandas, en las que usualmente concurrirá el carácter de armadas. Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esa actividad delictiva.<sup>106</sup>

203

Las organizaciones terroristas atacan el corazón del Estado social y democrático de derecho y pretenden subvertir el orden constitucional. En este sentido —opina Jesús Santos Alonso—, la Sentencia 199/87 del TC del 16 de diciembre se refiere a formas delictivas que suponen en su intención o en su resultado un ataque directo a la sociedad y al propio estado social y democrático de derecho. Además, exige una específica finalidad, en particular la pretensión de alteración del orden constitucional establecido.<sup>107</sup> Para Niceto Blázquez, el terrorismo es una forma de violencia extrema, y violencia es toda fuerza introducida contra el curso normal de la naturaleza, creando un clima de terror y abatimiento en la sociedad.<sup>108</sup>

M. Walzer entiende por terrorismo el asesinato aleatorio de personas inocentes impulsado por la esperanza de producir un temor generalizado.<sup>109</sup>

<sup>106</sup> STC 199/87, disponible en: <http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/TJCE>, consulta 24 de septiembre de 2009.

<sup>107</sup> “El fenómeno terrorista: particularidades de la instrucción judicial en relación con los diversos grupos criminales”, disponible en: <http://www.cej.juticia.es/pdf/publicaciones/fiscales>, consulta 24 de septiembre de 2009.

<sup>108</sup> Blázquez, N., *op. cit.*, p.332.

<sup>109</sup> *Terrorismo y guerra justa*, trans. Tomás Fernández y Beatriz Eguibar, Katz Editores, Madrid, 2008, p. 21.

Sedmak, consciente de las dificultades que entraña el intento por definir algo, en este caso el terrorismo, porque entre otras cosas han cambiado mucho las formas, métodos, instrumentos para llevar a cabo actos terroristas, propone como intento de definición la siguiente: “el terrorismo es el uso planeado (o amenaza planeada) de violencia cuya intención es causar miedo por su impredecibilidad y con el fin de alcanzar metas políticas”.<sup>110</sup>

Un común denominador de las democracias del siglo XXI —puntualiza Cebrián— es el descenso de los niveles de libertad de expresión y de pluralismo en los medios, y el uso de la mentira por parte de los políticos. La mezcla de todo ello constituye un verdadero cóctel molotov. Su explosión —piensa él— no será tan grande y destructiva como para derribar los cimientos de la democracia, pero causará estragos en su ejercicio, lo que ya puede considerarse una primera victoria de los terroristas que tratan de aniquilar nuestro sistema de vida.<sup>111</sup> El terrorismo —escribe Gómez Pérez— es una regresión a un estadio en el que se consideraba necesaria la violencia privada, y constituye una acción criminal que lesiona gravemente el orden moral.<sup>112</sup>

Por otra parte, es evidente que el terrorismo —y quienes lo practican, por supuesto— viven al margen del derecho, y por lo tanto fuera de la justicia; porque de inmediato hay que decirlo: cada acto terrorista es una acción en contra de la justicia. Es decir, en cada acto de esta índole se manifiesta la injusticia del terrorismo, que según Walzer se traduce en el asesinato del inocente y la creación de un colectivo devaluado, de un grupo de hombres y mujeres que se ha visto privado del derecho a la vida o, en su caso, del derecho a vivir donde viven. Se les ha negado la que bien pudiera ser la más importante de las cuatro libertades que proclamaron Roosevelt y Churchill en 1943: la de estar libre del miedo.<sup>113</sup>

<sup>110</sup> *Op. cit.*, p. 60.

<sup>111</sup> *Op. cit.*, pp. 167 y 169.

<sup>112</sup> Gómez, P. R., *op. cit.*, p. 133.

<sup>113</sup> *Op. cit.*, pp. 24-25.

Lo anterior nos pone ante la realidad de la vulnerabilidad de nuestras instituciones democráticas; uno de cuyos indicadores es la opacidad del poder, es decir, su no transparencia. Esto se torna más oscuro hoy día, con el advenimiento del fenómeno del narcotráfico que se ha constituido en un verdadero problema; no sólo por los millones de vidas que ha cobrado por la adicción y consumo de los estupefacientes y droga, sino también porque debido a las enormes cantidades de dinero que mueve, ha penetrado las altas esferas del gobierno, de la policía y de la política, en las que algunos de los altos mandos, al no resistir el atractivo del lucro, se han dejado comprar, convirtiéndose con ello en sus cómplices; contribuyendo así para que ese fenómeno —por la violencia que ha encarnado— se convierta en una especie de pesadilla para la población al perturbar el orden, la paz, la tranquilidad y la seguridad sociales, pues es una verdadera especie de terrorismo, que en palabras de N. Bobbio es un caso ejemplar del poder oculto que atraviesa toda la historia.<sup>114</sup> Por lo que significa que quien decide o decidió entrar a formar parte de un grupo terrorista está obligado a pasar a la clandestinidad, se pone la máscara y ejerce el arte de la falsedad, respetando al mismo tiempo la máxima de que el poder es más eficaz en cuanto más sabe, ve, conoce, sin dejarse ver. De ahí que Walzer diga que si los terroristas que no están en el poder se hacen con él, es probable que gobiernen del mismo modo: con la intimidación y no la deliberación como *modus operandi*.<sup>115</sup>

205

Pero también el terrorismo se viste con piel de oveja, ya que la extensión de la violencia terrorista es la principal coartada de quienes, en nombre de la defensa de la democracia, no cesan de cometer agresiones contra ella. Un ejemplo, más que manifiesto y recordado y que ha cambiado al mundo, es el atentado terrorista en Estados Unidos del 11 de septiembre de 2001, en razón de lo cual se dio la invasión británico-estadounidense, multinacional, a Irak, con el pretexto de que allí se encontraban “armas biológicas”; hecho inolvidable que de su evaluación sólo nos queda una enseñanza negativa: al margen de la legalidad, el poderoso puede atacar cuando, donde y como

<sup>114</sup> *El futuro de la democracia*, trad. José F. Fernández Santillán, F.C.E., México, 2004, p. 117.

<sup>115</sup> *Terrorismo y guerra justa*, trans. Tomás Fernández Aúz et al., Barcelona, 2008, p. 18.

quiera, no importando si los derechos humanos son violados o no. Frente a lo cual, escribe Todorov, no debemos olvidar que democracia significa:

que cada población es soberana, y que por consiguiente tiene derecho a definir por sí misma su idea del bien, sin que le sea impuesta desde el exterior. Así pues, cuando las potencias occidentales emprenden una guerra colonial en nombre de la democracia de la que se consideran representantes, los medios utilizados anulan el objetivo pretendido. ¿Cómo se puede defender la dignidad humana de los demás sin dejarles decidir su destino? Si imponemos la libertad a otro pueblo lo estamos sometiendo, y si le imponemos la igualdad lo estamos considerando inferior.<sup>116</sup>

206

Es evidente que en medio de estos fenómenos político-sociales, teñidos de agresión y violencia, quienes resultan heridos y lastimados son los derechos humanos, de cuya protección en esas y otras circunstancias, Leo Zwaat ha dicho que la preocupación central es que ahora, a diferencia del pasado, no son los Estados autoritarios los que ponen en riesgo la protección de los derechos humanos, sino las democracias occidentales. Encabezados por los Estados Unidos de América, estos países amenazan con revertir la garantía de los derechos humanos y nulificar los triunfos que los movimientos de derechos humanos han tenido en décadas recientes.<sup>117</sup> Ante esta actitud de violencia, lo que deberían hacer los Estados es renovar su compromiso con la normativa que respalda a los derechos humanos. Porque hay que entender que el respeto a los mismos es la forma más eficiente de combatir el terrorismo, y también la más efectiva.

Frente a este rostro de la tiranía que es el terrorismo, unos tal vez piensan que hay que organizarse para defenderse y otros que es mejor negociar con los terroristas. Sin embargo, la experiencia nos ha enseñado que la guerra no sirve para combatir el terrorismo; puede satisfacer la sed de venganza, puede disfrazar y movilizar las opiniones públicas, tanto de Oriente como de Occidente, pero no es el medio recomendable para poner la paz. En este

<sup>116</sup> Todorov, T., *El nuevo desorden mundial*, p. 40.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 19.

sentido, M. Walzer escribe que la guerra contra el terrorismo no tiene sentido, ya que el terror es un instrumento, no una política plenamente desarrollada.<sup>118</sup>

El magisterio de la Iglesia, convencido de que ese camino no es el indicado para hacer frente al terrorismo, el Papa Juan Pablo II, decía en 2004:

la lucha contra el terrorismo no puede reducirse sólo a operaciones represivas y punitivas. Es esencial que incluso el recurso necesario a la fuerza vaya acompañado de un análisis lúcido y decidido de los motivos subyacentes a los ataques terroristas. Al mismo tiempo, la lucha contra el terrorismo debe realizarse también en el plano político y pedagógico: por un lado, evitando las causas que originan las situaciones de injusticia de las cuales surgen a menudo los móviles de los actos más desesperados y sanguinarios; por otro, insistiendo en una educación inspirada en el respeto a la vida humana en todas las circunstancias.<sup>119</sup>

207

Otros pueden pensar que lo aconsejable es la tesis *del silencio total*, cuya justificación se pretende encontrar argumentando que la forma más eficaz de combatir el terrorismo consiste en silenciar completamente las acciones terroristas en los medios de comunicación social. Postura que tiene poca aceptación. En primer lugar porque —como señala Niceto Blazquez— dado el interés que tienen los terroristas en salir en los medios, el rechazarlos podría resultar un remedio peor que la enfermedad. Además, está por demostrarse que el terrorismo disminuya silenciando sus acciones; por el contrario, cabe el temor de que el silencio total provoque la ira de los terroristas. Otra razón poderosa contra el silencio total es que “el informador puede encontrarse ante ciertos tipos de terrorismo, como ocurre con el terrorismo de Estado, que aspiran precisamente a pasar ocultos. Es evidente que en es-

<sup>118</sup> Terrorismo y guerra justa, op. cit., p. 21.

<sup>119</sup> J. Pablo II, *Educación para la paz: Revista Criterio*, disponible en <http://www.revistacriterio.com.ar/iglesia/juan-pablo-ii-educar-para-la-paz>, consulta 20 de septiembre de 2010.

tos casos lo más conforme a la ética y a la defensa del derecho a la vida, a la paz y a la información, es informar de ese terrorismo tenebroso y oculto”.<sup>120</sup>

Lo lamentable en todo esto es que no se ha comprendido —como señala L. Farrajoli— que el objetivo de todo terrorismo es precisamente la guerra, justo porque como guerra, simétricamente se propone y quiere ser reconocido en el nivel simbólico. Y por ello, la respuesta al terrorismo es tanto más eficaz cuanto más asimétrica sea: mientras más se les atribuya a los terroristas no el estatuto de beligerantes, sino sólo el de criminales, y sus agresiones sean reconocidas no como actos de guerra, sino de crímenes contra la humanidad.<sup>121</sup> Dado que los terroristas son invisibles —opina Soros—, no desaparecen. Dado que la guerra contra el terrorismo resulta contraproducente, tiende a generar más terroristas o insurgentes de los que puede liquidar. Los medios militares deben usarse con moderación y tratando de reducir al mínimo las víctimas civiles. Por ello, hacer la guerra debería ser el último recurso, no el principal método de combatir el terrorismo.<sup>122</sup> La guerra, más bien, se constituye en una respuesta irracional —afirma el mismo Farrajoli— que sólo puede agravar con sus inútiles devastaciones los problemas que pretendería resolver, pero no sirve para combatir el terrorismo.<sup>123</sup>

## Terrorismo de Estado

En estrecha relación con lo anterior, es conveniente precisar que al reflexionar sobre el terrorismo, de manera automática se piensa —sin que se le dé tal nombre— en actos al margen del Estado, con los cuales se busca debilitar el orden político establecido, que al no ser considerados como delitos cometidos en nombre del Estado, por lo mismo pueden ocurrir en tiempos de paz

<sup>120</sup> Blázquez, N., *op. cit.*, pp. 350-351.

<sup>121</sup> Farrajoli, L., *Democracia y garantismo*, pp. 330-331.

<sup>122</sup> Soros, G., *op. cit.*, p. 122.

<sup>123</sup> *Op. cit.*, p. 231.



o en tiempos de guerra. Pero no podemos soslayar que en la vida real de una nación también puede darse, y de hecho se da, el terrorismo de Estado, que en palabras de Díaz Müller es la expresión misma de la ilegalidad del Estado desde su constitución.<sup>124</sup> Y puede ser entendido, en opinión de Garzón Valdés, como:

Una forma del ejercicio del poder estatal cuya regla de reconocimiento permite y/o impone, con miras a crear el temor generalizado, la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, obstaculiza o anula la actividad judicial y convierte al gobierno en agente activo de la lucha por el poder.<sup>125</sup>

El Estado, que debería ser el garante del bien común entre cuyos componentes se encuentra la tranquilidad que presta la protección, a veces atemoriza a la población para mantener sumisas y controladas las opciones políticas divergentes a las que asume el poder que gobierna. Temor que se desprende de la represión silenciosa y de las proclamas coercitivas, aunque unas y otras se justifiquen por la necesidad de controlar a los grupos enemigos marginales.<sup>126</sup> El Estado contemporáneo —indica Mendizábal O. L.— bajo ciertos regímenes también ha utilizado y aún emplea el terrorismo como medio de dominación política.<sup>127</sup> Precisamente se habla de terrorismo de Estado cuando el agente principal del terror es el propio Estado. Con la caída del muro de Berlín —para H. Küng—, caía también el símbolo de la deshumanización, del totalitarismo y del terrorismo de Estado. Al mismo tiempo fue la manifestación del éxito de la revolución pacífica en Europa del Este y el desmoronamiento del comunismo soviético.<sup>128</sup>

209

<sup>124</sup> Díaz, M. L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Porrúa, México, 2006, p. 58.

<sup>125</sup> Garzón Valdés, E., “Derecho y moral”, en V. E. Garzón y F. J. Laporta (comps.), *op. cit.*, p. 403.

<sup>126</sup> “Terrorismo de Estado”, en *Papeles para el Progreso*, dir. Jorge Botella, núm. 11, p. 5. disponible en <http://www.papelesparaelprogreso.com/numero11/1105.html>, consulta 5 de octubre de 2010.

<sup>127</sup> “Terrorismo”, en *GER*, t. 22, Rialp, Madrid, 1992, p. 1550.

<sup>128</sup> Küng, H., *Ética mundial en América Latina*, p. 46.

Esta clase de terrorismo —en opinión de Jaime Malamud Goti— modela un tipo particular de poder político que destruye la comunicación social, distorsiona nuestra noción de autoridad y perpetúa el mismo terror bajo el que se desarrolla. La persistente continuidad de una visión del mundo en la que el terror es un rasgo inherente a la vida cotidiana, afecta obviamente a todos los aspectos tanto de la sociedad como de las personas.<sup>129</sup> El Estado terrorista —afirma el mismo autor— es caprichoso, mantiene a los individuos en un estado de incertidumbre sobre quién será el próximo objetivo directo de la violencia y por qué. Debido a la confusión y la desinformación que genera, el terrorismo de Estado lleva a fragmentar la percepción de la realidad entre los miembros de la comunidad y a que los individuos se replieguen.<sup>130</sup> Además, transforma esta violencia en un estilo político, en un modo de actuar. De igual manera, la brutalidad se transforma en una estrategia general para obtener y retener el control sobre la población, pues es en el marco del Estado burocrático-autoritario —señala M. Díaz— donde se produce el terrorismo de Estado, cuyo carácter ilegal e ilegítimo se expresa en las graves violaciones a los derechos humanos.<sup>131</sup> De igual manera, cuando reina el terror de Estado, toda comunicación se ve sustancialmente afectada. La angustia aparece en los individuos hasta conducirlos a seleccionar la información, al mismo tiempo a ser más cuidadosos en sus opiniones por temor a quienes los vigilan constantemente.

Para M. Walzer, el terror de Estado se centra con frecuencia en un colectivo —unas veces en un grupo étnico, otras en una clase socioeconómica— que se considera opuesto o potencialmente opuesto: los turcos, los kurdos, la clase media urbana, etc. No obstante, las instancias estatales recurren a veces a la matanza aleatoria, a las desapariciones, a los arrestos y a la tortura para aterrorizar a toda la población de su país.<sup>132</sup> En un documento argentino, Centro de Estudios Argentinos por la Justicia, encontramos la

<sup>129</sup> “El poder en el terrorismo de Estado”, en K. H. Hongju y R. C. Slye (comps.), *op. cit.*, p. 227.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 230.

<sup>131</sup> *Op. cit.*, p. 57.

<sup>132</sup> *Terrorismo y guerra justa*, *op. cit.*, p. 17.

afirmación por demás fuerte: “El terrorismo cuando es de Estado, es el peor de todos los terrorismos”, debido a que esta especie de terrorismo es un concepto político, no es jurídico, por lo cual no existe el delito de terrorismo de Estado.<sup>133</sup>

Las medidas propias del terrorismo de Estado suponen una regla de reconocimiento que contradice el núcleo mismo, no sólo de toda posible justificación del Estado, sino también de toda explicación de su génesis. Se reestablecen las condiciones de la situación preestatal con una intensidad aún mayor que la concebida por Hobbes: mientras que en el Estado de naturaleza hobbesiano los hombres-lobo tenían una igualdad de fuerzas aproximada, en el caso del terrorismo de Estado, el gobierno mismo es un lobo aullante.

En esta situación de total violencia, la violación extrema de todo atisbo de justicia vuelve imposible la seguridad, es decir, los valores justicia y seguridad se entrelazan de modo tal que la existencia misma del Estado amenaza derrumbarse. No es casual que los regímenes de terrorismo de Estado —señala el mismo Garzón Valdés— tengan siempre una existencia declaradamente transitoria como paso a una forma de Estado supuestamente definitiva o como un medio para superar una crisis del sistema.<sup>134</sup> Mientras esto no llegue, siendo el Estado terrorista caprichoso, mantiene a los individuos en un estado de incertidumbre. Debido a la confusión y desinformación que genera —según Jaime Malamud Goti—, el terrorismo de Estado lleva a fragmentar la percepción de la realidad entre los miembros de la comunidad y a que los individuos se replieguen.<sup>135</sup>

El terrorismo —sobra decirlo— es un factor que causa miedo, pavor, zozobra, tanto más fuerte y angustioso —comenta L. Ferrajoli— por cuanto es un enemigo invisible y sus posibles agresiones y ataques son tan previsibles como no prevenibles: ayer un secuestro aéreo, hoy una misteriosa difusión

211

<sup>133</sup> “Aclarando conceptos: Terrorismo de Estado”, en [argentinosporlajusticia@yahoo.com](mailto:argentinosporlajusticia@yahoo.com). ar, consulta 6 de octubre de 2010.

<sup>134</sup> *Idem*.

<sup>135</sup> *Op. cit.*, p. 230.

de ántrax, mañana será un coche bomba nuclear en el centro de una ciudad, unas granadas en un mitin o, peor aún, una lluvia de bacterias o de otras armas químicas o biológicas no muy fáciles de destruir.<sup>136</sup> Por lo cual, con razón Soros escribe:

Lo que convierte a la guerra contra el terrorismo, o contra el terror, en una falsa metáfora es el hecho de que se la interprete literalmente. El terrorismo es una abstracción, y no se puede hacer la guerra a una abstracción. Tenemos medios para destruir cualquier objeto con tal de que podamos identificarlo, pero los terroristas rara vez constituyen un blanco identificable. Cuando declaramos la guerra, debemos encontrar un objetivo; pero es muy poco probable que el objetivo elegido esta vez sea el adecuado.<sup>137</sup>

212

Ferrajoli señala algo muy importante al escribir que “más allá de los principios jurídicos y morales, la validez de una tesis y de una opción política se debe medir, al menos, por su racionalidad práctica, es decir, por los efectos que es capaz de producir y por su congruencia o incongruencia con los fines proclamados”. Por ello, la respuesta al terrorismo será tanto más eficaz cuanto más asimétrica sea. Cuanto más se niegue a los terroristas el estatuto de ‘beligerantes’, confinándolos en el de ‘criminales’ y calificando sus agresiones no como actos de guerra, sino como crímenes contra la humanidad.

Puesto que el terrorismo es siempre un fenómeno político, debe ser entendido y afrontado políticamente. Pero es justo en la asimetría respecto del terrorismo, establecida convencionalmente mediante su calificación jurídica como ‘crimen’ (violencia privada y no pública), donde reside el secreto de su debilitamiento y aislamiento y, por tanto, del papel del derecho como factor de paz y civilización. Como instrumento, precisamente, que garantiza el paso del estado de guerra al Estado de derecho, de la sociedad salvaje a la sociedad civilizada”.<sup>138</sup>

<sup>136</sup> Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, p. 328.

<sup>137</sup> *Op. cit.*, pp. 118-119.

<sup>138</sup> Ferrajoli, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, pp. 54 y 56.

En forma muy puntual opina Todorov que la guerra contra el terrorismo islamita entra en el ámbito de la legítima defensa: los países occidentales (como otros) han sido atacados y ahora intentan protegerse. Por otra parte, combatir el terrorismo no es sencillo; al contrario, es una tarea que exige paciencia y tenacidad.<sup>139</sup> Como es natural, esta respuesta o reacción por parte de los Estados afectados no debe sorprendernos, ya que los dirigentes de cualquier país defienden el interés nacional y, por consiguiente, se preocupan por las cuestiones de seguridad, ya que se votó por ellos, para que, entre otras cosas, hicieran eso precisamente.

Éste y otros problemas han de enmarcarse dentro de la “política interior del mundo”<sup>140</sup> —como la califica L. Ferrajoli—, no ya en la política interior de cada país —como anteriormente se decía—, pues son problemas comunes que atañen al bienestar de la comunidad internacional. Por lo cual, sólo una solidaridad a nivel mundial podrá contrarrestar este mal. En el mismo sentido, ante la espiral de violencia y represalia —sostiene H. Küng—, se impone la regla de oro que se encuentra ya en Confucio, muchos siglos antes de Cristo, pero también en los rabinos y, por supuesto, en el Sermón de la Montaña y en la tradición musulmana: “No hagas a los demás lo que no desees para ti mismo”.<sup>141</sup>

213

En este ambiente, en el que el Estado sufre una descomposición severa en su esencia, cuyas notas son brutalidad y violencia, inseguridad, desorden, es lógico que si uno de sus deberes es cuidar y garantizar la paz, la seguridad y el orden entre sus súbditos, los derechos humanos y las libertades fundamentales del hombre no tengan ningún respaldo y dejen de ser esa barrera infranqueable ante la que el mismo Estado se debe detener y respetar. Al mismo tiempo que esto sucede, mediante la inculpación de quienes transgreden nuestros derechos, transmitimos el mensaje a la sociedad de que estas acciones no se deben repetir jamás, y damos razones para que el

<sup>139</sup> Todorov, T., *El nuevo desorden mundial*, pp. 22-23.

<sup>140</sup> Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, p. 327.

<sup>141</sup> Küng, H., *Ética mundial en América Latina*, p. 50.

transgresor (el Estado) se dé cuenta de que ha lastimado lo más sagrado que poseemos: nuestra dignidad de ser seres humanos.

## Inseguridad jurídica e inseguridad pública

214

Es evidente la profunda crisis por la que está atravesando nuestro país desde hace unos buenos años; por lo tanto, perdería(n) el tiempo quien o quienes intentaran negarlo. Por lo mismo, algo que está en estrecha relación con la situación anterior —como la cara opuesta— es la seguridad, que constituye un deseo muy arraigado en la vida anímica del hombre que siente terror ante la inseguridad y fragilidad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a las que está sometido. La exigencia de seguridad es una de las necesidades básicas que el derecho trata de satisfacer a través de la dimensión jurídica de la seguridad. De ahí que la lucha por lograr su satisfacción —afirma Pérez Luño— haya sido uno de los principales motores de la historia jurídica.<sup>142</sup>

Uno de los fines del derecho y en consecuencia del Estado —señala J. T. Delos—, es buscar y propiciar el bienestar y la seguridad para los ciudadanos.<sup>143</sup> Decía J. Rawls: así como la verdad es la primera virtud de los sistemas del pensamiento, así la justicia es la primera virtud de las instituciones.<sup>144</sup> Cuando estas últimas empiezan a perder credibilidad y confianza de parte de los ciudadanos, porque las leyes no se aplican ni se hacen obedecer, las promesas no se cumplen y la realización de la justicia no se ve, hay que tener mucho cuidado, porque la sociedad se empieza a resquebrajar, a descomponer, a enfermar; y mientras se deje pasar el tiempo, se vuelve más difícil tanto la curación como el restablecimiento de la situación anterior; porque la confianza se gana, no se compra; la ciudadanía pide hechos, obras,

<sup>142</sup> “Seguridad jurídica”, en V. E. Garzón y F. J. Laporta (comps.), *op. cit.*, p. 481.

<sup>143</sup> Cfr. “Los fines del derecho: bien común, seguridad, justicia”, *op. cit.*, p. 46.

<sup>144</sup> *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, F.C.E. México, 2002, p. 17.

de promesas ya está cansada de escucharlas. Si la seguridad en cuanto valor se refiere más bien a la seguridad jurídica, ésta a su vez consiste —según Carlos Fernández Liesa— en saber a qué atenerse. Y, en definitiva, eso se sabe conociendo los procedimientos de creación, aplicación y cambio de las normas.<sup>145</sup> Todo ello está a cargo y bajo la responsabilidad de la autoridad competente. Pero, si el medio, es decir, la autoridad es la que falla, el resultado no se hace esperar: habrá desilusión, desencanto, desesperanza, etc. Porque lo que se esperaba no se da, su no realización, su no concretización más bien provocan en la sociedad el fenómeno contrario: la inseguridad, el desamparo y el miedo.

Desde un contexto social y político marcado por el miedo —observa M. Carbonell—, los habitantes de México se preguntan ¿para qué debe servir el derecho penal? ¿Qué tipos de castigos merecen los responsables de cometer crímenes atroces? ¿Cómo lograr que las autoridades sean eficaces en su combate contra la delincuencia organizada, sin que para alcanzar dicha eficacia terminen violando derechos fundamentales? No son preguntas sobre algo del todo nuevo, aunque —como bien señala el mismo Carbonell— quizá sí lo sea por lo que respecta a la dimensión del fenómeno dentro de la sociedad mexicana, que ha presenciado actos de una brutalidad inusitada en los tiempos recientes.<sup>146</sup>

215

Planteadas así las cosas, estoy de acuerdo con B. Constant en que no existe seguridad pública sin *garantías individuales*. Se pone en peligro la seguridad pública cuando los ciudadanos ven en la autoridad una amenaza en vez de una salvaguardia —como es el caso de la policía en buena parte de nuestro país, en que la arbitrariedad es el verdadero enemigo de la seguridad pública, que las tinieblas de que se rodea no hacen sino agravar sus peligros, *que sólo hay seguridad pública en la justicia, justicia en las leyes y leyes en el procedimiento*.<sup>147</sup> En consecuencia, la seguridad no se confunde con la simple pro-

<sup>145</sup> “Libertad y seguridad en la Comunidad Internacional”, en AA. VV., *Libertad, seguridad y derecho*, Fundación Modernización de España, Madrid, 2003, p. 98.

<sup>146</sup> Carbonell, M., *Los juicios orales en México*, Porrúa-UNAM-Renace, México, 2010, p. 5.

<sup>147</sup> Constant, B., *op. cit.*, p. 118.

tección del individuo y de su libertad. Ella expresa más bien —opina Henri Batiffol— la aspiración a un sistema de reglas ciertas, porque una certeza tal responde a la necesidad decisiva de previsibilidad: es necesario que cada uno pueda prever las consecuencias de sus actos y determinar en consecuencia lo que puede o debe hacer o no hacer; es necesario que cada uno pueda prever lo que otro tiene derecho a hacer o no hacer para regir sus actividades.<sup>148</sup>

Por otra parte, como bien lo hace notar Pérez Luño, el flujo incesante de leyes y decisiones jurisprudenciales, cuyo exacto y puntual conocimiento es imprescindible para el funcionamiento correcto del sistema jurídico, hace materialmente imposible su discernimiento, interpretación y aplicación por los operadores jurídicos. La crisis de la información jurídica precipita en las tinieblas al ordenamiento jurídico. La transparencia del sistema normativo, que es presupuesto básico de la certeza del derecho, se ve suplantada por su creciente opacidad e inescrutabilidad: el derecho positivo deviene, por tanto, inaccesible para los propios especialistas. El valor de la seguridad jurídica se resquebraja por el menoscabo de la vigencia del ordenamiento jurídico, muchas de cuyas normas permanecen inoperantes por falta de información.<sup>149</sup> Si a esto le añadimos lo que Francisco Laporta denomina ‘hipostemia’ legislativa, peor aún, ya que significa “una progresiva pérdida de fuerza o eficacia de las leyes, que se ven ignoradas o inaplicadas con notable frecuencia debido a su volatilidad, perdiendo así su condición de punto de referencia más importante de la realidad jurídica”.<sup>150</sup> Incluso, se puede decir que la ley ha perdido el prestigio que acostumbró tener en otros tiempos. Ya estamos acostumbrados a que el poder legislativo sea puesto en tela de juicio constitucional y a que las leyes sean sobreinterpretadas y rechazadas por inconstitucionales con cierta frecuencia.

<sup>148</sup> *Filosofía del derecho*, trad. Publicaciones Cruz O., S.A., primera edición en ¿Qué es?, Publicaciones Cruz O., México, 1995, p. 96.

<sup>149</sup> “Seguridad jurídica”, en V. E. Garzón y F. J. Laporta (comps.), *op. cit.*, p.p. 489-490.

<sup>150</sup> Díaz, E., *El imperio de la ley. Una visión actual*, p. 157.



Iñigo de Miguel Beriain traduce la situación anterior en estas palabras: se ha producido en nuestras sociedades un progresivo decrecimiento de la fe en valores tradicionalmente considerados como inalienables. Los ciudadanos de los países occidentales al tomar conciencia del también progresivo despojo de derechos y posibilidades de acción al que están siendo sometidos, buena parte de la población desconfía abiertamente del funcionamiento de las modernas democracias occidentales; de las cuales tanto la protección de los derechos como la participación ciudadana, por lo menos en los procesos electorales, han sido sus notas distintivas. Donde mejor se palpa esta crisis democrática es en dos fenómenos concretos: el auge de las ONG y el surgimiento de movilizaciones ciudadanas masivas en contra de determinados acontecimientos.<sup>151</sup>

Hay que entender que el surgimiento de tales organizaciones se debe a que el Estado no satisface las exigencias y demandas de los ciudadanos; pero tampoco surgen con el ánimo de sustituir esa labor propia de los Estados, porque aunque bienintencionadas no cuentan con los recursos ni disponen de una sólida organización como la que respalda a las estructuras político-estatales, sólo intentan rellenar huecos que deberían ser cubiertos por ellas.

217

Por lo que se refiere a las manifestaciones masivas de ciudadanos, sin especular demasiado para entender lo que está atrás de ellas, sólo manifiestan el descontento e inconformidad por los hechos que acontecen en la vida social diaria, que ponen en evidencia la incapacidad y apatía de las instituciones jurídico-políticas para resolverlos y darles solución. En pocas palabras —como lo expresa Beriain—, todas se realizan con un objetivo común: la consecución de un mundo más justo.<sup>152</sup>

La función del Estado —señala Le Fur— consiste en promulgar o en decidir el derecho; y la finalidad del factor jurídico, el fin del derecho, consiste en garantizar que por la justicia, el orden y la seguridad, se creen las condi-

<sup>151</sup> Beriain, M., *El poder en la era de la globalización. Análisis de una metamorfosis*, p. 48.

<sup>152</sup> *Op. cit.*, p. 49.

ciones que permitan a los miembros del grupo realizar su bien, el bien de todos.<sup>153</sup> J. T. Delos, por su parte, indica que la justicia y la seguridad van de la mano. Por seguridad entiende la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación.<sup>154</sup> Todo ello sólo será posible a través de una estricta aplicación del derecho, que se traduce en lo que G. Peces-Barba entiende por seguridad jurídica: vinculada a la existencia del propio derecho, son las exigencias en relación con la publicidad, con la promulgación de las leyes, con el funcionamiento del propio sistema jurídico, la jerarquía normativa, con la interpretación, con la irretroactividad, con la consolidación jurídica del tiempo, los recursos.<sup>155</sup>

218

Relacionado con lo escrito, Gerhard Oestreich Delos y Karl-Peter Sommermann opinan que quienes creen y viven libremente en un Estado de derecho no se preocupan de sus derechos resultantes de su condición humana y ciudadanía, puesto que les parece natural que así sea. Sólo se reconoce su pleno significado y se toma conciencia de ellos cuando se ponen en tela de juicio, hecho comprobado en el pasado y en el presente. Sólo en épocas de necesidad, cuando su existencia y libres fundamentos se sienten amenazados, despierta la conciencia en general. He aquí la razón por la que la cuestión de la seguridad de los derechos humanos y fundamentales ha vuelto a ser un tema de candente actualidad.<sup>156</sup>

Podemos considerar la inseguridad como un mal social, el cual va aparejado con la corrupción, como bien lo señala Oquendo, “un Estado corrupto no es capaz ni de asumir sus funciones redistributivas ni de garantizar de manera efectiva la seguridad jurídica. Por un lado, los funcionarios se apro-

<sup>153</sup> “El fin del derecho: bien común, justicia y seguridad”, en AA. VV., *Los fines del derecho*, p.16.

<sup>154</sup> “Los fines del derecho: bien común, seguridad, justicia”, *ibidem*, p. 47.

<sup>155</sup> “Libertad y seguridad desde la filosofía del derecho”, en AA. VV., *Libertad, seguridad y derecho*, Fundación Modernización de España, Doce Calles, S. L., Madrid, 2003, p. 19.

<sup>156</sup> *Pasado y presente de los derechos humanos*, edición a cargo de Emilio Mikunda, TECNOS, Madrid, 1990, p. 27.

pian constantemente de los fondos que la legislatura asigna a los programas sociales. Por otro, las decisiones judiciales son una función no de las reglas preestablecidas, sino de la medida en que las partes hayan sobornado al juez”.<sup>157</sup> Situación que aún se puede reforzar, porque la experiencia nos dice que el miedo a ser detenido y torturado también es graduable en función del contexto social y económico en el que se vive. Esto es así —puntualiza Carbonell— ya que no son pocos los países que practican la tortura y que además tienen un alto grado de corrupción policiaca. De hecho, la corrupción de la policía y la tortura podrían ser dos caras de la misma moneda.<sup>158</sup> ¡Qué lamentable es saber que en un promedio bajísimo y totalmente desproporcionado, sólo dos de cada cien de las denuncias que se hacen ante la autoridad sobre la violación a los derechos humanos, son atendidas y llegan hasta el final del proceso!

219

## Derecho a la paz

Muchas veces hemos oído decir *si vis pacem, para bellum*; si quieres la paz, prepara la guerra. Creo que es un gran error pensar de esta manera; primero, porque también existe el aforismo opuesto: *violencia genera violencia*; y, segundo, porque la guerra tiene carácter anacrónico al pensar en ella como medio de defensa frente a las actuales amenazas a la paz, y la seguridad. Quizá pudo haberse visto de otra manera cuando existían Estados soberanos en conflicto. Pero hoy día, parece que su tiempo ya pasó, las condiciones son otras, igual que la situación también es distinta.

Menos aún puede la guerra ser un instrumento de mantenimiento del orden. Más bien, el orden habrá de ser entendido como condición para que pueda haber una paz duradera, como lo expresa San Agustín en la *Ciudad de Dios*, la paz es la tranquilidad en el orden: *pax omnium rerum tranquillitas or-*

<sup>157</sup> Oquendo, R. Á., *op. cit.*, p. 127.

<sup>158</sup> *Op. cit.*, p. 6.

*dinis*.<sup>159</sup> Por lo tanto, la perturbación, la alteración del orden, que puede ser a través de la violencia entendida en su más amplia expresión, se constituyen en enemigos de la paz. La cual regresará cuando sea reestablecido aquél. En esto, la justicia —que aunque concebida como el mínimo socialmente exigible para que el hombre viva bien con los demás— tiene un papel sumamente trascendente, pues es la que puede propiciar el ambiente adecuado para que tanto los hombres como los pueblos aspiren a bienes más excelsos, que a su vez le den tranquilidad y la posibilidad de progresar y desarrollarse, no sólo como ciudadano, sino también como persona. Uno de esos bienes —deseado hoy más que nunca— es la paz, la paz social. Ya lo decía el Pontífice Juan XXIII en 1962: la paz no será verdadera ni durable mientras no esté basada en la justicia y en la equidad.<sup>160</sup> Pablo VI, el 1 de enero de 1972, en el Mensaje por la Jornada Mundial de la Paz, escribía: si quieres la paz trabaja por la justicia. *Opus iustitiae pax*: obra de la justicia es la paz (Is. 32, 17). El secreto de la verdadera paz —insistía J. Pablo II el 1 de enero de 1992, en su Mensaje para la celebración de la XXV Jornada Mundial de la Paz— reside en el respeto a los derechos humanos.

Quizá por el momento que atravesaba el mundo en ese entonces, fin de la Segunda Guerra Mundial, lo que se constituyó como la razón de ser de las Naciones Unidas, identificada como tal por la Carta de San Francisco (1945) —según L. Ferrajoli—, es el mantenimiento de la paz y la seguridad.<sup>161</sup> Valores tan trascendentes para la humanidad, pero a la vez tan frágiles, que le hacen hablar a Bobbio del *equilibrio del terror*, por el cual la paz se confiaría no al tradicional e inestable equilibrio de poder, sino por el contrario, a una nueva y más estable forma de equilibrio, el de la impotencia (terror paralizante). Al respecto, recuerda las palabras que pronunciara Churchill cuando estalló la primera bomba atómica soviética: “Por un proceso de sublime ironía, el mundo ha alcanzado un estadio en el cual la seguridad será

<sup>159</sup> San Agustín, *Obras, De la ciudad de Dios*, t. XVI-XVII, XIX, 13, 2, BAC, Madrid, MCMLVIII, p. 1398.

<sup>160</sup> “Perenne angustia: la paz”, en *Colección de encíclicas y documentos pontificios [Concilio Vaticano II]*, Acción Católica Española, Publicaciones de la Junta Nacional, Madrid, 1967, p. 2520.

<sup>161</sup> Ferrajoli, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, op. cit., p. 62.

el gallardo vástago del terror y la supervivencia el hermano gemelo de la aniquilación”.<sup>162</sup>

¿Por qué tanta solicitud por la paz? En la respuesta estoy de acuerdo con Bobbio, porque los problemas fundamentales de nuestra época son los derechos humanos y el derecho a la paz.<sup>163</sup> Son uno y lo mismo; en el cuadro de los derechos humanos, el derecho a la paz está catalogado como uno de ellos, un derecho perteneciente al grupo de derechos de la tercera generación, que involucra simultáneamente —según la Asamblea General de las Naciones Unidas— a individuos y Estados.<sup>164</sup> El Papa J. Pablo II amplía y hace extensiva la responsabilidad el 1 de enero de 2004, en el mensaje para la celebración de la XXXVII Jornada Mundial para la Paz, hacía un llamado a la tarea de promover la paz, a los jefes de las naciones, a los juristas, a los educadores y, en general, a los hombres y mujeres.<sup>165</sup> Previo a la Tercera Cumbre América Latina-Caribe-Unión Europea, que tendría lugar en 2004 en Guadalajara, Jalisco, México, en 2003 se organizó un seminario, cuyos participantes provenían de distintas instituciones, así como de diversas regiones. Uno de ellos, José Javier J. Fernández F., manifestó la imperiosa necesidad de que la actual asociación eurolatinoamericana realizara un salto cualitativo, decisivo en el campo político: se trata, en definitiva, de sentar las bases de una asociación política y de seguridad que posibilite un marco birregional de paz y de estabilidad sustentado en principios fundamentales como el respeto de los derechos humanos, la primacía del Estado de derecho y de los valores democráticos y la seguridad mutua.<sup>166</sup>

<sup>162</sup> Bobbio, N., *El problema de la guerra y las vías de la paz*, p. 31.

<sup>163</sup> Bobbio, N., *Teoría general de la Política*, p. 533.

<sup>164</sup> *Declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz, 1984*, en Documentos y testimonios de cinco siglos, (compilación), Colección Manuales, México, 1991/9, CNDH.

<sup>165</sup> *Mensaje de su Santidad Juan P. II para la celebración de la XXXVII Jornada Mundial de la paz, 2004*, disponible en [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii) 14/09/10

<sup>166</sup> “Un grito a favor del esfuerzo de la asociación política y social birregional en vísperas de la III Cumbre Unión Europea-América Latina”, en J. P. Soriano, B. Jordi y E. Ruiz (coords.), *La Unión Europea y América Latina: la cohesión social y la consolidación de la paz*, Guadalajara, 2004, M. A. Porrúa, Itam, Konrad Adenauer, ECSA, México, 2004, p. 54.

Por otro lado, si bien es verdad que todos somos responsables de la situación que vivimos, también es verdad que quienes ostentan el poder y la autoridad lo son en más alto grado; no en vano San Pablo conmina a su discípulo Timoteo a que “eleve oraciones, plegarias, y súplicas, en particular por los jefes de Estado y las demás autoridades para que podamos llevar una vida tranquila y en paz” (1 Tm. 2. 2.).

De una vez por todas hay que entender y convencernos de que este derecho no podrá tener cumplimiento en su observancia y vivencia mientras exista entre nosotros discriminación, exclusión, pobreza, hambre, desigualdad; y sobre todo, mientras se pisotee sin ninguna consideración la dignidad del ser humano, que es, como hemos dicho, el fundamento de los derechos humanos. Por esta razón, Pablo VI escribió en forma contundente: “Desarrollo es el nuevo nombre de la paz”. Combatir la miseria y luchar contra la injusticia es promover —junto con la mejora de las condiciones de vida, el progreso humano y espiritual de todos— la paz.<sup>167</sup> Porque nadie tiene derecho a gozar de lo superfluo cuando la gran mayoría carece de lo necesario.<sup>168</sup>

El propio preámbulo de la Declaración Universal establece con realismo el nexo entre paz y garantía de los derechos, entre violación de los derechos humanos y violencia. Y nos advierte, por tanto, que no se podría hablar de paz y seguridad futuras, ni mucho menos de democracia y derechos humanos, si no se remueven, o al menos se reducen, la opresión, la desigualdad, el hambre y la pobreza de miles de personas, cuya situación comporta una terrible negación de las promesas contenidas en numerosas cartas constitucionales e internacionales. Por ello, en 1963, Juan XXIII advertía: si la autoridad no procede oportunamente en materia económica, social o cultural, se acentúan las desigualdades entre los ciudadanos, quedando los derechos fundamentales de la persona sin eficacia.<sup>169</sup>

<sup>167</sup> “*Populorum progressio*” (1967), n. 76.

<sup>168</sup> *Ibidem*, n. 23.

<sup>169</sup> *Pacem in terris*, n. 63, en AA. VV., *Comentarios a la Pacem in terris*, BAC, Madrid, 1963.