

Reinhold Zippelius

TEORIA
GENERAL
DEL
ESTADO

(Ciencia de la política)



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

TEORIA GENERAL DEL ESTADO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS
Serie G. ESTUDIOS DOCTRINALES. Núm. 82

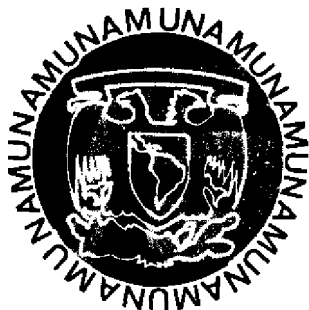
Primera edición: 1985
DR © 1985, Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria. 04510 México, D.F.
Dirección General de Publicaciones
Impreso y hecho en México
ISBN 968-837-479-2

REINHOLD ZIPPELIUS

Profesor ordinario de la Universidad de
Erlangen-Nuremberg

Teoría general del Estado
(Ciencia de la política)

Traducción directa del alemán por
Héctor Fix-Fierro



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
MEXICO 1985

Índice General

Prólogo.....	V
Nota del traductor.....	VII
Índice de abreviaturas y bibliografía.....	XIII

PARTE PRIMERA. PROBLEMAS GENERALES DEL ESTADO

Capítulo I. Planteamientos y métodos.....3

§ 1. Hechos, imágenes-guía, normas.....	3
§ 2. Planteamiento metodológico de una teoría empírica del Estado.....	12
§ 3. Aspectos de la teoría de sistemas.....	21

Capítulo II. La estructura fundamental de las comunidades..33

§ 4. La comunidad: ¿un organismo?.....	33
§ 5. La comunidad: ¿una estructura de relaciones?.....	36
§ 6. La comunidad: ¿una construcción normativa?.....	39
§ 7. La comunidad como estructura de conducta orientada con sentido.....	42

Capítulo III. Aspectos particulares de la comunidad estatal..53

§ 8. El Estado como comunidad jurídicamente constituida.....	53
§ 9. El poder del Estado.....	57
§ 10. Poder del Estado y relaciones interestatales.....	69
§ 11. El pueblo del Estado.....	76
§ 12. El territorio del Estado.....	87

Capítulo IV. Conceptos fundamentales del derecho de la organización.....

§ 13. El Estado como persona jurídica.....	97
--	----

§ 14. Los órganos del Estado..... 101

Capítulo V. Modelos sobre el origen y

justificaciones del Estado..... 115

§ 15. Modelos sobre el origen del Estado.....115

§ 16. Sobre el concepto de justificación (legitimación) .122

§ 17. Justificaciones del Estado.....128

§ 18. El problema del anarquismo.....145

§ 19. La revolución y el derecho de resistencia.....153

PARTE SEGUNDA. TIPOS DE ESTADO

Capítulo I. El aspecto de la forma de Estado.....159

§ 20. En torno a la historia de la teoría
de las formas de Estado.....163

§ 21. Monocracias.....167

§ 22. Oligarquías.....172

§ 23. Democracias representativas.....183

§ 24. Elección y sujeción de los representantes..... 200

Capítulo II. El aspecto de los poderes sociales.....217

§ 25. Dominaciones de casta y de clase..... 217

§ 26. El Estado pluralista..... 237

§ 27. Estado y sociedad.....265

§ 28. La opinión pública como factor político..... 272

Capítulo III. El aspecto de un poder estatal

limitado o en expansión..... 297

§ 29. Tipos fundamentales: los Estados totalitario y liberal.
297

1. El Estado de derecho

§ 30. Principios del Estado de derecho.....308

§ 31. División de poderes.....320

§ 32. Los derechos fundamentales: origen.....334

§ 33. Los derechos fundamentales: problemas de validez.341

§ 34. Libertad, igualdad, fraternidad.....347

2. El Estado industrial de regulación intensiva

§ 35. La necesidad de regulación y previsión en el Estado moderno	358
§ 36. La planeación como instrumento de conformación racional de la sociedad	368
§ 37. El papel de la burocracia	376
Capítulo IV. El aspecto "federativo"	391
§ 38. El programa de una federalización	391
§ 39. Estados federales y confederaciones de Estados ..	393
§ 40. Las organizaciones internacionales	400
Capítulo V. Importantes tipos de Estado en la actualidad ..	413
§ 41. La democracia parlamentaria	413
§ 42. La democracia presidencial de los EUA	426
§ 43. La república de soviets en la URSS	438
 Índice analítico	 453

A los 22 días de marzo de 1985 se terminó de
imprimir *Teoría General del Estado* de
Reinhold Zippelius, en los talleres de
Complementos Editoriales, S.A.,
Toribio Medina No. 110. Col.
Algarín. Se tiraron 2,650
ejemplares.

Prólogo a la octava edición alemana

El anhelo de una orientación tangible hacia el mundo induce a simplificar en demasía las cosas. Por ello mismo se querría reducir al Estado y sus problemas a un, o unos cuantos conceptos. Los pensadores más influyentes, como Rousseau o Marx, hicieron esto precisamente, lo cual significa, por lo pronto, que estamos predispuestos a tales concepciones simplificadoras, no así a su verdad. Por el contrario, es intención fundamental de este libro la de presentar a la comunidad política como un hecho complejo al que no es posible entender a partir de un criterio, o de unos cuantos puntos de vista; cuyos procesos no son reductibles a una causa explicativa simple; cuyos fines no pueden integrarse en una concepción elemental, y al que, en suma, no es posible comprimir en un "concepto del Estado", sin mutilarlo.

Tampoco la práctica política puede conformarse con soluciones sencillas, con principios y objetivos simples. Su tarea es la de hacer justicia a fines y necesidades muy diversas, incluso contradictorios, buscando siempre la medida justa; así por ejemplo, respecto del ámbito de actividad y las intervenciones reguladoras; entre la descentralización y la regulación central; entre la procura existencial pública y la asistencia privada. Tal enfoque considera a la política como un proceso vivo en el que importa "regular integralmente", de modo continuo y adecuado, los estados del sistema, en forma similar a un organismo vivo en el que, dentro de la interacción de factores antagónicos, es necesario que determinadas condiciones (temperatura corporal, presión y contenido de azúcar en la sangre) se regulen permanentemente en la medida más saludable para la totalidad del sistema o que, cuando menos, asegure su supervivencia.

*Se ha publicado por separado un volumen sobre la historia de las ideas políticas, que es el necesario complemento a la presente obra (R. Zippelius, **Geschichte der Staatsideen**, 1980).*

Al lado de la antigua edición portuguesa (Fundação Calouste Gulbenkian), elaborada por el señor cónsul general A. Cabral de Moncada, aparecerá en breve una traducción española, totalmente puesta al día, promovida por el señor profesor Jorge Carpizo (UNAM) y realizada por el señor Héctor Fix-Fierro.

Nuevamente debo agradecer a las señoras G. Hübner y B.

VI REINHOLD ZIPPELIUS

Schulze su amplia y valiosa asistencia en la preparación del material bibliográfico y en la redacción técnica de la presente edición alemana.

Erlangen, agosto de 1982

R. Zippelius

Del prólogo a la cuarta edición alemana (1973)

Vivimos en una época en que los programas de estudio de altos vuelos y la realidad de la formación académica se separan de manera decepcionante. Sobre el estandarte se inscribe como lema: hay que promover en los futuros funcionarios y jueces la comprensión "de las referencias históricas, sociales, económicas, políticas y filosóficas" del derecho positivo. Al mismo tiempo, en los reglamentos de estudio y de examen se desvaloriza a la teoría general del Estado, a la filosofía e historia del derecho, al convertirlas en materias optativas, dejándolas al margen del estudio jurídico. El producto de semejante práctica de evaluación es el artesano del derecho, que reúne ciertas habilidades manuales (obviamente necesarias) con el saber oportuno de los detalles del derecho positivo, pero que comprende en forma muy deficiente las citadas referencias históricas, sociales, políticas y filosóficas. Las obras del presente género quedan reservadas a aquellos de los futuros funcionarios que puedan permitirse el pasatiempo de reflexionar sobre el Estado.

Del prólogo a la primera edición (1969)*

*Dedicada a Karl Engisch en su septuagésimo aniversario, el 15 de marzo de 1969.

La ciencia del Estado no puede ofrecer un sistema simple y coherente, a partir del cual se logre dar respuesta correcta, de una vez y para siempre, a todas las cuestiones que conciernen a la comunidad política. No es posible reducir anticipadamente la complejidad de lo concreto a un principio o un hecho fundamental. Una y otra vez se topa uno con la inevitabilidad del compromiso, con el hecho de que no son susceptibles de solución muchas antinomias que afectan al Estado, pero que requieren una "mediación", lo cual no es problema de disyuntiva, sino de medida justa. Tal mediación, por ejemplo entre los principios de la libertad y la igualdad o entre el orden y la libertad, se somete continuamente a decisión y no puede resolverse por un esquema rígido y válido en todo tiempo. El que no todo sea cierto de antemano, el que haya espacio para el riesgo y la decisión, es condición y signo de una libertad viviente.

NOTA DEL TRADUCTOR

No le quepa duda al lector de que la presente obra merece una reedición, así sea para aliviar los muchos errores de traducción que padece (quizá la inconsistencia no sea el peor de ellos). Un malévolo dicho italiano (*traduttore, traditore*) condena sin misericordia a los traductores; no sin razón, pero no se crea que son imaginadas las dificultades que éstos deben sortear en ocasiones. Al idioma alemán, concretamente, le están permitidas ciertas maniobras impensables en el español: puede transformar un concepto como *Rechtsstaat* (Estado de derecho), en un cómodo adjetivo como *rechtsstaatlich* (...) e incluso sustantivar este último: *Rechtsstaatlichkeit*. (Sirva lo anterior como excusa y presentación.)

Sobre la traducción misma debo aclarar algunos puntos:

La versión española presenta ya algunas modificaciones respecto de la octava edición alemana; pues el profesor Zippelius se ha preocupado por mantener al día, literalmente, su magnífico libro.

He procurado localizar la traducción española de algunas obras importantes que se citan en el libro; donde ha sido posible, se indica la paginación respectiva en el cuerpo del texto. Por lo que hace al "Índice de abreviaturas y bibliografía" se han traducido, entre paréntesis, los títulos de las obras en alemán.

Las escasas notas de pie de página son agregado mío; ahí se transcriben algunos preceptos citados en el texto, para su mejor comprensión, o se aclaran algunas cuestiones de terminología. Los vocablos o expresiones en diferente idioma del alemán (francés, inglés, latín), vienen tal cual en el original.

Esta traducción se publica bajo los auspicios del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Agradezco el apoyo de su director, el doctor Jorge Carpizo, lo mismo que la ayuda del doctor Héctor Fix-Zamudio. Estoy también en deuda con mis compañeros del propio Instituto, de quienes recibí desinteresada comprensión y ayuda. Reservo para el final mi gratitud muy particular hacia el doctor Zippelius, por su paciencia, confianza y amabilidad infinitas.

Indice de abreviaturas y bibliografía

- (a): op. cit. angekündigtes Werk: obra citada
- AöR Archiv des öffentlichen Rechts (Archivo del derecho público)
- ASIL: TGE Allg. Staatslehre: Teoría general del Estado
- Berber F. Berber, Lehrb. d. Völkerrechts (Manual de derecho internacional). vol. I 1960. ²1975. vol. II 1962. ²1969. vol. III 1964. ²1977
- BerberStl F. Berber, Das Staatsideal im Wandel der Weltgeschichte (El ideal del Estado en la transformación de la historia universal). 1973. ²1978
- BerDGVR Berichte der Deutschen Gesellschaft f. Völkerrecht (Informes de la Sociedad Alemana de Derecho Internacional)
- Binder J. Binder, Philosophie des Rechts (Filosofía del derecho). 1925 (reimp. 1967)
- Bleckmann A. Bleckmann Grundgesetz und Völkerrecht (Ley fundamental y derecho internacional). 1975
- Brecht A. Brecht, Polit. Theorie. 1961. ²1976
Teoría política. 1963
- Brunner RL G. Brunner, Vergleichende Regierungslehre (Teoría comparativa del gobierno). vol. I 1979
- BVerfGE Amtl. Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Recopilación oficial de las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal alemán)
- Dabin J. Dabin, Der Staat (El Estado). 1964
- Dahm G. Dahm, Völkerrecht (Derecho internacional). vol. I 1958. vol. II 1961. vol. III 1961
- Deutsch StRP K. Deutsch, Staat, Regierung, Politik (Estado, gobierno, política). 1976
- Doehring K. Doehring, Das Staatsrecht der BRD (El derecho político de la RFA). 1976. ²1980
- DöV Die öffentliche Verwaltung (La administración pública)
- DVB Deutsches Verwaltungsblatt (Gaceta alemana de administración)
- ed. editor
- Ermacora F. Ermacora, Allg. Staatslehre (Teoría General del Estado). 1970
- Ermacora Grdr F. Ermacora, Grundriss einer Allg. Staatslehre (Esbozo de una teoría general del Estado). 1979
- Eschenburg StuG Th. Eschenburg, Staat und Gesellschaft in Deutschland (Estado y sociedad en Alemania). 1956 ²1965

XIV REINHOLD ZIPPELIUS

- EvStL Evang. Staatslexikon (Diccionario evangélico del Estado). 1966. ²1975
- F. f. Festchrift (Festgabe) für (Obra de homenaje a) Finer
- Finer H. Finer, Der moderne Staat (El Estado moderno) vol. I 1957, vol. II 1958, vol. III 1958
- Flechtheim O.K. Flechtheim (ed.), Grundlegung der Polit Wissenschaft (Fundamentación de la Ciencia Política), 1958
- Fleiner-Gerster Th. Fleiner-Gerster, Allg Staatslehre (Teoría general del Estado), 1980
- ForsthoffVwR E. Forsthoff, Lehrb. des Verwaltungsrechts (Manual de derecho administrativo), 1950, ¹⁰1973
- Fraenkel DwD E. Fraenkel, Deutschland und die westlichen Demokratien (Alemania y las democracias occidentales), 1964. ⁵1973
- Friedrich VfSt C.J. Friedrich, Der Verfassungsstaat der Neuzeit (El Estado constitucional moderno), 1953
- GG: LF Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; Ley Fundamental de la República Federal de Alemania
- GGb Geschichtliche Grundbegriffe. Histor. Lexikon zur polit.-sozialen Sprache (Conceptos históricos fundamentales. Diccionario histórico del lenguaje político-social), 1972 ss.
- GML Grundlagen des Marxismus-Leninismus (Fundamentos del marxismo-leninismo), ⁶1963
- GMLPh Grundlagen der marxistisch-leninistischen Philosophie (Fundamentos de la filosofía marxista-leninista), 1971. ⁴1974
- GMPH; FFM Grundlagen der marxistischen Philosophie, 1959, ⁶1965; Fundamentos de la filosofía marxista, 1959, ²1965
- HeSF Handbuch der empirischen Sozialforschung (Manual de la investigación social empírica), vols. I-VIII, 1973 ss.
- HdSW Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (Diccionario de las ciencias sociales), 1956 ss.
- Hel Fritz H. Hel Fritz, Allg. Staatsrecht. (Derecho político general), 1924. ⁵1949
- Heller StL; TE H. Heller, Staatslehre, 1934 (reimpr. 1963); Teoría del Estado, 1942, ⁵1963
- Hermens A. Hermens, Verfassungslehre (Teoría de la Constitución), 1964. ²1968
- Herzog R. Herzog, Allg. Staatslehre (Teoría general del Estado), 1971
- Hesse K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (Lineamientos del derecho constitucional de la República Federal de Alemania), 1967. ¹³1982
- v. Hippel E. v. Hippel, Allg. Staatslehre (Teoría general del Estado), 1962. ²1967

TEORIA GENERAL DEL ESTADO XV

- Huber Aufs H. Huber, *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht. Ausgew. Aufsätze* (Teoría del derecho constitucional, derecho internacional, Ensayos escogidos), 1971
- HwPh *Historisches Wörterbuch der Philosophie*: (Diccionario histórico de la filosofía), 1971 ss
- Jellinek: TGE G. Jellinek, *Allg. Staatslehre*, 1900, ¹1914 (reimpr. 1960); *Teoría general del Estado*, 1914 (edición 1943)
- Jerusalem F.W. Jerusalem, *Der Staat* (El Estado), 1935
- JöR *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* (Anuario del derecho público actual)
- JuS *Juristische Schulung* (Enseñanza jurídica)
- JZ *Juristenzeitung* (Revista jurídica)
- Kelsen ASiL H. Kelsen, *Allg. Staatslehre*, 1925 (reimpr. 1966) *Teoría general del Estado*, 1934
- Kelsen RR: TPD H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, ²1960; *Teoría pura del derecho*, 1979
- Koellreutter O. Koellreutter, *Staatslehre im Umriss* (Lineamientos de la teoría del Estado), 1955
- Kriele M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre* (Introducción a la teoría del Estado), 1975, ²1981
- Krüger H. Krüger, *Allg. Staatslehre* (Teoría general del Estado), 1964, ²1966
- Küchenhoff G. y E. Küchenhoff, *Allg. Staatslehre* (Teoría general del Estado), 1950, ⁸1977
- Kuhn H. Kuhn, *Der Staat* (El Estado), 1967
- KZfSS *Kölner Zeitschr. f. Soziologie u. Sozialpsychologie* (Revista de sociología y psicología social, de Colonia)
- Lange M.G. Lange, *Polit. Soziologie* (Sociología política), 1961, ¹1970
- Laun R. v. Laun, *Allg. Staatslehre* (Teoría general del Estado), 1945, ⁹1964
- LAW: OEL V. I. Lenin, *Ausgewählte Werke*, 1947, ²1963, Vols. I-III; *Obras escogidas*, 1977 ss, vols. I-III
- Leibholz StP G. Leibholz, *Strukturprobleme der modernen Demokratie* (Problemas estructurales de la democracia moderna), 1958, ³1967
- Loewenstein VL: TC K. Loewenstein, *Verfassungslehre*, 1959, ²1969; *Teoría de la Constitución*, 1964, ²1976
- Luhmann RS N. Luhmann, *Rechtssoziologie* (Sociología del derecho), 1972
- Maunz-Zippelius Th. Maunz, R. Zippelius, *Deutsches Staatsrecht* (Derecho político alemán), 1951, ²⁵1983
- McIver R.M. McIver, *The Web of Government*, 1947
- Menger NStL A. Menger, *Neue Staatslehre* (Nueva teoría del Estado), 1903, ¹1930
- Menzel Ipsen E. Menzel, K. Ipsen, *Völkerrecht* (Derecho internacional), 1962, ²1979

XVI REINHOLD ZIPPELIUS

- MEW** Marx, Engels, Werke (Obras) 1957 ss
- Mitteis-Lieberich** H. Mitteis, H. Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte (Historia del derecho alemán), 1910, ¹⁶1981
- v. Mohl** R.v. Mohl, Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften (Historia y bibliografía de la ciencias del Estado), vol. I 1855, vol. II 1856, vol. III 1858 (reimpr. 1960)
- Narr-Naschold** W.D. Narr, F. Naschold, Einführung in die moderne politische Theorie (Introducción a la teoría política moderna), vol. I 1969, ¹1976, vol. II 1969, ¹1972, vol. III 1971, ²1973
- Nawiasky** H. Nawiasky, Allg. Staatslehre (Teoría General del Estado), vol. I 1945, vol. II 1 1952, vol. II 2 1955, vol. III 1956, vol. IV 1958
- NIW** Neue Juristische Wochenschrift (Nuevo semanario jurídico)
- PVS** Politische Vierteljahresschrift (Revista trimestral de política)
- Quaritsch** H. Quaritsch, Staat und Souveränität (Estado y soberanía), vol. I 1970
- Radbruch** G. Radbruch, Rechtsphilosophie (Filosofía del derecho), 1913, ⁸1973
- Rehm AStL** H. Rehm, Allg. Staatslehre (Teoría General del Estado), 1899
- Rehm Gesch** H. Rehm, Geschichte der Staatsrechtswissenschaft (Historia de la ciencia del derecho político), 1896 (reimpr. 1967)
- Scheuner St** U. Scheuner, Staatstheorie und Staatsrecht (Teoría del Estado y derecho político), 1978
- Schindler VerfR** D. Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur (Derecho constitucional y estructura social), 1932, ¹1967
- R. Schmidt** R. Schmidt, Allg. Staatslehre (Teoría general del Estado), vol. I 1981, vol. II 1903
- C. Schmitt VA** C. Schmitt, Verfassungsrechtl. Aufsätze (Ensayos de derecho constitucional), 1958
- C. Schmitt VL: TC** C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928 (reimpr. 1970); Teoría de la Constitución, 1934
- Seidl-Hohenveldern IO** I. Seidl-Hohenveldern, Das Recht der Internationalen Organisationen (El derecho de las organizaciones internacionales) 1967, ³1979
- Seidl-Hohenveldern VR** I. Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht (Derecho internacional), 1965, ⁴1980
- Smend StA** R. Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen (Ensayos de derecho político), 1955, ²1968
- Sontheimer** K. Sontheimer, Grundzüge des politischen Systems der BRD (Lineamientos del sistema político de la RFA), 1971, ⁸1980
- StL** Staatslexikon der Görres-Gesellschaft (Diccionario

TEORÍA GENERAL DEL ESTADO XVII

- del Estado de la Sociedad Görrres). 1889 1897.
⁶1957 ss
- L.v. Stein GsB L.v. Stein, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich, Einleitung (Historia del movimiento social en Francia, Introducción), 1850
- Stern K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (El derecho político de la República Federal de Alemania), vol. I 1977, vol. II 1980
- Thoma R. Thoma, Grundriss der Allg. Staatslehre (Esbozo de la Teoría general del Estado), 1948
- Tocqueville DA A. de Tocqueville, La democracia en América, (fr. 1835 / 1840) esp. 1957
- Verdross-Simma A. Verdross, B. Simma, Universelles Völkerrecht (Derecho internacional universal), 1976, ²1981
- VVDStRL Veröffentl. der Vereinigung der dt. Staatsrechtslehrer (Publicaciones de la Asociación alemana de profesores de derecho político)
- Waldecker L. Waldecker, Allg. Staatslehre (Teoría general del Estado), 1927
- M. Weber GesPolSchr: EP Max. Weber, Gesammelte Politische Schriften 1922, ²1958; Escritos Políticos, 1982
- M. Weber WL Max Weber, Ges. Aufsätze zur Wissenschaftslehre, (Estudios sobre teoría de la ciencia), 1920, ³1968
- M. Weber WuG: ES Max Weber, Wirtschaft u. Gesellschaft 1922, ⁶1976 (Studienausgabe); Economía y Sociedad, 1944, ²1964 (reimpr. 1981)
- W. WeberSpuK W. Weber, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem (Tensiones y fuerzas en el sistema constitucional de Alemania Occidental), 1951, ³1970
- Wolff-Bachof H.J. Wolff, O. Bachof, Verwaltungsrecht (Derecho administrativo), vol. I 1956, ⁹1974, vol. II 1962, ⁴1976, vol. III, 1966, ¹1978
- WVR K. Strupp, H.J. Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts (Diccionario de derecho internacional), vol. I 1960, vol. II 1961, vol. III 1962
- Z Zeitschrift (Revista)
- ZIPol Zeitschrift für Politik (Revista de política)
- Zippelius Gesch R. Zippelius, Geschichte der Staatsideen (Historia de las ideas políticas), 1971, ¹1980
- Zippelius GuR R. Zippelius, Gesellschaft und Recht, Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie (Sociedad y derecho, Conceptos fundamentales de la sociología del derecho y el Estado), 1980
- Zippelius RPh R. Zippelius, Rechtsphilosophie (Filosofía del derecho), 1982
- ZParl Zeitschrift für Parlamentsfragen (Revista de cuestiones parlamentarias)
- ZRP Zeitschrift für Rechtspolitik (Revista de política jurídica)

XVIII REINHOLD ZIPPELIUS

También la bibliografía correspondiente a un párrafo en particular, se cita en forma abreviada en el texto de este mismo párrafo.

Las remisiones a la bibliografía de un párrafo o sección incluyen la bibliografía de las subsecciones.

Se ha ordenado la bibliografía en sucesión temporal, de acuerdo con el año de la primera edición; los artículos tomados de una recopilación se han dispuesto según el año de aparición del artículo en cuestión.

Con el fin de mantener breves las referencias bibliográficas, no se señalan por separado, comúnmente, los artículos contenidos en una recopilación ya citada. Si de un autor han aparecido varios estudios sobre un mismo tema, se cita, por lo regular, sólo el más reciente, cuando éste contiene referencias suficientes de los trabajos anteriores.

PARTE PRIMERA. PROBLEMAS GENERALES DEL ESTADO

Capítulo I. Planteamientos y métodos.....3

§ 1. Hechos, imágenes-guía, normas3

§ 2. Planteamiento metodológico de una teoría
empírica del Estado12

§ 3. Aspectos de la teoría de sistemas21

**PARTE PRIMERA
PROBLEMAS GENERALES
DEL ESTADO**

Capítulo I. Planteamientos y métodos

§ 1. Hechos, imágenes-guía, normas

Heller, StL. 51 ss.; *Nawiasky*, I: *P. Badura*, Die Methoden der neueren Allg. Staatslehre, 1959. 133 ss., 151 ss., 203 ss.; *H. Schneider* (ed.), Aufgabe und Selbstverständnis der politischen Wissenschaft, 1967. 133 ss., 277 ss. *Herzog*, 16 ss.; *K v Beyme*, Die politischen Theorien der Gegenwart, 1972, 1976. 32 ss.

I. Fundamentos

El Estado, esa estructura de la convivencia humana que nos envuelve, nos exige y nos protege en formas múltiples, ha inducido constantemente la reflexión y planteado interrogantes. ¿Qué clase de formaciones son las comunidades (§§ 4-7) y cómo se diferencian las comunidades específicamente estatales de las otras comunidades (§§ 8-12)? ¿Mediante qué procesos históricos o constantes sociológicas surgieron dichas comunidades estatales (§ 15)? ¿Qué fines realizan? ¿Justifican estos fines la conservación de la institución del “Estado” (§§ 16-18)? ¿Qué formas típicas de organización y qué estructuras de poder han surgido del Estado y qué ventajas e inconvenientes se relacionan con aquellas (§§ 20-43)?

La disciplina científica que se ocupe de estas cuestiones no puede entenderse como mera “ciencia normativa”, puesto que debe interesarse no sólo por las imágenes-guía (*Leitbilder*) y las construcciones normativas, sino también por los factores reales de la comunidad política, así como por el “funcionamiento” de dichas imágenes-guía y normas en la realidad.

Por otra parte, tampoco puede comprenderse a la teoría del Estado como una simple “ciencia de hechos”, en primer lugar, porque la “realidad del Estado” posee componentes normativos; y en segundo término porque una comunidad sólo puede concebirse como una estructura de conducta orientada con sentido, en especial, guiada por normas (§§ I IV 1; 7; 8). A

4 REINHOLD ZIPPELIUS

ello hay que agregar que si la teoría del Estado desea enfrentar los problemas políticos cotidianos debe complementar frecuentemente la descripción de los hechos políticos con la búsqueda de una mejor alternativa. La práctica no sólo plantea la interrogante “¿cómo son las cosas?”, sino también “¿cómo pueden hacerse mejor?”. Se considera que las cuestiones de este segundo género pueden ser objeto de explicación científica basados en el supuesto de que también los problemas sobre la acción y la decisión correctas son susceptibles de discutirse en forma que cree y fundamente un consenso. Damos por supuesta esta hipótesis y no la examinamos en detalle. (Zippelius RPh, §§ 12 III 3; 21.)

In summa: la teoría del Estado desborda los moldes de la “unidad y la pureza del método”. No obstante, cada vez que se traten temas sobre el Estado, deben separarse mentalmente las cuestiones referentes a las situaciones reales de las deseables. Debe quedar siempre en claro si una afirmación describe situaciones (*Gegebenheiten*) reales o si las valora críticamente y sugiere otra alternativa; en pocas palabras, si se habla de lo que es, o de lo que debe ser.

Sólo con el transcurso del tiempo se ha convertido la distinción de estas cuestiones en un programa científico; y todavía hoy día se discute si es posible, y en qué aspectos, la separación plena del análisis de la realidad y las posiciones valorativas.

II. El problema de la realidad del Estado

M. Weber WL. 148 ss., 499 ss., 598 ss.; K. Acham H. Albert en: E. Topitsch (ed.), *Logik der Sozialwissenschaften*, 1980, 165 ss.; H. Albert, E. Topitsch (eds.), *Werturteilsstreit*, 1971.

Sobre 1: N. Machiavelli, *Il principe*, 1513/1532; *id.*, *Discorsi*, 1531; A. Comte, *Cours de philosophie positive*, 1830 ss.; *id* *Discours sur l'esprit positif*, 1844; F. Meinecke, *Die Idee der Staatsräson*, 1924, 1929; Zippelius *Gesch.* caps. II, 18; R. Schnur (ed.), *Staatsräson*, 1975.

Sobre 2: §§ 7 II, III, IV; 28 IV 2; L. Levy-Bruhl, *Die geistige Welt der Primitive* (fr. 1922), al. 1927; E. Cassirer, *Filosofía de las formas simbólicas*, 3 vols. (al. 1923-1929) esp. 1971-73; M. Scheler, *Die Wissensformen und die Gesellschaft*, 1926, 1960; K. Mannheim, *Ideología y utopía* (al. 1929, 1969), esp. 1941; G. W. Allport, *Die Natur des Vorurteils* (ingl. 1954) al. 1971, caps. 2, 10, 12; K. Boulding, *Die neuen Leitbilder* (ingl. 1956) al. 1958; P. L. Berger, Th. Luckmann, *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit*, (ingl. 1966) al. 1977; C. F. Graumann, en *Hdb. d. Psychol.*, I I, 1966, 1031 ss.; N. Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, 1970, 1974, 54 ss., 72 ss.; J. Habermas, *Technik und Wissenschaft als "Ideologie"*, 1971, 1976; E. Topitsch, K. Salamun, *Ideologie*, 1972; H. J. Lieber (ed.), *Ideologienlehre und Wissenssoziologie*, 1974; *id* (ed.), *Ideologie-Wissenschaft. Gesellschaft*, 1976; Popper (citado en el § 21 II), 39 ss.; H. E. Wolfen; HeSFXII, 102 ss.; S. Jorgensen, *Values in Law*, 1978, 9ss.

1. El aislamiento de la "realidad". Así pues, se confrontan dos cuestiones: por un lado, la investigación acerca de la naturaleza verdadera de las situaciones dadas y el desarrollo del acontecer político; por el otro, la cuestión éticosocial de cómo debe configurarse el Estado; en relación con esto, los fines que debe realizar y cuál sea su justificación. En la historia de las teorías sobre el Estado, no siempre se han separado con toda claridad ambos enfoques. En las obras de Platón y San Agustín, hallamos siempre en primer plano el problema de la función moral o teológica del Estado y la forma que más coincide con ésta. Aristóteles analiza al Estado en forma primordialmente empírica; pero tampoco aísla por completo la cuestión de la realidad del Estado, sino que ella está siempre en conexión con la búsqueda ética del mejor Estado.

A principios de la Edad Moderna, Maquiavelo (1469-1527) investiga fríamente en su obra *El príncipe* las condiciones técnicas que se requieren para obtener o conservar el poder, lo que representa una separación consciente entre el punto de vista de la realidad y las cuestiones teológicas y éticas.

Pero como mi objeto es hacer algo útil para los que de (esta materia) entienden nos dice me parece más conveniente hablar por lo que en realidad existe que por lo que el vulgo se imagina. Mucha gente se figura repúblicas y principados que nunca han existido. Hay tanta distancia de la manera en que se vive a la forma en que se debiera vivir, que quien diera por real y verdadero lo que debería serlo, pero por desgracia no lo es, corre a una ruina inevitable, en vez de aprender a preservarse, porque el hombre que se empeña en ser completamente bueno entre tantos que no lo son, tarde o temprano perece. Es, pues, preciso que el Príncipe que quiera sostenerse aprenda a poder dejar de ser bueno, para serlo o no serlo, según la necesidad lo requiera (cap. 15).

Desde el aspecto de la realidad estatal, Maquiavelo se plantea la cuestión de la idoneidad de los medios políticos para obtener el poder. Así, analiza en *El príncipe* "los medios por los cuales algunos (lo) han adquirido o conservado..." (cap. 12). La separación de las cuestiones técnicas de las relativas a los fines políticos, es especialmente evidente en un pasaje de los *Discorsi* (I. 40), en el cual Maquiavelo considera de gran importancia algunos sucesos "lo mismo para los que desean mantener la libertad en la república, como para los que intentan dominarla".

Claro está que Maquiavelo no proporciona una fundamentación teórica del enfoque científico-real, pero su originalidad reside en el empleo directo de un estilo de pensamiento que aísla las cuestiones técnicas de la política y las desprende de sus vínculos tradicionales con la moral y la teología; reside también

en una reducción metódica del campo visual a los problemas técnicos de la política. Algún tiempo después, Galileo Galilei habría de servirse de este enfoque en el ámbito de la ciencia natural. A través del método experimental desprendía procesos naturales particulares de la complejidad del todo, descubriendo así encadenamientos causales claramente delineados. En este caso, el paso decisivo consistió también en limitar el planteamiento a la simple regularidad de determinadas relaciones (W. Heisenberg, *Das Naturbild der heutigen Physik*, 1955, 59 ss., 74 ss.)

Una vez separado el pensamiento político de la teología, la ética y, en especial, del derecho natural, estaba preparado el terreno para la elaboración de un concepto secularizado y puramente político de la razón de Estado. Este concepto denota simplemente su utilidad para el poder político, para la autoconservación y el crecimiento del Estado como institución. Este fin se independiza y no se cuestiona más allá de él, quedando fuera de consideración si tiene, y en qué consisten, justificación o límite que lo trasciendan.

Augusto Comte (1798-1857), fundador del positivismo y de la moderna sociología, elevó a la categoría de principio la limitación del planteamiento a los hechos dados, a lo positivo. Comte creía haber descubierto que el desarrollo del espíritu humano conducía de la era teológica a la metafísica, y de ésta a la positivista. Después de haber demostrado que las especulaciones teológicas y metafísicas se basan en principios poco claros, el espíritu humano abandonaría en lo sucesivo toda indagación absoluta y sólo reconocería como regla fundamental "que toda proposición que no puede reducirse estrictamente al mero enunciado de un hecho particular o general, no puede tener ningún sentido real e inteligible". En adelante, la misión de la filosofía consistiría en la coordinación de los hechos observados y debería contemplar como fenómenos exclusivamente a aquellos que están sometidos a leyes naturales invariables. El fin de todos sus esfuerzos sería el descubrimiento preciso de estas leyes y su reducción al menor número posible. Se trata del "estudio de los fenómenos para descubrir sus leyes efectivas, es decir, las relaciones constantes de su sucesión o similitud". (*Curso*, lecciones 1 y 28; *Discurso*, nos. 12, 15 y 18).

Al aplicar este método a la sociedad humana nace el programa de una "física social", una "sociología" (concepto que Comte introdujo en la lección 47 de su *Curso*), es decir, una ciencia empírica de la vida social. Nuevamente, al tomar a la sociedad como objeto, "se postula la necesaria y permanente subordinación de la imaginación a la observación". La imagi-

nación se limitaría simplemente a "relacionar precisamente todos los hechos observables o descubrir o mejorar los medios para nuevas y fructíferas investigaciones".

La física social no admira pero tampoco condena los hechos políticos, sino que ve esencialmente en ellos, como en cualquier otra ciencia, simples objetos de la observación.... busca, en la medida de lo posible, descubrir las relaciones generales efectivas que conectan a todos los hechos sociales entre sí; da por explicado cada uno de ellos, en el verdadero significado científico de la palabra, tan pronto consigue relacionarlos en forma apropiada, ya sea con la respectiva situación total o con el curso precedente de los acontecimientos, evitando cuidadosamente toda exploración inútil o inaccesible de la naturaleza interna o las razones esenciales del origen de un fenómeno (*Curso*, lección 48).

La exigencia de separar las cuestiones científico-reales de las éticas, tuvo una enfática expresión en el programa de Max Weber sobre una ciencia avalorativa. La justificación básica y el ámbito de validez de esta fórmula se han mantenido como cuestiones centrales de la discusión en torno a las ciencias sociales. Pero, evidentemente, el programa de la investigación "avalorativa" tiene sus límites:

2. Preconcepciones y realidad. Max Weber mismo deseaba que el programa de una ciencia avalorativa se aplicara únicamente a las cuestiones instrumentales, ya que la ciencia sólo puede descubrir las relaciones ciertas entre las causas y sus correspondientes efectos y, en especial, los medios con que se puede alcanzar un fin propuesto. Entonces podríamos comprobar válidamente (dentro de los límites respectivos de nuestro saber) los medios apropiados para llegar a un fin dado, pero la formulación de los fines mismos y su ponderación no sería ya una de las posibles tareas de la ciencia (M. Weber *WL*, 149 ss., 500 ss.).

La discusión de esta concepción puede centrarse en dos puntos: No puede aceptarse como programa científico, sin reserva crítica, la reducción del campo del conocimiento a las conexiones instrumentales y la desvinculación entre los fines de la acción y el campo del esfuerzo cognoscitivo. Este programa induce a desistir en la búsqueda del fin y la justicia de la acción humana, en especial, de la acción política. No se intenta siquiera agotar la medida posible de un conocimiento susceptible de consenso y, sin más, se abandona a un decisionismo ciego, quizá más allá de lo preciso, la búsqueda de los objetivos de la acción. Por el momento dejaremos esta cuestión de lado, (*cfr.*, al respecto el § 17 IV 1; Zippelius *RPh*, §§ 12, 21.)

8 REINHOLD ZIPPELIUS

El segundo punto de crítica se refiere a que las investigaciones sociológicas no son radicalmente "avalorativas", ni siquiera cuando se limitan a recolectar datos empíricos y a las relaciones constantes y meramente "instrumentales" del mundo de la experiencia. ya que por lo menos los intereses y las preconcepciones (*Voreingenommenheiten*) del investigador condicionan la selección del área de problemas y el contexto empírico al que se dirige (M. Weber, WL, 184, 511 s.): Se investigan aquellas conexiones empíricas sociales cuyas consecuencias nos interesan. porque parece un posible fin de la acción provocar o evitar estos efectos.

Al seleccionar y clasificar los datos empíricos, desempeñan un papel aparte de los intereses cognoscitivos de primer plano, preconcepciones "ideológicas" (*weltanschaulich*) más amplias: en vista de la imponente complejidad de nuestro mundo de la experiencia, necesitamos esquemas conceptuales con los cuales hacemos comprensible este mundo, es decir, lo podemos "aprehender", por ejemplo, con el auxilio de la "imagen del mundo" (*Weltbild*) de una religión o del marxismo. Así es como el espíritu humano se esfuerza por asimilar la complejidad, por dominar mentalmente la multiplicidad (§ 7 II), no sólo cuando pone de relieve conexiones causales naturales, sino también mediante representaciones sobre el desarrollo regular (*gesetzmässig*) de los procesos histórico-políticos y, en suma, sobre el orden del mundo y las fuerzas que lo impulsan.

En lo particular, tales "cosmovisiones" o "ideologías" cumplen con la mencionada función de proporcionar a la conciencia una orientación hacia el mundo y, en consecuencia, también una "precomprensión" de los sucesos. Con frecuencia los diversos grupos humanos viven en "mundos conceptuales" distintos. Así, en la imagen del mundo de los pueblos primitivos desempeñan un significativo papel las fuerzas y relaciones mágicas, de las que carece la nuestra, ilustrada e impregnada por la ciencia natural. Incluso dentro del círculo cultural de Occidente, no es lo mismo que alguien intente comprender el acontecer histórico con ayuda del materialismo dialéctico que desde la perspectiva de la teología cristiana. Dependiendo de las interpretaciones predominantes del mundo, seleccionamos los datos empíricos que consideramos importantes y los ordenamos dentro de ellas.

Es innegable que estas interpretaciones del mundo no son avalorativas. Las cosmovisiones y mentalidades que guían los intereses cognoscitivos y juicios prevalecientes sobre los acontecimientos, poseen también elementos irracionales, al lado de los racionales, y se interrelacionan especialmente con los cambiantes intereses y relaciones de poder, así como con coinciden-

cias anímicas variables, por ejemplo: sentimientos de superioridad o resentimientos nacionales, de clase o religión; con ambiciones de poder, temores o expectativas hacia el futuro. De esta manera se introducen las valoraciones en nuestra interpretación de un estado de cosas (*Sachverhalt*). La posición valorativa es quizá más evidente en aquellas cosmovisiones que, según un modelo maniqueo dividen a la humanidad, o a buena parte de ella, en un "reino de la luz" y un "reino de la obscuridad"; por ejemplo, en creyentes e infieles; o en un bloque marxista y uno capitalista; de ahí que sucesos similares en lo externo, como las expediciones militares, sean interpretadas de manera muy distinta, según partan de éste o de aquel lado: de aquí, es una cruzada, un acto liberador y grato a Dios; de allá, es el "peligro turco" o es imperialismo.

Estamos, pues, en un dilema: si no queremos conformarnos con registrar en forma banal relaciones causales fragmentarias, no nos queda más opción que incorporar nuestra representación de las conexiones políticas en una comprensión más amplia del mundo, la cual, empero, está inevitablemente condicionada por situaciones e intereses y cargada de valoraciones. Esta relatividad (o también relacionalidad) de la comprensión del mundo es válida para cada conciencia, y, por ende, para la propia (K. Mannheim). Pero las gafas propias no se ven.

Así consideradas, nuestras cosmovisiones son manifiestamente simples tentativas de una orientación racional, con sentido en el mundo. Son únicamente etapas de un proceso de *trial and error* en el que la humanidad pretende comprenderse a sí misma y a su mundo. Una investigación sociológica que de este modo reflexione sobre la inevitabilidad de su propia concepción al menos mantendrá variables sus esquemas de explicación y su ámbito de experiencia si, en principio, no puede sustraerse a la necesidad de seleccionar los datos. Sobre todo, se mantendrá abierta ante los hechos que no hayan sido considerados hasta el momento.

III. Imágenes-guía de la política

§§ 7 II, III, IV; 17 IV; v *Mohl* I, 165 ss.; *A Voigt*, Die sozialen Utopien, 1906; *Radbruch*, 142 ss.; *M.E. Mayer*, Rechtsphilosophie, 1922, 71 ss.; *Binder*, 288 ss.; *K. Diehl*, Der Einzelne und die Gemeinschaft, 1940; *E. Bloch*, El principio esperanza, caps. 15, 18, 36 (al. 1959); *K.J. Heinisch* (ed.), Der utopische Staat, 1960; *Th. Nipperdey*, Die Funktion der Utopie im polit. Denken der Neuzeit. Archiv f. Kulturgesch., 1962, 357 ss.; *F. Seibt*, Utopica, 1972; *H. Swoboda* (ed.), Der Traum vom besten Staat, 1972; *H. Girsberger*, Der utopische Sozialismus des 18. Jh. in Frankreich, 1973; *Zippelius* Gesch, caps. 2b, c, 10; *Ermacora* Gidr, 30 ss.

Frente a la descripción de la realidad política se encuentra la elaboración de imágenes-guía^a (*Leitbilder*) por las cuales es apreciada críticamente y valorada esta realidad. En comparación con la realidad, tales imágenes-guía se presentan como alternativas mejores. Sirven como representaciones de objetivos (*Zielvorstellungen*), es decir, como representaciones con una función pragmático-reguladora, a las que debe aproximarse la realidad a través de la acción humana.

Las imágenes-guía sobre una mejor conformación del orden de la convivencia humana o acerca de los aspectos en que, por tanto, ésta deba perfeccionarse o conservarse, son parte de la proposición actual de fines políticos, en particular, del programa de los partidos políticos. Según lo señaló Radbruch, detrás de las proposiciones de objetivos políticos se encuentran, en última instancia, cuestiones de principio: si, y en qué medida, debe el Estado servir a los fines del individuo, tales como la libertad de desenvolvimiento, la seguridad y el bienestar o bien, si tiene fines supraindividuales, como por ejemplo la difusión de una religión o el despliegue del poder y la grandeza nacionales. Al responder a las cuestiones de esta especie, se opta por fines estatales liberales, socialistas, religiosos o nacionalistas, y por el correspondiente modelo de Estado.

Las aspiraciones políticas han sido plasmadas en los amplios bosquejos de un mejor Estado, contenidos en las utopías. Su modelo literario es la obra *De optimo rei publicae statu deque nova insula Utopia* de Tomás Moro (1516), en cuyo título se percibe un dejo de resignación (utopía = "ningún lugar"). Las obras, más conocidas, que suceden a ésta fueron las *Civitas solis* (1620) de Tommaso Campanella, la *Nova Atlantis* (1638) de Francis Bacon y *The Commonwealth of Oceana* (1656) de James Harrington.

Las representaciones sobre el ideal del Estado, sobre la mejor forma del mismo o de algunas de sus instituciones, pueden penetrar hondamente en la realidad política. En tanto que representaciones de objetivos e imágenes-guía con efectividad intersubjetiva, devienen en motivos reales, que ya determinan y coordinan la acción política presente, convirtiéndose así en importantes factores de integración de la comunidad real (§ 7 II). Como proyectos y anticipaciones mentales de una mejor situación de la sociedad, se transforman especialmente en programa e impulso de los cambios sociales. En este sentido hablaba Ernst Bloch (1959, 163 ss., 275) de la posibilidad y la inclinación a desarrollar representaciones que, sobre la base de la situación dada y sus tendencias, anticipan en el pensamiento una mejor situación realmente posible. Tales representaciones pueden motivar la acción social y así influir eficazmente sobre el curso

de los acontecimientos. No obstante, ello no descarta la diferenciación mental entre la cuestión ética y la científico-real. Mientras aquélla trata del contenido de significación y la justificación de dichos objetivos políticos, ésta, en cambio, atiende a su función sociológica, a saber, su fuerza de motivación y eficacia verdaderas.

IV. Hechos y normas como elementos de la realidad del Estado

§§ 5: 6: 7 1; *Jellinek*, 10 ss., 136 ss.; *H. Kelsen*, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922, ²1928; *HellerStL.*, 37 ss.; *M. Drath*, *Rechts- und Staatslehre als Sozialwissenschaft*, 1977, 84 ss.; *K. Hesse*, *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959; *Scheuner St.*, 45 ss.; *Th. Tsatsos*, *Der Staat als funktionelle Vereinigung von Gesellschaft und Recht*, 1966; *Zippelius GuR. caps* 6, 8, 10 s

Nos encontramos con los conceptos de "norma" y "hecho" no sólo cuando comparamos la realidad política con paradigmas ideales, sino que también desempeñan un papel en la construcción de la "realidad del Estado". Como se mostrará, ésta no puede, en absoluto, comprenderse adecuadamente como un hecho sin normas, pero tampoco puede construirse al Estado como un sistema "puro" de normas, es decir, exento de todo aspecto sociológico, como Kelsen proponía. Kelsen opinaba que, desde el punto de vista de la ciencia del derecho, podía comprenderse al Estado como orden normativo puro, y bajo el de la sociología, como simple hecho (Kelsen 1928, 105 s., 114 ss.). Sin embargo ya no es posible sostener tal cosa.

1. Los componentes normativos de la realidad del Estado. Por un lado, la sociología sólo puede entender adecuadamente la "realidad del Estado", si toma en consideración la orientación (*Sinnorientiertheit*) de la conducta, por un sentido, y en especial, la circunstancia de que la acción humana también se guía por normas.

El propio Max Weber reconocía que no todo contenido normativo desaparece del campo visual, aun del enfoque sociológico "avalorativo" que, sin valorarlos, debe tener en cuenta aquellas representaciones valorativas, objetivos, imágenes-guía y normas que guían el comportamiento observado, en cuanto motivan y coordinan la acción de los hombres que viven en comunidad. Así, pues, aquéllos son factores efectivos del acontecer social y, por tanto, objeto de la descripción sociológica (§ 5).

Las máximas para la acción, que también constituyen la estructura de conducta de una comunidad, no pueden comprenderse suficientemente como una simple actividad síquica. Se requiere de un orden común "objetivo" de normas (es decir, un "plan de orientación" normativo intersubjetivo) que coordine el comportamiento humano en la estructura de conducta que denominamos comunidad (§ 6). En este sentido, las normas son elementos de la realidad del Estado.

Las normas del derecho garantizado son características de la comunidad específicamente estatal; pero aparte de ellas existen otras que intervienen en la constitución de la realidad social de una comunidad (§ 7 I).

2. Los componentes fácticos del orden jurídico estatal. Por otro lado, el orden jurídico del Estado no es concebible como un sistema "puro" de contenidos de significado (*Sinngehalte*) normativos. Así, por ejemplo, el punto de vista normativo "puro" no nos permite comprender la transformación de un orden jurídico prerrevolucionario en uno posrevolucionario.

La teoría del Estado centra su atención, desde un principio, en la función constitutiva que respecto de la comunidad tiene un orden normativo y, por consiguiente, en su eficacia. Un contenido significativo puro, tal como el proyecto utópico de un orden jurídico, no constituye por sí solo una comunidad estatal. Sólo a través de su eficacia, mediante el componente fáctico de su actualización, adquieren las normas su función constitutiva de la comunidad. La estructura de conducta de una comunidad estatal viva se origina sólo cuando las normas sirven efectivamente como pautas de la acción y poseen la probabilidad (*Chance*) permanente de su realización (§ 6). Sólo podrá adecuarse al problema un enfoque que abarque la dialéctica entre la norma y su realización (§ 7).

Uno de los componentes fácticos del orden jurídico radica ya en el simple hecho de su realización, de su "actualización" y la probabilidad de su aplicación coactiva (*Durchsetzungschance*) (§ 8 I 1). Este componente pertenece ya el concepto de derecho garantizado.

Además, el que las realidades determinen también el contenido del derecho estatal, es sólo una observación hecha al margen (Zippelius GuR, cap. 11).

§ 2. Planteamiento metodológico de una teoría empírica del Estado

§ 1; K. R. Popper, *La lógica de la investigación científica*, (al. 1934, ¹1982) esp. 1962, reimpr. 1980; H. Albert (ed.), *Theorie und Realität*, 1964. ²1972; HeSF vol. I-IIIb; K. D. Opp, *Methodologie der Sozialwiss.*, 1970. ²1976; J. Friedrichs, *Methoden empir. Sozialforschung*, 1973. ³1976; Zippelius GuR, cap. 3.

I. Fundamentos

Quien investiga la realidad del Estado, se enfrenta a la dificultad de orientarse en la desconcertante complejidad del acontecer político.

Los amplios modelos "ideológicos" de interpretación, ya mencionados, contribuyen a lograr esta orientación, porque de ellos tomamos, en particular, los objetivos de nuestra acción y también los criterios para seleccionar, de las incontables impresiones a que estamos expuestos, aquellas en las que pondremos nuestra atención (§ 1 II 2). Los conceptos y teorías con que en realidad trabaja la ciencia empírica son de menor alcance. A través de ellos pretendemos destacar lo general, lo recurrente en diversas situaciones concretas, y describir los desarrollos regulares.

Así, al destacar similitudes y contrastes, intentamos obtener un panorama de la pluralidad de los fenómenos. De este modo podemos describir, conforme a sus rasgos esenciales, las monocracias y las democracias representativas; los Estados liberales y los totalitarios, las burocracias dirigistas de funcionarios y los Estados pluralistas.

Con las teorías explicativas pretendemos, además, comprender las conexiones regulares de acción (*Wirkungszusammenhänge*), es decir, formular enunciados sobre las causas que conducen siempre, o con una probabilidad calculable, a determinados efectos. De acuerdo con una conocida frase de Popper (1980, 57), nosotros creamos teorías para "apresar aquello que llamamos 'el mundo', para racionalizarlo, explicarlo y dominarlo".

Dichas teorías tienen, de momento, una función cognoscitiva, ya que deben "explicar" al mundo, es decir, proporcionar las razones reales por las cuales se produce una cierta situación o tiene lugar un suceso determinado. Si estas razones han de hacer más "transparente" nuestro mundo, deben poder formularse en enunciados generales, es decir, proposiciones que destacan ("abstraen") los rasgos comunes a una multiplicidad de acontecimientos. Además, deben ser capaces de resistir una comprobación crítica, susceptible de consenso. Solamente en cuanto lo logren, pueden considerarse y mantenerse como intentos, más o menos corroborados, de "explicación racional del mundo".

A la función teórica se agrega una función práctica, en cuanto las teorías deben permitirnos "dominar" los acontecimientos. Hacen posible aprovechar "instrumentalmente", con arreglo a nuestros fines, la comprensión de las conexiones constantes entre causas y efectos, porque nos indican lo que debe-

14 REINHOLD ZIPPELIUS

mos hacer si deseamos alcanzar cierto objetivo, y los medios de que podemos valernos para realizar determinados fines.

Al igual que los modelos más amplios de orientación ideológica, así también nuestros conceptos y teorías que forman un peldaño inferior, son intentos de una orientación con significado en el mundo. Tampoco debemos tomarlos como respuestas absolutas y definitivas, sino exclusivamente como etapas de un proceso de *trial and error*, en el cual buscamos comprender el mundo. Se trata de bosquejos constructivos y tentativos, que deben perfeccionarse, restringirse o incluso desecharse por completo, si están en contradicción con la experiencia. Así, pues, debemos emplear las construcciones conceptuales con que pretendemos explicar el mundo real como modelos de pensamiento variables, sujetos a "experimentación" continua: si la experiencia demuestra que determinados factores son irrelevantes respecto de la conexión de acción analizada, entonces deben suprimirse del modelo explicativo. Si, por el contrario, prueban su relevancia ciertos factores, desatendidos hasta el momento, debe incorporárseles al modelo. Ahora bien, si éste es del todo inadecuado a la realidad empírica, habrá que abandonarlo y sustituirlo por uno superior. Un ejemplo puede ilustrar este procedimiento: si resulta que el modelo marxista sobre el proceso del desarrollo histórico no toma suficientemente en cuenta importantes determinantes para el acontecer histórico-político, debe ser entonces rectificado y la multiplicidad de los factores histórica y políticamente relevantes incluida integralmente en la comprensión del acontecer político (§25 II 7).

II. Pensamiento analítico

Un punto de partida para la elaboración racional de los hechos complejos consiste en destacar momentos y conexiones particulares y examinar su relevancia dentro del acontecer total.

No obstante, el pensamiento no crítico será fácilmente inducido a atribuir demasiada trascendencia a un factor ya aislado y que se estima relevante (como por ejemplo, las condiciones económicas, la raza, la voluntad de poder), es decir, se le tiene por un principio interpretativo y explicativo más extenso de lo que en verdad es. Esta es la nota distintiva y el error del pensamiento ideológico, en contraposición al pensamiento crítico que, consciente de los límites del conocimiento obtenido, sostendrá la eficacia, el alcance o la validez parciales de las relaciones y momentos destacados. Por tanto, es necesario no so-

breestimar los factores particulares, analíticamente destacados, en especial, no convertirlos en la base de construcciones "unidimensionales" de las relaciones sociales. El análisis no debe inducirnos a perder de vista la pluralidad y la dependencia recíproca de los determinantes que configuran el acontecer social. Tan pronto una teoría reduce "todas esas determinantes a una unidad, y hace de ésta, a su vez, otra determinante suprema, sea o no de naturaleza espiritual, que a todas las demás domina, ha abandonado ya el terreno de la experiencia" (Heller StL, 58; TE, 75).

El principal ejemplo del procedimiento analítico es la abstracción de conexiones causales particulares de la complejidad de los procesos naturales o sociales. Por lo común, dichas constantes son aceptadas provisionalmente, para comprobar con posterioridad si la experiencia las confirma o las contradice. Tal es, precisamente, el método que Galileo Galilei introdujo en el pensamiento científico-natural (§ I II); pero es claro que no se le puede trasladar sin modificación al ámbito social, en el que es más fructífero destacar desarrollos típicos que cadenas condicionales aisladas (IV).

No sólo es posible destacar, en forma analítica, momentos y relaciones causales aisladas, sino también conexiones funcionales complejas y, en especial, determinadas estructuras de comportamiento y su modelo normativo de coordinación. Pero con esto tampoco se pretende lograr una descripción amplia de los hechos sociales, sino más bien destacar y precisar con mayor detalle ciertas estructuras parciales, más o menos definidas del acontecer social (§ 3).

III. Pensamiento tipificador

Jellinek: 30 ss.; *H.J. Wolff*. Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft. Studium Generale, 1952, 195 ss.; *J.E. Heyde*, Typus, loc. cit., 235 ss.; *B. Zittel*. Der Typus in der Geschichtswissenschaft. loc. cit., 378 ss.; *K. Engisch*, Die Idee der Konkretisierung, 1953, ²1968, 237 ss.; *K. Larenz* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, ⁴1979, 443 ss.; *S. Jorgensen*, Typologie und "Realismus" in der neueren Rechtswissenschaft, 1971.

Sobre 1: *E. Kretschmer*, Körperbau und Charakter, 1924, ²⁵1967, X ss., 408 ss.; *E. Husserl*, Experiencia y juicio (al. 1939), esp. 1981; *R. Zippelius*, Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen, en: F.f.K. Engisch, 1969, 224 ss.

Sobre 2: *M. Weber*, WuG, 1 ss.; *id.*, WL, 190 ss.

Un importante medio auxiliar para obtener modelos interpretativos y reglas empíricas es el empleo de tipos. El pensa-

miento político hace uso de ellos, particularmente cuando bosqueja ciertos tipos de Estado como modelos deseables. Los tipos sirven como modelos de interpretación de la realidad social, por ejemplo, cuando se elaboran los tipos ideales del Estado totalitario y del liberal, para indicar después, en concreto, en qué medida se realizan en uno u otro Estado las características así definidas. Pero los tipos pueden emplearse sobre todo en las reglas empíricas, con el fin de presentar desarrollos típicos del acontecer que, de una situación inicial típica, conducen regularmente a consecuencias también típicas.

El pensamiento tipificador y el analítico son compatibles entre sí, ya que también la tipificación destaca determinados rasgos a partir de la plenitud de lo concreto, lo que equivale a una función analítica. En su teoría del tipo ideal, Max Weber empleó precisamente la tipificación como un método analítico: de la complejidad de los hechos sociológicos, se realzan algunos rasgos característicos aislados, los cuales son condensados en un tipo ideal "puro", es decir, no mezclado. Esto puede ser útil para reconocer y esclarecer los hechos concretos como interacción y amalgama de rasgos típicos.

1. Fundamentos de la formación de tipos. El pensamiento tipificador constituye una especie del pensamiento conceptual. Los tipos son conceptos que reproducen una "estructura" de los caracteres de objetos o procesos intuitivos. Así, por ejemplo, en el concepto o tipo del "parlamento" o del "sistema de elección proporcional" se concreta una estructura. En este sentido, se ha dicho también que el tipo comprende una "totalidad".

Los tipos pueden formarse "intuitivamente" como "tipos de congruencia": mediante la fijación de aquellos caracteres que recurren y se corresponden en diversos hechos y por la eliminación de las propiedades que se presentan sólo aisladamente (Kant, *Crítica del juicio*, § 17). En este sentido, Husserl (1939, § 81) calificaba como concepto a "lo idéntico, el uno que se destaca en virtud de la congruencia, lo que se preconstituye pasivamente en la congruencia de los iguales, comprendidos individualmente". El conocimiento no adopta a los tipos como totalidades indiferenciadas, sino que se sujeta al tipo analizado y definido por sus caracteres, es decir, el tipo como complejo de caracteres.

No sólo pueden comprenderse en forma intuitiva los tipos aislados, sino también las conexiones entre fenómenos típicos. Así se concibió en la antropología, primero en forma intuitiva, la relación entre "constitución corporal y carácter". El arte del

estadista descansa, en gran parte, en la capacidad de aprender de las experiencias, esto es, comprender, mediante un golpe de intuición, los procesos típicos del acontecer político y las expectativas que de ellos se derivan.

No obstante, el pensamiento aplica también los tipos contruidos. Tales construcciones no solamente son de utilidad para proyectar la imagen ideal de una determinada forma de Estado, sino que puede empleárseles también para fines científico-empíricos, sobre todo para la elaboración de hipótesis sobre el desarrollo de los acontecimientos. En este caso, se trata de la construcción mental de una conexión de acción, es decir, una anticipación tentativa, la cual Popper (1980, 30 ss., 235 ss.) quiere situar en el comienzo de toda formación de teorías.

Será frecuente que ambos procedimientos de formación de hipótesis se complementen entre sí. Una conexión "típica" que lleva a efectos típicos a partir de una constelación típica de condiciones iniciales, es comprendida primeramente en forma intuitiva. A partir de esto puede intentarse entonces esbozar un modelo de tal conexión, "depurado" de toda circunstancia irrelevante.

2. Tipos ideales. Max Weber asignó al tipo ideal la tarea de ordenar, en categorías inteligibles para la investigación empírica, la complejidad de los hechos sociológicos. El tipo ideal no pertenece entonces a los tipos ideales en el sentido de modelos dignos de imitación, sino a los tipos descriptivos, y se obtiene al destacar del hecho empírico múltiplemente entremezclado, determinados rasgos característicos, para elevarlos a un tipo puro, es decir, no mezclado.

El mismo fenómeno histórico puede ser ordenado por uno de sus elementos, por ejemplo, como "feudal", como "patrimonial" por otro, como "burocrático" por alguno más todavía, por otro como "carismático". Para que con estas palabras se exprese algo *unívoco* la sociología debe formar, por su parte, *tipos puros (ideales)* de esas estructuras, que muestren en sí la unidad más consecuente de una adecuación de sentido lo más plena posible; siendo por eso mismo tan poco frecuente en la realidad — en la forma pura absolutamente ideal del tipo — como una reacción física calculada sobre el supuesto de un espacio absolutamente vacío.

Aplicados a la realidad histórica, "mediante la indicación del grado de *aproximación* de un fenómeno histórico a uno o varios de esos conceptos, quedan tales fenómenos ordenados conceptualmente" (M. Weber WuG, 10; ES, 17).

Por ejemplo, en la realidad política actúan diversos motivos por los cuales puede considerarse justificado un modelo de dominación de autoridad: en parte, se respeta la tradición; en

parte, se da por cierta la vocación de mando de un gobernante; en parte, la necesidad de la dominación parece evidente por motivos racionales. Por regla general, todos estos móviles interactúan en la situación política concreta para que un régimen determinado aparezca como legítimo. Pero precisamente para hacer concreta la combinación de los momentos particulares y, en especial, para poder aclarar en qué medida desempeña un papel el uno u otro momentos en una determinada situación política, es de utilidad aislarlos mentalmente y construirlos como tipos ideales. Así, con base en el ejemplo dado, pueden concebirse tres tipos puros de dominación: la tradicional, la carismática y la racional (*cfr.*, *infra* § 16 I 2). Luego podría determinarse con mayor precisión la situación política concreta al compararla con los tres tipos puros de la dominación legítima, es decir, al indicar en qué medida es tradicional, carismática o racional la legitimación del poder estatal en cuestión.

Por ejemplo, los Estados liberal o totalitario, en tanto que tipos ideales, se realizan, en mayor o menor grado en los Estados concretos, ya que expresan tendencias antagónicas que se combinan en los Estados históricos, en las proporciones más diversas. En este caso, los tipos ideales sirven para analizar la realidad política de acuerdo con sus distintos momentos y polaridades.

IV. Reglas empíricas tipificadoras

Entre los medios auxiliares con los que cuenta la teoría empírica del Estado, quizá se encuentren en primer plano las reglas empíricas sobre acontecimientos y sucesos típicos. Ya Tucídides escribía la historia para "aquel que desea conocer con claridad lo pasado y, por tanto, también lo por venir, que será igual o semejante, de acuerdo con la naturaleza humana". (*Historia de la Guerra del Peloponeso*, I 22). Más tarde, fijó Maquiavelo la atención en aquellas reglas empíricas, al afirmar que:

Quien desee saber lo porvenir consulte lo pasado, porque todas las cosas del mundo, en todo tiempo, se parecen a las precedentes. Esto depende de que, siendo obras de los hombres, que tienen siempre las mismas pasiones por necesidad, han de producir los mismos efectos (*Discorsi*, III 43). El que estudia las cosas de ahora y las antiguas, conoce fácilmente que en todas las ciudades y todos los pueblos han existido y existen los mismos deseos y las mismas pasiones; de suerte que examinando con atención los sucesos de la antigüedad, cualquier gobierno republicano puede aplicar los mismos remedios que usaron los antiguos, y, de no estar en uso, imaginarlos nuevos, por la semejanza de los acontecimientos (*Discorsi*, I 39).

Jellinek (p. 41; TGE, 35) expresa, en lo esencial, la misma idea: "Sólo porque bajo análogas condiciones se repiten de un modo análogo las cosas, puede ser tomada como maestra la Historia". Jellinek se refiere aquí también a los procesos típicos, porque:

pueden, en efecto, hacerse derivar de ellos con caracteres de grandes probabilidades, consecuencias determinadas que sean aplicables a fenómenos particulares de la vida de los estados. Las formaciones que responden a un tipo semejante se desenvolverán en el futuro de un modo análogo. Cuando se habla de historia, se tiene ante la vista — consciente o inconscientemente — el elemento típico en las cosas humanas.

El enfoque tipificador así propuesto no destaca relaciones causales individuales a partir de condiciones aisladas y estrechamente delineadas, sino que parte de las situaciones típicas, es decir, los complejos de caracteres por los que cabe esperar se produzcan, con cierta probabilidad, determinados desarrollos del acontecer.

Por el contrario, el desprendimiento de relaciones de causalidad natural, exactamente delineadas o determinables, no sería de gran provecho para una teoría empírica del Estado; aquel sería demasiado fragmentario, dada la gran multitud y la continua recombinación en la concurrencia de las condiciones singulares. Por tanto, la sociología debe intentar elaborar predicciones acerca de la repetición de procesos típicos complejos. Sin embargo, no es posible construirlos en forma exhaustiva y exacta, a partir de algunas relaciones de causalidad natural, por el siguiente motivo: el acontecer político concreto no sólo es determinado por las condiciones iniciales típicas que se repiten, sino también por una multiplicidad de diferentes "condiciones secundarias", que jamás se pueden comprender, o calcular del todo en sus repercusiones sobre el desarrollo del acontecer. Además, a ello hay que añadir, como elemento de incertidumbre, el hecho de que también influye en el acontecer político la acción humana, que es motivada por las cambiantes representaciones semánticas y valorativas y que, en suma, no constituye un acontecer rígidamente determinado (Zippelius RPh, 16). Por ello, la sociología debe conformarse, por principio, con la elaboración de predicciones sobre la repetición, con mayor o menor probabilidad, de procesos complejos.

El pensamiento tipificador se ocupa entonces de situaciones políticas semejantes, lo que permite percibir ciertas constantes. Pero a menudo se presentan diferencias en la situación total que, como "factores de perturbación", impiden la aplicación llana de la regla. Un ejemplo de ello:

Se cree haber determinado que un sistema de dominación en el que el poder supremo se reúne en una asamblea ("gobierno de asamblea"), es altamente propenso a transformarse en la dominación de unos pocos detentadores del poder o de una persona (Loewenstein VL., 75 ss.). Ello parece evidente incluso por la experiencia cotidiana: un conjunto de personas (también una asamblea) es, habitualmente, incapaz de gobernar porque carece de una concepción política clara, y la aptitud para actuar con arreglo a un plan y de tomar decisiones rápidas. Por ello, es natural que en una asamblea destinada a gobernar, se forme un grupo dirigente, cuyos miembros pueden guardar un equilibrio o bien, se encontrará entre ellos una personalidad especialmente fuerte que logra arrebatarse el mando dentro del grupo y, por consiguiente, el poder dictatorial en el Estado.

Los acontecimientos de la Revolución Francesa representan un caso modelo de este fenómeno. La Convención Nacional, electa en 1792, se atribuyó la facultad de disponer soberanamente sobre todas las funciones del Estado. Pero la dominación de esta asamblea se transformó pronto en el gobierno del terror del Comité de Salud Pública y desembocó en el régimen demagógico del hombre que lo presidía, Maximiliano Robespierre.

Conforme al texto de su Constitución, también en la Unión Soviética es una asamblea electa por el pueblo el órgano supremo del Estado. Pero la dirección del Estado se concentra, de hecho, en dos cuerpos designados por el Soviet Supremo: el Presidium y el Consejo de Ministros; en manos de un fuerte jefe de gobierno, como Stalin, dicha dirección devino en un poder dictatorial. En la Unión Soviética, la tendencia a destacar un grupo relativamente reducido de funcionarios dominantes, se refuerza por la unión de los principios de asamblea y de partido único (§ 43).

Por otro lado, en Suiza, se ha preservado una democracia liberal representativa, si bien se presentaban en ella algunas de las condiciones iniciales típicas, ya mencionadas, para la concentración del poder; pues en ese país es también una asamblea, la Asamblea Federal, compuesta por el Consejo Nacional y el Consejo de los Estados (*Ständerat*), la que detenta el poder supremo (artículo 71 de la Constitución revisada de 1874). Pero otras condiciones secundarias —en especial el sistema pluripartidista, la fuerza del elemento federativo, la práctica del referéndum y la tradición política— han conducido al desarrollo (a pesar de la vigorosa posición del gobierno federal) por cauces

distintos de los que siguieron la Francia revolucionaria y la Unión Soviética.

§ 3. Aspectos de la teoría de sistemas

T. Parsons, Soziologische Theorie, (ingl. 1949) al. ³1973; *id.*, The Social System, 1951; *id.*, Das System moderner Gesellschaften, al. 1972, 12 ss.; *id.*, Zur Theorie sozialer Systeme, 1976; *G. Klaus*, Kybernetik und Gesellschaft, 1964, ³1973; *D. Easton*, A Systems Analysis of Political Life, 1965, 1965; *G. A. Almond. G. B. Powell*, Comparative Politics, 1966; *Narr-Naschold*, I, 89ss., II; *A. W. Gouldner*, Die westliche Soziologie in der Krise, (ingl. 1970) al. 1974, 259 ss.; *N. Luhmann*, Soziologische Aufklärung, 1970, ⁴1974, 31ss., 113 ss., 154 ss.; *R. Kurzrock* (ed.), Systemtheorie und Gesellschaftsanalyse, 1974; *F. Hufen*, Verfassungstheorie und Systemtheorie, en: AöR, 1975, 193 ss.; *W. Röhrich et al.*, Neuere politische Theorie, 1975; *D. Suhr*, en: EvStL, 2598 ss.; *R. Damm*, Systemtheorie und Recht, 1976; *J. Röpke*, Die Strategie der Innovation. 1977, 11 ss., 176 ss.; *A. Görnitz*, Politikwissenschaftliche Theorien, 1980, 105 ss.

I. Ideas fundamentales

Sobre 2: *W. R. Ashby*, Design for a Brain, 1952, ²1960/1976, 156 ss., 205 ss.; *G. Klaus* (ed.), Wörterbuch der Kybernetik, ²1969, arts. Adaption, Entwicklung, Gesamtsystem. Multistabilität; *K. Steinbuch*, Kurskorrektur, 1974, 27 ss.; *H. Sachsse*, Was ist Sozialismus?, 1979, 107 ss.; *R. L. Frey*, Zwischen Föderalismus und Zentralismus, 1977; *H. F. Wust*, Föderalismus, Grundlage für Effizienz in der Staatswirtschaft, 1981.

I. Sobre el concepto de sistema social. La teoría de los sistemas trata fundamentalmente de describir a los hechos sociales como conexiones ("sistemas") de factores múltiples ("variables"), en su dependencia y condicionalidad mutuas. No intenta, pues, reducir apresuradamente lo complejo a un solo factor y presentarlo como lo único decisivo, lo que hace, por ejemplo, el economicismo (*cf.* también § 2 II).

Según un primer enfoque, la comunidad se manifiesta como un "sistema de interacciones"; esto es: una conexión (*Zusammenhang*) entre los seres humanos, originada cuando la acción de éstos se interrelaciona conforme a determinados modelos de conducta, configurando así una estructura de conducta de interdependencia múltiple (una "estructura de conducta" compleja). Este enfoque tiene puntos en común con algunas teorías organicistas (§ 4 III) y, en especial, con la sociología relacional (§ 5). No obstante, este enfoque funcional es común en las ciencias naturales. Así, la fisiología describe la combinación de los diversos procesos químicos y físicos en un organismo vivo. En forma similar se pretende analizar actualmente en las cien-

cias sociales, e investigar en sus relaciones, los procesos fundamentales (se sobreentiende que de distinta especie), que se realizan dentro de una estructura social. También se incluyen en la observación las interacciones entre un sistema social, que a menudo no ha sido claramente concebido y delimitado y su ambiente.

Las unidades básicas de los sistemas sociales son los hombres. Respecto de las relaciones interpersonales, por ejemplo, de la convivencia familiar o las relaciones de trabajo, se desarrollan determinados modelos de conducta, que funcionan de modo tal, que ciertas normas (e imágenes-guía que actúan normativamente, por ejemplo en la convivencia familiar) determinan las alternativas de comportamiento de los interesados (*Beteiligten*). Del conjunto de estos modelos de relación resulta la estructura del sistema social (§ 7 I 2).

Sin embargo, de tales modelos no puede concluirse, sin más, que el "sistema" es independiente. Estudios sociológicos recientes destacan adecuadamente la interacción permanente entre el "sistema" y sus miembros, ya que las partes de un sistema social tienden a preservar y extender el ámbito de su autonomía funcional y se resisten a una amplia integración al sistema. En cambio, el sistema mismo (propriamente los funcionarios encargados de la regulación del sistema) pretende lograr la mayor integración posible y restringir la autonomía de las partes. Así, la integración del sistema deviene en un "acto de equilibrio", es el resultado de una compensación, en continuo cambio, entre los interesados; para lograr este equilibrio, hay que negociar, una y otra vez, los modelos según los cuales se produce la conformidad y se limitan las autonomías (Gouldner 1974, 266 ss.). Este esquema de una interacción entre la propensión hacia la autonomía o hacia la conformidad se da principalmente en condiciones federativas, en la relaciones entre el Estado y los municipios (*Germeinden*) y en la relación entre el deseo de autogestión en la economía y la tendencia hacia su dirección global.

2. Optimización de la "cooperación de sistemas". El sistema total requiere una conjunción equilibrada entre las fuerzas particulares y las instancias reguladoras centrales, suficientemente fuertes, que se presentan frente a aquéllas como creadoras del orden y como representantes de la justicia social y la racionalidad política (§ 27).

Al buscar una relación equilibrada entre la autorregulación de las unidades parciales y la dirección central, se aprovecha, a la vez, un conocimiento aplicable, en general, a los sistemas que procesan información: el grado máximo de estabilidad, capacidad de adaptación y procesamiento, es propio de

los sistemas cuyas partes están coordinadas por un sistema central de regulación, pero que no están rígidamente acopladas, por lo cual debe buscarse un nivel óptimo entre la absoluta carencia de una regulación central en el sistema y su dirección totalmente centralizada. Es parte de ello la existencia de subsistemas dotados de una capacidad limitada de autorregulación (autonomía), gracias a la cual pueden procesar por sí mismos una fracción de los influjos (informaciones), a los que está expuesto el sistema total y por la cual tienen también la posibilidad de coordinarse entre sí, en una extensión limitada. A menudo, aun las necesarias funciones de coordinación no son óptimamente ejercidas por una instancia central única, pero sí son desempeñadas en forma conveniente, por una estructura jerárquica de instancias, en la cual los centros intermedios, subordinados al centro principal, efectúan una coordinación parcial.

Un ejemplo de la organización escalonada de un sistema es la división "federativa" del sistema político en corporaciones territoriales parcialmente autónomas, en diversos planos: municipios, distritos, regiones, entidades federativas y federación. Esta organización tiene por objeto relevar a las respectivas instancias superiores, de todas las decisiones que no se refieran a un interés preponderante en la unidad jurídica y una compensación de intereses (*Interessenausgleich*) suprarregional (§ 38). Incluso dentro de la estructura "monocrática" de una autoridad se pretende lograr, al menos como "estilo" de organización, una amplia descentralización de la tramitación de asuntos y de la responsabilidad; de este modo puede elevarse la capacidad del aparato burocrático para solucionar problemas y para adaptarse a las nuevas situaciones (§ 14 IV 1). El "margen de discrecionalidad" que las leyes otorgan a los órganos del Ejecutivo, constituye ya un elemento de "autorregulación" limitada. Si esta facultad para adoptar con responsabilidad decisiones ajustadas a la situación (*situationsgerecht*) se restringe excesivamente y se le reemplaza con directivas normativas centrales, entonces el aparato del Estado se convierte en un sistema muy "rígidamente acoplado", que debe procesar centralmente demasiados elementos. Su funcionamiento será antieconómico. Y tendrá que crecer, con lo que pierde, a la vez, la capacidad de tomar decisiones oportunas.

Desde la perspectiva de la economía nacional, resulta deseable la cooperación (*Verbund*) de las unidades descentralizadas de decisión, lo cual plantea la tarea de mantener abarcables (*überschaubar*) y calculables para los interesados, las relaciones entre utilidad y costos, entre usuarios y contribuyentes de servicios públicos, y sobre la base de tal transparencia, con-

ceder a los afectados un grado máximo de codeterminación responsable en la distribución de los bienes y cargas públicos. Es evidente que estos postulados pueden cumplirse con mayor facilidad en las unidades políticas pequeñas y abarcables que en los grandes Estados altamente complejos y centralmente administrados. A menudo los costos de planeación y administración de los servicios públicos centralmente ofrecidos serán más altos que los de un suministro descentralizado. Por otro lado, el ofrecimiento de prestaciones públicas como los ferrocarriles, las transmisiones de televisión o las universidades, no puede funcionar económicamente mediante cualquier descentralización. Además, deben coordinarse los servicios locales y supralocales, por ejemplo las redes de carreteras locales y regionales o las instituciones educativas de distintos niveles. Finalmente, por motivos de justicia y de astucia política, puede plantearse la exigencia de procurar una igualación de las condiciones de vida a nivel suprarregional. Por tanto, desde la perspectiva de la economía nacional es necesario establecer una cooperación "federativa" diferenciada, entre los subsistemas (*Teilsysteme*) que deben ofrecer los servicios públicos y proporcionar los medios para ello.

La tarea de enfilear hacia la cooperación óptima de los subsistemas, en especial, la de hallar la mejor clave posible para la distribución de las decisiones que deben adoptarse centralizada o descentralizadamente, no se limita únicamente a la organización del Estado, sino que también se plantea respecto de la relación entre la regulación estatal y la autorregulación privada. En otras palabras, es preciso guardar el justo medio entre un exceso y una carencia de liberalidad hacia la autonomía, el desenvolvimiento, la ambición de lucro y poder de los particulares, o, lo que es lo mismo, entre un exceso y una carencia de dirigismo y compensación de bienes por parte del Estado social (§§ 29 III, 35 IV).

La extensa labor consistente en reducir los subsistemas, tanto estatales como sociales, a la medida justa de su posibilidad de acción, abarca también el ámbito de las fuerzas sociales, en el que importa, ante todo, hallar y mantener el justo medio entre un exceso o una deficiencia en la organización de intereses. (§§ 26 II 3, V 2).

En todos estos casos parece ser la tarea y el arte esenciales de la política, hallar e implementar (*einregulieren*) una medida compatible con el sistema e incluso un nivel óptimo, si ello es posible.

3. Modelos de depuración cooperativa de los conflictos.

La regulación de los intereses en el Estado se efectúa, en buena

parte, a través de la combinación escalonada de los subsistemas que operan en diversos planos. Por lo regular, los intereses y las opiniones individuales no adquieren eficacia política en la sociedad sin una "intermediación"; deben ser previamente organizados y procesados. La regulación de conflictos de intereses relevantes para la colectividad, en combinación con toda una estructura de "subsistemas", es particularmente notoria en las sociedades pluralistas.

La confrontación y articulación de los intereses, así como una limitada compensación de éstos, se inician ya en las asociaciones, cuyas representaciones y deseos se introducen especialmente en el foro de los partidos políticos. En un espectro más amplio, éstos deben, a su vez, organizar influjos y conflictos de intereses y opiniones, con resultados algo divergentes en cada partido, dependiendo de la fuerza con que en ellos se manifiesten tales intereses y opiniones. Los restantes conflictos de intereses y opiniones son negociados y resueltos en el parlamento (§ 26 II 1).

Encontramos aquí un ejemplo de colaboración social que quisiera llamar esquema de "depuración escalonada o cooperativa de los conflictos". En términos más generales podría describirse este esquema como sigue: En diversos planos existen estructuras de organización que confrontan, articulan y allanan compromisos entre los intereses y opiniones. Los conflictos no resueltos, o depurados de manera insuficiente en los escalones inferiores, deben regularse en los planos organizativos superiores. Este proceso se desenvuelve en forma tal, que la regulación de los conflictos es preparada, y parcialmente efectuada, en los niveles inferiores, mientras que los problemas residuales se introducen en el plano superior inmediato para su ulterior procesamiento. Ejemplo de ello es el esquema, anteriormente descrito, de la depuración de conflictos en el Estado pluralista de partidos. Se trata de un modelo en el que puede decirse que la "insociable sociabilidad" (I. Kant) del hombre se convierte en sistema.

A parte de este ejemplo, existen otros esquemas de depuración cooperativa de los conflictos. De especial significación es el esquema "federativo", en su sentido más amplio, que abarca desde las corporaciones municipales autónomas hasta las organizaciones supranacionales y en el cual los intereses municipales, regionales, provinciales (*gliedstaatliche*), nacionales y supranacionales son esclarecidos escalonadamente, y se establecen relaciones y compromisos entre ellos (§§ 39 I; 40 I).

La medida en que se desgasta la capacidad de procesamiento de un sistema cooperativo depende de varios factores,

en especial, del número de participantes, del grado de disposición al compromiso y, finalmente, de la presión del problema. Esta, a su vez, depende del número de las decisiones en turno y la velocidad con que varía la situación social (particularmente las condiciones económicas y las representaciones valorativas predominantes), así como los problemas que ésta provoca. De ello trataremos después, especialmente bajo el aspecto del pluralismo (§ 26 IV 2).

La organización previa de los intereses y opiniones conlleva también algunas desventajas, sobre todo, el riesgo de que favorezca a los grupos especialmente numerosos y bien organizados (§ 26 V) y de que los compromisos se busquen sobre la base del mínimo común denominador o de la menor resistencia (§ 39 I 3). En suma, los sistemas que conceden una posibilidad de acción demasiado amplia a las fuerzas particulares, provocan un déficit en la justa compensación de intereses y la actividad política en la sociedad entera, e incluso ponen en duda la "gubernabilidad" de las democracias pluralistas (§ 26 IV; 42 I). Por ello, el sistema global requiere de la ya descrita interacción equilibrada entre fuerzas particulares e instancias centrales de regulación con poder suficiente para moderarlas en tanto que representantes de la justicia social y la racionalidad política (§ 27).

II. Procesos de regulación jurídica en el Estado

R.P. *Callies*, *Rechtstheorie als Systemtheorie*, en: G. Jahr, W. Maihofer (eds.), *Rechtstheorie*. 1971, 142 ss.; *Luhmann* RS, 132 ss., 207 ss., 294 ss., *M. Rehbinder*, *H. Schelsky* (eds.), *Zur Effektivität des Rechts*, Jb. f. *Rechtsoziol. u. Rechtsth.* 3 (1972); *M. Borucka-Aretowa*, *Die gesellschaftliche Wirkung des Rechts*, 1975; *A. Görlitz*, *Politische Funktionen des Rechts*, 1976, 55 ss.; *Zippelius* GuR, caps. 6, 8, 10.

Los elementos "cibernético-sociales" radican ya en el hecho de que la conducta humana pueda ser guiada y sea susceptible de coordinarse en una estructura de conducta.

El que las instancias estatales adopten "regulaciones" no es algo nuevo. El derecho posee una especial función "cibernética" de regulación en el acontecer social, ya que las normas comunicables (disposiciones jurídicas generales o particulares) guían la acción de los sujetos de derecho, la cual es coordinada de este modo en la estructura de conducta que denominamos comunidad jurídica (§ 7). Esta regulación coordinadora de la conducta tiene una función "integradora" y "socializadora",

ya que selecciona, entre una pluralidad de alternativas de conducta factible, las que son compatibles precisamente con las necesidades y tolerancias de la estructura total de la comunidad en cuestión. Mediante sanciones y amenazas de sanción el sistema jurídico vigente mantiene la conducta desviada dentro de límites estrechos, y restablece, en lo posible, la situación perturbada por esa conducta. El orden jurídico cumple con la importante función de solucionar los conflictos de intereses en forma racional y pacífica, porque dispone competencias y procedimientos, tanto legislativos como judiciales, dentro de los cuales se resuelven y regulan, controlada y moderadamente, dichos conflictos. Con el tiempo, el sistema jurídico desempeña una función estabilizadora, también por cuanto la formalidad y la racionalidad del procedimiento legislativo impiden que todas las funciones en las constelaciones de intereses y opiniones adquieran inmediata relevancia jurídica. También es importante el derecho como instrumento de conformación funcional de la sociedad, de un *social engineering*, que en especial medida requiere de moderno Estado industrial (§ 35 I). En suma, puede considerarse precisamente el derecho, o a la comunidad jurídica (dependiendo si lo que interesa es el instrumento de dirección o el resultado sociológico) como un sistema cibernético-social.

Por su parte, las normas jurídicas y otras pautas jurídicas de conducta surgen bajo la influencia de múltiples hechos sociales, en especial, de los intereses existentes, las consideraciones valorativas y posiciones de poder predominantes. El papel de tales factores es particularmente evidente en el proceso legislativo parlamentario.

Así, pues, nos podemos representar al sistema jurídico, sus competencias, procedimientos y normaciones, como un sistema de regulación (*Regelungssystem*) que establece relaciones funcionales con su entorno social, en dos sentidos: por un lado, provenientes del ambiente, entran en el sistema de regulación las necesidades, consideraciones valorativas, exigencias y otros influjos (*"Input"*), que debe regular. — Esta regulación se produce sobre la base, y dentro de un esquema de competencias jurídicas, por medio de los procedimientos jurídicamente ordenados (de la legislación, la administración y la jurisdicción) y de normas de conducta y ordenanzas particulares, jurídicamente obligatorias. Por el otro lado, éstas repercuten sobre el entorno social (*Output*), en cuanto adoptan una selección obligatoria entre las alternativas de conducta factibles, y sirven así a los miembros de la comunidad como hilo conductor para

la coordinación del comportamiento (§§ 7; 26 IV). — De esta forma, el derecho contribuye también a configurar las estructuras sociales, puesto que de ellas parten nuevamente impulsos hacia el sistema de regulación, tiene lugar una continua "retroalimentación" (*Rückkoppelung*) entre éste y su ambiente social.

Por el lado del *Output*, es de especial interés la eficiencia del sistema estatal de regulación, ya que se trata de las condiciones que garantizan la eficacia del orden normativo de la conducta, a las que pertenecen los mecanismos de aceptación de la dominación (§ 9 I). Entre ellas se cuentan, además, las técnicas organizativas y procesales de la aplicación del derecho (§ 8 I, II), sobre todo el asociar recompensas y sanciones al cumplimiento o inobservancia de los deberes jurídicos. No solamente pertenece a la problemática de la eficiencia la probabilidad inmediata de la observancia y aplicación coactiva de una regulación, sino también la cuestión de sí, y bajo qué condiciones, son las normas jurídicas y los actos administrativos instrumentos apropiados para alcanzar los objetivos jurídico-políticos deseados y los fines de la administración.

Es evidente que en el acontecer estatal existen procesos de regulación distintos de los normativos. Como ejemplos podemos citar la dirección de la opinión por el Estado o la influencia fáctica que puede ejercerse sobre la coyuntura, al restringirse o expandirse las inversiones estatales.

III. Propiedades características de los sistemas políticos

K. W. Deutsch, Politische Kybernetik, (ingl. 1963, 21966) al. 1969. cap. 9ss.; al respecto: *D. Senghaas*, Kybernetik und Politikwissenschaft, en: PVS 1966, 252 ss.; *A. Etzioni*, Die aktive Gesellschaft, (ingl. 1968) a. 1975; *M. L. Cadwallader*, *A. Etzioni*, *G. A. Almond*, en: W. Zapf (ed.) Theorien des sozialen Wandels, 1969, 141 ss., 211 ss.; *Deutsch*, StRP, 200 ss.

También es posible expresar las propiedades características de los sistemas políticos mediante conceptos cibernéticos.

Esto es válido, por ejemplo, respecto de la interacción entre el influjo de los partidos y la respuesta electoral, interacción propia de las democracias representativas pluripartidistas y que es especialmente notable en las campañas electorales, con las cuales los partidos buscan influir en la opinión pública. Además, la postulación de sus candidatos y programas implica ya una importante preselección (*Vor-Auswahl*). De este modo se presentan a los votantes ciertas alternativas, y sus posibilida-

des de decisión se orientan hacia cuestiones concretas. Por otro lado, esta preselección se "retroalimenta" con la voluntad presunta de los electores. Aquí se muestra un mecanismo clave de este sistema: la eficacia del control democrático depende en el sistema representativo de la existencia de dicha retroalimentación, cuyo funcionamiento depende sobre todo de que se ofrezcan a los votantes, alternativas entre las que puedan decidir.

Si tal es el caso, entonces la selección de candidatos y las propuestas programáticas deberán ajustarse ya a los presuntos deseos de los ciudadanos para tener la mejor oportunidad de triunfo (§ 23 II 3). Asimismo, después de designados, y con miras a las siguientes elecciones, tanto el gobierno como el parlamento deben intentar mantener de su lado a la opinión pública y satisfacer la voluntad presunta del pueblo (§ 41 III 2).

Las características del sistema pluralista están determinadas particularmente por aquellos mecanismos sociales, a través de los cuales las necesidades y opiniones existentes en la sociedad son organizadas, articuladas, dotadas de energía y, a menudo, también distorsionadas, ya en el campo previo (*Vorfeld*) del sistema estatal de regulación (como su *Input*). En este sentido, debe pensarse principalmente en el funcionamiento de las asociaciones y los medios de comunicación masiva (§§ 26 II, III, V 2; 28 IV).

Una importante característica de un sistema político es también su tendencia al inmovilismo o al cambio y la adaptación; se trata, pues, de la capacidad y la disposición del sistema político para "procesar" una transformación de las condiciones fácticas de vida, de las necesidades y representaciones de objetivos predominantes. Tal disposición de un sistema se mide por la capacidad de las instancias reguladoras de informarse con amplitud y, en especial, de captar y considerar adecuadamente las opiniones y los intereses existentes. Desempeñan un papel, además, la disposición y la agilidad mental para admitir soluciones no convencionales y la capacidad de elaborar rápidamente una amplia selección de propuestas practicables de regulación y solución.

De estos factores depende, en gran medida, la viabilidad del sistema político que, por un lado, debe captar a tiempo "dónde le aprieta el zapato", a una porción considerable de los gobernados, en qué aspectos crece el descontento frente a los gobernantes y desaparece la voluntad de los ciudadanos a identificarse con ellos; en pocas palabras, cuándo pierde legitimidad el régimen. Por otro lado, deben hallarse para tales problemas soluciones funcionales que, según una opinión mayoritaria, mejoran a largo plazo la situación global del sistema. Es

posible promover institucionalmente la disposición a la adaptación. En este sentido, desempeña un papel central la ya mencionada retroalimentación democrática que requieren los gobernantes para tomar en cuenta las opiniones y los intereses prevalecientes. Para optimizar la capacidad del sistema para procesar problemas, es también necesario dividirlo en subsistemas dotados de suficiente capacidad de autorregulación (autonomía) respecto de cuestiones parciales (I 2). El Estado pluralista demuestra una disposición relativamente alta a la innovación, en virtud de que por su división en múltiples subsistemas y su estilo de vida, procura "mantener abierto" el proceso político e iniciar reformas cuando es necesario, si bien preservando ciertas reglas fundamentales de la convivencia y de la solución de conflictos (§ 26 II 2). Sin embargo, la validez del postulado de la adaptación tiene limitaciones, pues se encuentra en tensión frente a la necesidad de preservar los patrones de conducta existentes. Hay efectivamente un interés en que el sistema de regulación se mantenga variable y se adapte con continuidad al cambio de las condiciones externas de vida y las representaciones dominantes sobre la mejor estructura social. Sin embargo, existe también la necesidad de seguridad jurídica, de certidumbre en las bases de la disposición social, de estabilidad de las estructuras sociales de ordenación. Por tanto, debe haber una ponderación entre las necesidades antagónicas del progreso, por un lado, y la seguridad de orientación, por el otro; una tarea trascendente, y en ocasiones agobiante, pero que en todo caso no puede resolverse con criterios puramente sociológicos (§ 17 IV 2).

Luego, son de interés aquellos factores que aumentan la carga del sistema de regulación: las contradicciones extremas de intereses y opiniones; la escasa disposición de los grupos y los individuos al compromiso y a sujetarse a las reglas de juego del sistema para la solución de conflictos; la inestabilidad de la situación social, en especial, de la económica y la ideológica, y de las agrupaciones de intereses y opinión (§ 26 IV 2).

Otras características del sistema estatal resultan también del patrón de distribución de las competencias de regulación. De particular importancia es el modelo según el cual se coordinan los ámbitos de función y subsistemas estatales en un sistema de regulación uniforme (§ 9 III 3). Las competencias de regulación pueden descentralizarse en mayor o menor grado (§§ 4 I 3: 23 III) y, sobre todo, disponerse de tal modo que se equilibren y permitan un control recíproco (§ 29).

También podría destacarse, como factor de un modelo social cibernético, la dimensión de la regulación estatal, esto es, el grado de la reglamentación jurídica; de la dirección central

de la economía; de la influencia estatal sobre la opinión. Con base en la mayor o menor preponderancia de este elemento, debe ordenarse a un Estado dentro del tipo totalitario o el liberal (§ 29).

IV. Límites

No es posible una descripción exhaustiva de los procesos sociales mediante los modelos cibernéticos, porque en el acontecer social interviene siempre la libertad humana de decisión, que no tiene paralelo en los procesos mecánicos de regulación (§ 2 IV) y que introduce un significativo factor de incertidumbre en el desarrollo del acontecer social.

Lo más importante es que los conceptos cibernéticos no pueden proporcionar criterio alguno sobre la justicia de las regulaciones normativas. Todo procedimiento de regulación (tal como el procedimiento legislativo parlamentario) contiene siempre una decisión. Esta decisión plantea la cuestión de la justa regulación de los conflictos de intereses, porque el ejercicio de una competencia de decisión no debe estar determinado únicamente por los influjos sociales (fácticos), por reglas operativas (formales) y por una consecuencia inmanente al sistema. Debe ser materialmente justa, lo cual exige criterios de decisión que no pueden obtenerse exclusivamente a partir de conexiones funcionales (§ 16 II; 26 V I).

NOTAS AL CAPITULO I

^a N.T. Quizá sea preferible la traducción literal del vocablo alemán, en vez de emplear términos sólo aproximados como "paradigma", "arquetipo", etcétera.

^b N.T. El sentido literal de *überschauen* es el de "alcanzar o abarcar con la vista".

Capítulo II. La estructura fundamental de las comunidades. . 33

§ 4. La comunidad: ¿un organismo?	33
§ 5. La comunidad: ¿una estructura de relaciones?	36
§ 6. La comunidad: ¿una construcción normativa?	39
§ 7. La comunidad como estructura de conducta orientada con sentido	42

Capítulo II. La estructura fundamental de las comunidades

§ 4. La comunidad: ¿un organismo?

J. G. Fichte, *Grundlage des Naturrechts*, 1796; *F. W. Schelling*, *Ideen zu einer Philos. der Natur*, 1797, ²1803, *Einleitg.*; *id.*, *Vorlesungen über die Methode des akadem. Studiums*, 1802; *A. Müller*, *Die Elemente der Staatskunst*, 1809; *L. v. Stein*, *GsB*; *E. Kaufmann*, *Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jh.*, 1908; *P. Badura* (citado en el § 1), 87 ss., 115 ss.; *U. Häfelin* (citado en el § 37); *B. W. Nikles, J. Weiss* (eds.), *Gesellschaft*, 1975, 13 ss., 52 ss., 80 ss., 142 ss.

I. La comunidad como totalidad

El individualismo de la Ilustración consideraba que los individuos aislados y las relaciones contractuales o cuasicontractuales que se establecían entre ellos, constituían a las asociaciones humanas.

En cambio, las teorías organicistas del Romanticismo veían en las asociaciones humanas un "todo viviente". Tales asociaciones serían totalidades; serían, más que la simple suma de sus partes, portadoras de sus propios fines, de tareas morales y valores propios. Esto implicaba entonces una posición opuesta a una ética individualista que no podía concebir como sujetos de los valores morales más que a los individuos.

El enfoque totalizador se encuentra ya en la teoría del Estado de Fichte, quien piensa que en la relación básica entre el ciudadano y su Estado, es éste un todo real en el que se entrelaza la aportación de cada individuo. Fichte explicó este concepto de "un todo organizado y organizador" por medio del ejemplo de un organismo natural, como un árbol, en el que cada parte se conserva únicamente si el árbol subsiste como un todo.

Precisamente porque aquí el todo y las partes dependen entre sí, se distingue tal organismo de “un montón de arena, en el que puede ser indiferente a cada parte, si la otra es separada, pisoteada o esparcida” (1796, § 17 B IV). “En el cuerpo orgánico, cada parte sostiene continuamente al todo y, al hacerlo, se mantiene a sí misma; del mismo modo se conduce el ciudadano respecto del estado” (§ 17 Corol.).

Schelling dio vida al pensamiento totalizador organicista, particularmente en el campo de la filosofía natural. “Toda organización es... un todo; su unidad radica en sí misma, y no depende de nuestro arbitrio imaginarla como unidad o como pluralidad”. La organización es “un objeto indivisible, existente y completo por y en sí mismo” (1803). El propio Schelling aplicó también esta idea a los hechos sociales al identificar al Estado con un “organismo objetivo de la libertad” y al considerar adecuado “construir nuevamente al Estado como una organización real” (1802, 10a. Conferencia).

En general se impuso en la teoría del Estado la representación de éste como una totalidad viva. Según las palabras de Adam Müller, el Estado es la unión íntima “de toda la vida, interna y externa de una nación, en un todo grande, enérgico, infinitamente móvil y viviente” (1809, 2a. Conferencia). Debía concebirse como “un gran individuo que abarca a todos los pequeños individuos” (9a. Conferencia).

Lorenz von Stein (GsB, II 1) explicaba que la comunidad era algo personal, algo viviente, que, “como supuesto de lo personal, al que contiene y abarca, es ella misma una persona, un ser vivo”. Mejor dicho, “el Estado, el organismo personal de la voluntad general”, sería lo personal supraindividual, lo autodefiniente en la comunidad humana.

II. La conexión real supraindividual

O.v. Gierke, Genossenschaftstheorie, 1887; id., Das Wesen der menschlichen Verbände. 1902, reimp. 1962; R. Kjellén, Der Staat als Lebensform, 1917, 41921.

El problema central de una teoría organicista “realista” tendría que ser el referente a los hechos verdaderos que crean la conexión supraindividual. En la época posterior se confirmó en ocasiones a esta conexión trascendente un carácter síquico, y en otras, uno biológico.

Era lo más natural concebir a la comunidad como una asociación de voluntades. Así, Otto von Gierke consideraba a la “vida humana en común como una existencia de orden supe-

rior.. en la que se integra la existencia individual” (1962, 13). “La comunidad es un todo, a la que le es inherente una unidad real” (p. 14). Gierke sostuvo que el “todo social, tanto como el organismo individual, es un ser vivo” y clasificó “a los seres comunes (*Gemeinwesen*), junto con los seres individuales, bajo el concepto genérico de los seres vivos” (p. 18).

En última instancia, el substrato real de la unidad residiría en un hecho síquico transpersonal. “Nos sentimos como un mismo (*ein Selbst*) cerrado en sí, pero también nos sentimos parte de un todo viviente que actúa en nosotros”. Existen:

conexiones síquicas que llegan hasta nuestro interior más profundo y que forman parte integrante de nuestro ser espiritual... Nos hacemos conscientes de que vivimos una vida comunitaria. Si de nuestra experiencia interna derivamos la certeza de la realidad de nuestro yo, tal certeza no solamente abarca nuestra conciencia de ser unidades vitales individuales, sino también la de ser unidades parciales de otras unidades vitales superiores.

Existen, por tanto, unidades vitales superiores, capaces de poseer y exteriorizar una voluntad supraindividual, como por ejemplo, la voluntad popular, el espíritu de cuerpo o el de familia (p. 24 ss.). Tal es el fundamento de la doctrina de la capacidad jurídica y de acción de las personas colectivas reales (§ 13 I 2).

Otras teorías pretenden situar íntegramente en un hecho biológico el sustrato real del Estado, de tal manera que los Estados son también organismos vivos en sentido biológico. Este ingenuo pensamiento organicista era común, principalmente, entre los representantes de la geopolítica. Así opinaba Kjellén que los Estados eran “seres sensibles y racionales — igual que los hombres” (1924, 32). El Estado era una “revelación biológica”, “un ser vivo” sometido “a la ley de la vida” (p. 35 s.)

Resulta obvia la objeción que podemos hacer a las ingenuas teorías organicistas: es perfectamente claro que los individuos, considerados como miembros de este organismo, no se hallan físicamente relacionados entre sí. Pero también las teorías que hablan de “conexiones síquicas” transpersonales abandonan el terreno seguro del simple análisis de los fenómenos, pues sin reflexión crítica atribuyen voluntad y conciencia vivas a las comunidades como tales, cuando se trata de un hecho que sólo es directamente comprensible en el individuo. Sin embargo, tal atribución, que es inverificable, no posee valor cognoscitivo alguno y constituye una distorsión de la realidad empírica.

III. El organismo natural como simple modelo

H. Spencer, *Principles of Sociology*, 1855. ²1877/1896, §§ 212 ss., 268 ss.;
A. Schäffle, *Bau und leben des sozialen Körpers*, 1875/78, ²1896, t. I, 18 ss.

No están expuestas a esta rigurosa objeción las doctrinas que toman conscientemente al organismo individual sólo como imagen, como modelo gráfico o como hipótesis de trabajo, es decir, como medio auxiliar heurístico, para después investigar las verdaderas estructuras de la sociedad. Así, por ejemplo, el sociólogo Albert Schäffle empleó la imagen del organismo para describir plásticamente los procesos y estructuras sociales. Herbert Spencer mostró ciertas similitudes en la estructura de los organismos y las sociedades, puesto que en ambos casos hay una división del trabajo y, consecuentemente, una especialización funcional de las partes; existe una dependencia recíproca y una influencia potencial de fenómenos internos o externos sobre el todo. La comparación puede ampliarse: en ambos casos existen sistemas de comunicación y dirección y la conexión estructural, "estructura de papeles", subsiste aun cuando se cambien (allá) células o (aquí) hombres. Incluso es concebible la proyección, hacia las comunidades, del principio de la selección natural de Darwin (darwinismo social), pero en todo caso sólo como hipótesis de trabajo.

Sin embargo, la utilidad heurística de tales analogías, es reducida, ya que, por otro lado, encubren el peligro de que meras representaciones modelo sean ocasionalmente aceptadas como enunciados fácticos. El pensamiento analógico puede conducirnos a deducir conclusiones precipitadas, sin pruebas suficientes que las apoyen, sobre la existencia de otras similitudes que en realidad no hay, a partir de ciertas propiedades comunes.

§ 5. La comunidad: ¿una estructura de relaciones?

G. Simmel, *Soziologie*, 1908, ⁴1958; M. Weber *WuG*, 1 ss.; L. V. Wiese, *Allgemeine Soziologie*, 1924/29, ⁴1966; *Nawasky*, I, 14 ss., 39 ss., 88 ss.

Frente a aquellas doctrinas organicistas que pretendían descubrir una realidad supraindividual en las asociaciones, la sociología relacional (*Beziehungssoziologie*) adopta una posición crítica opuesta, y descompone a las comunidades en individuos y en un haz de relaciones interpersonales.

Es incontestable que la comunidad no es la simple suma de hombres aislados, uno junto al otro, pero ¿qué es lo que transforma a una pluralidad en una comunidad? Simmel responde que se trata de la interacción, es decir, porque unos actúan para, con y contra otros. De este modo, se ejerce influencia sobre los demás y se recibe el influjo de otros. Cada instante nos encuentra inmersos en las relaciones con seres humanos (1958, 26). Uno habla, es escuchado, recibe una respuesta; se canta y ríe con otros; uno vende y transmite una cosa a otro, que la compra, la recibe a cambio, y cubre el precio de venta. Así, la comunidad se constituye por la cooperación y las interacciones.

Por tanto, para Simmel la sociología era "la ciencia de las formas de relación de los hombres entre sí". "La sociedad consiste en las interacciones de los individuos, interacciones que resultan de ciertos instintos o se inician con arreglo a determinados fines" (1958, 4). La sociedad es el complejo de individuos asociados y la suma de sus formas sociales de relación. Los procesos de interacción poseen un componente síquico en la conciencia de formar una unidad con los otros (p. 33 s.). En esta medida, encierran los lazos sociales un carácter síquico (p. 13), tienen entonces su asiento en la conciencia de los individuos. Este hecho básico no se anula por las tipificaciones y las generalizaciones, es decir, no cambia por el hecho de que nosotros "no veamos simplemente en el otro al individuo, sino al colega, al camarada o al correligionario" (p. 25), y tampoco porque sepamos que somos un miembro de la sociedad cuyo proceso vital se entrelaza dependientemente en esa vecindad de uno junto a otro (p. 27). Si bien la socialización nos influye síquicamente, tal cosa no justifica todavía la suposición de un espíritu colectivo transpersonal (pp. 422 s., 425).

Al igual que Simmel, la doctrina relacional de Leopold von Wiese tampoco encuentra en la sociedad una sustancia supra o interindividual. La esfera de lo interpersonal no "pertenece al mundo corpóreo, pero mucho menos constituye la totalidad o una parte del ámbito psicológico" (1966, 102) ¿Qué distingue entonces a una comunidad de la suma de los individuos aislados? No se trata de una conexión sustancial entre los individuos, sino de una funcional, evolutiva. En realidad, es simplemente el "hecho" de que en la comunidad se desenvuelven procesos sociales entre los individuos. Así, una comunidad consiste en un acontecer, en procesos, en una estructura de relaciones que, sólo en forma simplificadora, convertimos en substancia (p. 104 s.).

Lo anterior se relaciona con la afirmación de Max Weber, en el sentido de que, para la sociología comprensiva, las forma-

ciones sociales como los Estados y las sociedades anónimas, no son "otra cosa que desarrollos y entrelazamientos de acciones específicas de personas individuales, ya que tan sólo éstas pueden ser sujetos de una acción orientada por su sentido". Para la sociología no existe.

una "personalidad colectiva" en acción. Cuando habla del Estado, de la "nación", de la sociedad anónima, de la "familia", de un cuerpo militar o de cualquier otra formación semejante, se refiere únicamente al desarrollo, en una forma determinada, de la acción de unos cuantos individuos, bien sea real o construida como posible (WuG, 6: ES, 12).

Dos hechos asumen una función central en la constitución de dicha estructura social de la conducta: la orientación con sentido de la conducta y la probabilidad de que ésta se produzca. Esto significa que: La acción humana se distingue de otros acontecimientos en que es motivada por contenidos significativos comprensibles y en que se orienta por ellos en su desenvolvimiento. Por tanto, la función de la sociología consiste en comprender la acción social en su orientación con sentido y de esa manera, explicarla causalmente en su desarrollo y efectos (WuG 1: ES, 5). Los contenidos significativos, las representaciones, son las que coordinan la acción individual de los diversos hombres en un acontecer social. Las imágenes-guía que elaboramos sobre las comunidades cumplen una función de coordinación no menos importante. Mediante dichas "representaciones de algo que en parte existe y en parte se presenta como un deber en la mente de los hombres concretos" se orienta su acción, y estas representaciones poseen una "poderosa, a menudo dominante significación causal en el desarrollo de la conducta humana concreta".

Un Estado moderno — como complejo de una específica actuación humana *en común* subsiste en parte muy considerable de esta forma: porque determinados hombres orientan su acción por la *representación* de que aquél *debe existir* o exista de tal o cual forma (WuG 7; ES. 13).

Las comunidades como los Estados, las iglesias, las corporaciones, existen solamente cuando existe también, *de facto*, la probabilidad de una coordinación, orientada con sentido, de la acción. Las formaciones sociales consisten "sola y exclusivamente... en la probabilidad de que una forma determinada de conducta social, de carácter recíproco por su sentido, haya existido, exista o pueda existir" (WuG, 13; ES 22). Pero las co-

munidades no pueden reducirse a cualesquiera sustancias; su "existencia significa únicamente que se actúe de cierta manera con arreglo a un sentido *determinable en su término medio*, y nada más" (WuG, 14; ES, 23). "Un Estado deja, pues, de existir sociológicamente en cuanto desaparece la *probabilidad* de que ocurran determinadas acciones sociales con sentido" (WuG, 13; ES, 22).

§ 6. La comunidad: ¿una construcción normativa?

H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922, ²1928; *id.*, AStL, 13 ss.; *id.*, *Der Staat als Integration*, 1930; *id.*, RR; N. Achterberg *et al.*, *Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, 1978.

El intento de las teorías organicistas de identificar la sustancia supraindividual, síquica o biológica, de la comunidad, había fracasado; pero también la posición crítica contraria de la sociología relacional sigue siendo insatisfactoria, porque no deja nada común, nada de lo que pueda participar, como de algo idéntico, una mayoría de seres humanos. En los simples procesos síquicos que tienen lugar en las mentes de los individuos no puede encontrarse todavía la unidad que los abarque, así como tampoco en el hecho de que estos individuos puedan tener conciencia de su comunidad (Kelsen 1928, 15 ss.).

¿Qué puede ser idéntico para un conjunto de hombres, si no lo es una conexión real y tampoco un proceso mental individual? Según la concepción de Kelsen, lo será un orden normativo objetivo. Si se califica de comunidad a la sociedad, entonces "lo común a esos hombres es esencialmente el orden regulador de la acción recíproca de los mismos" (RR, 90; TPD, 101).

Así pues, Kelsen distingue entre procesos mentales y contenidos significativos objetivos. Los actos síquicos del pensar y el sentir no son directamente accesibles a los demás, pero los contenidos significativos comprendidos en ellos bien pueden comunicarse a otros y ser posesión común de varios hombres; así, por ejemplo, un teorema matemático, una ley lógica o un mandato ético o jurídico. De ahí que dichos contenidos significativos objetivos sean una posible base idéntica para la orientación común y, por tanto, para el surgimiento de la estructura de conducta que denominamos comunidad.

Únicamente porque nos orientamos por unas y las mismas disposiciones de vialidad, se origina la estructura de un tránsito ordenado. El sentido comunicable de las normas del derecho civil constituye la base objetiva para la realización de la estruc-

tura de conducta de los contratos de compraventa, las relaciones de servicio, los contratos laborales y, en general, de una comunidad jurídica civil. La razón de que en un proceso civil todos los participantes colaboren para configurar una comunidad procesal, es que se sujetan al orden normativo del derecho procesal civil y que coordinan entre sí sus actos conforme a este ordenamiento. Es como en un concierto, que se realiza cuando todos los músicos se orientan por un plan de ordenación objetivo situado frente a ellos en la partitura.

Son entonces las normas, un complejo normativo, las que organizan a los individuos en una comunidad jurídica. Una determinada comunidad "está constituida por un orden normativo regulador del comportamiento recíproco de una multitud de seres humanos..." "Todos ellos configuran una comunidad jurídica, en tanto y en cuanto sus interacciones están reguladas por uno y el mismo orden jurídico" (RR, 90; TPD, 100 y 101). Según la concepción de Kelsen, la comunidad consiste precisamente en "el orden normativo que regula el comportamiento de una multiplicidad de individuos... Pero orden y comunidad no son dos objetos distintos. La comunidad formada por individuos — es decir, lo que esos individuos tienen en común — se reduce solamente al orden que regula sus comportamientos" (RR, 154; TPD, 161). Asimismo, la comunidad estatal, "sólo puede constituirse mediante un orden normativo", es decir, mediante el orden jurídico estatal (RR, 290; TPD, 292). Así pues, el Estado es, en esencia, un orden normativo y posee como tal una realidad espiritual, ideal (Kelsen 1930, 11). Trasladada al concierto, tal idea expresaría que lo verdaderamente constitutivo en el concierto es la composición, es decir, el orden de los sonidos, asentados en la partitura y, más aún, que el concierto consiste exclusivamente en la composición.

Así, la comunidad estatal se constituye por un orden normativo específico, a saber, el orden jurídico estatal, a cuyos caracteres esenciales pertenece su estructura jerárquica. Esto significa que el orden jurídico está compuesto por normas de diversa jerarquía y que las normas inferiores fundan su validez en las correspondientes normas superiores (construcción escalonada del orden jurídico). No obstante, la regresión a la inmediata norma superior no puede prolongarse hasta el infinito, sino que debe culminar en una norma última, suprema, que por su parte no puede ser puesta, sino supuesta. Esta norma establece que debe uno conducirse como lo dispone la Constitución y el derecho creado o vigente conforme a ella. Kelsen llama norma fundamental o fundante (RR, 203 ss.; TPD, 205 ss.) a esta norma supuesta y suprema de un orden jurídico, ya que

fundamenta la unidad del orden jurídico estatal y, consecuentemente, la unidad del propio Estado: "Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo" (RR, 197 y sim. 32; TPD, 202). "Puesto que la norma fundante básica es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas" (RR, 209; TPD, 214).

Sin embargo, la poderosa existencia de un Estado no puede remitirse exclusivamente a una conexión lógico-normativa de fundamentación, así como tampoco puede obtenerse de algún contenido significativo de las normas. No se trata de una cuestión relativa al contenido de significación y su justificación, sino de la eficacia de las normas. Sólo la eficacia fáctica, esto quiere decir, el "hecho" de su realización continuada y la probabilidad permanente de su aplicación, confiere a un orden normativo su función constitutiva de la comunidad. Tan cierto es que existe una diferencia entre la composición como "esquema de ordenación" musical y el concierto interpretado, como lo es que un orden normativo, abstracto, en tanto que esquema ordenador "puro", no conforma todavía a la comunidad jurídica sino solamente el orden normativo que se cumple y es eficaz.

Así, la Teoría Pura del Derecho se vio en la necesidad de incorporar a la eficacia sociológica en el derecho, porque es innegable "que un orden jurídico, como un todo, así como una norma aislada, pierden su validez cuando dejan de ser eficaces"; solamente puede hablarse de un orden jurídico o constitucional vigentes cuando sus normas "son aplicadas y acatadas en términos generales" (RR, 216, 214; TPD, 221, 219).

Pero con ello se introduce en el campo visual un elemento enteramente nuevo, con el cual en realidad se abandona la teoría puramente normativa: el hecho de que los mismos miembros de la comunidad jurídica realizan e imponen el orden normativo. La comunidad estatal se constituye por la realización continua de los contenidos significativos normativos. Si bien éstos son solamente un momento del Estado viviente, el normativismo puro comete, no obstante, el error de arrancar este elemento, aislarlo, tomarlo para sí. El Estado es más que un orden normativo abstracto; es también la realidad social en la que los hombres dan eficiencia a aquellas normas mediante su cumplimiento vital. Con tal conocimiento, empero, hemos abandonado ya el terreno de una doctrina "pura" del derecho y la teoría de una realidad meramente ideal del Estado.

§ 7. La comunidad como estructura de conducta orientada con sentido

I. Conducta guiada por normas

Sobre 1. § 1 IV; *J.G. Herder*, *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit*, 1784, 91; *Smend StA*, 119 ss. (Constitución y derecho constitucional), 475 ss., 482 ss.; *N. Hartmann*, *Hegel*, 1929, *Heller StL*, 41 ss., 83 ss., 184s.; *Schindler VerFR*; *R. Bäumlín Staat, Recht und Geschichte*, 1961, 16 ss.; *D Suhr*, *Bewusstseinsverfassung und Gesellschaftsverfassung*, 1975.

Sobre 2: bibliografía del § 3.

1. El planteamiento dialéctico. Las reflexiones anteriores nos inducen a evitar tanto las deficiencias de una simple sociología relacional, como las de un normativismo puro:

Las comunidades se originan cuando un conjunto de seres humanos orienta y coordina su comportamiento conforme a pautas de conducta comunicables ("trans-subjetivas", "objetivas"). De manera similar a un concierto en el que los músicos armonizan entre sí su conducta de acuerdo con el "esquema ordenador objetivo" de la composición, así también la estructura de comportamiento de otras comunidades se constituye de esta forma: porque los hombres guían su acción por unos y los mismos modelos ("normativos") de orientación. El elemento unificador no reside entonces en hechos síquicos, ya que éstos son siempre muy personales, no son accesibles directamente a otras personas y, por tanto, no pueden servir a varios hombres como hilo conductor común (idéntico) de la acción. Pongamos en claro el estado de cosas: de los procesos síquicos deben distinguirse los contenidos significativos comunicables que pueden ser idéntico contenido de diversos procesos de la conciencia; diversas personas no son capaces de efectuar uno y el mismo proceso mental, pero sí pueden comprender uno y el mismo mandato ético o jurídico y guiarse por él. de manera semejante a como pueden entender uno y el mismo teorema matemático (Zippelius RPh § 5 II).

Por otro lado, no es posible identificar sencillamente a las comunidades con los órdenes normativos "objetivos" que regulan la conducta social. La estructura de conducta de una comunidad se origina una vez que las normas "objetivas" que coordinan el comportamiento son realmente cumplidas, acatadas y aplicadas; en pocas palabras, la comunidad surge como una estructura de conducta orientada con sentido.

El conocimiento de la dialéctica entre sentido y su realización subyace también en la doctrina de la integración de Rudolf Smend. Al lado de expresiones oscuras y sicologizantes so-

bre una "estructura única de las experiencias de los sentidos" y de una "experiencia total" (StA, 126, 132), se afirma instructivamente, por ejemplo, que los "individuos, la comunidad, la conexión objetiva de sentido, no deben comprenderse como elementos, factores, sujetos u objetos aislados de la vida espiritual... sino solamente como momentos de un orden dialéctico conjunto" (StA, 126, 139). Luego, el Estado

no es un todo estático del que provengan diversos signos vitales, leyes, actos diplomáticos, sentencias, actos administrativos, sino que únicamente existe en estas manifestaciones en la medida que son acciones de una conexión espiritual total,

y en la renovación y perfeccionamiento de esta conexión (StA, 136).

También las relaciones comunitarias, culturales y étnicas de igual modo que las estatales, se constituyen en la combinación de contenidos significativos y su actualización (*cfr.*, también § 11 II 4), porque el individuo nace y crece en una comunidad cultural determinada. Se desarrolla en ese mundo intelectual de cuyos elementos se apropia desde pequeño ("aculturación"), empezando por la lengua que aprende a hablar. Herder había descrito ya, en lo esencial, este estado de cosas (1784/91, libro 9 III). Igual idea subyace, si bien envuelta en una metafísica de la razón, en la doctrina de Hegel sobre el "espíritu objetivo". Como tal deseaba él representar aquellos poderes espirituales que viven en un pueblo y lo dominan. Dejando de lado su interpretación filosófica, subsiste el simple hecho de que el individuo se encuentra en un medio espiritual que se manifiesta ante él en las representaciones religiosas y morales predominantes; en las imágenes-guía políticas y en las concepciones prevalecientes sobre el derecho; en la costumbre, en la lengua, en el saber y los estilos artísticos de su época y su entorno. Este conjunto de contenidos conceptuales "objetivos" y transmisibles, impregnan el pensamiento y el sentir de los individuos, a la vez que guían su acción (§§ 1 III; 28 IV 1, 2), y sin él, sus cortas vidas serían un ir y venir ahistóricos. Ese conjunto es el verdadero portador y mediador de la historia de la humanidad, lo que diferencia a la sucesión de las generaciones humanas de las animales (Harmann 1929, 300 ss.).

El derecho, la moral, el *ethos* social, todo ello adquiere existencia en el saber, la voluntad y la acción del hombre. Por tanto, existe una interrelación de aquellos contenidos significativos objetivos y la participación vital, realizadora y creadora del individuo en ellos (Zippelius RPh, §§ 5 II; 6 III 2). La comunidad existe en su realización permanente.

2. El planteamiento de la teoría de sistemas. La propuesta de comprender a la comunidad como un sistema de estructuras de acción, entrelazadas en forma múltiple, descansa sobre ideas emparentadas. Como en la sociología relacional, las unidades fundamentales de estos sistemas sociales son los individuos en acción (Parsons 1973, 52), entre los cuales se desarrollan modelos de relación, más o menos estables (como por ejemplo los "familiares"). Los individuos participan en estas formas de relación desempeñando determinados "papeles" (aquí, el de padre de familia, allá el de miembro del consejo comunitario, etcétera). En su conjunto, estos modelos de relación producen la estructura del sistema social (*loc. cit.*, 54 s.).

Un factor clave al respecto es también la posible orientación normativa y, consecuentemente, la condicionalidad cultural, de la acción humana. A lo largo de un proceso de socialización, el individuo adopta los patrones de conducta de su grupo, que se le presentan como modelo de expectativa del comportamiento correcto en esa comunidad. Los patrones de conducta institucionalizados comprenden al individuo en sus distintos papeles, integrándolo así en los diferentes subsistemas de una comunidad. En este sentido realizan una importante labor de selección, ya que de las múltiples alternativas de conducta factibles, eligen aquellas compatibles precisamente con las necesidades y tolerancias del modelo estructural de la sociedad en cuestión (*loc. cit.*, 52 s., 55 s.).

II. Orientación con sentido como conditio humana

§§ I II 2. III: 5; 28 III 1. IV 1: *E. Durkheim*. Die elementaren Formen des religiösen Lebens. (fr. 1912) al. 1981; *M. Weber*. Ges Aufsätze zur Religionssoziologie, 3 t., 1920-21. nueva ed. 1971; *A. Gehlen*, Der Mensch, 1940, 101974. caps. 3 ss., 9; *G. Lenski*, Religion und Realität. (ingl. 1961. 21963) al. 1967; *L.v. Bertalanffy*,... aber vom Menschen wissen wir nichts, (ingl. 1967) al. 1970, 44 ss.; *A. Gehlen*. Moral und Hypermoral, 1969, 31973. cap. 7; *H. Plessner*. Die Frage nach der conditio humana. 1976; *K.D. Bracher*. Schlüsselwörter der Geschichte. 1978; *E.E. Lau*, Interaktion und Institution. 1978; *K. Löw*. Warum Fasziniert der Kommunismus? 1980. 58 ss., 141 ss.; *Zippelius* GuR. cap. 6d.

A través de la moderna sociología antropológica, la problemática de la orientación con sentido de la conducta humana experimenta una fructífera profundización.

El comportamiento social, como sucede con toda conducta humana, no es suficiente y confiablemente regulado por los instintos, debido a lo cual deben crearse artificialmente patrones de comportamiento que permitan a los hombres controlar

sus acciones mutuamente, en forma socialmente tolerable, previsible y segura. Surgidas apenas en el curso del desarrollo cultural, las "instituciones", es decir, los órdenes normativos de la conducta para los ámbitos de vida más diversos, complementan el código genético, para configurar los patrones de conducta de las sociedades complejas; únicamente las órdenes de la conducta pueden crear la certeza de orientación que es imprescindible para una convivencia estable. Sin aquélla no hay estabilidad social, y su carencia perturba psicológicamente a los individuos.

A la necesidad básica de la regulación normativa, en especial de la jurídica, del comportamiento social, se suma la necesidad, ya tratada, de orientarse mentalmente en un mundo complejo. Requerimos esquemas conceptuales con los que podamos "comprender" el mundo, para ajustar nuestra conducta conforme a esta comprensión (§§ 1 II 2; 28 IV 1). No solamente nos formamos representaciones de las relaciones causales en la naturaleza, sino también de las conexiones regulares en el desarrollo de los procesos histórico-políticos; así, por ejemplo, según el modelo hegeliano de una autorrealización de la razón, o el modelo marxista del materialismo histórico.

Las religiones proporcionan habitualmente una amplia orientación hacia el mundo. En ello advirtió Durkheim (1981, 27 s., 560 s., 573 ss.) una función esencial de las cosmovisiones religiosas. El orden estatal, y otras instituciones jurídicas y sociales, ocupan también un sitio en tales "cosmovisiones", desde los monarcas por la gracia divina, hasta la responsabilidad cristiana del padre de familia. La moderna y secularizada "religión" del mundo marxista lleva todavía a cabo la integración ideológica de las instituciones, desde los ritos de iniciación de la juventud hasta el "magisterio" de las instancias supremas del partido, que determinan la línea general de la política según las leyes del materialismo dialéctico.

Tales esquemas de explicación e interpretación no sólo contribuyen a la comprensión del mundo, sino que al mismo tiempo forman "imágenes-guía" por las cuales se orienta la acción. De esta manera pueden codeterminar, en particular, la estructura social y el desarrollo económico. Así describió Max Weber la influencia de la ética protestante sobre el espíritu y la práctica del capitalismo, en especial, de las ideas puritanas respecto de la disciplina cristiana, la honradez, la frugalidad, la laboriosidad, la búsqueda del éxito, en el que el individuo veía una confirmación de su agrado ante Dios. Otro ejemplo de un patrón de pensamiento normativo, es la concepción hindú de

las castas, que ha retrasado en la India la adaptación de las estructuras sociales a las condiciones de la era industrial. Más aún, todo el proceso político y social se desarrolla de manera diversa bajo el paradigma del orden de vida hindú, que bajo el de una sociedad pluralista de competencia, fuertemente orientada hacia lo económico; y es distinto bajo la imagen-guía de la democracia liberal y pluralista que bajo el esquema marxista de un acontecer regular que obedece a los principios del materialismo histórico.

En tanto que orientaciones de significado y de comportamiento, las "cosmovisiones" constituyen poderosos factores de integración. Las imágenes religiosas fueron, en términos históricos, las primeras en proporcionar una orientación amplia hacia el mundo, facilitando, cuando no hacían efectiva la integración de los hombres en mayores unidades de organización, en las que podía desenvolverse entonces una civilización superior. Es en este sentido que la religiosidad del hombre, o expresado con mayor cautela, su capacidad para crear "cosmovisiones", se relaciona en general con el ascenso cultural de la humanidad.

La elemental necesidad de orientación, comprensión y comunicación, emplea, con predilección, representaciones altamente simplificadoras, que parecen ejercer una singular fascinación cuando logran reducir a una fórmula sencilla el acontecer del mundo, ya sea que lo presenten como hecho de salvación ("cristianización del mundo", "expansión del Islam"), como una contienda por los mercados mundiales y las materias primas o una lucha social-darwinista y racial por la existencia y la hegemonía.

La sociedad pluralista "abierta" ve con escepticismo tales fórmulas dogmáticas, ya que todos los esfuerzos por expresar el acontecer del mundo mediante conceptos de la mayor simplicidad posible, no tienen en ella más validez que la de meros intentos intelectuales, susceptibles, en todo momento, de crítica, rectificación y, en especial, de complementación por medio de otros aspectos (§ 28 IV 1). Sin embargo, aún donde la opinión pública se forma en un proceso "abierto", se intenta una y otra vez comprender a la actualidad sociopolítica y los desarrollos históricos con el apoyo de modelos de pensamiento tan elementales como sea posible, y se procura hallar soluciones a los problemas con ayuda de figuras de pensamiento simples. Estas también pueden guiar la acción política, y, sobre todo, ejercer un amplio efecto sugestivo sobre la masa y sus representantes intelectuales. Dichas figuras, con las cuales se argumenta y se motiva, bien pueden proclamar: "eliminación de la sociedad

de clases"; "superación de las estructuras autoritarias por medio del principio del consenso, de la cooperación libre e igual de todos", o "protección al medio ambiente y mejor nivel de vida".

III. La disolución de la certeza de orientación tradicional

Sobre 2: *Zippelius* RPh. § II. III.

Sobre 3: *F. Tönnies*. Comunidad y sociedad, (al. 1887, 81935) esp. 1947;

E. Durkheim. *Über die Teilung der sozialen Arbeit*, (fr. 1893) al. 1977. I

cap. 6; *Zippelius*, *GuR*, cap. 15.

La función de la certeza de orientación, ideológica y ética, resulta particularmente notoria cuando tal certeza se pierde, es decir, en épocas de incertidumbre ideológica, ética y jurídica. El quebrantamiento de las orientaciones e instituciones tradicionales, e incluso su rápida transformación, conduce frecuentemente a la inseguridad e irritabilidad, a una liberación de lo "caótico en el hombre", cuyos impulsos no son suficientemente regulados por los instintos.

1. **La disolución de las cosmovisiones integradoras.** Hoy día, una de las razones de la inseguridad reside en la pérdida de la unidad de la imagen del mundo, y no menos, en la carencia de una religión comunitaria que, juntamente con sus normas morales, perteneció alguna vez a los "supuestos" no cuestionados de un ámbito cultural.

Muchos consideran necesaria una amplia orientación autoritativa de la conducta: "Cuando no existe ninguna autoridad en materia de religión o en materia política, los hombres se asustan pronto ante el aspecto de una independencia sin límites. La perpetua agitación de las cosas, los inquieta y fatiga... Yo dudo que el hombre pudiera alguna vez soportar una completa independencia religiosa y una entera libertad política", escribió Tocqueville (DA, II 1, Caps. 2, 5), opinión que ha guiado siempre a la acción política. Cuando Constantino el Grande se esforzaba por evitar, en el concilio de Nicea, un cisma dentro de la religión cristiana, difícilmente el fervor religioso movía al emperador, todavía no bautizado, sino más bien un cálculo político. Más tarde, la salvaguardia de la unidad del credo constituía no solamente el programa religioso, sino también político, de la Edad Media cristiana. Cuando el conflicto confesional estalló en una serie de guerras civiles a fines de esta época, y a razón de su preocupación por el orden y la paz jurídica, recomendaba Thomas Hobbes que por razones de Estado se orientaran las opiniones y que las controversias en materia de

religión se resolvieran con autoridad (§ 28 I). Aparte de la determinación central de los principales dogmas, existen otros medios para asegurar, en una sociedad determinada, el monopolio de una concepción del mundo y para eliminar o hacer inofensiva toda desviación: la liquidación de las cosmovisiones concurrentes o su reforma (ejemplo de ello es la cristianización de las costumbres religiosas paganas) y, en algunas ocasiones, el confinamiento de las minorías ideológicas en un *ghetto*.

En este punto se muestra el reverso de la certeza de orientación ideológica: la fuerza de integración y la función estabilizadora tienen como precio la intolerancia hacia aquellos miembros de la comunidad que piensan en forma distinta. A esto se agrega la fuerza explosiva de la propia certeza ideológica, porque el enfrentamiento de cosmovisiones diversas que no toleran otras alternativas, encierra un considerable potencial de conflicto. Ningún conflicto armado o guerra civil en la historia de la humanidad ha sido más despiadado que una guerra por motivos de ideología o religión. Los mundos de símbolos también despliegan una gran fuerza de integración en el odio y, en vista de los conflictos que se gestan en las preconcepciones ideológicas, una de las principales condiciones para la pacificación del mundo es que la propia certidumbre ceda ante la comprobación crítica. Bajo este aspecto, el sitio de la propia seguridad ideológica debería ocuparlo la conciencia de que toda representación que pretenda comprender al mundo es un mero ensayo del esfuerzo cognoscitivo, que es por principio susceptible de crítica y que solamente puede aspirar a una validez parcial.

Desde este punto de vista, las cosmovisiones resultan, a la vez, indispensables y superables.

Por tanto, son ambivalentes la "unidad de la imagen del mundo" y la propia certeza ideológica en una comunidad, porque, si bien constituyen un significativo factor de integración y su desaparición origina a menudo una profunda inseguridad, apenas soportable para muchos (§ 28 I), inducen, por otro lado, a la intolerancia frente a los miembros del grupo que expresan una opinión diversa, y a conflictos con otras comunidades que piensan en forma distinta. Por tanto, existe una conexión entre la tolerancia, la inseguridad y la conciencia de la necesidad de revisar el pensamiento propio.

2. La creación de certeza de orientación en la "sociedad abierta". Cuando desaparecen la evidencia y la certidumbre de una orientación, ideológicamente fundada, de la conducta, el orden del comportamiento deberá sustentarse en bases distintas:

Una propuesta de solución se remonta a Thomas Hobbes: si el entendimiento no garantiza un orden seguro y pacífico de la convivencia humana, deberá crearlo una decisión dotada de autoridad (§ 17 II). La sustitución del derecho natural por un derecho "positivo", creado en un procedimiento legislativo estatal, fue la consecución histórica de esta idea: las pautas de conducta son establecidas mediante una decisión, sobre la base de ciertas competencias. En cierto sentido, se produce una "legitimación a través del procedimiento" (N. Luhmann), en lugar de una legitimación por pretendidas "verdades" (§ 16 II). Sin embargo, la "producción de certeza de orientación" en la sociedad pluralista no puede atribuirse únicamente a las competencias y a los procedimientos, sino que el contenido de las decisiones a tomar en los procedimientos, debe orientarse por la posibilidad de encontrar un consenso en el sector mayoritario de una comunidad jurídica (§ 28 III 2).

Aquí cabe mencionar la segunda respuesta dada al dilema planteado: si nadie puede pretender la posesión de las soluciones absolutamente correctas a las cuestiones del orden social, entonces la convicción de lo justo (*Richtigkeitsüberzeugung*) de cada hombre tiene, por principio, igual validez. En el ámbito del derecho, conduce esta idea a una pretensión de la participación de todos en una libre competencia de las convicciones, aun en cuestiones del derecho y la política, y a la idea de que el consenso más amplio posible es la base de legitimación para el problema del orden comunitario correcto (§§ 28 II 1); 16 I 3).

En la idea de la representación democrática se conjugan ambas respuestas: tanto la creación de pautas de conducta obligatorias mediante competencias y procedimientos, como la vinculación a la base del mayor consenso posible. A través de decisiones y procedimientos estatales, complicados y formalistas, se busca crear en este sistema, sobre un consenso, aquellas normas de conducta que requiere una comunidad para mantenerse en funcionamiento.

Si bien por este camino es factible establecer un orden confiable de la conducta, no satisface del todo la necesidad de certeza de orientación ideológica, pues esta necesidad es de mayor alcance. La solución humanamente más digna a este dilema, el considerar el punto de vista propio sólo como un resultado provisional del esfuerzo cognoscitivo y el respeto por los puntos de vista contrario, es evidentemente demasiado pedir para muchos. El persistente fanatismo ideológico de muchos hombres, y el consiguiente surgimiento de la intolerancia, demuestran que el conformarse con la provisionalidad de la propia imagen del mundo, la aceptación de otras cosmovisiones, la re-

nuncia a una "certeza" ideológica definitiva. resultan una pesada carga para muchos (§ 28 I). Asimismo, cabría considerar la posibilidad de adormecer en una parte de la humanidad la necesidad de orientación ideológica a través del "esparcimiento" de alguna actividad o entretenimiento superficiales. Pero tampoco se sabe si la mente humana resistiría a la larga semejante *Brave New World* (A. Huxley, 1932). Los movimientos religiosos de renovación, surgidos en los tiempos más recientes con violencia (e intolerancia), ponen de manifiesto que hay algo en el hombre que en su ser más profundo se rebela contra este desarrollo.

3. La disolución de las comunidades de vida integradoras. No solamente se destruye la certeza de orientación ideológica, sino también las "ataduras" normativas, con sentido, a una sólida estructura institucional. Este proceso afecta, sobre todo, a los órdenes de vida más reducidos que "resguardan" al individuo, dirigiendo y controlando su conducta, como alguna vez lo hiciera la familia grande o, por ejemplo, el gremio artesanal o también la comunidad rural, que era a un mismo tiempo comunidad eclesial y festiva, instancia moral, cuerpo de bomberos y encargada del cuidado de los pobres. Hoy día, las familias nucleares aisladas, con madres que a menudo trabajan, las "máquinas-habitación" de las grandes urbes o la masificación universitaria, ya no permiten, o sólo en una medida muy limitada, el nacimiento de una intimidad en la familia, en la vecindad o en el círculo estudiantil. Y éstos no son más que unos cuantos ejemplos del desarraigo que contribuye a la desorientación.

Henry S. Maine, Ferdinand Tönnies (1887) y Emile Durkheim (1893) describieron (mediante conceptos algo divergentes y enfocando diferentes estadios evolutivos) esta transformación de las comunidades "originarias", que controlan y vinculan en múltiples formas a los individuos, en una sociedad altamente organizada, con mayor división del trabajo, y complejidad: los ámbitos de la familia, el trabajo, la ocupación del tiempo libre, el compromiso religioso y sociopolítico, ámbitos que en un principio se hallaban próximos y se entrecruzaban múltiplemente, ahora se distancian funcional y espacialmente, y abarcan selectivamente al individuo en sus diversos "papeles". En vez de una vinculación estrecha con un ámbito de vida abaricable, con sus modelos y controles integradores de la conducta, tiene una multiplicidad de compromisos parciales, con frecuencia meramente utilitarios, en distintas esferas de la sociedad. Tales compromisos se disuelven con mayor facilidad, lo que aumenta la movilidad, pero también el exilio emocional e institucional.

El retorno al antiguo orden parece una imposibilidad práctica. Si tampoco se busca la solución en el modelo de un *Brave New World*, cuyos habitantes vegetan, desarraigados y manipulados, en una *happiness* superficial, entonces es necesario adoptar providencias que retomen la función de "resguardo" de las antiguas instituciones. Esto implica la tarea de crear ámbitos de vida descentralizados y abarcables, que abran una pluralidad de oportunidades de relacionarse, así como la de promover comunidades que puedan integrar socialmente al individuo en varios aspectos. Significa la exigencia de una mayor (pero no ilimitada) autoorganización de los ámbitos de vida más reducidos; de la creación de instituciones a través de las cuales los individuos participen, con mutua responsabilidad, en la determinación de un ámbito de vida transparente, esencial para ellos, por ejemplo, según el modelo de la autonomía de los municipios. Tales exigencias están contenidas ya en el principio de subsidiariedad (§§ 17 I,2; 23 III), sobre todo en la idea aristotélica de que la ciudad se compone de otras comunidades, división que debe conservar; el Estado es "por naturaleza una pluralidad" y debe seguir siéndolo (Política, 1261 a.).

IV. Representaciones sensibles de la comunidad

W. Bagehot (citado en el § 41), cap. 2; *G. Simmel*, *Soziologie*, 1908, 41958, 396 ss.; *Smend StA*, 142 ss., 148 ss., 160 ss.; *Maunz-Zippelius*, § 8; *J.A. Ponsioen*, *Symboliek in da Samenleving*, 1952; *K. Loewenstein*, *Betrachtungen überpolit. Symbolismus*, en: *F.f. R. Laun*, 1953, 559 ss.; *P.E. v. Schramm* (ed.), *Herrschaftszeichen und Staatssymbolik*, 3 t., 1954-1956; *L. Brysson et al.* (eds.), *Symbols and Society*, 1955; *E. Fehrenbach*, *Über die Bedeutung der polit. Symbole im Nationalstaat*, *Hist. Zeitschr.* 1971, 296 ss.; *H. Quaritsch* (ed.), *Die Selbstdarstellung des Staates*, 1977; *id.*, *Probleme der Selbstdarstellung des Staates*, 1977.

La orientación con sentido de la conducta se realiza conforme a normas y paradigmas normativos (*v.g.*, sobre la convivencia en familia), que frecuentemente se integran en esquemas conceptuales, "ideológicos", más amplios, sobre todo de carácter religioso. La necesidad de una orientación "tangible" nos lleva no pocas veces hacia modelos interpretativos simples y de fácil aplicación sobre los acontecimientos del mundo (por ejemplo, como "lucha de clases"), hacia representaciones normativas, objetivos y "valores fundamentales" inculcables (por ejemplo: "cristianización del mundo", o "libertad, igualdad, solidaridad").

Sin embargo, es frecuente que las manifestaciones sensibles de solidaridad y orientación común de la acción, inciten a un mayor compromiso que dichas fórmulas y representaciones normativas. Entre aquéllas se cuentan, primordialmente: la demostración de solidaridad, la identificación de una comunidad con sus representantes y la representación simbólico-objetiva de una comunidad y sus ideales. En las festividades religiosas o nacionales, siguiendo, por ejemplo, el modelo del congreso del Partido nacional-socialista (*Reichspartitag*) de Hitler, se recorren todos estos puntos: realización en común de ritos religiosos o cuasireligiosos, procesiones, desfiles, con himnos y actos solemnes, de género carismático o secular (ejemplo de esto último sería el despliegue de lujos y galas o una demostración de poder y disciplina militares); todo ello celebrado por y ante los altos representantes de la comunidad, con amplia utilización de los símbolos objetivos de consagración e identificación, en especial, de las imágenes sagradas y las banderas de esta comunidad; ante o dentro de una catedral, en una "sede del Congreso del Partido nazi", en una Plaza Roja o una "Puerta de la Paz Celeste"; por lo tanto, en un lugar consagrado que, a su vez, se considera un símbolo arquitectónico de la comunidad.

Por lo general, los elementos de autorrepresentación de la comunidad no se manifiestan ante el individuo en esta combinación, sino separados, ya sea en la dignidad representativa de un cargo, y su titular, o de un edificio; o en un sugestivo traje "uniforme", en las vestiduras talaras de los sacerdotes y las togas de los jueces. Todo ello pone ante la vista y recuerda efectivamente la existencia, las funciones, la fuerza y el prestigio de la comunidad. De este modo se refuerza a través de "imágenes" la integración de una comunidad coordinada por "contenidos significativos".

Capítulo III. Aspectos particulares de la comunidad estatal . 53

§ 8. El Estado como comunidad jurídicamente constituida	53
§ 9. El poder del Estado	57
§ 10. Poder del Estado y relaciones interestatales	69
§ 11. El pueblo del Estado	76
§ 12. El territorio del Estado	87

Capítulo III. Aspectos particulares de la comunidad estatal

§ 8. El Estado como comunidad jurídicamente constituida

I. Coordinación mediante un orden normativo eficaz y homogéneo

Heller StL, 228 ss., 242 ss.

La comunidad estatal es una totalidad de seres humanos, cuya conducta se coordina en forma específica: en términos generales, la comunidad se configura como una estructura de conducta orientada con sentido, y la comunidad estatal, en particular, se constituye como una estructura de acción, jurídicamente organizada. Incluso el Estado mismo no es otra cosa que una unidad de acción, jurídicamente organizada (Heller). Esta acepción del Estado se aproxima a uno de los significados originarios del término *status*, que designa una situación (estado), una determinada "constitución" de la convivencia.

1. **Coordinación mediante un orden normativo jurídico eficaz.** En una comunidad, la conducta se orienta por normas, representaciones socio-éticas, fines e "imágenes-guía" de muy diversa índole. Las relaciones de la vida social son reguladas, en buena medida, por las normas de la costumbre y de la moral social, y no por las normas del derecho. Las estrechas relaciones de la vida cotidiana, tales como las de la familia, de amistad o de vecindad, no son reguladas por el "derecho garantizado", sino que lo son, en gran parte, por los mandatos extrajurídicos del trato social o por los deberes de consideración y asistencia recíprocas.

Las normas del derecho garantizado por el Estado se diferencian de tales normas sociales extrajurídicas ante todo por la técnica de aplicación coactiva del derecho. El cumplimiento de las normas extrajurídicas depende, si acaso, de la presión so-

cial. Quien infringe las normas del decoro y de las buenas costumbres, corre el riesgo de ser aislado en la sociedad y, ocasionalmente, en los negocios. En cambio, la obediencia a las normas jurídicas es forzada en un procedimiento de aplicación, jurídicamente organizado y normado, por ejemplo, conforme a los preceptos de los códigos procesales civil y penal. Asimismo, los deberes jurídicos presentes en ese "procedimiento coactivo" — por ejemplo, el deber que tiene el Ministerio Público de no encubrir al inculcado o la obligación del juez de no prevaricar — se encuentran nuevamente bajo sanciones jurídicamente reguladas. De este modo, el orden jurídico forma un sistema "encadenado" de regulación y control, cuyos elementos se apuntalan y apoyan entre sí como las mallas de un tejido. Esto convierte a sus normas en "derecho garantizado". En suma, existe una estructura de normas y medios de coacción, entrelazados y afianzados entre sí.

La conducta de los sujetos de derecho asociados en un Estado es coordinada y guiada por normas que poseen una probabilidad cierta de ser aplicadas en un procedimiento coactivo jurídicamente organizado. Esta probabilidad es garantizada, en el Estado totalmente organizado, por una estructura de instituciones estatales (tribunales, Ministerio Público, autoridades administrativas, etcétera), organizadas mediante división del trabajo y que se controlan recíprocamente en su funcionamiento ordenado.

La coercibilidad no significa que siempre que deba aplicarse una norma esta garantía se traduzca en coacción actual. En la mayoría de los casos basta la obediencia voluntaria de las normas o, cuando menos, la simple amenaza de sanción, la mera probabilidad de su aplicación, para que el orden jurídico funcione como esquema general de orientación.

2. Coordinación mediante un orden normativo homogéneo. Para garantizar la paz y la seguridad en una comunidad jurídica, las normas reguladoras de la conducta no solamente deben ser eficaces, sino deben también integrarse coherentemente en un orden comunitario funcional. Las normas de conducta no pueden contradecirse y deben armonizar entre sí. Además, deben integrarse en un modelo global y funcional, del orden comunitario. Si se denomina "sistema" a la conexión ordenada entre elementos particulares, entonces las reglas jurídicas de conducta deben formar un sistema cibernético-social. La estructura de acción que estas reglas proyectan, deberá ser un orden de conducta humana armonizada entre sí (un "sistema de interacciones").

Dentro de este sistema de regulación hacemos una distin-

ción entre los mandatos que prescriben una determinada acción u omisión y las normas de competencia, que definen facultades ("competencias") y procedimientos de regulación; es decir, son aquellas que determinan quién puede crear deberes generales o individuales, y qué procedimiento debe observarse para tal fin. Por ejemplo, atribuyen a un parlamento la facultad de aprobar normas jurídicas de obligatoriedad general, en un procedimiento definido con precisión, o bien, otorgan a un oficial de policía la competencia para regular el tráfico de la calle, es decir, crear a través de sus indicaciones deberes individuales para quienes participan en la circulación (por ejemplo, el deber de detenerse).

La distinción entre el Estado y otras comunidades jurídicamente ordenadas (como los municipios o las sociedades por acciones) depende precisamente de las competencias. El Estado es sólo aquella comunidad que dispone, en última instancia, sobre el instrumento de regulación normativa (es decir, posee la "supremacía de competencias"; más al respecto en § 9 III 2). La existencia de ese poder último de regulación está evidentemente relacionada con la homogeneidad del derecho, que no sería posible si, dentro de uno y el mismo territorio concurrieran varias instancias de regulación de igual jerarquía. De ahí que en el Estado totalmente organizado exista una jerarquía, una "construcción escalonada", de las competencias: el legislador deriva su poder de regulación del constituyente; el reglamentador deriva el suyo del legislador. Así, las leyes se expiden con fundamento en la Constitución por el órgano constitucionalmente determinado, dentro de los límites constitucionales, en especial, de los marcados por los derechos fundamentales. Los reglamentos se expiden, con base en la ley, por el órgano legalmente determinado, en un procedimiento y contenido indicados en la ley. En términos generales, para ser creadas válidamente, las normas de jerarquía inferior requieren de una autorización de mayor jerarquía. Esta puede delinear o precisar el contenido admisible de la regulación.

No sólo debe procurarse un engrane coherente de las funciones de regulación, sino que también debe evitarse las contradicciones entre las normas mismas. A ello contribuye el orden jerárquico de las normas y la regla de conflicto conectada a él: el derecho de mayor jerarquía invalida a la norma inferior que lo contradice. Puesto que la Constitución se encuentra sobre la ley, y ésta, a su vez, sobre el reglamento, de ahí se deduce que son inválidas la ley que contradice a la Constitución y el reglamento que contradiga a la ley (o a la Constitución). En el Estado federal existe una regla de conflicto respecto de la rela-

ción entre el derecho federal y el derecho local. Las normas de la misma jerarquía que se encuentran en contradicción irreductible, se privan mutuamente de la eficacia.

II. La Constitución como esquema fundamental de integración de la comunidad estatal

Smend StA. 187 ss.; *W Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates. 1945; *Maunz-Zippelius*, § 5 (bibl.); *Stern*, § 3 (bibl.); *Ermacora Grdr.* 91 ss.

Smend y otros han visto en el orden constitucional, en sus disposiciones organizativas, garantías jurídicas y decisiones valorativas básicas, el esquema central de integración de la comunidad del Estado. Se puede invertir esta proposición: aquellas normas organizativas, garantías jurídicas, así como la determinación y, en especial, la delimitación de los fines estatales, que actúan como esquema actual de integración en un Estado, y que, por tanto, regulan efectivamente la vida estatal, forman su constitución "real".

Este concepto no corresponde a la Constitución escrita, asentada en un documento constitucional. Existen Estados que poseen una Constitución en el sentido arriba mencionado, pero que carecen de un documento constitucional: el ejemplo más común es la Gran Bretaña. Asimismo, al lado de la Constitución escrita, se pueden desarrollar reglas fundamentales y obligatorias de la vida constitucional, que deben encuadrarse en la Constitución en sentido material. Por otro lado, los documentos constitucionales pueden contener, aparte de las normas fundamentales, otros preceptos secundarios que no pertenecen a las decisiones políticas fundamentales del Estado, es decir, a la Constitución en sentido material; piénsese, por ejemplo, en la disposición de que los diputados tienen derecho al uso gratuito de los medios de transporte estatales (artículo 48, inciso 3 LF).

No es posible delimitar con exactitud, sino sólo aproximativamente, el conjunto de normas contenidas en la "Constitución en sentido material" (las decisiones políticas fundamentales del Estado). Según la comprensión constitucional actual, a este conjunto pertenecen las disposiciones fundamentales sobre la organización del Estado, en particular, las referentes a los órganos supremos, su designación, las funciones de regulación que poseen y su modo de proceder y colaborar; además, están los preceptos básicos sobre los derechos políticos de los ciudadanos, las garantías de los derechos fundamentales, los principios jurídicos y políticos esenciales, así como las disposiciones de fi-

nes en que descansan dichos preceptos organizativos y garantías jurídicas. Aristóteles delineó ya en forma similar el concepto de Constitución: ésta es una ordenación de todas las magistraturas, y especialmente de la suprema, es decir, el gobierno (Política 1278 b); pero también pertenece a ella la determinación del "fin con que se constituye la ciudad", lo que traducido a nuestra comprensión constitucional significa: la determinación de los fines fundamentales del Estado.

Al circunscribirse a los grandes lineamientos del orden político, la Constitución admite y requiere ser complementada y ello le confiere su capacidad de adaptación a las situaciones cambiantes.

Dicha adaptabilidad permite y hace posible mantener los rasgos fundamentales, al menos, de un determinado modelo de ordenación política durante un periodo prolongado de tiempo, frente a la transformación de las condiciones históricas y políticas.

§ 9. El poder del Estado

I. Función y funcionamiento del poder del Estado

§§ 12 I, III; 15 III; 17 II; *M. Weber* WuG, 28 ss., 541 ss.; *J. Stone*, Lehrbuch der Rechtssoziologie, (ingl. 1966) al. 1977, III cap. 1; *K. Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, 113 ss.; *Herzog*, 160 ss.; *Luhmann* RS, 106 ss., 262; *D. Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975.

El Estado, en tanto que estructura organizada de poder y acción, tiene como función garantizar una convivencia ordenada y sin contradicciones y, en especial, la paz y la seguridad jurídicas (§ 17 II). Sólo puede efectuar esta función un orden de la conducta eficaz y homogéneo. Según se dijo, la eficacia específica del orden jurídico de la conducta radica en la probabilidad cierta de imponer la obediencia a sus normas en un procedimiento coactivo, jurídicamente organizado (§ 8 I 1). Es condición esencial de la homogeneidad del orden jurídico de la conducta, el que un poder central de ordenación disponga del instrumento de regulación normativa (§ 8 I 2).

Para el desempeño de la función ordenadora y pacificadora, debe dotarse a los titulares de funciones estatales con "poder estatal": la facultad (en el marco de sus atribuciones) de regular obligatoriamente la conducta en esa comunidad y de forzar la conducta prescrita con los medios del poder, en caso extremo, aun con el empleo de la fuerza física. La inscripción *ultima ratio regum* en los antiguos cañones pone de manifiesto, sin lugar a equívocos, esta pretensión del poder del Estado.

Cierto es que el garrote permanece guardado en la vida diaria de la obediencia voluntaria al derecho, apoyada en gran medida por un consenso general. Pero las sanciones, resultado de la transgresión de la norma, garantizan, a la vez, la fuerza de motivación y la eficacia de las normas en los casos, mucho más numerosos, de cumplimiento voluntario (por lo tanto, el Estado daña mediatamente el funcionamiento del orden jurídico, si reacciona débilmente frente a las violaciones del derecho).

La tarea de garantizar la paz y la seguridad jurídicas requiere que los titulares de papeles estatales (en el marco de sus competencias) afirmen enérgica y eficazmente el monopolio de la fuerza física contra todo acto de violencia (delictuoso o político) que no provenga del Estado. Cuando la creación o el ejercicio de las competencias estatales no bastan para realizar esta tarea, se ve frustrada una de las necesidades fundamentales de la comunidad jurídica; el poder del Estado pierde su credibilidad y, junto con la confiabilidad del orden estatal, también se pone en juego su permanencia, como ya había hecho notar Hobbes (*Leviatán*, cap. 21). Con frecuencia, la tiranía irrumpe con mayor ímpetu en el vacío de poder, generalmente atraída por la necesidad de una mano poderosa que imponga orden. Así, a los disturbios en la República romana siguió la dictadura de Sila; en Francia, de los desórdenes internos del siglo XVI nació, primero, la teoría, y luego la práctica del absolutismo; en Alemania, el absolutismo de los príncipes tomó el sitio del poder imperial, en decadencia; en la República de Weimar, la tiranía de Hitler fue consecuencia del fracaso del poder estatal frente al radicalismo político (*cfr.*, § 26 IV 2). La disminución excesiva del poder del Estado prepara el terreno en el que se cultiva con facilidad un exceso del mismo poder. En otras palabras: se requiere la aplicación enérgica, pero controlada, del derecho estatal para cerrar el camino al tirano.

Una colectividad sólo puede funcionar como Estado de derecho, si en ella existe y se aplica el poder estatal para imponer el derecho. El derecho subsiste como un modelo confiable de orientación, en tanto sea aplicado e impuesto con firmeza. En suma: no hay Estado de derecho sin seguridad jurídica, es decir, sin certeza de orientación; no hay certeza de orientación, sin certeza de realización (Zippelius RPh, § 24 II); sin embargo, el poder del Estado es ambivalente. Un Estado que tiene el poder para proteger eficazmente a sus ciudadanos, lo tiene también para oprimirlos. De ahí que, con la necesidad de un poder del Estado eficaz, se asocie la exigencia de que las actividades estatales se desarrollen en un acontecer controlado, que funcione bajo una distribución equilibrada de funciones y conforme a reglas de juego aseguradas (§§ 30 I; 31).

Los mandatos dotados de coacción no son los únicos instrumentos de dirección e influencia con que cuenta el Estado. Es esencial y propio del poder estatal disponer de este medio, según se necesite, para la regulación de la conducta. Aparte puede servirse de otros numerosos medios: para provocar ciertas conductas basta un estímulo, como por ejemplo, incentivos fiscales, primas o el ofrecimiento de subvenciones estatales. A través de una política dirigida de inversiones y créditos, puede la acción estatal influir particularmente sobre la coyuntura. Finalmente, en la era de los medios de comunicación masiva, el poder del Estado cuenta con importantes medios para dirigir la opinión pública (otra cuestión es que pueda servirse legítimamente de todos estos medios).

Toda dominación sobre los hombres tiene su correlato último en la obediencia, motivada de una u otra manera; *oboe-dientia facit imperantem* (§ 11 I). En el ámbito estrecho y controlable de un campo de concentración, esta obediencia puede fundarse exclusiva o preponderantemente en las amenazas de sanción que se encuentran detrás de las órdenes de los detentadores del poder. Pero la dominación en todo un Estado sólo tiene visos de permanencia si se sostiene, en buena parte al menos, sobre la obediencia voluntaria (§ 15 IV, al final). "El más fuerte no es jamás lo bastante para ser siempre el amo y señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia de los demás en deber" (Rousseau, *Contrato social*, I 3).

La aceptación de la dominación es objeto de la teoría sociológica de la legitimación. Ya Max Weber destacó importantes mecanismos y motivos de tal aceptación: el asentimiento rutinario a una forma tradicional de dominación; la fascinación que ejerce el gobernante y la creencia en su misión; la docilidad frente a un estatuto formalmente correcto y expedido en un procedimiento ordenado (§ 16 I 2). Los motivos racionales de la aceptación del poder del Estado se contienen en la idea de que un orden de dominación es indispensable para satisfacer la elemental necesidad de orden, seguridad jurídica y bienestar social (§ 17 II).

No obstante la importancia que tiene para el funcionamiento duradero de una comunidad estatal la aceptación, en términos generales, del poder del Estado por parte de los ciudadanos, no debe sobreestimarse unilateralmente este factor. Si tal sucediera, el proceso central de la vida estatal sería concebido realmente como *plebiscite de tous les jours*. Sin embargo, semejante comprensión del Estado negaría su singularidad como unidad de acción jurídicamente organizada y pasaría por alto los componentes, a la vez presentes y necesarios, de la dominación organizada (§ 8 I; Smend StA, 136, 480 s.)

II. El desarrollo histórico de un poder estatal homogéneo

Ph. de Beaumanoir, Coutumes de Beauvaisis, 1280/83, ed. A. Salmon, 1899/1900. reimpr. 1970; *O. Gierke*, Genossenschaftsrecht, III 1881, 381 ss., 635 ss.; *E. Kaufmann* (citado en el § 21 I); *F. Hartung*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 1914, 1964, §§ 18, 20, 22, 24, 26; *Heller StL*, 125 ss.; *F.A. v.d. Heydte*, Die Geburtstunde des souveränen Staates, 1952; *H. Kämpf* (ed.), Herrschaft und Staat im Mittelalter, 1956; *C. Schmitt* VA, 375 ss.; *R. Schnur*, Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg des 16 Jh., 1962; *J. Dennert*, Ursprung und Begriff der Souveranität, 1964; *H.H. Hoffmann* (ed.), Die Entstehung des modernen souveränen Staates, 1967; *P.L. Weinacht*, Staat, 1968 (sobre la historia de este vocablo); *Quaritsch*, 178 ss., 395 ss.; *W. Quint*, Souveränitätsbegriff und Souveränitätspolitik in Bayern, 1971; *C.F. Menger*, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 1975, 1979, 30 s., 36 ss. 54 ss.; *D. Willoweit*, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt, 1975, 121 ss. 274 ss.; *L. Sánchez Agesta*, Der Staat bei Bodin und in der spanischen Rechtsschule, en: Der Staat 1977, 359 ss.; *D. Wyduckel*, Princeps legibus solutus, 1979, 97 ss., 138 ss.

Hoy día, a menudo parece natural que en la comunidad política todas las facultades de regulación (competencias) se encuentren bajo el poder de disposición de una instancia estatal suprema. Pero esta proposición no siempre ha sido válida, sino que es producto de una azarosa evolución histórica. Así, por ejemplo, hubo largos periodos de la historia alemana en que la nobleza, la Iglesia y las ciudades ejercían un poder autónomo. Existía una justicia autógena, no delegada por la corona, históricamente más antigua que la jurisdicción real y que fue preservada y renovada mediante inmunidades. El Imperio (*Reich*) perdió también facultades soberanas propias, cuando se otorgaron cargos en calidad de feudos, y el derecho, a éstos cargos se volvió hereditario.

A fines de la Edad Media, en los diversos territorios las facultades soberanas se dividían entre los príncipes, por un lado, y la Iglesia, los caballeros y las ciudades, por el otro. A menudo se oponen "directamente dos estados en el Estado; un aparato del príncipe y uno estamental; el príncipe y los estamentos poseen tropas, autoridades, tesoros, representaciones diplomáticas separadas. Gobernar significa ahora una negociación continua de compromiso en compromiso" (Mitteis-Lieberich, cap. 35 III 5).

Es verdad que ya en la Edad Media se abría paso la idea de una consolidación del poder público en manos del príncipe, según la opinión, formulada en Francia, de que *li rois est souverains par dessus tous* (Beaumanoir, N. 1043). El poder del príncipe debía ser independiente y sobre él no tendrían preeminencia el papa o el emperador. Pero, por su parte, este poder del príncipe sí prevalecía sobre las competencias de los estamentos.

La separación de la *auctoritas* imperial se realizó sin serias dificultades. Felipe "El hermoso" y Enrique VIII demostraron tan enérgica como convincentemente que, a fines de la Edad Media, el Estado también podía emanciparse de la tutela papal.

El proceso de consolidación en el interior fue largo y penoso; en algunos territorios como Francia, se consumó antes, y en otros se prolongó hasta el siglo XIX (Quaritsch, 197 ss., 395 ss.): los soberanos se impusieron paulatinamente y transformaron a las poliarquías, cuya coherencia era débil, en unidades de poder rigidamente organizadas, con un solo ejército, una única jerarquía de funcionarios y un orden jurídico cada vez más uniforme, finalmente codificado en el país (Heller StL, 129; TE, 145). Los demás poderes en el Estado, los estamentos, retrocedieron en las luchas que frecuentemente duraron siglos. De tales controversias provienen las famosas palabras de Guillermo I: "Yo vengo a lo mío, estabilizo la soberanía y ciño firmemente la corona como un *"rocher de bronze"*, y dejo a los señores nobles los vientos del *Landtag*." El Estado — así describió Jellinek (p. 431; TGE, 352) este proceso — "adviene el gran Leviatán que va devorando todas las fuerzas públicas. Aun allí donde deja subsistir una fuerza exterior a él, se le apropia en la forma, porque él se afirma a sí mismo como el principio originario de los sometidos, aun cuando les conceda frente a él un poder de relativa independencia. Esto se pone de manifiesto en el derecho que a sí mismo se atribuye de disponer, mediante sus leyes, en su territorio, de todo el poder de dominación".

Paralelamente a la evolución de este hecho político, se impuso el vocablo "Estado". En la época del Renacimiento surgieron los términos *stato*, estado, *status*, *etat* y *Staat* para designar asociaciones de dominación, territorios de dominación y poder de dominación, y que tuvieron un creciente ingreso en la literatura científica y el lenguaje diplomático hasta que, a partir del siglo XIX, el término "Estado" se asocia universalmente a la corporación de dominación dotada de un poder supremo (*cfr.*, Quaritsch, 33 s.).

Teóricos del Estado como Bodin (III) y Thomas Hobbes (§ 17 II) elaboraron la teoría sobre este proceso de consolidación. El jurista francés Jean Bodin aplicó el concepto de soberanía al nuevo rasgo esencial del Estado moderno. En las guerras contra los hugonotes, él mismo hubo de vivir nuevamente un periodo de profundos desgarramientos internos de su patria, en el que la idea de la soberanía del Estado devino en llamamiento al orden, a la independencia y la unidad estatales. El principio de un poder homogéneo de dominación en el Estado se descubre,

por tanto, como una idea penosamente ganada a la contienda; una idea que, nacida de la necesidad política y no de la mera especulación, no es fácilmente renunciabile.

El postulado de un poder estatal uniforme descansa sobre la suposición de que únicamente éste cumple idóneamente con la función de protección y orden que se espera del poder político.

El concepto empírico de un poder estatal de dominación, superior a todos los demás poderes en el Estado, tiene, empero, su fundamento en el desarrollo histórico y en una determinada situación política. Ello nos incita a no elevar la soberanía y la unidad del poder estatal a la categoría de un dogma rígido.

III. Soberanía y unidad del poder del Estado

J. Bodin, *Les six livres de la république*, 1576, edición esp. de Pedro Bravo Gala, 1966; *Jellinek*, 435 ss.; *C. Schmitt*, *Politische Theologie*, 1922, 21934; *Kelsen* AStL, 102 ss.; *H. Heller*, *La soberanía*, (al. 1927) esp. 1965; *Krüger*, 847 ss.; *W. v. Simson*, *Die Souveranität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart*, 1965; *P. Dagtoglou*, en: *EvStL*, 2321 ss.; *Ermacora*, 350 ss., 371 ss.; *H. Kurz* (ed.), *Volkssouveranität und Staatssouveranität*, 1970; *Herzog*, 312 ss.; *P. Häberle*, *Verfassung als öffentl. Prozess*, 1978, 364 ss.; *Ch. Link*, *Herrschaftsordnung und bürgerl. Freiheit*, 1979, 67 ss., 89 ss., 178 ss.; *L. Wildhaber*, en: *F.f. K. Eichenberger*, 1982, 134 ss.

Sobre 1: *E. Hancke*, *Bodin = Eine Studie über den Begriff der Souveranität*, 1894; *M. Imboden*, *Johannes Bodinus und die Souveranitätslehre*, 1963; *H.U. Scupin*, *Der Begriff der Souveranität bei Johannes Althusius und bei Jean Bodin*, en: *Der Staat*, 1956, 1 ss.; *Quaritsch*, 243 ss.; *H. Denzer*, (ed.), *Bodin*, 1973; *G. Treffer*, *Jean Bodin*, 1977.

Sobre 2: *E. Zweig*, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*, 1909; *C. Schmitt* VL, 75 ss.; *U. Steiner*, *Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, 1966; *Stern*, §§ 5, 25 II 2 (bibl.); *W. Henke*, *Staatsrecht, Politik und verfassungsgebende Gewalt*, en: *Der Staat*, 1980, 181 ss.

Sobre 3: *Rehm* *Gesch.*, 226 ss., 240 ss.; *Jellinek*, 496 ss.; *A. Merkl*, *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, 1917; *Kelsen* RR, 228 ss.; *Doehring*, 112 ss.

1. La doctrina de Jean Bodin. Jean Bodin (1530-1596) consideró que la soberanía era el atributo esencial del poder del Estado: "*Republique est un droit gouvernement de plusieurs ménages, et de ce qui leur est commun avec puissance souveraine*" ("República es un recto gobierno de varias familias y de lo que les es común, con poder soberano") (Bodin 1576, libro I 1), dándole una formulación jurídica a este poder soberano. El punto principal (*le point principal*) de la majestad soberana y del poder absoluto residiría en la facultad de hacer las leyes sin el consentimiento de los súbditos (Bodin, I 8), esto es, el

poder de disposición sobre el instrumento de regulación normativa que coordina la conducta de los hombres en una estructura de conducta jurídicamente organizada (véase *supra*, § 8 I 2). Lo esencial en este punto era la síntesis de los derechos individuales que componían el poder soberano medieval en una sola y determinante competencia:

Bajo este mismo poder de dar y anular la ley, están comprendidos todos los demás derechos y atributos de la soberanía, de modo que, hablando con propiedad, puede decirse que sólo existe este atributo de la soberanía. Todos los demás derechos de soberanía son subsumibles a éste (Bodin I 10).

Esta soberanía debía ser independiente (*absoluta*) en dos sentidos: la independencia frente a los poderes dentro del Estado consistiría en la efectividad de la regulación jurídica sin el consentimiento (*sans leur consentement*) de los súbditos, y en particular, sin la colaboración de los estamentos. La independencia respecto de los poderes externos tendría su expresión en que la facultad de regulación del soberano estaría sujeta exclusivamente a los límites que no provinieran de la autoridad de aquellos poderes; tales límites serían los mandamientos divinos, la ley natural (y así se agrega después), determinados principios generales del derecho (*plusieurs loix humaines communes a tous peuples*; Bodin, I 8). Tal teoría de la soberanía adoptaba una postura contraria a las pretensiones de poder y participación de los estamentos, por un lado, y por el otro, contra las pretensiones de poder temporal del papa y contra el postulado de la supremacía imperial, que prevenía de la idea medieval de la continuidad de un Imperio romano universal.

Bodin determinó así la extensa competencia de regulación, independiente de los poderes internos, como característica esencial del Estado. Ello significó un importante paso en la evolución del pensamiento político moderno. La paz social sólo puede asegurarse duraderamente si los conflictos sociales son resueltos por una instancia que posee, frente a las respectivas partes interesadas un poder de decisión superior y que es capaz de imponer sus decisiones aún contra los opositores (*sans leur consentement*).

A partir del concepto de un poder de decisión central y supremo, sostuvo Bodin la indivisibilidad de la soberanía e impugnó la posibilidad de una constitución mixta, pues, quien tiene un *imperii socium*, carece del poder supremo (Bodin I 10, II 1). Pero, puesto que en una democracia todo ciudadano tendría *imperii socios*, debe uno suponer "que la corporación... de un pueblo ostenta la soberanía"; sin embargo, entonces "no hay un jefe con potestad soberana que vincule a unos con

otros". De ahí que Bodin se incline finalmente por una solución rigurosa: "El principal atributo de la república — el derecho de soberanía — sólo se da y conserva en la monarquía. En la república sólo uno puede ser soberano..." (Bodin, VI 4). Partiendo de lo anterior, la doctrina de la soberanía en la época absolutista atribuyó la soberanía a la persona del gobernante. El monarca y el Estado eran contrapuestos como sujeto y objeto del poder, respectivamente, o bien, se identificaba al gobernante con el Estado, de acuerdo con la frase "*L'état c'est moi*" ("El Estado soy yo") (cfr., Quaritsch, 214, 501). La cuestión de cómo sería siquiera posible un Estado democrático, no era susceptible de resolverse por esta vía.

Al respecto habría que desarrollar la idea de la corporación, insinuada por Bodin: la soberanía debe atribuirse al Estado como unidad de poder y acción jurídicamente organizada, o también como "persona jurídica" (§ 8 I; Quaritsch, 471 ss.). Ciertamente es que ello viene a parar finalmente en que determinadas personas, señaladas con mayor detalle por el orden jurídico, tengan, en lo individual o en conjunto, ciertas facultades (§ 13 II). Únicamente este enfoque permite concebir las manifestaciones del poder del Estado como productos de un sistema de cooperación jurídicamente coordinado, y encuadrar un acto estatal particular en un sistema de competencias, que apenas en conexión integran todo el poder del Estado. Desde esta perspectiva bien puede pensarse que se controle la supremacía de competencias misma a través del concurso coordinado de varios, y no en exclusividad por disposición de un solo individuo.

2. La supremacía de competencias. El poder estatal consolidado no es únicamente un hecho de poder político, sino que es, a la vez, "un poder político jurídicamente organizado", conformado en un sistema de competencias jurídicas de regulación (§ 8 I). La plenitud del poder estatal no puede describirse jurídicamente como la mera suma de competencias, una al lado de otra. El poder del Estado no es un haz de diversas facultades de regulación, sino que implica el poder jurídico de ampliar o limitar dichas competencias. Así, por ejemplo, se puede introducir o suprimir el servicio militar obligatorio y, en conexión con esto, crear o anular una multitud de competencias. Por tanto, el poder del Estado contiene también la competencia de decidir sobre la extensión de las competencias estatales, esto es, la supremacía de competencias (*Kompetenzenhoheit*) o competencia de competencias (*Kompetenzkompetenz*). El "todopoder jurídico del Estado" no reside en la suma de las competencias subordinadas, sino en esta supremacía de competencias.

Entre los órganos del Estado tiene preeminencia decisiva aquel que efectivamente ejerce la supremacía de competencia.

Tal constituye también el punto de partida de la teoría de los tipos de organización del Estado (§§ 20 ss.).

Bien examinada la cuestión, pueden formarse dos conceptos de la supremacía de competencias. El concepto menos comprensivo denotaría la disposición legal, es decir, la prevista en las normas constitucionales fundamentales, sobre el conjunto de normas y competencias, no sobre las decisiones fundamentales de la Constitución (escrita o no escrita) y, en especial, tampoco sobre las normas supremas de competencia que constituyen al órgano supremo del Estado. En forma similar, Bodin excluyó de la competencia de disposición del soberano las normas organizativas fundamentales (por ejemplo, que el Estado se constituye en monarquía, y los principios que rigen la sucesión al trono); además, los principios del derecho divino y natural, así como algunos principios del derecho humano, comunes a todos los pueblos, "*pluisieurs loix humaine communes a tous peuples*" (Bodin 1576, I 8; *cfr.*, Quaritsch, 347 ss. 368 ss.) Quien posee una supremacía de competencias así limitada, se halla en la situación de un *pouvoir constitué*, pero no en la del *pouvoir constituant*.

Un concepto más extenso en la supremacía de competencias comprendería también el poder de disposición sobre aquellas normas fundamentales de la Constitución, esto es, no conocería límite jurídico alguno.

Tal concepto definiría el poder de disposición del *pouvoir constituant*, capaz de derribar, en forma revolucionaria, los fundamentos jurídicos del orden constitucional y de reemplazarlos con otros. Su detentador sólo puede determinarse mediante criterios fácticos, a saber, como aquel grupo de seres humanos que se halla realmente en situación de sustituir con otro (mediante un acto revolucionario) el orden constitucional existente, o también, de mantenerlo frente las maniobras revolucionarias de otros. Sería ciertamente erróneo denominar competencia de "competencias" a este poder de disposición, si por "competencia" se entiende un poder de regulación fundado primeramente en el orden jurídico y no simplemente un poder libre.

Ambos conceptos de la supremacía de competencias significan únicamente la desvinculación (allá parcial, aquí total) de la posibilidad de decisión, de todo límite o condición jurídicas.

Pero no implican que la libertad de acción no se vea restringida a través de las circunstancias fácticas, particularmente las políticas. Desde Montesquieu, Marx y Lasalle (§§ 1 II; 15 IV; 25 II), se ha realzado continuamente la influencia de las condiciones extrajurídicas dadas sobre el orden jurídico y constitucional en su totalidad. No obstante, la situación a la que se

vincula fácticamente el poder del Estado, es determinada, en medida nada despreciable, por las decisiones anteriores de este mismo poder, el cual se introduce permanente e ineludiblemente en determinadas situaciones de decisión.

Los límites fácticos del poder del Estado pueden ser también jurídicamente relevantes, puesto que una facultad jurídica, entendida como derecho garantizado, se extiende únicamente hasta donde alcance la posibilidad general de su ejercicio eficaz. El derecho posee componentes fácticos en su eficacia (§ 1 IV 2), cuando las circunstancias reales reducen la probabilidad de que el poder del Estado imponga con eficacia determinadas disposiciones, disminuye en igual proporción su supremacía de competencias (*cfr.*, también § 10 I).

3. La unidad del poder del Estado. La unidad del poder del Estado significa que en el territorio de éste no existen facultades "autoritativas" de regulación independientes de él. Cuando en el territorio estatal los funcionarios de instituciones diversas a las del Estado mismo (por ejemplo, un municipio, una mancomunidad local o una comunidad religiosa) ejercen competencias soberanas. éstas les han sido atribuidas por los órganos del Estado y se hallan bajo el poder de disposición de éstos. Si en el territorio del Estado existieran competencias soberanas autónomas, sobre las que ningún órgano estatal pudiera disponer, entonces el poder del Estado carecería, *ex definitione*, de la supremacía de competencias y, consecuentemente, de la soberanía misma. Así, soberanía y unidad del poder del Estado se relacionan entre sí.

La unidad jurídica del poder del Estado señala la situación, ya conocida, de la existencia de un orden homogéneo de normas y competencias jurídicas. Obviamente esta homogeneidad no puede significar que una instancia central deba adoptar toda regulación obligatoria de la conducta. Semejante rigorismo centralista sería prácticamente irrealizable, en vista de la multiplicidad de las condiciones a regular. Además, sería indeseable, por diversas razones: de un lado, los individuos y las pequeñas comunidades (como los municipios o las universidades) tienen un interés legítimo en regular sus propios asuntos, en tanto que esto sea compatible con la necesidad de unidad jurídica que tiene la comunidad mayor; en una asociación política debería realizarse el mayor grado posible de autonomía, en favor de las posibilidades de desenvolvimiento y creatividad personales (§ 17 I). Por otra parte, la distribución de competencias entre diversas instancias, crea los supuestos técnico-jurídicos para una división y un control de los poderes, mientras que una extrema centralización de las facultades de regulación condu-

ciría a una peligrosa concentración de poder. Bajo estas condiciones, la homogeneidad del orden jurídico y del orden de las competencias puede significar solamente un determinado esquema de coordinación funcional y normativa, según el cual las facultades de regulación del Estado estén repartidas y coordinadas de manera tal, que se eviten las normas y decisiones contradictorias; las diversas funciones de regulación deben complementarse e integrarse en un esquema de ordenación uniforme. La coherencia de la regulación normativa de la conducta queda garantizada, en este sentido, por un orden escalonado de las competencias (facultades de regulación) y a través de una jerarquía de las normas, según se explicó ya (§ 8 I 2).

La Constitución y demás normas jurídicas pueden entonces distribuir entre diversos órganos del Estado, las funciones de la legislación, la administración y la jurisdicción, incluso de modo que resulte un sistema de *checks and balances* (división de poderes, § 31 II). Aún así, los diversos poderes no deben comprenderse aisladamente, sino como factores que se coordinan jurídica y funcionalmente; el Poder Ejecutivo y la jurisdicción están vinculados a las leyes. La supremacía de la ley impide las contradicciones entre las normas generales y las decisiones particulares. Mediante la reserva de la ley (§ 30 I), se establece una importante conexión cooperativa entre la expedición de normas generales (función legislativa) y su aplicación concreta. También puede construirse un Estado federal, es decir, un "dualismo de centros de decisión", en forma tal que la totalidad de las competencias estatales sea ejercida, en parte por los Estados miembros (*Gliedstaaten*), y en parte por los órganos centrales del Estado conjunto (IV).

El control sobre el esquema jurídico-constitucional de competencia que la crea, distribuye y coordina, sólo puede ser centralizado. En la medida que ello no acontezca mediante un acto revolucionario, sino a través de la revisión constitucional, es decir, mediante un procedimiento de derecho constitucional (por ejemplo, según el artículo 79 LF),^a no hay problema en concebir que esta suprema competencia jurídica de regulación sea ejercida mediante la colaboración de varios sujetos, por ejemplo, de las dos cámaras de un cuerpo legislativo. Entonces no es necesario que la supremacía de competencias (legal, véase, *supra* 2), deba concentrarse en manos de un solo órgano del Estado, o acaso, en manos de una persona determinada (sobre esta controversia: Bodin 1576, I 10, II 1, 6, 7; Hobbes, *Leviatán*, caps. 18 s. 29; Rousseau, *Contrato social*, II 2, pero también III 16).

IV. El poder estatal en el Estado federal

§ 39 I; *Jellinek*, 502 ss., 769 ss.; *H. Nawiasky*, *Der Bundesstaat als Rechtsbegriff*, 1920; *Kelsen AStL*, 198 ss.; *Maunz Zippelius*, § 14 (bibl.); *M. Usteri*, *Theorie des Bundesstaates*, 1954; *Nawiasky III*, 151 ss.; *Scheuner St.*, 415 ss.; *M. Welan F. Kojá et al.*, *Theorie und Praxis des Bundesstaates*, 1974. 61 ss.

En un Estado federal, tanto los órganos centrales de la federación como los estados miembros ejercen el poder del Estado. Así, por ejemplo, los órganos de la federación pueden expedir una ley que sea obligatoria dentro de las entidades federativas, pero la ejecución de esta ley puede encomendarse a las autoridades locales. También la competencia legislativa puede distribuirse, por materias, entre los órganos centrales de la federación y los estados miembros. Lo característico del Estado federal consiste en que las competencias, en conjunto, estén repartidas entre los órganos centrales de la federación y los estados miembros en forma tal que exista un dualismo de centros de decisión (*Scheuner St.*, 418) y, sobre todo, ni los primeros ni los segundos posean para sí la supremacía de competencias.

Si los órganos centrales del Estado federal tuvieran poder soberano y, consecuentemente, supremacía de competencias, podrían reducir o incluso suprimir completamente las competencias de los estados miembros. Entonces el Estado total no sería otra cosa que un Estado unitario descentralizado, pero no una estructura estatal de género propio.

Si, por el contrario, las entidades federativas poseyeran la supremacía de competencias, podrían sustraerse, a su antojo, de las competencias de la federación, lo que de nueva cuenta no corresponde a la naturaleza propia del Estado federal.

La singularidad del hecho político que se denomina "Estado federal", radica en que los estados miembros no quedan simplemente a merced de la decisión de los órganos centrales, pero tampoco pueden reivindicar para sí, a voluntad, su existencia propia como estados. Esta situación constitucional, en la que los órganos centrales no pueden disponer sobre el ámbito de competencia de los estados miembros, ni éstos sobre la esfera de competencia de los órganos centrales, es del todo concebible como realidad política, primeramente como tipo ideal del Estado federal. Contra esta definición conceptual no puede objetarse que la Constitución positiva de uno u otro Estado, que se autodenomina "Estado federal", otorga la supremacía de competencia a los órganos centrales. Dicho Estado no es un verdadero Estado federal, aunque incorrectamente se le llame así.

Hablar de las entidades que componen el Estado federal como de "estados", sin importar que no dispongan de la supre-

macía de competencias, es una cuestión terminológica. Hacerlo significa que no se reconoce en la soberanía un atributo esencial del concepto de Estado.

§ 10. Poder del Estado y relaciones interestatales

§ 40: *H. Kelsen*, Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts, 1920, 21928; *H. Heller*, Die Souveranität, 1927, 118 ss.; *R. v. Laun*, Der Wandel der Ideen Staat und Volk, 1933, 13 ss.; *H. Krüger*, *G. Erler*, Zum Problem der Souveranität, BerDGVR I (1957), 29 ss.; *M. Hagemann*, Staatliche Souveranität und internationale Ordnung, Schwiz JbInt R 1959, 53 ss.; *H.G. Koppensteiner*, Die europäische Integration und das Souveranitätsproblem, 1963; *K. Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des GG für eine internationale Zusammenarbeit, 1964; *Bleckmann*, 264 ss.; *Verdross-Simma*, 45 ss.; *R. Schmidt*, *C. Tomuschat*, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internat. Beziehungen, VVDStRL 36 (1978); *W. Meng*, Das Recht der Internationalen Organisationen-eine Entwicklungsstufe des Völkerrechts, 1979.

I. El problema de la soberanía externa

W. Schaumann, Die Gleichheit der Staaten, 1957; *Dahm I*, 152 ss.; *Huber* Aufs, 601 ss.; *G. Schwarzenberger*, Über die Machtpolitik hinaus?, 1968, *W. L. Bühl*, Transnationale Politik, 1978.

Son rasgos distintivos de la soberanía, desde la perspectiva interna del Estado, la supremacía de competencias y la unidad del poder estatal (§ 9 III). En ellos se pone de manifiesto la consolidación del poder del Estado, que permite comprender a la colectividad política como "unidad jurídica de decisión y acción". Este hecho es también de significación respecto de las relaciones interestatales, porque, en tanto que unidad de decisión y acción, la comunidad política puede ser destinataria de deberes y titular de derechos internacionales. La consolidación del poder del Estado no solamente fundamenta la posibilidad de esta construcción jurídica, sino que constituye la condición fáctica para que los deberes de derecho internacional, que vinculan a la colectividad política como un todo, sean confiablemente cumplidos. En esta medida se relaciona la capacidad en derecho internacional con la faceta "interna" de la soberanía.

Desde el aspecto del derecho internacional, tiene un importante papel la independencia frente a poderes externos al Estado (§ 9 II, III). De esta idea derivan particularmente los principios de la "impermeabilidad" del ámbito estatal de dominación y de la igual capacidad jurídica y de acción de todos los estados:

El principio de la impermeabilidad excluye el ejercicio de competencias jurídicas autónomas de otro Estado (§ 9 III 3) en el ámbito estatal de dominación, territorialmente delimitado (§ 12 I, III). Comprende, además, el principio de no intervención, de cualquier otra clase, en los asuntos internos y externos del Estado. Frente al trasfondo histórico de la Guerra de los Treinta Años, esta prohibición pudiera parecer un elemento irrenunciable de la soberanía, pero en la actualidad, y precisamente hoy día, se ve sometida a diversas restricciones. De ello se tratará enseguida.

Otra cara de este carácter "absoluto", según se dijo, es la plena e igual capacidad jurídica y de acción de todos los Estados para crear obligaciones internacionales. A ella responde el carácter coordinador del derecho internacional y, en conformidad con esto, dispone el artículo 2, número 1, de la Carta de la ONU: "La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros". Sin embargo, la significación de esta igualdad ante el derecho internacional se agota en la subjetividad jurídica internacional y en la validez uniforme de las normas internacionales generales para todos los Estados. La igualdad de derechos puramente formal tiene una importancia relativamente escasa, porque también en el derecho internacional aparece como simple fachada, si detrás de ella no se encuentra un potencial aproximado de poder político.

¿No se invalida el concepto mismo de soberanía cuando el Estado asume vínculos jurídicos internacionales? ¿No le impiden éstos — conforme al derecho internacional — actuar a su libre arbitrio? Este obvio cuestionamiento no parte, sin embargo, del concepto empírico de la soberanía, porque construye en ella algo que jamás existió. En la realidad política, la independencia implícita en la soberanía nunca ha llegado al extremo de excluir las obligaciones internacionales, sino que es compatible con aquellos vínculos internacionales que no afectan la eficacia del derecho interno (II 3).

Las interdependencias entre Estados pueden llevar también a un menoscabo de la soberanía. La piedra de toque radica en la cuestión de si tales interdependencias impiden de hecho al Estado imponer su poder y su derecho, en particular, en oposición a los lazos interestatales (§ 9 III 2). No siempre ha de llegarse de golpe a esta situación. Es posible imaginar un socavamiento gradual de ese poder de imposición. Así, por ejemplo, en la relación entre las grandes potencias y los Estados satélites, puede desaparecer la probabilidad de que el derecho interno del Estado se cumpla, aun contra las intervenciones del

Estado hegemónico. Sin embargo, también en la relación entre otros Estados, los poderosos entrelazamientos y dependencias económicas, culturales y militares, pueden restringir la libertad de acción contenida en el concepto tradicional de soberanía. En los procesos jurídicamente formales de integración interestatal, es mucho más factible una aproximación paulatina a un *point of no return*, más allá del cual un Estado miembro sea incapaz de oponerse con toda eficacia interna a los convenios comunitarios y las resoluciones de los órganos supranacionales (véase, *infra* III).

Hoy en día, dichos sistemas de integración interestatal son prácticamente inevitables (§ 40 I). Con la multiplicación de los lazos de interdependencia internacionales, se pierde la flexibilidad para que los estados se agrupen "soberanamente en nuevas constelaciones de equilibrio, de acuerdo con principios elásticos", dentro de la comunidad de naciones, dependiendo de la transformación de las necesidades geopolíticas (Erler 1955, 39s.) Esta desmovilización del sistema del equilibrio internacional limita, sobre todo, el margen de acción de los Estados que pertenecen a uno de los grandes sistemas de alianza. Estos son sensibles en alto grado a los desplazamientos de poder y, por ello, perciben como agudo peligro toda amenaza contra el equilibrio estratégico.

Finalmente, también puede pensarse que, con la progresiva organización de la comunidad de naciones, los vínculos jurídicos internacionales adquieran cada vez mayor eficacia frente a un derecho interno que se les oponga. Esto quiere decir que las normas internas contrarias al derecho internacional perderían la probabilidad cierta de su aplicación coactiva regulada, llegándose a una etapa de transición que conduciría del dualismo entre derecho interno y derecho internacional (II 3), hacia un orden jurídico supraestatal, eficaz y homogéneo (II 2).

La creciente organización de la comunidad de las naciones y la pérdida correlativa de las soberanías individuales, abre la posibilidad de un "Estado mundial". La sustitución del precario equilibrio de la comunidad de Estados por un "Estado mundial" permitiría esperar, por un lado, cierta satisfacción: el reemplazo de los conflictos armados mediante un procedimiento jurídico ordenado. Por otra parte, en un Estado mundial existe el peligro de una "mayorización" de las minorías, como por ejemplo, de las naciones industrializadas (con el fin de igualar el bienestar o la pobreza), y, cuando fallan los mecanismos "estatales" de equilibrio y control, amenaza una inmensa concentración del poder y una tiranía frente a la cual no cabría confiar siquiera en la intervención de las potencias extranjeras.

II. Poder del Estado y vínculos de derecho internacional

H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899; *A. Baumgarten*, *Souveränität und Völkerrcht*, *Z.F. ausl. off. R.u. Volkerr.*, 1931, 305 ss.; *G.A. Walz*, *Völkerrecht und staatliches Recht*, 1933; *Nawiasky III*, 18 ss.; *P. Guggenheim*, en: *WVR III*, 651 ss.; *H. Kelsen*, en: *WVR III*, 278 ss.; *H. Wagner*, *Monismus und Dualismus*, *AöR* 89 (1964), 212 ss.; *W. Rudolf*, *Völkerrecht und deutsches Recht*, 1967, 128 ss.

Sobre la relación entre el derecho del Estado y el derecho internacional existen diversas opiniones:

1. La existencia única del derecho estatal. Es posible sostener la tesis de que, en sentido estricto, solamente existe el derecho estatal. De esta doctrina son concebibles dos versiones: en un giro radical podría negarse la existencia de toda obligación entre los Estados (*cfr.*, Laun 1933, 19 s.). Entonces, una así llamada obligación internacional contendría, en rigor, una mera declaración sobre el comportamiento futuro de un Estado, que se prevé en ese momento, con la consecuencia de que una desviación de esta declaración no constituye la violación de un deber. No obstante, este modelo no coincide con la comprensión generalmente aceptada de los tratados internacionales, que no tienen el sentido de meras declaraciones fácticas sobre una conducta previsible, sino el de una obligación. No son considerados como enunciados falsos (igual que un pronóstico meteorológico equivocado) cuando no se cumplen, sino que su quebrantamiento resulta un acto contrario al derecho, y se estima como fundamento jurídico para las sanciones internacionales.

Una concepción menos extrema no negaría toda obligación, pero vería en el vínculo jurídico internacional exclusivamente una autolimitación estatal (*cfr.*, Laun 1933, 19 s.). Ahora bien, una obligación internacional no se halla bajo la disposición unilateral del Estado, en todo caso, no conforme a derecho y en un cauce legal. En cambio, el Estado sí puede disponer legislativamente sobre su derecho interno.

El que un pacto internacional sea obligatorio en el modo antes descrito, no puede tener su fundamento jurídico en la ratificación del tratado, sino en una regla jurídica preexistente, según la cual, los tratados, una vez concluidos, también deben ser respetados (*pacta sunt servanda*). En la obligación internacional radica entonces un elemento heterónomo que rebasa la esfera del orden jurídico propio y la libertad de disposición jurídica de un Estado en particular.

Por tanto, esta teoría es insostenible.

2. La primacía del derecho internacional. De acuerdo con la doctrina de la primacía del derecho internacional, existe un solo orden jurídico homogéneo. En consecuencia, el escalón superior no lo forman las normas expedidas por el Estado, sino las del derecho supraestatal. La validez de las normas del derecho internacional tiene efectos internos directos, lo que da por resultado que sean nulas las leyes internas contrarias al derecho internacional. Así, el Estado posee una competencia jurídica relativamente suprema, pues únicamente en relación con los poderes internos posee una potestad suprema; pero, por su parte está sometido a los vínculos del derecho internacional, que tienen efectos internos directos (Kelsen 1928, 146 ss.).

Esta doctrina es coherente en sí, pero, salvo principios aislados en el derecho de guerra, no concuerda con la realidad jurídica internacional. Como piedra de toque sirva el hecho de que un tratado internacional no invalida una ley de una parte signataria, cuando es incompatible con aquél. Según la concepción jurídica vigente y todavía practicada por la comunidad de Estados, las normas estatales contrarias al pacto no son nulas, sino que tienen obligatoriedad en el ámbito interno (Berber I, 106 s.). La preeminencia del derecho internacional carece, hasta ahora, de plena eficacia. La doctrina de la primacía del derecho internacional es, por tanto, un modelo posible sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, pero que no corresponde a la realidad jurídica actual.

3. La teoría dualista. No resta más que una teoría dualista, de acuerdo con la cual, el derecho internacional crea obligaciones sólo para los Estados y otros sujetos de derecho internacional. Esto no excluye la observancia de tales compromisos en favor de los individuos, como por ejemplo, de los prisioneros de guerra; pero el derecho internacional no es aplicable directamente como derecho nacional que tuviera supremacía efectiva sobre cualquier otro derecho interno. Para que lo convenido internacionalmente adquiera obligatoriedad en lo interno, debe convertirse en derecho nacional. Esto puede efectuarse *ipso iure* a través del derecho constitucional interno, cuando éste dispone, por ejemplo, que las disposiciones de un tratado internacional, celebrado en forma jurídicamente válida, sean también de aplicabilidad directa en lo interno (transformación general). A falta de tal norma general, es necesaria una transformación especial, mediante la cual el legislador declara como derecho obligatorio en lo interno, el contenido de un pacto internacional. De acuerdo con esta teoría, si un Estado no armoniza su derecho interno con los tratados que celebra, viola sus deberes jurídicos internacionales, lo que conlleva sanciones in-

ternacionales específicas; pero ello no afecta la validez interna de su propio derecho. Esta concepción corresponde a la práctica de los Estados imperante en la actualidad.

La sentencia que sobre el Concordato pronunció el Tribunal Constitucional Federal alemán se apoya en este punto de vista. Por un lado, el Tribunal confirmó que la Federación estaba obligada por el Concordato que el *Reich* firmó en 1933 y, por el otro, reconoció que la distribución actual de competencias entre la Federación y los *Länder*, impedía a la primera imponer el cumplimiento de este Concordato. No obstante, estimó que en lo interno era obligatoria esta distribución de competencias, de conformidad con el derecho constitucional positivo, ya que una Constitución es internamente válida aun cuando el constituyente la configure de tal manera que por ello se violen o se pongan en peligro las obligaciones derivadas de tratado (BVerfGE 6, 364 ss.)

En cambio, el Estado no puede liberarse de un vínculo jurídico internacional mediante su derecho interno, aun por su constitución, sin importar qué configuración pueda darles. Desde el punto de vista del derecho internacional, queda sujeto a armonizar su derecho con las obligaciones internacionales que contraiga. Esta indiferencia de la obligación internacional frente al derecho interno no representa una objeción contra el dualismo, sino que es inherente al concepto mismo.

Puede ocurrir que la constitución de un Estado no solamente confiera obligatoriedad interna a ciertas reglas del derecho internacional, sino también primacía frente a las leyes ordinarias (así, por ejemplo, el artículo 25 LF).^b Si bien será nula *ipso iure* una ley que esté en conflicto con una regla jurídica internacional, lo es únicamente porque a través del derecho constitucional estatal se otorgó obligatoriedad interna a dicha regla. Sin embargo, semejante disposición constitucional se encuentra, con todas las consecuencias expuestas, bajo el control del poder estatal, al menos del *pouvoir constituant*.

III. Poder del Estado e integración interestatal

§ 40; H. Krüger, Über die Herkunft der Gewalt der Staaten und der sog. supranat. Organisationen, DOV 1959, 721 ss.; G. Erler, W. Thieme, Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internat. Staatengemeinschaften, VVDStRL 18 (1960), 7 ss., 50 ss.; Berber, III § 32 IV; C.F. Ophüls, Staatshoheit und Gemeinschaftshoheit, en: Recht im Wandel 1965, 519 ss.; H. Wagner, Grundbegriffe des Beschlussrechts der europ. Gemeinschaften, 1965, 48 ss.; P. Badura, J.H. Kaiser, Bewahrung und Veränderung demokrat und rechtsstaatl. Verfassungsstruktur in den internat. Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), 1 ss., 34 ss.; E. Grabitz, Gemeinschaftsrecht bricht

nationales Recht, 1966; *K. Doehring*, Internat. Organisationen und staatliche Souveranität, en: F.f.E. Forsthoff, 1967, 105 ss.; *Seidl-Hohenveldern* IO, Rdn. 0107, 1701 ss.; *M. Zuleeg*, Das Recht der Europ. Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, 1969; *H.P. Ipsen*, Europ. Gemeinschaftsrecht, 1972; *H.G. Petersmann*, Die Souveranität des Britischen Parlaments in den Europ. Gemeinschaften, 1972; Regionale Verflechtung der BRD, 1973; *Bleckmann*, 302 ss.; *Doehring* 79 ss.; *W. Bünten*, Staatsgewalt und Gemeinschaftshoheit usw., 1977, 43 ss., 57 ss., 67 ss.; *E. Grabitz*, Der Verfassungsstaat in der Gemeinschaft. DVB1. 1977, 786 ss.; *Stern*, § 15; *G. Ress* (ed.), Souveranitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften, 1980.

Finalmente, se plantea la cuestión de si, debido a los procesos de integración interestatal, hoy día se disuelve a tal grado la unidad del poder del Estado, que por ello hubiera que buscar un nuevo modelo de este poder. Sobre todo las formas intermedias de dicha integración podrían conducir, a largo plazo, a transgresiones en la unidad del poder estatal, pues es concebible que los Estados miembros de una organización supraestatal otorguen a ésta facultades soberanas particulares, y que éstas se sustraigan así a la supremacía de competencias de los Estados, sin que, a un mismo tiempo, queden sujetas a una nueva supremacía de competencias.

Un proceso evolutivo de tal naturaleza puede iniciarse con el otorgamiento de derechos de soberanía a las organizaciones supranacionales, según se prevé en las constituciones más recientes (por ejemplo el artículo 24, inciso I LF, el artículo 20 de la constitución danesa; el artículo 11 de la Constitución italiana; el artículo 67 de la Constitución holandesa).^c Así, por ejemplo, a través de los tratados de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (artículos 14, 15); de la Comunidad Económica Europea (artículo 189) y la Comunidad Atómica Europea (artículo 161), se han conferido ciertas facultades soberanas a organizaciones supraestatales. En tales casos, los Estados miembros ceden a la organización supranacional el ejercicio en su territorio de ciertas facultades de regulación (competencias), con efectos internos directos.

Esta facultación puede construirse de maneras diversas: la creación de comunidades internacionales puede considerarse como "acto colectivo del poder estatal de integración" (Ipsen, 1972, 61) y seguir figurándose que de este acto ha surgido una comunidad jurídica independiente que, con autorización de los estados miembros, ejerce en estos estados un poder de regulación que, si bien resulta limitado, es originario y, en principio, susceptible de ampliación y aun de adquirir preeminencia (*cfr.*, BVerfGE 22, 295 s., 37, 277 ss.). Asimismo puede pensarse que

los estados miembros simplemente han transferido algunas de las competencias "estatales" a las organizaciones creadas por ellos y, finalmente, es posible considerar a las resoluciones de las organizaciones supranacionales como actos de derecho internacional cuya obligatoriedad interna descansaría en una transformación general anticipada; esta construcción se mantendría completamente dentro del marco del esquema dualista tradicional.

Aún siguiendo cualquiera de ambas construcciones, no por ello hay razón para que se disuelva sin más la supremacía de competencias de los estados miembros, sino que, aún bajo tales supuestos, aquellos conservan un poder de disposición, determinante en última instancia, que les permite recobrar el poder de regulación en su territorio, puesto que la soberanía y, por consiguiente, la unidad del poder estatal, no se pierden en tanto que el Estado pueda, en caso extremo, recuperar el control. En la medida en que los estados conserven en lo individual la posibilidad fáctica de la secesión, y en tanto que ésta provoque, de hecho, únicamente sanciones internacionales, no se habrá alcanzado todavía un *point of no return* en el proceso de disolución de la supremacía de competencias.

Aquí se muestra, de nueva cuenta, que la unidad jurídica del poder del Estado está determinada, en gran medida, por las cambiantes condiciones políticas. En cuanto al derecho interestatal, es la "posibilidad de secesión, situada en el ámbito meta-jurídico-histórico" la que decide, en último término, si los Estados miembros se hallan en posesión plena de su poder. Esta posibilidad prueba, finalmente, si un Estado es capaz de decidir, con eficacia jurídico-política, qué ámbito de vida, de su territorio y sus habitantes, toma bajo su mando (Erler 1960, 18).

§ 11. El pueblo del Estado

F. J. Neumann, Volk und Nation 1888; *R. Kjellén*, Der Staat als Lebensform. 1917, 1924, 87 ss.; *H. Liermann*, Das Deutsche Volk als Rechtsbegriff, 1927; *H. O. Ziegler*, Die moderne Nation, 1931; *R. v. Laun*, Der Wandel der Ideen Staat und Volk, 1933; *H. Kohn*, Die Idee des Nationalismus, (ingl. 1944) al. 1962; *Nawiasky*, II 1. 12 ss.; *E. Francis*, Ethnos und Demos, 1965; *Ermacora*, 58 ss.; *Herzog*, 40 ss.; *Stern*, § 25 1.

§ 91: *Jellinek*, 406 ss.

El poder estatal implica siempre dominación sobre los hombres; en el Estado territorial es dominación sobre el pueblo que habita su territorio. La posición así caracterizada conside-

ra al pueblo como un elemento indispensable de la dominación y del Estado, con toda independencia de que, en la democracia, la totalidad de los ciudadanos activos ejerza a la vez una función constitutiva en la formación de la voluntad del Estado (§ 17 III). Jellinek (p. 426; TGE, 348) advirtió la coordinación recíproca entre el poder y el pueblo del Estado: "Considerado más de cerca, se ve cómo todo el poder del Estado descansa en la obediencia de los súbditos; toda su actividad es obediencia transformada". *Oboedientia facit imperantem*. Tiempo después, expuso detalladamente Heller (StL, 238 s.; TE, 257 s.) la dialéctica entre el poder de dominación y la obediencia de los súbditos:

El que las varias actividades de los súbditos vengan finalmente a dar una unidad de acción, se explica porque esas actividades acumuladas son actualizadas unitariamente por un gobernante. Pero el que éste a su vez posea el poder, sólo se explica por las actividades de los súbditos. La acción objetiva del poder estatal no puede ser atribuida ni a los súbditos exclusivamente, ni a un gobernante dominante, así se trate del dictador más absoluto. Siempre deberá aquella su nacimiento y permanencia a la cooperación de ambos.

Este concepto del pueblo sometido al poder estatal no se identifica con el de pueblo en sentido sociológico, el cual es unido por un sentimiento de pertenencia nacional (II). El postulado del Estado nacional y el problema de las minorías (III) nacen precisamente de que el pueblo sujeto a un poder estatal no siempre constituye un pueblo en sentido sociológico.

El "pueblo" sometido al poder de regulación de un Estado tampoco es idéntico a la suma de sus nacionales. En la democracia sólo al nacional ("mayor de edad") le corresponde la "ciudadanía activa" a saber, la función de designar a los ocupantes de los órganos supremos del Estado y, en lo posible, de colaborar directamente también en los actos legislativos y las decisiones particulares del Estado. De la nacionalidad derivan, asimismo, otros deberes y derechos específicos (IV). En cambio, en el Estado territorial, los extranjeros y los apátridas también se hallan sometidos a su poder. Así, existe una disparidad entre el círculo de los súbditos y el de los nacionales, de la que surgen los problemas del "derecho de extranjeros".

II. El pueblo en sentido sociológico

E. Renau. Qu'est-ce qu' une nation?, 1982; *G. Rümelin*, Über den Begriff des Volkes, Kanzlerreden, 1907, 68 ss.; *M. Weber* WuG, 234 ss.; *M.H. Boehm*, Das eigenständige Volk, 1932; *Heller* StL, 148 ss.; *K. Stavenhagen*, Das Wesen der Nation 1934 Was bedeuten uns heute Volk, Nation,

Reich? (Schriftenr. d.F. Naumann Stiftung.) 1961; G. Zermatto, Vom Wesen der Nation. 1966.

Sobre 1: A. de Gobineau, Essai sur l'inégalité des races humaines, 4 vols. 1835-55 (al. 1939-40); H. St. Chamberlain, Die Grundlagen des 19. Jahrhunderts, 1899; *id.*, Rasse und Persönlichkeit, 1925; H. Liermann, Rasse und Recht, ZgesStW, 1928, 273 ss.; I. Schwidetzky (ed.). Die neue Rassenkunde, 1962; K. Saller (ed.) Rassengeschichte der Menschheit, 1968 ss.; G. L. Mosse, Rassismus, 1978.

Puede denominarse pueblo en sentido sociológico aquel conjunto de seres humanos que se sabe unido por un sentimiento de pertenencia nacional, fundado, por su parte, en una pluralidad de factores, como la afinidad racial, la comunidad de cultura (en especial de la lengua y la religión) y la comunidad de destino político. Considerada con mayor propiedad, la pertenencia nacional parece ser altamente compleja y problemática. En apariencia, no existe la pertenencia nacional en sí, sino más bien combinaciones múltiples de ella, y de gran diversidad en cuanto a su contenido y gradación. Un hombre puede sentirse ligado a otro por la lengua común o por la religión; a un segundo, por la afinidad de origen o la patria común; a un tercero por la misma ocupación o iguales intereses económicos o intelectuales; a uno más, por la comunidad de destino político. Cualquier combinación de factores representa, por lo visto, aquello que, a la ligera, se denomina "sentimiento de lo nacional" (*Nationalgefühl*), del que, en realidad, existen muy distintas variantes, dependiendo de sus componentes y su intensidad. En principio, solamente puede hablarse de pertenencia en el sentido de un concepto de uso aproximativo. Por lo pronto, se plantea la modesta tarea semántica de desentrañar el significado de los conceptos tradicionales de "pueblo" y "nación".

1. **Comunidad de origen.** El criterio de la comunidad de origen se impone como el más obvio. Este aspecto biológico, natural, se halla ya implícito en el significado semántico del concepto "nación", que proviene del vocablo *nasci*, nacer. Sin embargo, al intentar comprender a un pueblo, se cometería una burda parcialidad si se otorgara una importancia excesiva, o quizá única, al factor biológico racial. El historiador francés conde de Gobineau destacó enfáticamente este aspecto racial, y en Alemania, fue particularmente H. St. Chamberlain quien propagó la idea de la raza para que, finalmente, el nacional-socialismo, con meticulosidad muy germana, abusara de ella y la hiciera caer en el descrédito. Sin embargo, se incurriría en el extremo opuesto, si cerráramos los ojos ante el hecho de que los genes y la herencia también desempeñan un papel en la vida de los pueblos y de que los diversos rasgos corporales, de carácter y hasta espirituales que de tal modo se reúnen en los distin-

tos pueblos, influyen también sobre las concepciones jurídicas prevalecientes y la conformación de la vida del Estado.

Pero, ¿es la raza una magnitud biológica precisa que constituya unilateralmente el vínculo de nacionalidad? ¿No más bien surgen los pueblos de la comunidad de destino político y de cultura? ¿Existe en realidad una raza pura como condición biológica dada? Este punto es cuestionable por la misma imposibilidad práctica de hallar un criterio que defina la pureza de la raza. Sin lugar a dudas existe el francés típico, y aún más, el inglés típico, pero el origen biológico del pueblo francés actual se encuentra esencialmente en los celtas, romanos y varios troncos germánicos; el del tipo inglés lo hallamos primordialmente en los britanos, los pictos, los escoceses, los anglos, los sajones, y los normandos. Cuánta sangre celtíbera, fenicia, griega, romana, vándala, visigoda y mora corre por las venas de una española de "raza", es algo que sólo se presta a la especulación. Únicamente por la mezcla de siglos y por la adaptación biológica a la tierra y al clima, de la que ofrece una explicación la teoría darwinista, se ha formado gradualmente, a partir de ciertos elementos, un tipo humano más o menos homogéneo. Y quién podría probar que los elementos de una nueva raza se formaron nuevamente a partir de múltiples elementos raciales. "La verdad es que — así dice Renan (1882, sección II 1) — no existe una raza pura". No puede presuponerse a la raza como un dato; biológico fijo "dado de antemano y que constituyó automáticamente" tanto a la comunidad étnica como a la unidad estatal, sino que, con sobrada frecuencia y como lo afirmó con razón Heller (StL, 164 s.; TE, 181): "... fue la unidad del Estado... la que, al contrario, cultivó y creó la unidad 'natural' del pueblo y de la nación."

2. Comunidad de cultura. La pertenencia nacional no se funda, en modo alguno, sólo en la comunidad de origen y en la consiguiente afinidad de rasgos de los individuos, sino que, a menudo, se da aquélla en mayor grado a partir del hecho de que los hombres han conformado una comunidad cultural en el curso de la historia. Un factor particularmente significativo para la constitución de una nación es la lengua común. Pero ésta tampoco es determinante por sí sola, porque si los judíos que viven en la Diáspora se consideran verdaderamente un pueblo, la razón de ello no radica en la comunidad lingüística, sino en un mismo origen, y en todo caso, en la religión y un destino específico. Por otra parte, una asociación esperantista no constituye una nación. En forma similar, el *lord* inglés y un negro angloparlante de Alabama no pertenecen a la misma nación. Aparte del idioma, desempeñan una importante función otros

factores culturales. Así, por ejemplo, los serbios y los croatas se han considerado, durante largo tiempo, como dos pueblos distintos a pesar del idioma y la pertenencia racial comunes, porque faltaba la comunidad de confesión religiosa. Asimismo intervienen significativamente otros factores culturales como la moral social, las costumbres, la rutina y los hábitos. Las diferencias o semejanzas "en la barba y el cabello, vestido, modo de alimentarse, división del trabajo entre los sexos y todas las demás que saltan a la vista... pueden dar pie en algunos casos a atracción o repulsión entre gentes diferentes y, como reverso positivo, a la conciencia de comunidad entre gentes parecidas..." (M. Weber WuG, 236; ES, 317).

3. Comunidad de destino político. La comunidad de destino político es un factor de trascendencia. Los ingleses y estadounidenses tienen, en grado considerable, una comunidad de origen; hablan la misma lengua; no existen antagonismos religiosos entre ellos y, sin embargo, sienten pertenecer no sólo a estados diferentes, sino también a naciones distintas; esto se debe a que la Declaración de Independencia de 1776 disolvió la comunidad de destino político. Por razones similares, los suizos alemanes y los propios alemanes no se consideran una nación, a pesar de un origen, una lengua y una cultura comunes. Este factor de la comunidad política es tan significativo que frecuentemente, donde no se presenta, se desintegra también la comunidad étnica.

Por otro lado, la comunidad de destino político actúa a menudo como crisol de una nación, aun donde no existe la comunidad de origen, lengua y religión. Así, después de la invasión normanda, dos pueblos se fundieron en Inglaterra para crear una sola nación, y en los Estados Unidos los grupos más heterogéneos se han unido en una nación. En Suiza, la comunidad de destino político, intensamente vivida durante la Segunda Guerra Mundial, fortaleció el sentimiento de pertenencia nacional, que empezó a salvar las diferencias culturales, sobre todo las lingüísticas y religiosas.

En suma, puede afirmarse que la formación o desintegración de la comunidad de destino político, crea o destruye, a la larga, pueblos en sentido sociológico. Empero, este proceso es influido poderosamente por factores sociológicos. Por ejemplo, evoluciona con lentitud cuando la mentalidad predominante se resiste a la separación política, o viceversa, a la integración. Los polacos, por ejemplo, cuyo territorio nacional estuvo repartido durante siglo y medio entre Rusia, Prusia y Austria, retuvieron durante ese periodo una conciencia nacional común y continuaron siendo un pueblo. Los actuales habitan-

tes del Tirol del Sur, a su vez, no se consideran parte del pueblo italiano, a pesar de su prolongada pertenencia al Estado italiano.

4. El sentimiento de pertenencia nacional. La pertenencia nacional posee, sin ofrecer la menor duda, un elemento subjetivo. Heller (StL, 160; TE, 176) opinaba que los criterios objetivos "implican solamente ciertos supuestos y posibilidades de una conexión del pueblo, la cual, para que se convierta en realidad, ha de ser, en primer lugar, actualizada y vivida subjetivamente". Ya Renan (1882, sección III) ponía de relieve este factor al designar a la nación como "*une âme, un prince spirituel*". Este sentimiento de pertenencia actualiza no sólo rasgos comunes, objetivamente presentes, sino que posee igualmente un elemento, más o menos acentuado, de autorreferencia a una comunidad. En forma típico-ideal, Rümelin (1907, 109) destacó precisamente tal elemento, respecto del ejemplo de Ruth, al afirmar: "puedo librarme de todo, ir hacia los extraños y decir, como la antepasada del Rey David: tu pueblo será mi pueblo y tu Dios, mi Dios."

El sentimiento de pertenencia social no constituye un hecho homogéneo, sino altamente complejo y que a menudo es difícil determinar en sus particularidades. Al respecto desempeñan un papel todos los posibles componentes, diversos en su contenido y grado y que pueden entrecruzarse en formas múltiples, por ejemplo, la conciencia de una afinidad de carácter, condicionada genéticamente, la conciencia de un pasado histórico-político común o de una comunidad actual de destino político. De estos elementos pueden surgir variantes muy distintas del sentimiento de pertenencia ¿En cuál de ellas encuadra lo característico de la pertenencia nacional?

Heller sugería situar la cesura en el punto donde el sentimiento de pertenencia se condensa en una voluntad política, donde "un pueblo se esfuerza por mantener y extender su manera propia mediante una voluntad política relativamente unitaria" (Heller StL, 161; TE, 177). En ello podría residir el rasgo que distingue a la nación del simple "pueblo cultural", o mejor dicho, de la pluralidad de otras comunidades étnicas.

Pero, por su parte, el concepto de la "voluntad política relativamente unitaria" es nebuloso, en cuanto comprende todo un *continuum* de voluntad política, diversa en contenido y grado. El sentimiento de pertenencia de los miembros de un sindicato, o de un partido, puede condensarse en una voluntad política, sin que por ello se constituya una nación ¿De qué género es entonces la voluntad, políticamente relevante, del pueblo? Heller considera como decisivo el que "un pueblo se es-

fuerce por mantener y extender su manera propia", fórmula que, sin embargo, encubre la falta de autonomía del criterio subjetivo; la remite al hecho del "pueblo y su manera propia". La pertenencia ha de basarse en la existencia de rasgos objetivos comunes del tipo mencionado, pero el vocablo "pueblo" no indica con precisión una combinación determinada de tales caracteres objetivos.

Este breve intento de desentrañar el significado del término "pueblo", nos ha conducido al siguiente estado de cosas: encontramos tanto distintas combinaciones de rasgos comunes objetivos, como los diversos modos correspondientes de un sentimiento de pertenencia; en otras palabras, hallamos diversos géneros de comunidad. El concepto empírico tradicional de pueblo no expresa exactamente una combinación definida de dichos caracteres, objetivos y subjetivos, sino que "pueblo", en el sentido de uso lingüístico tradicional, es un concepto con un "halo conceptual", cuya extensión de significado engloba distintas mezclas de las relaciones de comunidad. Sus componentes objetivos más importantes son la comunidad de origen, de cultura (particularmente del idioma) y la comunidad de destino político. En el tipo ideal del pueblo estarían reunidos todos ellos, pero en el concepto de pueblo relevante en la práctica, es superfluo, al menos transitoriamente, uno a otro elementos. La comunidad nacional no es reductible a uno de estos factores; ninguno es decisivo por sí mismo, o indispensable en toda circunstancia.

III. La idea del Estado nacional y las minorías nacionales

H. Raschhofer, Hauptprobleme des Nationalitätenrechts, 1931; *G. Decker*, Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen, 1955; *K. Rabl*, Das Selbstbestimmungsrecht der Völker, 1963, 21973; *K. Renner*, Die Nation: Mythos und Wirklichkeit, 1964; *H. Kloss*, Grundfragen der Ethnopolitik im 20. Jahrhundert, 1969; *Th. Veiter* (ed.) System eines internationalen Volksgruppenrechts, I 1970, II 1972, III 1978; *W. Heidemeyer*, Das Selbstbestimmungsrecht der Völker, 1973; *D. Thürer*, Das Selbstbestimmungsrecht der Völker, 1976; *F. Ermacora*, *Th. Veiter*, Nationalitätenkonflikt und Volksgruppenrecht, I, 1977, II, 1978; *K. Rabl et al.*, Volksgruppenrecht, 1980; *G. Brunner*, *B. Meissner* (eds.), Nationalitäten Probleme in der Sowjetunion und Osteuropa, 1982.

Sobre 1: *J.C. Bluntschli*, AStL, 1882, 61886, 103 ss.; *F. Meinecke*, Weltbürgertum und Nationalstaat, 1907, 71928, Cap. I; *E.R. Huber*, Nationalstaat und Verfassungsstaat, 1965, 273 ss.; *K.R. Minogue*, Nationalismus, (ing. 1967)al. 1970; *K.W. Deutsch*, Nationenbildung-Nationalstaat-Integration. 1972; *Scheuner* St, 101 ss.

Sobre 2. *K.E. v. Turegg*, Minderheitenrecht, 1950; *Dahm* I, 393 ss.; *Berber* I. § 21 VII, § 57; *R. Grulich et al.*, Nationale Minderheiten in Europa,

1975; *E.H. Pircher*, *Der vertragliche Schutz ethnischer, sprachlicher und religiöser Minderheiten im Völkerrecht*, 1979.

Sobre 3: § 17 I 2; *F. Esterbauer et al.* (ed.), citado en el § 38; *F. Esterbauer* (ed.) *Regionalismus*, 1978; *L. Roemheld*, *Integraler Föderalismus*, II 1978. 153 ss.

1. La idea del Estado nacional. El principio de la nacionalidad obra dentro de la política como idea del Estado nacional y como problema de las minorías nacionales. La conciencia nacional, despertada sobre todo con motivo de las guerras de liberación contra Napoleón, así como la doctrina del espíritu popular y la nacionalidad del Romanticismo, que entendía a los pueblos como organismos vivos, forman el trasfondo histórico del principio del Estado nacional: "Cada Nación está llamada, y tiene derecho, a formar un Estado. Así como la Humanidad está dividida en un número de naciones, así debe dividirse el mundo en un número igual de estados. Por cada Nación, un Estado. Todo Estado, un ser nacional" (Bluntschli 1886, 107). En tanto que exigencia de un derecho de autodeterminación de los pueblos, esta idea del Estado nacional se ha empleado una y otra vez en la época más reciente como frase hecha y consigna de lucha política.

Grillparzer nos previno visionariamente del camino al que puede conducir el principio de la nacionalidad, cuando se convierte en una ideología unilateral y prepotente: es aquel que lleva de la "humanidad, a través de la nacionalidad, hacia la bestialidad". Pero si se le reduce a proporciones razonables, entonces corresponde a la "nación", precisamente en el mundo moderno, un importante papel: en tanto que comunidad de cultura y de destino histórico-político, es capaz de integrar a los hombres, y pertenece a aquellas formaciones sociales que cumplen con una significativa función de resguardo para una humanidad cada vez más desarraigada (§ 7 III).

2. El problema de las minorías. El problema de las minorías nacionales se revela cuando el principio del Estado nacional no se ha realizado plenamente, cuando los fragmentos de una nacionalidad extraña se han incrustado en el pueblo principal del Estado. Constituyen un caso próximo a nosotros los daneses de nacionalidad alemana, y los alemanes de nacionalidad danesa, que residen en Nord-Schleswig y la frontera sur de Dinamarca, respectivamente, y, además, los tirolese del Sur, que pertenecen al Estado italiano. Es evidente que tales minorías corren un peligro, especialmente grave, de verse acorraladas en la forma democrática de Estado, en la que impera el principio de la mayoría. Ello tiene su reverso en las tendencias de las minorías nacionales a separarse del Estado y en los es-

fuerzos de la Madre Patria por "traer a casa" (*heim ins Reich holen*) a sus nacionales, a los "irredentos" que habitan un territorio extranjero.

En ocasiones se permite a las minorías nacionales decidir, mediante una votación, a qué Estado ha de pertenecer el territorio que ocupan, solución que corresponde al ideal de la autodeterminación de los pueblos. La garantía de la libertad de emigración, el intercambio de poblaciones y la expulsión, son medios más enérgicos para desligar de un Estado a una minoría de nacionalidad ajena.

Mientras no se elimine el problema de las minorías a través de estas medidas, se plantea la necesidad de protegerlas. Esta protección puede perseguir dos propósitos: por un lado, la equiparación jurídica individual de los miembros de la minoría con los del pueblo principal, sobre todo en el aspecto de los derechos de libertad, los derechos políticos y los derechos a recibir prestaciones del Estado; por el otro lado, la protección del grupo como tal, en su singularidad étnica, especialmente en su lengua, sus costumbres y usos. Este segundo aspecto se encuentra en primer plano, cuando se garantiza a la minoría la práctica de su lengua nacional en la escuela y su equiparación al idioma oficial en el territorio de la minoría.

El artículo 1, inciso 2 de las Actas del Congreso de Viena, del 9 de junio de 1815, convenido en favor de las minorías polacas en Prusia, Austria y Rusia, abrió el camino a la protección de las minorías nacionales. Tuvo como contraparte, por citar un ejemplo más, el Tratado de las Minorías del 28 de junio de 1919, celebrado entre las potencias vencedoras y Polonia, ahora en favor de los alemanes, austriacos, húngaros y rusos que residían en el recién creado Estado polaco. El ejemplo de la protección a las minorías prueba también la insuficiencia básica de las garantías puramente jurídicas contra los poderes políticos. En el Tirol del Sur quedó demostrado que, a pesar de extensas medidas jurídicas, una minoría nacional, cerrada y consciente de su origen, corre peligro sólo por la emigración interna masiva de los miembros del pueblo principal.

3. El regionalismo. El "regionalismo" moderno no se conforma con la protección jurídica de su singularidad étnica, sino que demanda fundamentalmente una organización multicentral de los Estados, conforme a su división étnica. Reivindica una amplia autonomía para los grupos nacionales independientes y regionalmente asentados.

Esta exigencia se relaciona con la de un adecuado desarrollo, económico y cultural, de las regiones, para lo cual deben crearse, en lo político, económico y cultural, centros de grave-

dad regional. Asimismo debe terminarse con la extendida explotación regional, consistente en destinar, en medida desproporcionada, a una región central los recursos recaudados en todo el país, ya sea con propósitos culturales o médicos, y ello en perjuicio de la "provincia". Con demandas de este género, el regionalismo rebasa el estrecho programa de la política étnica y desemboca en los programas más generales del principio de subsidiariedad y la federalización (§ 17 I 2), pero también en la idea de la depuración cooperativa de los conflictos (§ 3 I 3); la federalización es también apropiada para reducir los conflictos étnicos y regionales y para llevarlos a un compromiso.

En suma, el regionalismo busca revertir ese exagerado centralismo nacional que, con fuerza creciente, se ha impuesto a partir de la Revolución Francesa (§ 23 III) y que no condujo precisamente al respeto por el principio de las nacionalidades, sino a una mayorización de las minorías nacionales. Aún en comparación con la precedente época de las dinastías, esto significó un retroceso, porque en aquel entonces las regiones de Europa independientes en lo étnico y cultural y que habían sido incorporadas a otros territorios bajo el dominio de una dinastía, podían, por lo común, conservar su singularidad étnica e históricamente desarrollada, en especial sus peculiaridades étnicas y sus estructuras sociales típicas. Con frecuencia preservaban también sus derechos especiales y, en ocasiones, incluso una representación estamental propia. De ahí que dichos territorios pudieran cambiar de soberano, a través de acuerdos de paz, de sucesiones dinásticas o de algún otro modo, sin menoscabo de su carácter nacional propio.

En la Europa Occidental de hoy, son portadores de las tendencias regionalistas, con acentos predominantemente étnicos, los tirolese en Italia, los eslovacos en Austria, los vascos y catalanes en España, los bretones y alsacianos en Francia, los escoceses y galeses en la Gran Bretaña.

IV. Los nacionales

M. Lichter. Die Staatsangehörigkeit nach deutschem und ausländischem Recht. 1943, ²1955; *A. Makarov*, Allg. Lehren d. Staatsangehörigkeitsrechts. 1947, ²1962; *Dahm I*, 444 ss.; *Berber I*. § 56; *Menzel-Ipsen*, § 24; *R. Grawert*, Staat und Staatsangehörigkeit, 1973: *Bleckmann*, 137 ss.

Bajo el aspecto jurídico es posible agrupar a la totalidad de los nacionales, que no equivalen al pueblo en sentido sociológico ni se identifican con el número de los sometidos al poder estatal.

1. El *status* jurídico especial de los nacionales. La nacionalidad es un *status* jurídico del que se derivan derechos y deberes específicos (*cf.*, § 34 I 1):

La calificación específica que en la democracia se asocia típicamente a la ciudadanía es el *status* del *citoyen*, la ciudadanía activa, el derecho de participar en la formación de la voluntad del Estado (es decir, el *status activus*). Por el contrario, en el caso de los derechos de libertad (*status negativus*), la condición jurídica especial de los nacionales se manifiesta esencialmente sólo en la distinción entre derechos humanos y derechos cívicos. En la medida que los derechos fundamentales sean formulados como derechos humanos, serán válidos para todos. Los derechos cívicos son válidos únicamente en favor de los ciudadanos y de quienes se les equiparen. Asimismo, los derechos públicos a "las prestaciones positivas del Estado en interés del individuo" (*status positivus*), por ejemplo los derechos a la asistencia social, son otorgados, en principio, sólo a los nacionales. Dependiendo del caso, conviene examinar si tal derecho a una prestación se concede exclusivamente a los ciudadanos o a todo residente del territorio estatal.

A los derechos de la ciudadanía corresponden ciertos deberes especiales (*status passivus*) que tienen igualmente su base en la nacionalidad; ejemplos comunes de ello son el servicio militar obligatorio, y el deber de servir en ciertos cargos públicos, como los de escabino o jurado.

2. Adquisición y pérdida de la nacionalidad. La nacionalidad se adquiere por naturalización o por efecto de la ley. Como caso principal tenemos la adquisición, por ley, a través del nacimiento, ya sea según el *jus soli* o el *jus sanguinis*. En los Estados en los que rige el *jus soli*, toda persona que nazca dentro de sus territorios, adquiere también su nacionalidad. Por lo regular, contemplan este modo de adquisición los Estados que desean vincularse a los hijos de los inmigrantes. En cambio, el *jus sanguinis* significa que los hijos adquieren la nacionalidad de sus padres. Por este principio, que corresponde a la idea del Estado nacional, optan aquellos Estados que consideran un incremento indeseable a los hijos de extranjeros y, por otro lado, desean integrar en ellos a los hijos de sus nacionales cuando han nacido fuera del país. El constituyente alemán se decidió por el *jus sanguinis*, mientras que en los países angloamericanos impera, aunque con modificaciones, el *jus soli*.

La nacionalidad puede perderse por efecto de la ley o por un acto de autoridad. Precisamente aquí se ponen de manifiesto los principios rectores de la colaboración entre los derechos de nacionalidad de los diversos Estados: en lo posible, debe evi-

tarse la nacionalidad múltiple o la existencia de apátridas; asimismo debe concederse la misma nacionalidad a los miembros próximos de una familia (pertenencia familiar). En consecuencia, es frecuente que en el derecho de la nacionalidad aparezca como causa legal de su pérdida la adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera (prevención de la nacionalidad múltiple). Conforme al derecho de algunos Estados, la nacionalidad se pierde también por el matrimonio con un extranjero, en la expectativa de que la mujer adquiera, por ley, la nacionalidad de su marido o, en todo caso, pueda adquirirla con mayor facilidad (prevención de la nacionalidad múltiple; pertenencia familiar). En aquellos lugares donde existe igualdad jurídica del hombre y la mujer, en lugar de esta pérdida y adquisición automáticas de la nacionalidad, la mujer tiene la posibilidad de optar por la adquisición de la nacionalidad del marido y la renuncia a la suya, a costa de la pertenencia familiar estricta. Por efecto de un acto especial de soberanía, la nacionalidad se pierde cuando alguien renuncia a ella. En varios países, sin embargo, no se permite esta renuncia, sobre todo con el fin de que los sujetos al servicio militar obligatorio no lo evadan.

3. Nacionalidad múltiple y apátridas. Ya que los diversos Estados no han armonizado entre sí su derecho de la nacionalidad, puede suceder que alguien posea, a un tiempo, varias nacionalidades, convirtiéndose en un *sujet mixte*; así, por ejemplo, cuando la mujer, al contraer matrimonio con un extranjero, no pierde su nacionalidad, según el derecho de su patria y, a la vez, adquiere la nacionalidad del marido, conforme al derecho a que éste está sometido. Por otro lado, puede darse el caso de la apatridia si, en el ejemplo mencionado, la mujer pierde su nacionalidad conforme al derecho de su país, pero según el derecho de la nacionalidad del otro Estado, no adquiere la nacionalidad de su esposo. La nacionalidad múltiple y la apatridia son indeseables por cuanto, en el primer caso, puede presentarse un conflicto de deberes, y, en el segundo, se da con facilidad la falta de protección.

§ 12. El territorio del Estado

Jellinek, 394 ss.; *Kelsen* AStL, § 24; *F. Giese*, en: HDStR I, 225 ss.; *W. Hamel*, Das Wesen des Staatsgebiets, 1933; *Dahm* I, 538 ss.; *Menzel-Ipsen*, §§ 23, 53 ss.; 59 s.; *Krüger*, 87 ss., 820 ss.; *K. Vogel*, Der räuml. Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, 1965, 43 ss.; *Bleckmann*, 125 ss.; *Doehring*, 100 ss.; *Stern*, § 7 I.

I. Del Estado de asociación de personas al Estado territorial

§ 9 II; *O. Brunner*, Land und Herrschaft, 1939, ⁵1965, 165 ss.; 357 ss.; *Mitteis-Lieberich*, caps. 20 II 1. 22 I 4, 31 I 1; *Th. Mayer*, Mittelalterliche

Studien, 1959, 350 ss., 471 s.; *Krüger*, 858 ss.; *O. Kimminich*, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 1971, 109 ss.; *Grawert* (citado en el § 11 IV), 78 ss.; *W. Ullmann*, *Souveränitätsbegriff im Spätmittelalter*, en: *F.f.N. Grass*, I 1974, 14 ss., 22 ss.

Un elemento de referencia, esencial para la unidad de una asociación de dominación es, en el moderno Estado territorial, precisamente su territorio, como el espacio dentro del cual pueden ejercerse las facultades de regulación de esta asociación, es decir, el Estado moderno es una "corporación territorial".

Un territorio delimitado no es una magnitud necesariamente definitoria de una asociación de dominación: baste echar un vistazo a los pueblos nómadas más organizados, como, por ejemplo, bajo el dominio de Gengis Kan. También las comunidades de las cuales surgieron más tarde los Estados territoriales, se hallaban unidas, en las etapas tempranas de su evolución, predominantemente por lazos personales — los grupos de familias y las tribus por un origen común; las asociaciones feudales por el vasallaje — aun cuando a la vez reivindicaran el territorio habitado. Durante las grandes invasiones bárbaras fue particularmente notorio el papel preponderante de la base personal, y no territorial, de la unidad en la asociación de dominación.

Una consecuencia del pensamiento jurídico, referido a una asociación personal, fue el principio de la personalidad de las leyes según el cual, cada quien estaba sometido al derecho de su tribu, de manera que el tribunal real franco aplicaba el derecho franco a los francos, y el alamanico a los alamenos (*Vogel* 1965, 44 s.). De este esquema conceptual derivó, asimismo, el vacío jurídico en que se hallaba el extranjero, a quien se consideraba fuera del orden jurídico de la asociación de dominación, así se encontraba en lo personal bajo la protección del rey.

Por el contrario, el principio territorial significa que un territorio delimitado constituye la base de la unidad de la asociación de dominación. Este principio tiene, en parte, raíces muy antiguas y, en parte, otras más recientes. Tomando como ejemplo la historia alemana, la ocupación de las marcas, que se remonta hasta la época de los carolingios, borró las diferencias entre las tribus y permitió la aparición del sentimiento de una pertenencia territorialmente fundada; esto tuvo su expresión en que la gente se denominara de acuerdo con el territorio poblado, Bajo Federico Barbarroja surgieron, como nuevo tipo, los ducados territoriales de Austria, Estiria, Wurzburg y Wesfalia, al lado de los ducados tribales, más antiguos (*Mitteis-Lieberich*). También las grandes talas medievales pudieron

haber desempeñado un papel, ya que el dominio sobre una tierra talada es, en primer lugar, dominio territorial. Además, el desarrollo de las marcas urbanas permitió el nacimiento del concepto de una región soberana territorialmente determinada. Asimismo, a las disposiciones sobre el orden público pudo asociarse la idea de la inviolabilidad de un territorio de dominación. De la demarcación territorial de la jurisdicción episcopal, a saber, su extensión y limitación a las diócesis episcopales, era natural que se derivara también la noción de una soberanía territorial. (Ullmann 1974, 22 ss.)

Rousseau (Contrato social, I 9) señaló un indicio lingüístico de la nueva conciencia política, al escribir que los monarcas de la Antigüedad

se llamaban reyes de los persas, de los escitas, de los macedonios y consideraban más como jefes de hombres que como dueños del país. Los de hoy se denominan más hábilmente reyes de Francia, de España, de Inglaterra, etcétera. Poseyendo así el terreno, están seguros de poseer también a sus habitantes.

Con la formación progresiva del principio de territorialidad, el extranjero que permanece en el territorio se equipara jurídicamente, cada vez más, a los súbditos de la asociación de dominación (Vogel 1965, 60 ss.), lo cual no impide que el derecho interno mismo (esto es, completamente sobre el terreno del principio de territorialidad) haga una distinción entre nacionales y no nacionales (§ 11 IV). En la teoría del Estado, es sobre todo el concepto de soberanía (§ 9 III) el que deviene en fundamento de la idea de la inviolabilidad del territorio de dominación. Para Hobbes (Leviatán, cap. 21), todo el que entra en los dominios de otro queda sujeto a todas las leyes de ese territorio. Bajo el aspecto de la doctrina del contrato político, señaló Pufendorf (*De jure naturae et gentium*, VII 2 § 20) que quien se encuentra en el territorio de un Estado, se somete tácitamente a su poder y renuncia a su libertad natural.

De la consolidación del poder de dominación en el Estado absolutista (§ 9 II) provino la idea de la impermeabilidad del poder de dominación territorialmente delimitado (§ 10 I). A la consolidación del poder estatal en lo interno corresponde una delimitación cerrada hacia el exterior (III). Con la aparición de un poder homogéneo de dominación sobre un territorio espacialmente delimitado culmina la transformación de un Estado de asociación de personas en un "Estado institucional de superficie" (Th. Mayer). De tal manera se desarrolla el hecho político correlacionado con el principio de territorialidad: *quid quid est in territorio, est etiam de territorio* (Hamel 1933, 30 s.).

Es compatible con el principio de fronteras cerradas el que, a modo de enclave, una porción del territorio perteneciente a un Estado se halle separada de éste y rodeada por el territorio de otro Estado.

II. El territorio como ámbito estatal de dominación

F. C. v. Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 1865, 1880, 65 ss.; *C. v. Fricker*, Vom Staatsgebiet, 1867; *id.*, Gebiet und Gebietshoheit, 1901; *E. Radnytzky*, Die rechtl. Natur des Staatsgebiet. AöR 20 (1906), 313 ss.; *ID.*, Meeresfreiheit und Meeresgemeinschaft, AöR 22 (1907), 416 ss. *W. Hernichh*, Kritik der Gebietstheorien, 1926; *H. Michel*, Raumordnung und Raumplanung im Strukturbild des modernen Staates, 1958; *Berber I*, §§ 43 ss.; *Ermacora*, 982 ss.; 1096 ss.; *Verdross-Simma*, 502 ss.; *E. Wirth*, Theoretische Geographie, 1979.

El territorio es un ámbito de dominación específicamente soberano. La evidencia de este hecho resultó empañada, en particular, por la teoría patrimonialista, la cual, obviamente en concurrencia con otros enfoques, desempeñó una función hasta el siglo XIX (§ 15 III). Sin muchas consideraciones, esta teoría subsumía el territorio bajo el concepto romano del *patrimonium* (que designaba a las posesiones heredadas del padre), y concebía al soberano como el nudo propietario del territorio. Este enfoque patrimonialista se manifestó en algunos pactos sucesorios y conflictos hereditarios entre los soberanos.

Al imponerse la distinción entre el *dominium* de derecho privado y el *imperium* soberano, quedó de manifiesto el elemento específicamente soberano del poder del Estado. Tal distinción, conocida ya por los posglosadores, condujo, apenas en el siglo XIX, a una explicación, universalmente reconocida, de los conceptos de poder y territorio del Estado (Jellinek, 404 s.; TGE, 349 s.). El *imperium*, el poder de regulación, sólo puede ejercerse sobre los seres humanos (§ 15 III). Bajo este aspecto, el territorio del Estado aparece entonces como el ámbito espacial en el que se desenvuelve el poder estatal ejercido sobre los hombres que lo habitan, como "el escenario de la dominación" (E. Zitelmann).

Desde la perspectiva jurídica, y expresado en conceptos jurídicos, este "escenario de la dominación estatal" es un ámbito espacial de validez de ciertas normas. Pero ¿de qué ámbito se trata?

En principio, no hay en el concepto del Estado territorial algo por lo cual el ámbito espacial de validez de todas las normas estatales deba reducirse, en todos los casos, al territorio. Las normas jurídicas del Estado bien pueden prescribir

consecuencias jurídicas internas para aquellas personas o acontecimientos que se encuentren o se produzcan fuera del territorio propio, por ejemplo, a los actos punibles que cometa en otro país un ciudadano o también un extranjero.

Lo esencial es que para la realización de actos de soberanía — tales como la expedición y ejecución de las sentencias judiciales, conforme a las leyes penales mencionadas— las competencias del Estado se limiten a su propio territorio (a menos que estas competencias no le sean concedidas por otro Estado en su territorio). Jurídicamente hablando, el territorio estatal es un ámbito de competencias.

La soberanía territorial tiene un lado positivo y uno negativo. Positivamente, significa que todo el que se encuentre en el territorio estatal, está sujeto al poder del Estado. Negativamente, implica que no puede ejercer, dentro del territorio estatal, autoridad soberana alguna que no se derive del poder de regulación del propio Estado. Sin embargo, esto no es obstáculo para que, en virtud de su poder, el propio Estado excluya de su intervención soberana a los agentes diplomáticos y les garantice extraterritorialidad (cumpliendo, al mismo tiempo, con una obligación internacional) o que conceda, dentro de su territorio, algunas facultades soberanas a ciertas instituciones (ejemplo: la facultad impositiva de las iglesias). Además, en base al convenio de servidumbres internacionales, positivas o negativas, puede el Estado conceder a otro, en su territorio, algunas facultades soberanas o bien, abstenerse de ejercer, en su territorio también, derechos de soberanía propios (ejemplo: la creación de una zona desmilitarizada). El Estado puede otorgar a un enclave o aquellas partes del territorio (por ejemplo, un valle) que desde el punto de vista técnico de la comunicación es más fácil alcanzar desde un Estado vecino, el *status* de zona libre y, de acuerdo con el Estado vecino, someterlas al régimen aduanero y monetario de éste. Asimismo, tratándose de la integración interestatal, el Estado puede conferir a una organización supranacional la facultad de realizar actos jurídicos con efectos internos directos.

Es obvio que el territorio del Estado puede examinarse no solamente bajo el aspecto normativo, sino también bajo el de las ciencias sociales, según el cual, el territorio se presenta igualmente como momento importante de la integración de una comunidad. Esta función la posee, en tanto que patria, paisaje natural y cultural vividos en común, como campo de una actividad y habilidad comunes en la cultura, la civilización y la técnica, como terreno de un destino político común. La geografía misma ha centrado su atención en la conexión entre

el territorio y la existencia política de un Estado. Hoy día se halla muy lejos de sobreestimar las determinantes geográficas naturales, y acentúa la interdependencia entre los factores naturales, económicos, sociales y políticos (Wirth 1979, 229 ss.).

III. La extensión del territorio del Estado

W. Schade, *Wesen und Umfang des Staatsgebiets*, 1936; *Berger I*, §§ 45 ss.; *Seidl-Hohenveldern VR*, Rdn. 859 ss.; *M. A. Dausés*, *Die Grenze des Staatsgebietes im Raum* 1972; *O. Rojan*, 200 sm-Wirtschaftzone, Meeresfreiheit und Hochseesfischerei, *Jb. F. Int. Recht*, 1976, 73 ss.; *Verdross-Simma*, 521 ss.; *D. Ch. Dicke*, *Die europäischen Gemeinschaften und das Problems der seerechtl. Wirtschaftszonen*, en: *F. f. F. Klein*, 1977, 65 ss.; *A. Lemper*, *Die III. UN-Seerechtskonferenz*, 1977; *B. Ruster*, *Die Rechtsordnung des Festlandsockels*, 1977; *K. Buschbeck*, *Weltraumrecht in den Vereinten Nationen*, *Z. f. Luft- und Weltraumrecht* 1979, 205 ss.; *T. Eitel*, *Völkerrecht und Meeresnutzung*, *JZ* 1980, 41 ss.

Si bien en las antiguas asociaciones de dominación desempeñó alguna función el elemento de la expansión territorial, estuvo ausente, sin embargo, la idea de una delimitación exacta, mediante una línea cerrada, de este territorio. Los Estados se formaron a partir de focos aislados (Roma, Ile de France, el gran ducado de Moscú, etcétera), y la concepción del ámbito territorial de dominación permaneció anclada en un pensamiento sobre "puntos de apoyo", sobre "sitios estratégica y políticamente significativos". Y durante largo tiempo, las zonas y marcas fronterizas, es decir, anchas franjas limítrofes, permanecieron como antecedentes de una demarcación cerrada, precisa y lineal. Fue apenas la noción moderna de un poder estatal impermeable y válido para un territorio, la que condujo consecuentemente al concepto del *territorium clausum* y a su delimitación tajante respecto del Estado vecino, a través de una línea fronteriza claramente definida, la cual elimina las intersecciones de las esferas de dominación y permite la exacta determinación, conforme a un criterio territorial, del ámbito de validez de la autoridad estatal (Krüger, 20 ss.; Vogel 1965, 43 s.).

El territorio del Estado no es bi sino tridimensional, no es un plano sino un cuerpo que se extiende en el espacio hacia arriba y abajo de la superficie terrestre.

No obstante, el poder del Estado está condicionado por la posibilidad fáctica de su ejercicio eficaz (§ 9 III 2), lo cual se muestra también en la determinación de los límites jurídicos

del territorio estatal. Esta determinación fue sólo posible cuando el poder estatal estuvo también en situación de defender una frontera precisa de su territorio. El control de lecho como supuesto mínimo para atribuir una zona al territorio estatal, desempeñó un papel decisivo en la fijación los límites externos de las aguas territoriales, definidas en el siglo XVIII, como la zona marítima que, desde tierra, podía mantener bajo control el fuego de artillería; de este modo se llegó al límite de las 3 millas. El verdadero criterio empleado para tal fin se contiene en este pensamiento: "*potestatem terrae finire, ubi finitur armorum vis*" (C. van Bynkershoek *De dominio maris*, 1744, cap. 2). Sobre y bajo la superficie terrestre, la soberanía jurídica sobre el territorio no sobrepasa la dominación fáctica, esto es, se extiende hasta donde pueda penetrar técnicamente la actividad del Estado.

Si bien la posibilidad de imponer los derechos de dominio del Estado es *conditio sine qua non* para la atribución jurídica de un espacio al territorio estatal, ello no significa, por otro lado, que éste deba extenderse al ámbito que vaya siendo susceptible de control. Aun después de haber extendido la anchura de las aguas territoriales a doce millas marinas (véase *infra*) este límite queda, con mucho, dentro de la zona que puede controlar actualmente la técnica en armamentos. A pesar de la creciente posibilidad de control en el derecho espacial, se tiende a limitar el poder territorial al espacio aéreo; no obstante, es difícil que se imponga esta restricción, si (en contravención el artículo IV del Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre, de 1967) se llega a hacer uso de la posibilidad técnica de emplazar en el espacio sistemas de armamento que afecten a territorios extranjeros.

Entre los límites horizontales del territorio estatal se distinguen las fronteras terrestres, fluviales, de aguas internas y marítimas.

Las fronteras terrestres son líneas imaginarias que se definen mediante una descripción geográfica (las cumbres más altas de una cordillera, los grados de longitud y latitud, etcétera) o por medio de una demarcación artificial.

Si los ríos se toman como límite, la línea fronteriza se traza (salvo pacto en contrario): en los no navegables, por la línea media entre ambas orillas; en los navegables, por el canal continuo más profundo (*Talweg*) del lecho del río; en los puentes, por su punto medio.

Si varios Estados colindan en aguas internas, la línea fronteriza corre, salvo pacto en contrario, por el punto medio entre

las orillas. Son aguas internas, en este sentido, los lagos y aguas marítimas internas, a saber: los puertos, las desembocaduras de los ríos, los fiordos, las bahías, hasta el punto en donde se abren hacia el mar en más de 24 millas marinas.

Respecto de la costa marina, debe diferenciarse entre varias líneas fronterizas, en correspondencia con el hecho de que la soberanía territorial disminuye gradualmente en dirección al mar:

La soberanía territorial se extiende sin límites hasta la línea de base, esto es, la línea del nivel del mar durante la marea baja. La zona que se halla dentro de estos límites es, sin restricción alguna, parte del territorio del Estado. En costas muy accidentadas, la línea de base puede consistir en una recta que siga la configuración general de la costa y que está marcada por puntos claramente reconocibles.

La línea de base marca, al mismo tiempo, los límites internos de las aguas territoriales y paralelamente a ella corre su límite externo. La anchura de las aguas territoriales así delimitadas, se fijó anteriormente, según se dijo, en 3 millas. Siguiendo una difundida tendencia a expandir este límite, la Convención Internacional sobre Derecho del Mar, de 1982 (y que todavía no entra en vigor), prevé en forma general una zona de mar territorial de 12 millas, aunque la práctica internacional se ha adelantado a esta regulación en múltiples ocasiones; como consecuencia de lo anterior, los estrechos marítimos de importancia para la navegación internacional han pasado a ser territorio estatal soberano; de ahí que la Convención regule específicamente el paso a través de estrechos y archipiélagos. La soberanía territorial de un Estado sobre sus aguas costeras se halla limitada, en lo esencial, en cuanto debe permitir el paso inocente (pero no la pesca) a los buques mercantes extranjeros y, según una opinión debatida, también a las naves de guerra; solamente en razón de algunos pocos hechos estrictamente definidos, puede ejercerse poder de coacción sobre las naves extranjeras en tránsito pacífico. Respecto del espacio aéreo sobre las aguas territoriales no existe una limitación correlativa de la soberanía.

Hoy día, los Estados tienen además el derecho de explotar los recursos naturales situados en la plataforma continental frente a sus costas, y de excluir de esta explotación a los demás Estados.

Aparte de la plataforma continental, la Convención sobre Derecho del Mar (véase *supra*) ha concedido en general a los Estados ribereños una "zona económica" que se extiende 200 millas mar adentro, en la cual estos Estados ejercen el derecho

exclusivo de la explotación económica, incluyendo la pesca. Anticipándose a la respectiva regulación internacional, numerosos Estados han reclamado los derechos mencionados sobre una zona de 200 millas.

En altamar, el poder soberano del Estado se extiende a las embarcaciones que justificadamente portan su pabellón, pero en el momento de atracar un puerto extranjero, se someten al poder del Estado portuario.

IV. Modificaciones del territorio del Estado

Dahm I, 474 ss. y 581 ss.; *W. Schätzel*, Das Recht des völkerrechtl. Gebietserwerbs, 1959; *Berber* I, § 54; *Seidl-Hohenveldern* VR. Rdn. 834 ss., 1035 ss.; *Verdross-Simma*, 557 ss.

Se hace una distinción múltiple entre la adquisición derivada y la originaria del territorio estatal, dependiendo de que sea cedido por un Estado a otro, o de que éste ejerza, originariamente y por propio derecho, su poder sobre el territorio (ejemplo: ocupación). Esta clasificación se debe a la anticuada concepción, según la cual el territorio estatal es objeto de derechos privados o públicos, adquiridos por sí o derivados de otros. De acuerdo con la teoría de las competencias, en cambio, todos los modos de adquisición suponen igualmente de la ampliación de la supremacía de competencias del Estado adquiriente sobre el nuevo territorio. En lo particular, se distingue entre ocupación, anexión, prescripción, cesión y adjudicación.

Ocupación es la adquisición de un territorio sin dueño, que no debe confundirse con los conceptos de *occupatio bellica* y de *occupatio pacifica* en el derecho internacional, los cuales se refieren a la ocupación de un territorio ajeno, pero sin ser incorporado jurídicamente.

La anexión es la incorporación unilateral, no derivada de tratado, de un territorio extranjero en el propio. Son ejemplos de ellos la anexión de Hannover por Prusia en 1866, o la anexión de las repúblicas boeras por Inglaterra en el año de 1900. Existe controversia sobre la anexión como fundamento jurídico del incremento de territorio, sobre los criterios de su legitimidad y en cuanto a que ésta sea, y en qué grado, un presupuesto de la validez jurídica de una anexión (modo de adquisición sustituto: prescripción). Motivo concreto de esta discusión fue la cuestión de si los Estados de Abisinia, Austria, Polonia y Checoslovaquia habían desaparecido por anexión en los años treinta.

La cesión es el traspaso de territorio, contractualmente convenido, de un Estado a otro. Desempeñan un papel especial las cesiones de territorio mediante los tratados de paz. Por lo regular, tienen como consecuencia que se disponga, por ley, el cambio de la nacionalidad de los residentes del territorio cedido. Con el fin de no lastimar en demasía la conciencia nacional de los afectados, a menudo se les concede la posibilidad de optar por su anterior Estado. Mediante declaración unilateral (opción) pueden entonces conservar o adquirir de nuevo su nacionalidad primitiva.

Por adjudicación se entiende el traspaso de un territorio a la supremacía de competencias de otro Estado, como efecto de un laudo arbitral.

NOTAS AL CAPITULO III

(a) artículo 79 (1) "La presente Ley Fundamental no podrá ser modificada sino por una ley destinada expresamente a complementar o modificar su texto. En el caso de tratados internacionales referentes a un arreglo de paz, a la preparación de un arreglo de paz o a la abolición de un régimen de ocupación, o destinados a servir a la defensa de la República Federal, será suficiente, para aclarar que las disposiciones de la presente Ley Fundamental no se oponen a la conclusión y a la entrada en vigor de tales tratados, incluir en el texto de la Ley Fundamental un agregado que se limite a dicha aclaración.

(2) Una ley de este carácter requiere de aprobación de dos tercios de los miembros del Parlamento Federal y de dos tercios de los votos del Consejo Federal.

(3) Es inadmisibles toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en *Länder* o al principio de la cooperación de los *Länder* en la legislación o a los principios consignados en los artículos 1º y 2º"

(b) artículo 25: "Las normas generales del Derecho Internacional Público son parte integrante del derecho federal. Estas normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal".

(c) artículo 24 (1) "La Federación podrá transferir derechos de soberanía mediante ley, a instituciones internacionales".

**Capítulo IV. Conceptos fundamentales del derecho
de la organización**

§ 13. El Estado como persona jurídica	97
§ 14. Los órganos del Estado.....	101

Capítulo IV. Conceptos fundamentales del derecho de la organización

§ 13. El Estado como persona jurídica

§ 24 III; *H.J. Wolff*, *Organschaft und juristische Person*, 2 vols., 1933/34; *Wolff-Bachof* §§ 32, 34, 74, 75; *U. Häfelin*, *Die Rechtspersönlichkeit des Staates*, I 1959; *Ermacora*, 124 ss., 924 ss., 1075 ss.

La teoría de los órganos estatales se ocupa del modo como el Estado puede obrar con eficacia jurídica. La construcción teórica de dicha acción orgánica se relaciona con la cuestión de si es posible, y en qué forma, concebir al Estado como unidad con capacidad jurídica de obrar, es decir, como persona jurídica, según el uso lingüístico tradicional.

I. Antiguas teorías sobre la persona jurídica

J. Binder, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, 1907, 1 ss., 8 ss.; *H. Rhode*, *Juristische Personen und Treuhand*, 1932, 29 ss.

Sobre 1: *F.C.v. Savigny*, *Sistema del derecho romano actual* (al. II 1840) §§ 60 ss., 85 ss.; *O.v. Gierke*, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, III 1881, 279 ss., 362 ss.

Sobre 2: *O.v. Gierke*, *Genossenschaftstheorie*, 1887; *id.*, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, 1902; *E. Hölder*, *Natürliche und juristische Personen*, 1905, 42 ss.

1. La teoría de la ficción. A partir de los posglosadores se difundió la opinión de que, por naturaleza, sólo eran jurídicamente capaces los hombres, y que únicamente a través de una ficción podrían considerarse las comunidades como titulares de derechos y deberes. Savigny remitía esta opinión a la idea de la autonomía, en cuanto la capacidad jurídica sería expresión de la autodeterminación y la libertad individuales:

Todo derecho es la sanción de la libertad moral inherente al ser racional, y por esto la idea de persona o sujeto de derecho se confunde con la idea de hombre, pudiéndose formular la identidad primitiva de ambas ideas en estos términos: Todo individuo y sólo el individuo tiene capacidad de derecho (Savigny, §§ 60, 85).

De acuerdo con lo anterior, el individuo capaz de determinarse es sujeto de derecho por naturaleza. Para atribuir subjetividad jurídica y capacidad de obrar a otras formaciones, se recurrió a la ficción de que semejante persona existía; se le imaginó como una persona ficticia, de modo que el derecho positivo podía, "arrancando, por decirlo así, dicha capacidad del individuo, crear artificialmente una personalidad jurídica" (Savigny, § 60), seres "*ficticios* a los cuales se les llama personas jurídicas, es decir, que no existen sino para fines jurídicos". (Savigny, § 85).

A partir de esta postura básica es concebida también la acción de las personas jurídicas, ya que para "realizar la idea de la persona jurídica, es necesario crear una representación que supla de una manera artificial su incapacidad de obrar... Resulta esta representación de la constitución" (Savigny, § 96).

2. La doctrina de la persona colectiva real. Tiempo después se refutó la teoría de la ficción argumentando que no existen "personas morales, ni ficticias, ni jurídicas, sino sólo seres humanos" (A. Brinz, *Pandekten I*, 1873, §§ 59 s.). Así, pues, en sentido estricto, ¿puede un Estado o una ciudad ser persona, es decir, sujeto de derecho (lo que negaba Brinz)?

Gierke, quien respondió afirmativamente esta cuestión, compartía, en principio, el punto de vista de Savigny, al afirmar que "para ser sujetos de derecho, son aptos exclusivamente los portadores del poder de la voluntad humana" (1887, 23, 608 s.). Pero, contrariamente a Savigny, creía que las asociaciones eran organismos vivos supraindividuales, con capacidad para producir una voluntad real (§ 4 II). Si esto era cierto, no se requería de ficción alguna para atribuirles capacidad jurídica. Así, era titular de derechos y deberes la unidad vital supra-individual, verdaderamente existente, de la corporación: el municipio como sujeto de derecho, el Estado como persona jurídica. En pocas palabras, es sujeto de derecho la asociación real, organizada y que actúa a través de sus órganos.

La idea de que la asociación es un organismo real, está íntimamente relacionada con la teoría de la acción corporativa, en cuanto la unidad de voluntad y acción de la persona colectiva (*Gesamtperson*) se manifiesta jurídicamente a través de sus "órganos" (1887, 615). Es la "persona colectiva misma que quiere y obra a través de su órgano", a semejanza del individuo

que actúa "por medio del ojo que ve y la mano que escribe". El ser comunitario posee "en cada órgano una fracción de sí mismo y como personalidad que quiere y actúa, es plenamente congruente con el respectivo órgano en funciones" (1887, 623 ss.). Según otra imagen, el órgano es mostrado como representante. Este, a su vez, es entendido como alguien que actúa por cuenta de otro: un sujeto de derecho obra por otro. Esta imagen puede relacionarse también con el concepto de la representación. Entonces el Estado está "presente" en sus representantes (§ 23 II 1).

Las objeciones a la teoría de Gierke sobre la persona jurídica apuntan ya hacia la suposición básica de una voluntad supraindividual real, puesto que atribuye inadmisiblemente el fenómeno síquico de la voluntad (comprensible directamente sólo en el individuo) a las comunidades, en las cuales nunca podrá comprobarse de manera empírica inmediata, una voluntad real supraindividual como hecho síquico (§ 4 II).

II. La persona jurídica como esquema de imputación

A Haenel, Deutsches Staatsrecht, I 1892, 99 ss., 106 s.; *Kelsen* AStL, 66 ss.; *id.* RR, 178; *H. Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre, 1941. ²1948, 178 ss.

Si se abandona la suposición insostenible de una persona colectiva real, subsiste el hecho de que, en última instancia, los mandatos jurídicos obligan siempre a ciertos hombres y que, a fin de fuentes, son siempre determinados hombres los que toman y exteriorizan las decisiones jurídicamente relevantes. Por tanto, los derechos y deberes de las "personas jurídicas" significan que determinados individuos, como el presidente de un municipio o el jefe de una oficina de hacienda, estén obligados a realizar ciertos actos, o que éstos puedan producir determinados efectos jurídicos.

No obstante, cuando se dice que determinadas comunidades (corporaciones) y organismos (institutos y fundaciones), jurídicamente constituidos, están autorizados u obligados, ello sólo puede significar lo siguiente: que los razonamientos jurídicos se construyen como si tal comunidad u organismo (lo mismo que la persona física) existe como sujeto unitario de imputación. De este modo puede decirse, por ejemplo, que una sociedad debe pagar el precio de una compraventa.

Pero ya que el derecho es un orden de la conducta humana, tal proposición contiene una afirmación incompleta: la obligación atribuida a la "sociedad" debe "traducirse" primero en un deber específico de algún ser humano, por ejemplo, de la

junta directiva de aquélla. Así, pongamos por caso que el señor Pérez (en su calidad de directivo de la sociedad) está autorizado y obligado a cubrir el susodicho precio en la forma estatuida, a partir de una masa patrimonial definida (el "patrimonio de la sociedad"). Únicamente con una proposición así se logra una regulación funcional y viable de la conducta.

La argumentación anteriormente expuesta no es otra cosa que una construcción escalonada de deberes o facultades jurídicos de determinados hombres, dentro de la cual la "persona jurídica" funge sólo como medio de imputación racionalmente construido.

Quando se habla de determinados deberes jurídicos o facultades de una "persona jurídica", éstos deben poder "traducirse" siempre en una afirmación sobre ciertos deberes o competencias de seres humanos determinados. Para ello son necesarias ciertas "reglas de traducción" normativas, proporcionadas por la constitución (en especial, por las reglas de competencia) de la comunidad u organismo. De estas disposiciones se infiere quién (la junta directiva de la sociedad, el jefe de la oficina de hacienda, el director del instituto, la directiva de la fundación), y de qué modo, tiene que cumplir con ciertos deberes o ejercer ciertas facultades (competencias) que se atribuyen constructivamente a determinada "persona jurídica". Por ello es que las comunidades u organismos, constituidos jurídicamente, también pueden actuar como sujetos unitarios de imputación, es decir, como "personas jurídicas".

De este modo, la "persona jurídica" sirve como un expediente técnico-jurídico para simplificar las regulaciones complejas de deberes y facultades. La simplificación consiste en tomar como unidad de imputación a la comunidad o institución constituida por ley o estatuto. Los razonamientos jurídicos que le son aplicables se construyen lo mismo que si se tratara de una persona física. El procedimiento es similar al que emplean las matemáticas al sustituir un término numérico complejo con una letra, con la que se continúan por el momento las operaciones, pero siempre en la posibilidad de "retraducirla" al término complejo, "solucionándolo". En el derecho, esta "solución" es la determinación más precisa del individuo autorizado u obligado y del alcance de sus derechos y deberes, lo que se desprende, como ya se dijo, de la constitución o del estatuto de la asociación, la fundación o el instituto (§ 141 I).

Según el orden jurídico positivo de que se trate, no sólo pueden ser sujetos de imputación jurídico-técnica el Estado, los municipios, etcétera, como totalidad, sino también sus diversos órganos. No obstante, por lo regular, éstos no se convertirán en

sujetos unitarios de imputación frente a todo el orden jurídico, sino únicamente respecto de determinado complejo de normas, tal como un ordenamiento procesal; en estos casos puede hablarse de una "capacidad jurídica parcial". Así, por ejemplo, al prever controversias jurídicas entre los órganos estatales supremos, el derecho procesal constitucional de un Estado puede considerarlos partes en la controversia.

La imputación jurídica cubre únicamente un aspecto formal de la organización. La unidad del Estado no sólo es presentada normativamente, sino que también es creada fácticamente, a través del orden jurídico y constitucional. El orden de normas y competencias actúa como esquema para una específica coordinación de la conducta humana y de esta manera posee, a la vez, una función fáctica de integración (§ 7 I).

§ 14. Los órganos del Estado

Forsthoff, 430 ss.; *P Meyer*, Die Verwaltungsorganisation, 1962; *Wolff-Bachof* §§ 71 ss. (bibl.); *Krüger*, 253 ss.; *Ermacora*, 875 ss.; *Herzog* 93 ss.

I. Ambitos de función institucionalizados

Sobre 2: §§ 31 III; 37 II 2, IV 1.

Sobre 3: §§ 3 I 2; 23 III; 37 II 2; 39 I; *Jellinek*, 625 ss.; *Kelsen* AStL, 163 ss.; *H Peters*, Zentralisation und Dezentralisation, 1928; *Wolff-Bachof*, § 77 I; *O Uhlitz*, Dekonzentration und Dezentralisation oder abhängige und unabhängige Dezentralisation?, en: *Gedächtnisschr. f. H. Peters*, 1967, 248 ss.; *F Wagener* (ed.), Regierbarkeit? Dezentralisation? Entstehung?, 1976.

Sobre 4: *K. Obermayer*, en: *J. Mang et al.*, Staats- u. Verwaltungsrecht in Bayern, 1962, 1975, 195 s., 473 s.; *Wolff-Bachof*, §§ 74 III, 78; *F Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, 263 ss.

I. Los cargos y sus titulares. Así, pues, el Estado como persona jurídica, es un esquema de imputación (§ 13 II). Este se divide en una estructura de ámbitos de función, que son tareas delimitadas ("officia" = deberes) y facultades de regulación (como las del parlamento), que ejercen los "titulares" ("Inhaber") de dichos ámbitos de función por cuenta de la persona jurídica, a la que tales actos le son atribuidos constructivamente en la forma descrita.

Estos ámbitos de función ("cargos") quedan definidos y consolidados en forma permanente ("institucionalizados") por el estatuto organizativo de la persona jurídica. Son estatutos organizativos del Estado, en este sentido, no sólo las normas constitucionales organizativas, sino también otras disposiciones de

menor jerarquía (como, por ejemplo, la ley orgánica de tribunales).

A estas últimas pertenecen especialmente las normas de competencia, que confieren a determinados cargos la facultad de tomar ciertas decisiones jurídicamente relevantes, es decir, crear deberes, modificarlos, anularlos o declarar sus consecuencias jurídicas. Estas disposiciones complementan a las normas jurídicas materiales y, junto con éstas, forman sectores del sistema de regulación jurídica.

Las disposiciones organizativas establecen los cargos en forma abstracta, de acuerdo con el género y alcance de sus tareas y facultades (por ejemplo, los juzgados municipales). En lo particular, se les instituye mediante actos concretos de organización (ejemplo: el juzgado municipal de Erlangen).

La institucionalización de los cargos no establece todavía una organización estatal capaz de actuar, ya que primero deben asignarse estos ámbitos de función a determinadas personas ("titulares" o "encargados") (II).

El cargo, como ámbito institucionalizado de tareas y competencias, debe diferenciarse de su titular, que es la persona a la que corresponde ejercer las funciones de ese cargo. Este subsiste independientemente de un cambio de titular. Tal distinción entre el cargo y el individuo que lo ocupa, la encontramos ya en los *Consilia* de Baldo: "*Imperator in persona mori potest, sed ipsa dignitas, officium Imperatoris est immortale*" (Jellinek, 563; TGE. 460). La sociología moderna conoce esta situación como la separación del papel y la persona (Luhmann RS, 86, 92).

2. La distribución básica de las funciones estatales. La distribución horizontal de las funciones del Estado equivale, por lo regular, a las clases principales de las atribuciones estatales de regulación: legislación, gobierno, administración y jurisdicción (§ 31 III).

En el Estado federal se efectúa un reparto vertical de estas funciones entre los órganos centrales de la federación y los órganos de los Estados miembros (*cfr.*, § 39 I).

En términos generales, una distribución de las tareas y facultades de decisión es usual en las esferas de la administración y la jurisdicción. Existe, por tanto, una jerarquía, una serie de instancias, tanto de autoridades administrativas como de tribunales:

La instancia superior debe revisar las resoluciones de la inferior mediante un recurso admisible, y si éste es fundado, debe revocarlas (efecto devolutivo de los recursos).

En la administración, la instancia superior puede, además, regular el ejercicio de la discrecionalidad por la instancia

subordinada, ya que a menudo las leyes conceden un margen de discrecionalidad a las autoridades administrativas para su actuación, con el fin de que puedan adaptarse a las exigencias concretas de la situación respectiva. La instancia superior puede ordenar, en forma general (mediante disposiciones administrativas) o concreta (a través de instrucciones particulares), cómo deben hacer uso de esta facultad las instancias inferiores.

La división horizontal y vertical de las atribuciones mediante un orden de competencias, no solamente funciona como esquema de coordinación (§ 9 III 3), sino que también delimita cada competencia y controla su ejercicio, contribuyendo así a la realización del Estado de derecho (§ 31).

3. En particular, sobre el problema de la centralización. Los conceptos de "centralización" y "descentralización" aluden a un problema fundamental de la distribución adecuada de las funciones. En su amplio significado anterior, denotaban la tendencia, en un Estado, a concentrar las competencias en un organismo, o bien, a distribuirlas entre una pluralidad de órganos estatales o sujetos administrativos autónomos (*cfr.*, también § 23 III).

Hoy día, el concepto de centralización se emplea generalmente en un sentido más estricto. Conforme a un difundido uso lingüístico, este concepto significa el principio del ejercicio de las funciones administrativas por la administración directa del Estado. Descentralización significa, en cambio, el principio de cesión de tareas administrativas, en lo posible, a organismos administrativos independientes, como, por ejemplo, a los municipios o distritos, a los institutos o fundaciones de derecho público, que son organizaciones con personalidad jurídica propia. Pero ya que desempeñan tareas públicas (como "órganos mediatos del Estado"), su actividad se encuentra sujeta a la vigilancia estatal, en una parte, respecto de su legalidad ("vigilancia jurídica") y, en otra, en el aspecto de la oportunidad (*Zweckmäßigkeit*) de su actuación, en este caso ligada a ciertos derechos de instrucción, generalmente limitados ("vigilancia técnica").

Se habla de concentración si dentro de uno y la misma entidad administrativa se reúnen las más funciones posibles en una autoridad. Por desconcentración se entiende el principio de distribución de las actividades administrativas entre varias autoridades del mismo organismo. Concentración y desconcentración pueden actuar horizontal o verticalmente. Existe una desconcentración vertical cuando en el Estado se confían funciones administrativas a las autoridades estatales subordinadas (y no a unidades organizativas, jurídicamente autónomas). La desconcentración horizontal se presenta cuando en un mismo

plano de la administración se crean autoridades específicas, tales como los ministerios, para los diversos sectores en particular. Por el contrario, es el caso de la concentración horizontal si, por ejemplo, se intenta salir del paso con el menor número posible de ministerios, o si, en un nivel inferior de la administración, se agrupan en una autoridad tantas atribuciones como sea posible (por ejemplo, en una circunscripción administrativa).

Un uso lingüístico discrepante sitúa, en forma algo distinta, el límite entre descentralización en sentido estricto y desconcentración: así, se trata de "desconcentración" cuando los miembros de la organización están totalmente sujetos a las instrucciones de una instancia central; y de "descentralización" si gozan de una mayor independencia en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, si únicamente se hallan sometidos a una supervisión jurídica central o, en todo caso, a una vigilancia limitada de la oportunidad de su actuación. Esta delimitación conceptual tiene la ventaja de vincularse más a las funciones mismas, pero, por otro lado, es menos tangible en su aplicación que la primeramente mencionada.

Sobre el problema de la centralización en sentido amplio es válido, en forma general, lo siguiente:

Existirá una propensión a la tramitación centralizada de asuntos cuando se pretende encontrar y realizar una concepción global, donde está en primer plano el interés en la unidad jurídica o una administración unitaria. Así, pues, incluso los motivos de la unidad del derecho favorecen la expedición central de las normas generales, como las de derecho civil, el mercantil o del tránsito de vehículos. La regulación y la administración centrales contribuyen asimismo a la defensa y a la compensación de intereses suprarregionales; tal es el caso, por ejemplo, en la construcción y el mantenimiento de las vías regionales de comunicación o en las cuestiones suprarregionales de la conservación y distribución de los recursos hidráulicos. La administración central puede servir al eficaz desempeño de aquellas funciones que las unidades administrativas descentralizadas no pueden desarrollar con igual eficiencia, por ejemplo, porque topa rápidamente con límites de competencia territorial; éste sería el caso de la persecución de los delitos.

Por otro lado, una administración excesivamente centralizada corre el peligro de distanciarse de los ciudadanos. Una centralización muy amplia entorpece la funcionalidad de la organización, ya que provoca la inundación de las instancias centrales con información de importancia secundaria y las dispersa en decisiones insignificantes. La ley del grado decreciente de la eficiencia es también válida para las grandes autoridades, ine-

vitables en una administración centralizada: cuantas más dependencias se acumulen en una autoridad, tanto mayor es la "fricción interna", tanto más se multiplican las interferencias internas de las competencias, lo que lleva a que varios expertos tomen parte en un mismo procedimiento; en igual medida se entorpece el proceso de decisión.

En cambio, la descentralización permite la división de las funciones en esferas de administración aprehensibles y facilita una tramitación objetiva (*sachnahe*), es decir, que toma en cuenta las necesidades y peculiaridades del caso particular. Por medio de la descentralización se logra, en especial, liberar a las instancias centrales de una inundación de información y de la necesidad de tomar demasiadas decisiones.

Al ceder una parte del procesamiento de la información y la responsabilidad de la decisión a las unidades subordinadas, se fomenta a la vez su compromiso en favor de la organización. En especial, la descentralización es un medio para crear unidades organizativas, dentro de las cuales sea posible la autonomía y la participación democrática de los ciudadanos en relación a ámbitos de vida abarcables (§§ 17 I 2; 23 III).

Sin embargo, la organización descentralizada del Estado requiere órganos supraordinados de control y coordinación. La coordinación objetiva es necesaria siempre que las unidades de decisión descentralizadas no sólo administren los asuntos de sus propias y delimitadas esferas, sino también cuando sus decisiones repercutan sobre contextos globales más amplios (§ 23 III). En tales casos, es necesaria la coordinación en interés de una administración unitaria y compatible con la política global. Dicha coordinación puede ocurrir a través de normas jurídicas y de la inspección estatal; ésta tiene a su disposición, como instrumentos de coordinación, sobre todo las disposiciones administrativas generales y las instrucciones concretas (I 2). No obstante, la coordinación, puede efectuarse también mediante prácticas cooperativas, representadas, con sus fallas y ventajas, en el modelo del federalismo (§ 39 I 3).

No es posible satisfacer en grado máximo las exigencias de una actividad estatal a la vez objetiva e inmediata, pero también coordinada, eficiente, "sin fricciones" y económica. Por ello, cada vez hay mayor conciencia de que la cuestión de la descentralización es un problema de optimización, es decir, consiste en la tarea de crear unidades organizativas que, según sea el caso, realicen un compromiso óptimo entre las necesidades antagónicas de objetividad e inmediatez, autonomía y autorresponsabilidad, por un lado, y de una regulación uniforme, coordinación y responsabilidad global, por el otro.

4. **La creación de autoridades.** Por su naturaleza jurídica, los actos de organización de autoridades son normaciones generales si tienen por efecto una modificación general del orden de competencias, es decir, cuando a través de ellas sufre un cambio la "institucionalización abstracta de los ámbitos de función jurídicamente relevantes", descritos al principio. Tal es el caso cuando se crea o se suprime toda una clase de autoridad que tiene competencias jurídicas, o cuando se modifican, en general, las atribuciones de autoridades ya establecidas.

Por el contrario, el establecimiento, supresión o modificación de las diversas autoridades, son actos particulares que de hecho tienen un efecto general: aquí no se modifica una norma general de competencia, sino más bien el conjunto concreto de autoridades, es decir, el estado de cosas del que parte una norma general de competencia (por ejemplo, con el supuesto "la oficina sanitaria competente").

Así, por ejemplo, la división de una autoridad tiene el efecto general de que la autoridad recién creada, y no la antigua, sea ahora competente en relación al incalculable número de medidas administrativas pertinentes en su ámbito territorial de competencia. Los actos de organización de esta clase regulan entonces, por su contenido explicativo, un estado de cosas concreto, pero producen modificaciones de competencia que serán relevantes para un número indeterminado de personas (al momento de la regulación), si bien, sólo como "simple" efecto de hecho. Por tanto, se equiparan a las normaciones generales respecto de esta relevancia para un círculo todavía indefinido de personas. A fin de cuentas se trata de una forma mixta del tipo fundamental de la normación general (que, por su contenido explicativo y sus efectos, comprende en forma general a las situaciones y las personas) y aquel de los actos particulares (que afectan en lo individual a las situaciones y las personas). De ahí se plantea la cuestión de cuáles sean los instrumentos jurídicos, desarrollados para dichos tipos fundamentales (posibilidades de impugnación, requisitos de publicación, etcétera), que deban aplicarse a tales formas mixtas. Por ejemplo, resulta natural la exigencia de dar la misma publicidad a las modificaciones en el conjunto de autoridades que afectan a un número indeterminado de ciudadanos (por efecto de hecho) que a las normas jurídicas.

Lo habitual es que las disposiciones de competencia confieran atribuciones a una autoridad en conjunto y no a determinadas dependencias de la misma. Por ello, no se afecta el tráfico jurídico si dentro de una autoridad se crean o eliminan dependencias, o cuando se modifica la distribución de asuntos entre las oficinas existentes.

II. La transmisión de los cargos públicos

Wolff Bachof. § 73 III.

Para crear una organización estatal capaz de actuar, no basta con regular un orden general de competencias (I) y establecer las autoridades concretas (ámbitos de función), previstas en él (I 4), sino que determinadas personas deben ocupar primero los cargos así creados.

Una persona puede ocupar un cargo, ya sea por ley o por un acto especial de nombramiento: así, por ejemplo, el monarca hereditario detenta las funciones de su cargo por efecto directo de la ley, a saber, en virtud de un derecho constitucional escrito o no escrito. Aparte se encuentran los casos en que alguien recibe su cargo de manos de otro órgano del Estado. Tales actos de designación deben provenir invariablemente de un órgano estatal ya existente. Así, alguien puede ser nombrado para un cargo judicial o administrativo, según las disposiciones vigentes, ya sea por el jefe de Estado, por un ministro o por otra autoridad o también directamente a través de una elección por parte de la ciudadanía activa.

Las elecciones de diputado para el órgano legislativo del Estado constituyen casos particularmente importantes de la designación de los órganos estatales. En ellos actúa como órgano estatal designante la totalidad de quienes poseen derecho al voto. El derecho electoral activo que aquí se ejerce, es un derecho orgánico, que corresponde básicamente a los ciudadanos, de participar en el nombramiento de los órganos del Estado. Es claro que las elecciones políticas no se agotan en el nombramiento del electo para un cargo, sino que con motivo de ellas se toman decisiones políticas objetivas y decisiones en favor de los políticos de mayor jerarquía, detrás de quienes se encuentra el diputado en particular (§ 24).

III. Competencias dependientes

Kelsen AStL, 280 ss.; *C. Schmitt VL*, 293 ss.; *H A Schwarz-Liebermann v. Wahlendorf*, *Struktur u. Funktion der sog. Zweiten Kammer*, 1958; *Loewenstein VL*, 181 ss.; *H Biehl*, *Die Gegenzeichnung in parlam. Regierungssystem usw.*, 1971; *Herzog*, 250 ss.; *T. Jaag*, *Die Zweite Kammer im Bundesstaat*, 1976; *A. Schulz*, *Die Gegenzeichnung*, 1978; *Stern*, §§ 27 I, 30 II 7.

En numerosos casos, los órganos del Estado únicamente pueden realizar sus funciones en colaboración con otro órgano.

Las técnicas cooperativas contribuyen a unificar el saber técnico (*Sachkunde*) de diversos órganos estatales y, además, para el control y la representación de determinados intereses.

Un conocido ejemplo de dicha necesidad de colaboración es el refrendo en la monarquía constitucional, en que los actos del monarca sólo adquirirían eficacia cuando habían sido refrendados por el ministro responsable (§ 21 I 1). También en algunas constituciones democráticas (como en el artículo 58 LF)^(a) se encuentra el requisito del refrendo para los actos del jefe de Estado.

Otro ejemplo del concurso necesario de varios órganos del Estado es la participación del parlamento y el jefe de Estado en la creación de una ley, a través de su aprobación y promulgación (§ 31 III).

Un caso importante de colaboración es, además, el sistema bicamaral que, en sentido estricto, significa que el poder legislativo está compuesto de dos cámaras y que, para la expedición de una ley, es necesaria la aprobación de ambas. Mientras que en este sistema una de las cámaras se integra con los diputados del pueblo, la otra puede ser una representación estamental o, tratándose de los estados federales, una representación de las entidades federativas. La división de la competencia sirve para procurar voz y participación a los intereses estamentales o federalistas.

La Cámara inglesa de los Lores (*House of Lords*) es una representación estamental a la que pertenecen alrededor de 850 miembros de la nobleza inglesa y escocesa en calidad de *Peers* (pares) hereditarios, aparte de unos 190 *Peers* designados vitaliciamente; además, son miembros vitalicios de esta cámara los 9 jueces Lores, 2 arzobispos y 24 obispos, en razón de su cargo. Hasta 1911, la cámara alta podía paralizar una ley aprobada por la cámara baja, por lo que, hasta ese momento, podía calificársele como segunda cámara en sentido estricto. Desde la *Parliament Act* del mismo año, la cámara alta no posee derecho de veto frente a las leyes financieras y, respecto de las demás leyes, goza sólo de un veto suspensivo.

La organización federal de los Estados Unidos, Suiza y la Rusia Soviética condiciona sus respectivos sistemas bicamarales. En los Estados Unidos, el poder legislativo lo ejerce el Congreso, que se compone de la Cámara de Representantes y el Senado. En tanto que la Cámara de Representantes es la representación de todo el pueblo; los senadores, de los cuales cada entidad federativa envía dos, deben representar a los diversos estados. Esto era más notorio en un principio (cuando los cuerpos legislativos de cada estado nombraban a los senadores), que

hoy día, en que también son electos por el pueblo. En el Estado federal suizo, el órgano legislativo, la Asamblea Federal, se integra con el Consejo Nacional y el Consejo de los Estados, que es una representación de los diversos cantones. En la Unión Soviética, que es también un Estado federal, el Soviet Supremo está constituido por una Cámara del Pueblo (el Soviet de la Unión) y una Cámara de las entidades federativas (el Soviet de las Nacionalidades) (§ 43 II 1).

En la República Federal de Alemania, al lado del Parlamento Federal (*Bundestag*), electo por el pueblo, se halla el Consejo Federal (*Bundesrat*), al que envían delegados los gobiernos de las entidades federativas (*Länder*). No puede hablarse aquí, sin reservas, de un sistema bicameral en sentido estricto, porque únicamente algunas leyes federales (las así llamadas *Zustimmungsgesetze*) requieren de la aprobación del Parlamento y del Consejo federales. Contra la adopción de otras leyes, el Consejo Federal sólo puede interponer — después de llevarse a cabo un infructuoso procedimiento de mediación — una impugnación (*Einspruch*) que, sin embargo, puede superar el Parlamento Federal.

IV. Formación de la voluntad en las instituciones

§ 37 II 2; *Forsthoff*, 443 ss.; *Wolff-Bachof*, § 75 II, III.

Sobre 1: *R. Höhn*, *Verwaltung heute. Autoritäre Führung oder modernes Management*, 1970; *C. Reichard*, *Managementkonzeptionen des öffentlichen Verwaltungsbetriebes*, 1973, 90 ss., 114 ss.; *J. Wild*, *MbO als Führungsmodell*, en: *Die Verwaltung*, 1973, 283 ss.; *E. Laux*, *Führung und Führungsorganisation in der öffentlichen Verwaltung*, 1975 (bibl.); *P. Eichhorn*, *P. Friedrich*, *Verwaltungsökonomie*. I 1976. 345 ss. 360 ss.; *K. Seemann*, *Abschied von der klassischen Ministerialverwaltung*, 1978, 30 ss.

Sobre 2: *P. Dagoglou*, *Kollegialorgane und Kollegialakte der Verwaltung*, 1960; *R. Herzog*, en: *EvStL*, 1547 ss.

1. Organos monocráticos. Se llama monocrático a un órgano cuando es suficiente la decisión de voluntad de una sola persona para el ejercicio de sus funciones. En este sentido, no sólo son monocráticas las autoridades unipersonales, sino también las de carácter colectivo, pero monocráticamente estructuradas, en las que todas las decisiones deben atribuirse al jefe de la autoridad, sea porque él mismo las dicte o porque sus colaboradores actúen por cuenta de él y bajo sus instrucciones. A ello responde el que pueda, en principio, avocarse y resolver todos los asuntos.

Los conceptos modernos de la dirección buscan una dis-

tensión en esta rígida estructura monocrática, o cuando menos, en el estilo de la gestión monocrática:

Si bien el director de una autoridad fija (dentro del margen de discrecionalidad existente) los objetivos y los puntos esenciales, obligatorios en última instancia, en la actividad de la autoridad, deberá hacerlo ya con la participación de sus colaboradores y la utilización de sus conocimientos técnicos en dichos procesos de definición de objetivos. Por lo demás debe delegar en sus colaboradores subordinados ámbitos de actividad, para su tramitación responsable. Esta exigencia puede manifestarse en una estructura (coactiva) de dirección o en un estilo de gestión basado solamente en recomendaciones, e implica que el jefe de la autoridad no se avoque las funciones que ha delegado. En segundo término, debe respetar, en lo posible, la discrecionalidad de sus colaboradores, es decir, dar instrucciones cuando sea estrictamente necesario. En tercer lugar, no debe tratar oficialmente con colaboradores subordinados distintos de los directamente situados bajo él ("saltar instancias" (*Durchregieren*)).

Por otra parte, los colaboradores deben decidir con independencia dentro de su ámbito de atribuciones y no regresar a sus superiores la responsabilidad que se les ha confiado ("retrodelegación" de la responsabilidad). Por el contrario, por propia iniciativa deben informar a sus superiores sólo en la medida necesaria para que éstos conserven una visión de los ámbitos de función delegados, y conozcan los hechos relevantes para su responsabilidad total. Además, por sí mismos deben informar y hacer participar a sus colaboradores de igual o menor jerarquía, en tanto se requiera para permitir un despacho oportuno de sus tareas.

Junto con la responsabilidad, en los cargos debe descentralizarse también el compromiso, en la medida compatible con las necesidades de una administración coordinada. Debe alentarse la iniciativa y la imaginación de los colaboradores subordinados, a fin de que capten y aborden por sí mismos los problemas abiertos. La práctica consiste en dar al mayor número posible un ámbito de responsabilidad y acción "propias", se sirve de la experiencia de que cada quien se preocupa preferentemente de las cosas que se le presentan y atribuyen como esfera de desarrollo, trabajo y responsabilidad personales. A través de una administración adaptada a la naturaleza humana, debe aumentar en conjunto la "capacidad de solución de problemas" del aparato de autoridades, así como su adaptabilidad a las nuevas situaciones (§ 3 I 3).

Una forma de transición hacia los órganos colegiados: pero que jurídicamente debe encuadrarse todavía entre los órga-

nos monocráticos, son las autoridades que cuentan a su lado con un consejo consultivo, que solamente tiene voz, mientras que la decisión misma recae en la autoridad monocrática.

2. Organos colegiados. Por el contrario, en los órganos colegiados genuinos, la decisión es producto de la colaboración de un colegio. Los "cuerpos" legislativos y los tribunales colegiados son ejemplo de órganos colegiados. El principio de colegialidad es uno de los instrumentos con que puede ejercerse el control de poderes (como control intraórgano; *cfr.*, § 31 II 1). A la vez, asegura que una discusión más o menos detenida anteceda a toda decisión. Es también un instrumento que permite la participación de técnicos, representantes de grupos de intereses (§ 26 IV 2) y ciudadanos en la decisión de una autoridad. Son desventajas de una decisión colegiada los costos personales y temporales del procedimiento y la imprecisión de la responsabilidad.

Por lo general, la formación de la voluntad de un órgano está regulada en los reglamentos internos, los ordenamientos procesales y otras disposiciones procedimentales. Al respecto cabe destacar dos cuestiones de gran importancia: cuántos miembros del órgano deben estar presentes para que esté en aptitud de deliberar, y cuántos de ellos deben votar para que se produzca un acuerdo.

Comúnmente los órganos colegiados sólo están capacitados para tomar un acuerdo cuando se halla presente un cierto número mínimo de sus miembros (el *quorum*). Así, por ejemplo, el Parlamento (*Bundestag*) de la República Federal de Alemania está en condiciones de resolver cuando más de la mitad de sus miembros está presente en la sala de sesiones (§ 49, inciso 1, de su Reglamento interno). Por regla general, los tribunales colegiados sólo están facultados para pronunciar una resolución si están presentes todos los miembros convocados a resolver el caso particular (excepciones en los §§ 15, inciso 2 y 16, inciso 2, de la Ley de Tribunal Federal Constitucional alemán)^(b). Una vez integrado el órgano, para tomar una decisión se requiere unanimidad, o bien una mayoría relativa, absoluta o calificada.

En sentido estricto, unanimidad significa el consentimiento positivo de todos. Si la unanimidad es un requisito esencial, el acuerdo se malogra por la abstención de un solo miembro. Si únicamente existe un derecho de veto, el acuerdo es válido hasta que es impugnado.

La mayoría relativa implica la proporción máxima de votos en favor de una de varias alternativas. Tal mayoría puede bastar cuando se someten a decisión dos o más alternativas, por

ejemplo, cuando debe elegirse a una de varias personas. A modo de hipótesis, puede suceder que A reciba el 40% de los votos, B el 35% y C el 25%, en cuyo caso la mayoría relativa es para A (ejemplo: artículo 63, inciso 4 LF).^(c)

La mayoría absoluta supone el consentimiento de más de la mitad.

Se habla de mayoría calificada en los casos en que no bastan la mayoría absoluta ni la relativa de los votos, sino una proporción mayor específicamente definida; por ejemplo, una mayoría de los dos tercios (así, el artículo 79, inciso 2 LF).^(d)

La unanimidad, las mayorías absoluta y calificada pueden referirse al número legal de los miembros del órgano, al número de los presentes al momento de la votación o al total de los votos emitidos (es poco usual referir la unanimidad sólo al número de los votos emitidos). Así, por ejemplo, el artículo 42, inciso 2 LF, prescribe la mayoría de los votos emitidos, y el artículo 63, inciso 2,^(e) la mayoría de los votos, pero en base al número legal de los miembros del órgano colegiado.

NOTAS AL CAPITULO IV

(a) Artículo 58 "Las disposiciones y resoluciones del Presidente Federal deberán ser refrendadas, para su validez, por el Canciller Federal o por el Ministro Federal competente en cada caso. Esto no rige para el nombramiento y el relevo del Canciller Federal, la disolución del Parlamento Federal a que se refiere el artículo 63 y el requerimiento mencionado en el artículo 69, inciso 3".

(b) § 15 (2) "Cada sala estará en aptitud de deliberar cuando esté presente un número mínimo de seis jueces. En el procedimiento conforme al § 13, núms. 1, 2, 4 y 9, se requiere en cada caso una mayoría de los dos tercios de los miembros de la sala, si la resolución es desfavorable a la parte contraria del reclamante. En los demás casos, decide la mayoría de los miembros de la sala que participen en la resolución, en tanto que la ley no disponga otra cosa. En caso de empate, no puede declararse una infracción a la Ley Fundamental u otro derecho federal".

§ 16 (1) "Si en una cuestión de derecho una de las salas desea apartarse de la opinión sustentada en una resolución de la otra sala, sobre la divergencia decidirá el pleno del Tribunal Federal Constitucional".

(2) "Este está en condiciones de resolver cuando se encuentran presentes dos terceras partes de los jueces de cada sala".

(c) Artículo 63, (1) "El Canciller Federal es elegido sin debate por el Parlamento Federal a propuesta del Presidente Federal.

(2) Resulta elegido el que reuniere los votos de la mayoría de los miembros del Parlamento Federal. El electo deberá ser nombrado por el Presidente Federal.

(3) Si la persona propuesta por el Presidente Federal no resultare elegida por el Parlamento Federal, éste podrá elegir por más de la mitad de sus miembros, un Canciller Federal dentro de los catorce días siguientes a la votación.

(4) Si en dicho plazo no se realizare la elección, se efectuará de inmediato otra votación, resultando elegido el que reciba la mayoría simple de los votos. Si el electo reuniere los votos de la mayoría de los miembros del Parlamento Federal, el Presidente Federal deberá nombrarlo dentro de los siete días siguientes a la elección; si no alcanzare dicha mayoría, el Presidente Federal dentro de los siete días, deberá nombrarlo o disolver el Parlamento Federal"

(d) Artículo 79, (1): "La presente Ley Fundamental no podrá ser modificada sino por una ley destinada expresamente a complementar o modificar su texto...

(2) Una ley de este carácter requiere la aprobación de dos tercios de los miembros del Parlamento Federal y de dos tercios de los votos del Consejo Federal".

(e) Artículo 42, (2) "Las resoluciones del Parlamento Federal requieren la mayoría de los votos emitidos, siempre que la Presente Ley Fundamental no disponga otra cosa. El Reglamento interno puede admitir excepciones relativas a las elecciones que ha de celebrar el Parlamento Federal".

Artículo 63, (2), *supra* (c).

Capítulo V. Modelos sobre el origen y justificaciones del Estado	115
§ 15. Modelos sobre el origen del Estado	115
§ 16. Sobre el concepto de justificación (legitimación)	122
§ 17. Justificaciones del Estado	128 ✓
§ 18. El problema del anarquismo	145
§ 19. La revolución y el derecho de resistencia	153

Capítulo V. Modelos sobre el origen y justificaciones del Estado

§ 15. Modelos sobre el origen del Estado

Jellinek, 192 ss., 197 ss.; *E.A. Hoebel*, *Das Recht der Naturvölker*, (ingl. 1954) al. 1968. *Berber Stl*, 9 ss.; *J. Herrmann, I. Sellnow* (eds), *Beiträge zur Entstehung des Staates*, 1973, 1976; *E.R. Service*, *Ursprünge des Staates und der Zivilisation*, (ingl. 1975) al. 1977; *Fleiner-Gerster*, 10 ss., 14 ss.

Existen teorías que intentan ofrecer un modelo sobre la forma en que realmente han surgido los Estados. Buscan explicar los procesos históricos o las constantes sociológicas que dieron origen a las formaciones y al poder estatales. Dichos intentos están representados, por ejemplo, en las teorías patriarcal, patrimonial, del poder, o en una teoría contractual entendida en sentido histórico.

En ocasiones se ha encasillado a estas doctrinas, sin motivo, entre las teorías de justificación del Estado, no obstante que de los procesos históricos reales no pueden obtenerse razones que lo justifiquen, sino sólo explicaciones causales. Únicamente en el supuesto metafísico del derecho natural, en que lo real es manifestación de sentido y fines, puede considerarse que lo real es una medida de lo justo (*Zippelius RPh*, § 14 I). Cuando en la teoría del Estado se presentan como causas de justificación los simples hechos, por ejemplo, relaciones genealógicas, verdaderos convenios o el poder, hay de por medio un sencillo error de razonamiento o una concepción iusnaturalista, abierta o disimulada, como sería una teoría del poder expuesta como doctrina del "derecho" del más fuerte.

I. La teoría patriarcal

G. Jellinek, *Adam in der Staatslehre*, 1893, 11 ss.; *McIver*, 29 ss.; *A. Gehlen, H. Schelsky* (eds.), *Soziologie*, 1955, 13 ss.; *G. Dulckeit, F. Schwarz*,

W. Waldstein, *Römische Rechtsgeschichte*, 61975, § 3; H. Bülck, *Von den Ursprüngen des Völkerrechts*, en: F. f. E. Menzel, 1975, 221 ss.; M. Gru-ter, *Die Bedeutung der Verhaltensforschung für die Rechtswissenschaft*, 1976, 49 ss.

Esta teoría parte del hecho de que las asociaciones de dominación surgieron históricamente de las familias y agrupaciones de familias, en las que desempeñaron un papel determinante los jefes de familia.

La teoría patriarcal propone como modelo al arcaico Estado romano, cuya división en *gentes*, curias y tribus pudiera indicar una fusión de clanes y fratrias. De acuerdo con la tradición, diez *gentes* formaban una curia; diez curias, una tribu, y tres tribus constituían el pueblo romano. Si bien se discute la correspondencia de la tradición, en todos sus pormenores, con la realidad histórica, en todo caso es posible imaginar que aquí se reflejan estructuras que probablemente sean típicas en los inicios de la organización humana.

Las estructuras sociales, todavía existentes en algunos pueblos salvajes, parecen corroborar esta hipótesis según la investigación etnológica; resulta plausible que la evolución de muchos de estos pueblos marchara del siguiente modo: los miembros de una *gens*, provenientes de una familia, ya fuera en línea paterna o materna (linajes), desarrollaban un sentimiento de pertenencia específico y formas específicas de convivencia; los clanes y tribus se formaron por el hecho de que tales patrones de pertenencia se extendieran a ramificaciones más amplias de los linajes (Service 1977, 114 s., 149, 179, 196, 269). Tampoco aquí es válido simplificar en demasía y reducir todo al parentesco consanguíneo. Si bien los clanes tiene un núcleo de cristalización en los miembros consanguíneos de una familia, se encuentran, a la vez, en un "*process of fission and fusion*", en una relación de intercambio hacia el exterior, por la que se desprenden algunos de sus individuos y se incorpora a extraños. Las uniones de clanes conviven en comunidades sedentarias o en grupos nómadas. Mediante matrimonios, parentescos y lazos rituales, estos grupos constituyen tribus, que son, al mismo tiempo, comunidades guerreras. Las tribus, a su vez, pueden unirse entre sí como naciones o pueblos. Sobre todo en sus etapas superiores, en tales uniones pueden manifestarse, incluso conscientemente, elementos de alianza, esto es, contractuales.

El desarrollo de las estructuras de mando se asocia frecuentemente a la habilidad personal (Hoebel 1968, 106 s., 370; Service 1977, 108, 192); sin embargo, en algunos puntos de la evolución parece haberse logrado el salto por el cual el carisma personal de un hombre destacado se transmitía a sus descen-

diénten. En no pocas ocasiones, el resultado fue que determinada "línea", dotada de carisma, estuviera destinada al mando dentro del grupo en su conjunto (Hoebel, 242, 268 ss.; Service, 109, 113 ss., 196). Este hecho también resulta familiar en la historia del derecho de los pueblos germánicos, en los cuales el rey debía provenir de sangre real (Mitteis-Lieberich, cap. 8 I 3).

De la posibilidad de un desarrollo real como éste, la teoría patriarcal derivó una justificación del poder del Estado, incurriendo en el ya mencionado error de razonamiento. Era natural que, con motivo de aquellos datos históricos, la especulación jurídico-política de una época como la monárquica, atribuyera al jefe de Estado algo así como una *patria potestas* sobre los súbditos. Fue el inglés Sir Robert Filmer (*Patriarcha*, 1680), quien remontó el poder monárquico hasta Adán, construcción teórica a la que John Locke hiciera demasiados honores con una extensa polémica (en el primero de sus dos tratados sobre el gobierno).

II. La teoría de la génesis contractual

S. Pufendorf, De jure naturae et gentium, 1672; *J. Locke*, Two Treatises of Government, 1690; *O. v. Gierke*, Althusius, 1880, 41929 76 ss.; *J. W. Gough*, The Social Contract, 1936, 21957; *A. Voigt* (ed.), Der Herrschaftsvertrag, 1965; *R. Vierhaus*, (ed.), Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze, 1977.

La teoría contractualista, entendida en un sentido histórico, generalizó los elementos contractuales ya mencionados en un amplio modelo del origen de la dominación estatal. Como ejemplo histórico de la dominación fundada en un contrato, tenemos la alianza que David estableció con las tribus de Israel en Hebrón, antes de ser ungido rey (2 Samuel 5, 3). En las monarquías electivas, las capitulaciones convenidas entre los electores y su designado, previas a la elección del rey, pudieran sugerir una base contractual del poder del Estado. De la idea contractual nacieron también los convenios de plantación, celebrados entre los puritanos que emigraron a América en el siglo XVII, y en los que regulaban el orden de la nueva comunidad que iban a crear. Igualmente se apoyaba en esta idea aquel famoso Plan que tenían los igualitarios de crear un orden constitucional mediante un *Agreement of the People* (1674).

La doctrina medieval del derecho de resistencia se basaba también en la idea del origen contractual del gobierno monárquico: "El pueblo se somete a alguien para que gobierne con poder fundado en el derecho, dé a cada quien lo suyo, favorezca a

los piadosos y castigue a los impíos, en suma, que trate a todos con justicia. Pero cuando rompe el contrato por el cual fue electo y perturba lo que debe mantener en orden, es justo y razonable que así releve al pueblo del deber de obedecerle, puesto que él mismo ha quebrantado primero la fidelidad que obligaba a cada parte frente a la otra" (Manegold von Lautenbach, *Ad Gebehardum Liber*, cap. 47, citado en Vogt 1965, 55 s.; más tarde, en forma similar, Tomás de Aquino, *De regimine principum*, I 6).

En los pueblos primitivos hallamos situaciones emparentadas. Así, por ejemplo, se nos informa que, a semejanza de una tribu germánica, los *ashanti* escogían al jefe de la tribu entre los miembros de una familia determinada, que el designado debía prestar un juramento de fidelidad y que, de no respetarlo, podía ser acusado y separado del cargo (Hoebel 1968, 279 s.).

Pero, como ya se dijo, la teoría de la génesis contractual del Estado comprende únicamente un factor que, al lado de otros, desempeñó un papel histórico en el nacimiento de las asociaciones de dominación.

No pocas veces hallamos en las teorías contractualistas la mezcla de modelo genético y legitimación. Así, al derecho de resistencia contra el rey se dedujo de los elementos contractuales que intervinieron en la instauración del poder monárquico. A menudo, el ejemplo histórico sirvió también para apoyar una teoría de legitimación, como en Pufendorf (1672, VII 2, § 8; véase *infra* § 17 I 1) y Locke (1690 II, §§ 100 ss.; véase *infra* 17 III 1).

III. La Teoría patrimonial

C. L. v. Haller, *Restauration der Staatswissenschaft*, 1820 (reimpresión 1964), I, 473 ss., II, 20 ss.; *Mitteis-Lieberich*, caps. 16, 27, 35 II, 39 II 2; *Krüger*, 137 ss.

La teoría patrimonial elevó a la categoría de modelo general de explicación un factor que tuvo un papel en la génesis de la dominación durante el feudalismo. Según esta teoría, el poder de dominación se basa en la propiedad del soberano sobre el territorio del Estado, concepción que sustentaba todavía C. L. von Haller (I, 479; cfr. también II, 57 ss.): "El gobierno no es un ser independiente, sino una simple consecuencia de los derechos privados del gobernante, el efecto natural del poder y de la propiedad, de los cuales no puede desligarse, así como la sombra no puede separarse del cuerpo". Esta teoría

encuentra su modelo en el sistema feudal, en el que el rey posee la nuda propiedad del suelo y, mediante el feudo, vincula a sí a los vasallos y subvasallos, mientras que los siervos sólo pueden considerarse como accesorios a la tierra (este aspecto, más diferenciado, en Grocio, *De jure belli ac pacis* I, cap. 3 § XII). Contra esta tesis ya Kant (La paz perpetua, I 2) había argumentado que “un Estado no es — a diferencia, por ejemplo del suelo que ocupa — un haber, un patrimonio. Es una sociedad de hombres sobre la cual nadie, sino ella misma, puede mandar y disponer”. El Estado no es una gran finca rústica, sino un orden de dominación (véase *supra* §§ 11 I, 12 II).

Ahora bien, también es posible dar a la teoría patrimonial una formulación tal que incluya, desde un principio, el elemento de la dominación, pues, consideradas más de cerca, las relaciones de propiedad se constituyen siempre, desde sus inicios, como posiciones de poder entre los hombres; así, por ejemplo, el poder de disposición sobre un territorio existe sólo porque, y en tanto, los hombres lo respeten. Desde esta perspectiva, sería posible preguntarse si tales relaciones de propiedad no configuran sencillamente el esquema básico del origen de las relaciones de poder y dominación. Este no es, visiblemente, el caso. Así, en las antiguas conquistas territoriales existía ya un orden jerárquico en los ejércitos de los conquistadores, del que derivó entonces la distribución de la tierra (§ 25 II 7).

En la actualidad, existe la certeza histórica de que la soberanía territorial no surgió por la vía única de las “posiciones de los propietarios”, sino que derivó de condiciones múltiples, y que el “Estado patrimonial” es más un fenómeno marginal que un modelo conductor de la evolución.

IV. La teoría del poder

§ 9 I: F. Lassalle, ¿Qué es una Constitución? (al. 1862) esp. 1964; F. Oppenheimer, *Der Staat*, 1909, ¹1954; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, I 1911, ³1927, 655 ss.; G. Balandier, *Politsche Anthropologie*, (fr. 1967) al. ²1976, 49 ss.

Entre las teorías del poder se contraponen principalmente dos doctrinas: por un lado, las teorías iusnaturalistas o cripto-iusnaturalistas, y, por el otro, las que son simplemente empírico-descriptivas.

Las mencionadas en primer término convierten la posición fáctica del más fuerte en un “derecho” del mismo, es decir, al *factum* en un criterio de lo justo. Como ejemplo podemos señalar la doctrina que Platón (Gorgias, 483 s.) pone en boca de

Calicles: "Pero, a mi entender, la misma naturaleza demuestra que es justo que el que vale más, tenga más que su inferior y el más capaz que el incapaz. Y manifiesta que esto es así por el hecho de que en un sinnúmero de casos, tanto en los animales como en el conjunto de hombres que integran una ciudad cualquiera y en las razas humanas, haya quedado discernido lo justo como la autoridad del fuerte sobre el débil, la mayor posesión de bienes de aquél frente a la menor de éste". El trasfondo metafísico-teológico, necesario a todo derecho natural (véase *supra*), es particularmente manifiesto en el Tratado teológico-político de Spinoza (cap. 16): "La naturaleza, considerada bajo un aspecto general, tiene un derecho soberano sobre todo lo que está bajo su dominio, es decir, que el derecho de la naturaleza se extiende hasta donde llega su poder. El poder de la naturaleza es, en efecto, el poder mismo de Dios, quien ejerce un derecho soberano sobre todas las cosas; pero como el poder universal de toda la naturaleza no es sino el poder de todos los individuos reunidos, resulta aquí que cada individuo tiene un cierto derecho sobre todo lo que puede abrazar o, en otros términos, que el derecho de cada uno se extiende hasta donde alcanza su poder". Dichas tesis sólo son aceptables para quien aprueba la teología o metafísica que las subyace (Zippelius RPh, § 14 IV, VI).

Por el contrario, las teorías empírico-descriptivas admiten como mera ley sociológica la supremacía del más fuerte en la comunidad y el consiguiente nacimiento del Estado como institución en manos de aquél para su provecho. El proceso por el cual un grupo obtiene el poder sobre otro, y lo domina, es el modelo del origen del Estado.

Son muestra del establecimiento "endógeno" de la dominación aquellos procesos en los que un grupo ha logrado adueñarse permanentemente del poder dentro de una sociedad. En no pocas ocasiones, ello aconteció por la vía de la dominación patriarcalmente fundada (I) frecuentemente junto con la concentración de poder sacerdotal y económico en manos de los jefes de clan y, a veces, mediante un golpe de fuerza (Hoebel 1968, 408). El establecimiento "exógeno" de la dominación se presenta cuando conquistadores extranjeros han sometido a la población local, a la que se superponen como capa dominante. Sin embargo, por lo regular sólo un pueblo que haya desarrollado estructuras "endógenas" de mando será capaz de realizar tales conquistas (Service 1977, 174 ss.).

Las concepciones de Oppenheimer y Lassalle son representativas de las teorías del poder de tipo sociológico-descriptivo.

En opinión de Franz Oppenheimer, la historia del vocablo "Estado" refleja estructuras de poder, ya que el término italiano "*lo stato*", proveniente de la época renacentista, se refería la mayoría de las veces al príncipe que, junto con su facción, tomaba el poder por la fuerza. Por tanto, el poder sobre otros es "la ley por la cual hace su aparición el Estado", que por su origen y esencia, fue en sus primeras etapas de existencia, casi por completo una institución social que un grupo humano impuso a los vencidos con la única finalidad de regular la dominación del primero sobre los últimos, y para defenderse de las rebeliones internas y los ataques del exterior. La dominación no tenía otro propósito ulterior que "la explotación económica de los vencidos por los vencedores" (1954, 5).

Al igual que el Estado, lo político en general es concebido en términos de poder. Existen dos medios por los cuales el hombre satisface su instinto de conservación: "su trabajo y la apropiación, por la fuerza, del trabajo ajeno". El primero es el medio económico, y el segundo, el medio político para satisfacer las necesidades (p. 10). "Donde encuentra oportunidad y tiene el poder, el hombre prefiere el medio político al económico" (p. 24). Para Oppenheimer, al igual que para Marx y Engels, el Estado es un instrumento en manos de la clase dominante para explotar a la clase oprimida (§ 25 II).

En relación con la época presente, Ferdinand Lasalle (1862) atribuía totalmente la constitución de un Estado a las relaciones de poder: "Como ven ustedes señores, un rey a quien obedecen el ejército y los cañones... es un fragmento de constitución... Una nobleza influyente y bien relacionada con el rey y su corte, es también un fragmento de constitución... Los señores Borsig y Egels, los grandes industriales todos, son también un fragmento de constitución... Los grandes banqueros, como los Mendelssohn, los Schickler, la Bolsa en general, son también un fragmento de constitución... He ahí, pues, señores; lo que es, en esencia, la constitución de un país: la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país."

Las teorías del poder padecen frecuentemente de un mismo defecto, por cuanto no han sido desarrolladas hasta sus últimas consecuencias. La "teoría de la conquista" explica solamente la dominación sobre el pueblo sometido, pero no así la estructura de dominación del pueblo conquistador. Esta objeción puede generalizarse: la dominación sobre un pueblo no puede ejercerla nunca un individuo solo, sino únicamente un grupo de hombres, una capa dominante. Pero, ¿es que sólo el poder mantiene la cohesión del grupo dominante? Ciertamente no, si por "poder" se entiende la simple fuerza (cfr. también § 9

I). En este punto, cuando muy tarde, se percibirá con claridad que el "poder" es un hecho complejo que requiere ser explicado. Si se concibe al poder como la capacidad de guiar a voluntar el comportamiento ajeno, entonces la extensión de este concepto incluye no solamente la coacción física directa, sino también la influencia espiritual – en este sentido, los mitos religiosos o el carisma de una personalidad pueden convertirse en instrumentos del poder –; pero engloba, además, el poder económico, considerado fundamental por el marxismo (§ 25 II) y que, por su parte, es un hecho de gran complejidad.

Como quiera que se defina el concepto de poder, estas teorías no proporcionan, en absoluto, una justificación del poder estatal, porque, aun cuando el Estado tuviera un fundamento real en los factores de poder, ello sería, en todo caso, una necesidad sociológica. Pero ningún motivo ético se opondría al intento de rebelión contra el poder del Estado, de oponerle resistencia y arriesgarlo todo para quebrantar el orden estatal. Esta teoría no justifica al Estado; antes bien, desde el punto de vista ético franquea el paso a la anarquía o a la revolución permanente (Jellinek, 192 ss.; TGE, 158; cfr. también Rousseau, Contrato social, I 3).

§ 16. Sobre el concepto de justificación (legitimación)

Jellinek, 184 ss.; *Heller StL*, 216 ss.; *Th Würtenberger jr.*, Die Legitimität staatlicher Herrschaft, 1973; *N. Achterberg et al.* (ed.), Legitimation des modernen Staates, 1981.

I. Los conceptos sociológicos y ético de la legitimación

Sobre 1: *Kelsen AStL*, 27 ss.; *Nawiasky IV*, 10 ss.

Sobre 2: *M. Weber Wug*, 16 ss., 122 ss.; *J. Winckelmann*, Legitimität und Legalität in *M. Webers Herrschaftssoziologie*, 1952; *P. Graf Kielmansegg*, Legitimität als analytische kategorie, *PVS* 1971, 367 ss.; *id.* (ed), Legitimationsprobleme politischer Systeme, *PVS* (número especial 7), 1976.

Sobre 3: *Zippelius RPh*, §§ 12 II 4, 22.

I. El concepto ético (normativo) de la legitimación. Las teorías de justificación, en sentido estricto, no se ocupan de explicar simplemente el porqué y el cómo existe en realidad el poder del Estado, sino de demostrar que es legítimo. Tal cosa no puede probarse a través de la historia de su origen, sino únicamente mediante categorías éticas (o teológicas). Se trata, pues, de demostrar que el Estado es racional y moralmente (o también teológicamente) necesario o, por lo menos, legítimo; o bien, que es un producto del azar, una "enfermedad en la evo-

lución de la historia de la humanidad" (Jellinek, 185; TGE, que es preciso superar a la mayor brevedad posible.

Esta cuestión de la justificación no puede ser examinada por una ciencia avalorativa. Las doctrinas éticas de justificación desembocan típicamente en la demostración de que ciertos fines, especialmente valiosos, sólo pueden alcanzarse a través del Estado, fines de mayor peso que la restricción que su existencia impone a los individuos. En este punto debe hacerse una distinción entre la justificación básica de las comunidades estatales en general (§ 17 I-III), y la justificación de manifestaciones y programas específicos del Estado (§ 17 IV).

Como justificación básica de las asociaciones estatales de dominación se acostumbra citar los siguientes fines primordiales, cuya actualidad varía según la situación histórico-política: la protección frente al egoísmo y la agresividad de los hombres; la garantía del orden y de la paz, así como la creación de un orden justo, único en el que los hombres puedan alcanzar la formación y desenvolvimiento plenos de su personalidad, y que asegure ayuda y complementación recíprocas. Estos fines son de tal importancia que parecen justificar al Estado, en el caso que éste sea el único medio, o el más adecuado, para su consecución. En lo particular se presentan como causas de legitimación: la función ordenadora y pacificadora de la comunidad jurídica estatal (§ 17 II) y el establecimiento de un orden comunitario justo, en el que los individuos logren su desenvolvimiento personal (§ 17 I).

La teoría democrática de la justificación del Estado no le añade fines positivos a éste, pero pretende que el orden social reconocido como ineludible, se configure de tal manera que se preserve un máximo de autodeterminación individual. Por tanto, los hombres sometidos al poder del Estado deben participar también en él y, en este supuesto, tal poder sólo es legítimo cuando se propone realizar su función de ordenación y compensación con el máximo posible de consenso y participación comunes (§ 17 III).

2. El concepto sociológico de la legitimación. El concepto de legitimación se encuentra también en la sociología, entendida como la ciencia que describe la realidad del acontecer social. Por ello, el concepto estrictamente sociológico de la legitimación debe abarcar un aspecto del verdadero funcionamiento de este acontecer. Así, la legitimación adquiere aquí el sentido de una indagación de los motivos por los cuales una comunidad jurídica acepta y aprueba, de hecho, un orden estatal (cfr. también § 9 I). Se trata, pues, de un verdadero mecanismo de motivación, es decir, de la aceptación real en que se

funda la dominación en un orden jurídico y estatal. No corresponde a la sociología, en tanto se le conciba como una disciplina estrictamente empírica, comprobar si la actitud observada está también justificada (§ 1 II).

Max Weber (WuG, 19 s., 122 ss.; ES, 30 s., 172 ss.) describió los principales motivos por los cuales se acepta la dominación: uno de ellos es la fascinación que ejerce un jefe, así como la creencia en su misión (la legitimación carismática). Otro consiste en la convicción, fundada en la costumbre y la tradición, de la legalidad de un orden de dominación (la legitimación tradicional). Finalmente, la "forma de legitimidad hoy más corriente" es la legitimación racional, principalmente la creencia en la legalidad, es decir, "la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y *formalmente* correctos". Es frecuente que en el desarrollo histórico, una forma de legitimación se transforme en otra. Una dominación o estructura social basada en una personalidad carismática se rutiniza con el paso del tiempo y deviene en la forma tradicional; el gobernante excepcional pasa a ser el fundador de una dinastía, aceptada más tarde por tradición; al fundador de una religión le sucede una comunidad religiosa organizada, con cargos y ritos sólidamente establecidos. Por último, una estructura social configurada en la tradición puede transformarse en una institución aceptable en términos racionales; tal sería el caso del poder estatal que, en un prolongado proceso histórico, se consolidó en Europa, juntamente con sus burocracias racionalmente organizadas y sus procedimientos formales de creación de derecho.

3. Relaciones entre consenso fáctico y justificación ética. La legitimación ética implica la cuestión de cómo, y en qué, puede hallar un orden estatal una justificación suficientemente fundada. La legitimación sociológica, en cambio, se refiere a la aceptación real de este orden.

Contrariamente a lo que pudiera indicar su contraposición típico-ideal, ambas formas de legitimación no se hallan del todo desvinculadas entre sí. La aceptación real, el consenso verdadero, también puede justificar éticamente a un orden estatal, partiendo, en primer lugar, de la autonomía ética del individuo — es decir, de que las convicciones de conciencia de éste constituyen una base suficiente de legitimación ética — y, en segundo término, de que el consenso que sostiene al orden estatal es expresión de dichas convicciones.

En cuanto a la primera premisa: desde el punto de vista crítico, como el que aquí se adopta, la convicción de lo justo y la decisión de conciencia del individuo (la "autonomía" en el

sentido de Kant), permanecen como la última instancia moral a la que tenemos acceso. Así, bajo este supuesto, la convicción de conciencia de cada ser humano tendrá igual valor, y ello conduce al respeto por la participación y decisión de cada individuo en una libre competencia de las creencias (§ 28 II 1). El principio de la mayoría ofrece, *faute de mieux*, la máxima probabilidad de que en una comunidad adquieran vigencia aquellas concepciones fundadas en la conciencia y el "sentimiento de lo jurídico" (*Rechtsgefühl*) del mayor número posible. Aun cuando este principio no hace efectiva en todo momento la autonomía de cada uno, se aproxima al ideal de la autodeterminación tanto como lo permiten las realidades (§ 17 III).

Sin embargo, existe algún obstáculo para identificar de plano consentimiento fáctico y justificación ética, ya que la opinión mayoritaria no es necesariamente expresión de lo que una mayoría tenga por justo. El proceso democrático no obliga al ciudadano a actuar siempre de acuerdo con su conciencia, sino que le permite decidir en su calidad de interesado. Asimismo, existe el riesgo de que la opinión de la mayoría sea superficial, una "creencia ciega", a menudo manipulada por los intereses en juego. Esta objeción se basa en el hecho de que la aprobación democrática pueda ser manifestación de un simple interés o de hábitos de pensamiento irreflexivo, es decir, que en caso extremo no sea producto de un esfuerzo por obtener una decisión tan justa como sea posible.

La búsqueda de legitimidad no significa que haya que consultar, sin más, la opinión de la mayoría. Para descubrir lo que una mayoría, considera correcto, después de una apreciación de la situación, es preciso adoptar medidas que contribuyan a aclarar, con la mayor amplitud posible, aquello que es susceptible de un consenso. Lo anterior no viene a ser lo mismo que una "legitimación a través del procedimiento", ya que más bien se requieren medidas institucionales y procedimentales al servicio de la mayor aproximación posible a un resultado que, por su contenido, logre un consenso en la mayoría. En este sentido, una importante regla de juego consistirá en mantener abierto el proceso de formación de la opinión. El procedimiento parlamentario, y otros de carácter estatal, también deberían ser públicos, con el fin de dar a todos la posibilidad de cerciorarse de que todo se efectúa correctamente. El deber o la costumbre de fundamentación, tal como se observa especialmente respecto de leyes, resoluciones judiciales y actos administrativos, favorece también la racionalidad de las decisiones y su posible control. El sistema representativo promueve particularmente la distancia de las decisiones frente a un compromiso

concreto de intereses, así como su racionalidad y control (§ 231 3). Pero, según la comprensión democrática de la legitimidad, todas estas medidas institucionales, procedimentales y argumentativas, únicamente ponen en claro la cuestión de cuáles son las concepciones aptas para convencer a una mayoría, esto es, para lograr un consenso predominante. Los representantes están especialmente vinculados al eventual consenso de la comunidad jurídica, por lo cual deben aspirar a aquellas decisiones que, en tanto no se hayan preconstituido en la opinión pública, sean susceptibles de consenso en todo caso, esto es, que resulten aceptables para una mayoría. De este modo, los representantes se hallan bajo una "presión de legitimación", es decir, en la necesidad de justificar sus decisiones ante la comunidad jurídica.

Aun con estas reservas, subsiste la circunstancia de que las convicciones individuales sobre lo justo son la fuente última, a la que tenemos acceso, de legitimación ética. A pesar de todo, estas convicciones son el punto donde la legitimación sociológica y la ética se tocan.

II. Legalidad y legitimidad

O. Kirchheimer, Polit. Herrschaft, 1967, 7 ss.; *C. Schmitt* VA, 263 ss., 440 ss.; *J. Winckelmann*, Die verfassungsrechtliche Unterscheidung von Legitimität und Legalität ZgesStW 1956, 196 ss.; *N. Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969; *R. Zippelius*, Legitimation durch Verfahren?, En F.f.K. Larenz, 1973, 293 ss.

La legitimación radica, ya sea en la aprobación crítica (legitimación normativa) del poder del Estado, o en un consenso real (legitimación sociológica). Por el contrario, la legalidad significa que una función determinada del poder estatal se produce y se ejerce en forma jurídicamente regulada.

Entre legalidad y legitimidad existen múltiples relaciones. Dicha conexión es evidente – bajo el aspecto de la legitimación sociológica – en la creencia en la legalidad, ya descrita.

Si se considera que la creación de certeza de orientación y, en general, la capacidad de funcionamiento de una comunidad, implican un problema de legitimación, de aquí se derivan entonces ciertos vínculos con la legalidad. En la sociedad pluralista, es la ley positiva la que crea el grado de certeza de orientación sin el cual aquella no puede existir (§ 7 III). El aparato de una legislación racional, que adapta el derecho a la rápida transformación de la situación, es también un importante instrumento para el cumplimiento eficaz de las funciones de ordenación del Estado.

Entre los aspectos clásicos de la legitimación normativa (ética) existen igualmente nexos entre la legalidad y la legitimidad: desde el punto de vista del Estado formal de derecho, se vio en el carácter general de las normas una garantía de la rectitud (esto es, legitimidad) de un orden de la conducta, sobre todo si estas normas han sido aprobadas en un procedimiento legislativo democrático (§ 30 I 2).

En una sociedad que se ha vuelto escéptica frente a las escalas y contenidos absolutos, ¿no subsisten acaso el carácter general de la ley y un procedimiento correctamente ordenado como únicos criterios de la legitimación? Ya Kant pretendía sustituir los criterios sustantivos de un recto comportamiento mediante el principio formal de la universalidad de las reglas de conducta. Por su parte, Luhmann desea que los criterios de procedimiento desplacen a los materiales: en lugar de una legitimación por conducto de "verdades" que han perdido crédito, se produce una "legitimación a través del procedimiento", basada en el reconocimiento general de las decisiones adoptadas en un determinado procedimiento jurídico. Se trata de un conformarse a las decisiones producidas en un sistema en funcionamiento, lo cual se requiere para estabilizar a dicho sistema. En otras palabras, a través del sistema se hace una selección obligatoria de alternativas, dentro de procesos de decisión coordinados entre sí, y los sujetos de derecho aceptan estas decisiones. De este modo se lleva a cabo un "aprendizaje" efectivo, con las menores perturbaciones posibles y centralmente regulado (Luhmann 1969, 29 ss., 35).

A esto puede objetarse que, aun en una época en que la regulación de los conflictos sociales depende en buena medida de las leyes positivas, el problema de la legitimación no puede reducirse al principio de que la ley tenga carácter general, así como tampoco a las cuestiones de procedimiento. La universalidad de una norma no garantiza que sea justa, según ha mostrado la polémica con el formalismo ético y en la cual no hemos de ahondar aquí (al respecto, Zippelius RPh, § 17 II). Los principios de procedimiento, como tales, tampoco garantizan la rectitud de una norma. Es indudable que las estructuras de procedimiento y las competencias desempeñan un papel en el establecimiento de un orden social. Los procedimientos y competencias jurídicos actúan como esquemas para canalizar y coordinar los intereses e influencias presentes en una comunidad. Sin embargo, los procedimientos de decisión desembocan, en su mayor parte, en las cuestiones sustantivas de una regulación justa de los conflictos, por ejemplo, en el problema de decidir a cuál de los intereses en pugna corresponde, en justicia,

la prioridad. Los procedimientos mismos existen, desde un principio, en función de esta labor, ya que crean las condiciones procesales (por ejemplo, mediante el principio *audiatur et altera pars*) bajo las cuales cabe esperar, con mayor certeza, una decisión susceptible de consenso en cuanto a su contenido, y justa en este sentido (I 3). No obstante, queda abierta la cuestión de cuál sea el contenido adecuado de esta decisión.

Por tanto, la legitimidad posee también elementos materiales, lo que es particularmente evidente si se piensa que, a la legitimidad de la acción política corresponden exigencias como las de respeto y protección de la dignidad humana, creación de las condiciones económicas y educativas para el libre desenvolvimiento de la personalidad y la igualdad material de oportunidades.

Como consecuencia de este análisis, los elementos de la legalidad formal no bastan para definir el concepto de Estado de derecho, sino que en él se incluyen los criterios materiales de la legitimidad, en especial, la demanda de respeto por los derechos fundamentales del hombre, y que los intereses sólo sean afectados en la medida estrictamente necesaria, para la conservación de bienes más valiosos. (§ 30 I).

§ 17. Justificaciones del Estado

I. La comunidad como condición para el desarrollo de la persona

Sobre 2: §§ 7 III 3; 14 I 3; 23 III; 38; Encíclica *Quadragesimo anno*, 1931; E. Brunner, *Gerechtigkeit*, 1943 cap. 16; F. Utz (ed.), *Das Subsidiaritätsprinzip*, 1953; E. Link, *Das Subsidiaritätsprinzip*, 1955; O. V. Nell-Breuning, en: *StL VII*, 82 ss.; T. Rendtorff, *Krit. Erwägungen zum Subsidiaritätsprinzip*, en: *Der Staat*, 1962, 405 ss.; R. Herzog, *Subsidiarität und Staatsverfassung*, en: *Der Staat*, 1963, 399 ss.; F. Klüber, R. Herzog, J. Listl, en: *EvStL*, 2378 ss., 2483 s. 2591 ss.; J. Isensee, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 1968; R. Zuck, *Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz*, 1968; G. K. Kaltenbrunner (ed.), *Lob des Kleinstaates* 1979; E. Schmidt-Portzig, *Verfassungsmässige und Soziologische Legitimation gemeindlicher Selbstverwaltung usw.*, DVBl. 1980, 1 ss.

1. Ideas fundamentales. Aristóteles justifica la comunidad política en la naturaleza sociable del hombre, que sólo en comunidad desarrolla plenamente su personalidad. En la *Política* (1252b ss.) sostiene que el hombre es por naturaleza un ser social (*zoon politikon*), más que las abejas o cualquier otro animal gregario. Esta tendencia a formar una comunidad se ma-

nifiesta ya en que el hombre posee la palabra. Además, se distingue de otros seres vivos por su sentido de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto e ideas semejantes. Precisamente de la participación común en estas cosas surgen la familia y el Estado.

Si los hombres viven fuera de un orden comunitario justo, degeneran. "El hombre es el mejor de los animales cuando se ha perfeccionado y cuando se aleja de la ley y la justicia, es el peor de todos... El hombre ha recibido de la naturaleza las armas de la sabiduría y la virtud, pero puede usarlas para las cosas más opuestas. Sin la virtud, es el ser más perverso y más feroz porque sólo siente los arrebatos brutales del amor y el hambre." El orden que hace falta al hombre, a saber, la justicia, es "cosa de la ciudad, porque el derecho es la regla de vida para la asociación, y la decisión de lo justo es lo que constituye el derecho".

La idea de que el hombre depende de una comunidad, ha sido tema constante de la teoría del Estado. En la obra de Tomás de Aquino (*De regimine principum*, I 1) aparece el hombre como un ser vivo mal adaptado: "Pues la naturaleza misma proveyó a otros animales de sustento, de cubierto por la piel, defensa en los dientes, cuernos, uñas o por lo menos en la velocidad de su fuga". El hombre, en cambio, debe servirse de la razón y de la industria de sus manos, pero también de la ayuda de otros hombres, porque la fuerza del individuo no basta para alcanzar sus fines. Asimismo, la carencia de instintos obstaculiza la autosuficiencia del hombre. "Otros animales más fácilmente están provistos de instinto para captar todo lo que les es útil o nocivo", por ejemplo, las plantas comestibles o curativas. Para superar estas carencias, los hombres necesitan no solamente de su razón, sino también de sus congéneres, ya que el individuo es incapaz de proporcionarse todos los conocimientos requeridos.

La *imbecillitas*, esto es, la dependencia de otros, y la *socialitas*, la inclinación natural a la sociedad, figuran en la obra de Pufendorf como las bases antropológicas del derecho natural y el Estado. Anticipándose al Robinson de Defoe, Pufendorf se imagina a alguien en una tierra deshabitada, para mostrar con ello el desamparo del ser humano abandonado a sus propios recursos, y la necesidad de la convivencia social (*De officio hominis*, I 3 §§ 14 ss.). Ahora, en la época de la teoría contractualista, la libre convención se presenta como instrumento para establecer una comunidad estatal. Aquí distingue Pufendorf entre un contrato de unión, por el cual los individuos se unirían con el fin de fundar un Estado; un decreto, mediante el cual fijaban la forma de Estado (*forma regiminis*) de su

comunidad, y un contrato de sujeción, por el cual confiarían a un jefe el poder del gobierno. Tales contratos no se celebrarían siempre de manera expresa, sino que también bastaría el sometimiento tácito al Estado, por ejemplo, en el caso de quienes nacen o se establecen dentro de su territorio. (*De jure naturae et gentium*, VII 2 §§ 7 y 8.).

Sin embargo, queda por resolver la cuestión de si el desarrollo de la personalidad presupone, en estricto sentido, una comunidad estatal o bien si puede tener lugar en una comunidad no estatal. También Marx opinaba que el hombre necesita de la comunidad para desarrollarse, porque solamente en ella dispone el individuo de "los medios para desplegar sus aptitudes en todas direcciones; sólo en la comunidad se hace posible la libertad personal... En la verdadera comunidad, los individuos adquieren su libertad, a un tiempo en y a través de su asociación" (MEW 3, 74). Es función de la sociedad brindar las condiciones para el desenvolvimiento de la persona, para "el desarrollo de las fuerzas humanas, el cual se tiene por fin en sí mismo" (MEW 25, 828), para la actividad vital de un hombre total, que ha superado la estrechez de la división del trabajo y que ya no está limitado a un ámbito de vida impuesto (MEW 3, 33, 424). Pero el marxismo confía en que las condiciones óptimas de desarrollo se den precisamente en un orden social no estatal (§§ 18 IV), es decir, en un orden social libre de "toda violencia organizada y sistemática" (Lenin).

2. Consecuencias para la estructura de la comunidad. Si la comunidad tiene su justificación en que hace posible el desarrollo de la personalidad, entonces su estructura debiera ser tal que garantice, en medida óptima, este desarrollo. Naturalmente esto no responde a la cuestión ética de lo que pueda ser este desenvolvimiento óptimo de la personalidad. En todo caso el Estado no diferenciado, nivelador, no hará justicia a esta exigencia. Ya Aristóteles había advertido la sombra amenazante del Estado que todo lo iguala (Política 1261, 126eb).

Del postulado de la mayor autodeterminación posible se deduce, como principio estructural, el de subsidiariedad, esto es, que las comunidades de mayor jerarquía deban ocuparse sólo de las tareas que las más pequeñas y subordinadas no puedan realizar tan bien, o mejor. Cuanto más pequeña es una comunidad, tanto mayor es la participación del individuo en la formación de la voluntad comunitaria. Mientras mayor sea el poder de decisión en manos de las comunidades inferiores, también lo será el grado con que puedan afirmarse los individuos en la vida comunitaria (cfr. también § 23 III).

Las experiencias obtenidas de una sociedad industrializada, que funcionaliza al individuo y destruye cada vez más sus vínculos estrechos y personales con la comunidad, nos llevan, particularmente hoy día, a la exigencia de crear ámbitos de vida descentralizados y abarcables (*überschaubar*) que integran al individuo en formas varias. Estos serían ámbitos en cuyo modo de vida tendría el individuo participación y responsabilidad (§ 7 III 3). La inquietud frente a las burocracias todopoderosas, centralizadas, impersonales y distanciadas del ciudadano, apunta también en dirección de la descentralización (§ 25 III). Finalmente, debe asegurarse a las minorías, a las étnicas en particular, un margen de desarrollo y existencia propia, mediante la creación de ámbitos de vida autónomos, para evitar una mayorización innecesaria (§ 11 III).

Sin embargo, en el programa del principio de subsidiariedad no se desconoce que los postulados de pluralidad y autodeterminación no pueden radicalizarse. Más bien es preciso hallar un compromiso entre la multiplicidad y la autorrealización más amplias, por un lado, y por el otro, la necesidad de crear un contexto organizativo general y una compensación coordinada de intereses. La comunidad más elevada debe intervenir exclusivamente cuando es necesario, es decir, subsidiariamente. La "fórmula organizativa del compromiso" radica en la construcción federativa del Estado y de la sociedad (§ 38).

El principio de subsidiariedad requiere ser entendido como principio estructural general. Sobre todo, no debe reducirse a la relación entre federación y entidades federativas, como gustan hacerlo algunos "federalistas", según el difundido modelo del "federalismo hacia afuera, centralismo hacia adentro". El principio de subsidiariedad tampoco admite que se le limite a la organización del Estado en sentido estricto, sino que debe aplicarse en las esferas económica, cultural y en otros ámbitos sociales.

En las palabras de la doctrina social católica: "...como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia industria pueden realizar para encomendarlo a una comunidad, así también es injusto, y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación del recto orden social, avocar a una sociedad mayor y más elevada lo que pueden hacer y procurar comunidades menores e inferiores... Todo influjo social es... subsidiario; debe prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, nunca absorberlos y destruirlos" (*Encíclica Quadragesimo anno*, 1931, No. 79).

II. El Estado como orden de protección y paz

§ 9; *F. Trönes*, Thomas Hobbes (al. 1896, ³1925) esp. 1932; *J. Lips*, Die Stellung des Thomas Hobbes usw., 1927 (reimp. 1970); *L. Strauss*, Hobbes'politische Wissenschaft, (ingl. 1936) al. 1965; *I. Fetscher*, Einleitung zu; Th. Hobbes, Leviathan, al. 1966 (bibl.); *W. Förster*, Thomas Hobbes und der Puritanismus, 1969; *R. Koselleck*, *R. Schnur*, (eds.), Hobbes-Forschungen, 1969 (bibl.); *M. Kriele*, Die Herausforderung des Verfassungsstaates, 1970; *B. Willms*, Die Antwort des Leviathan, 1970; *R. Schottky*, Die staatsphilosophische Vertragstheorie als Theorie der Legitimation des Staates, en: PVS (número especial 7) 1976, 81 ss; *Ch. Link*, (citado en el § 9 III), 19 ss.; *B. Willms*, Der Weg des Leviathan, Die Hobbes-Forschung von 1968-1978, en: Der Staat, Beih. 3, 1979; *O. Höffe* (ed.), Thomas Hobbes, 1981; *H. Schelsky*, Thomas Hobbes, 1981; *U. Bermbach*, *K.M. Kodalle* (eds.) Furcht und Freiheit, 1982 (bibl.).

Sobre la antropología más reciente, v.g.: *I. Eibl-Eibesfeldt*, Krieg und Frieden, 1975; *F.H. Schmidt*, Verhaltensforschung und Recht, 152ss.

Hasta ahora quedó abierta la cuestión de si a la naturaleza humana le basta una comunidad simple o bien, si se requiere un poder estatal investido de fuerza coactiva.

Ya en los inicios de la historia de las teorías políticas, surgió la idea de que los hombres se integraron en una comunidad sometida a las leyes, para protegerse de la injusticia mutua (Platón, La República, 359).

La creencia de que, aparte de la simple comunidad (II) se justifica, y hasta es necesaria una comunidad investida con el poder coactivo del Estado, para defender de sí mismos a los hombres, destacó especialmente en las cruentas guerras civiles y de religión en los siglos XVI y XVII. No es obra de la casualidad que Bodin proclamara la idea de la soberanía en tiempos de la guerra contra los hugonotes y de las luchas por el poder entre los estamentos y el rey (§ 9 II).

La doctrina del Estado de Thomas Hobbes (1588-1679), contemporáneo de la guerra civil inglesa, está impregnada, en forma similar, por las vivencias personales de su autor. Frente a sus ojos se yergue, amenazadora, la imagen de la guerra de todos contra todos (*De cive*, cap. I, No. 12), la cual, en su concepción, llevaría a la abolición completa del poder del Estado. En tal situación entendida sólo como hipótesis (*De cive*, Prólogo), el egoísmo y el medio llevarían el cetro. *Homo homini lupus* (*De cive*, Dedicatoria), el hombre es una presa codiciable para su prójimo cuando desaparece el temor ante el poder coactivo. Esta comparación con un lobo encierra un profundo pesimismo, pero Hobbes no era el único que desconfiaba de la naturaleza humana. Apenas un siglo antes, la doctrina de la

Reforma sobre el pecado original había mostrado la oscura imagen de la *natura corrupta* de los hombres, su maldad intrínseca por el pecado. Hobbes ve confirmado su pesimismo en la experiencia diaria. A quien lo dude, le pide considerar "que cuando emprende una jornada, se procura armar y trata de ir bien acompañado; cuando va a dormir cierra las puertas; cuando se halla en su propia casa, echa la llave a sus arcas, y todo esto aun sabiendo que existen leyes y funcionarios públicos armados para vengar todos los daños que le hagan. ¿Qué opinión tiene así, de sus conciudadanos, cuando cabalga armado; de sus vecinos, cuando cierra su puerta; de sus hijos y sirvientes, cuando cierra sus arcas?" (Leviatán, cap. 13; *De cive*, Prólogo). De imaginarse una comunidad que careciera completamente del poder estatal, necesariamente nacería en ella un profundo anhelo de orden y paz. Para garantizar la defensa contra los enemigos externos e internos y para permitir que los hombres gocen en paz del producto de su actividad y de los frutos de la tierra, se requiere de un poder común sobre los individuos.

La razón ordena crear dicho poder común, al transferir cada quien todo su poder y voluntad a uno o varios hombres. De tal suerte se unifica la voluntad de todos y la multitud así unida en una persona, forma un Estado (Leviatán, cap. 17).

El detentador del poder en el Estado recibe su autoridad de los mismos súbditos: "Una multitud de hombres se convierte en una persona cuando está representada por un hombre o una persona, de tal modo que ésta puede actuar con el consentimiento de cada uno de los que integran esta multitud en particular". En este contexto, elabora Hobbes una interpretación sutil del concepto de "autoridad": los representantes actúan con "autoridad" por cuenta de los representados, cuando éstos reconocen como propios (como "*auctores*") los actos del representante (Leviatán, cap. 16). Desde aquí no había más que un paso a una teoría democrática de la representación, según la cual, la legitimidad de los actos de representación depende de que la mayoría de los ciudadanos esté dispuesta a aceptar, de continuo, las decisiones del Estado y a identificarse con ellas.

Pero Hobbes no da este paso. Debido a la importancia primordial de la garantía del orden, el gobernante, una vez electo, no depende en lo sucesivo de la participación y del consentimiento de los ciudadanos. El Estado que éstos han creado es el gran Leviatán (cfr. Job 40, 25 ss.; 41), el dios mortal. El poder soberano se unifica en manos del gobernante ya instituido; todos los demás son, incondicional e irreversiblemente, sus súbditos (Leviatán, cap. 17; cfr. también *De cive*, cap. 5, Nos. 6 y ss.).

Hobbes no niega que la situación de los súbditos, que se han entregado en manos del gobernante en la prosperidad y en la adversidad, sea realmente precaria; pero esto es el menor de los males, si se tiene en cuenta que "la condición del hombre nunca puede verse libre de una u otra incomodidad, y que lo más grande que en cualquier forma de gobierno puede suceder, posiblemente, al pueblo en general, apenas es sensible si se compara con las miserias y horribles calamidades que acompañan a una guerra civil, o a esa disoluta condición de los hombres desenfrenados. sin sujeción a leyes y a un poder coercitivo que trabe sus manos, apartándolos de la rapiña y de la venganza" (*Leviatán*, cap. 18).

La antropología moderna corrobora en sus puntos esenciales las suposiciones de Hobbes, ya que una cierta disposición al comportamiento agresivo forma parte del programa biológico del hombre. Conforme al modelo biológico heredado, esta disposición instintiva se actualiza en las pugnas por territorios y dominios; en las luchas jerárquicas y en las rivalidades sexuales y de otro tipo; al parecer, también es innata la reacción defensiva frente a los extraños al grupo o frente a los miembros de éste cuya conducta o apariencia se desvía de lo normal. Los frenos naturales no bastan para controlar las agresiones entre los hombres, por lo que debe sometérselas al control de las instituciones es decir, organizaciones artificiales que contribuyan a la regulación de la conducta. Estos controles no deben asegurar sólo la mera supervivencia de la especie, sino también la vida civilizada (cfr. también § 7 II). Para este fin bastan, en buena medida, los controles no coactivos de la agresión (educación, reglas de la moral, reorientación en competiciones). Pero en tanto que éstas no logren proteger del todo a los individuos de los actos de violencia, debe garantizarse institucionalmente, a través de un poder superior, la defensa del grupo contra tales agresiones.

III. La justificación democrática del Estado

R. Dérathé, Rousseau et la science politique de son temps, 1950; *I. Fetscher*, Rousseaus politische Philosophie, 1960, 21968 (bibl.); *M. Imboden*, Rousseau und die Demokratie, 1963; *O. Vossler*, Rousseaus Freiheitslehre, 1963, 9 ss., 208 ss.; *R. D. Masters*, The Political Philosophy of Rousseau, 1968, 301 ss.; *P. Graf Kielmansegg*, Volkssouveranität, 1977.

Jean Jacques Rousseau (1712-1778) vivió una situación política completamente opuesta a la que tocó a Hobbes. La concentración del poder en manos de un solo individuo que reco-

mendaba Hobbes, era ya una realidad en el absolutismo; pero, mientras tanto, se advertía ya el reverso de esta forma de gobierno. En las cortes de los príncipes reinaban la ostentación, la disipación, la inmoralidad y la arbitrariedad; los súbditos sufrían los efectos del paternalismo, incluso en asuntos de religión, así como de gran injusticia y miseria. En la época de Jean Jacques Rousseau, en vez del orden interno, del que disfrutaban en exceso, eran deseables otros valores: la libertad, la igualdad, la justicia social. Y estas ideas, que flotaban en el aire, se asentaron en la teoría del Estado de Rousseau.

Todo hombre nace libre y dueño de sí mismo, pero Rousseau reconoce también la necesidad del orden estatal, porque éste contribuye a la conservación del individuo (Contrato social, II 5) y procura la protección y defensa, con toda la fuerza de la comunidad, de la persona y el haber de cada miembro de ella (C.s., I 6). En este sentido, no se añade algo positivo a las causas de legitimación ya conocidas (véase *supra* I 1, II).

Ya que el orden comunitario se considera indispensable, adquiere importancia esencial la tarea de conformarlo en libertad, para que en él se realice un máximo de autodeterminación, es decir, un mínimo de coerción heterónoma. Para Rousseau, el problema consiste en descubrir "una forma de asociación... por la cual cada uno, uniéndose a todos los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por tanto, tan libre como antes" (C.s., I 6) una tarea según el lema: "lava mi piel, pero no me mojes". Rousseau cree que la solución consiste en que un pueblo de hombres libres no otorgue el poder del Estado a un tercero, a un soberano, como enseñaba Hobbes, sino que lo asuma él mismo.

1. Antiguos conceptos de democracia. La idea democrática de que el poder de dominación reside en el pueblo, no es una invención de la era moderna, puesto que la Antigüedad ya estaba familiarizada con el tema. Según Aristóteles, en el Estado democrático, un elemento esencial de la libertad del ciudadano consiste en que éste "gobierna y es gobernado alternativamente". La libertad es la misma para todos, ya que, o bien no hay que obedecer a nadie, o se obedece sólo en forma alternada; ahí se vive según la propia voluntad (§ 34 I).

En la Edad Media, el pensamiento democrático conservó un modesto capítulo en la doctrina del contrato político y en relación con ésta, la concepción del derecho de resistencia (§ 15 II).

Más tarde, Marsilio de Padua (ca. 1275-1342) ofrece, en su obra *Defensor pacis*, una teoría más elaborada de la democracia. Sostiene que es distintivo de una buena Constitución el

ejercicio del gobierno con la voluntad y el consentimiento de los gobernados (I 9, § 5). “La fuerza y la autoridad del gobierno descansan sobre la voluntad claramente manifiesta del pueblo” (III 3). En el pueblo reside, ante todo, el poder legislativo. “El pueblo o la suma de los ciudadanos o su porción más importante (*valencior*), es el legislador o la primera y verdadera causa eficiente de la ley” (I 12, § 3). Por tanto, es dicho conjunto el que mejor puede apreciar y perseguir el bien común (I 12, § 5). Además, una ley así aprobada tiene la mayor posibilidad de ser obedecida por todos (I 12, § 6).

En los orígenes de la época moderna, Althusio (1557-1638) revivió la idea democrática: los derechos de soberanía “corresponden a la comunidad de vida de la colectividad”. El gobernante, a quien el pueblo confía el poder supremo, es únicamente el “administrador, el gestor de negocios y el conductor”, de este poder (*Política methodice digesta*, Prefacio). En el mismo siglo Spinoza nos da una formulación clásica — con frecuencia olvidada de la idea democrática —. La democracia, escribía él en su Tratado teológico-político, es la más natural de las formas de gobierno, porque “es la más propia a la libertad que la naturaleza da a todos los hombres... en este Estado nadie transfiere a otro su derecho, sino que le cede en favor de la mayoría de la sociedad entera, de que es una parte. Por este medio todos vienen a ser iguales como antes en el estado natural” (cap. 16).

Poco después, en sus *Two Treatises of Government*, sostenía Locke (1632-1704) la tesis de que nadie tiene el poder de dictar leyes a una sociedad “sino por consentimiento de ella y autoridad de ella recibida...” (II, § 134). En última instancia, es el pueblo el titular permanente del supremo poder en el Estado: — “la comunidad retiene perpetuamente el supremo poder” —. Esto es así, porque “siendo el legislativo por modo único, poder fiduciario para la consecución de ciertos fines, permanece todavía en el pueblo el supremo poder de renovar o alterar el legislativo, cuando descubriere funcionar éste contrariamente a la confianza en él depositada” (II, § 149). — Montesquieu (1689-1755) llevó más lejos esta idea (Del espíritu de las leyes, XI 6): “Como en un Estado libre todo hombre debe estar gobernado por sí mismo, sería necesario que el pueblo en masa tuviera el poder legislativo”. — Sin embargo, como realista que era, agrega: “siendo esto imposible en los grandes Estados y teniendo muchos inconvenientes en los pequeños, es menester que el pueblo haga por sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo”.

2. La doctrina de Rousseau. Sólo con Rousseau experimentó la idea democrática la depuración, e incluso exagera-

ción, que de ordinario se requiere para que una idea política adquiriera carta de naturaleza en la conciencia común. La tarea que se había impuesto Rousseau consistía en hallar una forma de sociedad en la que cada uno "no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por tanto, tan libre como antes". Como solución propone que "cada cual ponga en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general..." Mediante la unión surge un "yo común", que recibe vida y voluntad a través de los asociados en la comunidad (C.s., I 6). En este caso, la función de la idea del contrato no es la de desentrañar el origen histórico del Estado, sino la de legitimar su poder; ya que se acepta la necesidad de su existencia, los individuos se inclinan libremente ante la voluntad general, en cuya formación todos participan. Según esta teoría política, el individuo participa activamente en la formación de la voluntad del Estado y, a la vez, está sometido a ella. El conjunto de los gobernantes es idéntico al de los gobernados. "El pueblo sumiso a las leyes, debe ser su autor; corresponde únicamente a quienes se asocian arreglar las condiciones de la sociedad" (C.s., II 6).

Una democracia directa omnícompetente, correspondería al ideal rousseauniano. Sin embargo, Rousseau se vio precisado a hacer algunas concesiones, ya que "no es posible que el pueblo permanezca incensantemente reunido para ocuparse de los negocios públicos..." Sólo un Estado muy pequeño y simple podría aproximarse a una democracia directa; pero, como tuvo que reconocer Rousseau mismo "tomando la palabra en su rigurosa acepción, no ha existido ni existirá jamás verdadera democracia". Este ideal no puede darse entre los hombres: "si hubiera un pueblo de dioses, se gobernaría democráticamente. Un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres" (C.s., III 4). Así parece que el concepto de la democracia se diluye en una utopía.

En todo caso subsiste como exigencia política real la proposición de que el pueblo sea representado en el poder ejecutivo pero no en la legislación (C.s., III 15). Aun limitándose a la legislación, la democracia directa sería factible exclusivamente en los Estados pequeños, en los que puede reunirse la ciudadanía entera para deliberar y votar cada ley y en los que, además, el derecho, las condiciones económicas y políticas son tales que permiten a cada quien conocer el alcance de su voto; un modelo de Estado, en fin, que hoy resulta utópico, en vista de la vastedad y la complejidad de las modernas estructuras económicas y sociales. La Revolución Francesa, bajo la dirección del abate Sieyès, renunció a este punto del programa de Rousseau y optó por una voluntad general representativamente constituida (§ 23 I).

Aun haciendo a un lado esta necesidad práctica de la representación, no sería posible realizar plenamente el ideal de la autodeterminación de todos, porque, incluso en una democracia directa, no podría evitarse la sujeción de la minoría a la voluntad mayoritaria, es decir, la minoría no determinaría por sí misma la ley de sus actos. Rousseau advirtió esta sombra que empañaba su ideal de la autodeterminación democrática y trató de eliminarla mediante la discutible suposición de que en la mayoría de votos se expresa la voluntad general (*volonté générale*) (C.s., IV 2) y que ésta, a su vez, representa el interés común, es decir, aquel sector "en el que todos concuerdan" (C.s., II 1, 3). Los integrantes de la minoría se equivocan sobre el verdadero interés común (C.S., IV 2), con el cual coincide también su verdadero interés particular; la mayoría simplemente le "obligará a ser libre" (C.s., I 7). Los defectos de esta argumentación saltan a la vista: es un optimismo mal fundado suponer como privilegio de la mayoría el conocimiento del verdadero interés común y que, en el punto en el que convergen los intereses mayoritarios, residen también los intereses reales de la minoría. John Stuart Mill afirmó escuetamente: "La voluntad del pueblo significa, en el sentido práctico, la voluntad de la porción más numerosa y más activa del pueblo, la mayoría o de los que han conseguido hacerse pasar como tal mayoría. Por consiguiente, puede el pueblo tener el deseo de oprimir a una parte del mismo". Es por ello que se requieren garantías de la libertad frente a la mayoría (infra § 30 I 1).

Rousseau convirtió la libertad del individuo, parcialmente al menos, en una libertad conformista, en una libertad en unísono con la *volonté générale*. Pero, si a alguien se le impone dicha libertad conformista, ya no puede decirse que sea tan libre "como antes". Así se demuestra que el intento de Rousseau de armonizar la libertad individual originaria con el orden estatal no se resuelve sin contradicciones.

3. La democracia y la idea de autonomía. La idea democrática experimentó una profundización a través del concepto de autonomía de Kant (1724-1804). Al lado de la autodeterminación como postulado político se plantea la autodeterminación como principio moral. Es posible establecer un vínculo entre ambas: En la democracia la formación de la voluntad política puede (y debe) tener sus raíces últimas en las decisiones de conciencia de cada ciudadano. Así, la democracia aparece como la forma de Estado que concede a la autonomía individual la oportunidad más amplia para desenvolverse también en la esfera política, y que respeta la dignidad humana en el mayor grado posible (§§ 16 I 3; 28 II 1).

Siguiendo también la concepción de Kant, el poder legislativo "no puede pertenecer más que a la voluntad colectiva del pueblo" (Metafísica de las costumbres I, § 46). La guía de esta voluntad popular no sería el interés común, como en Rousseau, sino un principio de la razón que reclama la coexistencia de la libertad de los individuos, de acuerdo con una ley universal. Si todos los hombres poseyeran siempre una percepción racional, clara y concordante, de la conducta correcta, también coincidirían sus principios de conciencia. El derecho regularía externamente el comportamiento, según lo ordena la conciencia. Sin embargo, no es posible llevar íntegramente a cabo esta convergencia de la autonomía individual y el derecho legislado de carácter general — aun suponiendo que las leyes fueran expedidas de buena voluntad—. La experiencia cotidiana misma enseña que las convicciones individuales no siempre concuerdan, sino que conducen a máximas de conducta opuestas. Por este motivo, el derecho, que debe delimitar externamente los ámbitos de libertad de los hombres entre sí, no puede funcionar como esquema de coexistencia plena de las autonomías individuales (Zippelius *Gesch.*, cap. 16 b, c).

4. Sobre la actualidad de la idea democrática. ¿Qué queda de la idea democrática en la realidad constitucional contemporánea de una democracia representativa, gobernada y administrada centralmente? Sin lugar a dudas, la realidad constitucional queda por debajo del ideal de la autodeterminación plena de cada uno — en virtud de que son inevitables las decisiones por mayoría y necesarios los órganos estatales representativos—. La autodeterminación de cada uno no es plenamente realizable en la convivencia con otros, particularmente en la comunidad política; pero al menos debe buscarse un consenso, lo más amplio posible, como base de la acción política y de las decisiones jurídicas.

Por el hecho de que la totalidad de los ciudadanos participe en la formación de la voluntad estatal y decida por mayoría, se aproxima al máximo de autodeterminación que puede lograrse en una comunidad. Al ofrecer la mayor participación al mayor número posible, se produce un acercamiento al ideal de la autodeterminación de todos, pero sólo en la medida que lo permiten las realidades (Zippelius RPh, §§ 12 II 4; 22 I).

El principio de la democracia debe valer, al menos como idea normativa, para los órganos representativos. En este sentido, ya había expresado Kant que la realidad práctica del concepto del contrato social consistía en "obligar a todo legislador a expedir de tal manera sus leyes como si *hubieran podido* nacer de la voluntad colectiva de todo un pueblo, y a conside-

rar al súbdito, en tanto que éste desee ser ciudadano, como si estuviera acorde con tal voluntad" (*Über den Gemeinsspruch*, II, Folgerung). Así puede concederse eficacia cierta solamente a las concepciones dominantes en una comunidad. Tal acontece a través de los procesos de retroalimentación, descritos más adelante, cuya capacidad de funcionamiento depende sobre todo de que, cuando menos periódicamente, se le presenten a la colectividad verdaderas alternativas personales y materiales, cuando ésta debe adoptar decisiones orientadoras (§ 23 II 3).

De la idea de que un orden estatal y jurídico debe apoyarse en el consenso de todos los sometidos a él, se desprende otra consecuencia:

Si bien no puede evitarse que un ciudadano tenga que obedecer ocasionalmente una ley que no cuenta con su aprobación pero tolerará *volens volens* tales divergencias ineludibles, mientras esté de acuerdo en términos generales, con su Estado. Sin embargo, cuando existe un desacuerdo de principio con el Estado, el ciudadano debe poder abandonar ese sistema político. Esta es la raíz filosófico-política de la libertad de residencia, que debe comprender necesariamente la libertad de emigrar, como prueba extrema de que un Estado respeta todavía la porción más elemental de la autodeterminación política de sus ciudadanos, a saber, la libertad de separarse completamente de él y emprender un camino propio.

Si la libertad de emigrar e inmigrar se integran en una libertad absoluta de residencia entre sistemas políticos de diferente género, se dejaría a los hombres la elemental autodeterminación política de decidirse, así sea con sacrificios, por el sistema que mejor les parezca. Es obvio que ciertos motivos impiden garantizar en todas partes una irrestricta libertad de inmigración, pero de todos modos subsiste como ideal democrático el que exista libertad de residencia entre diversos Estados, para que, en caso de rivalidad entre éstos, pueda darse un "plebiscito con los pies". Siguiendo el ejemplo de la Fábula del Anillo, de Lessing, todo sistema político pondría a prueba las ventajas que ofrece a través de la verdadera fuerza de atracción que ejerza sobre los hombres.

IV. La justificación de las manifestaciones y los programas específicos del Estado

Radbruch, Mayer, Binder, Ermacora (citado en el § 1 III); *Scheuner St. 223 ss.; H.P. Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1973, 31977.*

Sobre 2: *K. Mannheim*, *Wissenssoziologie*, 1964, 498 ss.; *H. Grebing et al.*, *Konservatismus*, 1971 (bibl.); *M. Greiffenhagen*, *Das Dilemma des Konservatismus in Deutschland*, 1971; *G. K. Kaltenbrunner* (ed.), *Rekonstruktion des Konservatismus*, 1972; *H. G. Schumann* (ed.), *Konservatismus*, 1974 (bibl.).

Sobre 3: *G. Schmidtchen*, *Ist. Legitimität messbar?*, *ZParl* 1977, 232 ss.

Cuanto más se desplaza el planteamiento de la justificación del Estado en general, hacia la justificación de las manifestaciones y programas específicos del mismo, tanto más decrece, por lo común, el grado de acuerdo intersubjetivo y tanto más se cae en el campo de las opiniones relativas. Aquí es donde se abre el amplio espectro de los ideales políticos y sus contradicciones, y donde también se sucumbe fácilmente a la tentación de aceptar en cierto modo como sobreentendidos, las condiciones y los modelos intelectuales, tanto sociales como políticos, del medio en que se ha nacido. Una y otra vez la cuestión decisiva radica en determinar qué fines han de realizarse, y en qué medida.

1. Conflictos de objetivos. Aun partiendo de la base, como aquí, de que en y a través del Estado deben realizarse los fines del individuo, en especial los que conciernen al desarrollo de la persona, el bienestar, la seguridad y la autodeterminación, permanece la tarea de precisar con mayor detalle estos fines. Aun cuando el Estado exista en función del bienestar de los hombres, se plantea la cuestión de en qué consista la felicidad del individuo y en dónde se halle "el paraíso verdadero del pueblo". Ello se refleja, por ejemplo, en algunas controversias: de si los medios públicos de comunicación masiva han de ofrecer "*circenses*" o más bien, si deben cumplir con una misión educativa.

No sólo deben determinarse en detalle los diversos fines, sino, más que nada, establecer una justa proporción entre ellos. Se trata, pues, de delimitar, cuándo están en pugna, una pluralidad de fines que por sí solos se estiman legítimos. Del Estado se espera que proteja los intereses más variados, los que con frecuencia entran en conflicto. Así, por ejemplo, el interés en una irrestricta libertad individual de acción puede entrar en conflicto con los intereses en la regulación del Estado social o el orden interno y la paz jurídica, por lo que debe decidirse en qué modo y en qué medida ha de satisfacerse el uno u otro interés.

Así, se plantea el problema de los fines que debe perseguir el Estado y la medida en que debe hacerlo. A esta cuestión no puede dársele respuesta con argumentos inmutables y universalmente válidos en toda época, sino que, lo mismo que el tema

de la justicia en general, más bien se plantea una y otra vez, al transformarse la situación histórica. Pero en ocasiones se encuentra en las representaciones socio-éticas predominantes de la comunidad, una base más amplia para un acuerdo intersubjetivo parcial incluso en cuestiones concretas de la política, en especial sobre lo que deba ser el compromiso óptimo y la ponderación más objetiva de determinados intereses y fines en contradicción (cfr. Zippelius RPh, § 17 II).

Pero cuando no hay tal base, será inevitable tener que arriesgar y elegir "de acuerdo con las propias conciencia y visión personal del mundo" y, al tomar partido, lesionar frecuentemente el uno u otro valor (M. Weber WL, 150, 608). Para caracterizar la tragedia insoslayable de tener que tomar partido, empleó Max Weber la sugestiva imagen de un politeísmo de los valores, a los que comparó con los antiguos dioses porque también luchan por ser reconocidos: hoy día están "desmitificados y convertidos en poderes impersonales, salen de sus tumbas, quieren dominar nuestras vidas y recomienzan entre ellos la eterna lucha" (WL, 605). La vida no es una operación aritmética lisa y llana, sino que nos enfrenta a "la imposibilidad de unificar los distintos puntos de vista que, en último término, pueden tenerse... y, en consecuencia, la imposibilidad de resolver la lucha entre ellos y la necesidad de *optar*" (WL, 608).

Nó obstante, en una etapa determinada de la historia constitucional, no se somete a decisión todo el espectro de "los puntos de vista que, en último término, pueden tenerse", en lo relativo a la cuestión de los fines y la configuración legítima del Estado, puesto que en el *ethos* social dominante de los pueblos se han preconstituido ya decisiones esenciales sobre los fines políticos y formas de dominación cuya legitimidad entra en consideración. Así, por ejemplo, en una época de democracia, no se discute en lo absoluto la legitimidad de la monarquía absoluta, forma de Estado que pudo parecer válida hace doscientos años.

2. Del progreso contra la conservación, en particular. Quizá también sea necesario elegir entre estabilidad y adaptación del sistema social. Aquí se plantea, por tanto, la cuestión de lo que pueda ser de mayor importancia: la certidumbre de las bases tradicionales de la disposición social (la certeza de orientación), o la adaptación del sistema de ordenación al cambio en las condiciones de vida y a las concepciones dominantes sobre la estructura social óptima. En términos usuales, esto implica la elección entre la tendencia conservadora y la progresista:

El conservadurismo pretende salvaguardar, en lo posible, los modelos del orden tradicional. En su favor pueden aducirse reflexiones como las siguientes: la continuidad, la estabilidad, la certidumbre del orden existente, en una palabra, la seguridad de orientación, son el fundamento esencial de toda regulación y satisfacen una necesidad humana básica. Lo tradicional es en buena parte el producto de las experiencias históricas, pues en todo caso ya ha comprobado su viabilidad. Finalmente, la recepción de los modelos de conducta ya ensayados simplifica la elección de un comportamiento y reduce la presión en la toma de decisiones.

Por el contrario, desde la perspectiva de un programa progresista, los modelos sociales de conducta deben adaptarse, con la mayor celeridad posible, a las transformaciones de las condiciones externas de vida, es decir, debe buscarse el mayor grado posible de innovación; el futuro deberá planearse y la comprensión que se vaya logrando sobre el mejor modelo del orden social humano debe traducirse en hechos tan pronto sea posible.

¿Se debe optar por el progreso y el cambio o por defender el orden existente? ¿Se debe accionar o reaccionar? Como en la mayoría de los problemas políticos, la respuesta apropiada no radica en una simple disyuntiva: de un lado, el progreso técnico y el cambio social requieren una adaptación de los modelos sociales de ordenación y de los jurídicos en particular, que en su configuración tradicional cumplen inadecuadamente su función o son causa de daños e injusticias. Por el otro, en una comunidad insegura y casi abrumada por la complejidad y el cambio acelerado de las situaciones que han de regularse, es necesario conservar las instituciones ya experimentadas, con el fin de preservar tanta certeza de orientación y descarga como sea posible. Así, el progreso se efectuará prudentemente, de tal manera que las regulaciones e instituciones anticuadas, cuyo funcionamiento se demuestre inapropiado, dañino o injusto, sean cambiadas paulatinamente por mejores alternativas, sopesadas a fondo, y bajo un control permanente del éxito obtenido (cfr. también § 35 II).

Existe evidentemente una conexión entre la tendencia al cambio y la inseguridad, por una parte, y entre la certeza de orientación y la solidificación de las estructuras sociales, por la otra. Con el tiempo, la inseguridad se torna tan insoportable como la parálisis misma. En la gran perspectiva histórica, parecen alternarse épocas en que predomina ya una disposición al avance, ya una necesidad de consolidación; épocas en las cuales destaca más la tendencia hacia la innovación, al cambio y la re-

forma, y en otras, la necesidad de estabilidad y la recuperación de la certeza de orientación. He aquí otra de las antinomias que impulsan a la vida y la acción y dentro de las cuales debe buscarse continuamente la medida útil.

3. **La legitimidad de la política concreta.** El poder del Estado se ve continuamente incitado por las cuestiones concretas de la política a adaptar el orden social, en la medida justa, a la transformación del conocimiento y demás condiciones históricas, así como a decidirse por determinados fines y, más que nada, por una compensación razonable entre éstos: por ejemplo, por determinadas formas y grados del desarrollo de la personalidad; por determinados principios según los cuales se delimite la libertad de uno frente a la del otro (§ 34), así como por una proporción equilibrada entre la reglamentación por autoridad y el desenvolvimiento propio del individuo (§ 35 IV).

Las decisiones de la Constitución sobre determinados fines fundamentales del Estado, sobre los principios del derecho y el orden (Estado social y de derecho, garantías de los derechos fundamentales, división de poderes etc., § 8 II), son manifestación de las representaciones específicas que una determinada comunidad jurídica tiene del orden y la justicia en una situación histórica dada: en parte, como consagración de las concepciones socioéticas y políticas dominantes, y en parte, como decisiones orientadoras (Zippelius RPh, § 22 III). Desde esta perspectiva, la forma misma del Estado y los modelos subordinados de ordenación social resultan ser esquemas de organización más o menos afortunados, para lograr una compensación justa y óptima (según lo conciba esta comunidad estatal) de los intereses existentes, y para la mejor realización posible de los fines específicos que se han marcado en dicho Estado.

En este contexto se integra la problemática actual de los destinos del Estado (*Staatszielbestimmungen*) que trata en especial de la garantía del desarrollo de la persona, la justicia social, la prosperidad y estabilidad económicas, la conservación del orden y la paz jurídica, así como la seguridad exterior; aquí se plantea precisamente la tarea de establecer una relación equilibrada entre estos fines, al momento de su realización concreta y, en especial, hallar la jerarquía correcta y un compromiso óptimo entre ellos.

Las decisiones concretas de fines de un Estado no se agotan en la promulgación de una Constitución, sino que son tarea permanente de la actividad estatal, mediante un proceso de clarificación y transformación constantes de las metas políticas concretas de esta comunidad (§§ 26 II; 28 II).

Si, de acuerdo con una concepción democrática, se considera como criterio de la legitimidad a la capacidad de obtener

un consenso, entonces debe buscarse que éste sea lo más amplio posible, en cuanto a dichos procesos de orientación política (§§ 7.III 2; 16 I).

Buscar la legitimidad de tales decisiones de objetivos no significa que baste consultar la opinión de la mayoría, ya que ésta puede estar guiada o manipulada por intereses. Para descubrir lo que una mayoría estima correcto después de un examen racional de la situación, se requiere, como ya se dijo, de medidas institucionales y procedimentales (§ 16 I 3). El sistema representativo también crea supuestos importantes para el desarrollo controlado, limitadamente racional y "cultivado", de los procesos políticos de decisión. En los procesos de definición de metas políticas corresponde un papel clave precisamente a los representantes; no obstante, en la democracia éstos se hallan sujetos a un posible consenso de la mayoría. En las comunidades democráticas, los gobernantes deben establecer objetivos y justificarlos en una discusión permanente con la oposición y la opinión pública. Y en la medida que se logre esto, proporcionan, en suma, una justificación integradora del poder estatal actual.

§ 18. El problema del anarquismo

E. V. Zenker, *Der Anarchismus*, 1895 (reimpresión 1966); *G. Adler*, *Geschichte des Sozialismus und Kommunismus von Plato bis zur Gegenwart*, I 1899; *P. Eltzbacher*, *Der Anarchismus*, 1900; *G. Adler*, *Art. Anarchismus*, *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, I ³1909, 444 ss.; *M. Nettlau*, *Geschichte der Anarchie*, I 19^o5, II 1927; *U. Dierser*, *Art. Anarchie*, *HPH* I, 267 ss. (1971); *P. Ch. L. de Ch. Meier*, *Art. Anarchie*, *GGb* I, 49 ss. (1972); *J. Cattepoel*, *Anarchismus*, 1973, ³1979; *P. Lösche*, *Anarchismus*, 1977.

La postura del anarquismo es opuesta a las teorías de justificación del poder del Estado. Las doctrinas anarquistas tienen en común su negación de la necesidad y aun de la legitimidad, de un poder político y, consiguientemente, del Estado mismo, como orden de dominación política. Sostienen la convicción de que los hombres viven mejor en una comunidad sin Estado que bajo el poder estatal, al menos cuando la sociedad se ha dado un orden justo. El poder político se vuelve superfluo y desaparece el dualismo de Estado y sociedad. Pero las opiniones difieren en lo particular, pues no sólo es distinta la fundamentación de la inutilidad del poder estatal, sino que varían también los modelos sociales propuestos y los métodos previstos, según los cuales debe realizarse el nuevo orden, ya sea por-

que se elimine al Estado por la violencia o porque éste deje de ser indispensable y se extinga por sí mismo.

Los cínicos imaginaron una convivencia en la naturaleza, con amor libre y comunidad de hijos, una existencia frugal en la que también carecen de significado la riqueza, la fama y la alcurnia (Diógenes Laercio, VI 11, 37, 63, 72, 105). En el primitivismo demostrativo de Diógenes de Sinope aflora un rasgo peculiar, que reaparece, una y otra vez, en las protestas contra la dominación establecida. La *Stoa* retomó de los cínicos la idea del cosmopolitismo, que los estoicos relacionaron con su propia concepción de un orden racional del mundo, en el que todos se integran y participan a través de la razón (Diog. L., VII 86 ss., 143). Zenón de Citio (ca. 336-264 a.C.) esbozó el modelo utópico de una comunidad sin templos ni tribunales, en la que los hombres conviven según los mandamientos de la virtud (Diog. L., VII, 33, 131).

I. Apóstoles de la convicción

J G Fichte, *Über die Bestimmung des Gelehrten*, 1794, 2. conf.: *id.*, *Staatslehre*, 1813; *L. Tolstoi*, *Das Reich Gottes ist in Euch*, 1893, en especial caps. VII ss.; *id.*, *Moderne Sklaven*, 1900, 13 ss.; *W Preger*, *Geschichte der deutschen Mystik*, 1874; *Radbruch*, 187 ss.

En el Nuevo Testamento se apunta inequívocamente la idea de la vanidad del Estado y de su justicia (Mateo 20, 14 ss., 25 s.; 22, 21; Lucas 16, 1 ss.), ocasionalmente elevada al plano de una profunda incompatibilidad del orden comunitario cristiano y el Estado. En la Edad Media, Amalrico de Bena y la secta del espíritu libre, surgida en el siglo XIII e inspirada por aquél, profesaban una variante cristiana del anarquismo y, basados en el supuesto de que el espíritu divino actuaba en ellos, desecharon todas las barreras institucionales de su medio: Iglesia, matrimonio y propiedad (Preger 1874, 207 ss.). En un sector del movimiento anabaptista del siglo XVI se formuló la idea de una sociedad sin gobierno, ordenada en el amor cristiano al prójimo (Adler 1899, 124 ss.). En tiempos recientes, León Tolstoi demandaba que un régimen de amor al prójimo ocupara el sitio de la dominación por la ley coactiva. En cambio, Lutero y Zuinglio no abrigaban ilusiones en este sentido (Zippelius *Gesch.*, cap. 9). Ocasionalmente ha adquirido actualidad el método que recomendaba Tolstoi para oponerse al poder del Estado: la táctica de la resistencia pasiva (1893, cap. IX).

Según Fichte (1794), el Estado no es un fin en sí mismo, sino un "medio para la creación de una sociedad perfecta". Per-

feccionamiento quiere decir "aproximación a la unidad y unanimidad completas con todos los individuos". Para Fichte esto significa unidad en la razón. Una vez alcanzado el punto en que "se reconozca universalmente como juez supremo a la razón, en vez de la fuerza o a la astucia", el Estado se vuelve innecesario. El Estado se hace superfluo a sí mismo precisamente porque perfecciona a los hombres, es decir, los educa en una racionalidad universal. "El Estado, al igual que todas las instituciones humanas que son simples medios, viene a parar en su propia extinción, ya que es fin de todo gobierno hacer innecesario al gobierno." Y en su teoría del Estado (3. Sección, *Neue Welt* III) se lee: "El imperio del Derecho, postulado por la razón, y el Reino de los Cielos en la Tierra, prometido por el Cristianismo, son una y la misma cosa... Cada quien obedece sólo a Dios, según su clara percepción de la voluntad de Dios respecto de él... Cualquier otro poder sobre la voluntad de los hombres, que no sea el de su propia conciencia, debe desaparecer". Podría llegarse al punto en que no fuera necesaria coacción alguna, y "los que la ejercen y los que gobiernan se quedarán sin ocupación cuando, por la fuerza de la instrucción general, hallaran hecho todo cuanto deseaban ordenar y omitido cuanto pretendían prohibir. Así, el tradicional gobierno por la fuerza habrá de adormecerse alguna vez en el Reino del Cristianismo, porque no tiene más que hacer... El Estado, alguna vez coactivo, desaparecerá plácidamente, sin manifestación de violencia en su contra, cuando el tiempo acarree su propia nulidad"

II. Egoístas

Max Stirner, Der Einzige und sein Eigentum 1845 (citas: Edición Reclam, 1892).

La doctrina anarquista que desarrolló Max Stirner (seudónimo de Johann Caspar Schmidt, 1806-1856) en su libro *El único y su propiedad*, no pertenece a los idilios paradisiacos

que consideran a la razón como una base suficiente del orden social. El fundamento filosófico de este libro es un individualismo exaltado hasta el solipsismo. El Yo (empírico e individual) crea su propio mundo de representaciones. Para mi conciencia, Yo soy el único. Este egoísmo teórico se relaciona con el egoísmo práctico: "Yo deseo ser y tener todo lo que pueda ser y tener. Si otros son o poseen algo similar ¿qué Me importa?" (p. 164). Todo se diluye en la facticidad de las decisiones momentáneas del arbitrio individual. Ni Yo ni los demás pueden im-

ponerme obligaciones: "Nadie puede obligar a Mi voluntad y Mi repulsión permanece libre" (p. 229). "Tú tienes derecho a ser lo que puedas llegar a ser. Todo derecho y toda justificación derivan de Mí mismo; tengo derecho sobre lo que tengo dominio" (p. 221). Si hago causa común con otros, es sólo porque, y en tanto que esto vaya de acuerdo con mis intereses y mi voluntad. La fuerza que mantiene unida a tal asociación de egoístas no es el derecho, sino el interés de los miembros (pp. 365 ss.). Para Mí, el egoísta, el bienestar de "la sociedad humana no pesa en mi corazón, no sacrifico nada por ella, sólo la utilizo" (p. 210). Las reflexiones de Stirner terminan entonces en el modelo social del cual parten las de un Thomas Hobbes: un conglomerado de egoístas desvinculados y en el que, como trató de demostrar Hobbes, la convivencia sería a tal grado intolerable que el propio egoísmo haría entrar en orden a los individuos (§ 17 II).

III. Reformadores sociales

P.J. Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété?*, 1804; *id.*, *Système des contradictions économiques*, 1846; *id.*, *Idée générale de la révolution*, 1851; *id.*, *De la justice dans la révolution*, 1858; *id.*, *Du principe fédératif*, 1863; *M. Bakunin*, *Gesammelte Werke*, 3 vols. 1921-1924 (reimp. 1975); *S.G. Netschajev*, *Katechismus der Revolution*, 1871, en: *M. Bakunins sozial polit. Briefwechsel*, 1895, 371 ss.; *P. Kropotkin*, *Die Eroberung des Brotes*, (fr. 1892) al. 1973; *id.*, *Der Anarchismus*, (fr. 1896) al. 1923.

Selección de bibliografía secundaria: *G. Pléjanov*, *Anarchismus und Sozialismus*, 1894, 1911; *J.P. Wurz*, *Der revolutionäre Syndikalismus in Frankreich*, 1931; *J.H. Kaiser*, (citado en el § 26), 35 ss.; *E. Gerlach*, *Art. Syndikalismus*, *HdSW X*, 271 ss.; *J. Joll*, *Die Anarchisten*, (Ingl. 1964) al. 1966; *D. Guérin*, *Anarchismus* (fr. 1965) al. 1978; *A. V. Borries*, *I Brandies* (ed.), *Anarchismus*, 1970. *E. Oberländer*, (ed.), *Der Anarchismus*, 1972; *W. Laqueur*, *Terrorismus*, (ingl. 1977) al. 1977; *W. Röhrich*, *Revolutionärer Syndikalismus*, 1977; *H. Geissler* (ed.), *Der Weg in die Gewalt*, 1978; *L. Leonard* (ed.), *Global Terrorism*, 1979.

Un difundido modelo anarquista se basa en la reflexión de que un sistema organizado de coerción externa se vuelve innecesario cuando se ha dado un orden justo a las relaciones de propiedad y producción. En los respectivos modelos sociales hallamos, por lo regular, alguna variante de una organización cooperativa.

Pierre Joseph Proudhon (1809-1865) buscaba en su modelo social una salida a la explotación capitalista de los débiles al crear una comunidad de pequeños productores independientes, que intercambiarían sus productos según el valor

del trabajo empleado y que estarían organizados en federaciones agrícolas-industriales (cfr. también § 17 I 2). No existiría un poder central de gobierno, ya que "la perfección máxima de la sociedad reside en la unión del orden y la anarquía" (Proudhon 1840, Conclusión). Conforme al modelo social de Miguel Bakunin (1814-1876), los individuos deberían unirse en asociaciones cooperativas libres de trabajadores; estas asociaciones poseerían el capital necesario para la producción y formarían entre sí, voluntariamente y según sus necesidades, una federación económica con un parlamento que, provisto de información amplia, exacta y detallada, podría dirigir y distribuir la producción de la industria mundial al combinar oferta y demanda (*Werke* III, 8 ss.). La idea de un socialismo en pequeñas comunidades fue retomada por Pedro Kropotkin (1842-1921), quien proponía una producción en empresas descentralizadas en las que cada quien trabaja según sus capacidades y recibe según sus necesidades. Para que semejantes modelos sociales no aparecieran como un irreal "socialismo de cubos de ordeña", había que tomar en consideración la posibilidad de una coordinación, como lo hizo Bakunin y también el anarcosocialista Johann Most (1846-1906), que pretendía establecer oficinas de planeación de la producción y oficinas técnicas para la fijación de los precios.

Ante todo, era preciso armonizar el anhelo de una organización social sin la dominación del Estado, con la producción de la gran industria. A esta tarea se aplicó el sindicalismo, que obtuvo partidarios especialmente en Francia, Italia y España. El modelo de un socialismo sindicalista era otra posible respuesta a este problema. Sindicatos descentralizados debían disponer de los medios de producción y estas asociaciones cooperarían entre sí en forma federativa y bajo una justa compensación de sus intereses, sin caer en el rigor de la competencia capitalista. En lo interno, se organizarían democráticamente. La experiencia demuestra, por el contrario, que también las asociaciones desarrollan un fuerte egoísmo propio que reclama una instancia supraordinada de orden y equilibrio. Parece incluso utópica la concepción de un sindicalismo democrático, considerando la "ley de hierro" de la dominación de las minorías oligárquicas (§ 22 I), harto evidente en la dominación de los funcionarios de asociación.

Tolstoi sugería la resistencia pasiva como medio para eliminar al Estado (I); pero en el círculo de algunos "reformadores sociales" se es menos escrupuloso. Netschaiev, el correligionario de Bakunin, exigía "la destrucción total, inexorable y universal, por medio del terror", de las instituciones estatales,

sin arredrarse ante ningún medio. La acción violenta de protesta forma especialmente parte del repertorio fijo de los "anarquistas", o mejor dicho, de los tiranos que buscan el poder. La confesión pública, por la organización, de los actos de terror cometidos, corresponde también a la "propaganda del hecho"; de este modo se busca obtener un prestigio, fundado en el temor, que se asocia a la capacidad de hacer violencia impunemente; al mismo tiempo, se espera provocar una pérdida de prestigio y legitimidad del gobierno, la cual tiene lugar siempre que éste ya no está en situación de imponer eficazmente el monopolio de la fuerza. Aparte del terror, otra importante estrategia se dirige a la disolución de las instituciones, lo que incrementa drásticamente la pérdida de certeza de orientación y, en relación con esto, también la "liberación de lo caótico en el hombre" (§ 7 III). Dependiendo de las tendencias preponderantes de la época, colaboran como "idiotas útiles" en este proceso aun aquellas personas que no desean sus resultados: los intelectuales sensibles a lo opresivo de toda institución; los editores hábiles para el negocio; los políticos que no quieren dejar de adherirse las modas del pensamiento. Todos ellos hacen lo más que pueden para suprimir a las "autoridades", mediante una educación antiautoritaria en la escuela y en la familia; mediante la ridiculización de toda autorrepresentación del Estado; por la desconfianza frente a la autoafirmación del Estado, aún cuando ésta se dirige contra los enemigos de la Constitución, y no menos a través del recelo y la agresividad contra la policía, en cuya actividad resulta más notorio que el Estado también tiene algo que ver con el poder político. La consigna pide debilitar al poder estatal, incluso frente a la criminalidad y así sea a costa de una creciente inseguridad jurídica para el ciudadano. El libertinaje sexual también contribuye a la descomposición de las instituciones y su poder coercitivo. Platón ya había descrito este proceso en sus líneas esenciales; pero, claro está, no como etapas previas de la superación del Estado, sino, ciertamente, con mayor sentido de la realidad, como antecedentes de la tiranía (Zippelius *Gesch.*, cap. 20).

IV. Sobre los marxistas, en particular

§ 25 II: A. *Bebel*, *Die Frau und der Sozialismus*, 1879. ⁶¹1964.

La doctrina marxista sobre la extinción del Estado se sustenta en la concepción de éste como instrumento de la dominación política, en manos de la clase económicamente poderosa para oprimir a la clase explotada, por lo que la lucha contra la explotación económica también habrá de orientarse, no

menos, contra este Estado. Una vez que hayan desaparecido las diferencias de clase, este instrumento de la dominación de una clase determinada se vuelve superfluo. Con posterioridad a la revolución proletaria, se requeriría del Estado sólo en forma transitoria para despojar del capital a la burguesía y para acostumar a los hombres a las reglas elementales de la convivencia en sociedad. Una vez realizado esto, el Estado se extingue gradualmente (§ 25 II 6). “Nosotros nos proponemos como meta final la destrucción del Estado, es decir, de toda violencia organizada y sistemática, de toda violencia contra los hombres en general” (LAW II, 386; OEL II, 355). “Junto con el Estado desaparecen sus representantes: ministros, parlamentos, ejército permanente, policías y gendarmes, tribunales, abogados y fiscales, funcionarios de las prisiones, la administración fiscal y aduanera, en una palabra, todo el aparato político. A los cuarteles y demás edificaciones militares, los palacios de administración y de justicia, las cárceles, etc., les espera un mejor destino. Miles de leyes, decretos y ordenanzas se convertirán en papel de desperdicio... En lo futuro, no se conocerán las infracciones y los delitos políticos, como tampoco los comunes... Así, los fundamentos del ‘orden’ actual devendrán un mito y los padres contarán de ello a sus hijos como si se tratara de antiguos tiempos de fábula” (Bebel, cap. 23; en forma similar, Engels, MEW 21, 168).

No se niega que también en la sociedad sin clases se necesitan todavía las funciones administrativas, pero éstas no tendrán el carácter de la dominación política sobre los hombres. “En lugar del gobierno sobre los hombres, se da la administración de las cosas y la dirección de los procesos de producción” (Engels, MEW 19, 224; 18, 308), idea ya formulada antes por Saint-Simon (§ 25 III 2). Esta administración no se expresa en un poder político, estatal, sino en la autoadministración del pueblo trabajador, un “sistema de organización que abarque a toda la población, que logrará, con la ayuda de este sistema, la administración directa de sus propios asuntos” (GML, 859).

Es verdad que para ello se requiere del perfeccionamiento del orden social comunista. “Para que el Estado se extinga completamente hace falta el comunismo completo” (LAW II, 397; OEL II, 365), uno de cuyos aspectos consiste en que los hombres “se habitúen a obedecer las reglas elementales de la convivencia social, *sin violencia y sin subordinación* (LAW II, 386; OEL II, 355). El carácter superfluo de la autoridad política presupone una moral de trabajo totalmente nueva, a saber, “la disponibilidad y el deseo de trabajar bien, no porque alguien nos impulse a ello, no sólo porque de ello depende el sustento, sino por convicción profunda y conciencia de la obligación mo-

ral" (GML, 823 s.). Lenin se representaba el trabajo comunista en la sociedad sin clases como "trabajo gratuito en bien de la sociedad, un trabajo que es ejecutado no para cumplir una obligación determinada, no para recibir derecho a determinados productos, no por normas establecidas y reglamentadas de antemano, sino un trabajo voluntario, sin normas, hecho sin tener en cuenta recompensa alguna, sin poner condiciones sobre la remuneración, un trabajo realizado por hábito de trabajar por el bien general y por la actitud consciente (transformada en hábito) frente a la necesidad de trabajar para el bien común" (LAW III, 387; OEL III, 347). Encontramos aquí una variante de la idea de Fichte, en el sentido de que el Estado se hace innecesario a sí mismo a través del perfeccionamiento del ser humano, al abandonar el yo su aislamiento.

Así se explica la conexión, en apariencia paradójica pero inevitable en la realidad, entre la escatología anarquista y las tendencias totalitarias de los Estados marxistas. Es una ley conocida el que la propensión de un sistema político al totalitarismo será tanto más poderosa cuanto más intensamente pretende transformar a los hombres.

Es digno de notarse que en los países marxistas, en los cuales se ha establecido sólidamente el poder político, se busca una nueva legitimación del Estado (§ 25 II 6).

V. Crítica

La radicalización de la libertad no pondría barrera sólida alguna a las diversas voluntades de poder y posibilidad de imponerse de los individuos, lo que llevaría precisamente a la rápida aparición de las desigualdades en la sociedad, y a una dispar distribución de la libertad, es decir, que la libertad de unos se ve restringida en beneficio de otros aún en mayor grado de lo que habitualmente sucede en un Estado liberal en exceso (§ 29 II).

Sólo cuando el hombre sea mucho más disciplinado, desinteresado, pacífico y racional de lo que por experiencia es verdaderamente, podría tener éxito el experimento del anarquismo. Por tanto, también la mayoría de las doctrinas anarquistas está expuesta a la objeción de que las domina un optimismo irreal, ya que atribuyen al sentido común, al amor al prójimo o a la razón, la fuerza suficiente para mantener el orden de la vida social, siendo factible abandonar el castigo o la coacción por parte del Estado. La áspera realidad, de la que nacieron teorías políticas como las de Bodin y Hobbes, no justifica este optimismo.

Como ya lo había señalado Georg Jellinek (pp. 224 s.; TGE, 281 s.), también la versión socialista del pensamiento anarquista adolece de un optimismo infundado, pues considera como base de la sociedad "al hombre educado en libertad, que trabaja siempre de un modo placentero y de acuerdo con el colectivismo... A causa de este elemento que ninguna teoría puede desconocer, a saber, la carencia de moralidad, la sociedad socialista del futuro (conocerá) ataques criminales contra la persona y la libertad y, sobre todo, se buscará una defraudación al trabajo social".

Hasta el momento, tampoco el intento marxista de cambiar al hombre ha rendido frutos. Precisamente los rasgos de carácter que el Estado marxista debiera desalentar en el hombre — ante todo, la voluntad individual de poder, que busca el dominio sobre otros — no son menos notorios en éste que en los restantes sistemas de dominación. *Naturam expellat furca, tamen usque recurrit.*

Todos los esfuerzos por inducir en el hombre un comportamiento pacífico exclusivamente mediante la transformación de la situación social o a través de la educación, equivalen a que el gato deje su afición por la caza de ratones. Sobrevaloran la intervención del medio ambiente y desatienden o menosprecian la influencia de los rasgos biológicos, no sólo la repugnancia natural hacia el trabajo en beneficio de otros, sino también la disposición a la agresión, que se actualiza, sobre todo, en los conflictos de los individuos a causa de su ambición de posesiones y poder. Esta estructura instintiva no es suficientemente controlada por los frenos naturales y, por ello, debe someterse a las instituciones, pero instituciones que puedan oponer a la violencia un poder superior (§ 17 II).

La hipótesis de que pueden evitarse las estructuras de dominación en tales instituciones, sobre todo en la moderna sociedad industrial, organizada mediante la división del trabajo, no sólo contradice a la indicada función de estas instituciones, sino también a la experiencia en su conjunto (§ 22).

§ 19. La revolución y el derecho de resistencia

I. En torno a la cuestión de la revolución

§ 25 II 5; O. Schanze, *Revolution und Recht*, Z. f. Rechtsphilos. 1921, 225 ss.; E. Beling, *Revolution und Recht*, 1923; W. Schönfeld, *Die Revolution als Rechtsproblem*, AöR 1927, 161 ss.; H. Herrfahrdt, *Revolution und Rechtswissenschaft*, 1930; K.F. Bertram, *Widerstand und Revolution*, 1964; V. Kubes, *Osterr. Z. öff. R.*, 1979, 257 ss.

En especial sobre el aspecto histórico y científico-social: *H. Arendt*, *Über die Revolution*, (ingl. 1963) al. 1974; *Ch. Johnson*, *Revolutionstheorie*, (ingl. 1966) al. 1971; *C. Lindner*, *Theorie der Revolution*, 1972; *U. Jeuggi, S. Papcke* (eds.), *Revolution und Theorie*, 1974; *H. Wassmund*, *Revolutionstheorien* 1978.

La cuestión de la revolución se relaciona con los problemas de la legalidad y la legitimidad (cfr. § 16 II).

1. El problema de la legalidad. En sentido jurídico, la revolución es la modificación extralegal de los principios fundamentales del orden constitucional existente, y se diferencia de la revisión legal de la Constitución, es decir, su reforma en un procedimiento y en la extensión que ella misma establece, salvaguardando, ante todo, las decisiones políticas fundamentales (§ 9 III 2; cfr., también el art. 79, inciso 3 LF). Es misión de la revolución "clásica" destruir las antiguas Tablas de la Ley, y la conciencia de este acto adquiere una expresión plástica en la toma por asalto y la apertura de los edificios que albergan a los tribunales y las cárceles, "fuertes simbólicos del orden jurídico establecido" (Beling 1923, 14). El que los revolucionarios puedan hacer uso del instrumentario legal para poner en marcha un proceso cuyo resultado será la ruptura ilegal del orden constitucional existente, no desvirtúa la afirmación de que la ilegalidad es inherente al concepto de revolución. Así, Hitler se aprovechó del "estribo legal" que le ofrecían los instrumentos jurídicos de la Constitución de Weimar, para obtener posiciones de poder en las instituciones, desde las cuales podía dejar fuera de acción el sistema de un Estado constitucional pluralista y democrático. Desde entonces, la vía que pasa por las instituciones del Estado constitucional (la "marcha a través de las instituciones") se ha convertido en sólida parte integrante de la práctica revolucionaria.

El éxito determina la calificación jurídica de las revoluciones. Si fracasan, su significación es jurídico-penal; si triunfan, tienen relevancia jurídico-política (Giese). Si el nuevo poder estatal consigue imponerse duraderamente, nace por ello, no solamente una nueva posición de poder, sino también una nueva situación de derecho político. En las palabras del Supremo Tribunal del *Reich* alemán: "No puede rehusarse el reconocimiento jurídico-político al poder estatal surgido de una revolución. No se opone a ello la antijuridicidad de su establecimiento, porque no es un atributo esencial del poder estatal la legalidad de su creación. El Estado no puede existir sin un poder político. Al ser eliminada la antigua autoridad, su lugar lo ocupa el nuevo poder en ascenso." Resulta tautológico constatar que se ha modificado el derecho garantizado (§ 8 I) tan pronto un nuevo

orden jurídico y constitucional ha adquirido efectividad, es decir, la probabilidad cierta de su imposición y aplicación organizadas a cargo de una autoridad.

Es del todo evidente que el poder estatal naciente constituye la nueva base de la legalidad. El poder constituyente es, por definición, un poder soberano que crea los fundamentos del orden estatal por una vía no legal, es decir, no conforme a las reglas del orden jurídico anterior (§ 9 III 2). Son constituyentes aquellas fuerzas políticas primarias que no se sujetan más a las decisiones fundamentales establecidas del orden jurídico y constitucional, sino que son capaces de romperlas y sustituirlas con otras. En resumen, que el poder del Estado carece de un árbol genealógico legal. No es la legalidad formal, sino el poder del éxito el que auspicia el nacimiento de los Estados y del poder estatal, pues lo que interesa es que un determinado sistema político se imponga *de facto* y surja a la existencia política. Esto no sólo es aplicable a los inicios de la formación de los Estados en general. Un poder estatal autónomo que actúa legalmente, puede haber surgido en forma no legal, cuando una parte del antiguo Estado se separa efectivamente de la metrópoli y se hace independiente. Como ejemplos tenemos la separación de los Países Bajos de España y la de los E. U. respecto de Inglaterra, y los demás casos en que las antiguas colonias se independizaron por decisión propia.

2. La cuestión de la legitimidad. Debe hacerse una distinción entre el problema de la legalidad y la cuestión de la legitimidad, es decir, la relativa a la justificación de una revolución y del orden constitucional posrevolucionario.

Una condición típica de las revoluciones que cuentan con amplio apoyo en el pueblo, es la pérdida de autoridad y legitimidad del actual régimen; si estos conceptos son entendidos en el sentido anteriormente descrito, ello quiere decir que los gobernados ya no están dispuestos a aceptar las decisiones de los gobernantes (§ 16 I) y a identificarse con ellas (§ 17 II). Por lo común, una revolución pretende justificarse en que supuestamente sustituye un orden estatal considerado arbitrario por uno más justo. En no pocas ocasiones, aquellos que buscan una transformación envuelven su concepción de la justicia en el ropaje de un "derecho natural", cuya vigencia sostienen desde ahora, como anticipo de sus aspiraciones: la guerra campesina alemana, la guerra de independencia de los E. U. y la Revolución Francesa, todas ellas se suscitaron en nombre del derecho natural. Con razón pudo calificar Max Weber (WuG, 497; ES, 640) al derecho natural como "la forma específica de legitimidad del ordenamiento jurídico revolucionariamente creado". Es

obvio que ese derecho natural, mientras no se haya impuesto como derecho del Estado, no es más que un conjunto de postulados ético-sociales y no un derecho garantizado.

La medida en que tales representaciones de la justicia son acogidas y aceptadas por un número suficiente de personas y se convierten, por tanto, en consignas detrás de las cuales se aglutina el poder político, depende de cuánto y a quién benefician. El esbozo de un nuevo orden social producirá un amplio compromiso sólo si se espera de él una mayor satisfacción de los intereses propios. En múltiples ocasiones, el interés propio constituye incluso la fuerza motriz de un movimiento revolucionario, mientras que la concepción de la justicia es únicamente su defensa argumentativa. Es aquí donde se pone de manifiesto el engranaje entre la legitimación sociológica y la ética, a saber, el nexo entre la aceptación fáctica de determinadas representaciones y el intento de justificarlas moralmente.

La justificación de la revolución es comúnmente un asunto espinoso. Debido a la alta jerarquía que tiene la función pacificadora y ordenadora del poder organizado del Estado (§ 17 II), se plantea la difícil cuestión de determinar en qué momento la injusticia estatal ha adquirido dimensiones intolerables que pesan más que la discordia, la violencia y la miseria que acarrea una revolución. Trataremos de nuevo esta cuestión en lo relativo al problema de la resistencia legítima.

Pero una vez consumada la revolución, la necesidad de paz jurídica y estabilidad del orden estatal (que antes obstaculizaba a la revolución) pertenece ahora a los argumentos que justifican el mantenimiento del nuevo orden. Una vez que ha transformado la situación de la dominación, el *ut non conturbaretur ordo* habla ahora en favor del nuevo gobernante — para emplear la conocida frase que el Papa Zacarías pronunciara con motivo de la caída del último rey merovingio (*Annales Laurissenses maj.*, en 749).

Independientemente de esta idea del orden, el grado de legitimidad del poder estatal posrevolucionario depende de hasta dónde establezca un orden comunitario justo, apoyado en el *ethos* social dominante. Por lo demás, el poder estatal recién establecido debe ocuparse de esta legitimidad, en bien de su propia estabilidad, pues “el más fuerte no lo es jamás bastante para ser siempre el amo o señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia de los demás en deber” (§ 9 I). Al nuevo régimen le conviene el hecho de que un orden de dominación que se ha impuesto, sea capaz de reeducar, dentro de ciertos límites, el concepto de justicia de los ciudadanos (Zippelius RPh, §§ 7 VII; 22 IV). La “fuerza justificadora del resultado”

desempeña algún papel en este sentido; según las palabras de Calderón: "En batallas tales, los que vencen son leales, los vencidos los traidores" (*La vida es sueño*, III 13), o para utilizar otra expresión: "Consumada, es una empresa inmortal; y si triunfa, queda también perdonada" (Schiller, *La muerte de Wallenstein* I 7). El sentido del orden y la fuerza del hábito contribuyen a acrecentar la aceptabilidad del orden garantizado por el nuevo poder político, en el supuesto de que éste logre afianzarse duraderamente.

II. Sobre la cuestión del derecho de resistencia

F. Kern, Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter, 1915, 21954, 138 ss.; *K. Wolzendarff*, Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht., 1916; *C. Heyland*, Das Widerstandsrecht des Volkes, 1950; *D. Roth*, Zur Ideengeschichte und zum Begriff des Widerstandes, Osterr ZöfFR 1955, 630 ss.; *B. Pfister*, *G. Hildmann* (eds.), Widerstandsrecht und Grenzen der Staatsgewalt, 1956; *Krüger*, 945 ss.; *E. Gerstenmaier*, *S. Grundmann*, en: EvStL, 2891 ss.; *R. Marcić*, Rechtsphilosophie 1969, 276 ss.; *K.F. Bertram*, Das Widerstandsrecht des Grundgesetzes, 1970; *Ermacora*, 251 ss.; *K. Kröger*, Widerstandsrecht und demokrat. Verfassung 1971; *A. Kaufmann L. Backmann* (eds.), Widerstandsrecht, 1972 (bibl.); *Stern*, § 57.

La tiranía de Adolfo Hitler planteó con renovada actualidad la vieja cuestión del derecho de resistencia, esto es, si más allá de la mera legalidad existe un derecho superior que autorice a desafiar a la autoridad injusta y a sus leyes. El régimen nacional-socialista sucumbió por el motivo que se quiera, pero no por la aplicación llana de un derecho suprapositivo. Fue mucho más sorprendente la ingenuidad con que se hablaba, *post festum*, de los derechos supraleales y de su preeminencia, olvidándose, con harta facilidad, la verdadera cuestión sobre el tapete cuando, en contra del poder de un tirano, alguien extiende su mano hacia "el cielo y trae sus derechos eternos que, inalienables e indestructibles, de él cuelgan, como las estrellas mismas"^(a): se trata frecuentemente de una lucha de vida y muerte. Hermann Heller (StL, 225 ss.; TE, 244 ss.) se dio plena cuenta de esto a la sombra de la tiranía en ascenso: la resistencia contra el régimen es una empresa muy arriesgada, sobre todo en el Estado moderno, ya que no solamente puede acarrear una simple detención, sino también poner en peligro la vida misma.

Así queda contestada, aunque parcialmente, la cuestión del derecho de resistencia; no existe tal derecho, como tampoco un derecho a la revolución, si por ello se entiende un dere-

cho garantizado (cfr. § 33 I, al final), lo cual, por cierto, no impide juzgar ulteriormente un acto de resistencia como si desde un principio hubiera sido conforme a derecho; se trata claramente de un juicio retroactivo sobre la base de un nuevo derecho garantizado.

Si carece de la eficacia del derecho garantizado (es decir, la probabilidad específica de su aplicación) ¿qué queda entonces del derecho de resistencia? Como en el caso de la revolución persiste, *ex ante*, sólo la cuestión de una legitimidad sin legalidad. En el mejor de los casos subsiste la aprobación moral de una resistencia posiblemente desesperada y sin perspectivas frente a un poder tiránico.

Incluso esta sanción ético-jurídica resulta problemática las más de las veces, como se señaló respecto de la revolución. En vista de la inseguridad y el sacrificio, que son el precio habitual de la revolución y la resistencia, los pensadores más sensatos han puesto sencillamente en tela de juicio la legitimidad de esta empresa o le han hecho graves objeciones (Zippelius *Gesch.*, caps. 7c, 9b, 12a, c, 16c.). El rebelde debe tomar sobre sí no sólo el peligro personal, sino, frecuentemente, también un riesgo moral, que por su contenido mismo se sustrae a su consagración jurídica.

¿Se modifica acaso la situación si se consagra en una Constitución (como en el art. 20, inciso 4 LF)^(b) un "derecho a la resistencia"? En lo esencial no, puesto que, y comprensiblemente, éste sólo puede ser efectivo al fallar la garantía organizada del orden constitucional legítimo y democrático. Una vez que se ha presentado tal situación, ya tampoco existe un procedimiento jurídico ordenado a través del cual pudiera certificarse prontamente la legalidad de un acto de resistencia. ¿A qué viene entonces su "positivización"? Lenin decía burlescamente: "Cuando los alemanes toman por asalto una estación de ferrocarril, primero compran su boleto." El art. 20, inciso 4 LF tiene disponible dicho "boleto" para el peor de los casos.

NOTAS AL CAPITULO V

(a) Schiller. Guillermo Tell. II 2.

(b) art. 20 (1) "La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social".

(4) "Contra cualquiera que intente derribar ese orden les asiste a los alemanes el derecho a la resistencia cuando no fuera posible otro recurso."

PARTE SEGUNDA. TIPOS DE ESTADO

Capítulo I. El aspecto de la forma de Estado	159
§ 20. En torno a la historia de la teoría de las formas de Estado	163
§ 21. Monocracias	167
§ 22. Oligarquías	172
§ 23. Democracias representativas	183
§ 24. Elección y sujeción de los representantes	200

PARTE SEGUNDA
TIPOS DE ESTADO

La historia ha generado una confusa multiplicidad de formas de Estado. El aspecto de interés primordial para la teoría del Estado, el de la dominación, ofrece a la elaboración de tipos una pluralidad de puntos de partida. Así, por ejemplo, descubrimos Estados en los que la dominación se concentra en manos de un solo individuo o en un grupo, y otros, en los que el pueblo, en su conjunto, participa en mayor proporción en la formación de la voluntad política; Estados en los que el poder pertenece a una clase determinada y otros, en los que las diferencias de clase son mínimas o bien, existe en ellos una división pluralista de las fuerzas sociales; además, se encuentran los Estados totalitarios que tienden a intervenir, reglamentándolos, gran parte de los ámbitos de vida, y Estados liberales que, en una medida relativamente amplia, respetan la esfera de la libertad de los individuos.

Las debilidades del enfoque tipificador, ya examinadas, aparecen tan pronto pretendemos ordenar esta multiplicidad dentro de ciertos tipos. Toda esquematización implica un empobrecimiento y es, en comparación con la riqueza multiforme de la vida, estrecha, incolora, unilateral y, por ello, engañosa en cierto modo.

Y, sin embargo, no es posible prescindir del enfoque tipificador, ya que éste, al destacar estructuras recurrentes, hace transparentes los hechos políticos. Además, mediante la determinación del grado y la combinación de sus rasgos típicos, permite describir a los estados concretos (§2 III). La tipificación surge de la comparación, pero, por su parte, admite establecer comparaciones y reproducir experiencias. De esta manera, podemos representar formas típicas de organización estatal y estructuras políticas típicas y describir las ventajas y deficiencias que, conforme a la experiencia histórica, se asocian a aquéllas.

Si nos proponemos elaborar una tipología, siguiendo algunos aspectos importantes, pero ciertamente no exhaustivos, lo hacemos tomando en consideración la interdependencia que existe entre la forma de organización, las estructuras sociales de poder y las tendencias totalitarias o liberales del Estado. Esto conduce únicamente al examen de un hecho con conocimiento pleno de su complejidad, desde ángulos diversos y destacando algunos de sus elementos estructurales.

Capítulo I. El aspecto de la forma de Estado

La formulación de tipos con base a la organización del poder del Estado, parte de que éste no es exclusivamente un hecho político, sino, a la vez, "un poder político jurídicamente organizado", plasmado en un sistema de competencias jurídicas. El criterio más importante de clasificación en este sentido es la cuestión del número de personas que controlan, directa o indirectamente, la supremacía de competencias y, por consiguiente, también las decisiones políticas y jurídicas fundamentales. Esta es la interrogante principal en cuanto a la forma de Estado, a la que no interesa la distribución cuantitativa de las competencias, sino la participación de las competencias clave (§ 9 III 2).

No obstante, al intentar precisar el problema incierto del número de quienes gobiernan, el concepto de dominación no podrá reducirse a la participación, puramente jurídica, en determinadas competencias, y para tomar conciencia de ello, tampoco es preciso acudir a la teoría marxista del Estado, la cual enseña, por principio, que el derecho y en especial la Constitución del Estado, no son más que una supraestructura, un reflejo de las estructuras económicas de poder de una sociedad; así, la tipología básica de los Estados dependería de las clases dominantes y, por el contrario, la organización formal del poder del Estado sería sólo de importancia secundaria (§ 25 II 1. 5). Incluso una reflexión objetiva revela que los conceptos jurídicos no describen suficientemente el sistema del poder estatal, de tal manera que, para comprender las estructuras de dominación de la democracia parlamentaria, no basta someter a análisis a las competencias puramente jurídicas, tales como las jurídico-constitucionales de los diputados, por un lado, y las de los miembros del gobierno, por el otro; para lograr entender el verdadero poder del Estado deben incluirse en el examen, ante todo, las estructuras de poder de los partidos políticos, que convierten efectivamente al gobierno y a la mayoría

parlamentaria en una unidad de cooperación. Sería igualmente insuficiente analizar el derecho formal al voto de los ciudadanos, pero no los presupuestos reales de la decisión de los electores, ya que en base a ellos varía grandemente el poder de decisión que contenga el sufragio. En el Estado de partido único, la decisión electoral, ya sea que esté establecida en el derecho constitucional o sea un simple producto de las relaciones fácticas de poder, no es más que una aclamación para el candidato único, o una selección intrascendente entre varios funcionarios fieles a la línea del partido. Por el contrario, en el Estado pluripartidista el voto significa una elección entre alternativas de mayor importancia y que, en particular, decide sobre la composición personal del futuro gobierno, si bien es una elección entre opciones que ya han sido "pre-programadas" en buena medida. Así, pues, si no se desea permanecer en la superficie, la búsqueda de la "forma de organización" de los estados debe abarcar las estructuras de aquellos poderes reales que dirigen efectivamente el control y el ejercicio de las competencias centrales de regulación. Queda así de manifiesto las interdependencias mencionadas anteriormente, y que, en última instancia, no pueden eliminarse.

§ 20. En torno a la historia de la teoría de las formas de Estado

Rehm, *Gesch. G. Holstem*, *K. Lorenz*, *Geschichte der Staatsphilosophie* 1933; *G. Schramm*, *Das Problem der Staatsform in der deutschen Staatstheorie des 19. Jh.*, 1938, 13 ss.; *M. Imboden*, *Die Staatsformen*, 1959; *E. Küchenhoff*, *Möglichkeiten und Grenzen begrifflicher Klarheit in der Staatsformenlehre*, 1967; *Zippelius*, *Gesch.*; *Berber*, *StI*.

I. La división clásica en Platón y Aristóteles

La clasificación de las formas de Estado según el número de los que ejercen el poder estatal, se encuentra ya en la obra de Herodoto, quien nos trasmite el ideario sofista. En su historia de los persas (III, 80 ss.), una conversación entre siete grandes personajes de Persia, quienes discuten sobre la mejor constitución (el gobierno de uno solo, el de unos cuantos o el de todo el pueblo), oculta las reflexiones propias de Herodoto sobre las formas de Estado.

En el diálogo platónico llamado "El político", la división conforme al número de los gobernantes se combina con una diferenciación ética. Si no se realiza el ideal del rey sabio (§ 25 I 1), los gobernantes de las restantes formas de Estado deberán

guiarse, al menos, por leyes razonables que atiendan al bien común (cfr. Las leyes, 675, 705, 714 s.). En la medida que cumpla con este cometido, el régimen será una monarquía verdadera, esto es, la dominación legítima de un solo individuo; o una tiranía, motivada por la codicia y la ignorancia; una aristocracia (es decir, el gobierno de varios con arreglo a las leyes) o una oligarquía que no tiene ningún respeto por el derecho; será una buena democracia (es decir, el poder del pueblo, conforme a la ley y la justicia) o su forma degenerada, el gobierno del populacho, sin ley ni freno (El Político, 291 s.; 301 ss.).

En *Las leyes*, obra de la última época de Platón, la división tripartita clásica se reduce a una bipartición. La monarquía y la democracia son, por igual, madres de las demás formas de Estado. Una encarna el principio del orden uniforme, a través de la dominación, y la otra, el principio de la libertad, a las que es necesario combinar en la medida justa (Las Leyes, 693 ss.), esto es, una de las antinomias y desafíos perennes de la política.

Aristóteles retoma tanto la clasificación triple, en relación al número de gobernantes, como la diferenciación ética. Según él, existen formas de Estado en las cuales los gobernantes utilizan el poder para el mejoramiento general y no para provecho propio: así, la monarquía verdadera, es decir, el gobierno de un solo individuo, que vela por el bien común; está también la aristocracia, el gobierno de unos cuantos, en el que una élite aspira a lo mejor para el Estado; finalmente, tenemos el gobierno del pueblo, en tanto que gobierna para el bienestar de todos. En contraposición a éstas, existen formas degeneradas de gobierno; la tiranía, la oligarquía y la demagogia. La primera es el gobierno de uno solo para beneficio y según la voluntad del tirano; la oligarquía, que persigue los intereses de la clase adinerada, y la demagogia, el provecho unilateral de otros grupos (Política, 1279).

Obviamente, esta contraposición difícilmente se adecua a la realidad, si se toma como un esquema rígido de clasificación. Entre los tipos "puros" del Estado verdadero y el degenerado, se introducen *in concreto* innumerables peldaños, en los que el Estado lleva a efecto, en mayor o menor grado, el objetivo de contribuir al bien común.

La división tripartita conforme al número de quienes participan del poder es únicamente un modelo básico. Puesto que un Estado tiene varios "componentes", en la realidad política son posibles las más variadas combinaciones y formas mixtas (Política, 1290 b ss.; véase *infra* § 31 II 1).

II. Modelos de constitución mixta

§ 11 I; R. Klein (ed.), *Das Staatsdenken der Römer*, 1966, 291 ss., V. Wember, *Verfassungsmischung und Verfassungsmittel*, 1977; M. Gralher, *Mitte-Mischung-Mässigung*, en: F.f.D. Sternberger, 1977, 100 ss

No acumular el poder estatal en manos de una sola instancia, sino distribuirlo equilibradamente entre órganos diferentes, es una receta clásica contra la concentración del poder y la tiranía. John Locke le resumió en una frase famosa que dice así: "*Balancing the power of government by placing several parts of it in different hands*" (§ 31 II). Entre las condiciones de una sociedad industrial, la preservación de una pluralidad estructural (organizativa y social) es, a la vez, la más importante medida para prevenir la aparición de un sistema totalitario (§ 29 I 3).

La idea fundamental de que en una comunidad el poder puede atemperarse y controlarse al dividirlo y ponerlo en diferentes manos, surgió ya en la Antigüedad. Aparte de Aristóteles, el planteamiento de una Constitución mixta se encuentra también en la *Stoa* antigua (Diógenes Laercio, VII 131), mismo que retomó, más tarde, Polibio, quien proponía en sus *Historias* (VI 3 y 10-18) la elección, no de una Constitución estatal "simple y uniforme" sino una mezcla de las ventajas y las características de las mejores constituciones, con el fin de que las diversas fuerzas "armonicen entre sí y ninguna adquiera supremacía".

Con ese sentido del político romano por el lado práctico de la teoría de las formas estatales, Cicerón dedicó, especialmente en su obra *De re publica*, un profundo estudio a la Constitución organizada en forma mixta. Según él las formas puras poseen, sin excepción, deficiencias considerables:

Bajo el gobierno de un solo individuo, los demás carecen de derechos y participación en los negocios públicos (I 43). La falta de libertad no sólo prevalece bajo un monarca opresor, sino también bajo un tirano clemente, ya que para los pueblos significa únicamente "servir a un señor clemente y no cruel, pero es imposible que dejen de ser siervos" (I 50).

También en el gobierno aristocrático es reducida la "libertad del pueblo, puesto que no interviene en los consejos ni ejerce poder alguno" (I 43). Se podría "estar de acuerdo" con esta forma de Estado "sólo si los gobernantes forman una élite de los mejores, intelectual y moralmente. Pero, ¿qué ocurre si no es éste el caso? Si una sociedad elige al acaso los que han de regirla porque poseen más dinero, o algún otro azar los eleva al gobier-

no del Estado... perecerá tan pronto como la nave cuyo timón se entregue a un pasajero designado por la suerte" (I 51).

Finalmente, en la democracia, se hace referencia principal a la libertad y la igualdad. Sólo en la democracia tiene cabida la libertad y ésta no será genuina si no es la misma para todos (I 47). Además, "la concordia es cosa muy fácil en una sociedad en que todos tienen igual interés" (I 49). Sin embargo, no es posible llevar hasta sus últimas consecuencias el principio de la igualdad, pues si "se coloca en la misma línea a los hombres más eminentes y a los más ínfimos, que necesariamente existen en todo pueblo, a título de equidad, se comete la iniquidad más repugnante" (I 53, 27-48).

Además, estas formas "puras" de Estado corren el peligro de degenerar, "ya que cualquiera de estos gobiernos está muy cerca de convertirse en calamidad insoportable": la monarquía, en el gobierno de un déspota; la aristocracia, en una facción tiránica; la democracia, en el gobierno indisciplinado del populacho (I 44 s., 69), el que, a su vez, conduce a la tiranía de un solo individuo (I 68).

Para eludir las formas degeneradas de gobierno y sus inconvenientes, Cicerón sugirió "la reunión de las tres antes mencionadas" (I 45), cuyo modelo sería la antigua Constitución romana, en la que los cónsules representaban el elemento monárquico, el Senado, el aristocrático, y los comicios, los elementos democráticos. Esta Constitución posee un alto grado de equilibrio, imprescindible a los pueblos libres. En segundo término, dicha Constitución contribuye a su propia estabilidad, porque la forma de Estado cuyos elementos están ligados equilibradamente entre sí, no degenera con facilidad (I 69, II 57).

En una época posterior, Sto. Tomás de Aquino recogió (*Summa Theol.*, I II 105, 1) la idea de una Constitución mixta al aseverar que la mejor Constitución estatal "es todo régimen político convenientemente mixto de reino, en cuanto hay un solo jefe, y de aristocracia, en cuanto muchos participan del poder en razón de su virtud, y de democracia o poder del pueblo, en cuanto pueden ser elegidos los príncipes de entre los ciudadanos y al pueblo pertenece su elección".

También Maquiavelo recomendaba una Constitución mixta por cuanto el legislador prudente "huirá (de las formas simples de gobierno) estableciendo un régimen mixto que de todas participe; porque en una Constitución donde coexistan la monarquía, la aristocracia y la democracia, cada uno de estos poderes vigila y contrarresta los abusos de los otros". (*Discorsi*, I 2; pero sustentó una opinión distinta en su dictamen sobre la reforma del Estado florentino).

Tiempo después, Bodin, negó la posibilidad lógica de una Constitución mixta, ya que el titular del poder supremo no podía tener copartícipes, ningún "*imperii socium*" (§ 9 III 1). La debilidad de esta crítica radica en considerar que la soberanía del Estado es soberanía de un órgano. La supremacía de competencias de un Estado no está necesariamente a cargo de un sólo órgano o individuo, sino que puede hallarse bajo disposición común de varios órganos estatales (§ 9 III 3).

III. La transformación de la división clásica en el uso del lenguaje

E. Bernatzik, *Republik und Monarchie*, 1892, 21919; J. Isensee, *Republik usw.*, JZ1981, 4 s.

Al comienzo de su obra, *El príncipe*, Maquiavelo dividió a todos los dominios que habían tenido autoridad sobre los hombres, en repúblicas y principados. Esta distinción se ha mantenido en uso hasta la actualidad, al lado de la clasificación tripartita en monarquías, aristocracias y democracias.

Con el transcurso del tiempo, la palabra "monarquía" ha sufrido un cambio de significado. Los griegos entendían por monarquía el gobierno de un solo individuo; pero en virtud de que en la historia europea el gobierno individual fue, durante mucho tiempo, de carácter hereditario dentro de las dinastías, el concepto redujo su extensión para designar la monarquía hereditaria. Cuando ésta perdió la supremacía de competencias, que pasó a manos de la representación popular en la monarquía parlamentaria, esta última forma de Estado conservó el nombre de "monarquía", aunque ya no lo era en el sentido de la división clásica, sino más bien una democracia. Así, por un lado, se incluye a Inglaterra y Bélgica entre las democracias occidentales, correspondiendo a la antigua clasificación; pero, por otra parte, se les denomina monarquías parlamentarias, aplicando el concepto modificado. Ahora bien, para no equivocar el sentido de la división clásica, hoy día se utilizan corrientemente las expresiones de "gobierno de uno" o monocracia, para el antiguo concepto de monarquía.

§ 21. Monocracias

Si la supremacía de competencias se halla en manos de un solo individuo, nos referimos entonces a un sistema monocrático.

co de dominación. Tanto en la monarquía absoluta como en la dictadura autocrática, se advierte la supremacía de competencias del gobernante en que éste establece y elimina cargos, conforme a su decisión personal, pero también designa y destituye discrecionalmente a los altos funcionarios.

En dicho sistema, el gobernante se mostrará poco inclinado a respetar las decisiones de un órgano estatal que dependa de él y que contradiga sus puntos de vista personales. La interferencia del gobernante en las resoluciones de los tribunales no es más que una consecuencia de su supremacía de competencias.

I. Monarquías

§ 9 II; III; *Jellinek*, 669 ss.; *Kaufmann*, Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzips, 1906; *Helfritz*, 143 ss.; *K. Loewenstein*, Die Monarchie im modernen Staat, 1952; *E. R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte, III 1963, 3 ss.; *W. Conze* (ed.), Beiträge zur deutschen und belgischen Verfassungsgeschichte im 19. Jh., 1967; *Th. Schieder* (ed.), Hbd. d. Europ. Gesch., IV 1968, § 6; *Quaritsch*, 182 ss., 487 ss.; *Kimminich* (citado en el § 12 I), 327 ss., 361 ss., 429 ss.; *K. O. v. Aretin* (ed.), Der aufgeklärte Absolutismus, 1974; *Menger* (citado en § 9 II), 54 ss., 117 ss.

1. La monarquía absoluta. La monarquía absoluta, cuyo modelo más representativo fue el reinado de Luis XIV, es un sistema monocrático de dominación. Se distingue principalmente de la monarquía estamental en que, en aquélla, las competencias del gobierno se han consolidado como poder estatal homogéneo, sobre el que dispone, en última instancia, el monarca absoluto. Se aparta de la moderna dictadura autocrática en varios aspectos, tales como la sucesión dinástica del cargo del rey, y en que el monarca del absolutismo europeo se consideraba ligado, al menos en teoría, a los principios de la religión cristiana y ciertas *lois fondamentales* (§ 9 III 2).

El absolutismo ilustrado representa al sistema monárquico moderado, en el que el poder del gobernante está limitado por un compromiso ético, consciente y reiterado. En el absolutismo ilustrado, cuyos prototipos serían los Estados de Federico el Grande, María Teresa o José II, la idea del deber y de que el gobernante es el primer servidor del Estado, actuó en cierto modo como correctivo del poder.

2. La monarquía constitucional. La monarquía constitucional, a diferencia de la parlamentaria (§ 20 III), se funda también en la idea de una autolimitación voluntaria del gobernante, en este caso, de carácter jurídico y consagrada en un do-

cumento constitucional. La Constitución modelo de la monarquía constitucional no fue la francesa del 3 de septiembre de 1791, que se sustentaba en la idea de la soberanía del pueblo y que fue promulgada como decreto de la Asamblea Nacional; sino la Constitución del 4 de junio de 1814, que el rey francés otorgó a sus súbditos después de la restauración de la monarquía. A través de ella se buscó un compromiso entre el principio monárquico, que no parecía posible restaurar en su antigua forma, y las irreversibles pretensiones de libertad de la ciudadanía. Otras constituciones europeas siguieron este modelo; entre ellas, las constituciones de los *Länder* alemanes, promulgadas en el siglo XIX. Puesto que dichas constituciones sólo debían contener una autolimitación del gobernante, las expedía él mismo. Así, por ejemplo, el título II, párrafo 1, inciso I del documento constitucional del Reino de Baviera, de 26 de mayo de 1818, da, en cierto modo, una definición de la monarquía constitucional, en cuanto establece: "El rey es la cabeza suprema del Estado, reúne en sí todos los derechos del poder estatal y los ejerce conforme a las disposiciones por él dadas y asentadas en este documento constitucional."

Los más importantes límites constitucionales al poder monárquico eran: la colaboración de las asambleas estamentales (*Landtage*) en la creación de leyes que afectaran la libertad de la persona o la propiedad privada, así como en el establecimiento de impuestos y, además, en la garantía de una jurisdicción independiente. En lo demás, el rey estaba facultado para crear derecho mediante "ordenanzas supremas". El indulto quedó comprendido entre los privilegios del jefe de Estado.

El monarca se reservaba las competencias políticas decisivas por medio del derecho de formar gobierno y el poder militar de mando. Como, además, las facultades de gobierno del monarca sólo estaban limitadas en la medida prevista en la Constitución por él expedida, existía, consecuentemente, una *praesumptio pro rege* cuando se llegaba a plantear una duda respecto de alguna competencia.

Con todo, este sistema revela algunos antecedentes del parlamentarismo, como lo es el refrendo de los actos de gobierno del monarca, por el ministro, y a través del cual, dicho ministro se hacía, en cierto grado, responsable ante el *Landtag*, por cuanto el monarca era ajeno a dicha responsabilidad (y esto podía poner al ministro en la situación de un "niño de azotes").

II. Dictaduras

§ 29 1 2; *Th Mommsen*, *Römisches Staatsrecht*, 1871-88, reimp. 1952, tomo II 1. 141 ss., 703 ss.; *C. Schmitt* La dictadura. (al. 1921. 31964) esp.

1968; *K. Loewenstein*, *Die Diktatur Napoleons I.*, *ZöfNR* 1936, 619 ss.; *A. Cobban*, *Dictatorship*, 1939; *Mciver*, 181 ss.; *C.J. Friedrich*, *Der Verfassungstaat der Neuzeit*, 1953, 668 ss.; *id.*, *Totalitäre Diktatur*, 1957, cap. 6; *G.W.F. Hallgarten*, *Dämonen oder Retter*, 1957, *reimp.* 1966; *M. Duverger*, *Über die Diktatur*, 1961; *F. Neumann*, *Demokratischer und autoritärer Staat*, 1967, 224 ss.; *Ermacora*, 478 ss., 818 ss.; *E. Nolte*, *GGb*, Art. Diktatur; *C. Meier*, *Der Ernstfall im alten Rom*, en: *A. Mohler et al.* (eds.) *Der Ernstfall*, 1979, 40 ss.

I. La dictadura comisarial. Los Estados en los que se ejercen competencias dictatoriales de tipo comisarial, no son monocracias puras, pero sí evidencian un poderoso elemento monocrático. Su arquetipo es la dictadura comisarial romana, anterior a Sila.

La dictadura comisarial nos permite determinar con gran claridad el fin de esta forma de gobierno, ya que para resolver una determinada situación de crisis, interna o externa, era necesario allanar el camino a una acción política rápida y enérgica, otorgando plenos poderes a un solo individuo. De esta manera, se aplica en la práctica la observación, fruto de la experiencia, de que un individuo puede actuar con mayor rapidez y energía que un órgano colegiado (en el que antes debe hallarse en coincidencia entre puntos de vista diversos) y que una pluralidad de órganos (cuya eficacia depende primero de una coordinación).

Además, en la antigua dictadura romana encontramos dos medidas ejemplares para prevenir la ampliación o consolidación del poder dictatorial, lo que rebasaría su fin legítimo:

En primer lugar, sobre la existencia de un estado de emergencia que requiera poderes dictatoriales, no decidía aquel a quien se encomendaría después su ejercicio, sino otro órgano del Estado, principalmente el Senado. A propuesta de éste, que de hecho era imperativa, uno de los cónsules recibía los poderes dictatoriales. En este punto radica una notable divergencia frente al poder dictatorial del presidente de la República de Weimar (artículo 48, inciso 2, de la Constitución de Weimar).^a

En segundo término, el ejercicio del poder estaba estrictamente limitado en el tiempo, en dos direcciones: hasta el cumplimiento de la misión asignada o hasta por un máximo de seis meses.

Dichas disposiciones organizativas contra un "autofacultamiento" (*Selbstermächtigung*), así como los estrechos límites temporales, constituyen todavía una garantía más eficaz contra el abuso del poder que el ingenuo principio constitucional que dispone que los poderes para adoptar medidas de emergencia están limitados a su objetivo específico y tienen la

función exclusiva de restablecer, por medios extraordinarios, la situación constitucional normal.

2. La dictadura autocrática. Si denominamos "comisarial" al poder dictatorial transitorio y conferido fiduciariamente, puede hablarse, en cambio, de una dictadura autocrática cuando el dictador ejerce sus facultades de propia autoridad y no por delegación temporal.

La democracia sin frenos es un punto de origen, típico y frecuente, de esta forma de Estado. Platón (*La República*, 562 ss.), ya había descrito el antiguo juego en el cual demasiada libertad acarrea el exceso de esclavitud cuando, por la anarquía reinante, se ocasionan desórdenes internos y se confía entonces a un "comisionado del pueblo" la tarea de reprimirlos. Pero una vez que ha tomado las riendas del Estado, lo demás viene por sí solo. En los primeros días, "la luna de miel" de su mandato, el gobernante acostumbra a hacer el bien y ordenar medidas de carácter social. Sin embargo, tan pronto como se ha reconciliado con una parte de sus opositores internos y se ha librado de la otra, buscará mezclar al Estado en conflictos bélicos para hacerse indispensable. Los opositores a la política interna son entonces perseguidos con mayor rigor, y una vez consolidado su poder, debe declarar la guerra y encadenar a los restantes hombres de valor, orgullo, inteligencia o riqueza, hasta haber depurado por completo al Estado.

Desde el punto de vista jurídico-técnico, las tiranías nacen comúnmente de una dictadura comisarial. La autorización que transfiere un poder comisarial para solucionar las crisis políticas ha resultado ser, en repetidas ocasiones, un escalón para establecer una dictadura autocrática, desde Sila hasta al "Ley de plenos poderes" (*Ermächtigungsgesetz*) para Hitler, dada a conocer el 24 de marzo de 1933 como "ley para remediar la necesidad del pueblo y del Reich".

Entre las técnicas para hacerse del poder dictatorial, se cuenta la provocación de una crisis pasajera o, cuando menos, la explotación propagandística de una crisis, principalmente incitando el temor y difundiendo la creencia de que los poderes existentes del gobierno son incapaces para dominar la situación.

En lo particular, existen múltiples tipos de dictadura. Entre ellos representa un importante papel la dictadura fundada en un plebiscito, la que toma el poder a raíz de un movimiento de masas y que, por ello, goza en sus inicios de un amplio respaldo popular. Dichas dictaduras procuran consolidar esta base de apoyo al penetrar una gran parte de los ámbitos de vida

mediante la organización del partido y la propaganda, es decir, edifican un Estado totalitario. En especial, se ha advertido la conveniencia de someter, después de la toma del poder, al aparato de la burocracia, indispensable en los Estados modernos, el cual es vigilado por los partidarios leales al dictador, que se le incorporan.

A las dictaduras surgidas plebiscitariamente podemos contraponer las dictaduras otorgadas (*oktroierte*), establecidas por un grupo relativamente reducido, pero que dispone de los medios de coacción. En este esquema podemos encuadrar la dictadura ejercida por una junta militar, que puede denominarse dictadura pretoriana, siguiendo el modelo romano (Duverger). Por su origen, es menos frecuente la concentración del poder que justifique hablar de una forma dictatorial de Estado, que en el caso del tribuno popular carismático y de los "caudillos" (*Führer*). *La mayoría de las llamadas dictaduras militares son oligarquías* (§ 22 II).

§ 22 Oligarquías

§§ 23 II: 25; 49; G. Mosca. *Die herrschende Klasse*, (it. 1895) al. 1950, 53ss.; R. Michels, *Zur Soziologie des Parteiwesens*, 1911, ²1925; V. Pareto, *Allgemeine Soziologie* (it. 1916) al. 1955; K. Mannheim, *Freiheit und geplante Demokratie* (ingl. 1951), al. 1970, 45 ss., 64 ss.; J. Meisel, *Der Mythos der herrschende Klasse* (ingl. 1958) al. 1962; C. W. Mills, *Die amerikanische Elite*, (ingl. 1959) al. 1962; Lange, 78 ss., 117 ss.; H. P. Dreitzel, *Elitebegriff und Sozialstruktur*, 1962; A. Sampson, *Wer regiert England?* (ingl. 1962) al. 1963; W. Zapf, *Wandlungen der deutschen Elite*, 1965, ²1966; id. (ed.) *Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht*, 1965; T. B. Bottomore, *Elite und Gesellschaft*, 1966, ²1969; P. Bachrach, *Die Theorie demokratischer Elitenherrschaft* (ingl. 1967), al. 1970; M. Duverger, *Demokratie im technischen Zeitalter* (fr. 1972) al. 1973, 96 ss., 149 ss.; W. Rohrich (ed.), *Demokratische Elitenherrschaft*, 1975; M. S. Voslensky, *Nomenklatura*, 1980 ³1980.

A diferencia de las formas monocráticas de Estado, en las aristocracias y oligarquías, la supremacía de competencias no pertenece a un solo individuo, sino a una capa dominante, lo que generalmente origina un cierto equilibrio y control recíprocos de los poderes, obstaculizando el nacimiento de una tiranía totalitaria. La aristocracia, el gobierno de los mejores, los más inteligentes, los más nobles, el "país modelo" de la filosofía política, resulta frecuentemente, en la áspera realidad como la oligarquía de un grupo que no se distingue precisamente por sus cualidades de estadista, sino que ha desarrollado por su alcurnia sus posesiones o actividades políticas.

Dependiendo de las respectivas condiciones histórico-políticas, las oligarquías tienen los orígenes más variados, ya sea por que un pueblo de conquistadores someta a una población pacífica, o bien, que del pueblo mismo sobresalga una casta sacerdotal o una nobleza feudal, hasta el desarrollo de las modernas oligarquías militares, de asociación o de partido.

I. La "Ley de hierro de la oligarquía"

Como reacción frente a la doctrina marxista de la sociedad sin clases, en la que no existía un estrato dominante, Gaetano Mosca, Vilfredo Pareto y Robert Michels sostuvieron que, en principio, las estructuras oligárquicas son inevitables. Michels dio a conocer la tesis de la "ley de hierro de la oligarquía" (1925, 351 ss.), a la que está sujeta toda gran asociación. "La mayoría de los hombres se halla en imposibilidad, cuando no en la incapacidad, de gobernarse a sí misma. Aun cuando el descontento de las masas lograra alguna vez despojar de su poder a la clase dominante... necesariamente ha de surgir en el seno mismo de las masas una nueva minoría organizada que tomaría el cargo de clase dominante. Condenada perpetuamente a la minoría de edad por una cruel fatalidad de la historia, la mayoría de los hombres se verá obligada a soportar con paciencia la dominación de un pequeño grupo y a servir sólo como pedestal de la grandeza de la oligarquía" (pp. 361 s.). "Empleando todas sus fuerzas, las masas se conforman únicamente con cambiar de amo" (p. 367). Michels sigue en este punto la concepción de Mosca, en el sentido de que, en términos generales, "no puede evitarse la dominación de una minoría organizada, que obedece a impulsos uniformes, sobre una mayoría desorganizada". Aunque la inconformidad de las masas pudiera provocar la caída de la clase dominante, es ineludible el "surgimiento, dentro de las masas, de otra minoría organizada, que tome las funciones de clase dominante. De otro modo, se resquebrajarían toda organización y cohesión sociales" (Mosca 1950, 54 ss.).

Este esquema es igualmente aplicable a los que luchan contra las antiguas oligarquías, bajo los lemas de "igualdad y libertad", que en ocasiones sirven para encubrir a los nuevos oligarcas en ascenso. Funcionan como instrumentos ideológicos para combatir a las antiguas estructuras de poder, con el fin de alcanzar el poder mismo. "Igualdad" significa entonces la supresión de los antiguos privilegios para

poder crearse una posición privilegiada de nuevo cuño, y "libertad" implica la eliminación de los obstáculos para la toma del poder.

Las razones generales del surgimiento de las oligarquías son evidentes:

La experiencia cotidiana nos demuestra que en las asambleas de escasa cohesión en su estructura, son unos cuantos los que actúan efectivamente. La gran mayoría de las propuestas y argumentos que acepta la mayoría, proviene usualmente de unas cuantas personas. Este pequeño grupo adquiere autoridad por medio de su saber técnico (*Sachverstand*), su instinto político y su fuerza de sugestión. Frente al compromiso y la capacidad política de un grupo reducido se encuentra la amplia indiferencia política de los otros:

Como parte de los presupuestos antropológicos de la política, sólo unos cuantos están dispuestos a comprometerse personal y plenamente en la esfera política. Muchos prefieren desarrollar su individualidad en otros campos de la existencia, como en los negocios, en la investigación o el arte, en el deporte o en la familia. Eduard Spranger mostró claramente en su *Lebensformen (Formas de vida, 1950)*, la gran diversidad de intereses básicos de los hombres y, por lo mismo, cuán distintos pueden ser los tipos esenciales de desarrollo de la persona. Además, la aversión hacia el compromiso político se incrementa una vez establecido un grupo dirigente que restringe las posibilidades de acción de los restantes miembros de la organización.

Es inevitable el surgimiento de un *establishment* a causa de la división del trabajo, en el momento mismo en que deben efectuarse tareas comunitarias más amplias y duraderas. Por razones de carácter técnico, no todos los miembros de un partido, un sindicato o la población de un Estado, pueden participar en los procesos de formación de voluntad de la asociación. Asimismo, nadie posee los conocimientos y la capacidad de juicio y trabajo para poder intervenir con objetividad, en todas las decisiones políticas, aun tratándose de una comunidad no compleja. Por ello, es preciso delegar las funciones en varias personas.

En los Estados modernos, las razones técnicas de una tramitación eficaz de los asuntos (*Sachbehandlung*) hacen inevitable el ejercicio del gobierno por una organización de dominación. El manejo técnico del complejo estado cosas que enfrenta la moderna política económica, exterior o militar, requiere de una división de funciones y, a la vez, una eficaz coordinación organizativa. Exige una organización de dominación que controle una burocracia cuyo saber técnico

y rutina absorben, por su parte, un sector considerable del poder del Estado (§ 37, IV; Heller StL, 89 s., 231 y 247; TE, 105 s., 248 y 259).

De tal suerte, una pluralidad de factores conduce a una distribución de los campos de actividad y a una especialización que comprenda también las funciones políticas de ordenación y dirección. Una vez establecido un grupo dirigente, éste tiende frecuentemente a afianzarse, lo cual es válido incluso respecto de los funcionarios que periódicamente deben someterse a elección por la colectividad, ya que, según lo demuestra experiencia, el sector mayoritario de la población tiende a reelegir al grupo dirigente. Esto tiene diversas causas, una de las cuales pudiera ser la convicción sobre la capacidad del gobierno, en segundo término, la legítima necesidad de estabilidad, y en tercer lugar la inercia política. Además, de acuerdo con el sistema político respectivo, el grupo dirigente puede manipular en mayor o menor grado, la elección, en especial al presentar la lista de candidatos. Esta preselección puede reducir en tal manera la gama de candidaturas que la elección real se limite a una mera aclamación. Este caso extremo es característico de los Estados de partido único, cuyo grupo dirigente es homogéneo y centralizado.

Aun en el "campo previo" (*Vorfeld*) de actividad de los órganos estatales, se forman grupos de poder que influyen sobre la integración de los órganos políticos y en su actuación; influencia que se extiende hasta el proceso de legislación, en correspondencia con la estructura del Estado pluralista (§ 26 II, III). Pero también en otras comunidades se agrupan las fuerzas sociales con la intención de que el poder del Estado sirva a sus fines.

II. Rasgos característicos de las estructuras oligárquicas modernas

K.v. Beyme, Die politische Elite in der BRD, 1971, 1974.

Sobre 1: §§ 25, 26.

Sobre 2: *J. Wurster* Herrschaft und Widerstand. Theorien zur Zirkulation regierender Eliten. 1969, 1970; *D. Herzog*, Politische Karrieren, 1975.

Sobre 3: § 23 II; *U. Müller*, Die demokratische Willensbildung in den politischen Parteien, 1967, 25 ss.; *B. Zeuner*, Kandidatenaufstellung zur Bundestagswahl, 1965, 1970; *id.*, Wahlen ohne Auswahl, en: Steffani (citado en el § 23); *S. Magiera*, Die Vorwahlen (Primaries) in den Vereinigten Staaten, 1971; *E. Kolsch*, Vorwahlen, Zur Kandidatenaufstellung

in den USA, 1972: *K. Loewenstein*, Kooptation und Zuwahl, 1973; *J. Henkel*, Die Auswahl der Parlamentsbewerber, 1976; *W. Witzjes*, Gewerkschaftliche Führungsgruppen, 1976, 132 ss.

Desde el punto de vista "técnico", la organización de las estructuras oligárquicas puede ser muy diversa, lo que es notorio si incluimos en el análisis el "campo previo" de acción de los órganos estatales (y con ello, el aspecto de las fuerzas sociales).

El marxismo ha señalado, con todo énfasis, que las posiciones oligárquicas de poder pueden fundarse en el poder jurídico de disposición de los medios de producción y manipulación (§ 25 II 4).

Los grupos de poder pueden surgir en otras formas, tal como élites de funcionarios, lo que es evidente en los propios Estados marxistas, en los cuales se ha suprimido la propiedad privada de los medios de producción y, por tanto, ha desaparecido la clase capitalista como grupo dominante, pero sólo para ser sustituida por un grupo de altos funcionarios. Dichas élites de funcionarios demuestran precisamente que los grupos no se configuran de manera exclusiva por conducto de la propiedad, sino también a través de la pertenencia a una administración política que controla las competencias del Estado. (Este grupo dispone también de los medios de producción, pero en cuanto forma parte de esta dirección política, no como en el sistema capitalista, en el que el control sobre los medios de producción constituye la base de la influencia política).

En la comunidad moderna, altamente organizada, no es sencillo evitar las estructuras oligárquicas y, por tanto, sería ajeno a la realidad intentar perseguir el fantasma de una sociedad sin dominación. Sin embargo, parece conveniente moderar y controlar, en lo posible, a las élites de poder, sometiéndolas a la voluntad de la colectividad y permitiendo el acceso y el ascenso en ellas. En esta dirección es posible destacar los siguientes rasgos estructurales:

1. **El pluralismo de las modernas élites de poder.** La descentralización y distribución del poder entre múltiples grupos de funcionarios y de influencia, los cuales se encuentran en un sistema de competencia y equilibrio recíprocos, contribuye a moderar y controlar este poder. Lo anterior no sólo corresponde a la idea fundamental de la división de poderes (31), sino también al modelo del Estado pluralista, el cual debe procurar un compromiso equilibrado ente una pluralidad de intereses y opiniones (§ 26 II).

Así, por ejemplo, los grupos de funcionarios y de influencia que pueden desempeñar una importante función en dicho sistema de equilibrio, son: los altos funcionarios de los partidos políticos, quienes frecuentemente forman también parte del gobierno; los principales empleados de la burocracia del Estado; los altos militares; los grandes accionistas; los administradores de industrias; los importantes funcionarios sindicales; los titulares de altos cargos eclesiásticos; los zares de la prensa y los principales redactores en los medios de comunicación de gran influencia. En el Estado de partido único, las funciones sociales que realizan estos grupos se encuentran básicamente bajo el control y la coordinación del partido de Estado, mientras que en el Estado pluralista, exige una relación más flexible entre ellos. Frecuentemente establecen una competencia y equilibrio mutuos, lo que es manifiesto en la relación entre las asociaciones patronales y los sindicatos. Los medios de comunicación masiva desempeñan la función de vigilancia frente a los demás poderes políticos y sociales. La colaboración de las diversas élites da lugar a controles más sutiles. Así, por su interacción con la dirección política, la burocracia posee en la organización del Estado una importancia propia que no ha de subestimarse (§ 37 IV). Dentro de la industria existe un cierto paralelismo en la relación entre los grandes accionistas y los ejecutivos de las empresas, si bien estos grupos están más estrechamente ligados entre sí (Bottomore 1967, 79 ss.). Asimismo, la competencia entre personas y programas dentro de los diversos grupos dirigentes, como la formación de "alas" o "tendencias" dentro de los sindicatos o partidos políticos, impiden una extrema consolidación de estos grupos y otorgan cierto peso a las opiniones de la mayoría de los miembros de la asociación.

En ocasiones se ha afirmado que la competencia de dichas élites en la sociedad industrial occidental no es más que una mascarada que encubre el poder omnímodo de una clase de capitalistas que a través del control sobre los medios de producción y de comunicación, así como por el financiamiento de los grupos de presión y de los partidos, logran conducir el proceso económico, la formación de la opinión pública y las actividades políticas. No obstante, esta opinión desatiende la considerable influencia propia que, en las sociedades industriales, poseen los sindicatos, las organizaciones de partidos, las burocracias y de quienes forman opinión pública; además, en la sociedad moderna, la disposición misma sobre el capital se ha transmitido, en buena medida de manos de sus propietarios a las de los administradores de la industria y la banca (§ 25 III 1).

Para el funcionamiento del control democrático es particularmente importante la existencia de varios partidos políticos que compitan entre sí; en la medida que diversos partidos políticos entren en competencia y presenten a la población verdaderas alternativas personalizadas y programáticas^b en las elecciones, no podrán hacer política prescindiendo de los ciudadanos, sino que deberán tener en cuenta la opinión pública. Así, la formulación de programas electorales, la selección de candidatos y la actividad del parlamento y el gobierno en período de elecciones se retroalimenta con la voluntad probable de los votantes (§§ 23 II 3; 41 III 2).

2. La "apertura" de las élites. Por otro lado, también es de significación el vínculo personal de los grupos dirigentes con la población en su conjunto, esto es, importa señalar si, y en qué medida, puede cualquier persona, independientemente de su origen social, ascender dentro de los grupos que determinan, directa o indirectamente, el acontecer social.

Se trata, pues, de la cuestión del grado en que el *establishment* sea un grupo cerrado o abierto, es decir, en qué medida funciona la circulación entre los grupos establecidos que participan en el proceso político, y el resto de la población.

Esta circulación es más eficaz cuando la pertenencia a dichos grupos depende menos de posiciones hereditarias de poder que de los méritos personales. Es por ello que las "élites de funcionarios", como las del clero católico, de los sindicatos o burocracia estatal o de partido, organizadas según el principio del rendimiento (*Leistung*) son más "abiertas" que un *establishment* capitalista o una aristocracia hereditaria.

No obstante, también en aquellas élites existe el peligro de que sobresalga una capa de funcionarios, cuyos descendientes tendrán mayores oportunidades de ingresar en ellas. Por tanto, se plantea el problema de mantener abiertas las élites. La historia conoce prácticas cuyo objetivo es impedir la transmisión a los descendientes de los cargos o de la oportunidad de acceder a ellos, entre las que puede citarse principalmente al celibato en el clero católico. Mao-tse-tung pretendía poner trabas, desde un principio, a la consolidación institucional de una casta de funcionarios en formación, mediante "revoluciones culturales" periódicas, a costa de enormes sacrificios para la economía popular y el retraso en el progreso científico y técnico.

En las burocracias modernas existe una práctica menos radical para prevenir la consolidación hereditaria de la capa de funcionarios, consistente en ocupar los puestos de acceso a las posiciones dirigentes de acuerdo con un criterio de cuali-

ficación profesional lo más objetivos posible, para lo cual, es preciso hallar elementos de juicio que aporten un indicio cierto sobre la idoneidad profesional; además, el procedimiento de examen debe garantizar una evaluación, tan uniforme e imparcial como sea posible, de los resultados de dicho examen. Los sistemas de examen de este tipo ("concursos de Estado") tienen inevitablemente el carácter de una dura competencia y, sin embargo parecen ser todavía el mejor camino para crear élites que no se consoliden hereditariamente, o para cerrar el paso al favoritismo y a los oportunistas políticos. Incluso una de las debilidades de este sistema radica en que el estricto principio del rendimiento, esto es, la selección conforme a criterios de aptitud "objetivos" y controlables, en rigor sólo pueda aplicarse prácticamente a los puestos de acceso a las altas posiciones, pero no en los ascensos posteriores (§ 37 III 1).

En dicho sistema, la igualdad de oportunidades para el acceso a las élites debe crearse a través de instituciones educativas de ingreso general que promoverán, en lo posible, toda la gama de las aptitudes y rasgos de carácter necesarios para las labores de dirección, evaluándolos de manera objetiva e imparcial. Esta preparación es hoy día un presupuesto para ascender dentro de las élites dirigentes de la burocracia del Estado y de las organizaciones sociales, de la administración de la industria y de los medios de comunicación masiva, es decir, aquellas élites cuya influencia va en aumento conforme se burocratiza y tecnifica progresivamente la sociedad. La entrada en estas élites depende, en esencia, del acceso a la educación superior, que en las sociedades industriales occidentales se ha abierto crecientemente a las personas de talento de todos los sectores de la población.

Al lado de la carrera burocrática, se ha impuesto como esquema de selección el *cursus honorum*. Según el modelo romano, una carrera política escalonada sirve como escuela y prueba de aptitudes del futuro estadista. Si bien se ha transformado, este modelo corresponde al tipo de la moderna carrera política de Occidente, tal como se ha desarrollado especialmente en la Gran Bretaña. En realidad, no se cuenta con suficientes criterios objetivos de selección, por lo que este proceso depende en gran parte del estilo de las instituciones políticas, de la capacidad de juicio de los participantes y de su voluntad de objetividad.

3. Elementos de cooptación en la integración de las élites de funcionarios. Desde una perspectiva típico-ideal, el acceso a las élites de funcionarios debería estar abierto a

todos, conforme a la medida de sus capacidades (referidas a una cierta función) pero, en la práctica, esta posibilidad se ve modificada y limitada en virtud de que estas élites se integran predominantemente a sí mismas mediante la cooptación, respecto de la cual, además de las capacidades del aspirante, tienen importancia otros factores. Mediante esta técnica de autointegración, los funcionarios dominantes se aseguran, por regla general, de la sumisión, o cuando menos de la lealtad de los nuevos miembros, con lo que pretenden mantener la estabilidad del grupo dirigente; así, se inclinarán preferentemente por la cooptación de las personas que "encajan", "van de acuerdo", "son fieles a la línea", y de esta manera promueven también la homogeneidad ideológica de la capa dirigente.

No sólo actúa como técnica de cooptación la elección en sentido formal, según se efectúa en muchas sociedades de intelectuales (v.g. académicas), sino que al mismo resultado y conducen la facultad de propuesta (por ejemplo, en las facultades de las universidades de Alemania Occidental), aún cuando el acto formal de designación corresponda a otra instancia (v.g. el Ministerio de Educación). La simple presentación de candidatos (a un puesto en la representación popular o en directiva de un partido) puede funcionar, de hecho, como cooptación, a pesar de que un grupo "democrático" de electores (los registrados en un distrito electoral o el congreso de un partido) debe elegir formalmente a dichos candidatos. En los casos últimamente mencionados, la selección previa de candidatos funciona fácticamente como cooptación pura cuando no se ofrecen alternativas a los votantes, o únicamente aquellas que han determinado el mismo grupo que los propone. Como ejemplo puede mencionarse la postulación y elección de los representantes populares en los Estados de partido único (§ 43 II 3). La situación varía en los sistemas pluripartidistas, que ofrecen alternativas personalizadas a los votantes y en los que la selección previa de candidatos se retroalimenta con la voluntad probable de los electores (§ 23 II 3). Aún cuando en este último caso entra también en juego un significativo elemento de cooptación, la libertad de selección se ve limitada por la necesidad de tomar en consideración la opinión de los votantes.

El esquema de cooptación desempeña también un cierto papel en las burocracias ya que, independientemente del nombramiento (*Anstellungszeugnis*), el acceso a las posiciones dirigentes se realiza de acuerdo con los requisitos que fijan los actuales ocupantes de dichas posiciones; no obstan-

te, en las designaciones a los altos cargos de la burocracia estatal, se manifiesta la influencia de grupos "extremos" (partidos, sindicatos, etc.).

Las técnicas cooptativo-oligárquicas, desempeñan una importante función respecto de la ocupación de los órganos de representación democrática. Para atenuar este elemento, se han desarrollado diversas prácticas que deben fortalecer la influencia de los votantes y, por tanto, el elemento democrático mismo, en la postulación y elección de los candidatos. Tal efecto tienen las elecciones primarias, siguiendo el modelo que se ha desarrollado en los Estados Unidos; mediante una pre-elección, se ofrece a los votantes mayores alternativas personales (§ 42 II 2). Asimismo, es factible vigorizar la influencia de los votantes sobre las elecciones mismas a través de las técnicas de listas abiertas, de seriación (*Reihen*), tachar (*streichen*), acumulación (*Kumulieren*) panachage (§ 24 II 3).

III. El tipo del Estado oligárquico en la actualidad

§ 23 II; 43 III; K. Loewenstein VL, 445 ss.; B. Tibi, *Militär und Sozialismus in der Dritten Welt*, 1973; F. Büttner et al., *Reform in Uniform? Militärherrschaft und Entwicklung in der Dritten Welt*, 1976; H. Krüger, *Militärregime in Übersee*, 1976; H.A. Kissinger, *Memoiren*, vol. I (Ingl. 1979) al. 1979; U. Steinbach et al. (ed.), *Polit. Lexikon Nahost*, 1979; U. Sundhausen, *Die Militärregime-Forschung*, en *ZfPol.* 1979, 362 ss.; F. Nusscheler et al., *Polit. Herrschaft in Schwarzafrika*, 1980; P. Waldmann (ed.), *Polit. Lexikon Lateinamerika*, 1980; A. Thomashausen, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit im neuen Portugal*, 1981.

Se ha observado que no es posible impedir las estructuras oligárquicas en la moderna sociedad industrial, con división de trabajo y dependiente de la organización y la burocracia. Así, la democracia representativa se presenta como una forma mixta que exhibe, por un lado, elementos oligárquico-elitistas y por el otro, un significativo componente democrático, consistente en que la totalidad de los ciudadanos con derecho a voto decida, de tiempo en tiempo, sobre alternativas personalizadas y programáticas relevantes, particularmente sobre la situación de los altos funcionarios del Estado. A través de este "ajuste de cuentas" periódico y democrático con el gobierno y su política, los dirigentes políticos quedan vinculados a la opinión pública en el lapso intermedio, lo que implica también un elemento democrático (§§ 23 II; 28 III; 41 III 2). Cuando no existe una retroalimentación democrática bajo las condiciones de la sociedad moderna, altamente organizada, se establece por fuerza una monocracia o

una oligarquía, cuyas manifestaciones modernas se encuentran en los Estados monopartidistas, "sin alternativas", aspectos que trataremos más adelante (§ 43), y el régimen sostenido por una junta militar.

En estos últimos sistemas, con cierta tradición particularmente en América Latina, el problema del ejercicio de los cargos del Estado se resuelve dentro de una pequeña capa de funcionarios, la cual tiene acceso a los medios militantes del poder, mientras que la mayor parte de la población, permanece fuera del acontecer político, casi sin influencia o participación. En dichos sistemas, la posición del jefe de gobierno está especialmente sujeta a la aprobación y a los cambios de poder dentro del grupo de militantes que lo apoya.

No es posible explicar estos sistemas, en todos los casos, como reliquias de una guerra de independencia o de un golpe militar, ya que también en los Estados en que se intentó introducir un verdadero sistema de democracia representativa, con frecuencia se estableció un régimen militar después de algunos desordenes internos. Las circunstancias que viven varios Estados del Tercer Mundo los han llevado hacia una evolución semejante.

En varios de estos Estados, el salto de las estructuras sociales, la mentalidad y relaciones de producción anticuadas, arcaicas en ocasiones, hacia las condiciones de vida de la era industrial, fue tan brusco que no permitió el establecimiento de un sistema viable de democracia representativa. Frecuentemente no fue posible desarrollar con suficiente rapidez aquellas infraestructuras y patrones de conducta social que requiere una democracia representativa para funcionar. Entre ellas se cuentan especialmente una organización, más o menos equilibrada, de aquellos intereses que tienen un papel en la sociedad industrial, organización que es difícil de lograr; un estándar mínimo de *fair play* democrático, que comprende la capacidad de saber perder y abandonar la escena política y, en suma, un estilo político que necesita, como forma de vida social y política, la negociación racional de los compromisos. Allí donde no existan tales condiciones, el sistema democrático sufre una sobrecarga y es incapaz de garantizar la existencia pacífica de la comunidad.

A la vez que fracasa el establecimiento de un régimen democrático, por los motivos anteriormente expuestos, se desmorona, por el otro lado, el orden social tradicional. Frecuentemente la modernización acelerada sobrepasa la capacidad de adaptación y transformación de las estructuras sociales tradicionales, lo que destruye su función de integración, control y protección. Así, amplias porciones de la po-

blación son desarraigadas y quedan expuestas al empobrecimiento. Esto es válido principalmente para los campesinos que caen en el remolino de las grandes urbes. Ante la desintegración social y la carencia de orientación normativa, se incrementa la necesidad de fuerza disciplinaria del régimen y de la capacidad de intuir una autoridad política.

Por ello, es natural que al cuerpo de oficiales, por lo general la única élite de poder con educación técnica y disciplinaria en el país, se erija en guardián del orden público y llene el vacío de poder. Esto sucede especialmente en América Latina y no pocas veces con el propósito de tomar transitoriamente el poder en calidad de representantes del Estado, para retornar paulatinamente en cuanto sea posible, al gobierno civil. De este modo, puede producirse una sucesión de experimentos democráticos y gobiernos militares, en cuyo transcurso los partidos actúan provisionalmente en la escena política, según el modelo constitucional de una democracia representativa; al presentarse una crisis política, el *establishment* militar a modo de poder de reserva, asume la autoridad (en formas ilegal pero firme), hasta nuevo cambio.

En lo particular existen varias formas de "gobierno militar", pues la junta puede asumir directamente cargos gubernamentales (como sucedió en Grecia en 1967), o bien, puede delegar estas funciones en los miembros de otras élites, en especial, en los representantes de los partidos creados o tolerados por los militares mismos, quienes se reservan el supremo poder de decisión.

En múltiples ocasiones, el poder de un régimen militar no totalitario es incapaz para resolver los problemas que, derivados de la modernización, enfrenta la sociedad pre-industrial en los países en vías de desarrollo; como observa con acierto Kissinger (1979, 80, 1337), dichos países son propensos al marxismo o a recaer en la teocracia cuando las tradicionales formas de vida se desvanecen, porque en su nombre puede fundarse el poder absoluto del Estado y las rígidas estructuras de disciplina y autoridad. El marxismo tiene gran atractivo en los países en desarrollo no tanto por su teoría económica, sino porque ofrece una fórmula para movilizar a la sociedad y una respuesta tangible al problema de la legitimidad y la autoridad políticas.

§ 23. Democracias representativas

§ 17 III; 41; 42; *H. Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1920, ²1929; *C. Schmitt* VL., §§ 16 ss., *G. Leibholz*, *Das Wesen der Repräsentation*,

1929, ³1966; *F. Kaufmann* Grundtatsachen und Grundbegriffe der Demokratie, 1950, ²1951; *R. Zorn*, Die Als-ob-Demokratie, ²1955; *C. J. Friedrich*, Demokratie als Herrschafts und Lebensform, 1959; *Loewenstein* VL, 67 ss., 454 ss.; *Scheuner*, St., 245 ss.; *Krüger*, 234 ss.; *F. Naschold*, Organisation und Demokratie, 1969, ²1972; *Herzog*, 204 ss.; *W.u. Simson*, *M. Kriele*, Das demokratie Prinzip im GG, VVDStRL 29 (1971), 3 ss.; *W. Steffani* (ed.), Parlamentarismus ohne Transparenz 1971, ²1973; *D. Sternberger*, Nicht alle Staatsgewalt geht vom Volke aus, F. 1971; *G. Zimpel*, Selbstbestimmung oder Akklamation?, 1972; *U. Matz* (ed.) Grundprobleme der Demokratie, 1973 (bibl.); *M. Greiffenhagen* (ed.), Demokratisierung in Staat und Gesellschaft, 1973 (bibl.); *F. Vilmar*, Strategien der Demokratisierung, 2 vols., 1973; *F. Grube*, *G. Richter*, (eds.) Demokratietheorien, 1975; *W. Mantl*, Repräsentation und Identität, 1975; *E. Denninger*, *H. Quaritsch*, Demokratisierung-Möglichkeiten und Grenzen, 1976; *Stern*, §§ 13 I, IV, 18 22 II 4; *W. Leisner*, Demokratie, 1979; *H. Rausch*, *Repräsentation und Repräsentativverfassung*, 1979.

I. Argumentos contra la democracia directa y en favor de la representativa

§§ 16 I 3; 24 III; 28 III; *J. L. de Lolme*, Die Konstitution Englands, (fr. 1771, igl. 1775, ⁴1784) al. 1848; *E. J. Sieyès*, Vues sur les moyens d'exécution, 1788, ²1789, sec. 1; *id.*, Qu'est ce que le tiers état, 1789, caps. 1, 5; *id.*, polit. Schriften (E. Schmitt, ed.), 1975; *Michels* (citado en el § 22); *K. Loewenstein*, Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französ Nationalversammlung von 1789, 1922; *H. Hofmann*, Repräsentation, 1974, §§ 18 ss.

Sobre 2: *Le Bon*, Pshychologie der Massen, (fr. 1895) al. ¹¹1961.

Sobre 3: *M. Guizot*, Historia des origines du gouvernement representatif. 1851, 7^o leçon; *C. Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 1926, ⁴1969.

1. **La incapacidad de acción de la multitud.** La democracia directa significa que el pueblo mismo ejerce efectivamente el poder del Estado.

En las tribus germánicas se daban poderosos elementos de democracia directa y, a través de ella, el pueblo participó, durante dos siglos, en el gobierno de las ciudades-Estado de Grecia. Hoy día, encontramos vestigios de la democracia directa en algunos pequeños cantones suizos, en los que, la comunidad local se reúne, de tiempo en tiempo, para tratar los asuntos del Estado. No obstante, aún en tales formaciones políticas reducidas simples y abarcables (*überschaubar*) el conjunto de los electores se ocupa exclusivamente de los asuntos más

importantes, mientras que los negocios cotidianos se dejaban en manos de determinados representantes de la comunidad, los cuales también elaboran el proyecto de las decisiones colectivas. Así Tácito refiere (Germania XI) sobre los germanos: "*De minoribus rebus principes consultant, de maioribus omnes, itatamen, ut ea quoque, quorum penes plebem arbitrium est, apud principes praetractentur*".⁶

Así pues en las comunidades más pequeñas y abarcables, las estructuras oligárquicas se forman por las razones mismas de la eficiencia (§ 22 I). La complejidad del Estado moderno hace totalmente necesario que las funciones de la comunidad se efectúen mediante división del trabajo.

Por ello, ya desde la Revolución Francesa, sustituyó Sieyés la idea rousseauiana de la democracia directa e igualitaria (§ 17 III) con el modelo de la democracia representativa: "Para satisfacer las necesidades de la comunidad es necesaria una voluntad general", que solamente en una etapa primitiva es la "suma de las voluntades individuales". Sin embargo, para lograr el funcionamiento de las comunidades, en vez de la suma de todas las voluntades individuales, tendrá que reconocerse la obligatoriedad de la voluntad de la mayoría. "En la medida que aumente el número de los ciudadanos, será difícil, cuando no imposible, que se reúnan para confrontar las voluntades individuales, equilibrarlas y obtener la voluntad general. . . Mucho menos puede un gran pueblo ejercer su voluntad comunitaria o legislar por sí mismo. De ahí que elija representantes, a los que encarga expresar su voluntad" (1975, 28 ss.). La nación no actúa ya por medio de la voluntad natural de sus miembros, sino a través de una voluntad general, representativamente formada. Así, la nación resulta ser una asociación de hombres "que viven bajo una ley común y que son representados por la misma asamblea legislativa" (p. 124).

2. La manipulación de la multitud. Tiempo atrás, había mostrado ya de Lolme que en algunas pretendidas formas de democracia directa, las decisiones principales no corren a cargo del pueblo, sino de quienes las planean y las dirigen. La simple necesidad de que el pueblo apruebe el proyecto de ley elaborado por un magistrado sólo da una apariencia de libertad general, tal como en la antigua Roma, donde los "menos, quienes realmente gobernaban todo el Estado observaban a veces la engañosa ceremonia de congregar al pueblo en su conjunto con el fin de simular que escuchaban su consejo". Sin embargo, si el individuo que vota en una asamblea legislativa no hace la ley, mucho menos cuando tampoco tuvo oportunidad de plantear objeciones al proyecto, examinarlo y proponer modificaciones, es decir, se le permite únicamente "expresar su aprobación o rechazo". Una multitud tampoco es capaz de

adoptar decisiones maduras, puesto que cada uno se confía en los otros; solamente pocos han reflexionado sobre el asunto y se han formado una opinión propia y un menor número está resuelto a defenderla. En consecuencia, la mayoría se avergonzaría de los motivos que la impulsan, de estar en una situación menos grave. Ante todo, existe el riesgo de que manipulen a la asamblea, quienes la han convocado, hacen propuestas o pronuncian discursos. Por otro lado, una multitud de hombres carece del tiempo, la capacidad y la visión necesarias para impedir que unos cuantos se conviertan en amos y señores (1784, 2 V).

Tiempo más tarde, Michels (1925, 28 s.), basado en la psicología de las masas, describió el riesgo de la democracia directa, que consiste en que ésta otorga la eficacia política y jurídica más directa a las influencias demagógicas, en cuanto que una asamblea popular es siempre proclive a someterse o sublevarse por la fuerza del discurso. "Es más fácil dominar a la masa que a un pequeño círculo de oyentes, porque la aprobación de aquélla es más impetuosa, elemental e incondicional y, una vez sugestionada, no tolera fácilmente el desacuerdo de las pequeñas minorías o de los individuos. El sistema de la asamblea del pueblo impide una discusión o consulta serias o el tratamiento exhaustivo de un asunto. Una multitud reunida en un mismo sitio es siempre más receptiva al miedo, al entusiasmo sin sentido, etc., que un pequeño grupo, cuyos integrantes pueden discutir racionalmente entre sí. Es un hecho empírico que las asambleas de gran tamaño e incluso los delegados a los congresos de un partido, adoptan, por aclamación o por aprobación en masa, resoluciones que las mismas asambleas, divididas en conjuntos de unas cincuenta personas, se cuidarían mucho de apoyar. La multitud pondera tanto las palabras como las acciones en menor grado que cada miembro individual o pequeño grupo que la componen. Esto es un hecho indiscutible, que cae dentro del campo de la patología de las masas... y que ha sido suficientemente esclarecido como la ley de la disminución del sentido de responsabilidad de las masas".

La facultad de tomar resoluciones de un conjunto de hombres se torna, con facilidad extrema, en el poder de decisión en manos de unas cuantas personas políticamente más activas. La democracia directa carece de las estructuras organizativas que son el presupuesto del equilibrio de poderes y de otros controles del Estado de Derecho. Así se realiza sin dificultad el peligro que describiera Aristóteles: que un amplio gobierno de la multitud, que no está restringido por las leyes (en términos modernos, diríamos por disposiciones de un Estado de De-

recho) degenera en un despotismo conducido por demagogos (Política 1292a). Por el contrario, el sistema representativo limita desde el principio el elemento democrático, pero conserva de él una función directiva, en forma institucionalmente asegurada, para las decisiones particularmente importantes.

3. Obtención de capacidad de acción, racionalidad y control a través de la representación. Así pues, el sistema representativo parecía indispensable por razones de una tramitación adecuada y eficaz de asuntos. La participación directa del pueblo, en su totalidad, en los diversos asuntos políticos, disminuye conforme sea mayor el organismo estatal, conforme sean más complejas las condiciones económicas y sociales, en cuanto menos abarcable sea, por tal motivo, el orden jurídico. La división del trabajo, imprescindible en toda comunidad compleja, comprende también las funciones del gobierno; asimismo, habrá de organizar la formación de la voluntad política (§ 22 I).

No obstante el sistema representativo también ofrece racionalidad y posibilidad de control.

De Lolme opinaba que, tan pronto se confiara el poder legislativo a un reducido número de representantes calificados, los gobernantes ya no enfrentarían una masa susceptible de manipulación y dominada por las pasiones, sino un grupo selecto "con iguales conocimientos y educación" (1784, 2 VIII). El parlamentarismo racionalista y liberal abrigaba la optimista esperanza de que las decisiones políticas, se obtendrían por el camino de la argumentación racional y que tal proceso estaría en buenas manos si se trataba de una asamblea de personas destacadas. Era el ideal del gobierno de la "*majorité des capables*" (Guizot 1851; C. Schmitt V.L., 310 ss; TC, 353ss.). — Pero la realidad nos muestra un cuadro distinto: el debate parlamentario no se realiza exclusiva o siquiera predominantemente como argumentación racional. Hoy día, las posturas partidistas, prefabricadas en buena medida, se expresan polémicamente en un frente cerrado: de este lado, la defensa de la política gubernamental; de aquél, su crítica. Por su parte, tales posiciones tampoco son determinadas sólo por reflexiones racionales, sino también por intereses muy variados. (§ 26 III, V 2). Inclusive cabe preguntarse si, en términos generales, los argumentos políticos no son más que espíritus serviciales a ciertos intereses (§ 28 II 2). La conducta de los propios parlamentarios persigue ciertos intereses y muchos de ellos parecen dejarse guiar en alto grado, por el deseo de asegurar su posición y de mejorar las oportunidades de su carrera; de ahí, el esfuer-

zo por lograr el apoyo de organizaciones y agrupaciones influyentes; la preocupación constante por no contrariarlas; la tendencia de tomar el camino de menor resistencia y el afán de que los medios de comunicación los presenten favorablemente.

Así, pues, no debe sobreestimarse la racionalidad de las discusiones parlamentarias, como tampoco se debe perder de vista la ventaja que poseen en este sentido frente a una "Democracia de masas populares reunidas", puesto que en el parlamento actúa un número limitado de personas quienes, además, están más o menos informadas en materia política. Los debates siguen también un procedimiento ordenado. La división del parlamento en partido del gobierno y oposición busca, sobre todo, que las opiniones del cuerpo legislativo se estructuren, cuando menos respecto a la forma externa, como intercambio de argumentos, y no como adhesión "solidaria". Otro elemento de racionalidad proviene de que los debates parlamentarios están expuestos a la crítica pública (§ 28 II 2). De Lolme consideraba que era precisamente este control de una opinión pública informada el camino por el cual el pueblo toma parte discretamente en los negocios del Estado, y si bien lo hace en cierto modo como "simple espectador del juego", evalúa las cosas "con lentitud pero... en forma constante y cierta" (1784, 2 XIII s.).

No obstante, es de particular importancia lo siguiente: el presupuesto "técnico" de todo control institucionalizado de los poderes no es que el pueblo actúe como masa difusa, sino que estén diferenciadas entre sí las diversas instancias de decisión que "representan" a la colectividad. Sólo cumpliendo esta condición es posible, en términos generales, erigir un sistema con equilibrio y un control en la organización de los poderes (§§ 30; 31), para escapar a la tiranía de que es capaz, inconscientemente, una multitud democrática mayoritaria.

Únicamente bajo la condición mencionada pueden crearse instituciones, en particular una jurisdicción independiente y una burocracia ocupada por empleados profesionales, que se hallen en todo caso a la mayor distancia posible de los intereses que regulan. De este modo se contribuye también a la racionalidad de la discusión y se logra un cierto perfeccionamiento de los procesos de decisión (§§, 16 I 3; 27 II 2; 28 III 2).

Es evidente que, desde el punto de vista del ideal democrático (§ 17 III), el sistema representativo es una forma de Estado *faute de mieux*, es decir, un sistema político que, en razón de ciertos requerimientos y ventajas, no alcanza el ideal de la participación igual de todos. De ahí se deduce la exigencia de confi-

gurar al sistema representativo de tal modo que conceda a cada ciudadano el mayor grado posible de participación y garantice una vinculación eficaz de la acción de los representantes con las necesidades y opiniones de la mayoría. Estos son temas que deben tener y han tenido siempre un papel en la discusión sobre la forma óptima de la democracia representativa (§§ 23 III; 24 III; 41 III 2.).

II. La democracia representativa como forma mixta de oligarquía y democracia

§ 22 II; *W. Weber Spuk*, 19 ss., 132 s., 175 ss.

Sobre 1: *M. Duverger*, Die politischen Parteien. (fr. 1951) al. 1959, 149 ss, 359 ss.; *U. Lohmar* Innerparteiliche Demokratie, 1963, 1968; *B. Zeuner*, Innerparteiliche Demokratie, 1969, 1970; *H. Haack*, Geschichte und Struktur des deutschen Parteiensystems, 1971, 465 ss.; *M. Greven*, Parteien und polit. Herrschaft, 1977, *K.v. Beyme*, Parteien in westlichen Demokratien, 1982, 287 ss; 364 ss.

Sobre 2: *Maunz-Zippelius*, § 24 VIII (sobre derecho de petición); *H. Schneider*, Volksabstimmung in der rechtsstaatl. Demokratie, en: Gedächtnisschr. f. W. Jellinek, 1955, 155 ss., *Huber*, Aufs. 541 ss. (sobre el referéndum); *H. Schambeck*, Das Volksbegehren, 1971; *R. Schiffers*, Elemente direkter Demokratie im Weimarer Regierungssystem, 1971; *P.C. Mayer-Tasch*, Die Bürgerinitiativbewegung, 1976, ed. 1981; *B. Guggenberger*, *U. Kempf* (eds.) Bürgerinitiativen und repräsentatives System, 1978; *K. Hernekamp*, Formen und Verfahren direkter Demokratie, 1979.

Sobre 3: § 26 II I; *A. de Condorcet*, Essay sur l'application de l'analyse a la probabilité des decisions rendues a la pluralité des voix, 1785; *W. Popp*, Soziale Mathematik der Mehrheitsentscheidung, en: A. Podlech (ed.), Rechnen und Entscheiden, 1977, 44 ss.

Sobre 5: § 28 III; *De Lolme* (citado en ELI), 2 XII ss.; *Smend* StA. 465 ss.; *R. Marcic*, Die Öffentlichkeit als Prinzip der Demokratie, en F. f. A. Arndt, 1969, 267 ss.; *W. Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, 50 ss.; *H.U. Jetschke* Öffentlichkeitspflicht der Exekutive usw., 1971; *O.E. Kempen*, Grundgesetz, amtll. Öffentlichkeitsarbeit und polit. Willensbildung, 1975, 95 ss.; *L. Kissler*, Die Öffentlichkeitsfunktion des deutschen Bundestages, 1976, 36 ss., 52 ss.

1. Elementos oligárquicos-elitistas. En la democracia indirecta o representativa, las decisiones políticas esenciales están a cargo de unos cuantos, pues forma de Estado está poderosamente entremezclada con elementos oligárquico-elitistas. En la actualidad, ello tiene su principal razón de ser en que los partidos mediatizan en buena medida el poder político del pueblo, ya que, por regla general, el ciudadano sólo puede elegir entre los mismos partidos (y sus programas y candidatos). Sin embargo, en los partidos dominan, de hecho, las directivas, y los altos

funcionarios de dichos partidos que ocupan importantes cargos estatales, adquieren poder en el Estado a través de sus órganos. Así, el Estado de partidos es conducido por un número relativamente pequeño de prominentes funcionarios de partido, los cuales se apoyan, en el mejor de los casos, en la confianza del electorado y se someten también a un control a través de las elecciones parlamentarias periódicas (véase *infra* 3).

De igual modo como el pueblo pierde una parte de su poder, así pueden enajenarse de él, hasta cierto punto, "los intereses públicos". Puede suceder que la directiva de una gran organización no represente, en alguna medida, los intereses de sus miembros, sino los propios, esto es, que los intereses independizados de la organización y sus funcionarios sean presentados como intereses de la colectividad y tratados como tales.

Sólo un autoengaño ideológico podría ocultarnos que el pueblo pierde en medida considerable el control de sus actos a través de los órganos de representación. Lo confirma irónicamente el ciudadano que se queja de no tener voz⁽⁴⁾ porque la ha entregado en la elección. Lo que es igual, pero en términos menos comunes: el principio de la representación se halla en "contradicción con el fundamental carácter primitivo de la idea democrática de la libertad". El sistema parlamentario se presenta como "el compromiso entre el postulado democrático de la libertad y el principio de una división diferenciada del trabajo, condicionante de todo el progreso técnico-social" (Kelsen 1929. 29).

2. Elementos democráticos. Aun conociendo los elementos oligárquico-elitistas de la democracia representativa, no deben perderse de vista los factores democráticos que en ella se conservan. ¿Qué queda de la democracia?

Por lo general, se ha aplicado más imaginación que agudeza a las teorías de la representación, que pretenden mostrar que es en realidad el pueblo mismo — si no el pueblo empírico, al menos el pueblo como unidad política (§ 24 III 1) — el que está presente en el parlamento. La formulación de Carl Schmitt (VL. 209; TC, 242) responde por estas teorías: "Representar es hacer perceptible y actualizar un ser imperceptible mediante una presencia pública". De manera similar, Leibholz (EvStL, 2195), dice que corresponde al "hecho de la representación el que el representado se haga nuevamente presente en el representante". Con mayor frialdad Kelsen (1929, 30 s.) considera que la idea de la representación es simplemente "una notoria ficción que tiene el propósito de encubrir el verdadero y esencial menoscabo que, a través del parlamentarismo, experimenta el principio de la libertad".

Los componentes democráticos de la democracia política representativa no residen en tal ficción, sino en otra parte:

El elemento más evidente de democracia directa del sistema representativo son las elecciones políticas que, cuando ofrecen alternativas reales, no sólo implican una selección de personas, sino también un elemento de decisión política objetiva.

En algunos Estados la población también puede participar en la legislación mediante iniciativas populares y *referenda*. El referéndum permite someter a la decisión del pueblo importantes cuestiones objetivas fuera del periodo de elecciones, y así considerado, parece un complemento deseable de la "democracia electoral". Pero sus limitaciones provienen del hecho mismo de que sólo deberán someterse a la legislación popular aquellos asuntos que pueda enjuiciar la colectividad. Serán, primordialmente, cuestiones cuyo centro de gravedad no dependa de un dictamen técnico, sino de una apreciación ético-social, tal como la licitud de la interrupción del embarazo o la introducción de la pena de muerte. Aun en esos casos, existe el riesgo de que la opinión popular no sea determinada por la ponderación sensata de las cosas, sino por emociones incontroladas. Los opositores al referéndum han señalado, sobre todo, el riesgo de la manipulación demagógica de esta opinión tal como se presenta amplificadas en la era de la televisión. A ello se agrega, como componente de manipulación, el "poder del planteamiento", es decir, el hecho de que la selección y formulación de las cuestiones sometidas a los votantes puedan determinar en esencia su decisión. Otra objeción más se deduce de que la "democracia de referéndum" se inclina fácilmente hacia las decisiones "impolíticas" y conformistas respecto de la situación existente. En los Estados que poseen fuertes elementos de democracia directa también se ha tenido la decepcionante experiencia de que cuando materialmente se pide demasiado de los ciudadanos activos y se les llama con excesiva frecuencia a votar, se producen signos de cansancio y, en especial, un acentuado decrecimiento de la participación en votaciones y asambleas,

Otros elementos de democracia directa residen en las formas no orgánicas (§ 28 III 1) de manifestación de la opinión pública: los órganos representativos deben guiarse, en forma legítima, por las concepciones ético-jurídicas y políticas que prevalecen en la comunidad (§ 29 III 2) y, lo que es de mayor trascendencia, estos órganos están verdaderamente sometidos a una presión por parte de dichas concepciones predominantes y se retroalimentan con ellas (II 3). Las técnicas demoscópicas se

han desarrollado como instrumentos eficaces de retroalimentación democrática e incluso pueden asumir parcialmente las funciones de referéndum, al captar la opinión popular con mayor diferenciación y menor riesgo de manipulación (véase también las reservas expresadas en los §§ 16 I 3 y 24 III 1).

Por otra parte existe la posibilidad de las iniciativas ciudadanas, posibilidad de que se originan formalmente, respecto de los individuos y grupos pequeños, en el derecho de petición. Las iniciativas ciudadanas no solamente se hacen valer por esta vía, sino también a través de la movilización de la opinión pública. Sobre este punto volveremos más adelante (§ 26 II 3, III).

En su calidad de miembro de alguna de ellas, también el individuo puede tomar parte en la influencia que las asociaciones ejercen sobre la acción estatal. (§ 26).

3. El papel de las alternativas programáticas y personalizadas. El funcionamiento de la ya mencionada retroalimentación de la acción representativa con la opinión pública consiste en que el pueblo decida sobre alternativas personalizadas y programáticas relevantes. Al desaparecer este componente plebiscitario del sistema total, la representación deviene en fachada de una seudodemocracia.

La función que cumple el ofrecimiento de alternativas se observa con mayor claridad allí donde éste no existe, esto es, en el sistema de partido único, que por lo común no concede a los votantes un margen de acción para decidir entre los diversos programas de los partidos políticos. Tampoco les permite una selección, o ésta es irrelevante, entre diferentes candidatos, esto es, decidir sobre la sustitución del actual equipo dirigente (*Führungsmannschaft*) en el Estado. En realidad se les presenta a los votantes una lista de candidatos que elabora o controla la directiva del partido mismo. La decisión determinante corresponde siempre a esta pre-selección y no a la votación, que se convierte en una mera aclamación incapaz de dirigir nada, a falta de una alternativa relevante.

La situación es distinta en los Estados en los cuales se presenta al electorado alternativas que "afectan" hasta la formación y los programas del gobierno, esto es, que tienen por objeto la sustitución de la dirección política. Dado que los ciudadanos con derecho a voto deciden sobre tales alternativas, las propuestas sometidas a los votantes deben conformarse a las expectativas de éstos, para tener una buena oportunidad de éxito. De este modo, actúa en el ámbito de la política una vinculación a los deseos de la colectividad que es también eficaz en otros campos, como en la producción de bienes o en el mercado de los medios de comunicación: cuando la población puede elegir

entre alternativas concurrentes, esta posibilidad de opción le permite influir sobre la oferta. Según este esquema, también tiene lugar una retroalimentación de la producción de bienes o la oferta de los medios, con los deseos de la población (que haya en este punto "posibilidades de seducción" es, en todo caso, una objeción a la capacidad de juicio de la población, pero no al funcionamiento del esquema)

En la esfera política, el ofrecimiento de alternativas corre a cargo del sistema pluripartidista. En este sentido tiene frecuentemente un papel secundario aquella alternativa que formalmente se encuentra en primer plano, a saber, la elección entre uno u otro diputado, a través de la cual, los votantes deciden también, aunque en forma mediata, cuál de los varios equipos de gobierno en competencia será designado para el siguiente periodo legislativo: es así como la elección posee un componente "plebiscitario-personal". El electorado determina asimismo, la realización del programa de uno u otro partido; en ello radica el elemento "plebiscitario-real" de la elección; cierto es que en el Estado pluripartidista cada partido ya ha llevado a cabo en todos estos aspectos una pre-selección: en cuanto a los candidatos que propone como representantes populares; en cuanto al equipo de gobierno y las metas políticas que desea presentar a los votantes. Sin embargo, en relación a todos estos elementos, la pre-selección se retroalimentará con la voluntad probable de los votantes en la medida en que la elección conserve el carácter de una verdadera competencia. La razón de ello es que, para asegurar una oportunidad a su programa político y sus candidatos en la contienda electoral, cada partido debe satisfacer los deseos de los votantes, quienes ejercen así influencia sobre dicha pre-selección. Incluso existe el riesgo de que una precipitada condescendencia hacia las opiniones cotidianas, recabadas por medios demoscópicos, ocupe el sitio del ofrecimiento de concepciones políticas (cfr. § 28 III 2). Debido al efecto previo de las próximas elecciones, dicha retroalimentación actúa también en el periodo entre dos elecciones (§ 41 III 2). Por otro lado, cuando los partidos relevantes se solidarizan respecto de cierta cuestión, esto es, cuando no ofrecen alternativa, será frecuente que la retroalimentación democrática quede sin efecto; un "cártel" de los partidos prevalece, sin esfuerzo, sobre una opinión pública preponderante y contraria; ejemplo de ello fue la cuestión, planteada en la RFA sobre las dietas de los diputados, en el año de 1977 (Thaysen, Z. Parl 1978, 451).

Cuando los dirigentes y los objetivos de diversos partidos están en competencia, cuando se ofrecen alternativas a los votantes, la relación de fuerzas entre los poderes políticos en el Es-

tado se vuelve inestable el día de la votación y los electores deciden cómo quedará fijada hasta la siguiente elección. Este elemento democrático del sistema constitucional se reduce si los periodos electorales son muy prolongados.

En tanto las fuerzas políticas contrarias mantengan cierto equilibrio, el pueblo puede esperar verdaderas alternativas y así, controlar la situación de cuando en cuando. El "*divide et impera*" también es válido para el gobierno del pueblo. De ahí que nazca del seguro instinto político de los pueblos que tienden a la libertad, buscar siempre una oposición fuerte, y además, que los partidos del gobierno sean sustituidos de tiempo en tiempo a fin de que haya cierto equilibrio de los poderes políticos, único que garantiza al pueblo un derecho de participación, que no se transforme en la estabilidad de un sistema dominado por un partido muy poderoso.

4. En particular sobre la división de las decisiones de los electores. El componente plebiscitario-real contenido en las decisiones de los electores es un instrumento muy burdo para la formación de la voluntad política, ya que casi siempre se presenta a los votantes solamente los contornos de las alternativas políticas. Además, cada partido resume en su programa electoral todo un haz de objetivos particulares, de los cuales el votante aprobará unos y rechazará otros, pero que, como "paquete", únicamente puede aceptar o desechar en su totalidad. Así, el efecto encubridor de las decisiones globales se traduce en que la aprobación mayoritaria de una propuesta compleja, que se compone de varias propuestas parciales, no permite llegar a la conclusión de que también cada una de éstas sea aceptada por una mayoría. Más bien, es de creerse que la mayoría prefiere una combinación (no ofrecida) de proposiciones parciales que difiere de las combinaciones presentadas (que ha aprobado —*faute de mieux*— una mayoría); así, por ejemplo, la combinación de la política agraria del partido A, la política cultural y social del partido B y la política de orden y seguridad del partido C.

De ahí se deduce el objetivo de buscar una mayor diferenciación de la decisión de los electores; aunque modesta, es una meta de difícil consecución. La salida hacia un pluralismo extremo de partidos no ha dado resultados, y si bien fortalece la diferenciación programática, tiene el grave inconveniente de fraccionar al parlamento en demasiados grupos, lo cual entorpece la formación de mayorías claras, de un gobierno estable y una política enérgica (§ 24 II 2).

Lo insatisfactorio de la situación se atenúa si, antes de

reunirlos en el programa electoral, se somete sus diversos puntos a un análisis demoscópico, "retroalimentándolos" así con la voluntad probable del mayor número de votantes. Esto se hace con el fin de "vender bien el surtido", es decir, para dar al programa total la mejor oportunidad posible. Debido precisamente a la escasa diferenciación en la decisión de los electores, parece legítimo y deseable complementar la "democracia electoral" acudiendo, por separado y fuera de la elección, a la decisión del pueblo sobre importantes decisiones objetivas a través de un referéndum, o buscando apoyo en la opinión de la mayoría por medio de una encuesta representativa (véase *supra* 2).

El margen de selección en la decisión de los votantes se reduce debido a la desaparición de alternativas programáticas en el Estado de la sociedad industrial. Así, en el interior se consideran actualmente como metas indiscutibles de la política: la estabilidad de precios; un mayor grado de empleo; el funcionamiento sin trabas de la economía en general; la protección al medio ambiente, entre otras. Aun cuando algunos de estos fines que dominan el espíritu de la época, pueden volverse gradualmente problemáticos, otros se plantean por vez primera. (ejemplos los encontramos, por un lado, en el postulado del crecimiento económico y, por el otro, la exigencia de protección al medio ambiente), pero durante el tiempo de su vigencia, actúan como axiomas de la política para los cuales no se ofrece alternativas serias. Si ello se funda simplemente en que tales alternativas no tendrían oportunidad de hallar un amplio consenso, esta limitación de propuestas programáticas se orienta, empero, hacia la opinión pública en forma democrática. Existen discusiones en torno a las prioridades en lo particular ante todo, sobre el mejor método para alcanzar dichos fines. Sin embargo, ciertas "necesidades objetivas" (*Sachzwänge*) limitan, en este segundo punto, la selección de alternativas. La vía de mayor eficacia técnica para la realización del eudemonismo social es, en buena parte, una cuestión de saber técnico, el cual es representado, en una proporción considerable, por las burocracias. La creciente necesidad de planeación del desarrollo futuro a largo plazo y sobre una amplia base, reduce igualmente las posibilidades de disponer sobre los fines políticos, tan pronto se ha iniciado la realización del plan, lo cual ocasiona una cierta presión de continuidad (§ 36 II 3). En virtud de la creciente integración de los diversos estados en sistemas de alianza militar y en extensas interdependencias económicas también en el campo de la política exterior, se fortalece la presión de las necesidades objetivas, se reduce cada vez más la posibilidad de presentar alternativas reales y se incrementa la importancia del saber técnico que administran las burocracias.

Por ello, es cada vez más difícil prescindir de los "*beati possidentes*" que ocupan las sillas ministeriales y que tienen a su disposición el saber técnico de sus ministerios.

Esta disminución de alternativas programáticas se robustece con la tendencia hacia los "partidos populares", es decir, cuando los partidos políticos pretenden dirigirse al mayor número de sectores de votantes, no se identifican ya con intereses u opiniones específicas y, por tanto, pierden perfil programático (pero también unilateralidad). Bajo estas circunstancias, la decisión electoral se reduce frecuentemente, a una elección entre matices de los programas.

Por el contrario, ha aumentado nuevamente la importancia relativa de las alternativas personalizadas cuya elección se orienta, en el Estado de partidos, sobre todo hacia los altos funcionarios de estas organizaciones, es decir, a cuál de los futuros equipos de gobierno que se presentan otorgará su preferencia el votante.

5. La "publicidad" de la acción representativa. El factor democrático más importante del sistema representativo reside en las elecciones políticas, las cuales señalan la dirección a seguir en lo futuro a través de una decisión entre las alternativas presentadas. Al mismo tiempo, ejercen un control retrospectivo, en tanto que ajuste global de cuentas sobre el periodo legislativo concluido (§ 41 III 2).

Una colectividad sólo puede cumplir conscientemente la función de mando y control en la medida que disponga de bases racionales. Únicamente quien examine las condiciones y consecuencias reales de la acción política y los programas, puede participar con conocimiento en el proceso político. Sólo en la medida que se den a conocer los motivos, fines y efectos probables de las actuaciones y planes políticos, puede haber, en términos generales, un control y participación democráticos. Para llevar a cabo el mayor grado posible de democracia, es necesario dar al acontecer político la mayor transparencia posible, aun tomando en cuenta que sólo una parte de los ciudadanos aprovechará la oportunidad de formarse un juicio propio.

La mera posibilidad, el simple hecho, de que un suceso se desarrolle a la luz pública, motiva al representante a actuar como si todos lo observaran. Quien actúa públicamente corre, de hecho, el riesgo de que se descubra algún desacierto y que la prensa o la radio lo exponga a la luz pública. De esta suerte, los representantes se ven obligados a actuar en público de tal manera que su conducta sea capaz de obtener la probable aprobación de la opinión pública y, en especial, de las concepciones ético-sociales predominantes: aparte de las decisiones concretas

de los electores, esto implica un elemento de democracia directa (§ 28 III 2).

La exposición (*Offenlegung*) de la acción estatal por lo menos induce a que cada quien se cerciore de que todo marcha correctamente. De esta manera el principio democrático de publicidad lleva al perfeccionamiento ético — con frecuencia no será más que una aureola de moralidad— de la acción política. Kant había advertido en lo esencial esta relación al afirmar que necesariamente ha de ser injusta una máxima de conducta que, “so pena de hacer fracasar mi propósito... no puedo reconocer públicamente sin provocar en el acto la oposición de todos a mi proyecto” (La paz perpetua, Apéndice II).

La acción pública y representativa tiene múltiple resonancia en la opinión pública. En la realidad, es tal como la describiera Karl Marx: “El régimen parlamentario vive de la discusión... Todo interés, toda institución social se convierten aquí en ideas generales, se ventilan bajo la forma de tales... La lucha de los oradores en la tribuna provoca la lucha de los plumíferos de la prensa, el club de debates del parlamento se complementa necesariamente con los clubes de debates de los salones y tabernas; los representantes, que apelan continuamente a la opinión del pueblo, autorizan a la opinión del pueblo para expresar en peticiones su verdadera opinión. El régimen parlamentario lo deja todo a la decisión de las mayorías, ¿cómo, pues, no van a querer decidir las grandes mayorías fuera del parlamento? Si los que están en las cimas del Estado tocan el violín ¿qué cosa más natural sino que los que están abajo bailen?” (MEW 8, 153 s.).

Al servicio de la publicidad se hallan diversas instituciones jurídicas, las cuales deben permitir el examen y la revisión de los actos del Estado.

En este sentido debe pensarse principalmente en la publicidad de las discusiones, particularmente de los debates parlamentarios y (tratándose de la mera aplicación del derecho) de las audiencias judiciales. La costumbre y el deber de fundamentación de los actos de soberanía contribuyen también a la consecución de los fines mencionados; así, la fundamentación de los proyectos de ley (cfr. también el § 26 VI 4), de los actos administrativos y las resoluciones judiciales. Además el parlamento, y sobre todo la oposición, tienen el derecho de exponer a la luz pública, mediante interpelaciones, los actos de la esfera del gobierno. A lo anterior debe agregarse la divulgación (aunque limitada) de las finanzas públicas, así como la obligación gubernamental de presentar anualmente la cuenta pública. Sin embargo, debemos hacer aquí especial mención de los instrumentos para la libre formación de la opinión pública: la liber-

tad de opinión, la libertad de información, de prensa y de radiodifusión.

Es obvio que el principio de publicidad tiene límites. Ningún ser humano razonable exigiría que se hicieran públicos, sin más, los planes de la defensa nacional. Además, por citar otro ejemplo, es frecuente que las negociaciones difíciles con potencias extranjeras dependan de sondeos confidenciales. En general, los intereses públicos de gran importancia, tanto como los privados, pueden entrar en conflicto con la exigencia de una publicidad irrestricta, y requerir una ponderación razonada.

En todo caso, sólo deberá abandonarse el principio de publicidad por una razón suficiente, lo cual significa realizar siempre una ponderación de intereses. Esta debe poner en claro la existencia de motivos para mantener en secreto ciertos hechos, y que en el caso concreto, tienen mayor peso aquellos que la divulgación de todas las bases de decisión que determinan la acción del Estado.

III. La autonomía administrativa como elemento democrático

§§ 7 III; 12 I 3; 17 I 2; 39 I; Herzog, 225 ss.; H.H. Klein, Demokratie und Selbstverwaltung, en: F.f. E. Forsthoff 1972, 165 ss.; G. Ch. v. Unruh, Dezentralisation der Verwaltung des demokrat. Rechtsstaates, D OV 1974, 469 ss.; Stern, § 12 I; Peyrefitte (citado en el § 37 IV), cap. 22.

Cuanto más reducida es una comunidad, tanto mayor es la participación relativa de cada uno de sus miembros en la formación de la voluntad común. Por ello, la participación democrática y la posibilidad de desarrollo político serán mayores para los ciudadanos cuanto más poder de decisión posean las comunidades inferiores, de acuerdo con el principio de subsidiariedad (§ 17 I 2).

Por el contrario, el sistema representativo y su *establishment* se distancian más del ciudadano cuanto más centralizado esté el poder político. Precisamente esta centralización del poder público es un rasgo fundamental del Estado moderno; fue la que dio origen a la monarquía absoluta, en cierto modo como producto intermedio, y después de la decadencia de ésta, se apoderó con vigor renovado de la naciente democracia de masas. Tocqueville señaló que no se había hecho a un lado a los poderes locales, a los privilegios de los señores feudales y las libertades de las ciudades para que ocuparan su sitio, sobre una base democrática, poderes secundarios, sino que las competencias se habían "concentrado de todos lados en las manos del soberano. Por todas partes, el Estado dirige por sí mismo a todo los ciudadanos y sólo conduce a cada uno de ellos en los nego-

cios insignificantes...". "El Estado es quien casi únicamente ha tomado a su cargo dar pan a los que tienen hambre, socorro y asilo a los enfermos y trabajo a los desocupados; se ha convertido en el reparador casi único de casi todas las miserias. La educación, también como la caridad, ha venido a ser para la mayor parte de los pueblos de nuestros días, un problema nacional" (DA, II 4, cap. 5).

La receta de Tocqueville contra el despotismo democrático propone: fortalecimiento de la autonomía administrativa; introducción, "hasta cierto punto", de funcionarios electivos (nada se dice, a la vez, de prescindir de la calificación profesional); formación de asociaciones políticas e industriales, incluso científicas y literarias, a las que no se puede sujetar tan fácilmente; libertad de prensa, mediante la cual el individuo pueda llamar en su ayuda a sus conciudadanos; la garantía, por el poder judicial, de la independencia individual, que es tanto más necesaria para proteger la libertad cuanto más el Estado se introduce en los pormenores mínimos de las acciones humanas y cuanto menos pueden contar los ciudadanos con el auxilio de sus semejantes (DA, II 4 cap. 7). A partir de entonces se ha hecho realidad una serie de postulados: se ha desarrollado la tutela jurídica del individuo (§ 30 I), se ha garantizado jurídicamente la libertad de prensa (§ 28 IV) y en el campo previo de la política se han organizado los intereses y opiniones como una estructura de poderes sociales (§ 26).

Tocqueville coincide con los profetas del federalismo (§ 17 I 2) y la autonomía en cuanto al postulado de la descentralización, no sólo administrativa interna, sino también política, del poder público. Mientras más descentralizado esté el poder político de decisión, será más extenso, en general, el campo para un compromiso político propio de los ciudadanos.

Sin embargo, ya se han impuesto límites a la descentralización "democrática", en razón precisamente de los inconvenientes que conlleva: en primer término, los organismos administrativos descentralizados son poco adecuados para desempeñar funciones que rebasan el ámbito local y llevar a cabo una compensación de intereses, así como para restringir el egoísmo regional en favor de intereses más generales; debe pensarse en este sentido, en la regulación del aprovechamiento y conservación de aguas, de importancia no sólo local; en la construcción y el mantenimiento de vías generales de comunicación o, en suma, en una distribución apropiada del espacio (*Raumordnung*). En segundo lugar, la descentralización afecta la unidad jurídica y la uniformidad en la tramitación de asuntos; puede conducir incluso al tratamiento diverso de situaciones iguales. En tercer término, la descentralización se realiza con frecuen-

cia, en perjuicio de la rapidez, la "eficiencia" y también de la capacidad técnica; piénsese, por ejemplo, en la persecución de los delitos. Y en cuarto lugar, en las pequeñas corporaciones administrativas, la proximidad de las relaciones interpersonales puede privar a las decisiones de su imparcialidad, conceder una influencia desproporcionada a los intereses, inclinaciones y antipatías personales o a dar lugar al nepotismo y, en vía de ejemplo, un individuo pudiera verse en la necesidad de decidir, por consideraciones personales, en contra de su convicción objetiva. Por las razones primeramente mencionadas, las medidas de política económica, de defensa y educativa, así como la legislación en general, deben estar en manos de las instancias centrales.

La "balanza democrática" misma no se equilibra linealmente con la descentralización progresiva de las competencias de decisión. En la medida que se descentralicen democráticamente ciertas esferas, éstas escapan al control de la decisión política global de la población. Esto no ofrece inconvenientes tratándose de una comunidad parcial que gobierna su propio ámbito de vida, más o menos delimitado. Un ejemplo clásico en este sentido es la autorregulación de los asuntos municipales. No obstante, la descentralización democrática implica una pérdida de responsabilidad democrática global cuando el regionalismo democrático se apodera de aquellos ámbitos objetivos que, por su interdependencia con un contexto mayor, requieren una decisión política trascendente.

La solución para el problema de la descentralización democrática tampoco se encuentra en el extremo, sino que es necesario hallar, según el caso, un modelo de organización que ofrezca un compromiso óptimo entre los méritos de la descentralización política y organizativa, por un lado, y las necesidades y ventajas de la regulación centralizada, por el otro (cfr. también § 14 I 3).

La aspiración de dejar algunos ámbitos de vida a la autorregulación democrática, se ve obviamente limitada por la supremacía de competencias de la comunidad estatal superior, única capaz de garantizar confiablemente la coordinación pacífica de las diversas comunidades que la integran (§§, 9, II, III; 17 II).

§ 24. Elección y sujeción de los representantes

G. Meyer, *Das parlamentarische Wahlrecht*, 1901; K. Braunias, *Das parlamentarische Wahlrecht*, 1932; H. Westerath, *Die Wahlverfahren und ihre Vereinbarkeit mit den demokratischen Anforderungen an das Wahlrecht*, 1955; D. Sternberger, B. Vogel (eds.), *Die Wahl der Parlamente*, I 1969; Ermacora, 439 ss.; B. Vogel et al., *Wahlen in Deutschland*,

871; *H. Meyer, Wahlsystem und Verfassungsordnung*, 1973; *D. Nohlen, Wahlsysteme der Welt*, 1978.

Las elecciones políticas son el principal instrumento para la conducción democrática de un sistema representativo. A un mismo tiempo que se designa a los diversos diputados, se decide sobre los candidatos que ocuparán los cargos del gobierno y sobre los programas de partido, detrás de los cuales se halla cada diputado.

En una retrospectiva histórica, podría decirse, simplificando mucho, que la historia de las elecciones políticas ha llevado progresivamente de la selección de diputados individuales, legitimados por sus cualidades personales, hacia una elección de ios dirigentes de los diversos partidos y sus programas.

Esta evolución fue de la mano con la creciente importancia de los partidos políticos, que surgieron de la unión de los diputados, según sus concepciones y metas políticas básicas, dentro del parlamento para hacer prevalecer sus ideas con votos unificados; fuera de él, con el fin de obtener electores para los afiliados a su corriente política.

Además, por principio no es posible confiar simplemente funciones políticas a personas calificadas para su mejor resolución posible como si se tratara de cuestiones técnicas, sino que la elección decide inevitablemente también cuestiones de postura política, en razón de que la solución a los problemas políticos no es posible a través del mero saber técnico; implica también la toma de una posición.

En la medida en que prevalecía esta opinión y los partidos políticos dominaban el proceso político, el diputado se convertía en representante de un determinado programa político, y la elección en una decisión entre alternativas políticas. Sin embargo, con la pérdida de alternativas reales y del perfil programático de los partidos, se ha iniciado en este punto un movimiento de retroceso (§ 23 II 3).

I. Los principios del sufragio

A. Tecklenburg, Die Entwicklung des Wahlrechts in Frankreich seit 1789, 1911; *J. Hatschek, Englische Verfassungsgeschichte*, 1913, 217 ss. 393 ss., 621 ss.; *M. Weber, GesPolSchr.*, 253 ss.; *H. Heller, Die Gleichheit in der Verhältniswahl nach der Weimarer Verfassung*, 1929; *Leibholz StP*, 1 ss.; *H. J. Rinck, Der Grundsatz der unmittelbaren Wahl im Parteienstaat*, JZ 1958, 193 ss.; *H. Setzer, Wahlsystem und Parteienentwicklung in England*, 1973; *H. J. Rinck, Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl usw.*, ed: F. f. W. Geiger, 1974, 677 ss.; *J. A. Frowein, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht*, AöR 99 (1974), 72 ss.

El principio democrático de la participación igual, libre y definitiva de todos los ciudadanos se expresa en los principios jurídicos clásicos del sufragio universal, libre, secreto y directo.

Por universalidad del sufragio se entiende que todo ciudadano adulto, sin consideración de origen, posición social o patrimonio, religión o ideología, tiene derecho al voto pasivo y activo. Este principio no se opone a la exclusión de un individuo de la elección debido a una perturbación mental o a la pérdida de sus derechos cívicos o del derecho de voto por sentencia judicial. En Inglaterra el programa de un derecho universal (e igual) al voto se encontraba ya en las deliberaciones constitucionales de 1647, que tenían el propósito de dar al país una constitución apoyada en un "*Agreement of the People*" es decir, en el consentimiento de todos los ciudadanos (Jellinek, 510 s.; TGE). No obstante, el principio del sufragio universal se impuso en la práctica constitucional inglesa hasta mucho después. A partir de 1429, sólo podía votar en los condados quien obtuviera de sus propiedades una renta anual no inferior a 40 chelines. En las ciudades, el sufragio se sujetaba a las calificaciones más diversas. Al iniciarse las modificaciones del derecho electoral, con la primera ley de reforma de 1832, únicamente un cinco por ciento de la población adulta tenía derecho al voto. El principio del sufragio universal se creó paulatinamente mediante una serie de leyes de reforma; el voto irrestricto de la mujer se introdujo en 1928 y hasta 1948 se derogaron las últimas calificaciones patrimoniales. En Francia, la Constitución de 1791, basada en el ideal de la democracia, proclamó el derecho que tenía todo ciudadano de participar en la formación de la voluntad general (Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, art. 6), pero bajo el supuesto de que pagara una cierta cantidad de impuestos, y excluyó del sufragio a los "domésticos" (III, cap. I, sección II). La Constitución radical-democrática de 1793 levantó estas restricciones, pero excluyó todavía a la mujer de la ciudadanía activa (art. 423). En las constituciones posteriores tan pronto se introducían como se eliminaban las calificaciones censitarias. A partir de 1848, estuvo vigente el derecho universal al sufragio de todos los ciudadanos varones mayores de 21 años. Sólo hasta el año de 1945 adquirió la mujer el derecho al voto (Sternberger-Vogel 1969, 441 ss.). En los Estados Unidos hubo desde un principio requisitos de tipo patrimonial, pero cuya supresión paulatina tuvo apenas su conclusión formal con la Enmienda XXIV, de 1964. La Enmienda XV de 1870 pretendía eliminar las barreras raciales, mientras que la Enmienda XIX, de 1920, prohibió la restricción del voto de la mujer. En Alemania, la ley electoral

de la Confederación Germánica del Norte, de 1869, garantizaba el derecho al voto tanto activo como pasivo, a todos los nacionales varones que hubiesen concluido su vigésimoquinto año de vida; este ordenamiento fue ratificado en 1871 como ley del *Reich* alemán (art. 20 de la Constitución del *Reich*). La Constitución de Weimar, de 1919, concedía el sufragio a los hombres y mujeres mayores de 20 años de edad (art. 22). Sin embargo, todavía en esta época se daba la exclusión de determinados estratos de la población como medio de lucha política. Así, por ejemplo, la Constitución de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia (RSFSR), de 1918, negaba el derecho de voto a los enemigos de clase burguesa (art. 65).

Mientras que la universalidad del sufragio significa que todos tienen acceso a las urnas, su igualdad supone que cada voto tiene la misma fuerza. Igual fuerza implica, tanto en la elección por mayoría como en la proporcional, un mismo valor numérico. Pero en el sistema de elección proporcional a la igualdad del valor del voto pertenece, por principio, también la igualdad en el valor de resultado (*Erfolgswert*); no obstante, una cierta diferenciación en éste, como se practica mediante las cláusulas limitativas (*Sperrklauseln*) es compatible con el principio de la igualdad del sufragio. (Véase *infra*). La igualdad del valor del voto por parte de los electores tiene como correlato la igualdad de oportunidades del lado de los partidos. Se afecta la igualdad de oportunidades, por ejemplo, cuando las estaciones radiodifusoras excluyen a algunos partidos en la distribución de los tiempos de emisión para la propaganda electoral (BVerfGE 7, 100).

En oposición a un derecho a la igualdad en el voto se halla el sufragio desigual. Como ejemplo de ello puede citarse el antiguo derecho electoral prusiano de las tres clases (Sternberger-Vogel 1969, 206 ss.). La diferenciación en el valor de los votos se lograba de la siguiente manera: se dividía en tres la suma de los impuestos directos que debían recaudarse en una circunscripción electoral. Los causantes mayores, que juntos aportaban un tercio de la recaudación, constituían la primera clase del electorado; quienes proporcionaban el segundo tercio, la segunda clase; el resto formaba la tercera. Cada una de estas clases elegía un número igual de electores, de tal suerte que unos cuantos tenían la misma fuerza electoral que las otras dos clases, más numerosas. La Constitución de la RSFSR, de 1918 (arts. 25, 53), y la Constitución de la URSS de 1924 (art. 9), establecían un derecho desigual al voto en favor de la población urbana, partidaria del gobierno. Sólo la Constitución soviética "democrática" de 1936 introdujo el sufragio igualitario y universal (art. 143).

Libertad de la elección significa que nadie, tratándose del Estado o de un particular, puede ejercer coacción sobre los votantes para inclinar su voluntad en determinada dirección o impedir un cierto contenido de su voto. Con esta finalidad, está vedado a cualquiera ejercer presión para que alguien no acuda a la elección, así como para que deposite un sufragio en favor de determinado candidato o partido. No obstante, un deber jurídico de votar, es decir, la obligación legal de acudir a la elección, es compatible con la libertad de elección, ya que el votante tiene abiertas todas las posibilidades de decisión ofrecidas (incluso depositar una papeleta en blanco).

El principio del sufragio secreto asegura la libertad de la elección. Cada quien tiene la posibilidad de emitir su voto de manera que no pueda comprobarse el sentido de su decisión y por ello sufra algún inconveniente. Así, cada quien debe poder expresar serenamente, mediante el voto, su verdadera convicción política. El carácter directo del sufragio debe garantizar al ciudadano la última palabra: los electores originarios (en la democracia son los ciudadanos activos) otorgan directamente sus votos a las personas cuya elección es la finalidad de todo el procedimiento electoral, de modo que el diputado, el jefe de gobierno o el alcalde los reciben directamente. Por el contrario, en la elección mediata o indirecta, los votantes eligen primero a un grupo de electores, quienes designarán, por su parte, al órgano estatal vacante. La elección directa significa entonces que, después de depositado el voto, no existe una instancia intermedia que seleccione a su arbitrio las personas a elegir en último término (BVerfGE 7, 63). En este punto debe regularse en tal forma el procedimiento electoral, que cada voto emitido pueda atribuirse a las personas, determinadas o claramente determinables, que son candidatos al cargo. Según este criterio, la elección por listas es un sufragio directo. Si bien es cierto que bajo este supuesto, es otra instancia la que selecciona a los candidatos, tal acontece antes de la votación misma. El resultado de la elección es determinado directamente por el acto de emisión del voto de los electores. En cambio, la elección del presidente de los Estados Unidos es indirecta (§ 42 II 2). Además, en la Rusia Soviética, todos los soviets superiores eran electos por la vía indirecta. Originariamente el pueblo sólo elegía directamente a los soviets inferiores mientras que los superiores (congresos de Soviets), eran electos por su inmediato inferior (arts. 25, 53 de la Constitución de la RSFSR, de 1918; arts. 9 s., de la Constitución de la URSS, de 1924). Sólo hasta la Constitución de 1936 se dispuso que los votantes nombraran, por medio del sufragio directo, a los diputados de todos los Soviets.

II. Los sistemas de elección por mayoría y de elección proporcional

Th. Hare, The Election of Representatives, 1859, 1873; *V. d'Hondt*, Systeme pratique et raisonné de representation proportionnelle, 1882; *A. Hagenbach-Bischoff*, Die Frage der Einführung einer Proportionalvertretung statt des absoluten Mehres, 1888; *F. A. Hermens*, Demokratie oder Anarchie? Untersuchung über die Verhältniswahl, 1951, 21968; *H. Unkelbach*, Grundlagen der Wahlsystematik, 1956; *F. P. Muller*, Das Wahlsystem, 1959; *E. Hubner*, Wahlsysteme, 1968, 31972; *H. Fenske*, Wahlrecht und Parteiensystem, 1972; *U. v. Alemann*, Parteiensysteme im Parlamentarismus, 1973.

1. Sistema de elección por mayoría. Conforme a este sistema, las comunidades locales eligen para diputados por mayoría, a personas de su confianza. Si el voto individual ha de tener aproximadamente igual valor, el territorio del Estado se divide entonces en circunscripciones electorales, con un número similar de habitantes, dentro de los cuales se elige a los diputados.

El sistema electoral de la Gran Bretaña corresponde a este modelo. En la actualidad, su territorio se divide en 635 distritos electorales, cada uno con un promedio de 57 000 votantes y en los cuales se elige a los 635 representantes de la Cámara de los Comunes. Según la Constitución de Bismarck, de 1871, en unión con la ley electoral del 31 de mayo de 1869, los diputados al Parlamento (*Reichstag*) eran electos también en distritos uninominales. En este caso, la división del territorio del Reich en distritos electorales se hizo de tal modo, que se elegía un diputado por un promedio de 100 000 habitantes.

Si son varios los candidatos que se presentan a la elección en un distrito, en teoría puede considerarse electo al que obtenga el mayor número relativo de votos, de manera que en el caso de que A recibiera el 32% de los votos, B el 33% y el C el 35%, resultaría electo este último. Sin embargo, de esta ligera ventaja no puede inferirse que C cuente con el apoyo de la mayoría, porque bien puede suponerse que un 65% de los votantes no están de acuerdo con él. Es por ello que algunos sistemas electorales de mayoría exigen que el candidato de un distrito sea electo por una mayoría absoluta. Si ésta no se produce en una primera vuelta, deberá haber una elección de desempate, en la que únicamente se enfrenten los dos candidatos que obtuvieron el mayor número proporcional de votos en la primera vuelta electoral. La segunda vuelta, en que necesariamente se producirá una mayoría absoluta, puede ganarla B si obtiene la mayoría de los votos otorgados anteriormente a A.

La elección por mayoría pudo considerarse sin discusión como un sistema adecuado para nombrar una representación popular mientras se vió en la elección, al menos desde el enfoque típico-ideal, la designación de un representante habilitado por sus cualidades personales e inteligencia y apoyado por la confianza del pueblo.

2. Sistema de elección proporcional. Sin embargo, cuanto más se elevaba a un primer plano el componente plebiscitario de la elección, tanto más inapropiado debió parecer el sistema electoral mayoritario, puesto que ahora podía ganar terreno la opinión de que en la elección se manifestaban las concepciones políticas del pueblo y que estas orientaciones debían estar representadas en el parlamento en la misma proporción expresada en la votación. A la misma conclusión lleva el conocimiento de que la decisión de los electores contiene (al lado de este elemento plebiscitario-real) un voto de confianza, plebiscitario-personal, para el equipo dirigente del partido electo.

En tanto sea este el caso, el sistema electoral por mayoría rendirá resultados insatisfactorios. Si se toma el ejemplo extremo de que el partido A hubiera obtenido el 49% de los votos en todos los distritos electorales y el partido B el 51%, la totalidad de los escaños del parlamento tocaría a los diputados del partido B. Si por el contrario, las concepciones políticas dominantes en el pueblo hubieran de reproducirse fielmente, correspondería al partido A el 49% de las diputaciones.

Para lograr esto, se requiere un sistema electoral por el cual los partidos estén representados en el parlamento en relación a los votos obtenidos. En un sistema de elección proporcional, los votos de los electores deben atribuirse a un partido político y su programa. La personalidad del candidato electo directamente pasa a segundo plano y aparece solamente en la propuesta electoral de su partido como representante de éste. Por lo demás, la configuración de los sistemas de elección proporcional es muy diversa. Los hay con un número fijo o variable de diputados:

En la República de Weimar se estableció la representación proporcional para las elecciones del *Reichstag*, con un número variable de diputados (§§ 30 ss. de la *ReichswahlG* en su versión del 6 de marzo de 1924; *Reichsgesetzblatt* I, 59). La propuesta electoral de una circunscripción obtenía un escaño por cada 60 000 votos recibidos. Los votos residuales se distribuían dentro de las agrupaciones de distritos o en favor de las propuestas electorales del *Reich*.

La distribución de los asientos entre los partidos es más difícil cuando el número de diputados es fijo, para lo cual podría seguirse el siguiente procedimiento: el número total de los sufragios emitidos (V. g. 1 000 000) se divide entre el número

de las diputaciones (V.g. 100). Así se obtiene el número de votos necesario para ocupar una diputación (en el ejemplo, 10 000 votos). Un partido recibe tantos escaños como veces pueda atribuirse este número, el denominado cociente electoral. Sin embargo, como por lo general queda algún residuo en la división, algunos votos se desaprovechan y, en consecuencia, no son ocupados uno o varios asientos. Para subsanar esta falla, al obtener el cociente electoral puede sumarse a los asientos a distribuir el número de los que previsiblemente quedarán sin ocupar; si éstos quedan desocupados, según lo previsto, se consigue el número justo de diputados.

Una reciente proposición, concebida por Niemeyer, busca obtener la proporción del modo siguiente: se calcula la porción de cada partido en el número de los votos obtenidos por los partidos en conjunto, esto es, se divide entonces el número de votos en favor de cada partido entre el número total de los sufragios emitidos válidamente. Después se multiplica esta fracción con el número de los escaños parlamentarios a repartir. De esta manera se puede calcular y, finalmente, indicar mediante un número decimal, cuántos asientos corresponden a los diversos partidos. Cada partido obtiene primeramente tantas diputaciones como señale el número entero antes del punto; los escaños residuales se adjudican en el orden decreciente de la cifra decimal después del punto.

Otro sistema más fue desarrollado por el belga d'Hondt:

El número de votos otorgado a las diversas propuestas electorales se divide sucesivamente entre 1, 2, 3, 4, etc. y así por ejemplo:

	Partido A	Partido B	Partido C
dividido entre			
1	150 000 (1)	96 000 (2)	60 000 (4)
2	75 000 (3)	48 000 (6)	30 000
3	50 000 (5)	32 000	20 000
4	37 500 (7)	27 000	15 000

Los escaños se distribuyen entonces conforme al orden de los cocientes.

Las concepciones políticas expresadas en la elección son proyectadas proporcionalmente en el parlamento. Este aparece como el espejo de las opiniones y orientaciones políticas existentes en el pueblo el día de la votación.

3. Desventajas y correctivos del sistema de elección proporcional. Sin embargo, frente a esta virtud, este sistema electoral posee inconvenientes considerables: Mientras que por la elec-

ción por mayoría únicamente participan los partidos que han alcanzado mayoría absoluta en cuando menos un distrito electoral, según la elección proporcional también reciben asientos aquellos partidos que generalmente tienen un porcentaje muy reducido de adeptos. Esto puede conducir a la fragmentación del parlamento en grupos y grupúsculos partidistas; lo cual perjudica la formación de gobiernos con capacidad de decisión. Para impedir esto y filtrar cuando menos a los partidos minoritarios más insignificantes se han introducido, en repetidas ocasiones, cláusulas limitativas (*Sperrklauseln*), las cuales establecen, en esencia, que, con base en el principio de elección proporcional, un partido no puede adjudicarse diputaciones si no ha alcanzado, en todo el territorio electoral, un determinado porcentaje de votos (v.g., 5 o 10%).

Sobre el sentido y la licitud de dichas cláusulas, es válido lo siguiente (BVerfGE 6, 92 s.): "La elección... no sólo tiene el fin de hacer valer la voluntad política de los electores en lo individual, esto es, crear una representación popular que refleje las opiniones políticas existentes en el pueblo, sino que debe hacer del parlamento un órgano funcional. Llevar hasta sus últimas consecuencias el principio de la exacta reproducción proporcional de los sectores de opinión política del pueblo podría tener por resultado una fragmentación de la representación popular en muchos grupos pequeños, lo que obstaculizaría o impediría la formación de una mayoría. Los grandes partidos facilitan la colaboración dentro del parlamento, porque ya han efectuado dentro de sí una compensación entre los diversos círculos populares y sus aspiraciones... En el parlamento, las mayorías claras y conscientes de su responsabilidad por el bien colectivo... son necesarias para la formación de un gobierno capaz de actuar tanto en lo interno como en el exterior, y para efectuar una labor legislativa adecuada... El legislador está autorizado para efectuar diferenciaciones en el valor de resultado de los votos en la elección proporcional y conforme a eso, tratar en forma diversa a los partidos políticos, pero sólo en la medida estrictamente necesaria para asegurar el carácter de la elección como proceso de integración en la formación de la voluntad política del pueblo, en interés de la uniformidad de todo el sistema electoral y para garantizar las metas de política nacional que persigue la elección parlamentaria".

Aun estando en vigor una cláusula limitativa el sistema de elección proporcional abre a los nuevos partidos un acceso más fácil al parlamento que el sistema de elección por mayoría. Ello tiene ventajas e inconvenientes, ya que es más sencillo que entren en el parlamento nuevos partidos progresistas, (o también los radicales) que en el sistema de elección por mayoría,

que dificulta una ruptura en la interacción de los partidos ya establecidos. Bajo este aspecto, el sistema de elección proporcional eleva los riesgos, pero también la capacidad de desarrollo del sistema político.

Aparte de lo anterior y del peligro de la formación de grupos insignificantes, la representación proporcional encubre la desventaja de que la elección de un partido desplaza en demasía a la elección de personas. Ello es particularmente notorio en el sistema de lista cerrada, en que el votante sólo puede aceptar, sin modificaciones, una lista de candidatos que elabora el partido. Los candidatos entran en funciones según el orden en que aparecen en la lista. Sin embargo, la adopción del sistema de lista abierta significa una aproximación a la elección de personas. En él puede otorgarse al votante la facultad de escoger, de la lista de un partido, al candidato de su preferencia, para darle su voto; los candidatos de dicha lista son electos en el orden de los votos logrados. Una reglamentación más compleja puede otorgar al votante varios sufragios (v. g. tres) y darle la posibilidad de distribuirlos entre sus candidatos predilectos de un partido o acumularlos en favor de uno de ellos (acumulación). La posibilidad adicional de que el votante divida estos votos entre los aspirantes que se encuentran en diversas listas (*panachage*) implica una nueva modalidad.

Es factible combinar los sistemas de elección por mayoría y proporcional en interés de una elección de personas. La ley federal electoral alemana (*Bundeswahlg*), de 1956, ofrece un ejemplo en este sentido: el Parlamento Federal (*Bundestag*) se compone de 496 diputados electos regularmente (aparte de los 22 diputados por Berlín). 248 de ellos son electos en los distritos electorales mediante un "primer voto" (*Erststimmen*); los restantes 248 asientos son adjudicados con base a listas regionales (*Landlisten*) a las cuales han dado los votantes su "segundo voto" (*Zweitstimmen*), que son, en primera línea para un partido y su programa político. La proporción (*Proporz*) obtenida con base en estos votos no es referida a la segunda mitad de los asientos del *Bundestag*, sino a su número total. Los electores determinan, a grandes rasgos por medio de estos votos, la proporción en que estarán representados los partidos en el Parlamento Federal. Para el número total de diputados que corresponden a un partido, se cuentan primero los electos por mayoría y los restantes asientos son ocupados de acuerdo con las listas regionales y en el orden en ellas previsto. Un partido retiene los asientos obtenidos por mayoría en los distritos electorales aun cuando superen el número de los que le correspondan según la proporción total. Tales "mandatos adicionales"

("Oberhangsmandate"), elevan el número total de diputados en el Parlamento Federal durante ese período legislativo.

III. ¿Mandato imperativo o mandato representativo?

§ 23; E. Burke, Speech to the Electors of Bristol, 1774 (Works, II 1899); *id.*, Betrachtungen über die französ. Revolution (iügl. 1790) al. vol. I 1793; Sieyès (citado en el § 23 I); Jellinek, 566 ss.; J. Hatschek, Engl. Verfassungsgeschichte, 1913; M. Weber WuG, 171 ss.; C.S. Emden, The People and the Constitution, 1933, ² 1956; H. E. Tutsch, Die Repräsentation in der Demokratie, 1944; Leibholz StP, 78, ss; Krüger, 234 ss; H. Kurz, Volkssouveränität und Volksrepräsentation, 1965, 237 ss.; Ch. Müller, Das imperative und freie Mandat, 1965; J. Krbek, Repräsentation nach der Doktrin der Volkssouveränität, en: F.F. G. Leibholz, II 1966, 69 ss.; H.F. Pitkin, The Concept of Representation, 1967; H. Rausch (ed.), Zur Theorie und Geschichte der Repräsentativverfassung, 1968; H. Pollmann, Repräsentation und Organschaft, 1969; Ermacora, 517 ss.; F. Kojá, Das freie Mandat des Abgeordneten, 1971; H. Lang, Das repräsentative Prinzip im Parteienstaat, Diss. Wurzburg, 1971; P. Kevenhorster, Das imperative Mandat, 1975; B. Guggenberger et al. (eds.), Parteienstaat und Abgeordnetenfreiheit, 1976; B. Scherrer, Demokratie und richtige Rechtssetzung, 1977; U. Scheuner, Das imperative Mandat, en: F.F. H.P. Ipsen, 1977, 143 ss.;

Sobre 2: A.H. Birch, Representative and Responsible Government, 1963, 35 ss., 146 ss.; P. Badura, im Bonner Kommentar Erl. zu Art. 38; Quaritsch, 462 ss.; N. Achterberg, Das rahmungebundene Mandat, 1975; K.U. Meyn, Die Verfassungskonventionalregeln im Verfassungssystem Grossbritannien 1975, 70 s., 119 s.; R. Hofmann, Abgeordnetenfreiheit und parlamentar. Abstimmungsmodus, ZfPol 1978, 32 ss.

1. **El principio de la libre representación.** Cuando en el derecho privado alguien confiere a otro un mandato para que atienda por él determinados negocios, parece evidente que el mandatario deba cuidar de los intereses especiales de su mandante y esté sujeto a sus instrucciones. Así, una ingenua reflexión se inclinaría principalmente, a considerar que también mandato de un diputado se asocia a la obligación de defender los intereses especiales de los electores o de la clase o demás grupos o instituciones que lo han designado, y a seguir sus instrucciones.

Con todo, una simple reflexión demuestra que sólo es posible la labor fructífera de una representación popular, si los representantes no están sujetos a instrucciones precisas, incluso porque al nombrar a un diputado no pueden preverse las decisiones que afrontará y, por otro lado, resulta impracticable una consulta continua con los votantes. A menudo cambian con tal rapidez las circunstancias políticas, que

una decisión que pudiera ser correcta en el momento de la elección del diputado, sería irrazonable poco tiempo después, debido a la nueva situación.

Asimismo, la función de los órganos del Estado consistente en buscar compromisos entre intereses en conflicto, presupone un margen de negociación; cuanto mayor sea éste, será más sencillo hallar soluciones no convencionales.

A estas consideraciones pragmáticas se ha agregado al postulado fundamental de eximir a los diputados de todo mandato, ya que la representación popular es un órgano que ha de actuar por el Estado entero y que debe guiarse por la decisión que más corresponda al bien común, el cual prevalece sobre los intereses particulares de un distrito electoral, de una clase o cualesquiera otros grupos. Fue natural derivar esta función del órgano estatal hacia sus miembros, ya que también los diputados en lo individual deben guiarse por el bien común y no vincularse a los intereses particulares de quienes los eligieron; estas ideas se abrieron paso ya en los comienzos del parlamentarismo inglés. En el siglo XIV se tenía ya la concepción de que los representantes no lo eran de un determinado condado, feudo o ciudad, sino de todo el reino (Hatschek, 1913, 215). En la época posterior se afirmó la idea de que el parlamento representaba a la nación entera (sobre Sir Thomas Smith, véase § 41 I). De esta idea de una representación nacional era natural concluir que los diputados no estaban ligados a los deseos y mandatos particulares de sus electores. Así, en el año de 1765, escribía Blackstone en sus *Commentaries on the Laws of England* (libro I, cap. 2 II) que cada miembro del Parlamento era servidor del reino entero aunque hubiese sido electo por un distrito determinado, "ya que llegó a él para un fin común y no particular; no sólo para procurar beneficios a sus electores sino en interés del bien común... Y es por ello que no está obligado a consultar a sus electores respecto de alguna cuestión especial o a aceptar sus recomendaciones, si él mismo no lo considera correctorazonable". Casi una década más tarde, se opuso Edmund Burke (1774) a que se impartieran instrucciones o mandatos obligatorios a los representantes de la Cámara Baja al elegirlos: "El Parlamento no es un congreso de embajadores al servicio de intereses diferentes y hostiles, que cada uno tiene que defender como agente y abogado frente a otros agentes y abogados, sino que el Parlamento es la asamblea deliberativa de una sola nación, con un interés, el del todo, en el cual no deben servir de guía los prejuicios locales, sino el bien general, que resulta de la razón general del todo. Ciertamente ustedes eligen un diputado, pero una vez que lo han elegido, no es ya un representante de Bristol, sino miembro del Parlamento".

Unos 15 años más tarde, en los inicios de la Revolución Francesa, defendió a Sieyès (1789) en el continente también la conveniencia de desvincular a los diputados de las instrucciones de los electores. Aun cuando había optado por la democracia representativa (§ 23 I), en contra de Rousseau, era seguidor de éste en otro aspecto, a saber, la idea de una *volonté générale* uniforme, no orientada hacia intereses particulares, sino al interés colectivo, por cuanto los diputados participan en la formación de una voluntad general, representativa, uniforme e indivisible. Por tanto, ésta no debe servir a intereses particulares. Un diputado es electo por un distrito electoral en nombre de todos los distritos electorales; es representante de toda la nación y todos los ciudadanos son sus mandantes (Sieyès 1975, 267 s.).

Esta idea de una representación libre y determinada únicamente por el interés general se asentó en la ley del 22 de diciembre de 1789, cuyo preámbulo (art. 8) disponía: "Los representantes, nombrados por los departamentos para la Asamblea Nacional, no pueden considerarse representantes de un departamento en particular, sino representantes... de toda la Nación". Se prohibió cualquier "mandat particulier" (inciso 1, art. 34). Estos principios fueron adoptados más tarde en la Constitución francesa de 1791 (tit. 3, cap. 1, inciso 3, art. 17). En amplia concordancia con aquella temprana formulación, la Ley Fundamental de Bonn dispone actualmente en su art. 38, inciso 1, que los diputados "serán representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones y sujetos únicamente de su conciencia".

Detrás del principio de la libre representación se encuentra reiteradamente la idea de que la representación popular ha de encarnar algo más y distinto a la mera suma de los intereses y opiniones individuales. Para Burke (1793, 139), se trataba de una comunidad que se refería a la generación presente "en todo lo digno de saberse, en todo lo bello, en todo lo que es apreciable y bueno y divino en el hombre... Sería erróneo contemplar a la sociedad del Estado como una sociedad mercantil corriente, como un insignificante comercio con pimienta o café, que se ejerce en tanto se tengan deseos y se abandona cuando no se ve el provecho propio". De acuerdo con Carl Schmitt (VL, 210; TC 243) el pueblo existente como unidad política "tiene una alta y elevada, intensiva especie del ser, frente a la realidad natural de cualquier ser humano con comunidad de vida". Según Leibholz (1966, 44 s.), la comunidad supra-individual no puede "explicarse aisladamente por la existencia de los individuos que forman una comunidad. Aquella no es idéntica a la suma de individuos que componen la comu-

idad, sino que constituye, frente a los individuos, un ser más alto, una totalidad concreta que contiene, a la vez, la herencia de las generaciones pasadas, y, en germen, la existencia de las futuras". Siguiendo estas concepciones, la representación popular encarnaría una totalidad propia y cualitativamente diversa de los votantes y sus intereses concretos o cuando menos, un interés general distinto de los intereses particulares.

No obstante, frente a estas concepciones se acumulan las dudas: el concepto de una totalidad supra-individual no puede considerarse rigurosamente científico, en tanto ello quiera significar algo más que una estructura de conducta individual coordinada y motivada por los mismos contenidos significativos (§§ 4 ss.). Sería igualmente problemático permitir que una instancia central administre el conocimiento del bien común o de las necesidades políticas (§§ 29 I, II 1). En suma, parece imposible elevarse por encima de los intereses y opiniones que, en último término, se actualizan en los deseos y opiniones de los miembros particulares de la comunidad.

¿Queda reservada al Estado únicamente la función de organizar meras competencias y procedimientos para canalizar los intereses individuales y promover entre ellos un compromiso regulado (§ 26 II)? En otras palabras, ¿es el problema de la legitimidad únicamente una cuestión de procedimiento (cfr. § 16 II)? También esta solución sería insatisfactoria, ya que de inmediato se plantea la cuestión de cómo habrán de equilibrarse rectamente los intereses en dichos procedimientos estatales. La pauta para lograrlo no puede encontrarse en los propios intereses a ponderar y los meros principios procedimentales tampoco garantizan la justicia de esas decisiones.

Si se sigue el principio de la legitimidad democrática, se ofrecen como pauta aquellos conceptos de justicia y de fines políticos sobre los cuales prevalece el más amplio consenso en la comunidad (§§ 16 I 3; 28 III 2). Para recurrir a esta base de legitimación no basta con tomar en cuenta las encuestas sobre la opinión mayoritaria que se forma en torno a los problemas cotidianos, ya que esta no siempre es expresión de una convicción preponderante sobre lo justo, sino que puede serlo también de un interés o de una "opinión de masas" manipulada. Por lo regular, las concepciones predominantes de la justicia deben aclararse con ayuda de las instituciones (por ejemplo, de una administración independiente de justicia), cuyos supuestos son creados primeramente por el sistema representativo (Zippelius RPh, § 22 II, III). Todo esto trata en realidad del alcance legítimo de una vinculación, a las concepciones predominantes en la comunidad. El proceso democrático garantiza fáctica-

mente que se tome en cuenta a la opinión pública, a menudo, más allá de la medida necesaria (§ 23 II 3).

¿Qué función y qué sentido puede tener el principio del mandato representativo bajo los supuestos mencionados? No tendrá por objeto una desvinculación frente a las concepciones éticosociales predominantes, pero puede contribuir a desligar a los representantes de mandatos o intereses particulares; situar así su papel a distancia de los intereses a regular, lo que posibilita una ordenación equilibrada y justa de intereses que también tome en consideración las posturas contrarias (para mayor detalle, véase el § 27). Además, también puede tener por objeto garantizar al representante el necesario margen antes mencionado, para que actúe con responsabilidad propia.

2. Sujerión a la decisión plebiscitaria de los votantes. La transformación, de las elecciones, ya descrita, debía conducir también a una vinculación de los representantes. Con la creciente organización de los diputados en partidos políticos, la decisión de los electores recibió un nuevo énfasis. La selección de un representante por sus cualidades personales, pasó a ser, cada vez más, una decisión en favor de determinadas metas políticas (que son el programa escrito o no escrito de un partido) y de sus dirigentes, quienes son candidatos a un cargo del gobierno. En este punto no debe perderse de vista que esos programas señalan, habitualmente, sólo los contornos de una política, los que pueden y deben concretarse (§ 23 II 4), es decir, dejan un amplio margen de acción para su realización.

La idea de que en el Estado de partidos la elección posee también elementos "plebiscitarios reales y personales", se ha llevado únicamente hasta una conclusión parcial. De una sujeción a la decisión plebiscitaria de los votantes no se tiene, hasta ahora, más que el planteamiento, a saber, la teoría del mandato desarrollada en Inglaterra. La idea básica de esta teoría es que los diputados electos para la representación popular mantengan sus posiciones políticas — aparte de los casos de emergencia — dentro de la línea general del programa político de su partido, con el que se presentaron a la elección.

No se trata aquí de la vinculación del diputado a los mandatos e intereses especiales de sus propios electores, sino de una sujeción al programa total de su partido, mismo que escogieron los votantes al haberlo electo. Esta vinculación no solamente puede fundarse "democráticamente" en la obligatoriedad directa de la decisión plebiscitaria, sino también en el principio de la consecuencia, en la prohibición, del *venire contra factum proprium*. Este vínculo adquiere relevancia práctica por el hecho de que los electos deben resultar dignos de confianza pa-

ra tener oportunidad de reelegirse. Cuanto más sensibles sean las reacciones de los electores en este punto, con tanta mayor disciplina deberán conducirse los representantes: Como en todas partes, el más exigente recibe mejor atención. En la teoría inglesa actual del Estado se ha considerado frecuentemente que la observancia de la "plataforma" adoptada en la contienda electoral es sólo una máxima de sagacidad política, en todo caso, una convención constitucional cuya violación no invalida jurídicamente el acto que la contraría.

Ahora bien en el transcurso de un período legislativo, las circunstancias (y también las concepciones predominantes) pueden cambiar tan poderosamente que resulte problemático continuar la actividad política sobre la base de la plataforma actual. Si se sustenta la opinión de que las metas principales de la política gubernamental deben aprobarse plebiscitariamente y si no se desea que la nueva orientación de la política sea motivo de nuevas elecciones, queda siempre la posibilidad de obtener, mediante referéndum, el consentimiento para decisiones importantes no previstas, sin olvidar las reservas existentes frente a esta práctica (§ 23 II 2).

En la medida que el principio de la democracia conduzca a una vinculación plebiscitaria, es justificado procurar, mediante la disciplina de partido, que los diputados se sujeten a la "plataforma" y hagan valer en el parlamento la decisión de sus electores. La disciplina de partido cuenta con la "disciplina de fracción" (*Fraktionszwang*) como su principal instrumento pero, por regla general, para defender la "línea del partido" son suficientes el oportunismo, la solidaridad voluntaria y aún la pereza de los diputados. (*"They always voted at their Party's call, and never thought of thinking for themselves at all"*).

En todo caso no se justifica una restricción del mandato representativo cuando la disciplina de partido persigue otros fines que no sean los de hacer valer los mencionados vínculos legítimos de los diputados. El esquema descrito de la representación también impone límites a la "democratización" interna del partido, ya que no admite que la actuación de los diputados sea dirigida por acuerdos mayoritarios internos. Las concepciones ético-sociales predominantes y la "plataforma" de la decisión electoral confieren a los diputados un margen de acción y, por consiguiente, una zona de reserva que le permita actuar según su conciencia y que no puede restringirse mediante acuerdos internos obligatorios en la restante posibilidad de desenvolvimiento.

Puesto que existen vínculos justificados de lealtad de los diputados a las concepciones ético-sociales predominantes y a la "plataforma electoral", parece deseable mantener transparente

la emisión del voto parlamentario, lo que permite a los votantes controlar si aquellos a quienes eligieron se atienen al marco de las expectativas legítimas puestas en ellos. Este postulado de una votación abierta en el parlamento entra en conflicto con otro no menos importante, que permanece como núcleo del "mandato representativo": liberar a los diputados, en sus decisiones, no sólo jurídica sino también fácticamente, de su dependencia hacia las asociaciones y, sobre todo, hacia su fracción y su partido. Una decisión independiente y serena de los diputados sólo puede garantizarse en la medida que las votaciones en el parlamento sean secretas (sobre la relación existente entre votación libre y la secreta, véase *supra* I). El reverso de la medalla consiste en que esto no sólo priva a las organizaciones y a los votantes, de la posibilidad de orientarse continuamente por la posición y la actitud de cada diputado, sujetándolo así a un control. Al ponderar las ventajas e inconvenientes de una votación "secreta" en el parlamento, es discutible si la prevención del "apoyo" de partidos o intereses sea más importante que el control democrático de la votación.

NOTAS DE CAPITULO I

- (a) Art. 48, inciso 2: Cuando en el *Reich* alemán el orden y la seguridad públicos estén considerablemente alterados o amenazados, puede el Presidente del *Reich* tomar aquellas medidas que sean necesarias para su restablecimiento, apelando a la fuerza armada, si el caso lo requiere. A este objeto puede suspender provisionalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales consignados en los arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153."
- (b) "*Sachlich*", en el original, podría traducirse por "material", "real", "objetivo" (lo referido a un objeto causa o cosa, "*Sache*"). Se prefiere el término "programático" por contraposición a las alternativas representadas por "personas" (véase *infra* § 23 II 3).
- (c) "Los asuntos menores corresponden a la deliberación de los jefes y los grandes se someten a la de todos, pero sin embargo, aun aquellos que corresponde decidir al pueblo no de jan de ser examinados a fondo por los jefes".
- (d) Juego de palabras con los significados del vocablo "*Stimme*": a la vez, voz y voto.

Capítulo II. El aspecto de los poderes sociales	217
§ 25. Dominaciones de casta y de clase.....	217
§ 26. El Estado pluralista	237

Capítulo II. El aspecto de los poderes sociales

§ 25. Dominaciones de casta y de clase

§ 22; *R. Dahrendorf*, Soziale Klassen und Klassenkonflikt, 1957, *Krüger*, 351 ss.; *G. Lenski*, Macht und Privileg (ingl. 1966) al. 1973; *B. Seidel*, *S. Jenkner* (eds.), Klassenbildung und Sozialschichtung, 1968; 1 ss. (bibl.); *K.B. Mayer*, *W. Buckley*, Soziale Schichtung 1976.

Las comunidades pueden tipificarse bajo el aspecto de los poderes sociales, según el estrato social que ejerce la dominación política, tal como una casta sacerdotal, una casta guerrera, una nobleza feudal, una capa de capitalistas, de magnates de la industria y las finanzas, o una *clique* de partido sólidamente establecida. A menudo se encuentran entrelazados estos elementos diversos (guerrero y señor feudal, capitalista y mecenaz de partido). Bajo el aspecto de su organización, tales dominaciones de casta y de clase se revelan frecuentemente como oligarquias.

I. El régimen de élites espirituales

Sobre 1: *R. Maurer*, Politische Wissenschaft nach Platon, en: *Der Staat*, 1976, 53 ss.; compárese con: *Chung-li-Chang* *The Chinese Gentry*, 1955, 4 1974.

Sobre 2: *Jellinek*, 289 ss.; *A. Vierhandt-L. Wenger* et al., *Allgemeine Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, I 1912, 20 ss.; 41 ss.; 51 ss.; *M. Weber*, *WuG*, 688 ss.; *H. Schelsky*, *Die Arbeit tun die anderen* 1975.

1. **El modelo platónico.** En "La República", Platón traza el más conocido modelo en la teoría política de una dominación de casta. Cautivado por el optimismo socrático, en el sentido de que el más sabio es más justo, Platón desarrolla la imagen ideal de una comunidad gobernada por una élite del espíritu.

Platón da a su teoría del Estado una base antropológica: la convivencia de los hombres en comunidad debe ordenarse en la

mejor forma posible y este orden resulta de la naturaleza humana. Los individuos se asocian a sus congéneres para poder satisfacer las múltiples necesidades que tienen, dividiendo el trabajo, "en la imposibilidad de que uno realizase bien muchos oficios" (República, 374). Se precisan labradores, arquitectos, zapateros, herreros, comerciantes y otros artesanos, pero también guardianes del orden (República 369 ss.). Estas funciones deben distribuirse correctamente entre los hombres, de manera que cada quien realice lo que corresponda a sus aptitudes (República, 370, 433 s.). Ahora bien en el alma humana hay diversas disposiciones: los apetitos sensuales, la ambición irascible y la razón (República, 439 ss.). En algunos hombres predomina éste, en otros aquél principio. Así, se puede distinguir entre los hombres ansiosos de riquezas y ganancias; el amigo de disputas y honores, y el amante de la ciencia y el saber (República, 581). Cada uno de estos grupos debe desarrollar dentro del Estado la función adecuada a él: los que buscan ganancias, ejercen el comercio y los negocios; los belicosos se convierten en guerreros; y los amantes del conocimiento en sabios que dirigen al Estado (República 473, 484 ss.). De generación en generación, habrá de comprobarse a qué grupo pertenece cada uno (República 415, 423). Todas las demás constituciones deben juzgarse de acuerdo con esta imagen ideal de la ciudad; todas las demás parecen, en relación con ésta, más o menos defectuosas (543 s.):

El duro Estado militar, cuyo ejemplo es Esparta, se aparta del régimen de la sabiduría. En él domina una casta de "guardianes" conforme a las máximas de disciplina y orden bélicos (República, 547 ss.).

En la oligarquía y la democracia mandan las clases que representan a los apetitos. En la oligarquía, los ricos manejan el timón del Estado y el pueblo al que dirigen, "los hace objeto de imitación". En tales Estados prevalece la afición al dinero y mientras más se le honra, menos se estiman la capacidad moral e intelectual, pues la virtud y la riqueza se encuentran sobre platillos distintos de una balanza, uno de los cuales baja en la medida que el otro sube (República, 550 s.).

También la democracia sin frenos, en la que cada uno tiene licencia para hacer lo que le viene en gana, es una etapa de la degeneración. En ella, la libertad desmedida que desprecia a la disciplina y el orden, conduce a un desdén de las verdaderas virtudes. Despreocupado, el Estado democrático se olvida "de la educación que han recibido los que llegan a ostentar los cargos públicos. Muy al contrario, se prodigan los honores a todo

aquel que pregona una sola cosa: su favorable disposición hacia la multitud." (República, 557 ss.).

La democracia degenerada, en la que el orden se desintegra, se convierte, con harta facilidad, en la tiranía de un "hombre fuerte". Con ella se ha llegado al punto más bajo: la dominación injusta de un solo individuo (§ 21 II 2).

Platón construyó su propio modelo de un Estado ideal hasta en sus detalles: abandono de familia y bienes privados; "crianza" eugenésica; educación y formación estrictamente programadas; selección escalonada de los dos grupos gobernantes; tutela política de la masa del pueblo artesano, que en caso necesario debe conducirse a su mejoramiento mediante fraude y engaño. Ya Aristóteles (Política, 1261 ss.) había advertido que en semejante orden comunitario no se juzga con realismo a la naturaleza humana y que en él se reprimen necesidades humanas elementales.

Sin embargo, "La República" de Platón sigue siendo un modelo sugerente en algunos aspectos. Desde entonces se han mantenido vivos el problema y el postulado de la formación de élites, esto es, la exigencia de que ejerza el gobierno del Estado una capa destacada por sus cualidades intelectuales y morales. Asimismo, Platón planteó el problema, siempre actual, sobre la forma de impedir que los gobernantes se llenen el bolsillo y asegurar que atiendan exclusivamente al bien de la mayoría. Si bien la solución propuesta por Platón ha resultado irrealizable, es de notarse, por ejemplo que la organización de la Iglesia Católica muestra algunas similitudes con "La República", en su estricta separación de clero y laicos; en el celibato y en la importancia secundaria de la propiedad privada del clero; en la instrucción que éste recibe, graduada según el principio del mérito y en la imagen de un oficio pastoral sobre los laicos.

2. Teocracias, hierocracias. En las teocracias, desempeña el papel predominante una casta sacerdotal, que frecuentemente tiene un vértice monocrático. El órgano supremo es considerado ya sea como un dios o como representante de la voluntad divina, como lugarteniente de la divinidad. Son, pues, comunidades, que, en virtud de su constitución, se colocan en algún modo bajo la hegemonía divina. El concepto de teocracia fue acuñado en relación con el antiguo Estado judío, que ofrece un modelo clásico de esta estructura social. En general, el Antiguo Oriente, la historia primitiva de Egipto, Asiria, Babilonia y la India, presentan numerosos ejemplos de teocracias o sistemas de dominación entremezclados con rasgos teocráticos. El Antiguo Egipto, que adoraba como dioses a los faraones, era más que nada, una teocracia. En el mundo islámico, el Califa, en

cuanto sucesor del Profeta, era a la vez jefe secular y espiritual. Hallamos rasgos teocráticos en el Occidente medieval cristiano, particularmente bajo el papado del poderoso Inocencio III; sin embargo, la pretensión del papado al mando temporal y espiritual de la Cristiandad, proclamada por Bonifacio VIII en su bula *Unam sanctam* (1302), no correspondía ya a la situación política real. En el ámbito budista existió, hasta hace poco, una teocracia en el Tibet, donde el Dalai Lama era también gobernante secular por virtud de su cargo sacerdotal.

La verdadera dominación sacerdotal (hierocracia) se funda sociológicamente en el hecho de que los hombres se orientan por las imágenes guía que se han formado del orden del mundo y de la posición que ocupan en este orden (cfr. §§ 7 II, III; 28 IV 1); en segundo lugar, en el desprendimiento de una casta a la que se le reconocen las funciones carismáticas de dar sentido a este mundo de representaciones, y las de intermediaria de salvación. Una casta sacerdotal surge entonces cuando estas funciones no son asociadas (o al menos, no del todo), a la persona del fundador de una religión o de un profeta, sino que se transforman en tarea de cargos institucionalizados y de sus ocupantes.

Aun en nuestros días resurge en ocasiones un sistema de dominación con rasgos teocráticos. Ejemplo de ello es el régimen de Jomeini en Irán, después de la caída del Cha en el año de 1979. Una forma secularizada de poder carismático la hallamos en el régimen de Mao tse-tung, quien en vida, cual Mahoma mundano, daba a su pueblo una interpretación obligatoria del mundo y proclamaba reglas de vida que eran fervientemente obedecidas.

Aun en las comunidades pluralistas surgen ocasionalmente tendencias aisladas de influencia carismática. Así, por ejemplo, ciertas doctrinas de salvación (v.g. socio-políticas) pueden convertirse en moda intelectual y, a través de escritores muy leídos, de maestros populares, de redactores, moderadores y comentaristas de televisión, periodistas y otros "productores de símbolos y de imágenes del mundo", adquieren una amplia repercusión, incluso relevancia política.

La fuerza de atracción y penetración de las orientaciones carismáticas hacia el mundo no reside en su verdad objetiva, sino en que presentan una cosmovisión (aunque engañosa) que satisface los anhelos del hombre y exige un compromiso incondicional y total. Esto corresponde a una difundida y elemental necesidad del mito, de objetos de devoción; de una representación ritualizada de la convicción común; de certeza de orientación y de guía (cfr. § 28 I). Frente a esta necesidad, es obvio

que el inquietante relativismo ideológico será incapaz de despertar un compromiso igualmente amplio y decidido. A menudo, la disposición a actuar de un poder estatal que no está comprometido con una cosmovisión parece notoriamente débil en relación con uno que sí lo está.

II. La dominación de la clase propietaria. (La doctrina marxista).

K. Marx, F. Engels, Manifiesto del partido comunista (MEW 4, 459 ss.); *K. Marx*, Contribución a la crítica de la economía política, Prólogo (MEW 13, 7 ss.); *id.* Crítica del Programa de Gotha (MEW 19, 11 ss.); *id.*, El Capital I (MEW 23); *F. Engels*, El desarrollo del socialismo de la utopía a la ciencia (MEW 19, 189 ss.); *id.* El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado (sección IX), (MEW 21, 152 ss.); *V.I. Lenin*, El Estado y la Revolución (LAW II, 315 ss.); *id.*, Acerca del Estado (LAW III, 288 ss.); *Marxistisch-leninistische Theorie des Staates und des Rechts*, 1974 ss.

Bibliografía secundaria: *H. Kelsen*, Socialismo y Estado (al. 1920, ³1965) esp. 1982; *G.A. Wetter*, Der dialektische Materialismus, 1952, ⁵1960; *J. Y. Calvez*, Karl Marx (fr. 1956, ⁶1963) al. 1964; *P. Vranicki*, Geschichte des Marxismus (serbocroata 1962, ²1971) al. 1972-74; *C.D. Kerling et al.* (ed.) Marxismo y democracia (al. 1966 ss.) esp. 1975; *D. Schröder*, Die Krise der marxistisch-leninistischen Staatstheorie, 1967; *K. Hartmann*, Die Marxistische Theorie, 1970; *W. Leonhard*, Die Dreispaltung des Marxismus, 1970; *I. Fetscher*, Der Marxismus, Seine Geschichte in Dokumenten, 1976; *W. Leonhard*, Was ist Kommunismus? 1976; *F. Ch. Schweder*, Wandlungen der sowjetischen Staatstheorie, 1979; *H.P. Waldrich*, Der Demokratiebegriff der SED, 1980.

Sobre 1: *F. Engels*, Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana (MEW 21, 265 ss.); *W.I. Lenin*, Materialismus und Empirio-kritizismus, 1909, ⁸1967.

Sobre 3: *F. Engels*, La subversión de la ciencia por el señor Eugen Dühring (MEW 20, 111 ss., 120 ss., 583 ss.); *id.*, Dialéctica de la naturaleza (MEW 20, 307, 348 ss., 481 ss.); *K.R. Popper*, Conjectures and Refutations, 1963, ³1965, 312 ss.; *E. Topitsch*, en: *ZfPhilos Forsch* 1979, 333 ss.; *O Weinberger*, en: *E. Topitsch*, Logik der Sozialwissenschaften, ¹⁰1980, 278 ss.

Sobre 4: *Th. More*, Utopía, 1517, libro II (ed. K. Heinisch, 1960); *J. Harrington*, The Commonwealth of Oceana, 1956, Works 1771.

Sobre 5: *F. Linares*, Die Revolution bei Tocqueville und Marx, 1977.

Sobre 6: bibliografía del § 18 IV.

El marxismo ha centrado su atención en la dominación de clase, es decir, la "supremacía política de la clase económicamente dominante". Un ejemplo de dominación de clase es el Estado feudal, cuya estructura está determinada por un derecho feudal, que descansa sobre el usufructo de la tierra y la fidelidad de los vasallos, y en el que la propiedad de la tierra y el poder se encuentran estrechamente asociados. Las modernas plutocracias son también dominaciones de clase, es decir, siste-

mas de dominación en que los propietarios, los magnates de la industria y las finanzas ejercen una influencia definitiva en el Estado.

I. **La base económica.** Según la doctrina marxista, lo económico es también la base tanto de la estructura político-constitucional como de su desarrollo. La estructura de clases de la sociedad y los antagonismos de clase resultantes, condicionan el tipo de Estado y el derecho en su correspondiente manifestación histórica. También la estructura de clases determina, en última instancia, cuál es la política que se lleva a cabo, cuáles son la ideología y el *ethos* imperantes. La constitución del Estado, el derecho, la ideología, la moral, la religión, no son más que una supraestructura que se eleva sobre la base económica (Marx, MEW 13, 7 ss.).

Por su parte, la estructura de clases de la sociedad está condicionada por las relaciones de producción. Estas son las relaciones de propiedad sobre los medios de producción y los vínculos por ellas determinados, que se establecen entre los hombres en el proceso productivo. De ellas resulta la distribución del producto del trabajo entre los individuos. Si las relaciones de producción son tales que un grupo de hombres puede apropiarse del producto del trabajo de otro grupo, entonces nos hallamos ante una dominación de clase (LAW III, 255, 293; OEL III, 261, 228).

Pero, ¿es posible reducir a uno solo, la base económica, la pluralidad de factores que determinan la historia de la humanidad y el acontecer político en particular? ¿Es que el derecho o las concepciones políticas, filosóficas y religiosas prevaecientes en una comunidad no pueden actuar, por su parte, sobre el proceso histórico, es decir, la base económica? ¿No existe una interacción de todos estos momentos? Engels percibió el problema y aceptó la existencia de tal interacción, pero afirmó que el factor determinante en "última instancia", el que por necesidad se impone, es el movimiento económico (MEW 37, 463 ss.). Sin embargo, queda sin respuesta la cuestión de cómo un factor que supuestamente interactúa con otros, pueda concebirse como fundamental y determinante en último término (¿qué significa eso?).

Lo cuestionable del planteamiento marxista se acentúa si, como Engels, reducimos la doctrina de la base económica al "gran problema cardinal de toda filosofía, especialmente de la moderna", a la cuestión "de la relación entre el pensar y el ser, entre el espíritu y la naturaleza, problema supremo de toda la filosofía". "¿Qué es lo primario, el espíritu o la naturaleza?... Los que afirmaban el carácter primario del espíritu frente a la naturaleza ... formaban en el campo del idealismo. Los otros,

los que reputaban la naturaleza como lo primario, figuran en las diversas escuelas del materialismo" (MEW 21, 274 s.).

Este concepto del materialismo designa, por lo pronto, un ser del mundo exterior independiente del pensamiento y la conciencia, es decir, adopta un punto de vista realista. Pero el materialismo dialéctico busca orientarse —distanciándose de un ingenuo materialismo vulgar (GMPH, 125; FFM, 129) hacia un verdadero materialismo. Lenin (1967, 141) define la materia como aquello que "produce, por sus efectos, la sensación en nuestros órganos de los sentidos" y entiende la conciencia como producto, función y propiedad de la materia cerebral, como el estado interno de los procesos fisiológicos. En la conciencia simplemente se copia, se fotografía, se refleja la realidad objetiva (1967, 124). Ya Kant había sostenido, en contra de los argumentos similares del sensualismo inglés, que detrás de las percepciones sensoriales aisladas se halla la unidad de la conciencia, que produce una síntesis entre éstas y las ideas, síntesis de que es incapaz un mero mecanismo reproductor. Asimismo, la vivencia del libre albedrío (Zippelius RPh, § 26), resulta incomprendible para el materialismo que, consecuentemente, reconoce la validez general de la ley de la causalidad: "La relación causal es universal; a ella se someten todos los fenómenos de la naturaleza y la sociedad... No existen fenómenos acausales, y no puede haberlos" (GML, 69).

2. La dialéctica del desarrollo. Según Marx, las relaciones económicas y, por consiguiente las contradicciones de clase, así como las constituciones del Estado, obedecen a una determinada ley del desarrollo. Marx está dominado por la idea hegeliana de una evolución necesaria de la historia pero, contrariamente a Hegel, considera que el motor del proceso histórico no es el espíritu, sino la base económica: el pensamiento idealista de Hegel había puesto las cosas de cabeza, por lo que habría que invertirlas nuevamente, es decir, traducirlas a lo material, sin perder por ello el contenido de verdad de la dialéctica hegeliana: "Para Hegel, el proceso del pensar, al que convierte incluso, bajo el nombre de idea, en un sujeto autónomo, es el demiurgo de lo real; lo real no es más que su manifestación externa. Para mí, a la inversa, lo ideal no es sino lo material traspuesto y traducido en la mente humana... La mistificación que sufre la dialéctica en manos de Hegel, en modo alguno obsta para que haya sido él quien, por vez primera, expuso de manera amplia y consciente las formas generales del movimiento de aquélla. En él, la dialéctica está puesta al revés. Es necesario darle vuelta, para descubrir así el núcleo racional que se oculta bajo la envoltura mística" (MEW 23, 27).

Las transformaciones de la constitución, del derecho, de las ideologías se realizan a remolque del desarrollo económico. El eje alrededor del cual gira la historia del mundo, el punto a partir del cual se le comprende e interpreta, es la dialéctica, la contradicción permanente entre el estado técnico de las fuerzas productivas, por un lado, y las relaciones de propiedad, es decir, las relaciones de producción, por el otro: las nuevas fuerzas productivas se desarrollan en el seno de la vieja sociedad y sus relaciones de producción. Así, dentro del orden feudal de la propiedad y la sociedad se creó una forma de producción que en realidad le era extraña, la capitalista, en un principio como manufactura; más tarde, después de la invención de la máquina de vapor, como producción industrial (Manifiesto comunista I). Pero las relaciones feudales de propiedad se convirtieron en un obstáculo para la nueva forma de producción, hasta que esta contradicción entre las nuevas fuerzas y las antiguas relaciones de propiedad se resolvió por la vía revolucionaria, que rompió el orden anticuado y lo sustituyó con uno nuevo, correspondiente a la actual forma de producción. Así, la revolución restablece el equilibrio perturbado entre ésta y aquél.

A través del desarrollo progresivo de las nuevas fuerzas de producción, surgen de nueva cuenta las contradicciones entre la forma de producción y el orden social, que siempre se resuelven por la adaptación revolucionaria de este orden social y jurídico al nuevo modo de producción. Este proceso gobierna, como ley dialéctica, el curso de la historia, que avanza de la contradicción a la síntesis y de una nueva contradicción a una nueva síntesis.

Marx creía que, en su época, este proceso había llegado otra vez a un punto en que las relaciones económicas ya no eran compatibles con el orden social y jurídico establecido. La nueva forma de producción industrial entra en contradicción con el orden jurídico burgués, que otorga al individuo la posibilidad de adquirir la propiedad privada mediante su trabajo; pero que ha conducido a una enorme concentración de los medios de producción en las manos de unos cuantos capitalistas, que despojan a los verdaderos productores, los trabajadores, del justo disfrute de los valores económicos que ellos han creado. Las grandes empresas absorben a las pequeñas y de este modo se concentra cada vez más el capital en manos de unos pocos, mientras que del otro lado crece la masa del proletariado. Empero, la hora de la revolución se aproxima porque, con la opresión y la explotación, se acrecienta también la rebeldía de la clase obrera, cada vez más numerosa, que está disciplinada, dirigida y organizada por el proceso de producción

capitalista. Finalmente se llega al punto en que la envoltura capitalista es desechada. Suena entonces la hora final del orden jurídico, ya intolerable, de la propiedad privada capitalista (MEW 23, 789 ss.). Las modificaciones de las relaciones económicas, el nacimiento de un nuevo antagonismo de clase y la victoria de la hasta ahora clase oprimida, traerá consigo la transformación del orden jurídico y de la constitución política.

3. Las tres leyes de la dialéctica. Engels creía que los procesos dialécticos estaban sujetos a tres leyes básicas, de las cuales una establece que el desarrollo se efectúa mediante saltos y que las relaciones sociales mismas no sufren una evolución constante, sino que se desarrollan mediante revoluciones. En otras palabras, los cambios cuantitativos devienen en cualitativos. Así como el estado físico del hielo no se altera paulatinamente con la elevación constante de la temperatura, sino que se derrite de golpe cuando pasa el punto de fusión y, nuevamente, se convierte en vapor al alcanzar el punto de ebullición, así "los cambios pequeños, imperceptibles al principio, se acumulan y rompen, tarde o temprano, la medida del objeto y desembocan en transformaciones básicas cualitativas" (GMLPh, 13; cfr. Hegel, Enciclopedia, § 108 Apéndice). Este es el fundamento de la teoría del desarrollo revolucionario en la vida de los Estados: "La inmensa importancia social de la doctrina dialéctica sobre el tránsito de los cambios cuantitativos o cualitativos reside en que fundamenta la sujeción a leyes, la necesidad de la revolución social como medio para pasar de un régimen social caduco a otro nuevo y más progresivo, por ejemplo, del feudalismo al capitalismo o de éste al socialismo" (GMPh, 219 FFM, 236).

A ésta se agrega la ley dialéctica del automovimiento, la así llamada ley de la unidad y lucha de los contrarios, que señala la dinámica, la fuerza impulsora, de las tensiones que existen en las cosas. Afirma, que "las contradicciones internas, las facetas y tendencias opuestas, que se relacionan y niegan recíprocamente, son inherentes a todas las cosas, los fenómenos y procesos; la lucha de los contrarios proporciona al desarrollo el impulso interno, conlleva la profundización de las contradicciones que se resuelven en una etapa determinada cuando desaparece lo antiguo y surge lo nuevo" (GMLPh, 143). El impulso que hace posible la continuidad del desarrollo no proviene del exterior, sino que las tendencias antagónicas que están en las cosas mismas son el motor del progreso. Así, los nuevos tipos de Estado y formas sociales provienen del seno de lo ya dado. Todo movimiento, aun el político, es, en todo caso, automovimiento. "La naturaleza se desarrolla desde las formas inferiores a las superiores con arreglo a sus propias leyes. En virtud de su 'auto-movimiento', la naturaleza inorgánica ha en-

gendrado en su seno algo distinto y opuesto a ella, la naturaleza orgánica. Y lo mismo sucede con el desarrollo social. No son fuerzas externas, sino las propias leyes del desarrollo de las formaciones sociales las que conducen a la aparición, dentro de una sociedad dada, de las fuerzas que la llevan a su desaparición, a la transformación en su opuesto" (GMPH, 243; FFM 255 s.). Aplicado a la realidad política, esto significa, por ejemplo, que la violencia de las armas no es necesaria para introducir al comunismo en los países capitalistas. Únicamente se requiere dejar que ellos mismos se cocinen lentamente en su propio jugo y entonces es seguro el triunfo del comunismo.

Como tercer ley de la dialéctica, menciona Engels el desarrollo por contradicción (negación de la negación). Si el concepto de negación se entiende no como concepto lógico, sino dinámico (MEW 20, 126 ss.), por ejemplo, como un conflicto de fuerzas, esta ley implica entonces que las fuerzas existentes encuentran contrafuerzas que, finalmente, las superan. El desarrollo avanza de contradicción en contradicción, mientras que la tercera etapa de este desarrollo significa frecuentemente una aproximación al punto de partida, pero, en todo caso, un retorno en un plano superior, "que guarda en sí todo el contenido positivo de las etapas anteriores" (GMLPh, 149).

Popper (1963, 312 ss.), en particular, se ha pronunciado contra el dogmatismo dialéctico. De hecho, tanto el desarrollo espiritual como el real no se efectúan dentro de la camisa de fuerza de una sujeción rígida a leyes, sino en un proceso de "*trial and error*", en el que, "si tenemos suerte", lo mejor sustituye, por eliminación a lo menos bueno.

4. El Estado como instrumento de la dominación de clase. Los modelos hasta aquí expuestos, de la "base y la supraestructura" y de la "dialéctica del desarrollo", sirven como esquemas conceptuales a través de los cuales son comprendidos el Estado y las transformaciones básicas en el ámbito político, en especial, las revoluciones y la fase final del desarrollo del Estado.

Desde esta perspectiva, el Estado mismo aparece como "una máquina para mantener la dominación de una clase sobre otra" (LAW III, 296; OEL III, 264; en forma similar, MEW 21, 166s.). La constitución del Estado reproduce solamente las relaciones económicas, es un reflejo del poder económico de la clase dominante, no es más que supraestructura jurídica. El Estado viene a ser un instrumento en manos de la clase dominante para oprimir a las demás clases.

Esta idea no es nueva: Thomas More veía en el Estado "un conglomerado de gentes ricas que a la sombra y en nombre de la República, sólo se ocupan de su propio bienestar, discurren-

do toda clase de procedimientos y argucias" (1960, 108). James Harrington opinaba que la distribución de las posesiones en la sociedad es la base de la forma de gobierno (1771, 37 s.). Y Lorenz von Stein definió como "primera ley natural de todo movimiento entre el Estado y la sociedad" el que la clase dominante de la sociedad busque "adueñarse tan exclusivamente como le sea posible, del poder del Estado" (GsB, III 1).

La teoría marxista coincide en lo esencial con estas concepciones, al enseñar que los estados se clasifican primariamente de acuerdo con las clases dominantes en ellos y que, por el contrario, la organización formal del poder estatal es de importancia secundaria. Un mismo tipo de Estado, esto es la dominación de una clase determinada, puede adoptar formas de Estado diversas. Así, el Estado burgués, es decir, la dominación política de la clase capitalista, ha lucido el ropaje de la monarquía constitucional del siglo XIX, el de la república democrática y el de la dictadura fascista. La democracia burguesa es también una forma capitalista de Estado, un Estado opresor, ya que, si bien promete y otorga la igualdad ante la ley, no se trata más que una igualdad formal y no material, fáctica. En cambio, la democracia popular es la dominación real de la clase obrera o, por lo menos, una forma de tránsito hacia ella (cfr. al respecto también los §§ 22 II; 33 I, III).

5. Las revoluciones como pasos del desarrollo político. El curso del desarrollo económico requiere, de continuo, la adaptación de las estructuras sociales tradicionales, en especial del orden jurídico y constitucional, a las nuevas relaciones económicas. Esta adaptación se realiza, a través de las luchas de clases, por la vía revolucionaria (2, 3).

Entre el desarrollo de las relaciones económicas y la modificación del orden estatal y jurídico, corresponde un decisivo papel de intermediación a las clases y a las contradicciones de clase, ya que de un lado están condicionadas por el modo de producción, pero del otro lado, ellas actúan determinantemente sobre el acontecer político. "La historia de todas las sociedades hasta nuestros días, es la historia de las luchas de clases. Hombres libres y esclavos, patricios y plebeyos, señores y siervos, burgueses y proletarios, en una palabra opresores y oprimidos, se enfrentaron siempre, mantuvieron una lucha constante, velada unas veces y otras franca y abierta lucha que terminó siempre con la transformación revolucionaria de toda la sociedad o el hundimiento de las clases en pugna". "La moderna sociedad burguesa, que ha salido entre las ruinas de la sociedad feudal, no ha abolido las contradicciones de clase. Únicamente ha sustituido las viejas clases, las viejas condiciones de opresión, las viejas formas de lucha por otras nuevas". No obstante, la

época de la burguesía ha simplificado las contradicciones de clase. "Toda la sociedad va dividiéndose cada vez más en dos grandes campos enemigos, en dos grandes clases, que se enfrentan directamente: la burguesía y el proletariado". También este antagonismo de clase traerá consigo la subversión de las relaciones sociales (Manifiesto comunista I). Esta subversión, la revolución comunista, desemboca nuevamente en una dominación de clase, la dictadura del proletariado que, según el marxismo, no será más que un estadio de transición hacia la sociedad sin clases y, con ello, hacia la desaparición del Estado como tal.

Los partidos ocupan también una posición en la dialéctica de la lucha de clases, puesto que son los que representan y luchan por los intereses de éstas, suponiendo que no se trate de seudopartidos en manos de una sola y la misma clase. En sus años postreros, el propio Marx intentó promover la unificación del proletariado en un partido político especial, a pesar de sus dudas originales sobre los partidos (Estatutos generales de la Asociación Internacional de Trabajadores, MEW 17, 440 ss.; 18, 149). Para Lenin, el Partido desempeña una función central en la lucha de clases. En el partido obrero "educa a la vanguardia del proletariado, capaz de tomar el poder y de conducir a todo el pueblo al socialismo, de dirigir y organizar el nuevo régimen, de ser maestro, el dirigente, el jefe de todos los trabajadores y explotados..." (LAW-II, 338; OEL II, 310). Las exigencias de "descentralización incondicional y la disciplina más estricta del proletariado" resulta de la situación de la lucha de clases (LAW III, 396; OEL III, 354).

Los verdaderos puntos de inflexión en el desarrollo jurídico y constitucional son, según se dijo, las revoluciones, que tienen lugar sólo cuando, como resultado de la lucha de clases, el poder económico pasa de una clase a otra; si en una llamada revolución, como la nacional-socialista, este poder permanece en manos de la misma clase, como aquí en las de la burguesía, se trata entonces de un mero golpe de Estado. La verdadera revolución es solamente la revolución social, que se concibe como "un salto cualitativo en el desarrollo de la sociedad, cuyo resultado es que una formación económica de la sociedad sustituye a otra". "La característica principal de una revolución es el tránsito del poder del Estado en manos de una clase a las manos de otra" (GMLPh, 409, 411). Sólo esta revolución implica el paso hacia un nuevo tipo de Estado. La revolución socialista es también un cambio en el poder y su finalidad es desplazar a la burguesía del mando de la sociedad, dar el poder a la clase obrera y erigir su dictadura (GMLPh, 421).

Una consecuencia de la primera ley de Engels (cfr. *supra* 3) sería el eterno retorno de las revoluciones. El desarrollo de las relaciones económicas haría necesaria cada vez una adaptación del orden jurídico y constitucional (cfr. *supra*, 2) que, con arreglo a dicha ley, debería efectuarse mediante un salto de las transformaciones cuantitativas a las cualitativas, esto es, en forma revolucionaria. El marxismo recurre a esta férrea constante en su polémica contra las tentativas "revisionistas" de provocar el cambio social por la vía de la evolución. — Sin embargo, esta doctrina axiomática de la inevitabilidad de los saltos revolucionarios ha de tolerar una excepción bajo ciertas condiciones, a saber, en la sociedad socialista y sólo en ella. La explicación de tal excepción se busca en la distinción entre las, hasta ahora, formas antagónicas de las relaciones sociales de producción y las contradicciones no antagónicas dentro de una sociedad socialista, que habrán de resolverse en un modo no revolucionario (Marx, MEW 13, 7 ss.; GMLPh, 138 ss.). — Pero si se insiste en que la teoría de Engels sobre los saltos revolucionarios descansa sobre leyes verdaderamente universales, que no están sujetas a una situación especial y que incluso obran en la naturaleza inorgánica como el tránsito de los cambios cuantitativos a los cualitativos, entonces nos enfrentamos, en última instancia, a una contradicción insalvable.

La moderna sociología occidental de la organización pone básicamente en duda la tesis de la inevitabilidad de las revoluciones: explica que las estructuras sociales pueden mantenerse más o menos variables y adaptables frente a la presión de cambio que ejercen las condiciones del medio ambiente. El "umbral de estímulo" puede ser tan elevado que la presión se acumule hasta producirse una seria crisis; pero también puede situarse más abajo, el sistema es entonces capaz de reaccionar — "evolucionar" — frente a variaciones menores de las condiciones sociales dadas, mediante adaptaciones estructurales graduales, evitando así las revoluciones (cfr. Luhmann RS, 243).

6. La dictadura del proletariado y la extinción del Estado. El resultado de la revolución socialista es, de nueva cuenta, una dominación de clase, la dictadura del proletariado. El marxismo no disimula que aquí se trate también de una dominación de clase, que incluso es dictatorial (MEW 5, 402; 19, 28). En el otoño de 1917, Lenin declaró que esta dictadura de la clase trabajadora "implica una serie de restricciones puestas a la libertad de los opresores, de los explotadores, de los capitalistas. Debemos reprimir a éstos, para liberar a la humanidad de la esclavitud asalariada, hay que vencer por la fuerza su resistencia, y es evidente que allí donde hay represión, donde hay violencia, no hay libertad ni hay democracia" (LAW II, 391;

OEL II, 360). Y un año más tarde escribía: "La dictadura revolucionaria del proletariado es un poder conquistado y mantenido mediante la violencia ejercida por el proletariado sobre la burguesía, un poder no sujeto a ley alguna" (LAW III, 80; OEL III, 69).

El partido comunista, cuya primera misión consistía en auspiciar la victoria de la clase trabajadora, conserva en el Estado socialista una importante función. "Los partidos comunistas de los países socialistas son la fuerza dirigente y orientadora de los Estados socialistas (GMPH, 463; FFM, 478). El Partido elabora "la línea política en todos los campos de la edificación del socialismo — en la economía, la administración, el ejército, la educación, la política exterior — y conduce la realización en la práctica de esta línea" (GML, 635). El sistema electoral asegura la influencia decisiva del partido en los consejos o soviets. Esto es válido no sólo en los estados en que el Partido ocupa una posición monopólica (§ 43), sino también en las democracias populares de Europa Oriental, en las que, si bien se admiten otros partidos, es el partido socialista dominante el que dirige la formación de la voluntad política con ayuda del sistema de bloque y las elecciones de lista única (Maunz-Zippelius, § 48.I 3d).

La dictadura del proletariado es igualmente un estadio de transición hacia la sociedad sin clases. Una vez destruida la clase de los capitalistas, no hay más antagonismos de clase y, por consiguiente, tampoco es necesario el Estado. "Una vez que en el curso del desarrollo hayan desaparecido las diferencias de clase y se haya concentrado toda la producción en manos de los individuos asociados, el poder público perderá su carácter político. El poder político, hablando propiamente, es la violencia organizada de una clase para la opresión de otra. Si en la lucha contra la burguesía el proletariado se constituye indefectiblemente en clase; si mediante la revolución se convierte en clase dominante y, en cuanto clase dominante, suprime por la fuerza las viejas relaciones de producción, suprime, al mismo tiempo que estas relaciones de producción, las condiciones para la existencia del antagonismo de clases en general y, por tanto, su propia dominación de clase" (Manifiesto comunista, II). "El Estado se extingue en tanto que ya no hay capitalistas, que ya no hay clases y que, por lo mismo, no cabe *reprimir* a ninguna clase" (LAW II, 397; OEL II, 365; más sobre el particular en el § 18 IV).

Esta doctrina no solamente está expuesta a las mismas objeciones de principio que el anarquismo, (§ 18), sino que también cabe preguntarse cómo es posible armonizar una etapa final con las leyes, postuladas por Engels, de la negación de la

negación y del tránsito revolucionario de los cambios cuantitativos en cualitativos. Según estas leyes de la dialéctica, no existiría una solución definitiva de las contradicciones, sino únicamente el eterno desenvolvimiento, siempre revolucionario, en el juego de las fuerzas contrarias (cfr. *supra* 3).

El clásico objetivo de una superación del Estado es sostenido, dentro del marxismo, cuando los movimientos marxistas actúan como fuerzas revolucionarias en los Estados no comunistas. En cambio, una vez establecido el poder político comunista, se busca una nueva legitimación del Estado, deduciéndola de la idea de que la organización política de la sociedad debe garantizar su cohesión general (Schroeder 1979, 52 s., 61 ss.).

7. Crítica.— La pluralidad de las determinantes. Marx tiene el mérito de haber señalado, con penetración insuperable, la influencia que las circunstancias económicas, así como la posición de poder económico de determinadas clases, pueden ejercer sobre el derecho y la constitución política.

Sin embargo, el materialismo histórico pretende atribuir a las condiciones económicas solas la influencia decisiva: lo económico sería el factor determinante en "última instancia" (cfr. *supra* 1). Pero, conforme a las reglas de la lógica, no hay lugar para una verdadera interacción entre éste y otros factores, porque, si la base económica, recibe por su parte el influjo de otros factores, no sería ya la causa última de una conexión de acción. Si se ve en las condiciones económicas dadas las causas determinantes, en último término, del acontecer histórico-político, si se califica a un factor como condicionante del todo, se llega entonces a una teoría monista, esto es, una teoría de las que toman poco en cuenta la complejidad de los hechos sociológicos, la interdependencia de los diversos factores:

El marxismo estima que las relaciones feudales de propiedad eran la base del poder político de la aristocracia feudal, pero aquellas relaciones, por su parte, no se fundaban en posiciones económicas, sino que a menudo eran resultado de una participación destacada en conquistas, muchas veces con el fin de enriquecer a la Iglesia (Mitteis-Lieberich, caps. 12, 16).— El Manifiesto Comunista (1) refiere, además, que mediante las grandes expediciones de exploración se abrieron nuevos mercados y que con ello se transformó la situación económica. Pero, ¿la aventura de Colón fue exclusiva o primordialmente condicionada por lo económico? ¿Es que la época de los descubrimientos e inventos científico-naturales no tiene raíces histórico-espirituales tan poderosas al menos como las económicas? Por lo que, además concierne al capitalismo moderno el conocido estudio de Max Weber sobre la ética protestante y el espíritu del capitalismo pone en evidencia que los factores ideológicos

intervinieron también en el surgimiento de esa formación económica (§ 7 II).

Por otro lado, la India actual ofrece un ejemplo notorio de la influencia represiva de las tradiciones ideológicas, y de un espíritu tradicional de casta, sobre el desarrollo económico. — Nadie podría negar que las ideas de Karl Marx han transformado al mundo, con lo cual ellas mismas dan testimonio de su fuerza. A partir de 1949, en la China Continental y en Taiwán se han desarrollado, a partir de condiciones económicas similares, dos sistemas políticos muy distintos, principalmente en razón de que eran muy diversas las representaciones políticas y sociales rectoras de la acción. En una palabra, las concepciones predominantes pueden ejercer una influencia considerable sobre el acontecer social cuando se convierten en modelos de orientación para la conducta humana, en "representaciones-guía" que motivan y coordinan la acción (§ 7 II; 28 IV I).

Frente a los enfoques unilaterales, la experiencia enseña que dentro del acontecer social siempre actúa una pluralidad de condiciones: determinantes económicas, e incluso geográficas y climáticas, tanto como los factores espirituales, las concepciones religiosas, el saber tradicional, los golpes de intuición de los inventores y el ansia de descubrimientos, la sed de aventuras, la voluntad de poder. Estos factores y sus posibilidades de acción se sitúan en múltiples interdependencias, es decir, en cierto sentido son "variables dependientes" y no pueden reducirse a una "gran variable independiente" (§ 2 II). Ahí donde el marxismo suponía una necesidad fundada en la materia, existen en realidad sólo regularidades que dejan sitio a la intervención creativa. Una importante deducción de ello es que la complejidad de las determinantes, incluido el papel de los influjos espirituales y la libertad humana de decisión, no permite, en suma, hacer política sobre una base científica, o fundamentar un dirigismo según una concepción global (cfr. al respecto el § 35 II).

Además, hoy ya no es del todo exacto que en las democracias occidentales, una sola capa homogénea reúna en sus manos el poder político y social (§§ 22 II; 26).

III. El régimen de los funcionarios

§§ 35 IV; 37; *H. Schelsky*, *Auf der Suche nach der Wirklichkeit*, 1965, 88 ss.; 439 ss.; *C. Koch, D. Senghaas* (eds.), *Texte zur Technokratiediskussion*, 1970; *D. Bell*, *Die nachindustrielle Gesellschaft* (ingl. 1973) al. 1975; *H. Lenk* (ed.), *Technokratie als Ideologie*, 1973; *Zippelius* GuR, cap. 15.

Sobre I: *A. Huxley*, *Brave New World*, 1932; *J. Burnham*, *Das Regime der Manager* (ingl. 1941) al. 1948; *G. Orwell*, *Nineteen eighty-four*, 1949;

K Renner, *Wandlungen der modernen Gesellschaft*, 1953; *M. Djilas*, *Die neue Klasse* (ingl. 1957) al. 1958; *R. Ahlberg*, *Die sozialistische Bürokratie*, 1976; *G. Meyer*, *Bürokratischer Sozialismus*, 1977; *M. Wilke*, *Die Funktionäre*, 1979; *M. Voslensky*, *Nomenklatura* (1980, 1980) esp. 1982.

Sobre 2: *F. Bacon*, *Nova Atlantis*, 1638; *C.H. de Saint-Simon*, *L'organisateur*, 1819/20 (Oeuvres 1966, vol. II); *id.*, *Catéchisme des industriels*, 1823/24; *M. Durkheim*, *Über die Teilung der sozialen Arbeit*, (fr. 1893) al. 1977.

I. Diagnóstico y temores. A muchos les parece anticuada la consigna que exige liberar a la humanidad de la dominación del capital, considerando el hecho de que las naciones industrializadas ha mucho que están en camino de "cambiar a sus amos" (§ 22 I), para caer en la dominación de las élites. La "dominación del hombre sobre el hombre" es más extensa en aquellos estados en que se ha eliminado a la clase capitalista, para hacer lugar a un grupo de funcionarios dominantes. En forma típica, el poder social se adquiere y ejerce actualmente con base en una posición influyente en la estructura de la organización del Estado o de la sociedad, incluso los medios de comunicación masiva.

Teniendo en mente incluso a la Rusia estalinista, Burnham (1941) y otros han presentado como el modelo de dominación del futuro a un régimen en el que un aparato de funcionarios, totalmente organizado, no sólo controla los medios de poder del Estado, sino que también dirige el proceso de la producción y dispone sobre los medios de comunicación masiva. Gracias a su posición destacada, la capa de funcionarios se procura múltiples privilegios, tales como el suministro de viviendas y bienes de consumo, y abre a sus descendientes un acceso ventajoso a las instituciones educativas y las carreras profesionales. Djilas (1957), Voslensky (1982) y otros han aportado datos empíricos que confirman que el sistema soviético funciona, en gran parte, conforme a este modelo.

También las sociedades industrializadas de Occidente se hallan, en buena medida, bajo el régimen de sus aparatos de funcionarios. Las burocracias y las disposiciones estatales se multiplican como tumores cancerosos y los ciudadanos tienen cada vez más la sensación de ser "hombres administrados". Hace tiempo que la "ley de Parkinson" dejó de ser una simple broma. En la actualidad, los sindicatos y otras organizaciones cuentan también con influyentes aparatos burocráticos, regidos por funcionarios. En la industria y la banca, el poder de disposición ha pasado, en buena proporción, de los propietarios del capital a manos del respectivo *management*. Incluso un conocido socialista ha formulado el siguiente diagnóstico: la

función de los capitalistas se reparte, en la sociedad industrial, entre un número creciente de empleados, quienes toman las decisiones. La función empresarial se ha transferido a los directivos empleados por contrato y el capital es administrado por una clase sirviente, mientras que el capitalista puro se convierte en simple rentista (Renner 1953, 119, 182, 226).

Los aparatos de funcionarios de la administración del Estado, de los partidos políticos, de los sindicatos y otras asociaciones, de la industria y la banca, se estructuran de maneras distintas y sus esquemas de selección son diversos; al lado de la "carrera burocrática", que se desarrolla dentro de la organización principalmente según la antigüedad en servicio, el rendimiento y la capacidad de adaptarse e imponerse, desempeña también un papel la vía a través de los cargos electivos, sobre todo en la carrera política de Occidente (§ 22 II 2, 3). Sin embargo, todos estos aparatos de funcionarios poseen actualmente un considerable elemento "burocrático". A menudo, las organizaciones burocrático-tecnocráticas producen sus propios altos funcionarios. Incluso la carrera política a través de cargos de elección está asociada, la mayoría de las veces, a una labor en las secretarías de partido. Con mayor razón, en otros aparatos de funcionarios se transgrede y se borra cada vez más, en el interior de la organización, la línea divisoria "clásica" (que por cierto nunca fue del todo nítida) entre una cúpula dirigente (que en lo particular fija las metas) y una burocracia subordinada (que aporta su saber técnico para la realización de estos objetivos) (§ 37 IV 2).

El estilo burocrático (§ 37 II) determina con mayor claridad la acción pública en los Estados monopartidistas, en los que las burocracias estatales y de partido se han convertido en aparatos todopoderosos que no están sujetos a ningún control externo eficaz. No obstante, también en los Estados pluralistas el "componente burocrático" impregna, en mayor o menor grado, la actuación de los funcionarios y los rasgos negativos que caracterizan a la acción burocrática resaltan en todo el mundo: el esquematismo, la cómoda rutina, el formalismo del procedimiento, la percepción deficiente de la importancia o intrascendencia relativas de los intereses que se administran y, en relación con esto, la apreciación exagerada de los intereses del ministerio o la asociación; la evasión de la responsabilidad por el resultado total de la acción propia, detrás del anónimo "sistema", no menos que la ambición del poder, que es posible ejercer amparado en el anonimato o por el aparato.

En ocasiones se han plasmado en vívidos cuadros la preocupación y los temores de caer bajo la manipulación y el control

crecientes de instituciones administrativas muy poderosas. Tocqueville describía en el año de 1840 su visión de "un poder enorme, paternalista, que únicamente se encarga de garantizar los placeres de los ciudadanos y de velar por su destino. Es ilimitado, particular, regular, previsor e indulgente" (§ 35 IV). Aldous Huxley (1932) esbozó el cuadro de una sociedad de bienestar en la que los individuos son genética y síquicamente manipulados en beneficio de una "happiness" general y sin problemas. A Orwell (1949) debemos el sombrío modelo de un Estado totalitario que guía, vigila y reprime a los súbditos aun en los ámbitos más privados de la existencia.

2. Motivos de la burocratización. Ya que la burocratización se difunde en todas las sociedades industriales, es natural suponer aquí un proceso favorable en algunos aspectos, cuando menos, incluso sujeto a leyes.

La idea de un régimen de élites de expertos nació primeramente con el ascenso de la era científico-técnica. El modelo social de Bacon (1638) atribuía ya a los investigadores y científicos un papel preeminente en la explotación de las fuerzas y recursos de la naturaleza, para ponerlos al servicio de la comunidad. Tiempo después, opinaba Saint-Simon que los intereses comunes de la sociedad debían ser administrados por aquellos hombres, que gracias a sus conocimientos, pudieran promover el provecho más positivo y general. Por tanto, en lo referente a las finanzas, la dirección de los asuntos públicos debía quedar a cargo de los "industriales" más destacados, y los demás asuntos, distintos de los financiero-administrativos, en manos de los expertos más capacitados (*Catechisme*, IV). La meta del orden social sería la "simple administración de las cosas por el hombre" (*L'organisateur*, 181). La soberanía se limitaría a actuar, en cada caso, conforme a un principio que "se deriva de la naturaleza misma de las cosas", cuya verdad y necesidad han proclamado y reconocido los hombres (*op. cit.* p. 198); en una palabra, también en lo político se obra con arreglo a necesidades objetivas.

Max Weber atribuía la burocratización creciente a la superioridad técnica de la organización burocrática, que ofrece "el óptimo de posibilidad para la realización del principio de la división del trabajo en la administración según puntos de vista objetivos, distribuyendo trabajos entre funcionarios especializados que se van adiestrando con la práctica constante". Así, la burocracia perfecciona su particularidad característica cuanto más se objetiviza, es decir, cuanto más se "deshumaniza", cuanto más logre "la eliminación del amor, del odio y de todos los elementos sensibles puramente personales, de todos los

elementos irracionales que se sustraen al cálculo" (WuG, 128 s., 561 ss.; ES, 178 s., 731 ss.).

Contra la dominación del mero saber burocrático-tecnocrático cabe, sin embargo, oponer la tesis de la "estrechez del saber técnico". Ya Max Weber había mostrado que el verdadero campo del saber técnico es la búsqueda y la preparación de los medios adecuados para fines políticos, económicos o sociales dados. Pero la elección misma de estos fines no es un problema de simple saber técnico (§ 37 IV 2), como tampoco es cuestión de un conocimiento especializado. Así, el saber burocrático y tecnocrático ha de complementarse con las decisiones sobre los fines deseados.

Es claro que en la práctica, el razonamiento político y el técnico están más estrechamente ligados de lo que, de pronto, pareciera evidente por su contraposición típico-ideal, ya que las metas deben escogerse tomando también en cuenta los medios necesarios y los efectos secundarios previstos. Además, no deben extremarse las expectativas puestas en la planeación racional de los procesos sociales y, por tanto, en la idoneidad del mero saber técnico (§ 36 III), ya que, por lo regular, quedan a la elección alternativas de conducta que permiten y requieren, en el marco de lo posible, una decisión entre varios fines deseables.

Si se desatiende este elemento, se llega a la idea errónea de que es posible disolver completamente la totalidad de las funciones estatales y sociales en la "administración racional de las cosas", convertida entonces en dominio exclusivo del saber burocrático-tecnocrático, de una "*social engineering*" o de una política ejercida científicamente.

3. ¿Qué hacer? Más aún que estas objeciones teóricas, es el asedio creciente, e incluso opresión por parte de los aparatos de funcionarios, estatales o no, que da motivo a reducirlos a una dimensión tolerable y hacer su actividad más transparente y controlable.

Una condición esencial para ello es, en el ámbito estatal, la supresión limitada de funciones del Estado, así como una reducción en las expectativas de prestaciones frente a éste; fuera del ámbito estatal, una restricción en el poder de las asociaciones para representar y defender los intereses del ciudadano. No se puede ser un ciudadano bien atendido, sin ser, a la vez, un ciudadano ampliamente administrado. Los ciudadanos, municipios, universidades y otras "instituciones autónomas" deben tomar bajo su control una parte sustancial de la "procura existencial", si no desean que el Estado o las grandes organizaciones las controlen a ellas. Esto no es más que otra

formulación del "principio de subsidiariedad", considerado desde antiguo como remedio decisivo contra el Estado nivelador (§ 17 I 2). Suiza puede servir como caso modelo de la extensión en que es posible, en la sociedad industrial, transferir tareas y responsabilidad a ámbitos abarcables.

Es posible indicar, en su concepción básica, la respuesta que deba darse al reto que representa el poder de los funcionarios. Sin embargo, de acuerdo con las experiencias obtenidas hasta el momento, es dudoso que los sistemas políticos en los cuales ya se ha impuesto una fuerte burocratización, posean todavía suficiente fuerza de innovación para llevar a cabo una reforma. Los parlamentos respetan el instinto de conservación y multiplicación de las burocracias estatales por tratarse de una presunta "necesidad objetiva", en vez de emplear el probado medio de ocupar sus posiciones, lo que por sí mismo acarrearía una reducción de las tareas administrativas superfluas.

Al menos existen medidas que funcionan todavía contra un aparato de Estado totalitario de dimensiones orwellianas. Radica en la pluralidad estructural en la división de funciones, no sólo en el ámbito de los poderes estatales, sino también en el de los poderes sociales; en suma, en la estructura de un Estado pluralista, con división de poderes (§§ 29 I 3; 31 I).

§ 26. El estado pluralista

W. Weber, SpuK, 44 ss., 121 ss.; *Th. Eschenburg*, Herrschaft der Verbände, 1955, ²1963; *J.H. Kaiser*, Die Repräsentation organisierter Interessen, 1956; *W. Beutler et al.* (eds.), Der Staat und die Verbände, 1957; *H. Huber* Aufs., 361 ss.; *Loewenstein* VL, 367 ss.; *A. Albrecht*, en: StL VIII 1963, 1 ss. *Fraenkel* Dwd, 40 ss., 197 ss.; *Krüger*, 379 ss.; *M. Olson*, Die Logik des Kollektiven Handelns (ingl. 1965) al. 1968; *R. Herzog*, en: EvSrL, 1848 ss.; *J. Hirsch*, Die öffentlichen Funktionen der Gewerkschaften, 1966; *G. Leibholz*, *G. Winkler*, Staat und Verbände, VVDStRL 24(1966), 5 ss., 34 ss.; *K.v. Beyme* Interessengruppen in der Demokratie, 1969, ⁵1980; *J. Bennemann et al.*, Verbände und Herrschaft, 1970; *E. Buchholz*, Interessen, Gruppen, Interessengruppen, 1970; *F. Scharpf*, Demokratietheorie zwischen utopie und Anpassung, 1970, ²1972; *H.F. Zacher*, Pluralität der Gesellschaft als rechtspolit. Aufgabe, en: Der Staat, 1970, 161 ss.; *Narr-Naschold* III, 204 ss.; *R. Eisfeld*, Pluralismus zwischen Liberalismus und Sozialismus, 1972; *F. Nuscheley*, *W. Steffani* (ed.), Pluralismus, 1972; *H.J. Verain* (ed.), Interessenverbände in Deutschland, 1973; *H. Arndt* Wirtschaftliche Macht 1974, ²1977; *H. Gudrich*, *S. Fett*, Die pluralistische Gesellschaftstheorie, 1974; *W. Schmidt R. Bartlperger*, Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung, VVDStRL 33, (1975), 183 ss. 221 ss.; *K.H. Giessen*, Die Gewerkschaften im Prozess der Volks- und Staatswillensbildung, 1976; *H. Lessmann* Die öffentl Aufgaben und Funktionen privatwirtschaftl. Wirtschaftsverbände, 1976; *H.H. v. Arnim*, Gemeinwohl und Gruppenninteressen, 1977; *H. Kremendahl*, Pluralismustheorie in Deutschland, 1977; *J. Weber*, Die Interessengruppen im polit. System der

BRD, 1977; K. M. Meessen (ed.), *Verbände und europäische Integration*, 1980; H. Oberreuter (ed.), *Pluralismus*, 1980; H. Quaritsch, *Zur Entstehung der Theorie des Pluralismus*, en: *Der Staat*, 1980, 29 ss.; R. Steinberg (ed.), *Staat und Verbände*, (a).

La democracia concede a todos los grupos y asociaciones posibles que buscan influir sobre la vida social y política, la oportunidad de constituirse y de competir entre sí por el poder y la influencia. Esta oportunidad de adquirir poder e influencia en el Estado no sólo es prerrogativa de los partidos políticos, que en forma legítima aspiran a ocupar directamente los órganos supremos del Estado, particularmente el parlamento y el gobierno. También las organizaciones patronales, los sindicatos, las iglesias y las comunidades ideológicas obtienen y aprovechan la posibilidad de reclutar adeptos y ejercer influencia sobre la vida económica y social, así como sobre el poder mismo del Estado.

En las democracias occidentales tenemos hoy día una pluralidad tan amplia de fuerzas sociales, que pudiera temerse que el poder del Estado se disuelve y que, con su unidad, se pierda nuevamente un factor esencial de seguridad y estabilidad en nuestra vida pública. Se ha hablado incluso de una liquidación de la dignidad, la autoridad y las competencias del Estado.

I. El pluralismo como perturbación

Es obvio que la democracia no tiene el monopolio sobre tales organizaciones de intereses y grupos de influencia, ya que en toda asociación de dominación hay fuerzas en pugna mutua. También en los Estados monopartidistas existen agrupaciones rivales entre los altos funcionarios. Algo similar es aplicable a la Iglesia Católica, a pesar de su estructura rigurosamente jerárquica y de que su orientación doctrinal es uniforme en gran medida. No obstante, en dichas formas de dominación, los partidismos aparecen como cuerpos extraños, como factores de perturbación. Hobbes, a quien su época impartiera una enérgica lección sobre la faz oscura de los partidos políticos y religiosos, y que buscaba, el remedio en un poder estatal fuerte era un opositor decidido de las corporaciones porque son, en cierto modo, como estados menores en el seno de uno más grande, como gusanos en las entrañas de los hombres (*Leviatán*, cap. 29). El gobernante debería disolver y dispersar los partidos, pues si las corporaciones se enfrentan unas a otras en el estado de naturaleza, y este es un estado de guerra, el gover-

nante que admite diferentes bandos, actúa como aquel que abre las puertas al enemigo (*De cive*, cap. 13, No. 13). Para la imagen del Estado autoritario, el pluralismo se presenta como fenómeno de decadencia.

II. El pluralismo como principio estructural constitutivo (El compromiso como forma de vida)

J. Wössner, Die ordnungspolitische Bedeutung des Verbandswesens. 1961; *Scheuner St.*, 135 ss.; *D. Göldner*, Integration und Pluralismus im demokr. Rechtsstaat, 197.

Sobre 1: *J. A. Schumpeter*, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie (ingl. 1942) al. 1972, caps. 21-23; *K. J. Arrow*, Social Choice and Individual Values. 1951. 1966; *Krüger*, 288 ss.; *Ch. Lindblom*, The Intelligence of Democracy, 1965; *Hochschule Speyer* (ed.), Wohl der Allgemeinheit und öffentlichen Interessen, 1968, 13 ss., 32 ss.

Sobre 2: § 28 II; *J. Goebbels*, Der Angriff, Aufsätze aus der Kampfzeit, 1935; *K. R. Popper*, La sociedad abierta y sus enemigos (ingl. 1954, al 1975) esp. 1957; *Maunz-Zippelius*, §§ 7 III, 22, 45 I; *Krüger*, 178 ss.; *K. Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972; *Steinberger* (citado en el § 42 I), 196 ss.; *G. Püttner*, Toleranz als Verfassungsprinzip, 1977; *Stern*, §§ 6 III, 16.

Sobre 3: § 23 II 2 (iniciativas ciudadanas); *A. Oberschall*, Locker strukturierter kollektiver Konflikt, PVS 1978, 497 ss.

1. La búsqueda de compromisos susceptibles de consenso.

Los grupos de intereses en competencia aparecen como elemento constitutivo en el modelo del Estado liberal-democrático. Entre los intereses y opiniones antagónicas que están presentes en la sociedad debe allanarse un compromiso.

La compensación de intereses se efectúa según el esquema, ya descrito, de la depuración "escalonada" o "cooperativa" de conflictos (§ 3 I); ya en el campo previo del proceso político, los intereses se organizan (II 3), son confrontados y articulados según se juzguen dignos de ser satisfechos, y en no pocas ocasiones, se realiza una mediación entre las extremas de los grupos. Así articulados, los intereses son presentados en el foro de los partidos políticos y se buscan compromisos entre los antagonismos que en ellos llegan a manifestarse (III, VI, 2). El resultado de los compromisos surgidos dentro de uno u otro partido, dependerá de la fuerza con que se hagan valer los diversos grupos. Las divergencias restantes son primeramente negociadas entre los partidos en el plano parlamentario y resueltas después por mayoría. Las diferencias de fondo, por ejemplo, sobre los lineamientos de la política social, pasan finalmente a ser tema electoral y objeto de la decisión de los electores. Estos aprobarán la regulación de intereses adoptada o proyectada por la

mayoría en el gobierno, o bien, darán preferencia a la alternativa presentada por otro partido.

Desde la perspectiva del Estado, esto es, la del sistema político total, se plantea el problema de tomar en consideración, tan ampliamente como sea posible, los intereses y opiniones presentes en la comunidad, de sopesarlas justamente entre sí y de buscar un óptimo en su satisfacción (V 1; § 27). La tarea de hallar un compromiso susceptible de consenso entre intereses diversos, así como el ponderar aquellos que son incompatibles, es objeto de la teoría sociológica de las decisiones (Lindblom 1965, 205 ss., 226 ss.). Bajo el aspecto jurídico, es tema central de la jurisprudencia de intereses (Zippelius GuR cap. 11 d). Las metas políticas también se aclaran y transforman en la polémica continua entre fuerzas sociales, intereses e ideas encontradas (BVerfGE 5, 135, 198). Por esta vía se espera poder alcanzar "la mayor felicidad del mayor número", "el máximo componible de la satisfacción de intereses a lograr en la vida comunitaria" (Mezger). Tal teoría de la democracia no considera al "bien común" como dado de antemano, sino como algo que resulta en buena parte, de la discusión y el compromiso.

Con todo, estas discusiones no se efectúan en un proceso completamente racional. Carecemos de magnitudes iniciales (del provecho individual) que sean exactamente mensurables y comparables, según las cuales pudiera calcularse el "máximo componible de la satisfacción de intereses". Tampoco es posible encuadrar en un orden racional y coherente (Arrow) las diversas preferencias (orden jerárquico de deseos) de una mayoría de personas. Asimismo, es de dudarse que los ciudadanos en general estén siempre en aptitud de conocer y comprobar cuál acción política favorece sus "verdaderos" intereses (Schumpeter). Esta desconfianza concierne a la cuestión fundamental de si la forma democrática de Estado es apta, en suma, para la regulación óptima de intereses. En este punto, únicamente representa un problema el cómo llegar a una optimización de la satisfacción de intereses que sea susceptible de comprobación racional. Sin embargo, nadie posee una fórmula racional convincente sobre el mayor "bien común", que pudiera oponerse, como mejor alternativa, al compromiso democrático.

Y, en todo caso, bajo el aspecto democrático de la mayor autonomía posible (es decir, la máxima participación) de los interesados, las discusiones y los compromisos abiertos constituyen la forma legítima de la regulación de intereses (§ 17 III). Quien quiera democracia, debe conceder a cada uno una oportunidad, igual por principio, de hacer valer su opinión e intereses conforme a las reglas de juego de la democracia.

2. **Competencia abierta de los intereses y las opiniones.** El modelo de la sociedad pluralista, que concede a una variedad de grupos concurrentes la posibilidad de un desarrollo independiente, tiene como contraparte a la sociedad centralmente manipulada y uniformada. El modelo pluralista corresponde al postulado ético de garantizar al mayor número posible de seres humanos el grado de desarrollo personal autónomo que sea compatible con los intereses, igualmente legítimos, de sus conciudadanos. A través de una mayor diferenciación y libertad de acción, ofrece también superiores oportunidades de desarrollo y múltiples posibilidades de experimentar con ideas y formas de vida social, eliminando así lo menos acreditado. Mantiene vigente, en alto grado, el gran proceso de "trial and error" a través del cual se desarrollan el conocimiento y la civilización humanos (cfr. § 3 III). Sin embargo también encubre peligros, pues la escasa perspectiva del compromiso menos malo, que de momento ofrece la máxima satisfacción de intereses, desplaza fácilmente la previsión para un futuro lejano (§ 42 I).

El Estado pluralista introduce como elementos constitutivos en el proceso político una multiplicidad de factores étnicos; económicos, religiosos e ideológicos, que de este modo obtienen la oportunidad de manifestarse políticamente. Esta oportunidad abierta puede caracterizarse también como el hecho de que el Estado no se identifique, desde un principio, con intereses y opiniones específicos — por ejemplo, con los intereses de una determinada nacionalidad o clase, o con las concepciones de una determinada confesión religiosa o ideología — y rechaza o elimina a las demás. Quien aboga en favor de la identificación del Estado con determinadas ideas "quizá espera, calladamente, que el Estado se decida precisa y exclusivamente por las suyas. Pero es claro que puede ocurrir justamente lo contrario. Desde el punto de vista del ciudadano y de sus ideales personales, el Estado que no toma partido representa prácticamente la mejor solución posible: si bien el ciudadano debe renunciar a que el Estado inscriba en sus banderas los ideales que le son caros, y a que los imponga con sus medios sobre los indiferentes y los que piensan en forma distinta, incluso por la fuerza, a cambio de esto, puede estar seguro que no correrá la suerte que habría destinado a otros" (Krüger, 184).

Ejemplos de cómo la "tolerancia" estatal se convirtió verdaderamente en una fórmula que permitió la supervivencia de una comunidad, fueron la Paz de Augsburgo y la Paz de Westfalia, en que el *Reich* alemán renunció a identificarse exclusivamente con alguna de las confesiones religiosas. En la evolución del Estado moderno se advierte, en términos generales, un proceso creciente de eliminación de concepciones e intereses es-

pecíficos del catálogo de aquellos con que se identifica el Estado y por tanto, una ampliación del horizonte de intereses y opiniones que tienen cabida en él. Sin embargo, con estas tendencias progresistas se mezclan otras regresivas, que las sustituyen; tal enseña, por ejemplo, la historia del movimiento del Estado nacional.

Toda disposición a "mantener abierto" el proceso político encuentra su frontera última en el hecho de que toda constitución estatal ha de operar por un determinado orden político fundamental y por ciertos principios políticos básicos, que constituyen el esqueleto fundamental de integración de esa comunidad jurídica (§ 84 II). En otras palabras: la aceptación de divergencias puede darse solamente en el marco de un consenso básico y de las reglas fundamentales de la convivencia que se apoyan en éste. La primera y fundamental "regla de juego" de una sociedad abierta debe ser, en este sentido, el respeto y la salvaguarda permanentes de la igualdad de cada uno en dignidad y capacidad de participación, es decir, que el orden constitucional de democracia y libertad humana no sea puesto en peligro. Ésta es la promesa en la que se basa generalmente la legitimidad de la sociedad abierta: que cualquiera tenga, en principio, igual capacidad de participación en la formación de la opinión pública y, en general, en el proceso político. Con razón la Ley Fundamental de Bonn declara como principio constitucional intocable, y no revisable, el orden fundamental de libertad y democracia que respeta la dignidad humana de cada individuo (arts. 1, 18, 20, 21, 79, inciso 3 LF). Dejar a disposición de las decisiones políticas fundamentales significaría tanto como una invitación a la revuelta, es decir, sería la rendición del sistema político.

A través de sus decisiones políticas fundamentales la democracia en libertad otorga un mayor campo de acción al desenvolvimiento pluralista de opiniones e intereses de lo que permiten los estados dirigistas. Sin embargo, si pretende afirmarse como orden libre, solamente podrá conceder un margen de acción. Aquí actúa una ley fundamental de la política, en el sentido de que la libertad en el Estado sólo puede optimizarse, pero no radicalizarse; que debe tener límites si a largo plazo ha de preservarse tanta libertad para el mayor número como sea posible (§ 28 II, 1o, 29 III, 34 I 2). Dentro de esos límites (compárese también por los arts. 18 y 21, inciso 2 LF), es posible y necesario que en la democracia pluralista los variados intereses y opiniones se manifiesten continuamente, se armonicen y pongan de acuerdo.

La idea de armar ciertos límites a la libertad, incluso en la sociedad abierta, no nació de reflexiones teóricas. La verdad es;

ra lección provino de la destrucción de la República de Weimar por las fuerzas radicales, que emplearon los medios que les ofrecía la sociedad abierta para aniquilarla. Ya en el año de 1928 describía Goebbels este proceso en los siguientes términos: "Entramos en el Reichstag para aprovisionarnos en el arsenal de la democracia con sus propias armas. Seremos diputados del Reichstag para paralizar el credo de Weimar con su propio apoyo. Si la democracia es tan torpe como para concedernos dietas y transporte gratis a cambio de este favor, es asunto suyo. No hemos de quebrarnos la cabeza por ello. Todo medio legal nos conviene para subvertir la situación actual. Exigimos convicción, entrega, pasión! El voto no es para nosotros más que un medio auxiliar. Entraremos en el parlamento... con paso sólido, a él llevaremos la voluntad revolucionaria de las masas populares. No venimos como amigos ni como neutrales. Venimos como enemigos! Así contra el dolo se introduce en el rebaño de ovejas, así venimos nosotros" (1935, 71-66).

3. **Organización de los intereses.** Abandonado a sus propios medios, el individuo es incapaz de hacer valer suficientemente sus intereses y opiniones personales. Por ello, debe buscarse asociarse con simpatizantes y con aquellos que tengan iguales intereses, que él, con el fin de imponer una opinión o intereses determinados con fuerza unificada. Dicha organización de los intereses no sólo es necesaria para su articulación, sino también para conceder cierta igualdad de oportunidades a los intereses en pugna. Un ejemplo histórico de esta lucha por la igualdad de oportunidades es la organización de los obreros en sindicatos con el fin de tener una posibilidad de imponerse a los entonces prepotentes empresarios.

En tanto que instrumentos para la articulación de intereses y la agrupación de interesados, las asociaciones de intereses desempeñan, asimismo, la importante función de contribuir a la preconstitución de la voluntad política del pueblo. En este sentido, se hallan bajo la protección jurídico-constitucional de la libertad de asociación y asamblea, y particularmente, de la libertad de coalición y de reunión religiosa, de la libertad de opinión y de conciencia. Así, aparte de la representación del pueblo a través de los órganos estatales electivos, nace una representación meramente fáctica de los intereses, por medio de las asociaciones, que buscan influir sobre las decisiones de los órganos del Estado. Las organizaciones de intereses se distinguen de los partidos políticos en la limitación de su actividad y metas. (La particularidad de los partidos consiste en que la diferencia de las asociaciones de intereses, se proponen como fin inmediato obtener para sus candidatos, con motivo de las

elecciones un escaño en el parlamento y, en lo posible, nombrar por esta vía también a los miembros del gobierno y otros altos órganos del Estado.)

Al lado de las organizaciones permanentes de intereses, creadas para la defensa de intereses particulares duraderos, surgen espontáneamente agrupaciones estructuradas con menor rigidez, que hacen uso de las "iniciativas ciudadanas" con motivo de conflictos concretos de intereses, para lograr, *hic et nunc*, ciertos objetivos, disolviéndose después. Se conciben generalmente como representantes de un interés general o preponderante de la comunidad (que a menudo es una corporación territorialmente muy reducida) y, por lo mismo, como órganos de democracia directa. De conformidad con esto, buscan lograr algún efecto, sobre todo mediante la movilización de la opinión pública (III). Las iniciativas ciudadanas resultan ser expresión de intereses meramente particulares cuando, a través de minorías activistas, pretenden influir en forma desproporcionada sobre las decisiones administrativas. También las iniciativas ciudadanas que representan a la mayoría de una región circunscrita, pueden manifestar un mero interés particular cuando, desde una perspectiva suprarregional, éste deba ser sopesado frente a otros intereses a tomar en cuenta en este nivel. Ejemplos de decisiones que tienen una repercusión suprarregional son la planeación de importantes vías de comunicación o de universidades, aeropuertos y centrales nucleares. También en estos casos, no menos que cuando se trata de intereses especiales organizados en asociaciones, se plantea como tarea la de equilibrar los intereses particulares mediante una instancia supraordinada.

La organización de intereses y opiniones particulares no solamente favorece su articulación en el campo previo de la formación democrática de la voluntad política, sino que también contribuye al equilibrio de los poderes. En la colaboración o el antagonismo de los grupos de interés y opinión (v.g. de empresarios y asociaciones obreras en cuestiones de política social, o de las iglesias, los liberales y los socialistas tratándose de asuntos de política cultural) implica un control de poder que no debe subestimarse, y, por lo mismo, una garantía de la libertad. Cuanto más deficientemente funcione, como esquema de equilibrio, la separación organizativa de los poderes ejecutivo y legislativo porque ambos órganos se hallen bajo la influencia determinante de un mismo partido, tanto más indispensable será el balance de los grupos pluralistas de poder, que se limitan y controlan mutuamente (§ 31 IV).

III. Técnicas de la influencia pluralista

V. O. Key (citado en el § 42 III); Th. Eschenburg, *Ämterpatronage*, 1961; V. Gräfin Bethusy-Huc, *Demokratie und Interessenpolitik*, 1962; F. Fischer, *Die institutionalisierte Vertretung der Verbände in der EWG*, 1965; J. Deakin, *The Lobbyists*, 1966; G. Kocher, *Verbandseinfluss auf die Gesetzgebung*, 1970, ²1972, 187 ss.; H. Kaack (citado en el § 23 III), 451 ss., 621 ss.; M. Wambach, *Verbändestaat und Parteienoligopol*, 1971; D. Vöpel, *Rechtlicher Einfluss von Wirtschaftsgruppen auf die Staatsgestaltung*, 1972; F. Knöpfle, *Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung*, DVBl. 1974, 707 ss.; E.P. Müller, *Die Sozioökonom. und verbandl. Struktur des VIII. Dt. Bundestages*, 1977; J. Raschke, *Organisierter Konflikt in westeuropäischen Parteien*, 1977; H. Adam, *Der Einfluss der Industrie- und Handelskammern auf polit. Entscheidungsprozesse*, 1979, *Die Europäischen Interessenverbände und ihre Beziehungen zum Wirtschafts- und Sozialausschuss*, 1980 (EG-Dokumentation).

Para realizar sus objetivos, los grupos buscan y ejercen influencia sobre el poder del Estado, por ejemplo, al introducirse directamente en sus órganos y al ocupar sus funcionarios escños parlamentarios o cargos en el gobierno y la administración, o en forma mediata, influyendo sobre los diputados o los titulares del poder ejecutivo.

El camino preferido en los parlamentos modernos consiste en "proyectar" a los "activistas" propios hacia los órganos del Estado. Cuando el sistema de elección proporcional concede alguna oportunidad a los partidos fragmentarios, se crean en ocasiones partidos políticos en función de intereses especiales, como los de refugiados o campesinos. Sobre todo se encuentran cada vez más funcionarios de las asociaciones dentro de los grandes partidos políticos. Así por ejemplo, se toma ya en cuenta a los sindicatos, asociaciones campesinas y uniones empresariales para la elaboración de las listas de candidatos (Kaack 1971, 622 ss.). Debido a tales prácticas, la norma constitucional que estipula que los diputados son representantes del pueblo en su conjunto y que no están sujetos a un mandato particular, viene a ser más y más una farsa. Sin embargo, también se ejerce influencia sobre la ocupación de los cargos del ejecutivo. Dicho "patrocinio de los cargos" (*Ämterpatronage*) no sólo es útil para colocar y recompensar a los adeptos leales y, en consecuencia, para reclutar miembros indirectamente, sino que actualmente los partidos y demás grupos tienen un interés de primer plano en colocar a gente de su línea en posiciones clave, para asegurarse influencia sobre las decisiones de la autoridad en relación con personas y asuntos, así como el acceso a información importante. En ocasiones, algunas asociaciones consideran, con toda ingenuidad, que ciertos cargos o dependencias de la autoridad que están relacionados con sus

intereses, son en algún modo un "bien doméstico"; la asociación pretende que dicho cargo lo ocupe alguien proveniente de sus filas o que al menos sea *persona grata* (Eschenburg 1961, 12 ss.). Hoy día se ha legalizado ya la entrada de los grupos de intereses en los órganos públicos, cuando existe una representación de profesionistas en los órganos constitucionales. Como ejemplos en este sentido pueden citarse el Consejo Económico y Social de la Quinta República francesa y los Senados bávaro e irlandés. En la administración y la jurisdicción participan algunas veces en el proceso de decisión los representantes de intereses próximos, en calidad de miembros de un comité o como jueces legos (más al respecto, VI 2).

Otro procedimiento opta por influir desde el exterior sobre la acción de los órganos del Estado, nuevamente en las formas más variada. Un método eficaz para influir sobre el poder estatal es el *lobbyism*, que recibe su nombre del *lobby* o vestíbulo del parlamento en el que se propone a alguno de los diputados una conversación confidencial. Obviamente, las técnicas mencionadas se han perfeccionado. Así, por ejemplo, las oficinas de los grupos de intereses pueden elaborar material de asistencia informativa para los comités parlamentarios. Los deseos de los interesados reciben énfasis mediante las contribuciones electorales y otras ayudas financieras a las arcas de los partidos. También tienen mucho que ver los "contactos" sostenidos con los miembros del gobierno y con los puestos clave de la burocracia. Con menos reservas se aboga actualmente la difundida práctica de que los ministros escuchen primero a todas las organizaciones afectadas por los proyectos de ley o medidas administrativas radicales, con la intención, del todo legítima, de obtener información tan detallada como sea posible, sobre el estado de cosas a regular y los intereses presentes, así como para hallar un equilibrio entre éstos. En estos casos se evita, en alguna medida, la influencia unilateral de los intereses a través del amplio espectro de las opiniones recabadas (que obviamente son incapaces, por sí solas, de hacer valer, en forma suficiente, intereses contradictorios); además, por el hecho de que la autoridad competente ya esté compenetrada ampliamente de la situación material y de los intereses, así como por la participación de otras dependencias y departamentos; finalmente por el hecho de que en lo personal, un empleado vitalicio no depende del favor de grupos particulares en igual medida que un diputado que espera reelegirse. Asimismo, ya se ha institucionalizado la deliberación como forma de ejercer influencia, mediante la creación de consejos consultivos en que están representadas las asociaciones de intereses. Los partidos políticos desempeñan un importante papel de

mediación en la acción de influencia de los intereses. Son una articulación importante dentro del proceso político, que media entre los intereses presentes en la sociedad (especialmente entre los organizados), pues ellos mismos están expuestos a la influencia de los interesados, a quienes (en tanto que votantes potenciales, "opinion leaders", donantes o detentadores de importantes medios de presión) deben tomar en cuenta y satisfacer en el mayor grado posible, si han de asegurar sus propias oportunidades. Dentro de los partidos mismos se dedica una buena cantidad de trabajo a la búsqueda de compromisos aceptables para intereses y opiniones influyentes, y a resolver los conflictos que se originan entre sus portavoces y representantes. Los partidos mismos, o al menos grandes partidos de masas, funcionan como instrumentos de la depuración organizada de conflictos (II 1). Los resultados de la formación de la voluntad en los partidos se traducen en el influjo múltiple que éstos ejercen sobre la ocupación de posiciones en el Estado y sobre la actividad estatal misma. En esa forma, los partidos mediatizan la intervención de las asociaciones en los cargos públicos y su influencia sobre las decisiones estatales. Iguales consecuencias produce la práctica, ya mencionada, de tomar en consideración los deseos de organizaciones importantes para la elaboración de las listas de candidatos a las elecciones parlamentarias.

También se intenta influir indirectamente sobre el poder estatal a través de la opinión pública, que se pretende movilizar por conducto de la prensa y otros medios de las "public relations" (§ 28 IV). Las iniciativas ciudadanas prefieren causar sensación, con lo cual movilizan a la opinión pública y presionan al poder estatal y a la administración en particular.

Finalmente, el chantaje político es particularmente grave como forma de ejercer influencia, tal práctica pertenece a la patología del Estado pluralista y de ella trataremos después con mayor detalle (IV 4b).

Dondequiera que el poder soberano institucionalizado se extienda, le siguen como sombras las asociaciones de intereses y su influjo: cuando se transfieren competencias soberanas a las organizaciones supranacionales, los grupos de intereses actúan allí en igual medida que en el ámbito interno del Estado.

IV. El peligro de disolución del poder político

W. Hennis et al. (eds.), *Regierbarkeit*, I 1977, 225 ss., 296 ss. II 1979, 139 ss., 177 ss., 334 ss., 375 ss.; W. Leisner, *Die demokratische Anarchie*, 1982.

Sobre S. Krüger, 410 ss.; J. K. Galbraith (citado en el § 35), caps. 5, 12, 17, 19, 24 s.

1. Permanencia de la unidad jurídica del poder estatal. De ninguna manera puede hablarse de la disolución de la unidad jurídica del poder estatal. Bajo el aspecto meramente jurídico, el poder del Estado se presenta como poder plasmado en un sistema de competencias jurídicas (§ 9 III 3). Para trasladar las aspiraciones de las fuerzas políticas y sociales a la realidad jurídica, se requiere una ley, un acto administrativo o algún otro acto jurídico en el que se equilibren los intereses e influencias más diversos. Así, por ejemplo, una ley puede ser la resultante de las múltiples fuerzas económicas, ideológicas y religiosas, que chocan entre sí en el cuerpo legislativo. Las competencias jurídicas son los instrumentos para decidir jurídicamente los conflictos de los intereses sociales. En el Estado moderno, estas competencias integran un sistema homogéneo y sujeto a una misma supremacía de competencias. En pocas palabras, la indiscutible pluralidad de las fuerzas políticas y sociales desenvuelve su eficacia jurídica en un orden homogéneo de competencias de derecho público.

Por el hecho de que el orden jurídico tenga dispuestos competencias y procedimientos dentro de los cuales se resuelven los conflictos, se logra socialmente un cierto grado de integración funcional. El orden jurídico actúa como esquema de canalización y coordinación específicas de los intereses e influencias presentes en una sociedad. Si éstos pretenden eficacia jurídica, deben manifestarse por intermediación de las competencias jurídicas. De este modo permiten el surgimiento de una estructura de normas jurídicas de conducta, cuyo cumplimiento es garantizado por la acción organizada de la autoridad. Mientras no posean la fuerza para romper revolucionariamente el orden jurídico y constitucional vigente, los poderes sociales se ven precisados a ejercer su influencia dentro de este esquema, y dada la plena organización del aparato de poder del Estado moderno — no podrían escapar, de hecho, a la aplicación del derecho estatal.

Con el transcurso del tiempo, el derecho actúa en otro sentido como un factor estabilizador, a saber, por el hecho de que siempre avanza detrás de los cambios en las fluctuantes constelaciones de intereses y opiniones, en virtud del formalismo y la "racionalidad" del procedimiento legislativo. Así impide también que cualquier tendencia o trivialidad del momento se conviertan en regla de conducta jurídicamente obligatoria.

2. La limitación de la función real de ordenación del Estado. En el Estado pluralista "abierto", no tiene lugar la consolidación estatalmente dirigida, de los poderes sociales en el propio ámbito social, ya que estas fuerzas, cuya influencia se hace sentir en el proceso político, no han integrado todavía una

estructura homogénea de poder en el campo previo al derecho; las concepciones presentadas en este proceso no surgen de una concepción política global preconstituida, sino que gobernar y legislar implican, en el Estado pluralista, la negociación continua, caso por caso, de los compromisos entre fuerzas y opiniones encontradas.

La viabilidad y capacidad de acción de un sistema pluralista no dependen menos de aquellos factores que facilitan o entorpecen los compromisos de esta clase:

Por lo regular, será más difícil abrirles camino cuanto más extremos sean los antagonismos de intereses y opiniones en una comunidad; es por ello que la filosofía social ha exigido siempre un equilibrio de las relaciones sociales, y en particular de las económicas, entre los ciudadanos (*Zippelius Gesch* Caps. 2c, 3a, 10, 17a).

Un compromiso se dificulta más, en la medida que los grupos estén menos dispuestos a establecerlo, cuando menos se inclinen a respetar opiniones e intereses opuestos, cuanto más intolerantes sean y, en especial, cuanto más fuerte sea su impulso misionero.

El sistema de regulación ordenada de los intereses sufre una sobrecarga en forma particularmente crítica, cuando los individuos y los grupos no están ya dispuestos a obedecer las reglas de juego establecidas en esa comunidad jurídica para la solución de conflictos.

Además, la función del sistema pluralista, consistente en el procesamiento de las contradicciones de opiniones e intereses y en la búsqueda de una compensación aceptable entre ellos, sufre un mayor desgaste cuanto más inestable sea la situación social, cuanto mayor sea la rapidez con que se transforman las circunstancias, especialmente las económicas y las representaciones valorativas dominantes; ya que con igual celeridad deberán hallarse y negociarse soluciones a los imprevisibles conflictos de opiniones e intereses que sean aceptadas por la mayoría de los partícipes; tanto más inestables se vuelven las agrupaciones de intereses y opiniones que actúan como factores de integración en el sistema social.

3. La disposición de las asociaciones sobre los hechos relevantes para la política social. Aun en la vida política cotidiana, los poderes no estatales ejercen un control previo sobre los hechos fundamentales de la política social, ya que el Estado moderno se ha impuesto como tarea, por ejemplo, procurar la estabilidad de precios, la plena ocupación del equilibrio económico externo, un crecimiento económico adecuado y la

justicia social, incluso una justa distribución del producto social (§ 35-III). Sin embargo, los poderes no estatales disponen también sobre las bases esenciales de la política económica y social. El ejemplo más significativo de ello son las estipulaciones de las partes contratantes, quienes determinan ampliamente gracias a la autonomía contractual (esto es, el poder de regulación que les otorga el Estado) sobre las condiciones de trabajo y de vida de una buena parte de la población. Loewenstein exagera notoriamente al afirmar: "Los grupos pluralistas se han convertido, en lo que atañe a sus miembros, en un verdadero gobierno que establece las normas sociales y profesionales... y extienden su influencia también a todos los miembros de la misma rama profesional, aun en el caso de que no estén unidos al grupo" (VL, 387; TC, 440 s.). En vista de la dimensión de los estados de cosas afectados, tales regulaciones tienen trascendencia económica y social para toda la colectividad. Mediante sus acuerdos sobre salarios y jornada laboral, las partes contratantes deciden, en medida considerable, la distribución del producto social, la liberación del poder de compra y, en forma indirecta, el comportamiento de los precios, la competitividad en el exterior, la disposición a invertir, y la creación de plazas de trabajo. En otras palabras, establecen situaciones decisivas, pero por cuyos resultados debe responder más tarde el Estado. Este ejemplo podría compararse con el poder de disposición de las grandes empresas que describe Galbraith. En estos casos se pone de manifiesto la falta de lógica de un sistema en el que el Estado se propone ciertas tareas, pero a la vez que renuncia a los instrumentos de decisión para lograrlas.

Después habrá que someter a discusión las diversas salidas a aquel dilema (VI 2, 3): tanto las asociaciones participantes en el proceso político como sus modos de establecer compromisos podrían incorporarse, si es posible, en la estructura de las instituciones reguladas jurídicamente y controladas por la democracia y el Estado de Derecho. Además, entra en consideración una política de equilibrio permanente entre las fuerzas sociales y, en el caso de los contratantes, sobre todo una política que amigne sus antagonismos al otorgar derechos de decisión y participación a los trabajadores mismos, no a los sindicatos; así puede reducirse la necesidad de una organización de intereses unilateral y masiva y, por tanto, la importancia de las propias organizaciones.

A. Debilidades del Estado pluralista. La "apertura de oportunidades" a tantos intereses y opiniones como sea posible, característica de la democracia pluralista, su disposición al compromiso, a una negociación de los antagonismos y su vincu-

lación a las formas del Estado de Derecho, significan que la comunidad pluralista establece una "relación fracturada con el poder". Precisamente esto permite que, por un lado, el Estado de la "sociedad abierta" se presente como una forma de organización digna del hombre. Por otro lado, coloca a este Estado en una posición de capacidad de reacción disminuida frente a los poderes internos y externos que están prontos a recurrir a la violencia. Los éxitos de Hitler en su trato con opositores internos y externos ofrecen, en este sentido, un ejemplo que no ha perdido nada de su actualidad.

Aquella "tolerancia estructural" encubre el peligro, especialmente agudo en lo interno, de que las fuerzas particulares intenten someter a su poder al Estado, aprovechándose de su tolerancia, ya sea en forma total o sólo en cuanto a determinadas decisiones.

a) *Debilidad frente a la "toma del poder"*. En términos generales y no solamente bajo las condiciones de una estructura social pluralista, las minorías decididas y prontas a emplear la fuerza poseen una considerable oportunidad de imponerse a las mayorías, menos disciplinadas y menos dispuestas a recurrir a la violencia. Tal demostró, en un caso modelo, la ocupación de la administración comunal de París por los radicales el 10 de agosto de 1792, con la consiguiente influenciabilidad de la Asamblea Nacional, pero también, en especial, el régimen de la cerrada y feroz minoría jacobina, en la Convención Nacional que fuera electa tiempo después.

Aun sin la violencia directa, se les presenta a las minorías políticas, resueltas y rígidamente organizadas, la ensayada oportunidad de iniciar una "marcha a través de las instituciones" y, de este modo, controlar las posiciones clave y ocupar un sitio dominante, no apoyado en los intereses y opiniones de la mayoría, en una comunidad algo desorganizada desde el punto de vista social. En este sentido, la intervención de los cuadros revolucionarios apunta primordialmente hacia las posiciones clave en las fuerzas armadas, la economía y los medios de comunicación masiva; en el caso de una estrategia más duradera, también hacia las instituciones educativas. Los puntos de ataque preferidos son entonces los puestos de mando militar en la sede del gobierno, la directiva de los sindicatos, el personal de aquellas empresas desde las cuales se pueda perturbar sensiblemente la economía, las redacciones e importantes editoras de periódicos, así como el servicio técnico de las empresas de radio y televisión. A esto se agregan prácticas de organización, consistentes en movilizar sectores de la población, creando de este modo la apariencia de un amplio movimiento popu-

lar; así se busca legitimidad democrática y se oculta el hecho de que este movimiento carece del apoyo, expresado en las elecciones, de la mayoría del pueblo. Las maniobras de esta clase se han puesto a prueba en situaciones de transformación radical en el Estado y precisamente la tolerancia de la comunidad pluralista puede ofrecerles un punto de partida. Puesto que es posible llevarlas a cabo formalmente según las reglas de juego del Estado pluralista, a menudo éste se encuentra políticamente indefenso ante ellas.

b) *Extorsión*. La sociedad industrial altamente organizada es, además, propensa a las presiones. Debido a las múltiples interdependencias que se dan en ella, su capacidad de funcionamiento puede verse afectada en lo más sensible si determinados factores clave son perturbados o desactivados. Quien obtiene el control de estos factores, aprovechando la tolerancia del Estado pluralista, puede, por esta vía, presionar a los detentadores del poder estatal.

Un ejemplo corriente de ello (pero en modo alguno único), es la huelga enfocada hacia estos puntos neurálgicos, y con ayuda de la cual, un grupo relativamente pequeño logra una influencia claramente desproporcionada. Maniobras de este tipo causaron, por ejemplo, la sustitución del gabinete Heath en la Gran Bretaña, a principios de 1974. La huelga no solamente contribuye a crear igualdad de oportunidades entre fuerzas particulares, sino que, como "huelga política", sirve también para imponer a la mayoría la voluntad de una minoría. Se llega al punto crucial cuando gobierno y parlamento carecen de la posibilidad fáctica de conducir decisivamente los compromisos sociales. En este punto queda sin efecto el esquema de compensación democrática de los intereses, la cual exige que sean la mayoría del pueblo y sus representantes electos, y no los diversos grupos de intereses quienes determinen, en última instancia, la regulación de intereses que parece apropiada.

Para evitar que el proceso democrático deje de funcionar a causa de los poderes sociales particulares, el derecho estatal debe regular eficazmente sus posibilidades de acción (en nuestro ejemplo, significa limitar la huelga a su función legítima o garantizar una contienda equilibrada entre las fuerzas particulares), una tarea tanto más difícil de realizar cuando ya existen, de hecho, esas posibilidades de presión.

c) *Influencia de los poderes externos*. También los poderes externos pueden aprovechar las formas de presión descritas. La tolerancia, de las democracias pluralistas les concede buenas oportunidades de organizar y movilizar, a través de sus agentes, grupos de opinión y de acción que puedan ponerse al servicio

de sus objetivos de política exterior. En parte, agentes y simpatizantes logran infiltrarse en las instituciones de la sociedad pluralista, y en parte se busca influir sobre la opinión pública. Así, por ejemplo, al difundir consignas se logra que ciertos temas se sitúen en el punto central del interés público, o bien, infundir temores y despertar ilusiones. Aparte de los manifestantes y portadores de carteles, participan especialmente en este proceso los medios de comunicación masiva, que frecuentemente tienen un interés económico en informar sobre lo espectacular, con lo cual acaban por procurar a aquellas actividades la repercusión buscada. De una u otra manera —la influencia ejercida dentro y por medio de las instituciones pluralistas o sobre la opinión pública— las aspiraciones intervencionistas del exterior pueden transformarse, en el Estado pluralista, en medios de presión interna.

5. La “**sociedad abierta**”, una forma política amenazada. Una opinión antigua pero siempre reiterada, afirma que las formas liberales de Estado sólo tienen perspectivas de permanencia, si los individuos y las agrupaciones sociales no ejercen sus libertades en forma desconsiderada, sino con moderación y teniendo en mente las libertades e intereses legítimos de los demás; en suma, si persiguen sus intereses de modo razonable. Tal presupone un grado considerable de cultura política, a la cual corresponde también que el Estado impida a las minorías influyentes o ruidosas desactivar el esquema de la formación democrática de la voluntad política, esto es, la apoyada y legitimada por la mayoría y, en especial, que se defienda enérgicamente de los intentos de extorsión política.

No es posible estar muy seguros de que subsista esta amenazada forma de vida política. El Estado liberal de Derecho ha sido hasta el momento sólo un intermedio, aquí y allá, en el gran teatro del mundo, y es cierto que puede quedar en intermedio si a la larga resulta excesivamente pesado para los pueblos que, por otro lado, muchas veces se someten sin resistencia a los sistemas autoritarios. Sólo el futuro mostrará si el intento de llevar a la práctica la cultura política de la sociedad abierta bajo la forma de la democracia liberal del Estado de Derecho, no exige demasiado de la autodisciplina de los pueblos y de su *management* político y social (cfr. también el § 30 III).

V. El peligro de una satisfacción inadecuada de intereses

El poder real de disposición de las fuerzas particulares sobre los hechos políticamente relevantes, así como los casos extremos de toma de poder o extorsión, nos llevan a atender fundamen-

talmente un riesgo que en forma general es inherente a los sistemas pluralistas: que sea puesta en peligro aquella función del Estado que consiste en garantizar una regulación equilibrada y justa de los intereses.

1. La tarea de procurar una compensación justa de intereses. El punto de partida de esta reflexión es la idea de que en el proceso de compensación de los intereses sociales reside también un problema de justicia. En el ámbito de las ciencias puramente descriptivas nos habituamos a explicar y aceptar las fuerzas y sus efectos. Pero en el campo de la *praxis*, es decir, en la esfera de elección de la conducta humana, particularmente en el derecho y la política, se plantea siempre la cuestión de la justicia: por ejemplo, si sea correcto y apropiado satisfacer este interés, aun a costa de otros intereses concurrentes; igualmente se suscita una cuestión de procedimiento, es decir, si los intereses son satisfechos imparcialmente en una competencia leal. Nunca consideramos suficiente una compensación de intereses determinada por las relaciones de poder, sino que siempre nos aproximamos crítica y reflexivamente a esta regulación.

De las reflexiones que hemos expuesto hasta el momento se deduce la exigencia, aparentemente obvia, de garantizar cuando menos la igualdad de oportunidades y el control público en la realización de intereses, esto es, justicia procesal. Sin embargo, también debe decidirse con justicia el fondo mismo, en particular, hay que ponderar rectamente los intereses opuestos, y esto significa valorar.

Esta contraposición (de las necesidades fácticas, por un lado, y de la tarea de su regulación justa, por el otro) nos lleva, por lo pronto, a destacar una función específica del poder estatal organizado: si bien éste debe incorporar las motivaciones sociales en sus reglas obligatorias de conducta, de ahí le nace, sin embargo, el deber (no siempre cumplido) de establecer una compensación justa entre los intereses. En su contenido esencial, este postulado es el fundamento de la distinción clásica entre Estado y sociedad: el sistema de las necesidades es contrapuesto al Estado como institución en que habría de realizarse la justicia, la libertad y la igualdad de todos (§ 27).

Este dualismo plantea la búsqueda de una escala según la cual se mida lo que es una regulación justa de intereses, pero esta escala no puede residir en los intereses mismos que han de valorarse y regularse. Los principios para ordenar y ponderar correctamente los intereses no pueden hallarse exclusivamente en un mero modo de proceder, como por ejemplo, en las reglas del procedimiento legislativo parlamentario, ya que un procedimiento tal desemboca invariablemente en una decisión: así, la cuestión de cómo debía resolverse aceptablemente un conflic-

to de intereses y a cuáles de éstas deba dárseles preferencia (§ 16 II). Tampoco el concepto indeterminado de "bien común" contiene un criterio suficiente de lo que es justo (Zippelius RPh, § 16). La búsqueda de una pauta para la ponderación de intereses conduce, a final de cuentas, a las concepciones jurídicas y ético-sociales que prevalecen en la comunidad, es decir, aquellas que se basan en el consenso más amplio (Zippelius RPh, § 12 II; 22).

2. El peligro contra una compensación adecuada. La experiencia demuestra que los intereses presentes en la comunidad no siempre se hacen valer en forma "adecuada" o "proporcional", es decir, no en correspondencia con su situación real. A menudo no llegan a adquirir vigencia en la medida adecuada al número de los interesados y la importancia de sus intereses. Es particularmente obvio el peligro de que salgan perdiendo los intereses de las minorías estables (por ejemplo, raciales o religiosas). Sin embargo, es de mayor significación el hecho de que la representación de intereses particulares, como los de la agricultura o la industria del transporte, sea desproporcionadamente fuerte, mientras que los intereses comunes a todos o la mayoría de los ciudadanos son comparativamente más débiles en muchas ocasiones (por ejemplo, el interés de los contribuyentes en una menor carga fiscal y en un gasto público más austero, o bien, el interés de los consumidores en una oferta veraz de bienes de consumo).

En este punto rige la ley de que los intereses generales, es decir, los que todos los ciudadanos tienen en común, son más difíciles de organizar que los particulares, como en general los intereses comunes tienden en menor grado a despertar la solidaridad y el compromiso (Olson 1968). En ello radica un riesgo fundamental para la democracia pluralista y el cual no sólo repercute en el campo de la representación organizada de intereses: la inclinación de los ciudadanos a ocuparse preferentemente de sus intereses particulares dificulta a los gobernantes emprender una acción "política" (*staatsmännisch*) es decir, orientada sobre todo por los intereses comunes. Así por ejemplo, existe el peligro de que una gestión financiera ahorrativa por parte del Estado que favorece a todos los contribuyentes, tenga menos éxito en las elecciones parlamentarias, que un número de ventajas fiscales para grupos particulares, ventajas que a menudo no son equitativas y que no sólo pesan directamente sobre el presupuesto público, sino que también conducen a un oneroso gasto administrativo y, consecuentemente, a la dañina inflación del aparato burocrático. Los órganos estatales electos democráticamente deben tener en cuenta

la opinión de los votantes, si pretenden conservar su posibilidad de acción. En la democracia, una acción política que considere convenientemente los intereses generales, sólo puede realizarse en la medida en que reciba buena acogida entre los electores. Sin embargo, esto presupone un grado considerable de conocimiento y sentido cívicos, esto es, de cultura política (§ 42 I).

Obviamente las "inconveniencias" en la compensación de intereses en el Estado pluralista no son eliminadas por el hecho de que esta compensación se lleva a cabo en un procedimiento jurídicamente regulado (como el parlamentario). Una integración meramente funcional (consistente en que los poderes sociales logren regulaciones jurídicamente obligatorias por intermedio de los órganos estatales y sus competencias, IV) no excluye por sí el riesgo de que los mejor organizados, los activistas, aquellos con mayor empuje o los que tienen los mejores "contactos", impongan a través de las competencias jurídicas sus intereses particulares a costa de los demás. Las grandes asociaciones y sus burocracias no sólo se conducen como instancias públicas, de política social, económica, o de ética social, sino que también intentan adquirir una preeminencia que no les corresponde. El cuadro de los intereses realmente existentes puede verse deformado cuando, a menudo, la influencia de los grupos no se ejerce en una competencia abierta y bajo el control de la opinión pública, sino por vías ocultas, de manera que los intereses contrarios presentes no se movilizan a tiempo.

Las burocracias de asociación desempeñan un papel ambivalente en este acontecer: por un lado, son casi indispensables como oficinas de colaboradores expertos, familiarizados con las cuestiones jurídicas y la práctica del proceso político y que hacen valer técnica y oportunamente los intereses que representan en la compleja estructura de las relaciones sociales y económicas. Su intervención puede incluso dar origen a un cierto progreso en la satisfacción de intereses, especialmente, a una mediación entre las alas extremas de los intereses representados. Por otro lado, en no pocas ocasiones tienden a imponer unilateral y desconsideradamente los intereses que representan sobre los ajenos.

De este modo puede producirse una posición desventajosa inaceptable para aquellos cuyos intereses y opiniones están mal organizados, o no lo están del todo, y que no encuentran una representación enérgica en la vida pública. Quizá con alguna exageración, Karl Loewenstein llega a una conclusión realmente amarga: "Las verdaderas decisiones políticas, de las que dependen la existencia y el bienestar de las masas... las toman los todopoderosos grupos de intereses. La política misma se desenvuelve en el vacío en manos de *cliques* de partidos, profesionis-

tas y representantes al servicio de los intereses de la organización" (AÖR 77, 481).

En suma, la democracia enfrenta un dilema: por un lado, la moderna democracia de masas requiere de "puntos de cristalización" para los intereses y opiniones presentes. La "voz del pueblo" necesita articulación si no desea permanecer como vocerío indiferenciado. El pluralismo de los grupos de poder cumple también con la importante función de un equilibrio de fuerzas sociales. No obstante, el reverso de todo ello es que la organización de los intereses y opiniones presentes en el pueblo, distorsiona, a la vez, la imagen de estos intereses y crea oportunidades desiguales, para su satisfacción, porque grupos particulares adquieren una influencia que está fuera de proporción respecto de su verdadera participación en la totalidad de los intereses y opiniones existentes.

VI. Medidas de control contra estos peligros

§§ 29 II 2; *H. Krüger*, Offentliche Elemente der Unternehmensverfassung, en *H. Coing, J.H. Kaiser* (eds.), *Planung*, V 1971, 19 ss.; *F. Nicklisch*, Gesetzl. Anerkennung und Kontrolle von Verbandsmacht, en: *F. G. Schiedermaier*, 1976, 459 ss.; *K.v. Beyme*, Gewerkschaften und Arbeitsbeziehungen in kapitalist. Ländern, 1977, 101 ss., 198 ss.; *P. Saladin, H.J. Papier*, Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtl. Ordnung der Wirtschaft, VVDStRL 95 (1977), 7 ss.; *H. Lessmann*, Die Verbände in der Demokratie und ihre Regelungsprobleme, NJW 1978, 1545 ss.; *W. Schmidt*, Gesellschaftl. Machtbildung durch Verbände, en: *Der Staat*, 1978, 244 ss. (bibl.); *U.v. Alemann, R.G. Heinze* (eds.), *Verbände und Staat*, 1979; ² 1981.

Sobre 2: *Loewenstein* VL, 402 ss.; *R. Steinberg*, Zur Institutionalisierung des Verbandseinflusses in einem Bundeswirtschafts- und Sozialrat, DOV 1972, 837 ss.; *H.J. Schröder*, Gesetzgebung und Verbände, 1976; *K. Stern*, Zur Einführung eines Wirtschafts- und Sozialrates, JÖR 1976, 103 ss. (bibl.); *K. Winterhoff*, Histor. und vergl. Überblick über Modelle eines BWSR JÖR 1976, 115 ss.; *U.V. Alemann et al.*, Neo-Korporatismus, en: *ZParl* 1979, 469 ss.

Sobre 3: *E. Küng*, Eigentum und Eigentumspolitik, 1964; *E. Boettcher et al.*, Unternehmensverfassung als gesellschaftspolit. Forderung, 1968; *V. Emmerich*, Wettbewerbsrecht, 1975, 153 ss.; *W. Witjes*, Gewerkschaftl. Führungsgruppen, 1976, 177 ss., 214 ss.; *K. Scheller*, Demokratisierung der Verbände, 1976; *K. Popp*, Die Willensbildung innerhalb der Verbände, JÖR, 1977, 145 ss.; *R. Wimmer*, Brauchen wir ein Verbandesgesetz?, DVBl 1977, 401 ss.; *G. Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978; *R. Göhner*, Demokratische Willensbildung in privatrechtlichen Interessenverbänden, 1979; *W. Leisner*, Organisierte Opposition in Verbänden un Parteien?, ZRP 1979, 275 ss.

Sobre 4: *Maunz-Zippelius*, § 11 II (sobre el financiamiento de los partidos); *V. Langbein*, Die rechtliche Regelung des Lobbyismus in den Vereinigten Staaten, 1967; *K. Zweigert*, Parteienfinanzierung und Parteienfreiheit, en: *F.f. Arndt*, 1969, 499 ss.; *W. Wellner*, Parteienfinanzierung 1971, ² 1974; *U. Schleth*, Parteifinanz, 1973.

1. El principio del control del poder. El hecho de que el poder de intereses influyentes se desenvuelva en buena medida fuera del sistema de controles del Estado de Derecho y la democracia, forma parte del cuadro paradójico que siempre ofrecen los estados: por un lado, el sistema de los controles se extiende hasta los detalles políticamente insignificantes de la vida estatal, mientras que, por otro lado, estos controles abarcan en forma insuficiente a otros procesos de poder de relevancia considerable.

A grandes rasgos, esta discrepancia puede remediarse solamente si el derecho constitucional es adaptado continuamente a la transformación progresiva de los grupos y estructuras sociales de poder. Así se plantea en lo particular, la exigencia de incorporar en la estructura de las instituciones reguladas por el derecho y controladas, democráticamente a las asociaciones y organizaciones que participan en el proceso político. Así, por ejemplo, en correspondencia con este postulado, los partidos políticos, que se habían convertido en importantes factores de poder, fueron elevados en la República Federal de Alemania a la categoría de instituciones constitucionales y se les sujetó, a través del derecho electoral, a un control y una reglamentación jurídicos (art. 21 LF)^a.

Asimismo, la exigencia de que las asociaciones de intereses y otros poderes sociales sean controlados, parte de su misma posición de poder, esto es, del principio: que no haya poder sin un control que garantice sea tomada en consideración la totalidad de los intereses afectados. Entre las esferas del poder estatal institucionalizado, por un lado, y la privacidad individual, por el otro, se introducen hoy día agrupaciones, instituciones, empresas con poder suficiente para influir en alto grado sobre las condiciones de vida de la colectividad política. Si alguna de aquellas adquiere demasiada fuerza y supera a los demás poderes sociales en concurrencia, tendrá la oportunidad, ya descrita, de conferir una influencia desproporcionada a sus intereses particulares, e incluso, de extorsionar a los órganos constitucionales, dejando sin efecto, por tanto, el esquema de la compensación democrática de intereses (IV 3, 4, V 2). Independientemente de su naturaleza de "derecho privado", se trata aquí de fuerzas con relevancia política que, debido precisamente a su poder, justifican y requieren un mayor control, regulación y limitación por parte del Estado que el ámbito privado de la acción de los ciudadanos (§ 27 II 2). En vista del peligro de que la política caiga bajo la poderosa influencia de la gran industria o los sindicatos, y ante la amenazadora concentración, en la prensa y la radiodifusión, resulta de ello una tarea imperativa para el Estado industrializado. Solamente

cuando ésta sea llevada a cabo, quedará garantizada duraderamente una compensación de intereses equilibrada (es decir, proporcional) y democrática (esto es, apoyada en la voluntad mayoritaria de la colectividad).

2. Integración de la influencia de intereses en el proceso político. Existen ensayos, más o menos acreditados, de incorporar en forma equilibrada, la influencia de los intereses en la acción del Estado:

Según el modelo de los "Consejos económicos y sociales", los órganos constitucionales se integran con representantes de importantes grupos e instituciones sociales; se busca una representación de interés público y proporcional, dentro del marco de las competencias de estos órganos: tenemos ejemplos de ello en el Consejo Económico y Social francés (arts. 69 ss. de la Constitución francesa de 1958/63) y el Comité Social y Económico Conjunto de las Comunidades Europeas (arts. 4, 193 ss. del Tratado de la CEE; arts. 3, 165 ss. del Tratado de la Euratom). El conocido Senado bávaro posee funciones similares, pero sus facultades son más amplias (arts. 34 ss. de la Constitución de Baviera, de 1946), y en cuanto a organización y función, presenta varias semejanzas con la antigua Cámara Corporativa de Portugal (arts. 102 ss. de la Constitución portuguesa de 1933). En una segunda cámara se ha convertido el Senado irlandés, cuyas listas de candidatos son integradas de tal manera que las especialidades e intereses de las agrupaciones sociales relevantes estén representados en él (arts. 15, 18 ss. de la Constitución irlandesa de 1937/72); en la práctica, este esquema ha sido asfixiado por el de partidos, precisamente en razón de las importantes competencias formales de este cuerpo.

En ocasiones participan en la administración y la jurisdicción con facultades consultivas o también decisorias, los representantes de intereses próximos, en calidad de miembros de un comité o de asesores judiciales. Así, por ejemplo, en la República Federal de Alemania, los representantes de asociaciones de beneficencia, comunidades religiosas y uniones de beneficiarios de la ayuda social, intervienen consultivamente en los comités de asistencia social (§ 114, inciso 2 de la Ley federal de Asistencia social). En algunas ramas de la jurisdicción se permite que los representantes de los principales intereses afectados actúen como asesores en los tribunales colegiados. En la jurisdicción laboral se trata fundamentalmente de los representantes de las asociaciones de trabajadores y de patrones (Ley del Tribunal del Trabajo de la RFA). En la jurisdicción de la seguridad social son, por ejemplo, los representantes de los ase-

gurados y las asociaciones patronales, o de las cajas del seguro médico y las asociaciones médicas (Ley del Tribunal Social de la RFA).

Otro modelo está constituido por los "Consejos consultivos", integrados en forma equilibrada por los representantes de grupos diversos y que son anexados a determinados órganos estatales con una función meramente de asesoría.

La compensación "balanceada" de intereses concurrentes que es la más importante, tiene lugar, sin embargo, fuera de la organización estatal propiamente dicha en el marco de los partidos políticos, pues cuando los partidos de masas totalmente organizados dominan el proceso político, desempeñan la función de confrontar y definir intereses importantes en sus círculos de trabajo, así como la de promover compromisos entre intereses antagónicos (II 1, III). Aquí, el propio interés de los partidos los impulsa hacia una "retroalimentación democrática", es decir, a buscar compromisos de los que cabe suponer que serán aceptables para el mayor número de votantes; esto es válido sólo en la medida en que los compromisos sean dados a conocer y afecten el interés público.

3. Controles en el ámbito de los propios poderes sociales.

Otros controles se aplican ya en el campo de los poderes sociales mismos. En lo esencial, se trata de esquemas ya conocidos en la esfera de los poderes políticos.

Un sector de estos controles afecta la estructura interna de los poderes, y en este sentido, una de las metas consiste en que los poderes sociales se mantengan transparentes, y especialmente, en poner al descubierto su número de miembros, su organización y funcionamiento real, sus programas, su campo de actividades y sus principales puntos de influencia. Otro objetivo es la creación de estructuras democráticas internas, las cuales no solamente han de establecer un control, sino también la legitimación democrática de las actividades con relevancia social. Sin embargo, dicha "democratización" no puede realizarse de igual modo en todas las instituciones; conforme a su estructura, pueden "democratizarse" en mayor grado las organizaciones de masas que, al igual que los sindicatos, se conciben como representación de los intereses de miembros con iguales derechos; aun aquí, los funcionarios de la asociación deben tener un margen suficiente, para arreglar compromisos sensatos dentro de los conflictos de intereses sociales, evaluar lo "factible" en términos económicos y reducir a una medida razonable las opiniones y pretensiones extremas. Los componentes "gerenciales" deben ser considerablemente mayores en el ámbito de las empresas económicas, en interés de una gestión

empresarial racional y efectiva. En el ámbito de los medios privados de comunicación, la "democratización" interna iría a costa de la receptividad de los deseos y expectativas de los consumidores, ya que la retroalimentación con estas expectativas funciona primordialmente a través del mecanismo de mercado y, por tanto, según el cálculo comercial del editor (§ 28 IV 4c). Finalmente, las sociedades religiosas podrían rechazar una "democratización" decretada por el Estado como intromisión en su derecho de autonomía y buscar refugio en la libertad religiosa. También contribuiría al "control interno" y la prevención de la prepotencia del aparato, el fortalecimiento de la posición de las agrupaciones internas y la instauración de una "tutela de minorías" en la asociación.

Otro sector de los controles apunta hacia el equilibrio externo de los poderes sociales, en cuanto éstos deben mantenerse recíprocamente en jaque, al menos en una visión de conjunto. La exigencia de desconcentración y diversificación de los poderes sociales se halla en conexión con lo anterior. Posiblemente se encuentre aquí, en términos generales, el planteamiento más importante para contrarrestar el abuso de poder por las fuerzas sociales; si ya es indispensable la organización de los intereses y las opiniones sociales, de todas maneras debe evitarse la concentración excesiva del poder de la asociación, con el fin de que los representantes de intereses particulares no se hallen en situación de controlar previamente los datos esenciales de la política social, o bien, que extorsionen a los órganos estatales electos democráticamente, dejando sin efecto el esquema democrático de la compensación de intereses, apoyado por la voluntad mayoritaria.

Hasta el momento no existe más que una base insuficiente de controles estatales orientados hacia la descentralización, la competencia y el equilibrio de los poderes sociales. Entre estas medidas se cuenta una legislación sobre cárteles, que pretende evitar la condensación del poder económico, y una legislación sobre prensa y radiodifusión que haga frente a la concentración excesiva de las fuerzas que forman opinión (§ 28 IV 4). En este contexto se sitúa, asimismo, la exigencia de desacoplar las organizaciones económicas y las patronales y, por otro lado, limitar nuevamente las actividades de los sindicatos a sus fines de coalición y evitar una concentración desmedida del poder sindical. No menos debe procurarse que la participación y codeterminación de los trabajadores en la empresa se conviertan en instrumentos de la descentralización del poder social, y no en instrumentos de un dirigismo unilateral de los funcionarios concentrado en sindicatos únicos (IV 3).

La "discusión sobre monopolios" que desde hace tiempo se

desenvuelve en el ámbito de los medios de masas (§ 28 IV), debe también, *mutatis mutandis*, trasladarse al campo de los otros poderes sociales. Asegurar una pluralidad equilibrada de los poderes sociales (§ 29 I 3) implica una condición básica general para una vida en libertad dentro de la sociedad industrial, con el fin de que algunas fuerzas particulares, representantes de intereses u opiniones particulares, no adquieran una posición preeminente duradera.

Tampoco en este punto reside la solución en respuestas simples. La sociedad pluralista industrial depende, en gran parte, de la capacidad de integración de las grandes organizaciones. Tan pronto la cuestión social, por ejemplo, se convierte también en un problema de distribución entre diversos grupos de la clase trabajadora, el mantenimiento de la paz social estará determinadamente supeditado a que la organización sindical constituya un subsistema funcional de depuración integrada de conflictos respecto del ámbito total de los intereses obreros, para que algunos sindicatos desorganizados no promuevan una *bellum omnium contre omnes*. Mantener aquí el justo medio entre una insuficiente fuerza de integración de los sindicatos y la prepotencia sindical parece un acto de precario equilibrio.

Si se pretende impedir la concentración del poder social y las perturbaciones en la compensación justa de intereses que aquélla condiciona, habrá que evitar también la concentración de la riqueza y procurar su repartición equilibrada. Hasta el día de hoy no se ha hallado una solución plenamente satisfactoria a este postulado clásico de la teoría del Estado (IV 2), ya que el modelo radical del comunismo de bienes descuida la necesidad natural de llamar propio a algo. sobre todo la necesidad de un "dominio" propio, el comunismo consecuente tiene también que suplir con medios artificiales el estímulo natural a la iniciativa que supone poder gozar de los frutos del trabajo propio. Si mantiene la propiedad privada, el derecho fiscal tradicional no ofrece más que algunos instrumentos imperfectos para regular la riqueza, bajo la forma de impuestos al ingreso, al patrimonio y sobre herencias. Una creciente participación de los trabajadores en el capital de producción (por ejemplo, mediante salarios de inversión) puede contribuir a una distribución más amplia de la riqueza nacional y a contrarrestar, con mayor o menor éxito, la concentración patrimonial.

4. Controles de la influencia sobre los órganos del Estado. Una democracia liberal es incapaz de establecer plenamente controles en el ámbito social, en el grado necesario para impedir una satisfacción inadecuada de intereses. Por ello deben crearse controles adicionales en aquellos puntos en que la

influencia de los intereses incide sobre el sistema de regulación estatal (§ 27 II). El parlamento, el gobierno y particularmente la burocracia profesional del Estado, tienen el deber de actuar como factores de justa compensación (V 1). Deben admitir sólo el avance de los intereses que no vayan en demérito de la *justitia distributiva*. Aun donde los intereses mismos están representados en un órgano estatal, como el parlamento, los miembros que en concreto no tengan un interés inmediato, reciben una función "arbitral". También en ello se advierte la dualidad de Estado y poderes sociales. Sin embargo, estos postulados pueden traducirse en reglas e instituciones únicamente en un grado restringido:

Los poderes legislativo y ejecutivo deberían efectuar una confrontación, tan amplia como sea factible, de los intereses y opiniones presentes, sobre todo escuchar a los representantes de intereses opuestos y no fiarse de la información unilateral proporcionada por grupos activos. Bajo este aspecto es necesario, precisamente, que los diputados cuenten con la información técnica pertinente para obtener por sí mismos una visión de la respectiva situación de los intereses.

Donde exista la posibilidad técnica, por ejemplo en las deliberaciones legislativas o también ante los comités parlamentarios, los puntos de vista de los interesados deberían ser expuestos en audiencia pública, sometiéndolos al control público. También en la exposición de motivos de una ley, por ejemplo, debería aclararse ampliamente qué intereses y posturas ha tomado en consideración un órgano estatal y las razones que lo han llevado a la solución propuesta. Obviamente éstas no son más que muletas. Por experiencia la simple audiencia y negociación públicas de los deseos de los interesados no es impedimento a las presiones y negativas a puerta cerrada que podrían conducir al favorecimiento unilateral de algunos intereses. Siempre queda un amplio margen para introducir simples pretextos.

Un importante *desideratum* pide exponer las influencias ocultas de los grupos de intereses, que de este modo son llevadas a la luz de la crítica y el control públicos. La *Regulation of Lobbying Act* norteamericana de 1946, es un ejemplo de los esfuerzos tendientes a este objetivo. Esta ley dispone que todo aquel que desempeñe; a cambio de un salario, una actividad encaminada a la expedición o no expedición de leyes, debe inscribirse como *lobbyist* ante la Cámara de Representantes o el Senado. Al hacerlo, debe informar de su mandante, la duración de sus actividades, su remuneración, el género y el monto de sus gastos. Además, ha de presentar trimestralmente un informe sobre los principales ingresos y egresos, sobre los benefi-

ciarios y la finalidad de estos gastos, también sobre los proyectos de ley que se le ha comisionado apoyar o combatir. Todas estas declaraciones deben confirmarse mediante juramento, pueden ser examinadas públicamente y son divulgadas, cuatro veces por año, en el informe del Congreso. En la práctica, esto parece cubrir únicamente una fracción de las formas efectivas de ejercer influencia. El reglamento interno del Parlamento alemán (Anexo 1º) queda por debajo del modelo estadounidense.

Si se quiere liberar a los partidos de su dependencia económica frente a los intereses privados, o también frente a las potencias extranjeras, y se quiere cortar el mal de raíz, entonces no debe permitirse que sean financiados por donativos de particulares. Quien tolera lo particular como fundamento de existencia de las instituciones públicas, introduce la corrupción como elemento del sistema político.

Sin embargo, no es fácil cubrir el vacío resultante de la supresión de donativos, ya que, por experiencia, nunca son suficientes las cuotas de los miembros. A la financiación complementaria por parte del Estado puede objetársele que convierte a los partidos en "pupilos" de los órganos estatales (principalmente del parlamento), cuando estas por su parte, deben constituirse mediante la voluntad libre y pública del pueblo, con la participación de los partidos, esto es, en un proceso que no deben influenciar los propios órganos estatales (BVerfGE 20, 56 ss). De todas formas, existen modelos de promoción estatal que evitan estas fallas. Así, por ejemplo, se puede distribuir recursos del Estado entre los diversos partidos, en relación con los votos obtenidos en las elecciones pasadas, si bien es cierto que tal modo de repartición contribuye a consolidar una mayoría, ya establecida. Con el fin de impedir esto, en un sistema bipartidista es de considerarse el otorgamiento de fondos en igual cantidad al partido del gobierno y al de la oposición — un camino que, comprensiblemente, queda excluido en un sistema con varios partidos grandes. Finalmente, subsiste la objeción de que, a través de sus diputados, los partidos traten de adjudicarse magnánimamente los recursos públicos y de erigir grandes burocracias de partido con financiamiento del Estado.

Mientras sea lícito el financiamiento de los partidos mediante donativos, debe éste ser divulgado, para someterlo así al control público. Obviamente persiste la tendencia a encubrir los donativos de las asociaciones en favor de los partidos, así como la "ayuda" para elaborar las listas electorales. Un deber de exposición habrá de poner en claro la cuestión: entre cuáles partidos y grupos existen lazos, qué intereses hay que buscar

detrás de ciertas posiciones partidistas, según el lema "*cherchez le méçène*".

El proceso democrático aporta también un importante correctivo a la influencia inadecuada de intereses, cuando ésta es contraria a las representaciones ético-sociales y políticas dominantes, pues la atención o postergación inapropiadas de ciertos intereses es capaz de entrar en la conciencia pública, sobre todo gracias a los medios de comunicación masiva (§ 28 IV). Si esto acontece tan vigorosamente que pueda influir sobre la decisión de los votantes, habrá un motivo para buscar una compensación adecuada de intereses no sólo en los programas electorales, sino también en las decisiones actuales del parlamento y el gobierno (§ 23 II 3; 41 III 2).

§ 27. Estado y sociedad

Krüger, 341 ss., 526 ss.; *Leibholz StP*, 206 ss., 328 ss.; *Herzog*, 48 ss.; *E. Böckenförde* (ed.), *Staat und Gesellschaft*, 1976. (bibl.); *W. A. Kelso*, *American Democratic Theory-Pluralism and its Critics*, 1978.

El análisis del Estado pluralista ha mostrado justamente la posibilidad de extraer un sentido racional de la antigua contraposición de Estado y sociedad, ya que en la estructura de los grupos de intereses y de poder en pugna se advierte la necesidad de una instancia reguladora. No solamente se precisa canalizar y coordinar formalmente los intereses presentes en una sociedad por la vía de una estructura de normas de conducta obligatorias (§ 26 IV), sino establecer también mediante tal regulación, una compensación justa entre necesidades antagónicas (§ 26 V). El medio más importante para llevar a cabo esta regulación de intereses continúa siendo la diferenciación, amplia y efectiva, de las instancias que enfrentan a las fuerzas particulares de la sociedad con independencia y un poder superior de decisión.

Bajo otro aspecto, la polémica con el liberalismo habrá de mostrar el funcionamiento deficiente de la autorregulación de los procesos sociales, de los económicos en particular, y la necesidad de una instancia que intervenga correctivamente, para alcanzar el mayor grado de bienestar público y de justicia social (§§ 29 II; 35).

En la teoría anglosajona del pluralismo se hallan reflexiones similares: la mano reguladora del Estado debe establecer aquella compensación adecuada de intereses que, según las expectativas del liberalismo del *laissez-faire*, hubiera creado por sí mismo el libre juego de las fuerzas, pero que en realidad no llegó a producirse. Los órganos del Estado deben procurar que

Capítulo II. El aspecto de los poderes sociales .

§ 27. Estado y sociedad.....	265
§ 28. La opinión pública como factor político.....	272

detrás de ciertas posiciones partidistas, según el lema "*cherchez le méçène*".

El proceso democrático aporta también un importante correctivo a la influencia inadecuada de intereses, cuando ésta es contraria a las representaciones ético-sociales y políticas dominantes, pues la atención o postergación inapropiadas de ciertos intereses es capaz de entrar en la conciencia pública, sobre todo gracias a los medios de comunicación masiva (§ 28 IV). Si esto acontece tan vigorosamente que pueda influir sobre la decisión de los votantes, habrá un motivo para buscar una compensación adecuada de intereses no sólo en los programas electorales, sino también en las decisiones actuales del parlamento y el gobierno (§ 23 II 3; 41 III 2).

§ 27. Estado y sociedad

Krüger, 341 ss., 526 ss.; *Leibholz* StP, 206 ss., 328 ss.; *Herzog*, 48 ss.; *E. Böckenförde* (ed.), *Staat und Gesellschaft*, 1976. (bibl.); *W. A. Kelso*, *American Democratic Theory-Pluralism and its Critics*, 1978.

El análisis del Estado pluralista ha mostrado justamente la posibilidad de extraer un sentido racional de la antigua contraposición de Estado y sociedad, ya que en la estructura de los grupos de intereses y de poder en pugna se advierte la necesidad de una instancia reguladora. No solamente se precisa canalizar y coordinar formalmente los intereses presentes en una sociedad por la vía de una estructura de normas de conducta obligatorias (§ 26 IV), sino establecer también mediante tal regulación, una compensación justa entre necesidades antagónicas (§ 26 V). El medio más importante para llevar a cabo esta regulación de intereses continúa siendo la diferenciación, amplia y efectiva, de las instancias que enfrentan a las fuerzas particulares de la sociedad con independencia y un poder superior de decisión.

Bajo otro aspecto, la polémica con el liberalismo habrá de mostrar el funcionamiento deficiente de la autorregulación de los procesos sociales, de los económicos en particular, y la necesidad de una instancia que intervenga correctivamente, para alcanzar el mayor grado de bienestar público y de justicia social (§§ 29 II; 35).

En la teoría anglosajona del pluralismo se hallan reflexiones similares: la mano reguladora del Estado debe establecer aquella compensación adecuada de intereses que, según las expectativas del liberalismo del *laissez-faire*, hubiera creado por sí mismo el libre juego de las fuerzas, pero que en realidad no llegó a producirse. Los órganos del Estado deben procurar que

los intereses menos organizados y representados obtengan una atención adecuada; luego, que se preserve una competencia equilibrada entre los diversos intereses y, a la vez, tienen que ejercer un arbitraje obligatorio entre los grupos concurrentes (Kelso 1978, 25 ss.).

Así, pues, el examen del proceso político conduce a un juicio cuyo planteamiento esencial se encuentra ya en el pensamiento de Hegel, en el sentido de que se requiere una instancia encargada de instituir un equilibrio en (o si se quiere, frente a) el "sistema de las necesidades", conforme a las representaciones de lo justo imperantes en esa comunidad.

I. Sobre la historia de la distinción entre Estado y sociedad

R. v. Mohl I, 67 ss.; *H. Cunow*, Die Marxsche Geschichts-, Gesellschafts- und Staatstheorie, 1 1923, 96 ss., 110 ss., 217. ss., 239 ss. 246 ss.; *Binder*, 593 ss.; *P. Vogel*, Hegels Gesellschaftsbegriff und seine geschichtliche Fortbildung durch Lorenz v. Stein, Marx, Engels und Lassalle, Kant-Stud. 59 (1925), 98 ss., 187 ss., 263 ss., 326. ss.; *M. Riedel*, Bürgerliche Gesellschaft und Staat bei Hegel, 1970; *R. Schnur* (ed.), Staat und Gesellschaft. Studien über Lorenz von Stein, 1978, 65 ss., 282 ss.; *H.U. Scupin*, Untrennbarkeit von Staat und Gesellschaft in der Frühneuzeit, en: F. f. H. Schelsky, 1978, 63 ss.

La distinción entre Estado y sociedad desempeña un importante papel en la historia de las teorías políticas. Algunos subrayan la contraposición; a ella se asocia, por ejemplo, la exigencia liberal de que las fuerzas sociales se desvincularan de la tutela del Estado. Otros hacen hincapié en la correspondencia; aquí viene a cuento la idea marxista de que el Estado es una mera supraestructura de las relaciones sociales (§ 25 II 1, 5), pero también aquella visión sociológica unilateral del Estado pluralista, según la cual los poderes sociales toman posesión del Estado.

Históricamente, la distinción entre Estado y sociedad hizo su aparición en la época del absolutismo. De la centralización del poder en manos del monarca y su burocracia era natural derivar la noción de que el Estado se contrapone a la sociedad en la persona del monarca y de sus funcionarios. Sobre todo adquirieron relevancia los conceptos de la fisiocracia y del liberalismo posterior, que oponían a la economía mercantilista, guiada por el Estado, el modelo de una economía privada libre de la tutela estatal. Esta economía era concebida como la suma de las relaciones económicas entre los individuos, quienes se unen en sociedad a través de estas relaciones. La sociedad aparece entonces como el orden natural de la convivencia humana,

en contraste con el Estado como orden conscientemente creado, racional y unificador (Binder, 596 ss.).

También Fichte (*Die Bestimmung des Gelehrten* 1794, 2a. conferencia) hacía una distinción entre Estado y sociedad; para él la tarea de la asociación estatal de dominación consiste en perfeccionar a los hombres, con lo cual se hace innecesaria a sí misma. En cambio, la sociedad, esto es la forma de organización no apoyada en la dominación, sino en la colaboración voluntaria, en la "interacción por la libertad", permanecerá en pie cuando la organización de dominación del Estado haya pasado de actualidad.

Hegel popularizó la contraposición del Estado y sociedad, pero él precisamente no se detuvo en la antítesis, sino que estableció una relación entre ambos conceptos. El veía en la sociedad el sistema de las necesidades e intereses particulares de los individuos, unidos precisamente a través de estas necesidades, y de un orden jurídico que actúa como instrumento para conformar a los intereses, particulares y comunes, en un orden externo, y que vela por la seguridad de la persona y de la propiedad (Filosofía del derecho, §§ 182 ss., en especial § 188). El sistema de las necesidades, según opinaba Hegel, solamente comprende la esencia de la sociedad, no así la esencia verdadera del Estado (§ 258, Adición). Por el contrario, el verdadero Estado es algo transpersonal, es espíritu objetivo, es la realidad de la idea moral (§ 257 ss.) y su fin es el interés general como tal. Pero, consecuentemente con su enfoque dialéctico, Hegel incluía en el interés general la conservación y satisfacción de los intereses particulares (§§ 260, 270). El sistema de Hegel deja sitio a una administración autónoma de los "comunes intereses particulares que se introducen en la sociedad civil"; éstos debían tener "su administración en las corporaciones (§ 251) de la comunidad y de los demás oficios y clases" (§ 288). Además, debía haber una mediación entre los intereses particulares y las funciones propiamente estatales de la administración, la judicatura (§ 287) y la legislación. En lo particular, el elemento de las clases debía intervenir en la legislación, de modo que la esfera de la sociedad civil vendría a existir "en referencia al Estado" (§ 301; sobre el concepto de las clases: §§ 202 ss.).

Lorenz von Stein definió en un sentido diverso el antagonismo entre los principios del Estado y de la sociedad:

Sociedad es aquella unidad de vida "condicionada por la distribución de los bienes, regulada por el organismo del trabajo, puesta en movimiento por el sistema de las necesidades y unida permanentemente por la familia y su derecho a determinadas estirpes" (Stein GsB, I 4). No es un orden determinado

por el arbitrio, sino que descansa sobre la base de los elementos naturales de la existencia. — El Estado por el contrario, es el "organismo de la voluntad general", el que comprende, no el momento natural de la comunidad, sino el autodeterminante. — Sin embargo, en la vida lo determinado por la voluntad se encuentra en lucha constante con lo natural; así también en la existencia de la comunidad humana habría "una lucha constante del Estado con la sociedad, de la sociedad con el Estado" (II 1).

Aún más, la sociedad es el imperio de los intereses particulares. El basamento de la evolución social es "la relación del individuo con otro individuo". El interés constituye "el punto central de la actividad vital de cada individuo en relación con los otros". En la sociedad es válido el principio del sometimiento del individuo a otros individuos; en ella, el individuo se impone como tarea vital la obtención de los medios que habrán de hacer dependientes de él a otros (II 3). — El Estado, en cambio, es "la unidad de la voluntad de todos los individuos elevada a una unidad personal". Esta participación del individuo en la formación de la voluntad estatal es precisamente la que lo eleva por encima del estrecho círculo de su existencia e intereses particulares. El principio de la formación de la voluntad estatal exige la "participación de todos los individuos" y, por tanto, también la exaltación de todos hacia una libertad igual (II 2). — También bajo este aspecto se encuentra el principio el Estado en contradicción abierta con el principio de la sociedad (II 3).

Esta contraposición pone en claro un importante postulado: la libertad e igualdad de cada uno frente a los demás, respecto de la formación de la voluntad estatal, cuyo hilo conductor no debe ser el egoísmo de los intereses particulares que domina la convivencia social, sino — habría que agregar — la justa compensación de estos intereses.

II. Estado y sociedad como categorías de la diferenciación de funciones y papeles

Bibl. del § 26 VI.

Sobre 3: *M. Schuppisser*, *Wirtschaftliche Interessenvertretung im Parlament?* 1977; *M. Lohmeier*, *Ausländische Regelungen für wirtschaftl. Interessenkonflikte von Abgeordneten*, *ZParl* 1978. 470 ss.

1. La función de un poder de regulación diferenciado.

Las reflexiones de Hegel y Lorenz von Stein desembocan esencialmente en un resultado similar al que condujo el análisis del Estado pluralista: la necesidad de una instancia reguladora en (cuando no, frente a) el "sistema de las necesidades".

Esta debe procurar una compensación de los intereses, en consonancia con las concepciones de la justicia preponderantes en la comunidad (§ 26 V 1) y, de acuerdo con esta escala, reducir la influencia desproporcionada de los intereses a una dimensión adecuada. Además, debe captar las necesidades latentes y todavía no organizadas y articuladas en el sistema pluralista (como lo fue, durante largo tiempo, la necesidad de protección al medio ambiente) y considerarlas apropiadamente en la regulación de intereses. Entre sus funciones esenciales se cuenta, asimismo, la de imponer sus determinaciones frente a las fuerzas particulares, con un poder superior de decisión, garantizando así la paz social.

Ya Bodin veía en ello una tarea fundamental del poder estatal organizado (§ 9 III).

Es propio de la función estatal (consistente en procurar una compensación justa de intereses) que alguien esté obligado a ser imparcial y a no favorecer intereses particulares, cuando desempeña un papel estatal como miembro del gobierno o representante popular, como funcionario o juez. Esta idea se contiene especialmente en el principio del mandato representativo (§ 24 III) y en el tradicional deber de imparcialidad y honradez que tienen jueces y empleados (§ 37 II 3, III 2).

Por el contrario, las actividades sociales (esto es, privadas) que se desenvuelven fuera de los procesos de regulación estatal, no están ligadas, en igual medida, a la norma de una justa compensación de intereses. Así por ejemplo, es lícito que quien desempeña el papel social de hombre de negocios, persiga intereses particulares, propios y ajenos, en tanto respete los límites trazados por el derecho.

Entonces es posible contraponer, como tipos ideales, la acción estatal y la actividad social (privada): en el ámbito estatal de función por un lado, y en el social, por otro, hallamos máximas de conductas específicas de los papeles. La contraposición de Estado y sociedad tiene sentido en la medida que describa esta diferenciación de papeles y funciones, reconozca en el Estado una estructura específica de papeles (a saber, funciones de regulación institucionalizadas § 14 I 1) y contribuya a formular máximas de conductas específicas para el ámbito estatal. Una mayor separación real de Estado y sociedad sería, en cambio, de escasa utilidad ya que son los mismos seres humanos quienes desempeñan aquí, papeles estatales, y allá, sociales.

Sin embargo, es válida sólo con reservas la contraposición típico-ideal de las máximas de conducta estatales y privadas, pues la acción típicamente privada tampoco está exenta de obligaciones (§ 34 I 2), sino que debe respetar los límites de

compatibilidad con el bien común y el sistema, que impone el derecho (§ 7 I 2), y sólo dentro de ellos les está permitido perseguir intereses particulares.

2. El papel de los "poderes intermedios". La contraposición de acción estatal y la puramente privada simplificaría excesivamente las cosas. En una sociedad pluralista también se constituyen, en los espacios reservados a la autonomía privada, instituciones de la vida económica, empresas editoriales y otros "poderes sociales" que cumplen con importantes funciones en el nivel de la sociedad en su conjunto y que también adquieren posiciones de poder, gracias a las cuales pueden influir considerablemente sobre el proceso político. Nos podemos representar al Estado pluralista como una conexión de acción de varios subsistemas, obviamente sometida al poder superior de regulación del propio Estado (§ 3 I 2). Así considerados, la gran industria, los sindicatos y otras fuerzas sociales aparecen como "poderes intermedios", cuyos peso y función social justifican que se les sujete a una "subordinación social" más elevada. Por ejemplo, en el ámbito de los medios de comunicación de masas, esta subordinación se presenta como el deber de ofrecer información equilibrada y verídica, sobre todo cuando está en juego el honor de las personas, pero también como un deber de mayor responsabilidad ciudadana, el cual es contrario, por ejemplo, a que estos medios hagan objeto de reportajes sensacionalistas a los actos de violencia de los extremistas, que así obtienen el amplio efecto de estímulo buscado y ponen en funcionamiento el sistema de la fuerza pública.

De qué modo deba darse efectividad a esta mayor responsabilidad social, es una cuestión que presenta dificultades. Frente a todos los poderes sociales se plantea, como mínimo, la exigencia socio-política de procurar transparencia y una concurrencia equilibrada. Sin embargo queda la duda de si esta mayor subordinación social pueda verse como misión y legitimación para imponer deberes mediante una ley particular, o si aquél deba expresarse también en un principio de derecho directamente obligatorio, cuando menos en algunos aspectos.

La primera solución llevaría exclusivamente a imponer, mediante ley, mayores controles y obligaciones sobre los poderes sociales, por ejemplo, a través de una legislación de cárteles o de que una ley prevea la composición equilibrada de las radiodifusoras. En el marco de estas leyes (y las de tipo general), los poderes sociales conservarían la más amplia libertad privada de acción. El principio *in dubio pro libertate* tendría aquí plena validez respecto de las fuerzas sociales.

La segunda solución tampoco concedería a los poderes sociales una irrestricta libertad de acción "dentro del marco de

las leyes", sino les impondría un deber jurídico general de conducta favorable al bien común. El problema específico radica en las cuestiones de cómo haya de imponerse esta "subordinación social" desde el punto de vista técnico-jurídico y de cómo deba hacerse una adecuada diferenciación al "imponer deberes" a los diversos poderes. Sin embargo, ya se han dado pasos en esta dirección. Así, por ejemplo en la República Federal de Alemania, los poderes sociales han sido sometidos preferentemente a la observancia de ciertos derechos fundamentales, sin que existiera una ley especial (§ 33 I).

3. La institucionalización de papeles estatales diferenciados. Volviendo a las instituciones estatales, a las cuales corresponde la misión específica de buscar una justa compensación de los intereses. Si bien no es posible garantizar el cumplimiento de esta tarea con medios puramente jurídicos, sí se puede adoptar algunas medidas institucionales que pongan "distancia" frente a los intereses particulares y promuevan la independencia, honradez y objetividad.

Pero en este sentido debe tenerse en mente, que no es dable llevar a cabo esta diferenciación, con igual eficacia, en todos los ámbitos de función estatales. De acuerdo con la práctica constitucional moderna, los partidos y, consecuentemente, los parlamentarios, constituyen la articulación esencial e indispensable que media entre los intereses organizados y el proceso político y los hace valer particularmente en la discusión y aprobación de leyes (§ 26 III). Por consiguiente, no es factible separar el papel del parlamentario de otras funciones ligadas a intereses (por ejemplo, en un sindicato o en una asociación de agricultores), en igual medida de lo que pudiera efectuarse en el caso de jueces y funcionarios. No obstante, en Francia existe incompatibilidad entre un mandato popular y determinados papeles ligados a intereses en la esfera económica. En todo caso, con relación a los parlamentarios, es posible realizar algunos de los principios que, en pro del desempeño objetivo de un cargo, pertenece a los supuestos incuestionados de la burocracia profesional, ante todo la prohibición de obtener ventajas personales por el cumplimiento de las tareas oficiales (soborno). Habría que prohibir aquellas actividades laterales cuya vinculación a intereses pudiera influir sobre la acción oficial (por ejemplo, los "contratos de asesoría"). En tanto no se logre separar la función del parlamentario totalmente de los papeles ligados a intereses (como en un sindicato), al menos deben ponerse al descubierto estos vínculos.

Ante la imposibilidad fáctica de desligar plenamente al parlamento de los intereses, parece tanto más apremiante inde-

pendizar, en el mayor grado posible, de la influencia de determinados grupos de intereses a los ámbitos de función susceptibles de diferenciación. Esto es especialmente válido respecto de la jurisdicción y la burocracia, que pueden emplearse como gestores de una compensación imparcial de los intereses. Pero no es menos aplicable a la burocracia ministerial, que a través de la planeación técnica de los asuntos de gobierno y la preparación de proyectos de ley, interviene decisivamente en los procesos centrales de regulación de la comunidad. En relación con estas esferas se plantea la exigencia de no combinar la función de empleados y jueces con los papeles en un partido político, una asociación de intereses, una iglesia o cualquiera otra agrupación, obligados hacia ciertos intereses y concepciones específicas. Aplicado todo esto a la situación de la República Federal de Alemania, significa sobre todo, la desautorización de los funcionarios "enrolados" o patrocinados y un retorno de la práctica a los principios del art. 33, inciso 2 LF, hacia la formación de una élite burocrática, de acuerdo con los criterios, objetivos y susceptibles de comprobación, de idoneidad, capacidad y rendimiento profesionales, referidos a la función desempeñada (§ 37 III).

§ 28. La opinión pública como factor político

F. V. Holtzendorff, Wesen und Werth der "öffentlichen Meinung", 1879, ²1880; *W. Bauer*, Die öffentliche Meinung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1914; *id.*, Die öffentliche Meinung in der Weltgeschichte, 1930; *F. Tönnies*, Kritik der öffentlichen Meinung, 1922; *Heller* StL, 173 ss.; *P. R. Hofstätter*, Die Psychologie der öffentlichen Meinung, 1949; *J. H. Kaiser* (citado en el § 19), 211 ss.; *E. Baumgarten*, en: StL V, 1184 ss.; *W. Weischedel*, Wirklichkeit und Wirklichkeiten, 1960, 266 ss.; *J. Habermas*, Historia y crítica de la opinión pública, (al. 1962, ⁴1969) esp. 1981; *M. Löffler* (ed.), Die öffentliche Meinung, 1962; *F. G. Wilson*, A Theory of Public Opinion, HdSW VIII, 29 ss.; *Krüger*, 437 ss.; *H. E. Bahr*, Verkündigung als Information, 1968, 65 ss.; *M. Löffler* (ed.), Das Publikum, 1969; *I. de Sola Pool et al.*, Handbook of Communication, 1973; *W. R. Langenbucher* (ed.), Zur Theorie der politischen Kommunikation, 1974; *id.* (ed.), Politik und Kommunikation, 1979; *E. Naelle-Neumann*, Die Schweigespirale, 1980, sec. III. ss.; *id.*, Wahlentscheidung in der Fernsehdemokratie, 1980.

I. Dirigismo de la opinión

§ 29 I; *G. Lukacz*, Historia y conciencia de clase, (al. 1923 reimpr. 1967) esp. 1969, 49 ss.; *W. Hagemann*, Publizistik im Dritten Reich, 1948; *A. Inkeles*, Public Opinion in Soviet Russia, 1950, ⁴1962; *I. Fetscher*, Die Freiheit im Lichte des Marxismus-Leninismus, 1957, ⁴1963; *C. J. Friedrich*, Totalitäre Diktatur, (ingl. 1957) al. 1957, 103 ss.; *M. Schütte*, Politische Werbung und totalitäre Propaganda, 1968; *H. Storek*, Dirigierte Of-

fentlichkeit. Die Zeitung als Herrschaftsmittel in den Anfangsjahren der NS-Regierung. 1972: H./ Koschwitz (ed.), Massenkommunikation in der UdSSR. 1979.

Así como se enfrentan los partidarios y los opositores de una pluralidad de poderes sociales, así también hay quienes apoyan o impugnan una libre competencia de las opiniones.

Las épocas e instituciones seguras de su casa, no tienen en gran estima la opinión pública formada en la libre discusión. Ahí se deja a los sabios el conocimiento y la guía del pueblo según su mejor parecer. En el Estado ideal de Platón no hay lugar para las campañas electorales y el *Syllabus* del Papa Pío IX considera que garantizar a todos la libertad de dar a conocer públicamente todas clases y matices de opiniones y pareceres, conduce a la corrupción de las costumbres y a la peste de la indiferencia (*Syllabus*, núm. 79). El partido comunista da por cierta la posibilidad del conocimiento científico de las leyes económicas e históricas; pero quien parte de que su política tiene una base científica y, por ello, de que está en posesión de una concepción cuya verdad es demostrable no puede menos que considerar erradas las opiniones contrarias. La definición interna de la línea del partido marxista, según la cual es guiada y educada la opinión pública, enraiza asimismo en la creencia en la certeza. La conciencia de clase del proletariado no debe comprenderse como hecho de la psicología de las masas, "sino como el sentido, hecho consciente, de la situación histórica de la clase" (Lukács 1969, 80). Cuando el proletariado "sigue su voluntad racional, no puede querer otra cosa que la 'política científica' del Partido" (Fetscher 1963, 51). En suma, quien posee la verdad renunciará con desprecio al libre juego en la confrontación de opiniones, mediante la discusión y a una decisión por mayoría sobre la concepción a seguir.

Esta noción del proceso de formación de la opinión se pone también de manifiesto cuando en la literatura soviética el concepto de los "medios de comunicación masiva" se traduce en el concepto de los "medios de información y propaganda de masas", con lo cual se sustituye la idea del diálogo con la imagen del flujo de información en un mismo sentido. De ahí que a los medios masivos se les atribuya primariamente las "funciones de agitación, propaganda y organización" (en: Koschwitz 1979, 38 s., 78 s.).

No solamente es posible fundamentar la guía de la opinión en una pretensión de verdad, sino también en la necesidad práctica de crear pautas ciertas para la conducta humana. Así. Hobbes sostenía que la orientación del comportamiento humano hacia la paz y el orden consistía, en primer lugar, "en el buen gobierno de las opiniones" (*Leviatán*, cap. 18). Preocupa-

do por el orden y la paz jurídica, también quería poner en manos de una autoridad suprema la determinación de la verdadera doctrina de la Iglesia (*De cive*), (cap. 17 No. 18). Esto recuerda tanto a la práctica de la Iglesia Católica como a la de los estados marxistas, que confían a una instancia central las decisiones sobre la doctrina verdadera o sobre la línea política general. La justificación de dicha práctica podría buscarse no únicamente en la creencia en la certeza, sino también en la idea del orden.

Desde la perspectiva sociológica, el funcionamiento ordenado de la convivencia humana requiere de certeza de orientación. Bajo el aspecto psicológico, los individuos tienen una necesidad elemental de "estabilidad síquica". De ellos se deduce el anhelo de una base, suficientemente cierta, de orientación ética e ideológica y, en suma, de "unidad de la imagen del mundo" (§ 7 III), con la que fuera compatible sólo un grado reducido de ideas disonantes (IV 2). Esto no excluye un cambio. Las representaciones integradoras del orden, por las cuales hoy se está pronto a luchar, pueden parecer completamente irrelevantes en lo futuro, tan pronto predominen otros modelos de orientación. Así, por ejemplo, el compromiso actual en pro o en contra del marxismo, más tarde puede llegar a ser tan insignificante, como lo son ahora los antagonismos religiosos que alguna vez desataran encarnizadas guerras.

Allí donde se pierde la certidumbre de las normas integradoras, el individuo enfrenta el reto de decidirse, bajo responsabilidad propia, por uno de varios puntos de vista posibles. Esto significa libertad, pero también presión e inseguridad, los cuales una sociedad puede soportar sólo en medida limitada (§ 7 III 1). La aversión a sobrellevar la inseguridad espiritual (debería decirse: aversión hacia la libertad espiritual) tiene como peligroso reverso la propensión de las masas a caer en la fascinación por los caudillos y las cosmovisiones de tipo carismático (§ 25 I 2). Así, por ejemplo, el carisma de Hitler se fundamentaba también en que redimía a la multitud "del caos de opiniones que ella misma producía continuamente", del "ir y venir inútiles entre las opiniones, y de la convicción... de que todo era disparate", inductando la ideología nacionalista con voluntad férrea (diferenciando, Arendt, citado en el § 29 I 2, pp. 455, 522 ss.).

II. La libre formación de la opinión pública

§ 26 II 2: *U. Scheuner*, *Pressefreiheit*, en: *VVDStRL* 22 (1965), I ss.

Sobre 1: *Maunz-Zippelius*, §§ 10 III, 24 II 2.

Sobre 2: § 1 II 2: *I. Kant*, *Idea de una historia universal desde el punto*

de vista cosmopolita (1784); *id.*, ¿Qué es la Ilustración?, (1784); *J. St. Mill*, *Essay on Liberty* (ingl. 1859) esp. 1971; *V. Pareto*, *Traité de Sociologie générale* (f.c. 1917-1919) al. (selección) 1955, en especial, caps. 6 y 9; *C. Schmitt*, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1923, 1969, 7 ss., 43 ss., 61 ss.; *K. Popper*, *The Myth of the Framework*, en: E. Freemann (ed.), *The Abdication of Philosophy*, 1976, 23 ss.

El ideal de la libre formación de la opinión pública tiene varias raíces. En este sentido hay que destacar el relativismo político-ideológico, que rechaza la pretensión de monopolizar la verdad; en segundo lugar, la confianza en la racionalidad de la discusión pública; además, la idea liberal de la libre competencia y el equilibrio recíproco de opiniones concurrentes; finalmente, y más que nada, la idea democrática de que cada uno debe participar por sí mismo en la constitución de la voluntad general a la que está sometido. Lo esencial en este ideal democrático de la libertad es la participación propia, que no debe ser desvirtuada por un dirigismo de la opinión en dirección de una mera aclamación.

1. Relativismo. En los comienzos del relativismo moderno se sitúa el gran dilema ideológico que había originado los conflictos y guerras de religión, esto es, el ofrecimiento a un mismo tiempo de varias "verdades" iusnaturalistas y teológicas que incurran en aguda contradicción entre sí. De aquí nacería un profundo escepticismo frente a toda "verdad absoluta", teológica, ética o política, proveniente del exterior. Hobbes hablaba de las "doctrinas híbridas de la filosofía moral" (*De cive*, Prólogo). De este escepticismo brotó, por un lado, la pretensión hobbesiana de que, en última instancia, el Estado soberano resolviera obligatoriamente, en favor de la paz jurídica, todas las cuestiones de derecho (*auctoritas, non veritas facit legem*). Por otro lado de él surgió la idea moderna de la tolerancia, que desconfía de la propia certidumbre, así como el respeto del otro como instancia moral digna por principio, de igual consideración. En la "Dúplica" de Lessing parece que los hombres están destinados a buscar eternamente la verdad sin alcanzarla jamás en su pureza. El "Nathan" del propio Lessing se convierte en el sugestivo paradigma de una tolerancia que deja abierta la posibilidad de que sea verdadera la cosmovisión propia, o la opuesta.

Si nadie puede pretender fundadamente que conoce la solución absolutamente correcta y la clave absolutamente válida a los problemas de la justicia y demás cuestiones que hay que enfrentar en el proceso político, entonces las convicciones de conciencia de cada uno tienen igual validez. Por tanto, cada individuo debe ser tratado como instancia moral digna, por

principio de igual respeto. Tal es, si se quiere, el aspecto político de lo que Kant precisó más tarde como "idea de la autonomía" (véase también el § 17 III). El abandono de la idea de que existen pautas "heterónomas" de validez universal para el derecho y la política, invita a los individuos a asumir su participación y responsabilidad personales en la libre competencia de las convicciones. Ello nos lleva al principio de formación de la opinión en la libertad y la democracia.

En ocasiones se afirma que la consecuencia de este relativismo es el rígido principio de la mayoría, que ni siquiera reconocería límites en las libertades fundamentales de la minoría. Sin embargo, se olvida que la premisa fundamental era el respeto por cada hombre como instancia moral de igual consideración, y, en consecuencia, el respeto por la dignidad humana; es a partir de esta premisa que se llegó, *faute de mieux*, al principio de la mayoría. Sin embargo, no es admisible que las decisiones de la mayoría anulen la condición de su propia legitimidad, a saber, el respeto de la dignidad humana. Así, pues, visto desde sus premisas, el principio de la mayoría está limitado, por principio, por el mandamiento de respeto y protección de la dignidad humana y, en especial, de un derecho de participación, igual y permanente.

2. Racionalidad de la formación de la opinión pública. El principio de la libre formación de la opinión no se basa en la creencia en una verdad política o ético-social establecida de una vez para siempre, pero sí en la fe optimista en el poder de la razón, pues la libre discusión sería un método para descubrir todos los puntos de vista relevantes. En ella habría de imponerse el poder de convencimiento de los mejores argumentos y en ella tendría la opinión pública un medio accesible para corregirse a sí misma.

J. St. Mill (1859, cap. 2) describió con elocuentes palabras esta función de la libre discusión pública: "¿Cómo se explica entonces que en la especie humana preponderen las opiniones racionales y la conducta racional?": Del hecho de que el espíritu humano posea la cualidad de "rectificar sus equivocaciones mediante la discusión y la experiencia... Las opiniones y las costumbres ceden gradualmente ante los hechos y los argumentos, pero para que los hechos y los argumentos produzcan alguna impresión sobre el espíritu, es necesario que se expongan". Continuamente nos aplicamos a mejorar y perfeccionar nuestra opinión al compararla con las opiniones de otros. "Las creencias que mayor garantía nos ofrecen no tienen para nosotros mayor seguridad que la de que a todo hombre le es dado demostrar en cada momento su falta de verdad. Si esta provocación a la contienda no es aceptada, o si aceptada, no se consi-

que el propósito, podremos estar aún lejos de la verdad, pero habremos hecho todo lo que el estado presente de la razón humana nos permite para asegurarnos de su certeza; no habremos despreciado nada de lo que podía darnos una mayor probabilidad de alcanzar la verdad. Estando abierto el palenque podemos esperar que si hay una verdad mejor, se encontrará cuando el espíritu humano esté en disposición de recibirla, y mientras tanto, podemos tener la seguridad de habernos aproximado tan cerca de la verdad como nos era posible en nuestro tiempo. He aquí toda la certidumbre a que puede llegar un ser falible y he aquí la única manera de llegar a ella". Este procedimiento de formación de la opinión no se sustenta en la esperanza de encontrar "verdades eternas", pero sí en la expectativa de poder reemplazar las soluciones comparativamente inferiores con otras relativamente mejores, a través de argumentos razonables.

La discusión racional, libre y pública, también permitiría hallar la solución a las cuestiones concretas de la política. Esta idea ha impregnado el concepto de la opinión pública, según lo entendía el siglo XIX: no como disposición emotiva, inducida o irreflexiva, de la multitud, sino como opinión que se forma a la luz pública, con base en información objetiva y a través de una argumentación racional. Es obvio que la "opinión irracional" y la "opinión racional formada en la argumentación", no son sino tipos ideales. Una primera impresión permite suponer que en la formación de la opinión pública concreta coinciden tanto factores racionales como irracionales.

La confianza optimista, en el sentido de que las divergencias sustanciales de opinión política pueden ser resueltas a través de la discusión racional, está expuesta a objeciones más amplias y graves: ¿qué no comprende la argumentación una capa demasiado superficial de las disputas, entre los hombres? ¿No se trata en el fondo, comúnmente, de antagonismos entre intereses de gran peso, para los cuales los argumentos no son más que espíritus serviciales? ¿No tiene razón Pareto al afirmar que la base y la realidad primordiales de una sociedad son los instintos y las necesidades? ¿No se encuentran éstas más o menos ocultas (como "residuos") detrás de nuestros argumentos y opiniones (las "derivaciones")? Si esto fuese cierto, por principio sería cuestionable todo intento de verdadera compensación sólo mediante la argumentación racional, en vez de buscar en el nivel de los intereses que apoyan esta argumentación.

Carecemos de una respuesta precisa y de general aceptación a las cuestiones así planteadas. Al menos puede darse por sentado que frecuentemente los intereses motivan la argumenta-

ción y que las coincidencias emocionales e interesadas de los hombres condicionan y limitan fácticamente la capacidad de convicción de los argumentos (IV 2). Por otro lado, tampoco es posible reducir todo a los intereses (entendidos en un sentido hedonista), ya que en toda comunidad se plantea la cuestión de su justa compensación. Los criterios para llevar a cabo esta compensación no residen en los intereses mismos; las consideraciones de justicia no implican efectuar meramente un balance entre los intereses (Zippelius, RPh, § 16). Al buscar criterios susceptibles de consenso para una compensación justa de intereses, está presente la esperanza, defendida por Mill, en el progreso del conocimiento público, es decir, que con el tiempo, las opiniones relativamente más justas prevalezcan sobre las comparativamente menos justas, dando por supuesto que la discusión se mantenga abierta y que varíen las constelaciones de poder e intereses, esto es, que no se consoliden en contra de opiniones determinadas. Ya Kant fundaba en reflexiones similar es la expectativa escéptica de que, en el curso de la historia, la humanidad avanzaría hacia una mayor racionalidad y hacia la libertad universal ("Idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolita").

3. El principio del equilibrio. El principio del equilibrio debe ser tan válido respecto de la relación entre las opiniones en libre discusión, como lo es, en general, para los grupos sociales de poder. Lord Acton expresa este punto de vista, un tanto simple, con las palabras siguientes: "Una intemperancia o exageración es el correctivo de otras y, a grandes rasgos, el error favorece a la verdad por cuanto compensa al error opuesto" (citado en: Krüger, 470).

III. La relevancia política de la opinión pública

§ 7 II; 25 II 4; D. Hume., *Essays Moral, Political and Literary*, 1741/42, ed. 1903; S. Landshut, *Volksouveranität und öffentliche Meinung*, en: E. f. R. Lau, 1953, 579 ss.; W. Hennis, *Meinungsforschung und repräsentative Demokratie*, 1957; G. Schmidtchen, *Die befragte Nation*, 1959; Fraenkel DwD, 152 ss., 175 ss.; E. Traugott, *Die Herrschaft der Meinung*, 1970; K. Loewenstein, *Vorschläge zur Kontrolle der politischen Meinungsforschung*, JZ 1971, 529 ss.; E. Benda, *Demoskopie und Recht*, JZ 1972, 497 ss.; Stern, § 18 II 6c; G. Schmidtchen, *Was den Deutschen heilig ist*, 1979.

Sobre 2: C. Mueller, *Politik und Kommunikation*, 1975, 156 ss.; R. Spaemann, *Zur Kritik der politischen Utopie*, 1977.

Sobre 3: C. Schmitt (citado en el § 21 II), 13 ss.

I.-Fundamentos. La comunidad ha sido descrita como una estructura de conducta orientada con sentido. Esta orientación del comportamiento se produce debido a la acción de las nor-

mas del derecho garantizado, de otras normas sociales y las representaciones ideológicas (§§ 1 II.2; 7 II). Los gobernantes también se valen de las concepciones comunitarias que guían la conducta, sobre todo de las "imágenes en la cabeza de los hombres" "Nada parece ser... más sorprendente", escribe Hume (1903, 29), "que la facilidad con la que los pocos gobiernan a los muchos y la sumisión incondicional con la que los hombres subordinan sus propias sensaciones e inclinaciones a las del gobierno. Si indagamos qué es lo que provoca este fenómeno veremos que... los gobernantes no pueden apoyarse en otra cosa que en la opinión. El gobierno no se funda más que en la opinión y esta máxima es tan aplicable al más despótico y militarista de los regímenes como al más libre y popular".

Aunque aquí estén considerados con alguna unilateralidad los componentes de poder y obediencia, (§ 9 I) estos no dejan de desempeñar un papel significativo. Aún el tirano depende de la lealtad, es decir, la obediencia no coercible de su camarilla, e incluso él mismo no podría gobernar duraderamente en oposición a las concepciones predominantes que guían y coordinan el comportamiento de la porción mayoritaria de la comunidad. Si no desea adaptarse a ellas, deberá intentar cambiarlas.

En las democracias, a través de elecciones periódicas la opinión pública desemboca directamente en el nombramiento de los órganos estatales y en una decisión entre alternativas políticas. La formación de la opinión pública aparece aquí precisamente como "pre-configuración de la voluntad política del pueblo", aunque ésta no sea todavía voluntad de los órganos del Estado (BVerfGE 8, 113).

Sin embargo, la opinión pública no adquiere relevancia política apenas en las elecciones. El proceso de formación de la opinión posee una importante función integradora, por el solo hecho de que determinadas representaciones puedan convertirse en tema de discusión común. Sirven de orientaciones para la acción los valores y concepciones predominantes de fines, como también los esquemas de interpretación con ayuda de los cuales buscamos comprender el mundo. Algunas de estas representaciones llegan a convertirse en expresión de una opinión pública preponderante de la comunidad, e influyen sobre la actuación de los órganos estatales, particularmente en las democracias sensibilizadas a la opinión pública (§ 23 II 2). Los "productores de símbolos e imágenes del mundo" logran, por esta vía, adquirir una influencia sumamente real e importante sobre el acontecer social.

El grado de efectividad de dichas concepciones depende

grandemente de su consolidación dentro de la sociedad. Con el fin de describir gráficamente las varias etapas de esta consolidación Tönnies (1922 137 s.), recurrió a la imagen de los diversos estados físicos de la materia: las concepciones esporádicas y fugaces pueden condensarse en elementos más compactos de la opinión pública, solidificarse aún más, convirtiéndose en lugares comunes de los que, a menudo, el pensamiento y la acción políticos no pueden o no quieren escapar; pueden, finalmente, hacerse fluidas de nuevo y evaporarse del todo.

2. Función de legitimación. La opinión pública posee un contenido político en tanto que base de legitimación del poder estatal democrático, en el doble aspecto de que, a través de ella, la dominación no sólo es aceptada de hecho, sino también justificada (§ 16 I). Si no puede evitarse tener que mediatizar la formación de la voluntad general a través de los órganos representativos (§ 23 II), el sistema representativo no debe tampoco consumir el elemento democrático más de lo necesario para el establecimiento de una comunidad funcional y dotada de los controles del Estado de derecho. De ahí que el principio de la democracia —garantizar al mayor número la mayor participación posible— deba aflorar a través de las estructuras del sistema representativo y adquirir relevancia, así sea indirectamente, a saber: por el hecho de que los órganos estatales se guíen en sus actos por las concepciones políticas y ético-sociales imperantes en la comunidad. Los actos del poder del Estado han de efectuarse como "si hubieran *podido* nacer de la voluntad colectiva de todo un pueblo" (§ 17 III 3). Con razón se ha llamado a la opinión pública la "forma moderna de la aclamación" (C. Schmitt VL, 246; TC, 285) y se ha percibido en ella un elemento de democracia directa. Bajo este aspecto, la "labor de publicidad" uel gobierno resulta ser una petición de aprobación y, por tanto, de legitimidad democrática (cfr. § 17 IV 3).

El principio propiamente democrático (la mayor participación posible del mayor número) es complementado por la seguridad de que, la vía objetivamente más racional para la acción política habrá de hallarse a través de la discusión pública de las opiniones. Pero, independientemente de que se comparta o no este optimismo (§ 28 II 2), mientras no se abandone la legitimación democrática del poder estatal, resulta en todo caso legítimo bajo este aspecto democrático, que los órganos del Estado, gobierno y parlamento en particular, se guíen por la opinión pública.

Naturalmente, esta orientación según la opinión pública es sólo una cara de la representación, justamente su aspecto democrático. Ahora bien, existe una diferencia estructural entre

la democracia directa y la representativa. La segunda posee además un componente elitista y una función estabilizadora del sistema, pues el sistema representativo debe garantizar que, con conocimiento y objetividad, se encuentren y se persigan concepciones políticas que se eleven por encima de las emociones y las necesidades del momento. Los representantes deben actuar a menudo como "exploradores" de una opinión pública (§ 16 I 3) y, no por último tienen también la tarea de ser un factor estabilizador frente al cambio en las actitudes del día. Una excesiva transigencia frente a las opiniones fluctuantes de cada día puede significar un abandono del mandato político de los representantes. Un gobierno pierde su dignidad si se sustrae a esta tarea y se guía con ligereza por el soplo de los vientos (sobre la práctica: Traugott 1970, 93 ss.). Por tanto, en la democracia representativa, la orientación, conforme a la opinión pública no puede significar que exista una relación de ejecución frente a todo movimiento que esta opinión registre, sino que más bien quiere decir que la acción del Estado debe mantenerse dentro del cauce de aquellas representaciones éticas, y políticas que son idóneas, en la respectiva situación histórica, para captar el consenso de la mayoría (Zippelius RPh, §§ 12 II 4; 22).

Ya Hegel había percibido el problema que significa la antinomia de sujeción y libertad frente a la opinión pública (al que después juzgó desde la perspectiva de su metafísica de la razón): la opinión pública encierra los principios de la justicia, el contenido verdadero de la constitución, bajo la forma del sentido común, así como las necesidades auténticas y las tendencias verdaderas de la realidad. Pero, al mismo tiempo, se **manifiesta en la conciencia "... toda la accidentalidad del opinar, su ignorancia y extravío, su falso saber y juicio"**. La opinión pública merece "tanto ser estimada como ser despreciada; despreciada por su concreta conciencia y expresión, estimada por su base esencial que, más o menos oscurecida, aparece sólo en aquella positividad. Ya que ella aún no tiene en sí la norma de diferenciación, ni la aptitud de elevar en sí, a saber determinado, al aspecto sustancial; su independencia es la primera condición formal para algo grande y racional (en la realidad como en la ciencia)" (Filosofía del derecho, §§ 317, 318).

En vista de la relevancia democrática de la opinión pública se plantea la tarea de hallar indicios de ella. Aparte de los medios de comunicación masiva (cfr. IV), se cuenta con la democracia como un instrumento principal para lograrlo. Hoy día, la opinión pública es habitualmente sondeada mediante encuestas y ejerce una influencia no institucionalizada, pero no por ello menos eficaz (Traugott 1970, 106 ss., 169 ss.). Por lo

demás, este instrumento de democracia directa puede servir de apoyo a los representantes, incluso frente a la influencia de los grupos de presión (*pressure-groups*).

En este sentido se plantea la difícil tarea de indagar, con certidumbre creciente, el hecho empírico de la opinión pública y de someter al control público tanto el procedimiento como los resultados de dicha investigación. A ello contribuiría, por ejemplo, que los resultados de una encuesta organizada por el gobierno sean dados a la publicidad, o cuando menos, sean proporcionados a la oposición parlamentaria. Tal publicación se hace imperativa porque el sondeo de la opinión pública puede desviarse de su finalidad: no solamente puede contribuir a inducir en el gobierno un comportamiento conforme a la opinión pública, sino también a intentar manipularla, precisamente en los puntos en que obstaculiza los propios planes del gobierno.

3. Función de control. el postulado de la libre formación de la opinión pública se ha enderezado, desde el principio, contra la práctica y la teoría de la *arcana rei publicae*, que todavía en a época absolutista, pertenecían a los supuestos sobreentendidos de la práctica política. Al despertar, la conciencia ciudadana se rebeló contra las costumbres esotéricas de los dirigentes del Estado y la Iglesia, que Platón recomendaba y que Maquiavelo documentaba con la experiencia. En el famoso modelo platónico del Estado, las clases gobernantes son, para el pueblo, como pastores de un rebaño. Si tal cosa redundaba en su beneficio, la multitud ha de ser guiada aun con ayuda de la falsedad, pues quizá convenga, opinaba Platón, "que nuestros gobernantes usen muchas veces de la mentira y el engaño en favor de sus gobernados", en cierto modo como una medicina útil (República, 459). Entre los medios para alcanzar y conservar el poder, Maquiavelo incluía también el engaño y la simulación, ya que el vulgo juzga siempre por las apariencias y los resultados (El Príncipe, cap. 18). Con frecuencia también es oportuno escudarse en la religión para conducir a los hombres, por ejemplo, cuando hubiera dificultad en explicar a la gente la necesidad de respetar ciertas relaciones, o cuando hubiera que infundir ánimo en un ejército (*Discorsi*, I 11, 14, III 33).

El ciudadano consciente de sí mismo no se aviene ya a tales diagnósticos y terapias. La dirección del Estado debe situarse bajo la luz pública y someterse al control de la publicidad. Todo el poder del Estado debe provenir del pueblo mismo y los electores deben contar con una base para juzgar y saldar cuentas. Esto presupone que la acción del Estado se desarrolle — por

principio— bajo el control del debate público (§§ 23 II 5; 41 III 2).

IV. La función de los medios de comunicación masiva

W. Lippmann, Die "öffentliche Meinung, (ingl. 1922) al. 1964 *E. Katz*, *P. Lazarsfeld*, *Persönlicher Einfluss und Meinungsbildung* (ingl. 1955) al. 1962; *L. Reintsch*, (ed.), *Werden wir richtig informiert?*, 1964; *W. Schramm* (ed.), *Grundfragen der Kommunikationsforschung*, 1964. 5 1973; *H. Krüger*, *Die öffentlichen Massenmedien als notw. Ergänzung der privaten Massenmedien*, 1965; *M. Löffler* (ed.), *Die Rolle der Massenmedien in der Demokratie*, 1966; *D. Czajka*, *Pressefreiheit und öffentliche Aufgabe der Presse*, 1968; *H. Praxke*, *Kommunikation der Gesellschaft*, 1968; *C. P. Gerber*, *M. Stosberg*, *Die Massenmedien und die Organisation polit. Interessen*, 1969; *A. Silbermann* (ed.), *Reader Massenkommunikation*, 1969; *R. Zoll*, *E. Hennig*, *Massenmedien und Meinungsbildung*, 1970; *K. M. Setzen*, *Fernsehen: Objektivität oder Manipulation?* 1971; *D. Stammeler*, *Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution*, 1971; *W. Schramm*, *D. F. Boherts*, *The Process and Effects of Mass Communication*, 1971, ²1972; *K. Koszyk*, *Vorläufer der Massenpresse*, 1972; *D. Prakop* (ed.), *Massenkommunikationsforschung*, I 1972, II 1973; *R. Geissler*, *Massenmedien, Basiskommunikation und Demokratie*, 1973; *D. McQuail*, *Soziologie der Massenmedien*, al. 1973; *A. Silbermann*, *U. M. Krüger*, *Soziologie der Massenkommunikation*, 1973; *K. Brepohl*, *Die Massenmedien*, 1974; *R. Kurzrock*, (ed.), *Medienforschung*, 1974; *F. Böckelmann*, *Theorie der Massenkommunikation*, 1975; *G. Herrmann*, *Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der BRD*, 1975, 224 ss., 242 ss., 317 ss.; *O. Schatz* (ed.), *Die elektron. Revolution*, 1975; *M. Kuaczik*, *Massenkommunikation*, 1977 (bibl.); *E. Noelle-Neumann*, *Öffentlichkeit als Bedrohung*, 1977, ²1979; *F. Ronneberger*, *Kommunikationspolitik*, I 1978, II 1980; *J. Aufermann et al.*, (ed.), *Fernsehen und Hörfunk für die Demokratie*, 1979.

Sobre 1: §§ I 112; II, IV.

Sobre 2, y 3: *P. F. Lazarsfeld et al.*, *Wahlen und Wähler*, (ingl. 1944) al. 1969; *S. Kracauer*, *Von Caligari bis Hitler*, (ingl. 1947) al. 1958; *L. Festinger* *A Theory of Cognitive Dissonance*, 1957; *J. T. Klapper*, *The Effects of Mass Communication*, 1960, ³1963; *G. Maletzke*, *Psychologie der Massenkommunikation*, 1963, ²1972; *F. Bledjan*, *K. Stosberg*, *Analyse der Massenkommunikation: Wirkungen* 1972; *D. Just*, *L. Romain* (eds.), *Auf der Suche nach dem mündigen Wähler*, 1974, 161 ss., 207 ss.; *J. Hackforth*, *Massenmedien und ihre Wirkungen*, 1976; *S. Kraus*, *D. Davis*, *The Effects of Mass Communication on political Behavior*, 1976; *M. Schenk*, *Publicums und Wirkungsforschung*, 1978 (bibl.).

Sobre 4: *Maunz-Zippelius*, § 24 II 2 (bibl.); *Scheuner* St. 759 ss., *A. Silbermann*, *E. Zahn*, *Die Konzentration der Massenmedien und ihre Wirkung*, 1970; *H. Atmbruster et al.*, *Entwurf eines Gesetzes zum Schutze freier Meinungsbildung*, 1972; *J. H. Kaiser*, *Presseplanung*, 1972; *F. Kübler*, en: *Verhandlungen des 49. Dt. Juristentages*, 1972, D (sobre el ordenamiento interno de las empresas periodísticas); *H. Diederichs*, *Konzentration in den Massenmedien*, 1973; *Ch. Starck*, *Rundfunkfreiheit als Organisationsproblem*, 1973; *W. Weber*, *Innere Pressefreiheit als Verfassungsproblem*, 1973; *K. Doehring et al.* —, *Pressefreiheit und innere Struk-*

tur von Presseunternehmen in westlichen Demokratien, 1974: *P. Lerche*, Verfassungsrechtliche Aspekte der "inneren Pressefreiheit", 1974: *H.D. Fischer, et al.*, Innere Pressefreiheit in Europa, 1975: *H.D. Fischer, B. Baerns*, (eds.), Wettbewerbswürdige Praktiken auf dem Pressemarkt, 1978: *P. Menke-Gluckert*, Der Medienmarkt und Umbruch, 1978: *E. J. Mestruacker*, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, 1978: *W. Hoffmann-Riem*, Inner Pressefreiheit, 1979: *M. Bullinger*, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation, 1980.

1. Información y articulación de la opinión pública. Hoy día, los medios de comunicación masiva son los que se encargan principalmente de transmitir informaciones y de articular la opinión pública.

La selección y presentación misma de la información desempeña un importante papel en la formación de la opinión pública, ya que, en la época de la prensa de masas y la televisión, el individuo adquiere una parte esencial de su conocimiento del mundo por intermediación de estas instituciones. Así, millones de ciudadanos participan más de un destino individual publicitado que de los otros múltiples destinos en su medio ambiente más próximo. Mediante la selección, clasificación y presentación de su información, los medios de comunicación masiva están en aptitud de impregnar considerablemente el conocimiento del mundo que tienen sus destinatarios. Tales procesos de selección y ensayos de ordenación conceptual, preceden, de hecho, al ofrecimiento de informaciones, pues ya una preconcepción inevitable en el observador directo lo lleva a seleccionar los hechos referidos. Después tiene lugar una selección de las informaciones, primero por la agencia noticiosa y después por las redacciones, que de este modo funcionan como *gatekeeper* del flujo de información. Así, por ejemplo, se pone énfasis sobre los desaciertos producidos bajo los regímenes no gratos, mientras que los inconvenientes similares que imperan bajo sistemas de gobierno favorecidos, son acallados o mencionados incidentalmente. Aparte de la selección, son de importancia la ordenación de los hechos en determinados contextos, la presentación exterior y el énfasis en la redacción de la noticia que, en la prensa, ocurre principalmente a través de la colocación de la noticia y de los titulares. Las ideologías y modas intelectuales de los manipuladores de la opinión pública adquieren eficacia a través de esta selección y preparación de las noticias.

Pero esta manipulación se funda en una característica básica del espíritu humano, cuya limitada capacidad de recepción y procesamiento, lleva a que, por necesidad, las concepciones individuales y las dominantes en una comunidad se apoyen en

una selección a partir de la plenitud de las informaciones accesibles. Tampoco están ligadas a las técnicas modernas de la comunicación la inevitabilidad de la selección de la información y la disposición del espíritu humano a orientarse "paradigmáticamente" en el mundo. Así, por ejemplo, nuestra imagen histórica del mundo está determinada por lo que la historiografía, la narrativa, las artes plásticas y otras formas de comunicación tradicional han escogido y tenido por digno de consideración. Tal selección significa invariablemente una reducción en el campo de visión. Únicamente así se comprende que la guerra de Troya, o más bien, una de las guerras de Troya, haya desempeñado alguna vez un papel más importante en la conciencia histórica del europeo culto, que las enormes campañas de conquista de un Gengis-Khan o un Tamerlán.

Según lo dicho hasta el momento, la articulación de la opinión pública va de la mano con la información misma y se da, en función de la necesidad ya comentada, de orientarse en un mundo confuso, de hacer transparente y "comprensible" lo complejo (§ § 1, II 2; 7 II). En el ámbito de la comunicación de masas, la articulación se efectúa particularmente por el hecho de que ciertos temas se conviertan en objeto de debate, y de formación de opinión. Una función importante de estos procesos de articulación consiste en intentar elaborar un panorama de las intrincadas y poco transparentes cuestiones de la economía, la política y la ideología, así como que se sugieran y pongan a discusión modelos de solución y criterios de análisis, *topoi*. A partir de la pugna de las concepciones cristalizan entonces complejos aprehensibles de alternativas que finalmente puedan ser objeto de decisiones políticas. Se trata de un proceso a través del cual las principales informaciones, intereses y concepciones se confrontan continuamente, y en el cual la opinión pública adquiere apenas sus contornos, y en especial una "regulación lingüística". La significación política de esta articulación es especialmente evidente en aquellas situaciones en que necesidades y emociones extendidas, pero aún latentes, son captadas en un concepto determinado, y de esta manera se introducen en la conciencia general y adquieren eficacia. En este sentido puede mencionarse el ejemplo histórico de las "tesis" de Lutero, que expresaban en conceptos teológicos el malestar por la venta de indulgencias y que, contando ya con el auxilio de la imprenta, lograron una amplia repercusión; o bien, tomando un ejemplo de nuestro tiempo: la inquietud, sentida durante mucho tiempo en relación con la amenaza al medio ambiente, se convirtió en tema político al ser sugestivamente expresada en publicaciones como *Silent Spring*, de Rachel Carson.

En una comunidad predominan siempre determinadas ideas, y con harta frecuencia también los estereotipos (§ 7 II), que en nuestra época son difundidos sobre todo por la prensa y la radio. No solamente las canciones, sino también los pensamientos y conceptos "dan la vuelta al mundo", devienen en moda intelectual, para ser nuevamente sustituidos por concepciones que a menudo son opuestas. Una moda intelectual del ayer, cuya principal preocupación era no "frustrar" a nadie con "presiones sociales", de la cuna a la sepultura, puede resultar más tarde un camino errado, tal vez un "libertinaje" exagerado que desatiende la necesidad fundamental de certeza de orientación y guía, de inserción y "resguardo" en determinadas instituciones.

La opinión pública se desenvuelve así en un gran proceso de *trial and error*, actual y primordialmente articulado por los medios de comunicación masiva, pero a un mismo tiempo es determinado también por las coincidencias anímicas existentes, es decir, la capacidad de resonancia de la colectividad (véase *infra* 2). Estas mentalidades cambiantes repercuten con mayor o menor intensidad en el acontecer social (III 1).

2. ¿Reproducción o dirección de la opinión pública? Debido a la selección de la información ofrecida y el énfasis que ésta recibe, el individuo se halla, en buena parte, a merced de los medios de comunicación masiva, que también difunden los criterios de discusión, los modelos de interpretación y solución, con los cuales se asimila la información. Así se inician y propagan las modas intelectuales de la época.

Hoy día, el ciudadano se ve ampliamente desplazado del foro de la discusión pública y asume el papel de simple espectador, de consumidor al que se le proporcionan e imponen informaciones y opiniones, y de las cuales no tiene más que elegir. Esto no es impedimento para que la información y las opiniones así presentadas encuentren sólo escepticismo y para que, en la sociedad pluralista al menos, todavía sea válida la frase de Abraham Lincoln: "Se puede engañar por un tiempo a toda la gente y se puede engañar todo el tiempo a algunas personas, pero no se puede engañar todo el tiempo a toda la gente".

En representación del público, los medios de comunicación masiva cumplen con la función de mantener viva la discusión pública. El modelo del debate público no es ya la asamblea pública, ni siquiera el salón, sino la discusión representativa, cuyo ejemplo manifiesto es el "diálogo de podio". Se argumenta en sustitución del público y se reserva al oyente el cómodo, pero modesto papel, de identificarse con una u otra de las concepciones expuestas.

Sin embargo, no con ello desaparece toda interrelación entre el público y los medios de comunicación masiva: los órganos de publicación deben adaptarse a la receptividad y propensión específicas de este público a los influjos espirituales, las representaciones inclinaciones y resentimientos que se han originado en necesidades vitales, la educación y otras circunstancias. A menudo las concepciones "disonantes" que se apartan en demasía de estas coincidencias anímicas, no son acogidas. Existe entonces una especie de ley de la inercia en la psicología de la masa que confiere cierta estabilidad a las concepciones y estados anímicos ya implantados. En una palabra, si los medios de comunicación masiva pretenden eficacia, deben orientarse según la capacidad presente de resonancia. Es por ello que, a la inversa, los contenidos del filmes de éxito, de revistas ilustradas muy leídas, de programas radiofónicas populares y *best sellers* pueden tomarse como indicios de los cuales se deduzcan las actitudes de una nación (Kracauer 1947).

Ciertamente dicha "retroalimentación" no transforma al destinatario, sin más, en interlocutor, sino que le confiere, en gran parte el papel de mero consumidor, cuando no en el de objeto sometido a influjos sintonizados con sus inclinaciones y emociones.

La necesidad de tomar en consideración las orientaciones de los intereses y las tendencias de opinión de la población en su conjunto es tanto más fuerte, y el papel de la colectividad en el proceso de formación de la opinión tanto más activo, cuanto más amplia sea la oferta y la posibilidad de elegir entre diversas informaciones y la presentación de noticias y opiniones. En el ámbito de la prensa, solamente la oferta de alternativas hace posible la "votación en el quiosco", que obliga a las casas editoras de diarios a complacer orientaciones de los intereses y las tendencias de opinión de los compradores potenciales y a esforzarse por resultar convincentes. Al igual que en la elección política, la posibilidad de escoger entre varias alternativas introduce directamente un elemento de democracia en el proceso de formación de la opinión. Este mecanismo funciona de la manera más directa donde los medios privados de comunicación masiva compiten entre sí y están sometidos al proceso de selección por la demanda en el mercado abierto. No obstante, la oferta de alternativas se produce sólo dentro de un margen de acción limitado, señalado de antemano, de un lado, por la tendencia inercial del público (su "capacidad de resonancia") y, del otro, por las dependencias condicionadas por el sistema, a que están sujetas las empresas editoriales (por ejemplo, su in-

terdependencia con los anunciantes). En esta medida se presenta una cierta similitud con los votantes que — en el campo de la política — de caso en caso, deciden habitualmente sobre matices (§ 23 II 4).

3. La relevancia política de los medios de comunicación masiva. Como fuentes de información, los medios de comunicación masiva poseen una considerable importancia para el parlamento, el gobierno y la administración. Además, los órganos del Estado toman en consideración las opiniones publicadas, lo cual será legítimo si, y en la medida que, la opinión pública predominante halle expresión en los medios de comunicación (III 2). Sin embargo, no se da este caso así sin más. Se ha aprendido a diferenciar entre opinión pública y opinión publicada y se sabe que frecuentemente las concepciones de minorías fuertes están representadas en exceso, mientras que no siempre tienen suficiente representación las opiniones de la "mayoría silenciosa". Este hecho impone a los representantes una especial reserva frente a las consignas en boca de los publicistas, por ejemplo, frente a ciertos "lemas reformistas" o adhesiones en política exterior, que comúnmente no son expresión de la opinión preponderante del pueblo y menos aún, de capacidad de juicio y responsabilidad política, sino que, no pocas veces provienen de modas intelectuales y maniobras de manipulación.

Luego es de particular interés la influencia de la prensa, la radio y la televisión sobre las elecciones políticas, en las cuales la opinión pública adquiere relevancia política inmediata. En este punto se sitúa el planteamiento más importante de toda investigación empírica de la eficacia política de los medios de comunicación masiva. No parece haber mayor problema en constatar una conexión de acción entre las manifestaciones de los publicistas y el resultado de las elecciones políticas; de ahí, por ejemplo, que los partidos vigilan celosamente que se les otorgue un trato igual en la distribución de tiempos de emisión para la propaganda electoral (BVerfGE 7, 99; 14, 121). En lo particular no se ha investigado suficientemente, desde la óptica sociológica, las constantes que gobiernan estas conexiones de acción, a saber: qué factores individuales, en qué contextos y en qué medida, resultan de relevancia para la formación de la opinión y, por consiguiente, para las decisiones de los electores. Tampoco se ha aclarado el grado de correlación, ya que todavía imperan las suposiciones globales.

En repetidas ocasiones se ha considerado que la eficacia electoral de los medios de comunicación masiva es muy alta: "El que domina los medios de comunicación de masas, domina al

electorado; el que domina al electorado, domina el proceso político" (Loewenstein. VL, 361, 284; TC, 417, 344).- Otras apreciaciones son más cautelosas. Ante todo hay que hacer diferenciaciones, por ejemplo, entre destinatarios con opiniones más firmes y otros cuyas opiniones lo son menos, ya que en una buena parte del electorado se presenta una singular inmovilidad que, entre otras cosas, está condicionada por grupos de intereses infiltrados y por actitudes y prejuicios profundamente enraizados. La propaganda electoral "disonante" que se aparta de éstos, no es aceptada (véase *supra* 2). Como objetivo principal de la propaganda electoral entran en consideración los electores indecisos que oscilan, de elección en elección, entre los grupos fijos de votantes. La propaganda electoral indudablemente repercute, aunque en forma limitada, sobre los grupos fijos, en todo caso, sobre su participación en las urnas. Independientemente de su efecto directo sobre la elección, los medios de comunicación masiva ejercen también, mediante la articulación de tendencias y opiniones, un influjo, a largo plazo y de difícil análisis, sobre el desarrollo ulterior de la opinión pública y, por tanto, de futuras elecciones. Una complicación adicional en el mecanismo de acción de la propaganda resulta de que, por lo regular, ésta no simplemente "se gana" a los votantes, sino que es procesada por las subestructuras del proceso de formación de la opinión: es costumbre que la opinión individual acabe de formarse en un intercambio personal cuyos participantes pueden ejercer una influencia muy diversa; las personas que gozan de especial prestigio en algún ámbito de vida (aunque frecuentemente sólo respecto de determinadas cuestiones) asumen un cierto papel de líder; la división elemental de estas comunidades de comunicación en *opinion leaders* y seguidores dudosamente simplifica la situación (aun en el ámbito familiar, como bien lo sabrá algún atribulado padre de familia).

La considerable influencia de la opinión pública y su función de control han inducido a adjudicar el papel de "cuarto poder" a los medios de comunicación masiva, que la articulan y manipulan. Esto es seguramente incorrecto en un sentido técnico-jurídico, pues la opinión pública no es voluntad de los órganos del Estado. En un enfoque no referido a las competencias jurídicas, sino a las fuerzas políticas, los medios de comunicación masiva constituyen un eslabón importante del "sistema de equilibrio de los titulares oligárquicos del poder" (§ 31 IV).

4. La concurrencia de las fuerzas formadoras de opinión. Una idea fundamental de la democracia pluralista es que en la discusión libre y abierta de las opiniones e intereses concurrentes en la comunidad, se establezcan compromisos suscep-

tibles de consenso y surjan y se definan metas políticas (§ 26 II). También se ha demostrado que, por lo común, los intereses y opiniones particulares no adquieren una amplia efectividad política sin "intermediación", sino que en parte son "pre-organizados" mediante asociaciones de intereses y, en parte, "articulados" por los medios de comunicación, esto es, que de uno u otro modo requieren un procesamiento previo. Sin embargo, en estos procesos surgen con facilidad desequilibrios: una sobrerrepresentación de intereses particulares cuando se busca satisfacerlos (§ 26 V, VI); y una sobrerrepresentación es más probable cuando los medios de comunicación y su influencia se concentran en pocas manos; con mayor razón cuando estas fuerzas formadoras de opinión están vinculadas a intereses unilaterales.

a) *Tendencias hacia la monopolización.* Las posibles ventajas de una concentración de los medios de comunicación son innegables: los diarios y las agencias de prensa de gran tamaño "frecuentemente representan mejor las opiniones y proporcionan mejor las noticias al lector, que las agencias y diarios pequeños; dependen de grupos de opinión muy diversos y no desean quedar mal con ninguno de ellos. Los principales periódicos aceptan con mayor facilidad opiniones contrarias a las que ellas representan, en forma de artículos especiales, editoriales de diversas tendencias, 'opiniones de lector'. En términos generales deben mantener un nivel más alto y algo similar es aplicable a las grandes sociedades radiofónicas" (McIver, 179).

Sin embargo, esta monopolización tiene inconvenientes, por otro lado: la concentración creciente de los medios de comunicación masiva encubre el peligro de que la opinión pública sea manipulada por una minoría resuelta. Esta posibilidad de manipulación de la opinión pública se eleva drásticamente donde exista un monopolio de la información, esto es, un poder, sin competencia, sobre la selección de los hechos informados, y donde se carece de una oferta alternativa de opiniones; si el Estado, por su parte, llega a influir fuertemente sobre estos medios monopolizados, desaparece también el control que éstos pueden ejercer sobre la acción estatal.

En el ámbito de la comunicación de masas hay concentración y procesos de poder. Lo mismo que sucede con otras fuerzas sociales, también le corresponde aquí una mayor subordinación social al poder (§ 27 II 2). Tanto aquí como allá se plantea una exigencia de transparencia y competencia equilibrada, pues también en la esfera de la comunicación de masas deben hacerse visibles lazos y dependencias y mantenerse un equilibrio de fuerzas.

La monopolización no sólo debe prohibirse bajo el aspecto del control del poder, sino también bajo el de la democracia. Una democracia en libertad requiere que —en el campo previo de la formación de la voluntad política— la opinión pública se constituya en la libre discusión. De ahí que se necesite garantizar una prensa y una radiodifusión libres; en términos más generales: la garantía de libre competencia entre los medios de comunicación masiva.

b) *Competencia externa de los medios de comunicación masiva.* Tal como se presenta en el ámbito de la prensa, la competencia externa es suficiente mientras cada empresa tenga un contrapeso en un número considerable de empresas de orientación distinta.

En cuanto al problema de si existe suficiente competencia externa, no debe considerarse un único sector de los medios de comunicación masiva (como la prensa), porque los medios de diverso tipo (prensa, radio, televisión) pueden complementarse y rectificarse mutuamente. Con la creciente apertura de canales internacionales de comunicación, es posible incrementar, con las de otros países, la diversidad de fuentes de información y opinión.

Como instrumentos que garanticen la competencia externa en el ámbito de la prensa, se hallan a discusión, en especial: control de fusiones y medidas de desarticulación; restricciones en el tiraje y la participación en el mercado, así como subsidios para crear "contrapesos de mercado". Sin embargo, estas medidas tienen fallas e inconvenientes. Independientemente de las cuestiones que plantean la expropiación y una restricción a la libertad de desenvolvimiento profesional, y tomando en cuenta únicamente los principios y el funcionamiento del "mercado de la opinión", las deficiencias de estas prácticas saltan a la vista: el control de fusiones es incapaz de dominar las tendencias monopólicas que surgen del crecimiento "interno" de la empresa. Las restricciones en el tiraje y la participación en el mercado afectan la potencialidad de desarrollo de aquel sector de la prensa que encuentra mayor resonancia; y desde la perspectiva del lector, limitan justamente aquellas fuentes de información cuya demanda es particularmente fuerte. Tratándose de subsidios directos o indirectos, deben evitarse dos riesgos: no desperdiciar fondos en "empresas insolventes" (*"lame ducks"*), y no emplear las subvenciones como instrumentos de dirección ideológica. Así, por ejemplo, las tarifas postales más reducidas para el envío de periódicos, favorecen, de modo neutral, la omnipresencia de la competencia entre los productos de la prensa. También son de tendencia neutral los incentivos fiscales generales (por ejemplo, menores impuestos sobre ventas) para los

diarios de baja circulación; según el aspecto primeramente mencionado, tampoco ofrecen inconvenientes si únicamente aminoran las desventajas estructurales de la competencia (en especial en el negocio de anuncios), condicionadas por el reducido tiraje.

c) *Competencia de opiniones en el interior de la empresa.* A falta de la competencia externa, puede tomar su lugar la competencia interna. Como en el caso de la radiodifusión en la República Federal de Alemania, las instituciones mismas deben "organizarse de modo tal, que todas las fuerzas de consideración influyan en sus órganos y se manifiesten en la programación global" (BVerfGE 12 262 s.).

Esto ocurre en el marco de organización de las instituciones radiofónicas y televisivas de derecho público. No obstante, esta forma de organización presenta considerables fallas, ya que las instituciones no pueden asumir plenamente la función de estímulo a nuevas agrupaciones sociales e intelectuales que sí desempeñan las empresas dotadas con la movilidad del derecho privado. Además, a través de la forma de organización de derecho público, una institución que debiera precisamente contribuir al control del Estado se aproxima al ámbito estatal, lo cual no conduce necesariamente a un monopolio de Estado o de partido sobre la opinión, pero siempre debilita una de las diferencias estructurales de las que vive el "control real de los poderes".

Con el fin de separar estas instituciones, en el mayor grado posible, del gobierno y la mayoría parlamentaria, y para garantizar una cierta pluralidad de opiniones, asume entonces un papel central el equilibrio de las opiniones en el interior de la institución. Sin embargo, esta nivelación funciona deficientemente, lo cual ha sido notorio sobre todo en las instituciones públicas de radiodifusión, ya que la selección de los representantes de opiniones se limita forzosamente a los grandes grupos. En lo esencial están representados: partidos, iglesias, asociaciones de patrones y de trabajadores, organizaciones de la agricultura, la manufactura, la prensa, la educación y la cultura, universidades, asociaciones deportivas, municipios, asociaciones de municipios y organizaciones juveniles. El marco de organización determina precisamente una oligarquía de las fuerzas formadoras de opinión y es innegable que esto implica empobrecimiento e inmovilidad. Existe el peligro de que se establezcan *cliques* de opinión que, conservando la apariencia de liberalismo, intenten inculcar con sus ideas políticas a la colectividad. Cuando las sociedades radiofónicas (y lo mismo vale para los consejos de prensa) no están suficientemente protegidos contra la influencia excesiva de los partidos políticos,

puede producirse una polarización, cuando no un partidismo unilateral. Sin embargo, aun si se logra evitar esta politización unilateral, la estructura oligárquica, por otro lado, puede inducir fácilmente a aceptar un cómodo arreglo para todos los interesados. Siguiendo el principio "si me dejas en paz te dejo en paz", se cede a cada quien el campo de los intereses que representa y se oculta un eventual antagonismo.

También es verdad que la organización de la radiodifusión en instituciones subvencionadas de derecho público no ofrecen únicamente desventajas. Puesto que no están sujetas rigurosamente a las leyes del mercado, no forzosamente tienen que orientar el nivel y tendencia de sus emisiones conforme al sector más amplio de la demanda. Esto significa, por un lado, la oportunidad de elevar el nivel de la transmisión, es decir, de desempeñar, dentro de ciertos límites, una misión de educación (también en lo cívico) (Krüger, 1965). Pero, por otro lado, conlleva el peligro indicado, de que esta misión educativa se entienda, y se abuse de ella, como oportunidad para inculcar y manipular, mientras que en el mercado libre es más probable un saludable rechazo de estas maniobras. Las ventajas apuntadas, y quizá también los peligros, se ven aminorados cuando la selección de programas se orienta por los ratings y, por tanto, se simula la presión de la demanda en el mercado.

Los inconvenientes que trae consigo el régimen de derecho público en la radiodifusión son de tal peso, que en varias ocasiones se ha propuesto conceder también a las empresas privadas el derecho de emitir programas radiofónicos, con el fin de desligar a este medio de comunicación de la influencia política partidista y garantizar mejor la pluralidad de opiniones. Debido a los elevados costos de emisión y a la escasez de canales de comunicación, permanecerá reducido el número de empresas de radio y televisión. Así, pues, subsiste el problema de cómo pueda asegurarse una distribución equilibrada y transparente del poder de opinar, aun en el supuesto de que el sector público de la radiodifusión sea complementado por el privado.

En vista de las fallas que ofrecen los medios de comunicación de organización pública (entre las que se cuentan particularmente la disminución de la pluralidad, la movilidad y capacidad de innovación intelectuales), la idea de sujetar también a la prensa a un régimen de derecho público, apenas tiene importancia hoy en día. Sin embargo, respecto de las empresas periodísticas privadas, se ha planteado la conveniencia de introducir controles internos, adicionales a los contrapesos externos, para neutralizar los lazos de interés que pudieran establecer estas empresas. Con tal finalidad, se ha propuesto específicamente el otorgamiento a los periodistas de una "liber-

tad interna de prensa", liberándolos en buena medida de las instrucciones del editor. Además, debe concedérseles un derecho de participación en las decisiones sobre personal. Sin embargo, también bajo estas condiciones es posible la formación de *cliques* de opinión y tampoco debe pasar inadvertido que una excesiva "autonomía" de las redacciones frente al editor afecta la sensibilidad "democrática" por las expectativas y deseos de la población. Es precisamente el cálculo comercial del editor que lo obliga a tomar en consideración la orientación de los intereses y las opiniones de los potenciales compradores. Este es el "eslabón" por el cual, en una economía de mercado, la población misma puede influir sobre la oferta de información (véase *supra* IV 2). Vistas las desventajas que conllevan las diversas formas de organización, la preservación de una pluralidad estructural en la esfera global de los medios de comunicación masiva parece, por lo pronto, como la mejor vía para que siga abierto el proceso de formación de la opinión.

d) *Deberes de publicación*. La "objetividad" de la discusión pública es favorecida si se obliga a los órganos de publicación a dar oportunidad de expresar su opinión a los grupos más importantes. De este modo, las instituciones de radiodifusión conceden a los partidos políticos tiempos de emisión bien dosificados para su propaganda electoral. Esta técnica es susceptible de ampliación en otras direcciones; se podría trasladarla, aunque modificándola, a la prensa privada, por ejemplo, que según una clave adecuada, se ponga a disposición de los grupos de relevancia social algunas columnas, para exponer información, posturas y, sobre todo, la versión contraria. Una práctica semejante sería particularmente conveniente en aquellos ámbitos de formación de la opinión en que fuera insuficiente la competencia entre los medios de comunicación porque existe un monopolio periodístico local.

e) *Deberes de exposición*. Una vez que se ha comprendido la fuerza social de los "productores de símbolos e imágenes del mundo" (§§ 25 I 2; 28 IV I, 2) va en aumento el llamado al control de los "controladores". A la demanda de competencia entre las fuerzas formadoras de opinión se suma el postulado de que éstas sean expuestas (*offenlegung*). Como partícipes en la estructura del poder, se exige que los medios de comunicación masiva políticamente activos hagan transparentes su estructura interna y su funcionamiento, sobre todo las relaciones de poder, dependencias e influencias a que están sujetos (§ 26 VI), una exigencia insuficientemente satisfecha hasta el momento (cfr. art. I §§ 4 y 7, art. III § 2, del proyecto de ley de Arnbruster *et al.*).

NOTAS AL CAPÍTULO II

- (a) art. 21 (1): "Los partidos colaborarán en la formación de la voluntad política del pueblo. Su creación será libre. Su organización interna deberá responder a los principios democráticos. Los partidos deberán dar cuenta de la procedencia de sus recursos.
- (2) Son inconstitucionales los partidos que por sus fines, o por la actitud de sus adherentes, tiendan a desvirtuar o destruir el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania. Sobre su inconstitucionalidad resolverá el Tribunal Constitucional Federal.
- (3) La reglamentación se hará por leyes federales.

Capítulo III. El aspecto de un poder estatal limitado o en expansión	297
§ 29. Tipos fundamentales: los Estados totalitario y liberal.	297
<i>1. El Estado de derecho</i>	
§ 30. Principios del Estado de derecho	308
§ 31. División de poderes	320
§ 32. Los derechos fundamentales: origen	334

Capítulo III. El aspecto de un poder estatal limitado o en expansión

§ 29. Tipos fundamentales: Los Estados totalitario y liberal

W. Lippmann, Die Gesellschaft freier Menschen (ingl. 1937) al 1945; F. A. Hayek, Der Weg zur Knechtschaft (ingl. 1944) al 1971; V. Vanberg, Wissenschaftsverständnis, Sozialtheorie, und polit. Programmatik, 1973.

Respecto de los tipos de estado mencionados hasta este punto. Lo importante era quién tenía en sus manos el poder del Estado: uno sólo, varios, la mayoría o una determinada casta, clase o algún otro grupo social de poder. Una clasificación ulterior resulta de que el poder estatal busque extender sus dimensiones, abarcar y reglamentar tantos ámbitos de vida como sea posible, o bien, que se incline a la abstención y, en especial, que respete como intangibles algunos de estos ámbitos.

I. El tipo del Estado totalitario

H. O. Ziegler, Autoritärer oder totaler Staat?, 1932; E. Forsthoff; Der totale Staat, 1933; J. L. Talmon, Die Ursprünge der totalitären Demokratie, (ingl. 1952) al 1961; K. A. Wittfogel, Die orientalische Despotie (ingl. 1957) al 1962; Loewenstein VL, 50 ss.; B. Moore, Zur Geschichte der politischen Gewalt, 1966, 30 ss.; B. Chapman, Der Polizeistaat (ingl. 1970) al 1972.

Sobre 1: § 21 I; *F. Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte, 1914, 1964, § 19, 20, 26, 31; Wolff-Bachof, § 8; G. K. Schmelzeisen, Wirtschaftsrecht im 16-18. Jh., en: H. Bellnow et al., Aspekte sozialer Wirklichkeit, 1958, 9 ss.; H. Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 1966, 1980, 142 ss., 159 ss.; W. Riefner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, 30 ss.; Kimminich, (citado en el § 12 1), 240 ss.; H. Wessel, Zweckmäßigkeit als Handlungsprinzip usw., 1978.*

Sobre 2: § 14 II; *F. Neumann, Behemoth, (ingl. 1942, 1944) al 1977; H. Arendt, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, (ingl. 1951) al 1958,*

caps. 10 ss.: *Wolff-Bachof*, § 10; *Cf. Friedrich*, Totalitäre Diktatur, 1957; *H. Buchheim*, Totalitäre Herrschaft 1962, ⁵1967; *R. Aron*, Demokratie und Totalitarismus, (fr. 1965) al 1970, 160 s.; *K. Hornung* Die totalitäre Herrschaft, 1967; *R. Waelder*, Grundzüge des Totalitarismus, Psyche, 1967, 855 ss.; *B. Seidel*, *S. Jenkner* (eds.), Wege der Totalitarismus Forschung, 1968, *C. Schmidt*, Politik als Heilslehre, 1970; *M. Jänicke*, Totalitäre Herrschaft, 1971 (bibl.); *M. Greinfenhagen et al.*, Totalitarismus, 1972; *L. Shapiro*, Totalitarianism, 1972; *W. Schlangen*, Theorie und Ideologie des Totalitarismus, 1972 (bibl.); *P. Kevenorster*,... Zur Kongruenz von linkem und rechtem Totalitarismus, ZfPol 1974, 61 ss.; *P. Graf Kielmansegg*, Krise der Totalitarismustheorie., ZfPol. 1974, 511 ss.; *G. Schulz*, Faschismus-Nationalsozialismus, 1974; *J.F. Revel*, Die totalitäre Versuchung, (fr. 1976) al 1976

La tendencia hacia la máxima penetración y conformación de toda la vida de la comunidad es distintiva del Estado totalitario, cuyo concepto no coincide con el de los Estados autoritario y autocrático, si bien en un Estado pueden combinarse, de hecho, caracteres totalitarios, autoritarios y autocráticos. Estos tres conceptos se han formado bajo aspectos diversos; las polaridades en que se sitúan son distintas. El totalitarismo se contrapone al liberalismo y designa directamente la tendencia del poder estatal a expandirse y adueñarse del mayor número posible de ámbitos de vida. El concepto del poder autoritario indica un poder estatal que se ha liberado del control y disposición de una mayoría democrática, según el lema: "Autoridad, no mayoría" (F. J. Stahl). Tal concepto se funda típicamente en la idea de que a base de legitimación del Estado no radica en la voluntad y las necesidades de los individuos. El concepto del régimen autocrático hace referencia a la dominación de propia autoridad y se entrecruza con el del régimen autoritario; en el concepto de la dictadura autocrática significa aquél, el contraste con el poder comisarial (§ 21 II 2).

Es usual aplicar el concepto de "totalitarismo" a los Estados de los tiempos más recientes, no obstante hallarse rasgos de este tipo de Estado en épocas más tempranas, como por ejemplo en el despotismo del Antiguo Oriente, en la dictadura de Calvino o en el Estado policía del absolutismo. Los rasgos distintivos del totalitarismo moderno se presentan más tarde en el régimen jacobino: un dogmatismo ideológico (aquí en forma de un mesianismo que pretendía realizar un reino de la razón y de la virtud cívica); la identificación del partido dominante con la colectividad; la penetración del Estado con agentes del poder político, y un terror organizado al servicio del aquel dogmatismo (Talmon. 1961, 110 ss.).

Las condiciones de origen de los rasgos totalitarios de un

Estado difícilmente pueden reducirse a una fórmula simple y uniforme, según se desprende de los ejemplos apuntados. El Estado moderno es particularmente propenso al totalitarismo una vez que ha caído bajo un régimen centralizado, tal como una dictadura, pues dispone de los medios de la técnica moderna y la experiencia psicológica para manipular intensivamente la opinión pública, además de contar con el aparato de una burocracia y una economía totalmente organizadas; éstas pueden serle de utilidad como instrumentos para dirigir los ámbitos de vida más variados.

1. El Estado policía absolutista. En el Estado policía del siglo XVIII, cuyo modelo sería la Prusia de Federico Guillermo I, encontramos ya sólidos comienzos de la reglamentación de la vida de los súbditos hasta en el detalle, hasta los asuntos más privados, desde el credo y el culto religiosos, hasta la vestimenta de calle; desde la profesión, hasta el comer y el beber. El Estado, en cuyas manos se concentraban el poder político, la supremacía eclesiástica y la política económica del país, devino el gran tutor de sus ciudadanos.

El concepto de soberanía, que se iba imponiendo, constituye una de las raíces de Estado policía como tal. Refleja la consolidación de las relaciones internas de poder y expresa, en particular, el triunfo de los monarcas sobre los estamentos (§ 9 II).

También tenemos como componentes de la expansión del poder estatal su intromisión en el terreno religioso, la facultad del soberano de decidir la pertenencia confesional de sus súbditos, según el principio *cuius regio, eius religio*, y de ejercer la autoridad eclesiástica. Lutero otorgó este derecho, *faute de mieux*, a los príncipes protestantes, pero — sin una concesión comparable — los soberanos católicos hicieron igualmente amplio uso de él según la frase: "*Dux Cliviae est papa in territoriis suis*".

Otro motivo más de las múltiples intervenciones del Estado policía radica en la política económica del mercantilismo, entonces en boga, ya que los ejércitos permanentes, los aparatos administrativos centralizados y el sostenimiento de las cortes de los monarcas absolutistas daban origen a una enorme demanda de dinero que debía ser cubierta principalmente por una balanza comercial favorable. En consecuencia, un extenso dirigismo económico del Estado impulsaba y orientaba la producción industrial y agrícola para poder prescindir de la importación de los productos extranjeros y aumentar la exportación de los propios. A este fin apuntaban la regulación de precios, las aduanas y los obstáculos a la importación, los estímulos a la exportación y la prohibición de exportar materias primas; incluso

medidas de política demográfica completaban el profuso programa.

A todo esto se sumaba la concepción patriarcalista del deber que tenía el soberano de velar por la felicidad y la virtud de los súbditos. Así, los ciudadanos del Estado benefactor absolutista llegaron al dudoso goce de un eudemonismo administrado por la autoridad.

Todo ello concurrió en el surgimiento de aquella forma temprana de un Estado administrador omnipresente que restringía la libertad de acción y la responsabilidad del individuo, y que lo incapacitaba como súbdito.

2. El Estado totalitario moderno. A partir del fin de la Primera Guerra Mundial, el totalitarismo vaga por el mundo como compañero de viaje de las ideologías sin compromiso. El Estado totalitario moderno que interviene todos los ámbitos de vida, del cual ofrecen ejemplos, la Rusia estalinista y la Alemania nacionalsocialista, pretende realizar sus ideas políticas, económicas y sociales incluso dentro de la esfera privada. A diferencia de la confusa ideología del nacionalsocialismo, el marxismo intenta aportar una legitimación, consecuentemente desarrollada, de sus pretensiones totalitarias. La sociedad socialista del futuro, en la que el poder político será superfluo, presupone un nuevo hombre socialista. Para cumplir con la misión educativa así planteada, el Estado marxista se considera autorizado para abarcar y controlar al hombre en todas las esferas de la vida, aun en lo ideológico. Asimismo, tiene la certeza de que su política está científicamente fundada y de poseer una concepción cuya verdad es demostrable; de ahí que sólo pueda menospreciar por erradas, a las opiniones contrarias (§§ 18 IV: 28 I).

a) *La magnitud de la pretensión de disposición totalitaria.* Si atendemos a la magnitud de la pretensión de disposición por parte del Estado, a pesar de cualquier diferencia encontraremos un rasgo común del antiguo Estado policia con el Estado totalitario moderno: la concentración del poder político, de la dirección económica y la autoridad religiosa o ideológica en manos del propio Estado.

En el moderno Estado totalitario no solamente la economía, el mercado de trabajo y la actividad profesional sino también la vida social, el tiempo libre, la familia, el modo de pensar y la cultura toda del pueblo son impregnadas por las metas del Estado y puestas a su servicio.

El Estado totalitario no solamente exige obediencia a la ley, sino también una convicción: ideología nacionalsocialista, amor y disposición al sacrificio por el *Führer*, orgullo de la ra-

za, conciencia de clase o cualquier otro "celo anímico". El oportunismo, las sanciones de hecho, o cuando menos el temor ante éstas, se ponen en movimiento para imponer ese modo de pensar. Naturalmente la creencia, como tal, no es coercible por estos medios, pero sí lo es el comportamiento que debiera provenir de un determinado credo. De esta manera es factible lograr aquellos modos de conducta que no se pueda prescribir mediante normas jurídicas (por ejemplo, que debido a su vinculación con una situación concreta, esas conductas se sustraigan a una normación general) o que no se les quiera prescribir (si, por ejemplo, los electores votan "espontáneamente" de manera abierta, no se abandonará de buena gana la tesis propagandística de que, jurídicamente, se efectúan elecciones libres y secretas). El ejemplo más trivial del funcionamiento de esta coacción constituye el hecho de que, bajo el régimen nacionalsocialista, casi todos utilizaran en la calle el "saludo alemán" aunque no estaba prohibido por ley desear los "buenos días".

Los límites normativos de la pretensión estatal de disposición radicaban, en el Estado policía absolutista, en considerarse sometido, al menos en teoría, a ciertas *lois fondamentales*, a la religión y el orden moral del cristianismo occidental (§ 9 III 2). Por el contrario, el Estado totalitario moderno ya no reconoce ni siquiera estos vínculos.

Un Estado que aspira a prevalecer en el mayor grado posible sobre la vida social no puede en consecuencia, respetar aquellos derechos fundamentales que no se subordinen sin fricciones en su programa político, así los proclame en el papel, pues estos derechos tienen precisamente como objetivo la defensa de ciertos ámbitos de libertad de los individuos frente al Estado. Refiriéndose al Estado totalitario nacionalsocialista, un manual de derecho constitucional era consecuente y únicamente reflejaba la realidad constitucional, al afirmar: "Sobre todo deben desaparecer los derechos de libertad del individuo frente al poder estatal... No existe una libertad personal del individuo previa o exterior al Estado que éste tenga el deber de respetar. El sitio del individuo lo ha ocupado el camarada articulado en la comunidad, comprendido por la totalidad del pueblo político e integrado en el actuar colectivo. No puede haber más una esfera privada intocable y sagrada frente a la unidad política" (E.R. Huber, *Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches*, 2^a 1939, 361). Quien exija para sí su esfera privada o recurra a su libertad personal en el Estado totalitario, se convierte en un tipo raro, cuando no en traidor y enemigo.

b) *Técnicas del totalitarismo*. De los anteriores Estados con

tendencias totalitarias difiere el Estado totalitario moderno principalmente en el empleo de prácticas de organización sistemáticamente desarrolladas y de medios técnicos, con los cuales pretende imponer sus metas.

Una importante preocupación del régimen totalitario consiste en infiltrar la burocracia estatal y las organizaciones sociales con agentes del poder político, para dirigirlas y controlarlas. Según el modelo de los dos casos de mayor relevancia histórica, son de utilidad en este sentido: un partido de Estado, jerárquicamente organizado y rígidamente disciplinado, cuyas secciones se entrelazan con todas las esferas de importancia en la organización estatal y en la vida económica, profesional y cultural. Una policía secreta complementa el sistema de penetración organizada del aparato del Estado, y de la sociedad, con los funcionarios del poder político.

La burocracia es ocupada y vigilada, sobre todo en sus departamentos de personal, por funcionarios del partido y agentes leales.

La economía y el mercado de trabajo son dirigidos y controlados centralmente conforme a los métodos de la economía planificada, mientras que los objetivos del plan se orientan por el programa político del Estado.

El Estado totalitario moderno tiene en la radio, la televisión, la prensa de masas dirigida, y el cine, medios técnicos nunca antes vistos para lograr la uniformación ideológica. Al enorme aparato de la información pública no se le confía la tarea de presentar diversas alternativas políticas e ideológicas, de estimular a los ciudadanos a formarse una opinión política independiente, sino la función de educar e inculcar en el pueblo los objetivos del Estado (§ 28 I).

El partido oficial organiza también la "distribución del tiempo libre". La juventud no sólo es educada en el espíritu de la ideología oficial según los planes educativos de las escuelas, sino que las organizaciones juveniles absorben o ejercen influencia sobre su "tiempo libre".

No se tolera la resistencia, que es sofocada desde sus inicios por un denso sistema de control que no se detiene ante la vigilancia del correo, la intervención del teléfono y el empleo de soplones, como tampoco ante la desaparición de los disidentes políticos, por miles, en campos de concentración y de trabajos forzados.

3. Pluralidad estructural contra totalitarismo. En una época en que no solamente se cuenta con los impresionantes recursos del poder, sino también con el aparato de una burocracia acabada, las técnicas de la sicología y los modernos medios

de comunicación de masas, la principal medida contra el totalitarismo consiste en la preservación, tanto en el Estado y como en la sociedad, de una pluralidad estructural, y en hacer realidad el principio de subsidiariedad en la mayor extensión posible.

En el ámbito de la organización del Estado esto implica, más que nada, la necesidad de una división y un equilibrio en la organización de los poderes (§ 31) y de la mayor descentralización posible, en particular a través de la estructura federativa del Estado y la autonomía administrativa municipal (§§ 17 I 2; 23 III).

Además, es preciso garantizar una esfera privada mediante los derechos fundamentales (§ 32) y proteger el ámbito social contra una excesiva injerencia estatal y, en especial impedir una intervención estatal en los medios de comunicación masiva y preservar, también en este sector, una pluralidad estructural (§ 28 I 4).

En el ámbito social deben mantenerse la pluralidad, la competencia y el equilibrio de los poderes sociales aun a costa de un antagonismo incómodo, y no siempre justo, entre las fuerzas políticas y económicas y los grupos de influencia de la sociedad pluralista (§ 26 IV-VI).

II. El tipo de Estado liberal

§§ 30; 34: *L. v. Wiese*, *Der Liberalismus in der Vergangenheit und Zukunft*, 1917; *L. Bergsträsser*, *Geschichte der pol. Parteien in Deutschland*, 1921, ¹¹1965; *G. de Ruggiero*, *Geschichte des Liberalismus in Europa*, (it. 1925) al 1930; *A. Rustow*, *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus*, 1945, ²1950; *F. C. Sell*, *Die Tragödie des deutschen Liberalismus*, 1953; *F. A. v. Hayek*, *L. v. Mises*, en: *HdSW VI*, 591 ss.; *F. A. v. Hayek*, *Die Verfassung der Freiheit*, (ingl. 1960) al 1971; *W. Dorn*, *H. Hofmann* (eds.), *Geschichte des deutschen Liberalismus*, 1966, ²1976; *E. T. V. Heuss*, *L. v. Münch*, *W. v. Loewenich*, en: *EvStL*, 1475 ss.; *H. Flach et al.*, *Die Freiburger Thesen der Liberalen*, 1972; *L. Döhn*, en: *F. Neumann* (ed.), *Politische Theorien und Ideologien*, 1974, ²1977; *L. Gall* (ed.), *Liberalismus*, 1976.

Sobre 1: *A. Smith*, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, (ingl. 1776, ⁵1789) esp. 1977; *I. Kant*, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (al. 1785); *id.*, *Über den Gemeinspruch...*, 1793, II; *W. v. Humboldt*, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, 1792; *J. G. Fichte*, *Zurückforderung der Denkfreiheit...*, 1793; *J. St. Mill*, *Principles of Political Economy*, 1848; *id.*, *On Liberty*, (ingl. 1859) esp. 1971; *Binder*, 288 ss.; *L. v. Mises*, *Liberalismus*, 1927; *Ermacora*, 90 ss.; *H. Wasmus*, *Ethik und gesellschaftl. Ordnungstheorie*, 1973 (sobre J. St. Mill); *R. Nozick*, *Anarchie, Staat, Utopia*, (ingl. 1974) al. 1976.

Sobre 2: § 35; *F. Engels*, *La situación de la clase trabajadora en Inglaterra*, 1845 (*MEW 2*, 225 ss.); *F. Böhm*, *Wettbewerb und Monopolkampf*,

1933; *Eucken* (citado en el § 35), 30 ss.; *R. Kühnl*, *Formen bürgerlicher Herrschaft*, 1971.

La tendencia hacia el liberalismo es la opuesta a la tendencia totalitaria. La mayoría de los estados se ubican entre los tipos ideales del Estado totalitario y el liberal.

Para comprender esta polaridad es importante no confundir el concepto liberal con el concepto democrático de la libertad. Aquél indica la libertad del *status negativus*, el margen de libertad de acción que el Estado deja al individuo. Este se refiere a la libertad del *status activus*, la libertad de participar en la formación de la voluntad general (§ 34 I). Ambas formas de libertad no convergen necesariamente, ya que una mayoría democrática puede ejercer una tiranía muy poco liberal. Si no va acompañada de la libertad liberal, la libertad democrática es el régimen de la multitud, sin garantías de libertad frente a ella (§ 30 I).

1. Argumentos en pro de la libertad. El liberalismo moderno es hijo de la Ilustración, que situó al individuo en el centro de la existencia social. En el siglo XVIII, la doctrina filosófica de la autonomía moral del individuo, la petición política de derechos fundamentales y derechos de libertad para éste, así como la teoría de la economía nacional, coinciden en enseñar que una defensa bien entendida de los intereses propios en libre concurrencia, produce por sí misma una vida económica equilibrada. Estas doctrinas se unieron en una tendencia a restringir la acción del Estado:

La preocupación por la moralidad de los súbditos no puede ser ya asunto del Estado, ya que, según postula una tesis básica de la ética de Immanuel Kant, la moralidad es exclusivamente una cuestión de la buena voluntad y la autonomía de la conciencia, no de una conducta provocada por la coacción externa (1785).

El Estado tampoco debe decidir sobre el credo religioso de sus súbditos, pues cada quien es responsable de la salvación de su alma. En los conflictos religiosos de los siglos XVI, y XVII, junto con la exigencia de mayor obediencia a Dios que a los hombres, se introdujo también en la conciencia general el postulado de que el poder estatal tiene límites infranqueables. Las libertades de creencia y de conciencia constituyeron importantes puntos de cristalización para el nacimiento de los derechos fundamentales y las libertades generales (§ 32 II).

Pero, sobre todo, el Estado no debe reglamentar la vida económica, como hasta entonces había hecho bajo el influjo del mercantilismo. El Estado debe garantizar la seguridad y la propiedad de los ciudadanos y, en los demás, dejar el camino

libre a la iniciativa de cada quien. Los más aptos habrían de prevalecer y al perseguir sus metas, elevarían también a fin de cuentas, el bienestar general. En la fábula de las abejas, de Mandeville (1714), los vicios privados, como el egoísmo y la vanidad, son precisamente el fundamento de la industriiosidad y prosperidad de la asociación. Los fisiócratas opinaban que el egoísmo privado conduce, por sí solo, al desarrollo, conforme a leyes, de la vida económica y, por consiguiente, al orden natural de la sociedad. *Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*, dejad las cosas a su libre curso y entonces la economía y la vida en comunidad se desenvolverán en la mejor armonía. En su influyente "Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones" (1776 IV 9), escribió Adam Smith: "Todo sistema de preferencia extraordinaria o de restricción se debe mirar como proscrito, para que de su propio movimiento se establezca el simple y obvio de la libertad labrantil, mercantil y manufacturera. Todo hombre, con tal que no viole las leyes de la justicia, debe quedar perfectamente libre para abrazar el medio que mejor le parezca a los fines de buscar su modo de vivir, y que puedan sus producciones salir a competir con las de cualquier otro individuo de la naturaleza humana... Según el sistema de la libertad natural, al Soberano sólo quedan tres obligaciones principales que atender, obligaciones de gran importancia y de la mayor consideración, pero muy obvias e inteligibles: la primera, proteger a la sociedad de la violencia e invasión de otras sociedades independientes; la segunda, poner en lo posible a cubierto de la injusticia y la opresión de un miembro de la república a otro que lo sea también de la misma, o la obligación de establecer una exacta justicia entre sus pueblos; y la tercera, la de mantener y erigir ciertas obras y establecimientos públicos", cuya creación y sostenimiento no cabe esperar de la iniciativa privada. A las libertades fundamentales de los hombres agregó el postulado de la libertad de elegir oficio, en especial, la libertad de establecimiento profesional y el libre comercio por encima de las fronteras nacionales.

Wilhelm von Humboldt, distinguido estadista prusiano, gran erudito y defensor de una constitución liberal en su país, escribió en el año de 1792 una investigación significativamente intitulada "Ideas en torno a un ensayo sobre los límites de la acción del Estado", en el que oponía al paternalismo del Estado policía y de bienestar su ideal humanista de la libertad en el desarrollo y la formación de la persona. "Que el Estado se abstenga", demanda él, "de todo cuidado por el bienestar positivo de los ciudadanos y no dé un paso más allá de lo necesario para

protegerlos de sí mismos y frente a los enemigos del exterior: no coartará su libertad para ninguna otra finalidad" (III 7).

2. **Riesgos de la libertad.** Estas tesis eran de un optimismo grandioso. Sin embargo fracasó la idea optimista de un Estado que permitía que la persona del individuo, la sociedad, la economía se desarrollaran según sus propias leyes. La bendición de una economía sin intervención ni restricciones por parte del Estado, se reveló como un sistema de explotación inhumana para los miles de trabajadores atrapados en el engranaje de las fábricas y minas recién creadas. Si bien los empresarios tanto como los trabajadores, tenían la libertad jurídica de celebrar o rescindir un contrato de trabajo, en términos económicos esta libertad significaba para el obrero la alternativa entre trabajar comúnmente bajo las condiciones más indignas, y morir por hambre. Todavía en el año de 1860 escribía el *Daily Telegraph* de Londres: "A las 2, a las 3, a las 4 de la mañana se arranca de las sucias camas a niños de 9 a 10 años y se les obliga a trabajar por la mera subsistencia hasta las 10, las 11 ó las 12 de la noche, mientras miembros se consumen, su complexión se encanija, se les embotan los rasgos faciales, y su condición humana se hunde por completo en un torpor pétreo, extremadamente horrible de contemplar... ¿Qué se podrá pensar de una ciudad que realiza una asamblea pública para solicitar que el período de trabajo para los hombres se reduzca a 18 horas diariamente?" (Ejemplo tomado de K. Marx, *El Capital* I, cap. 8). La sociedad, que buscaba escapar de la Escila del Estado benefactor que todo lo reglamenta, cayó en la Caribdis de un liberalismo desenfrenado. Después de las deprimentes experiencias que resultaron, en el siglo XIX, de la economía capitalista dejada a sí misma, Ferdinand Lassalle, el ingenioso fundador de la Sociedad General de Obreros Alemanes, caricaturizó como "Estado gendarme" al Estado liberal, que únicamente otorgaba protección y seguridad (Programa de los trabajadores, 1862).

Aunque con grandes vacilaciones en un principio, el Estado empezó a intervenir en la vida social, regulándola, para corregir los abusos más graves contra la libertad. Las dimensiones que éstos habían adquirido se reflejan en las contramedidas adoptadas. La ley inglesa de Fábricas, de 1833, por ejemplo, aplicable sólo a unas cuantas ramas de la industria, se vio en la necesidad, entre otras cosas, de prohibir el trabajo para los niños menores de 9 años y reducir a 12 horas la jornada laboral de los jóvenes entre 13 y 18 años de edad.

No solamente en la relación entre obreros y patrones podía emplearse la libertad para acabar con la libertad. Entre los

empresarios mismos se hallan ejemplos de la aniquilación de las instituciones liberales con ayuda de las libertades del liberalismo: en todas partes se formaron concentraciones de capital y empresas, así como cárteles que sacaron provecho de la libertad contractual, de la libre disposición de la propiedad y en caso preciso, de los medios que ofrecía una competencia ruinosa, para eliminar la concurrencia liberal y hacer inefectivos los mecanismos de precios y de mercado.

Los poderes sociales siempre se han dado maña para transformar la libertad que les cede el Estado en la negación de la libertad para sus conciudadanos. Así, por no citar sino un ejemplo más, la concentración tolerada de los medios de comunicación masiva llevaría a la opresión de la libertad espiritual, del mismo modo en que un derecho privado demasiado liberal fue empleado para la opresión económica (§ 28 IV 4).

III. El "Estado social liberal"

E. Fechner, Zur Herkunft und Gegenwartslage des sozialen Rechtsstaates, en: Rechtstheorie 1978, 466 ss.

El "Estado social liberal" (*freiheitliche Sozialstaat*) de la sociedad industrializada de Occidente se sitúa en el campo de tensión entre las tendencias totalitarias y las liberales.

Por un lado, es heredero de una época liberal que pretendía ceder a cada quien un grado máximo de desarrollo individual y económico, así como limitar y controlar la acción del Estado.

Por otro lado, se ha demostrado, sobre todo, que una sociedad industrial pluralista requiere una continua regulación estatal que limite el egoísmo y el afán de desarrollo de los individuos, para que la libertad de unos no bloquee, en medida intolerable, la libertad de otros. Particularmente respecto de las pugnas entre los intereses organizados, esta regulación debe buscar permanentemente una compensación adecuada entre las necesidades y procurar que todos reciban oportunidades justas en los ámbitos más variados (§§ 26 V, VI; 27 II). Debe intervenir donde la economía de mercado misma esté en vías de hacer peligrar las condiciones del mercado libre o de causar daños considerables a la economía nacional o al medio ambiente. Para satisfacer adecuadamente necesidades vitales de importancia se requieren las prestaciones positivas de la procuraxistencial del Estado, más allá de una regulación meramente intervencionista.

Nunca termina la tarea de hallar, en las situaciones cambiantes, el justo medio entre la tutela totalitaria, por un lado y, por el otro, una excesiva liberalización, que permite que el

egoísmo y el desenfreno del individuo se conviertan en inconveniente social. No existe una solución abstracta a este dilema, que hiciera innecesario buscar continuamente la medida correcta en la política concreta. Si bien ciertas instituciones constitucionales son más, o menos, favorables a la "libertad para todos", no es posible asegurar esquemáticamente de una vez para todas, la regulación óptima de la libertad mediante un mecanismo constitucional automático.

En la oscilación del desarrollo histórico, entre el Estado de bienestar y el liberalismo, se pone de manifiesto con nitidez casi típico-ideal — el riesgo que el Estado enfrenta continuamente: garantizar muy poca libertad, sofocando así una necesidad elemental, y conceder una libertad excesiva, con lo cual abre la puerta a las posibilidades, gustosamente aprovechadas, de abusar de aquélla. La inestabilidad de las formas liberales de Estado se funda también en que la libertad induce, una y otra vez, a abusar de ella y este abuso obliga nuevamente a restringirla. Ya Platón veía en ello el peligro específico que corre la democracia: el deseo insaciable por aquel bien que le es máspreciado, la libertad, hace perecer a la democracia (§ 21 II 2; Cicerón, *De re publica*, I 68). La reglamentación por el poder estatal es tanto más necesaria cuanto más determinen los intereses personales y de grupo la acción en un pueblo y cuanto menos dispuestos se hallen estos intereses particulares a someterse voluntariamente a una compensación justa.

Es un rasgo esencial del Estado industrializado de Occidente verse mezclado y desgastado por esta antítesis, de cuyas caras una está representada por los principios del Estado de Derecho (§§ 30 ss.) y la otra, por las tendencias y las técnicas de una conformación social racional; estas últimas poseen un importante elemento institucional en la burocratización de un mundo cada vez más administrado (§§ 35 ss.). Obviamente no se trata aquí más que de una contraposición de tipos ideales, ya que los principios mismos del Estado de Derecho han experimentado una transformación y, de manera parcial, se han convertido en instrumentos de regulación en el Estado social (§§ 30 III; 34 I 3, II, III), mientras que, por otra parte, dentro de la problemática de la regulación, y la planeación, han pasado a ser un tema de importancia los límites de la conformación racional de la sociedad (§§ 35 II, IV; 36 III; 37 IV 2).

1. El Estado de derecho

§ 30. Principios del Estado de derecho

C. Schmitt VL. 123 ss.; F. Darmstaedter, *Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates*. 1930; Huber *Aufs.* 27 ss. (Niedergang des Rechts und

Krise des Rechtsstaates); *Wolff-Bachof* §§ 9, 11; *D. Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 1961, ²1968; *E. Forsthoff*, Rechtsstaat im Wandel, 1964, ²1979; *id.* (ed.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968; *H.H. Rupp*, Grundfrage der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, 104. ss.; *H. Schambeck*, Vom Sinnwandel des Rechtsstaates, 1970; *Herzog*, 141 ss., 266 ss., 363 ss.; *W. Leisner*, Rechtsstaat ein Widerspruch in sich?, *JZ* 1977, 537 ss.; *Stern*, § 20; *M. Tohitipur* (ed.), Der bürgerliche Rechtsstaat, 1978.

I. Ideas fundamentales y evolución del Estado constitucional y de derecho

J. Karst, Über den Gemeinspruch... 1793; *H. R.v. Mohl*, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats. I. 1832, ³ 1866, §§ 3 ss.; *O. Bähr*, Der Rechtsstaat, 1864; *R.v. Gneist*, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 1872, ² 1879; *L. Gumplowicz*, Rechtsstaat und Socialismus, 1881, 117 ss.; *F. Garzon*, Die Rechtsstaatsidee usw., 1952; *E.W. Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffes en: *F.f.A. Arndt*, 1969, 53 ss.; *Kriele*, 104 ss.; *K. Larenz*, Richtiges Recht, 1979, 136 ss.; *Ch. Lmk* (citado en el § 26 III); *D. Merten*, Rechtsstaatliche Anfänge im preussischen Absolutismus, en: *DVBl* 1981, 701 ss.

Sobre 1: *J. St. Mill* (citado en el § 28 II); *W. Kägi*, en: *Tohitipur*, 1978, 127 ss.

Sobre 2: *Maunz-Zippelius* § 12 III (bibl.)

1. Ideas fundamentales. Los principios del Estado de derecho son los instrumentos encaminados a impedir la expansión totalitaria, y en general el ejercicio sin control, del poder del Estado. Estos principios forman parte del intento de dar respuesta a la vieja cuestión de cómo puedan realizarse a un mismo tiempo el orden y la libertad. (El principio democrático implica otro esfuerzo en este sentido) (§§ 17 III; 23)

Las instituciones del moderno Estado constitucional y de Derecho fueron conformándose en gran parte como reacción frente al absolutismo. El advenimiento de un poder estatal soberano, la consolidación del poder político en el Estado (§ 9) contribuyeron a asegurar la paz jurídica, pero a la vez trajeron consigo el peligro del absolutismo y de una expansión, de tipo policíaco, del poder estatal. En Inglaterra, las pretensiones absolutistas del rey se toparon con la enérgica resistencia del Parlamento, que veía amenazados sus antiguos derechos tradicionales y sus libertades irrenunciables de los ciudadanos. De estos conflictos y, más tarde, como consecuencia del movimiento independentista norteamericano y la Revolución francesa, fueron surgiendo instituciones para la protección de estos derechos y libertades. En este proceso histórico nació el Estado constitucional y de Derecho, que aspira a un compromiso entre la necesidad de un poder estatal homogéneo, capaz de garanti-

zar la paz jurídica, y la necesidad de asegurar el mayor grado posible de libertad individual, de impedir el abuso del poder estatal y de imponer límites a su expansión. Esta necesidad surge también frente al absolutismo de la mayoría en una democracia, en grado no menor que frente a un monarca absoluto, pues un gobierno de la mayoría que no estuviera limitado por derechos de libertad, puede convertirse en tiranía. Tanto Tocqueville (DA, I 2, cap. 7) como Mill (1859, cap. 1), habían advertido esto (cfr. § 23 I).

Con el fin de proteger las libertades individuales e impedir la arbitrariedad del Estado, había que procurar primeramente que la acción estatal se desarrollara de acuerdo con una determinada distribución de papeles y con reglas de juego garantizadas. Mediante la distribución y coordinación armónicas de las funciones estatales de regulación debía crearse un sistema de división y control de poderes. Era de particular importancia sujetar al Ejecutivo a la ley y al derecho. Igualmente había que controlar los actos del Estado e impedir la arbitrariedad mediante reglas de procedimiento (en la legislación, la administración y la jurisdicción). De igual manera había que crear procedimientos de control, judiciales y de otro tipo, que velaran por el respeto de las reglas de juego en el sistema jurídico de regulación. Ya que estas providencias afectan las formas de la acción estatal, se les denomina también principios del Estado "formal" de derecho.

Sin embargo, los principios del Estado de derecho no lo son únicamente de forma. Los principios del Estado "material" de Derecho (es decir, referidos a su contenido) son también adecuados para trazar límites al poder estatal. Esto es especialmente válido respecto de las prohibiciones de lesionar los derechos fundamentales del hombre y de menoscabar ciertos intereses en mayor medida de lo estrictamente necesario para la defensa de bienes de mayor valor. El Estado de Derecho recibió un contenido "material" más extenso cuando, junto al principio de la libertad, los principios de igualdad y justicia adquieren cada vez mayor vigencia, una interpretación material y son considerados, más y más, como parte integrante de las garantías de los derechos fundamentales (§ 34).

2. Los diversos principios. De la historia evolutiva del Estado de derecho se han destacado especialmente las siguientes posiciones:

El modelo del Estado liberal de derecho ha sido tomado, en sus caracteres más importantes, del sistema constitucional hacia el cual había evolucionado Inglaterra a fines del siglo XVII. En él, las libertades individuales tuvieron una primera garantía en la protección contra las detenciones arbitrarias, garantía

consagrada ya en la Magna Carta de 1215, aunque de modo incompleto, y después ratificada y ampliada hasta la *Habeas Corpus Acte*, de 1679 (§ 32 II). De Lolme (1784, I XIV) veía en esas garantías contra la detención arbitraria uno de los pilares de aquel "sentimiento de independencia que dan las leyes a los ciudadanos en Inglaterra". A través de ellas el poder ejecutivo perdió un instrumento de fuerza con el cual podía privar al pueblo de sus caudillos y que quizá representaba la amenaza más seria contra la libertad pública.

El principio de que el poder del rey tenía límites jurídicos desempeñó un papel importante en las pugnas entre el Parlamento inglés y los dos primeros Estuardos. Frente a las pretensiones de soberanía de Jacobo I y Carlos I, Coke oponía la tesis de la supremacía del derecho. El que el poder de gobierno esté limitado por las libertades jurídicamente garantizadas del pueblo, fue en consecuencia, el principal argumento de la acusación sostenida contra el *Earl of Strafford*, primer consejero del rey, en los inicios de la revolución puritana. En un famoso discurso de acusación, John Pym resumió este principio, diciendo que la ley es la "línea fronteriza, la medida entre la prerrogativa del rey y la libertad del pueblo". Tal es una temprana versión de la "supremacía de la ley". La idea de una sujeción y una limitación jurídicas del poder monárquico prevaleció más tarde en el movimiento constitucional; lo mismo aconteció en el continente, aunque bajo la premisa limitativa de que el monarca conserva todavía una amplia soberanía; de ahí que en el documento constitucional que él otorgaba, se consagrara únicamente una autolimitación jurídica de sus atribuciones (§ 21 I 2).

Otro principio que irrumpió en la guerra civil inglesa del siglo XVII, fue la exigencia de que no se tutelara al individuo en sus convicciones religiosas por razones de Estado. Esta pretensión constituyó un primer punto de cristalización de la idea de derechos humanos universales, es decir, la idea de que existe una esfera individual intocable sobre la cual, por principio, no puede disponer el poder del Estado (§ 32 II).

Corresponde también a los orígenes del moderno Estado constitucional y de Derecho el postulado del *equilibrio de los poderes*, para controlarlos, postulado que ya se había expresado en Inglaterra en relación con la gloriosa Revolución (1688) y que se fue imponiendo con fuerza creciente en el continente y particularmente en la creación de la constitución norteamericana (§ 31).

De manera menos espectacular se difundió el principio de que la acción estatal debía desarrollarse fundamentalmente conforme a leyes generales. A este principio corresponde especialmente la "reserva de ley", la cual señala que requieren de

autorización legal cuando menos (III) aquellos actos de los poderes ejecutivo y judicial que intervengan en la libertad o la propiedad. En forma más amplia, la exigencia de que la acción estatal se desenvuelva de acuerdo con leyes generales, aparece como mandato de la razón, de la igualdad de trato de la democracia y la seguridad jurídica. Ya el siglo XVIII consideraba como precepto de la razón el comportarse según leyes universales. En la filosofía moral de Kant, la universalidad de una norma de conducta es el criterio racional de su justicia y, de igual modo, la coexistencia de la libertad de los individuos sólo es posible de acuerdo con leyes generales: "Derecho es la limitación de libertad de cada uno, bajo la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto sea posible conforme a una ley universal" (Kant, 1793). La realización de los actos del Estado según una norma general responde asimismo al principio de la igualdad de trato, puesto que la limitación de la libertad individual conforme a leyes generales significa, por su mismo carácter, una restricción igual para todos. El principio de legalidad se sustenta también en la confianza puesta en la aprobación democrática de la ley. En el hecho de que todos aprobaran una ley general residiría, a la vez, una garantía de su justicia. Fundamental es la participación igual de todos en una competencia de regulación que los induzca a someterse a sus leyes; desde el punto de vista típico-ideal esto nos llevaría obviamente al principio de unanimidad, frente al cual resulta forzosamente inferior el de simple mayoría. Si todos aprobaran las leyes de validez general, entonces "todos deciden para todos y cada uno para sí mismo"; pero "nadie es capaz de hacerse injusticia a sí mismo" (Kant *op. cit.*; *Metafísica de las costumbres*, I § 46; en forma similar, Locke, *Two Treatises*, II § 143; Rousseau, *Contrat social*, II 4; véase también el § 17 III). Finalmente la adopción de medidas estatales concretas sobre la base de leyes generales, contribuye a la seguridad jurídica, a saber, la previsibilidad de estas medidas.

Jeremías Bentham y otros declararon que la finalidad primordial del derecho era precisamente la creación de *seguridad jurídica* y, por tanto, de una base cierta para toda disposición (Bentham, *Principles of the Civil Code*, parte I, cap. 7), pauta que también debía ser válida para el legislador. De ello se dedujo, como importante consecuencia, la prohibición de leyes penales retroactivas (*nulla poena sine lege praevia*) y de cualesquiera otras leyes que ordenen o prevean retroactivamente consecuencias con las cuales el afectado no pudiera contar razonablemente en el momento de realizar una conducta. La certeza de orientación, la seguridad jurídica, no solamente requieren una decisión general y obligatoria, sino también el mayor gra-

do posible de continuidad del derecho (Zippelius RPh, § 24 V), un postulado que entra en conflicto con la exigencia de que el derecho sea adaptado continuamente a las nuevas circunstancias (§ 17 IV 2). La certeza de orientación precisa, además, claridad y transparencia del derecho: claridad de las normas jurídicas particulares y del orden jurídico en conjunto (Zippelius RPh, § 24 IV). Sin embargo, la exigencia de que sean claras y precisas las normas que programan previamente las medidas concretas del poder estatal, haciéndolas previsibles y calculables, encuentra su límite en el hecho de que la mayoría de los conceptos jurídicos no son determinables con exactitud, desde el punto de vista semántico. Además, no es posible, por principio, determinar previa y exactamente mediante normas generales, una decisión adecuada a todos los azares de la existencia. De ahí que numerosas leyes otorguen a las autoridades márgenes de crítica, discrecionalidad y acción, para que puedan decidir según reflexiones apropiadas al caso (cfr. al respecto Aristóteles, Política, 1282b y Ética Nicomaquea, 1137 b)

De qué manera se reduce todo en el Estado a la cuestión de la justa medida, queda de manifiesto en la aspiración a la reglamentación jurídica. La tendencia hacia el gobierno de las leyes, originariamente encaminado a imponer límites a la acción estatal, hacerla transparente y previsible, puede tener efectos adversos para el mismo Estado de Derecho cuando aquéllas comienzan a multiplicarse incontrolablemente. El esfuerzo por regular hasta en el detalle todas y cada una de las cosas, conduce a la inflación normativa. Esta no sólo restringe innecesariamente los márgenes de acción, sino que también limita la transparencia y, consecuentemente, la eficacia del derecho: un orden jurídico que ya no es plenamente aprehensible, por fuerza se convierte en un derecho que ya no es obedecido del todo. Un indicio particularmente notorio del autoaniquilamiento del Estado de legalidad se produce cuando el "servicio por disposición" se convierte en falta disciplinaria (porque impide el funcionamiento de la burocracia) lo cual no quiere decir otra cosa sino que la no observancia de las disposiciones se convierte en deber.

Según la concepción liberal, la libertad de los individuos sólo puede ser restringida en la medida que lo exijan los fines superiores de la comunidad. La libertad de cada uno en el Estado debe ser tan amplia como sea posible (§ 29 II), así, por ejemplo, Blackstone definió la libertad civil como "*natural liberty so far restricted by human laws and no farther, as it is necessary and expedient for the general advantage of the public*" (*Commentaries*, libro 1, cap. 1). Hoy día se relacionan con es-

tas ideas el *principio de proporcionalidad* y la *prohibición de exceso*: el primero exige una relación adecuada entre el daño y el beneficio que causan los actos estatales y prohíbe, en todo caso, cualquier intervención que lesione intereses de mayor importancia que los que satisface. La prohibición de exceso (*übermassverbot*) exige que, dentro del marco así delimitado, no se menoscaben intereses en medida superior a la necesaria; de los diversos cursos de acción adecuados para realizar una finalidad del Estado, debe seleccionarse aquella que signifique el menor perjuicio posible a los intereses contrarios. Ambos principios pueden considerarse, a la vez, como expresión del esfuerzo por optimizar la satisfacción de intereses en una comunidad.

La creación de instancias de control que vigilen a los órganos del Estado para que no excedan sus atribuciones, constituye también una antigua preocupación de la teoría del Estado. Althusio pretendía emplear a los éforos como guardianes que velaran porque el gobierno se mantuviera dentro de los límites del poder oficial conferido (*Politica methodice digesta*, XVIII 48 s., 65). En el Estado de Derecho moderno es frecuentemente un Tribunal Supremo el que asume para sí el papel de defensor de la Constitución. Además, la legalidad de los actos del Estado debe estar sometida, en términos generales, al *control de tribunales independientes*: "Para que el Estado de Derecho se convierta en realidad, no es suficiente que el derecho público sea determinado por las leyes, sino que debe existir una jurisdicción que, al declarar el derecho para el caso concreto, establezca un fundamento inobjetable para su restauración, cuando es lesionado" (Bahr 1854, 192).

Todos estos lineamientos evolutivos se unificaron en la concepción global de un Estado de Derecho, que "eleva al derecho a la categoría de condición fundamental de su existencia" y en el que "la relación entre gobernantes y gobernados no es la de un poder unilateral sino la del derecho" (Bähr 1864, 2). Esta es una versión moderna de la antigua idea platónica del gobierno de las leyes, pero dando solamente "el nombre de ley a esta disposición de la razón" (Leyes, 714 A), y "allí donde la ley reina sobre los gobernantes y donde los gobernantes se hacen a sí mismos esclavos de la ley" se ha alcanzado el mejor estado posible de una república (715 C.s.).

II. El Estado de derecho como principio político

C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 1927/1932, reimpr. 1963, 68 ss.;
 Mawz-Zippelius, § 19 I (funciones de los derechos fundamentales, bibl.).
 F. Schneider, *Die politische Komponente der Rechtsstaatsidee in Deutschland*, PVS 1968, 330 ss.

Carl Schmitt ha negado a los principios del Estado liberal de derecho la calidad de principios políticos constitutivos, ya que implican "sólo una serie de límites y controles del Estado, un sistema de garantías de la libertad burguesa y la relativización del poder del Estado. El Estado mismo, que debe ser controlado, se da supuesto en este sistema. Los principios de la libertad burguesa pueden, sí, modificar y templar un Estado, pero no dan lugar por sí mismos a una forma política". "La libertad no constituye nada" (VL, 200; TC, 231).

Sin embargo, los principios del Estado de Derecho no poseen únicamente una función negativa de limitación al poder estatal, sino también una de carácter constitutivo. Al igual que los principios estructurales de la democracia, pertenecen al conjunto de normas por cuyo cumplimiento se constituye la comunidad política viviente.

Así, por ejemplo, son de signo muy diverso los sistemas políticos contruidos según los principios constitucionales democrático-radicales, que los que adoptan los principios del Estado democrático de derecho. La institucionalización del proceso político total en el Estado de Derecho es distinta a la que corresponde al modelo de democracia radical. Aquél no se desenvuelve directamente a través de las decisiones mayoritarias de unidades políticas descentralizadas en mayor o menor grado, sino que, por medio de la división y limitación de las competencias de decisión, así como por reglas de procedimiento, se organiza de modo tal que su desarrollo sea controlado; las competencias de regulación se distribuyen con arreglo a un equilibrio en la organización de los poderes. Los controles del Estado de Derecho se establecen de modo tal que sean independientes ("diferenciados") de los poderes que controlan. Mediante las garantías de los derechos fundamentales, ciertos ámbitos de libertad individual (como las libertades de conciencia o de opinión) se han sustraído, en extensión determinada, a la competencia de regulación del legislador, y por tanto, a una intervención de la mayoría.

Los derechos fundamentales desempeñan también una función constitutiva en la estructura política.

Una teoría "democrático funcional" de los derechos fundamentales nos remite al *status activus*, asociado a estos mismos derechos. Lo que importa aquí es que las libertades, como las de prensa y opinión, o de reunión y asociación, no sólo abren espacios libres frente al poder político, sino que garantizan también una participación en el proceso político. Estas garantías deben asegurar, muy particularmente, una libre formación de la opinión pública y por ende, el "campo previo en la

formación de la voluntad política" (§ 34 I 1). Incluso las libertades de conciencia y de religión que en una primera impresión parecieran meramente "derechos de no intromisión", son a un tiempo garantía del desenvolvimiento de las decisiones personales en la esfera política (§ 17 III).

La concepción "institucional" de los derechos fundamentales centra su atención en que determinados ámbitos de acción, individual y social, se instituyan conforme al programa de los derechos fundamentales, y en que su permanencia sea garantizada. A ellos pertenece el ámbito garantizado de acción y desarrollo de la persona; también el ámbito de función de una prensa libre y del libre ejercicio de la investigación científica y la docencia, así como la conjunción armónica en la contratación laboral entre partes autónomas; además, una autorregulación, aunque no ilimitada, de la vida profesional y económica bajo la protección de la libertad contractual, de ocupación y la garantía de la propiedad. Desde esta perspectiva la comunidad política se presenta como conexión de acción de numerosos subsistemas, cuyos ámbitos de función se hallan definidos y garantizados en alguna medida por los derechos fundamentales. Esta comprensión de los derechos fundamentales encaja en la concepción del pluralismo como principio estructural constitutivo de la comunidad política (§ 26 II), pero también se relaciona con la idea de que es función del derecho no solamente asegurar las libertades de manera unilateral frente al Estado, sino también delimitarlas y garantizarlas en la mutua conexión entre los ciudadanos y entre los subsistemas sociales (§§ 33 II; 34 I 2).

III. Los principios del Estado de derecho en el Estado social

§§ 33 III; 34; *K. Ballerstedt*, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, AöR 74 (1948), 129 ss.; *W. Mallmann*, *K. Zeidler*, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, ed. VVDStRL 19 (1961), 165 ss.; *K. Zeidler*, Massnahmegesetz und "klassisches" Gesetz, 1961; *K. Huber*, Massnahmegesetz und Rechtsgesetz, 1963; *P. Badura*, Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DOV, 1968, 446 ss.; *M. Otdgies*, Grundlagen, eines plangewährleistungsrechts, 1970; *G. Oetli*, Grenzen der Gerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat, 1971, 40 ss.; *F. Ossenbühl* (citado en el § 36), 142 ss. (Rechtsstaatlichkeit im Bereich der Planung); *W.R. Schenke*, Gewährleistung bei Änderung staatlicher Wirtschaftsplanung, AöR 101 (1976), 337 ss.; *W. Henke*, Das Recht der Wirtschaftssubventionen, 1979, caps. 6. 12 ss.

Con la formación de la idea del Estado de Derecho se enlazaban, originariamente, las tendencias liberales, antitotalitarias y contrarias al Estado benefactor (§ 29 II 1). Para Kant (1793),

la promoción de la felicidad es, a lo más, una función auxiliar para el verdadero fin jurídico del Estado. En esta línea se sitúan igualmente el programa emprendido por Humboldt para determinar los límites de la acción del Estado (1792) y el llamado de Fichte a los Príncipes (1793): De Dios "esperamos la dicha; de tí la protección de nuestros derechos. No debes ser benévolo para con nosotros; debes ser justo". La acción del Estado ha de reducirse a garantizar orden y seguridad, a la "función de guardar". La preocupación por la felicidad y el bienestar debe dejarse a la autodeterminación de cada ciudadano.

El principio de la vinculación del poder del Estado al derecho (I) goza, no obstante, de cierta independencia frente a esta concepción antitotalitaria y liberal del Estado; los principios de la división de poderes, de la garantía de los derechos fundamentales, de la legalidad de la administración, de la previsibilidad y certidumbre de las medidas estatales y de su control judicial, pueden mantenerse a pesar de una considerable expansión de las funciones públicas, cuyos principales elementos son el bienestar y la justicia sociales (§ 35 III).

El crecimiento de las tareas públicas en el Estado social ha dado lugar a la exigencia de que la *reserva de ley* sea aplicada también en determinadas esferas de la administración activa. Esto es necesario cuando una prestación positiva en favor de alguien causa, a la vez, daños a otro, así por ejemplo, si las subvenciones estatales alteran las condiciones de la concurrencia en perjuicio de empresas competidoras u otras ramas de la economía. Se ha considerado extender la reserva de ley a todas las prestaciones del Estado que tienen como cometido la realización del bienestar público y la justicia social. En su favor podrían aducirse los siguientes argumentos: para la existencia y desenvolvimiento de los individuos, tan importante es que el Estado ofrezca servicios y oportunidades, como la omisión de sus intervenciones. Tales prestaciones del Estado habría que determinarlas previamente en un procedimiento legislativo, con el apoyo de la legitimación democrática del Parlamento, y en un debate político abierto y bajo el control de la opinión pública (BVerfGE 40, 248 s.). No obstante, habrá alguna vacilación para reglamentar jurídicamente (*verrechtlichen*), en toda su extensión, la actividad productiva del Estado. Existirían algunos inconvenientes para programar legislativamente el contenido y extensión de todas las prestaciones del Estado a ofrecer, pues ello privaría al ejecutivo del margen de acción que le permite adaptarse a las variables necesidades concretas (calles, hospitales, escuelas) (§ 34 III). Pero cuando el Estado ha producido bienes y servicios (vías de comunicación, instituciones

educativas, asistencia social) para los fines de la procura existencial (*Daseinsvorsorge*) el acceso de los individuos a ellos debe mantenerse abierto según criterios jurídicos y en forma susceptible de control jurídico.

En el Estado social, los *derechos fundamentales* constituyen una base para exigir prestaciones del Estado, o cuando menos para definir los objetivos estatales, ya que las libertades son entendidas cada vez más, no como dádiva del *laissez-faire*, sino como garantías de las condiciones materiales para el desenvolvimiento de la libertad. El principio de la igualdad de trato se convierte en vehículo para alcanzar una equiparación social, particularmente de tipo económico, más allá de una igualdad jurídica meramente formal. Así, el Estado es calificado, cada vez más, de gestor del bienestar general y la justicia social (§§ 34; 35 I, III) en no pocas ocasiones con menoscabo de los principios de los derechos fundamentales (§ 34 III). Ya que aquí se produce una redistribución de libertades y bienes, y la intensificación de la previsión social, por un lado, conlleva una restricción de las libertades, por el otro (§ 34 I 3).

En lo referente al principio de la división de poderes, la delimitación clásica entre las esferas del ejecutivo y el legislativo ha sido desplazada por las leyes de medida y planeación. Esto se debe a que en el Estado social, aparte de las normas jurídicas genérico-abstractas, con intención de permanencia, adquieren importancia las disposiciones que apuntan a un cambio en la situación concreta. Ello nos lleva a atribuir al legislador democrático también aquellas disposiciones que sirven únicamente como pautas de conducta para la realización de un objetivo concreto. En favor de esta práctica puede aducirse que, lo que cae dentro de la competencia del legislador, ha de juzgarse no sólo por la calidad jurídica del acto, sino también por su trascendencia. Sería paradójico que al legislador le estuviera vedado ocuparse de situaciones "que son de importancia esencial para la existencia de la vida comunitaria" (Krüger, 302). Contra la admisibilidad de las leyes de medida y planeación, puede oponerse la objeción de que la división de poderes debe partir de la base de que las "leyes" son disposiciones generales cuya validez pretende, por principio, ser ilimitada. Sin embargo, esta concepción ya no puede emplearse más como fundamento para determinar el concepto de división de poderes, desde el momento en que se incrementa, y se introduce en la conciencia general, la relatividad de las leyes, por la rápida transformación de las condiciones de vida a regular (cfr. también el § 36 I).

La exigencia de certeza de orientación y especialmente de que las *bases de disposición* no se modifiquen en forma impre-

visible, implican un derecho de garantía del plan frente a la "administración planificadora". Esto se halla en cierta contradicción con el ideal cibernético-social de un Estado social adaptable, que reacciona inmediatamente, con sus instrumentos de regulación, a los cambios de la situación concreta (§ 3 III).

También el instrumento del *control judicial* de los actos del Estado requiere una adaptación a la administración planificadora. A través de los planes se adoptan disposiciones previas, que en el curso de su realización progresiva (por ejemplo, la construcción y puesta en operación de un aeropuerto) pueden perjudicar directamente intereses dignos de protección de los ciudadanos, pero que se vuelven crecientemente irreversibles conforme avanza esta realización. Partiendo de esta comprensión de la singularidad del plan y su realización, nació la exigencia de que la protección jurídica (junto con una participación "democrática") se extienda a las primeras etapas de decisión.

IV. ¿Límites del Estado de Derecho?

Maunz-Zippelius, § 44; *H. Ballreich et al.*, Das Staatsnotrecht in Belgien, Frankreich, Grossbritannien, Italien, den Niederlanden, der Schweiz und den Vereinigten Staaten, 1955; *E. Fraenkel* (ed.), Der Staatsnotstand, 1965; *K. Loewenstein*, Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien, 1967, I. 61 ss., 502 ss., II. 374 ss.; *W. Birtles et al.*, Die Zulässigkeit des Einsatzes staatlicher Gewalt in Ausnahmesituationen, 1976; *E. W. Böckenförde*, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, 1881 ss.; *H. Oberreuter*, Notstand und Demokratie, 1978; *M. Schröder*, Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates, AöR 1978, 121 ss.; *J. Isensee*, Verfassung ohne Ernstfall: der Rechtsstaat, en: A Mohler et al. (ed), Der Ernstfall, 1979, 98 ss.; *F. Kojá*, Der Staatsnotstand als Rechtsbegriff 1979.

Existen situaciones imprevisibles y por tanto, insuficientemente consideradas en las leyes, en las que es preciso remediar considerables daños (ya producidos o inminentes) a la comunidad. Se ha planteado la cuestión de si en tales casos deben respetarse todos los principios del Estado de Derecho, particularmente la reserva de ley o si, por ejemplo, en estos casos deba atribuirse al gobierno o a los ministerios objetivamente afectados, un "derecho de emergencia estatal" (*staatsnotrecht*), para prevenir estos daños.

En la Gran Bretaña se ha desarrollado la siguiente práctica: Cuando sus específicas (y amplias) atribuciones no son suficientes para remediar una grave situación de emergencia, el gobierno adopta las medidas necesarias, según su mejor parecer. Una *Indemnity Act* del Parlamento puede legalizar posteriormente estas medidas. De esta manera se combinan acción oportuna

tuna y control. Este tratamiento dado al problema de la situación de emergencia encaja en el contexto del pensamiento jurídico inglés, al que es ajeno, por su mismo casuismo, la idea de una reglamentación total, así como tampoco se tiene la creencia de poder dominar toda situación concreta mediante principios abstractos; igualmente existe una confianza — limitada — en que los representantes del Estado lograrán vencer razonablemente los problemas concretos, confianza que vive de la seguridad que le otorga una larga tradición en el Estado de Derecho.

No es fácil trasladar este modelo a los Estados en que rige, sin excepciones, la "reserva de ley". Sin embargo, en estos estados, los derechos de emergencia podrían hallar un fundamento de justificación y autorización en el principio del equilibrio de bienes. El caso de la dictadura ha demostrado la necesidad de prevenir los peligros específicos de estas facultades de excepción (§ 21 II 1). En lo particular debe procurarse establecer una estricta limitación temporal del derecho de emergencia, que en ningún caso debe exceder la supresión de la situación concreta de peligro. En el autofacultamiento (*Selbstermächtigung*) reside un especial factor de riesgo por lo que, para hacerle frente, pueden hacerse depender las facultades de emergencia de la autorización previa de otra instancia, como por ejemplo, del Parlamento o de una comisión parlamentaria. Como medio de control entra también en consideración una justificación posterior, por ejemplo, mediante una resolución del parlamento o tribunal constitucional que declare la legalidad de la medida (sin efectos retroactivos).

Una decisión en favor o en contra de una institución jurídica semejante siempre plantea la cuestión de si no expone al Estado de Derecho a mayores peligros. Esto es, cabe preguntarse, qué contiene un mayor riesgo: el que dicho derecho de emergencia estatal pueda convertirse en instrumento para la toma del poder "desde dentro", o el que, por carecer de él, no sea posible rechazar a tiempo, o con suficiente eficacia, amenazas "de afuera" (particularmente fuerzas revolucionarias). El riesgo de una toma del poder "desde dentro" por medio de un derecho de emergencia estatal, es más reducido cuanto más fuertes sean las raíces de la tradición constitucional del Estado democrático de Derecho, juntamente con sus múltiples controles; tanto menores serán las objeciones a la utilización de este instrumento para prevenir situaciones de emergencia, graves e imprevistas, conforme a los requerimientos de las circunstancias.

§ 31. División de poderes

§ 20 II; Jellinek, 595 ss.; C. Schmitt VL, 182 ss.; Q. W. Kägi, Zur Ents-

tehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips, 1937; *Loewenstein* VL, 12 ss., 31 ss.; 125 ss., 422 ss.; *Tb. Stammes* (ed.), Strukturwandel der modernen Regierung, 1967; *G. Sturm*, Die Inkompatibilität, 1967; *M. J. C. Vile*, Constitutionalism, and the Separation of Powers, 1967; *Th. Tsatsos*, Zur Geschichte und Kritik der Lehre von der Gewaltenteilung, 1968; *N. Gehrig* (citado en el § 41), 207 ss.; *H. Rausch* (ed.), Zur heutigen Problematik der Gewaltenteilung, 1969; *D. Rauschnig*, Die Sicherung der Beachtung von Verfassungsrecht, 1969; *D. Ermacora*, 610 ss.; *Herzog*, 228 ss.; *W. Leisner*, Gewaltenteilung innerhalb der Gewalten, en: *F. f. Th. Maurz*, 1971, 267 ss.; *G. Brunner*, Kontrolle in Deutschland, 1972, 93 ss.; *K. Eichenberger*, Der Staat der Gegenwart, 1980, 127 ss.; *Stern*, § 36 (bibl.).

I. Pluralidad estructural y división de funciones como programa amplio

§§ 26 VI; 28 IV 4.; 38; *E. Kaerber*, Die Idee des Europ. Gleichgewichts in der publizist. Literatur, v. 16 bis zur Mitte des 18. Jh., 1907; *E. v. Vietsch*, Das Europ. Gleichgewicht, 1942; *L. Dehio*, Gleichgewicht oder Hegemonie, 1948; *E. W. Gulik*, Europe's classical balance of power, 1955; *Kissinger*, citado en el § 22 III; *W. Leisner*, citado en el § 26 IV (crit.); *R. Zippelius*, en: *F. f. K. Eichenberger*, 1982, 147 ss.

Uno de los temas más antiguos, a la vez de mayor actualidad, y que posiblemente sea la cuestión más importante de la teoría del Estado, se refiere al modo de evitar una peligrosa concentración del poder y un exceso de dirigismo centralizado en una comunidad organizada y dotada de suficiente fuerza de integración.

La división de poderes en la organización del Estado, que trataremos a continuación, pretende crear un sistema de ejercicio moderado y controlado del poder, mediante la distribución y coordinación de las competencias estatales (funciones de regulación).

No obstante, el problema del control del poder va más allá de los temas clásicos del equilibrio de poderes en la organización estatal. El poder políticamente relevante se constituye en numerosos ámbitos y, cual Proteo, adopta siempre nuevas apariencias dentro y fuera de la organización del Estado. De ahí que se plantee la tarea de controlarlo y limitarlo en distintas esferas y con métodos nuevos.

Aun el Estado con división de poderes puede poner en entredicho la libertad, cuando se avoca un exceso de reglamentaciones, puesto que el campo de acción que se deja a la iniciativa y el desarrollo personales depende del grado en que los procesos de la vida social se hallen sometidos, en términos generales, a una regulación por parte del Estado; y de la medida en que son reservados a una autorregulación mediante la autonomía pri-

vada o. a través de las corporaciones e instituciones "autónomas" que organizan y administran sus asuntos, en cuanto subsistemas parcialmente independientes (en el marco de las leyes estatales). Por ello, la cuestión de la división de funciones se plantea no solamente dentro de la organización del Estado sino que, desde una perspectiva más amplia, importa también la "clave de distribución" entre las funciones estatales y las no estatales. Se trata, pues de crear ámbitos de vida y de función abarcables que estén dotados de una autonomía y autarquía, así sean limitadas, es decir, con la facultad y la posibilidad fáctica de regular y atender por sí mismos sus asuntos (§§ 31 2: 29 I 3; 35 IV). Podría hablarse aquí de una descentralización de funciones, en sentido amplio. Desde esta óptica, la comunidad política se presenta como una conexión de acción de "subsistemas" estatales y sociales, independientemente del superior poder de regulación del Estado (§§ 9 III 1; 27 II 1). Los ámbitos sociales de función se hallan garantizados a través de los derechos fundamentales, según su concepción "institucional", ya discutida (§ 30 II). Para este enfoque existen, aparte de las regulaciones de intereses puramente centralistas-estatales y las individuales-privadas, otros ámbitos intermedios; a estos pertenecen especialmente la autoadministración de las corporaciones "autónomas", de las iglesias, y la autonomía de las partes en la contratación colectiva laboral.

El problema del control del poder se plantea también en el ámbito de los "poderes sociales", esto es, respecto de los "subsistemas sociales", en este caso como la tarea de poner límites al predominio de fuerzas particulares, trátase de la dominación del capital, de los gerentes de la industria, de los funcionarios sindicales o el gobierno de la opinión por un monopolio de los medios de comunicación (§§ 26 VI: 28 IV 4).

Por encima de la comunidad estatal particular, en el ámbito internacional existe también la necesidad de un equilibrio del poder con el fin de que los diversos estados conserven un margen apropiado de acción y decisión. La idea de una nivelada distribución del poder internacional ha dominado la política exterior europea como principio del "equilibrio europeo". Después de la Segunda Guerra Mundial, la dominación del mundo se ha polarizado y concentrado en manos de dos grandes potencias, que han adquirido la supremacía en sus respectivas esferas de influencia y que son capaces de decidir las cuestiones políticas vitales en ella. Un desplazamiento de poder entre los bloques permitiría percibir el peligro de que una sola superpotencia, con un potencial militar aplastante, mantenga en jaque a todos los otros Estados. De allí que se plantee, en política exterior, la tarea de dividir nuevamente el poder en el mundo entre

una pluralidad de estados y agrupaciones de estados (Kissinger 1979, 29 s., 1136). Dicho policentrismo daría oportunidad a los Estados medianos y pequeños de no convertirse en mero objeto de las disposiciones de una superpotencia, como tampoco en objeto negociable en una compensación de intereses entre dos potencias mundiales. Una constelación equilibrada de varios bloques de poder genera también la posibilidad de que, contra las burdas intervenciones de alguna potencia, se una la mayoría de las demás, prevaleciendo así, de manera *ad hoc* sobre el respectivo perturbador; esto implica una garantía más confiable de la paz mundial que el equilibrio inestable de dos superpotencias.

El común denominador al que debe reducirse el problema del control del poder en todos estos casos reza: "pluralidad estructural y división de funciones". Las posibilidades esenciales de dicha pluralidad estructural y división de funciones se hallan expresadas en los conceptos clásicos de división en la organización de los poderes, de descentralización, federalismo, autonomía administrativa y el principio de subsidiariedad y, especialmente respecto de los poderes sociales, en los conceptos de desconcentración y competencia.

El mantener dentro de un equilibrio los antagonismos, no solamente como se dan en la naturaleza sino también en la vida social, contribuye a preservar la pluralidad estructural y la división de funciones. No eliminar a los contendientes, sino limitar de su acción, es un medio importante para crear contrapesos, mantener la competencia, evitar la supremacía de un sector, ya sea en el sistema constitucional, en el ámbito del poder económico o en la política exterior.

Cualquier esfuerzo por controlar el poder no debe perder de vista los límites a los que están sujetos toda desconcentración y división de funciones. En cuanto al ámbito estatal, dichos límites resultan muy claramente de la necesidad de un orden social global y en particular, por las necesidades de paz jurídica, compensación equilibrada de intereses, unidad normativa del derecho, uniformidad en la tramitación de asuntos y el desempeño técnico y eficaz de las tareas suprarregionales (§§ 8 I; 14 I 3; 17 II; 27). Pero en el campo de las fuerzas pluralistas tampoco puede prescindirse de la capacidad coordinadora e integradora de las asociaciones y medios de masas (§§ 26 II, VI 3; 28 IV). Incluso en las relaciones internacionales va en aumento la necesidad de coordinación (§ 40 I). La búsqueda del modo y el grado deseables de la optimización, que sólo podrá solucionarse con referencia a una situación determinada, debe buscarse un compromiso óptimo entre objetivos antagónicos: entre la necesidad de diversificación de las funciones, organización y

responsabilidad propias por un lado — y la necesidad de coordinación, regulación uniforme y responsabilidad global, por el otro.

II. Sobre la división de las funciones estatales, en particular

Sobre 1: *E.v. Hippel*, *Gewaltenteilung im modernen Staate*, 1958; *E. W. Böckenförde*, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 1958, 20 ss.; *M. Imboden*, *Montesquieu und die Lehre von der Gewaltentrennung*, 1959; *G. Krauss*, *Die Gewaltengliederung bei Montesquieu*, en: *F.f. C. Schmitt*, 1959, 103 ss.; *Jäger* (citado en el § 41 I); *M. Rostock*, *Die Lehre von der Gewaltenteilung in der politischen Theorie von J. Locke*, 1974; *Id.*, *Die antike Theorie der Organisation staatlicher Macht*, 1975, 237 ss.; 306 ss.; *M. Wright* (ed.), *Theory and Practice of the Balance of Power 1486-1914*, 1975; *K. Kluxen*, *Zur Balanceidee im 18. Jahrhundert*, en: *F.f. Th. Schieder* 1978, 41 ss.; *U. Lange*, *Teilung und Trennung der Gewalten bei Montesquieu*, en: *DerStaat* 1980, 213 ss.

Sobre 2: *F. Schäfer*, *G. Roellecke*, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung*, 1980.

1. **Control del poder.** Aristóteles (*Política*, 1298 ss.) distingue tres ámbitos de función del Estado: primero, las tareas de un "poder que delibera sobre los negocios públicos", a saber, la sanción de las leyes, las relaciones exteriores (alianzas, guerra y paz), así como la designación y responsabilidad de los magistrados; en segundo, las tareas deliberativas y resolutorias de los magistrados y, en tercer término, la jurisdicción. Expuso la conveniencia de una división en el ámbito de las funciones estatales e igualmente explicó comparativamente el grupo y el grado en que participa en cada una de las funciones mencionadas. En Aristóteles, las afirmaciones programáticas se sitúan bajo el tema "mezcla y medio". En primer plano no se hallaba la organización formal del Estado, sino el equilibrio social (1295 b, 1297 a).

El programa de Control y moderación del poder tiene una referencia organizativa más acusada en Platón (*Leyes*, 691 ss.) y Polibio (*Historias*, VI 3 y 10-18); ambos proponían una forma mixta de gobierno, con la cual asociaban la idea de dividir el supremo poder estatal, para así limitarlo. Los diversos factores del poder deben equilibrarse de tal modo, escribía Polibio (VI 10), "que ninguno adquiera supremacía y venga a ser decisivo, sino que permanezcan en equilibrio, como en una balanza, que las fuerzas antagónicas se anulen mutuamente y así se conserve duraderamente la situación constitucional". Incluso pretendía aplicar el principio del equilibrio de poderes a la política externa (I 83). — También Cicerón daba preeminencia a una forma de Estado proporcionada y moderada, en favor de la libertad

de los pueblos y la estabilidad del Estado (*De re publica* I 69). — Maquiavelo hablaba de que “en una constitución donde coexisten la monarquía, la aristocracia y la democracia, cada uno de estos poderes vigila y contrarresta” a los otros, dando mayor cohesión al Estado (véase *supra* § 20 II). — Althusio proponía que los titulares del poder de gobierno se “observen, vigilen y custodien mutuamente”, así como una autoridad destinada a la defensa de la constitución (*Política methodice digesta*, XVIII 92; véase *supra* § 30 I).

A partir de John Locke (1632-1704), Henry Bolingbroke (1678-1751), Charles de Montesquieu (1689-1755) y David Hume (1711-1776), la idea de la división de poderes adquirió un significado político fundamental. Se convirtió entonces en postulado de un equilibrio de los poderes y, por tanto, en elemento de la idea del Estado liberal de Derecho (§ 30). La noción de equilibrio se había difundido ampliamente a partir del siglo XVI en el siglo XVIII, vino a ser prácticamente un concepto de moda: según la mecánica celeste de Newton, los sistemas solares se mantienen en un equilibrio de fuerzas gravitatorias y centrífugas. En la filosofía moral, Shaftesbury operaba con el equilibrio de los afectos. En el pensamiento económico nació la idea de la “balanza” comercial, el equilibrio en el mercado y el comercio exterior. En la política exterior tuvo su origen el principio del equilibrio europeo y en la política interna se desarrollaron los principios del equilibrio organizativo y funcional de los poderes, así como la idea de un equilibrio interno del parlamento por la libre discusión de las opiniones allí representadas, pero sobre todo, gracias a la interacción, del partido del gobierno y la oposición, que lo controla y reemplaza alternativamente (Bolingbroke).

Jacobo II fue echado del trono por la Gloriosa Revolución (1688), entre otros motivos porque interfería con la esfera del poder legislativo y, por medio del uso excesivo de un derecho de dispensa derivado de las prerrogativas reales, pretendía anular las leyes eclesiásticas de Inglaterra. Después de la revolución, ambas cámaras del Parlamento acordaron en la *Declaration of Rights*, las condiciones bajo las cuales Guillermo III y María de Orange serían llamados a ocupar el trono de Inglaterra. Uno de sus principios más importantes era el precepto de que el rey, en cuyas manos se depositaba el poder ejecutivo, debía respetar las leyes y no suspenderlas, en general o en un caso particular y tampoco podía delegar la jurisdicción en una comisión nombrada por él. Locke sacó el corolario de las experiencias políticas de su tiempo y exigía la separación de los poderes legislativo y ejecutivo porque “... podría ser sobrada tentación para la humana fragilidad, capaz de usurpar el poder, que las

mismas personas a quienes asiste la facultad de legislar, a ella unieran la de la ejecución para su particular ventaja, cobrando así un interés distinto del que al resto de la comunidad competiera, lance contrario al fin de la sociedad y gobierno" (*Two Treatises of Government*, II § 143). La reserva opuesta a esta concentración del poder, incluye el postulado que Locke formulara en otro sitio como "*balancing the power of government by placing several parts of it in different hands*" (II § 107).

Dentro de las concepciones políticas de Bolingbroke y Hume, desempeña también un importante papel la idea de que el freno y control de los poderes, de que un equilibrio de las fuerzas, pueden garantizar un gobierno de libertad (Jäger 1971 ss., 177 ss.).

Montesquieu (El espíritu de las leyes) adquirió igualmente en Inglaterra su modelo de la división de poderes. La libertad sólo queda garantizada bajo un gobierno moderado, únicamente si hay la seguridad de que no se abusará del poder. Montesquieu retoma el hilo de Locke, pues también él recela de los gobernantes. "Nos ha enseñado una experiencia externa que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. ¿Quién lo diría?, ni la virtud puede ser ilimitada", escribió 45 años antes de Robespierre. "Para que no se abuse del poder, es necesario que le ponga límites la naturaleza misma de las cosas" (XI 4; cfr. también V 14, *in fine*). Se necesita entonces una pluralidad de poderes para mantener bajo control la inclinación natural a abusar del poder. El medio para conservar la libertad del pueblo consiste en un mecanismo de conjunción y oposición de los poderes en el Estado.

Según Montesquieu (XI 6), este equilibrio se logra técnicamente poniendo los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en manos de diferentes órganos. "Cuando el poder legislativo y el ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor".

La limitación de los poderes como principio político se traduce en un esquema de organización; a la distinción funcional de los poderes hay que aunar otra en su estructura. Deben crearse órganos propios para las funciones legislativas, ejecutiva y

judicial y cada uno de éstos debe reducirse fundamentalmente a desempeñar la función que se le ha encomendado.

Semejante distribución de las funciones estatales entre órganos diversos del mismo Estado obviamente no establece una relación de total independencia de los poderes entre sí, sino un vínculo de coordinación jurídicamente regulado. Así se salvaguarda también la unidad jurídica del Estado (§ 9 III 3).

En último término, lo que importa es impedir la concentración de poder en manos de una misma persona. Por ello, a la división organizativa-funcional de poderes se suma la exigencia de que una y la misma persona no ocupe cargos, en unión personal, dentro del ámbito de poderes distintos. Únicamente esta incompatibilidad garantiza una división real del poder.

La división "clásica" de poderes descrita aquí no es el único esquema posible de organización capaz de crear contrapesos y controles políticamente eficaces. Así por ejemplo, la distribución de competencias en el Estado federal hace posible un control federativo de los poderes. De igual modo, otras formas de dividir y entrelazar competencias tienen el efecto de limitar y controlar los poderes: piénsese, por ejemplo, en la organización del poder legislativo según el sistema bicameral; la participación del parlamento, el gobierno y el jefe de Estado en el procedimiento legislativo, y otros requisitos de colaboración (§ 14 III). A esto se suman los controles que ejerce la jurisdicción (en especial la constitucional y la administrativa) sobre los actos del poder estatal, así como los diversos controles de vigilancia. Incluso la estructuración interna de un órgano estatal según el principio de colegialidad tiene funciones de control.

Se han intentado integrar en un esquema la pluralidad de controles. Así, por ejemplo, se ha hecho la distinción entre controles "verticales" y "horizontales". Los controles horizontales se establecen, en parte, entre órganos distintos ("controles interórganos"; v.g. entre gobierno y parlamento) y, en parte, operan dentro de los órganos mismos ("controles intraórganos"; v.g. la estructura colegiada de un órgano estatal). El prototipo de los controles verticales es el orden federativo (cfr. Loewenstein VL, 167 ss., 293 ss.; TC, 232 ss., 353 ss.).

Del análisis de dichos mecanismos de control se desprende que una disgregación excesiva de las competencias puede ser obstáculo para los mismos controles. Así por ejemplo, el parlamento no podrá vigilar eficazmente al poder ejecutivo en aquellos ámbitos que se han sustraído al poder central de disposición del propio ejecutivo. Tal es el caso, por ejemplo cuando existen facultades autónomas u otras competencias no sometidas a una supervisión centralizada. En términos generales, los ámbitos de función sólo puede ser eficazmente vigilados si, jun-

to con la dirección, se centraliza en grado suficiente la responsabilidad.

La cuestión de si, y cuáles sean, los controles de poder que operan en una comunidad política, puede emplearse precisamente como hilo conductor para elaborar una tipología de las formas de gobierno. La cuestión clave reza entonces: si, y cómo, el poder "está distribuido conjuntamente... (y) al mismo tiempo, limitado y controlado". (Loewenstein VI-TC, VI). Y en efecto, quizá sea éste el problema más importante planteado por la búsqueda de un orden político de libertad y democracia.

2. **Distribución de funciones adecuada al órgano.** Independientemente del control del poder, la atribución de funciones específicas a un órgano creado expresamente para ello, trae consigo la ventaja de una especialización oportuna; la estructura y el procedimiento de los distintos órganos del Estado se ajustan a las tareas que deben desempeñar. Los órganos del estado deberían limitarse básicamente a las funciones establecidas para ellos, incluso en interés de una tramitación de asuntos oportuna y racional. Yo llamo "distribución de funciones adecuada al órgano" a este principio. Con total independencia del equilibrio de poderes, desde un punto de vista funcional un parlamento sería mucho menos adecuado para emitir actos jurisdiccionales que un tribunal, porque los parlamentarios no gozan de las garantías personales de la independencia judicial y no necesariamente poseen la aptitud técnica para el cargo de juez; finalmente, dado que el parlamento sería una asamblea excesivamente grande para esta clase de actos. Por otro lado, el parlamento es más adecuado que un tribunal para el ejercicio de la discrecionalidad en la regulación político-jurídica; esto se debe a que el parlamento dispone habitualmente de mejores y más amplias bases de información para adoptar decisiones político-jurídicas, particularmente por su colaboración con la burocracia ministerial; pero sobre todo, el parlamento adopta estas decisiones en un debate público, particularmente con la opinión pública y, por tanto, sometido a los controles democráticos que requieren los procesos de orientación política, incluso la elección y delimitación de los objetivos políticos-jurídicos de la legislación (§§ 23 II 5; 28 III 2; 41 III). Esto tiene importancia para la cuestión de los límites de la revisión de las leyes por un tribunal constitucional (§ 42 II 4).

III. La distinción entre gobierno, legislación, administración y jurisdicción

gierung, 1967; O. Kimmich, P. Pernthaler, Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie, VVDStRL 25 (1967), 3 ss.; N. Achterberg, Probleme der Funktionenlehre, 1970; W. Kaltefleiter, Funktionen der Staatsoberhauptes in der parlamentarischen Demokratie, 1970; K. Hug, Die Regierungsfunktion als Problem der Entscheidungsgewalt, 1971; S. Weiss, Auswärtige Gewalt und Gewaltenteilung, 1971; W. Frotzcher, Regierung als Rechtsbegriff, 1975; M. Usteri, Die Funktion der Regierung im modernen föderalistischen Staat, 1977; G. Müller, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokrat. Kompetenzordnung, 1979, 11 ss.; Stern, §§ 30 I, 37 I, 39, 41 I, III 3, 43 14.

Si el principio de división de poderes ha de contener algo más que la simple obligatoriedad de algún esquema jurídico de competencias, gobierno, legislación, administración y jurisdicción deben entenderse en "sentido material", es decir, como funciones de género objetivamente diverso:

Las metas supremas de la actividad del Estado deben ser elaboradas, revisadas y armonizadas continuamente entre sí, e incluso modificadas si ello es preciso. Igualmente deben considerarse y disponerse los medios políticos y jurídicos (por ejemplo, como proyecto de ley) para la realización de estos objetivos. De este modo se proyectan anticipadamente futuros modelos de ordenación y planes de acción para la política exterior e interna (§ 36 II). Todo ello es tarea del gobierno en cuanto suprema actividad directiva del Estado, y cuya planeación política no encaja fácilmente en el esquema "legislación, jurisdicción y administración".

Luego, para la realización de estos objetivos se requiere expedir normas jurídicas de obligatoriedad general, esto es, disposiciones que señalan, por su género, a las personas y situaciones afectadas y que tienen consecuencias jurídicas para todos los interesados. Esta es la función de la legislación en sentido material.

La administración debe aplicar las normas jurídicas, en la medida que su ejecución se haya considerado como fin público. Además, por medio de la administración de justicia se provee para los casos en que son infringidas las normas jurídicas. Empleando la distinción teórico-organizativa entre las decisiones programadoras y las programadas, resultan ser los actos de la administración y la jurisdicción actividades programadas en forma general por la ley, mientras que esta programación general de la administración ejecutiva y la sentencia judicial tiene lugar precisamente mediante la legislación (Luhmann RS, 240).

Deben delimitarse entre sí las especies mencionadas de las decisiones programadas por la ley, esto es, la administración ejecutiva y la jurisdicción. Ocasionalmente se ejemplifica la di-

ferencia entre ambas funciones diciendo que la jurisdicción centra la atención en una situación jurídica creada, mientras que la administración ve hacia el futuro, desempeña tareas públicas y al hacerlo, configura y regula relaciones concretas, jurídicas y de hecho, con fundamento y dentro del marco del derecho existente. Es posible circunscribir con mayor precisión el concepto de jurisdicción frente al de administración si se considera como función típica de la jurisdicción la de garantizar organizadamente el derecho. La jurisdicción declara, con motivo de la realización del derecho, lo que es lo justo, mientras que la administración, aun la "ejecutiva" estrictamente sujeta a la ley, hace un uso "instrumental" del derecho al configurar y regular relaciones jurídicas y fácticas, con fundamento y dentro del marco de las leyes (en lo posible conforme a una oportunidad objetiva), todo ello para el cumplimiento de tareas públicas. La función de la jurisdicción puede entenderse como función (parcial) en el proceso de la garantía organizada del derecho. Para aclarar esto, debemos volver a lo dicho anteriormente (§ 8 I): en la comunidad jurídica del Estado la realización del derecho funciona en forma organizada y jurídicamente regulada, puesto que las normas jurídicas determinan no solamente el orden "primario" de la conducta, sino que existen reglas ("secundarias") que regulan el procedimiento en que son aplicadas las normas "primarias". En ese procedimiento se declara obligatoriamente el deber o la contravención existentes; se impone el cumplimiento del deber jurídico, o se provee para la reparación o el castigo por su violación, o bien, se anula un acto antijurídico. Naturalmente, esta delimitación típica ideal de la jurisdicción no coincide completamente con sus funciones tradicionales que comprenden, por ejemplo, las actividades reguladoras en la jurisdicción voluntaria. Incluso cuando se incluyen consideraciones sobre prevención especial en la individualización de la pena por el juez, se mezclan funciones sancionadoras y directivas. Además, por medio del desarrollo judicial del derecho, la jurisdicción interviene en el ámbito de función del poder legislativo.

La actividad administrativa, que hemos de abordar ahora, puede ser programada por ley en forma más o menos rígida. La forma más estricta es aquella en que, dados ciertos supuestos legales, se prescribe imperativamente un determinado acto de la administración, esto es, cuando la ley adopta la forma externa de un estricto "programa condicional" ("Si... entonces") (cfr. Luhmann RS, 227 ss.); naturalmente existe aquí cierto margen para la interpretación de los conceptos jurídicos (Zippeilius RPh, § 30 II). La "programación previa" puede atenuar-

se si la ley concede a la autoridad administrativa un margen de discrecionalidad, bajo determinados supuestos legales. Tal es el caso cuando el legislador no puede prever todas las particularidades de la situación a regular que son de relevancia para su decisión; entonces otorga a la autoridad administrativa la facultad de elegir entre varias alternativas de decisión según lo requieran las circunstancias del caso concreto, respecto de hechos exactamente determinados, y fijando una cierta finalidad, así como los límites generales de la discrecionalidad. Una mayor atenuación se da cuando la ley atribuye tareas a la administración pero sin vinculación a determinados supuestos de hecho ("programas de fines") por ejemplo, que los municipios establezcan organismos de limpia o de seguridad contra incendios. Aquí queda a cargo de la administración realizar estas tareas con los medios permitidos por la ley, y en la forma que parezca más oportuna. Precisamente de la ejecución de tales "programas de fines" se derivan también tareas de planeación para la administración, semejantes a la actividad del gobierno, aunque con objetivos más modestos. Ejemplo de ello sería la planeación del desarrollo urbano.

Finalmente, al igual que la del gobierno, la función del Jefe de Estado de las democracias parlamentarias no entra fácilmente en el esquema clásico de división de poderes. En el sistema parlamentario estricto, el jefe de Estado representa al Estado en su persona, así como ante el derecho internacional. En el desarrollo normal de los asuntos estatales posee, además, funciones de control limitadas, ya que otorga a importantes actos de Estado la forma necesaria para que sean jurídicamente válidos, promulga las leyes que aprueba el parlamento y firma los documentos de ratificación de los tratados internacionales; para ello debe cuidar que los actos que expide se hayan realizado conforme a la constitución. Igual precaución debe observar al consumar el nombramiento de importantes órganos estatales, ya predeterminado en buena medida; en la Gran Bretaña, por ejemplo, según el resultado de las elecciones designa al Primer Ministro y a propuesta de éste, a los restantes miembros del gabinete; en la República Federal de Alemania nombra al Canciller Federal, por él propuesto y electo por el Parlamento Federal, así como a los ministros federales, a propuesta del mismo Canciller. Además, el jefe de Estado se halla a disposición, como poder de reserva, para las situaciones de crisis; así por ejemplo, en la República Federal de Alemania, el Presidente Federal decide la disolución prematura del Parlamento si éste no logra elegir por mayoría a un canciller en varias vueltas electorales, o si el Parlamento no otorga al Canciller en funciones

el voto de confianza solicitado; en la Gran Bretaña, la disolución prematura del Parlamento se produce a recomendación del Primer Ministro mediante proclama real, sin que por ello la corona ejerza una facultad política digna de mención.

IV. La división de poderes en la presente realidad del Estado

§§ 41 III; 42 III; *W. Weber SpuK*, 152 ss.; *E. Friesenhahn, D. Sternberger*, en: *Stammen* (ed.), 1967, 137 ss., 186 ss., 274 ss.; *G. Schmid* (citado en el § 41), 229 ss.; *H. D. Jarass, Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung*, 1975.

En las democracias populares de Europa Oriental, el equilibrio de poderes no se considera principio constitucional. Con el lema "todo el poder a los soviets" (§ 43 I), se renuncia conscientemente a los principios del Estado burgués de Derecho, impregnados con el tufo del liberalismo, pero particularmente al del equilibrio de poderes. Ello no es impedimento para que la legislación, la administración y la jurisdicción figuren como los principales géneros de la actividad del Estado, sino que significa únicamente que acoplar cada una de estas funciones a un grupo separado de órganos no se tiene por principio constitucional.

En las democracias occidentales, la división de poderes rige como principio, pero no se ha puesto rigurosamente en práctica según su modelo típico-ideal. Por lo general, sólo se mantiene estrictamente la independiencia de los jueces frente a las intromisiones del poder ejecutivo. En lo demás, el esquema de división de poderes no excluye ciertas invasiones por encima de los límites fundamentales de competencia, ni siquiera desde sus inicios, históricamente hablando.

Así, en Estados parlamentarios, el gobierno y la administración en modo alguno están exentos de las intervenciones del poder legislativo. Por el contrario, la disposición, consagrada por muchas constituciones, de que el gobierno requiere la confianza del parlamento, asegura precisamente la influencia de los cuerpos legislativos sobre los asuntos del ejecutivo. En cambio, la realización de la división de poderes en cuanto a este aspecto es más estricta en los Estados Unidos. Tanto en ésta como en aquella forma de Estado, el derecho presupuestario resulta ser la rienda dorada del ejecutivo: puesto que todos los recursos hacendarios deben ser aprobados por el poder legislativo, éste se halla en aptitud de controlar, en el aspecto financiero, las gestiones planeadas por el gobierno. Por otro lado, el gobierno influye con sus iniciativas de ley en el ámbito de decisión del

poder legislativo, gracias al peso material que tiene un proyecto de ley elaborado por una burocracia ministerial especializada.

Las rupturas en el esquema de división de poderes no solamente se producen cuando un poder influye sobre otro, como en el caso del control parlamentario, sino cuando uno de ellos ejerce funciones que corresponden a otro. Tal es el caso, por ejemplo, cuando el ejecutivo crea derecho mediante reglamentos de obligatoriedad general y los tribunales desempeñan funciones administrativas en la jurisdicción voluntaria aplicando una amplia discrecionalidad en asuntos de tutela.

La delimitación clásica entre las esferas del legislativo y el ejecutivo ha sido borrada por las "leyes de medida", por cuanto el Estado social moderno se vio motivado crecientemente a regular concretamente, mediante ley, la vida económica y social. Así, al lado de la ley en sentido clásico, que al menos en teoría pretende permanencia, surgió la ley intervencionista, que adopta una regulación respecto de una situación concreta (§§ 30 III).

No obstante tales intersecciones, rupturas y anulación de límites, el fin verdadero de la división de poderes se logra, a grandes rasgos, en tanto los diversos grupos de órganos se controlen eficazmente entre sí. En este sentido, la función de control que en la división típico-ideal de poderes correspondería a la separación de los ámbitos de función — legislación, administración y jurisdicción — puede ejercerse, en parte, también mediante técnicas cooperativas (véase *supra* II 1.).

Como ya se dijo, existen graves dudas, sin embargo, de que el modelo tradicional de la división de poderes sea adecuado en conjunto bajo las nuevas circunstancias políticas. En las democracias parlamentarias, el partido político o la coalición de partidos de mayor fuerza conforman el gobierno y la mayoría en el parlamento y dominan ambos órganos. Esta "intromisión" partidista pone en duda que el antiguo esquema de división de poderes sea todavía capaz de poner en juego factores de poder suficientemente independientes para establecer un control eficaz, aun teniendo en consideración el papel de la oposición por el lado del parlamento (§ 41 III 2) y, por el del ejecutivo, el peso propio que una burocracia especializada, totalmente organizada y disciplinada posee en la estructura de poder de un Estado moderno (§ 37 IV).

Cuando el equilibrio "organizativo" de los poderes falla, pasa a primer plano la antigua y fundamental idea del equilibrio de los poderes reales, ya que en una sociedad pluralista la función del equilibrio de poderes es asumida en esta sociedad, al menos hasta cierto punto, por los grupos de poder en conflicto

que se limitan y controlan mutuamente (§ 22 II 1). Dependiendo de las cuestiones sobre el tapete, los sindicatos y uniones patronales, las asociaciones económicas, las organizaciones de campesinos o consumidores, las agrupaciones ideológicas y las iglesias compiten entre sí, formando diversas constelaciones, con lo cual se mantienen recíprocamente en jaque. No obstante, la democracia pluralista carece habitualmente de garantías suficientes para mantener un equilibrio, esto es, que ninguna agrupación adquiera predominio, escape a los poderes sociales en competencia, y deje sin efecto el esquema de compensación de intereses del Estado democrático de Derecho (§ 26 VI).

§ 32. Los derechos fundamentales: Origen

G. Jellinek, La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (al. 1895, ⁴1928) esp. 1908; *J. Hatschek*, Allg. Staatsrecht, II 1909, 133 ss.; *H. Planitz*, en: H. C. Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten, III 1930, 597 ss.; *F. Hartung*, Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart, 1948, ⁴1972; *A. Voigt*, Geschichte der Grundrechte, 1948; *A. Verdross*, Die Idee der menschlichen Grundrechte, en: Anz. d. philohistor. Kl. d. österr. Akad. d. Wiss., 1954, 335 ss.; *R. Schnur* (ed.), Zur Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 1968, ²1978; *O. Kimminich*, Menschenrechte, 1973; *H. Maier*, Die Grundrechte des Menschen im modernen Staat, 1973. *F. Ermacora*, Menschenrechte in der sich wandelnden Welt, I 1974; *K. D. Bracher*, Menschenrechte und polit. Verfassung, ZfPol 1979, 109 ss.; *G. Birtsch* (ed.), Grund und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte, 1981.

I. Antecedentes

Jellinek, AStL, 409 ss.; *C. Schmitt*, VL, 44 ss.; *R. V. Keller*, Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im M.A., 1933; *O. Brunner*, Die Freiheitsrechte in der altständischen Gesellschaft, en: F. f. Thi Mayer, 1954, 293 ss.; *Krüger*, 824 ss.

La principal función de los derechos fundamentales consiste en preservar un ámbito de libertad individual frente a la intromisión del poder estatal y a su expansión totalitaria. Sin embargo, no todo signo de liberalidad y tolerancia por parte del Estado respecto de las concepciones e intereses individuales, puede interpretarse, sin más, como etapa evolutiva de los derechos fundamentales.

Esta reserva es aplicable, por ejemplo, a la tolerancia en materia de religión durante el último periodo romano, según la expresión que adopta en el Edicto de Milán (313). Este demostró que se había alcanzado un estado cultural, si bien de corta duración, en el que la religión se convertía en asunto de con-

ciencia y como tal era respetada. Anticipándose a las conocidas palabras de Federico el Grande, en el sentido de que cada quien sea dichoso según su *façon*, el Edicto formuló la idea de la libertad religiosa en estos términos: "a nadie se niegue el derecho a la práctica de la religión de los cristianos, ni la posibilidad de adherirse al culto que piense es el más adecuado para él". "... y así hemos acordado reconocer a los cristianos y a todos los demás hombres la libertad y la posibilidad de practicar la religión que cada uno quiera, lo que es claramente conveniente para la paz en nuestros tiempos". No puede hablarse de ningún modo que este Edicto imperial garantizara, en el sentido moderno, un derecho fundamental, intocable para el poder estatal. Sus bases se encuentran en el relativismo ideológico de una cultura tardía ilustrada y en consideraciones de la razón de Estado, pero no en la idea de facultades individuales intangibles frente a la comunidad. Es así que, algunas décadas más tarde, no hubo derechos fundamentales del individuo que impidieran declarar al propio cristianismo como religión de Estado, para retornar así al antiguo estatismo en cuestiones religiosas.

Las raíces de la moderna concepción de los derechos individuales de libertad dirigidos contra el Estado se hallan en derechos individuales específicos frente al poder real. En la sumisión hereditaria o la coronación medievales, el gobernante ratificaba los *jura et libertates* de los vasallos, quienes, a manera de contraprestación, renovaban su juramento de vasallaje. En no pocas ocasiones, las disputas entre el rey y los vasallos se resolvían al convenir, para lo futuro, un cierto *modus vivendi*, al que también pertenecía la consagración de ciertas libertades en un documento, como en el célebre ejemplo de la *Magna Charta Libertatum*. Los derechos de libertad comienzan a desarrollarse a partir del siguiente modelo: el rey posee determinados derechos y los estamentos, derechos de libertad que se consagran, en parte, en las cartas de libertad. En cierto modo, esta concepción desintegraba la dominación en un haz de derechos particulares, a los que se contraponían nuevamente derechos de libertad específicos.

Más tarde, esta concepción fue sustituida por otra que es de mayor importancia para la comprensión de los derechos fundamentales en sentido moderno. Surgió un nuevo concepto del Estado y del poder estatal. Del Estado feudal del Medioevo nació el moderno Estado territorial y el poder del gobernante devino en una amplia soberanía (§ 9). Este nuevo concepto de Estado, del cual la soberanía era un atributo esencial, prevaleció no solamente en la literatura, sino también en la realidad

política durante el absolutismo, pero la práctica de un poder estatal ilimitado dio origen, como antítesis, a la exigencia de una limitación fundamental de este poder, frente a todos los hombres.

En la guerra civil inglesa y en la Gloriosa Revolución se luchó contra las tendencias absolutistas de la casa reinante inglesa, no sólo por los derechos del Parlamento, sino por las libertades, intangibles por principio, de los individuos. Frente a este trasfondo histórico, Locke opuso su tesis de los derechos inalienables del hombre a la doctrina de Bodin sobre la soberanía del poder estatal (§ 33 I).

La idea de que la libertad es inseparable del ser del hombre tuvo acogida en la doctrina del derecho natural, además de tener correspondencia con el individualismo en ascenso de aquella época (cfr. por ejemplo, Locke, *Two Treatises of Government*, II §§ 4, 95, 123).

II. Inglaterra

W. S. McKechnie, *Magna Carta*, 1905, 2^a 1914 (reimpr. 1958); H. Mitteis, *Der Staat des Hohen Mittelalters*, 1940, 4^a 1959; F. Thompson, *Magna Carta*, 1948; J. Bohatec, *England und die Geschichte der Menschen- und Bürgerrechte*, 1956; W. Hubatsch, *Die englischen Freiheitsrechte*, 1962; sobre la actualidad cfr. K. Loewenstem, *Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien*, II 1967, 261 ss.; W. F. Duker, *A Constitutional History of Habeas Corpus*, 1980.

La *Magna Charta Libertatum* inglesa, del 15 de junio de 1215, es el ejemplo más conocido de las cartas de libertad medievales. No sólo fue piedra angular del parlamentarismo inglés, sino también del desarrollo de los derechos de libertad. No representa, en modo alguno, un fenómeno aislado en el ámbito europeo, pero es notable, sobre todo, por la continuidad, accidentada pero no interrumpida totalmente, de la evolución que partió de ella. Los señores feudales, tanto temporales como eclesiásticos, lograron arrancar la *Magna Charta* al rey Juan sin Tierra cuando éste se vio en apuros, después de su infortunada guerra contra Felipe II Augusto de Francia.

El art. 39 de esta Carta es el más conocido. "Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión, o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por juicio legal de sus pares, o por ley del país". "Libres" eran en aquel entonces sólo los labradores, pero no la gran masa de los *villains* (cfr. art. 20). No se abandonó la idea de los derechos de libertad estamentales en aquel entonces, ni siquiera cuando se otorgaba una garantía jurídica a los miembros de clases no

feudales (Mitteis 1959, 373 s). Solamente en los siglos posteriores se interpretó el concepto de hombre libre en un sentido amplio y se aplicó a todos los ingleses (McKechnie 1958, 115 118, 386).

Semejante transformación se advierte en la *Petition of Rights* de 1628, que definió posiciones jurídicas en las pugnas encubiertas entre el rey y el Parlamento. No se trataba de una declaración formal de derechos fundamentales en sentido moderno, sino de una petición del Parlamento dirigida al rey para que confirmara derechos y libertades ya existentes. Como a los monarcas anteriores, se le solicitaba, una *confirmatio chartarum*, misma que fue concedida por parte del rey. No obstante, un cambio de sentido de estas antiguas libertades se ponía de manifiesto en que ahora, bajo el ropaje de una simple confirmación, se reivindicaban estos derechos, en forma muy general, para los "súbditos" del rey.

Esta Constitución nunca entró en vigor. Al rechazar Federico Guillermo IV de Prusia su elección como Kaiser alemán, se inició la disolución de la Asamblea nacional. Sin embargo las ideas y fórmulas de la sección de derechos fundamentales continuaron influyendo no sólo en los correspondientes artículos de las posteriores constituciones alemanas, sino también en otras leyes, como por ejemplo, en las disposiciones sobre detenciones, cateos y confiscaciones de la ordenanza procesal penal; en las disposiciones de la ley orgánica de tribunales en lo referente a la publicidad y oralidad del procedimiento judicial; o en las disposiciones de la Ley del *Reich* sobre prensa de 1874 (§ 1) y la Ley de Asociaciones del *Reich* de 1908 (§ 1).

La Constitución de Bismarck, del 16 de abril de 1871, no contenía un catálogo de derechos fundamentales. Los derechos fundamentales más importantes alcanzaron, sin embargo, plena vigencia en el *Reich* alemán, ya fuera a través de las constituciones de los *Länder* o de leyes ordinarias. En los debates constitucionales del Reichstag de la Confederación Alemana del Norte, en 1867, y del *Reichstag* alemán, en 1874, se justificó precisamente la omisión de un catálogo de derechos fundamentales aduciendo que estos derechos se habían convertido ya en patrimonio común y establecido en las diversas constituciones y leyes especiales.

La Constitución de la República de Weimar, del 11 de agosto de 1919, por primera vez puso expresamente en vigor un catálogo de derechos fundamentales para todo el *Reich* alemán, partiendo de las disposiciones respectivas de 1848. Obviamente no era posible contentarse con su simple reiteración, ya que algunas de ellas parecían "piezas de museo" bajo las nuevas circunstancias. Además, los socialistas exigían una

transformación radical de las relaciones económicas y sociales. Como respuesta a esta pretensión, los partidos burgueses reclamaban, además de los antiguos derechos fundamentales de los individuos, la garantía fundamental de numerosas instituciones, como el derecho sucesorio, la familia, la condición jurídica privilegiada de las iglesias, la enseñanza religiosa en la escuela y la burocracia profesional. Los antagonismos no se resolvieron completamente en la Constitución de Weimar, que representaba un compromiso en tantos aspectos. En algunos preceptos, sin embargo, se aprecia con claridad un nuevo contrincante de la concepción liberal de los derechos fundamentales: la idea, cada vez más poderosa, de una sujeción de los individuos a la sociedad. La propiedad, que pudiera considerarse fácilmente como domicilio del egoísmo privado, es garantizada constitucionalmente, pero con la adición: "La propiedad impone obligaciones. Su uso debe constituir al mismo tiempo un servicio al más alto bien común" (art. 154, inciso 2). "El *Reich* puede, por medio de ley, sin perjuicio de indemnizar y aplicando las disposiciones vigentes para la expropiación, convertir en propiedad colectiva aquellas empresas económicas privadas aptas para la socialización" (art. 156 inciso 1). En esas y en muchas otras disposiciones de menor trascendencia, se anuncia, frente a la Constitución de 1849, el viraje hacia el Estado social.

La Constitución de Weimar no fue formalmente abrogada bajo la dictadura nacionalsocialista, pero sí infringida en múltiples ocasiones por la legislación nacionalsocialista que, después de la "Ley de plenos poderes" del 24.3. de 1933, era competencia también del gobierno del *Reich*, junto con el parlamento. La doctrina jurídico-política de aquel entonces negó que fueran compatibles con el nuevo Estado los derechos fundamentales, denunciados como individualistas (§ 29 I 2).

La práctica, con la cual se procedió contra opositores políticos y miembros de otras razas, se apartó aún más de las disposiciones de la Constitución de Weimar referentes a los derechos fundamentales. Todavía bajo el efecto de la tiranía nacionalsocialista, la Ley Fundamental de Bonn sitúa en su comienzo los artículos de los derechos fundamentales, para así, recalcar la importancia especial de estos preceptos. Los valores gravemente lesionados y los bienes de los que se ha sufrido privación asumen mayor jerarquía, tanto en la conciencia individual como en la general. Los derechos fundamentales experimentaron esta revalorización no sólo por su posición sistemática en la Ley Fundamental, sino también por su creciente importancia en la realidad constitucional, sobre todo en la jurisprudencia, y no exclusivamente la de los tribunales constitucionales. Al mismo

tiempo, se produjo un claro cambio de sentido en la comprensión de estos derechos. El Estado liberal se convierte en Estado Social y el sitio de las garantías de libertad en sentido liberal es ocupado por la idea de una sujeción social de las libertades del individuo, partiendo de una revolución iniciada ya en la Primera Guerra Mundial y en la época de Weimar (§§ 34; 35 I).

VI. Protección internacional de los derechos humanos

Maunz Zippelius, § 19 II (bibl.); *Menzel-Ipsen*, § 20; *K. J. Partsch*, *M.S. McDougal*, en: D.A. Bettermann et al. (ed.), *Die Grundrechte*, I 1, 1966, 235 ss., 493 ss.; *L. B. Sohn*, *Th. Buergenthal*, *International Protection of Human Rights*, 1973; *Bleckmann*, 367 ss.; *F. Meissner*, *Die Menschenrechtsbeschwerde von den Vereinten Nationen*, 1976; *M. Kriele*, *Die Menschenrechte zwischen Ost und West*, 1977; *H. Mosler et al.* (ed.), *Grundrechtsschutz in Europa*, 1977 (bibl.); *A. Bleckmann*, *Zur Entwicklung europäischer Grundrechte*, DVBl 1978, 457 ss.; *H. Floretta*, *Th. Öhlinger*, *Die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen*, 1978; *W.K. Geck*, *Der internationale Stand des Schutzes der Freiheitsrechte*, ZaöRVR, 1978, 182 ss.; *I. Pernice*, *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1979; *Ch. Tomuschat*, *Probleme des Menschenrechtsschutzes auf weltweiter Ebene*, en: Th. Berberich et al. (ed.), *Neue Entwicklungen im Öffentl. Recht*, 1979, 9 ss.; *W.K. Geck* *Internationaler Schutz von Freiheitsrechten und nationale Souveränität*, JZ 1980, 73 ss.; *H.J. Bartsch*, *Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes im Jahre 1981*, NJW 1982, 478ss.

El principio que propugna el respeto de los derechos universales del hombre, en especial la dignidad humana, la igualdad ante la ley y los derechos elementales de libertad, pertenece al igual que el principio democrático, a los criterios mundialmente aceptados de un poder estatal legítimo, si bien en extensas porciones del mundo actual se reconoce a ambos principios sólo de palabra y no son acatados por la práctica estatal. Con todo, hoy día la información a nivel mundial sobre las violaciones a los derechos humanos y la consiguiente desaprobación por parte de la opinión pública internacional, constituye un factor político que estimula el respeto de estos derechos. Tal presión resulta de eficacia diversa. Es más efectiva en los Estados que se hallan sometidos en mayor medida al régimen de la opinión pública, que en aquellos Estados capaces de resguardarse, con mayor o menor éxito, de la influencia de la opinión mundial.

El compromiso programático de la comunidad de las naciones en favor de los derechos humanos queda ya de manifiesto en la Carta de la ONU, que declara como finalidad de ese organismo "realizar la cooperación internacional... (promover) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de ra-

za, sexo, idioma o religión..." (art. 1, no. 3; art. 55, letra c.). Además, los Estados miembros se obligan a "tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización" para llevar a cabo este fin (art. 55, letra c., 56). De este modo, la realización interna de los derechos humanos se convierte en contenido de un deber de derecho internacional, mismo que es neutralizado acto seguido por el mandato de no intervención del art. 2, núm. 7. Es una obligación con escasa eficacia en la práctica.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre dada a conocer por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10.12.1948, revela ya en lo formal la discrepancia entre el deseo y la realidad, puesto que se expidió desde un principio como simple programa, sin obligatoriedad jurídica. Al lado de un extenso catálogo de los derechos clásicos de libertad e igualdad esta declaración contiene también "derechos fundamentales sociales", en particular un "derecho a la seguridad social" y la posibilidad que tiene cada uno de reivindicar "la satisfacción de los derechos económicos, sociales, culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad" (art. 22); además, el hombre tiene un "derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo"; un "derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, tanto a él como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana, y completada, si es oportuno, por los demás medios de protección social" (art. 23); asimismo "un derecho al descanso y asueto, y particularmente, a una limitación razonable de la jornada de trabajo y a vacaciones periódicas pagadas" (art. 24); un "derecho a un nivel de vida suficiente para asegurar su salud, su bienestar y los de su familia, especialmente por la alimentación, el vestido, el domicilio, los cuidados médicos y los servicios sociales necesarios"; un "derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez o en los otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por consecuencia de circunstancias independientes de su voluntad" (art. 25) y un "derecho a la educación" (art. 26).

Algunas realizaciones concretas de este extenso programa se orientan a la consecución de su obligatoriedad jurídica. Deben mencionarse tres convenios auspiciados por la Asamblea General de la ONU: la Convención internacional contra la discriminación racial, del 7 de marzo de 1966 (BGBI, 1969 II, 961); además, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos del 19 de diciembre de 1966 (BGBI, 1973 II, 1533 y 1569). Los Estados firmantes se comprometen a garantizar los derechos convenidos

y a informar a las Naciones Unidas sobre el particular. También se prevé la posibilidad de interponer un recurso por violación de los derechos otorgados ante un Comité de Derechos Humanos, integrado por especialistas independientes.

Otra aplicación concreta, ya en funcionamiento, del programa de la ONU, es la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades fundamentales, del 4 de noviembre de 1950, firmada por los Estados integrantes del Consejo de Europa (BGBI. 1952 II, 585; en la versión de 1968, BGBI. 1968 II, 1111, 1120). Fue suscrita "con la intención de tomar los primeros pasos en el camino hacia una garantía colectiva de ciertos derechos dados a conocer en la Declaración Universal (de 1948)", para alcanzar así una unión más estrecha entre los miembros (Preámbulo). Las partes contratantes reconocen a toda persona dentro de su jurisdicción, una serie de derechos y libertades que, a grandes rasgos, corresponden a los derechos humanos clásicos (arts. 1-14). A fin de asegurar el respeto de los compromisos contraídos, se instituyeron una Comisión Europea de los Derechos del Hombre y un Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre (art. 19). Ante la Comisión puede denunciarse la violación de la Convención por cualquier parte contratante ("queja de Estado") y, además, por las personas que se consideren víctimas de la violación de un derecho garantizado ("queja individual"), en el caso que el Estado demandado reconozca este procedimiento (arts. 24 y 25). El Tribunal ejerce la función de una instancia de control supraordinada (arts. 47 s.).

Como complemento de la Convención, los Estados del Consejo de Europa aprobaron la Carta Social Europea, del 18 de octubre de 1961 (BGBI. 1964 II, 1261). Compromete a los Estados signatarios a garantizar determinados "derechos fundamentales sociales", en particular, un derecho al trabajo, a condiciones salubres e higiénicas de trabajo, a una remuneración justa, a la atención médica y la seguridad social. No existe, por razones evidentes, un procedimiento para la aplicación coactiva de estos "derechos" (al respecto, § 34 III).

§ 33. Los derechos fundamentales: problemas de validez

1. La validez "pre-estatal"

H. Planitz, Das Naturrecht und die Menschenrechte, Jurist. Blätter 1948, 111 ss.; Le fondement des droits de l'homme, 1966; *G. Oestreich* (citado en el § 32), 39 ss., 47 ss., 57.

La idea de los derechos "inalienables" del hombre no sometidos al poder de disposición del Estado, nace del mundo concep-

Capítulo III. El aspecto de un poder estatal limitado o en expansión

- § 33. Los derechos fundamentales: problemas de validez .341
- § 34. Libertad, igualdad, fraternidad347

2. El Estado industrial de regulación intensiva

- § 35. La necesidad de regulación y previsión
en el Estado moderno358
- § 36. La planeación como instrumento de
conformación racional de la sociedad368
- § 37. El papel de la burocracia376

y a informar a las Naciones Unidas sobre el particular. También se prevé la posibilidad de interponer un recurso por violación de los derechos otorgados ante un Comité de Derechos Humanos, integrado por especialistas independientes.

Otra aplicación concreta, ya en funcionamiento, del programa de la ONU, es la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades fundamentales, del 4 de noviembre de 1950, firmada por los Estados integrantes del Consejo de Europa (BGBI. 1952 II, 585; en la versión de 1968, BGBI. 1968 II, 1111, 1120). Fue suscrita "con la intención de tomar los primeros pasos en el camino hacia una garantía colectiva de ciertos derechos dados a conocer en la Declaración Universal (de 1948)", para alcanzar así una unión más estrecha entre los miembros (Preámbulo). Las partes contratantes reconocen a toda persona dentro de su jurisdicción, una serie de derechos y libertades que, a grandes rasgos, corresponden a los derechos humanos clásicos (arts. 1-14). A fin de asegurar el respeto de los compromisos contraídos, se instituyeron una Comisión Europea de los Derechos del Hombre y un Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre (art. 19). Ante la Comisión puede denunciarse la violación de la Convención por cualquier parte contratante ("queja de Estado") y, además, por las personas que se consideren víctimas de la violación de un derecho garantizado ("queja individual"), en el caso que el Estado demandado reconozca este procedimiento (arts. 24 y 25). El Tribunal ejerce la función de una instancia de control supraordinada (arts. 47 s.).

Como complemento de la Convención, los Estados del Consejo de Europa aprobaron la Carta Social Europea, del 18 de octubre de 1961 (BGBI. 1964 II, 1261). Compromete a los Estados signatarios a garantizar determinados "derechos fundamentales sociales", en particular, un derecho al trabajo, a condiciones salubres e higiénicas de trabajo, a una remuneración justa, a la atención médica y la seguridad social. No existe, por razones evidentes, un procedimiento para la aplicación coactiva de estos "derechos" (al respecto, § 34 III).

§ 33. Los derechos fundamentales: problemas de validez

1. La validez "pre-estatal"

H. Planitz, Das Naturrecht und die Menschenrechte, Jurist. Blätter 1948, 111 ss.; Le fondement des droits de l'homme, 1966; *G. Oestreich* (citado en el § 32), 39 ss., 47 ss., 57.

La idea de los derechos "inalienables" del hombre no sometidos al poder de disposición del Estado, nace del mundo concep-

tual de la teoría contractualista (§ 15 II). La teoría de Locke sobre el origen de la sociedad da una formulación clásica a la idea de los derechos innatos e inalienables del hombre.

Locke (*Two Treatises of Government*) partió de la hipótesis de un estado de naturaleza del hombre, estado que es de completa libertad e igualdad (II § 4). La sociedad se funda por la necesidad de preservar la vida, la libertad y la propiedad de los individuos (II § 123). Se origina en una unión voluntaria (II §§ 95, 119). El poder del Estado es la totalidad de las facultades que los individuos transfieren a la comunidad para que ésta los proteja.

Sin embargo, el individuo no puede permitir a la sociedad la disposición sobre bienes de los cuales no puede disponer él mismo. Ya que el poder del Estado no es otra cosa que "el poder conjunto de todos los miembros de la sociedad, traspasado a una persona o asamblea que legisla, no acertará la entidad de este poder a sobrepujar lo que tales personas hubieren tenido en estado de naturaleza antes que en sociedad entraren, y traspasado luego a la comunidad. Porque nadie puede transferir a otro más poder del que encerrare en sí, y nadie sobre sí goza de poder absoluto y arbitrario, ni sobre los demás tampoco, que le permitiere destruir su vida o arrebatar la vida o propiedad ajena. El hombre... no puede someterse al poder arbitrario de otro; y no teniendo en el estado de naturaleza arbitrario poder sobre la vida, libertad o posesión de los demás, sino sólo el que la ley de naturaleza le diera para la preservación de sí mismo y el resto de los hombres, éste es el único que rinda o pueda rendir a la república, y por ella al poder legislativo; de suerte que éste no lo consigue más que en la medida ya dicha" (II §§ 135, 23).

Por lo demás también en la doctrina del derecho natural se halla la idea de que al hombre le pertenecen derechos innatos que el Estado no puede suprimir por completo. Así por ejemplo, Christian Wolff señala que todos los hombres son, por naturaleza, iguales (*Institutiones juris naturae et gentium*, § 70) y libres (§ 77), y que poseen derechos innatos (§ 74), a saber, los derechos a la igualdad, la libertad, la seguridad y defensa y al castigo de quien los viole (§ 95). El legislador está también sujeto al derecho natural; por tanto, no se debe obediencia a la autoridad cuando esta ordena algo contrario a los derechos naturales (§§ 42, 1079; *Jus naturae*, VIII S 973).

La idea de la inalienabilidad de los derechos innatos del hombre se introdujo en las codificaciones de derechos fundamentales del siglo XVIII. Así, el art. 1 del *Bill of Rights* de Virginia, del 12 de junio de 1776, dispone: "Que todos los hombres son por naturaleza libres e independientes y tienen ciertos de-

rechos innatos, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto..." Una fórmula similar contiene el art. 2 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789. La Ley Fundamental de Bonn (art. 1, inciso.2) se sustenta claramente en la concepción de que existen "derechos humanos inviolables e inalienables", anteriores al Estado, que no son creados por el poder estatal sino que éste simplemente los "reconoce".

Pero la tesis de la validez pre-estatal de los derechos tiene su raíz en los múltiples significados del concepto de validez (Zippelius RPh, §§ 6, 7 V): pueden ser "pre-estatales" la obligatoriedad moral y la validez ético-social de una norma, no así su validez (eficacia) como derecho garantizado. Esta clase de validez depende del funcionamiento de una organización de tutela jurídica que garantice la aplicación coactiva de la norma en cuestión. La validez jurídica en este sentido se halla condicionada por el Estado y, por ello, no es pre-estatal.

II. El efecto triple de los derechos fundamentales

Maunz-Zippelius, § 18 II (bibl.); *H. Huber*, Aufs, 139 ss.; *W. Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960; *H. C. Nipperdey*, en: K.A. Bittermann et al. (ed.), Die Grundrechte, II, 1954; *id.*, Grundrechte und Privatrecht, 1961; *B. Moser*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und das bürgerliche Recht, 1972.

Un difundido concepto de los derechos fundamentales ha sido el de "un *status negativus* o *libertatis* del individuo... que se dirige contra el poder público, que estatuye un derecho a una esfera independiente del Estado o que confine los medios de intervención del Estado dentro de límites plenamente determinados" (Nipperdey 1954, 19). Este concepto se halla en consonancia con la teoría de que los derechos fundamentales son derechos de libertad oponibles únicamente al poder estatal. No serían, en cambio, garantías de libertad absolutas que también obligaran a los ciudadanos en la conformación de sus relaciones jurídicas privadas.

Sin embargo, ya desde una perspectiva histórica, parece cuestionable aplicar al contenido completamente diferenciado de las garantías jurídicas fundamentales, la sencilla fórmula de que tales derechos no son sino facultades de defensa contra las amenazas a la libertad por parte del Estado. En concepción de los derechos fundamentales se contiene más bien la idea de que existen situaciones jurídicas elementales del individuo sobre las que nadie puede disponer (J. Locke, *Two Treatises of Government*, II §§ 23, 135).

Y en la realidad, la libertad de uno siempre va en detrimento de la libertad de otros miembros de la comunidad. Se atribuye a Abraham Lincoln haber dicho que la servidumbre de los esclavos era correlativa a las libertades de los esclavistas. Kant consideraba como función general del Derecho el establecimiento de reglas según las cuales el uso de la libertad por un hombre "puede subsistir con la libertad de los demás, según una ley general" (cfr. § 34 I 2). Los límites de las libertades fundamentales del individuo deben determinarse incluso en interés de sus conciudadanos. Por ejemplo, a la libertad de prensa debe corresponder la garantía del honor y de la esfera privada e íntima de los demás. La garantía de la propiedad debe estar limitada por la sujeción social de ésta, que proteja los intereses de los demás. De este modo hay que delimitar los ámbitos de libertad en función incluso de los intereses recíprocos de los ciudadanos. Tal tarea recae sobre el Estado.

Considerado simplistamente como el único opresor de la libertad individual, el Estado se presenta, así visto, también como regulador de la libertad ciudadana y sus competencias tienen su límite extremo en los ámbitos de libertad garantizados por los derechos fundamentales.

La autorregulación privada de los derechos y deberes personales aparece como contraparte de la regulación estatal. Es evidente que estas regulaciones "autónomas" no pueden estar sujetas a los derechos fundamentales con igual rigor que si se tratara de actos estatales. Cuando el individuo participa libremente en la conformación de sus propias relaciones de derecho, el respeto por su autonomía privada y su dignidad induce precisamente a sujetarlo, en lo fundamental, a las obligaciones que ha contraído voluntariamente, incluso a aquellas que el poder público no puede imponer unilateralmente a los ciudadanos. Sólo un Estado paternalista se permite proteger de sí mismos a los ciudadanos. Así, por ejemplo, a pesar del derecho fundamental a la libertad de opinión, al ingresar en una empresa periodística ideológicamente comprometida, alguien debe poder obligarse a defender en sus artículos una determinada ideología. Además, en tanto la propiedad siga concibiéndose como un derecho de libre disposición, un particular debe tener la facultad de poder limitar sus obsequios y donaciones de última voluntad a los miembros de una determinada confesión, no obstante la prohibición de la discriminación religiosa contenida en el principio de igualdad. El donante no interviene, regulándolos, los derechos y libertades garantizadas de terceros.

Entre los ámbitos de regulación estatal y la autonomía privada "clásica" se sitúan casos en que los individuos están sujetos a

un poder superior de regulación y disposición que adopta formas de derecho privado. Si los derechos fundamentales han de desempeñar la función de protección a las libertades básicas, deben, entonces, restringir a un poder superior de regulación y disposición cuando éste proviene de los poderes sociales, no estatales. En la sociedad pluralista, el individuo debe ser protegido a través de los derechos fundamentales, particularmente frente a aquellas organizaciones y demás poderes sociales que amenacen sus libertades en virtud de una posición de poder superior. Los derechos fundamentales impiden, por ejemplo, que asociaciones dominantes en el mercado de trabajo establezcan condiciones de contratación que priven a los individuos de su libertad de coalición; o bien, que una parte contratante muy poderosa, restrinja el derecho de su contraparte a contraer matrimonio, mediante una cláusula de celibato, o que bloquee el acceso de los miembros de ciertas confesiones religiosas a determinadas ramas ocupacionales (cfr. § 27 II 1).

Toda vez que en el ámbito privado alguien se halle sometido al poder superior de regulación de otro, puede surgir la necesidad de protección a través de un derecho fundamental; así, por ejemplo, el derecho fundamental del niño a la libertad religiosa a partir de una cierta edad (la capacidad religiosa) podría exigir prioridad sobre el derecho de educación de los padres.

Los derechos fundamentales no sólo brindan protección contra las intervenciones reguladoras del Estado, sino también contra las de carácter fáctico. Esta protección debe ser igualmente aplicable, en forma escalonada y según el caso, a las intromisiones de los poderes sociales y aun de los ciudadanos comunes. Así, por ejemplo, todo mundo debe ser capaz de exigir el respeto por la dignidad humana, pretensión que, de conformidad con el orden jurídico de la República Federal de Alemania, se concreta en un derecho general de la personalidad, susceptible de reclamación ante los tribunales.

Desde el punto de vista técnico-jurídico, la protección de las esferas de libertad puede llevarse a cabo de distintos modos. Se pueden hacer justiciables los derechos fundamentales, como en el caso del derecho general de la personalidad. Se les puede conferir validez directa en el tráfico jurídico al declarar nulos los negocios jurídicos contrarios a ellos (art. 9, inciso 3 LF). También se puede lograr ampliamente la protección deseada de estas libertades si las concepciones valorativas proclamadas en el catálogo de derechos fundamentales se aplican como pauta para la interpretación de las demás normas, como en general respecto de las decisiones de valor que dejan abiertas las normas jurídicas (el así llamado "efecto indirecto de los de-

rechos fundamentales"). De este modo, los conceptos jurídicos que precisan un contenido valorativo (como el de las "buenas costumbres") se convierten en "puertas abiertas" a través de las cuales las concepciones valorativas contenidas en los derechos fundamentales logran acceso al derecho privado (cfr. BVerfGE 7, 205).

III. Sujeción del Estado a los derechos fundamentales tratándose de actos de derecho privado

Wolff-Bachof, S 23 II; *G. Dürrig*, en: Maunz-Dürrig et al., Grundgesetz. Art. 1, Rdn. 134 ss.; *K. Zeidler*, Schranken (citado en el § 30 III); *E. Forsthoff*, Der Staat als Auftraggeber, 1963, 10 ss.; *H.H. Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968, 165 ss.; *G. Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 1969, 141 ss.; *V. Emmerich*, Die Fiskalgestaltung der Grundrechte, JuS 1970, 332 ss.

Si se orienta uno por los requerimientos reales de la protección de la libertad, se plantea entonces la cuestión de hasta qué punto se halla el Estado sujeto a los derechos fundamentales cuando participa en el tráfico jurídico bajo formas de derecho privado.

Los cierto es que esta sujeción resulta necesaria respecto de algunas actividades de derecho privado. Cuando el Estado y los titulares de la administración paraestatal desempeñan tareas públicas, no es admisible que, a través de una "evasión hacia el derecho privado" (F. Fleiner), se desvinculen de los derechos fundamentales que según la Constitución vigente, son aplicables al cumplimiento de funciones públicas. Así, por ejemplo, si el Estado o los municipios desempeñan las tareas públicas de dirección de la economía, o de la procura existencial, con medios de derecho privado, es preciso que se subordinen estrictamente, digamos, al principio de igualdad de trato. Si el Estado controla una demanda vital, debe estar sujeto al derecho público, ya que los individuos dependen y se hallan a merced de la comunidad en lo referente a las necesidades elementales (§ 30 III).

La exigencia de su sujeción a los derechos fundamentales se plantea siempre que el Estado actúa desde una posición de monopolio o de poder, aun cuando ésta no se presente como supraordinación jurídica, sino como simple superioridad fáctica. Las obligaciones que se exigen de algún "poder social", resultan imprescindibles en toda situación comparable de fiscalización. Es suficiente como superioridad de hecho una posición dominante en la competencia económica, que resulte perjudicial en alto grado, no solamente para la libertad de otra parte

contratante, sino para la de los propios competidores. Es obvio que en tales casos, la cuestión de la vigencia de los derechos fundamentales permanecerá latente, por la razón misma de que las libertades y posiciones de igualdad que éstos garantizan, se hallan ya suficientemente protegidas por otras normas jurídicas (por ejemplo, a través de una posibilidad de liquidación general de las empresas monopólicas).

Por otro lado, sería una simplificación inadecuada aplicar esquemáticamente esta sujeción a los derechos fundamentales a toda relación de derecho privado. Así, por ejemplo, serán ampliamente respetadas las obligaciones voluntariamente contraídas frente al Estado, ámbito en el que se impone igualmente el respeto de la autonomía privada. Este sería el caso de un vocero de prensa empleado en una dependencia oficial quien, por haber contraído libremente esta relación de empleo, puede obligarse a ejercer solamente en forma leal a su patrono su derecho fundamental a la libre expresión.

El atenuar la sujeción de la mano pública a los derechos fundamentales respecto de sus relaciones de derecho privado, no sólo depende de cuál sea la otra parte contratante, sino simplemente del hecho de que en algunos casos el Estado participa en el tráfico jurídico como cualquier otra persona privada, de manera que no existe una necesidad especial de obligación específica para proteger la libertad. Una cervecería del Estado que interviene en el tráfico jurídico bajo las formas de derecho privado y que realiza operaciones bajo las mismas condiciones de competencia que sus contrapartes privadas, debe tener cierta libertad para escoger a sus socios. Rebasaría la finalidad propia de los derechos fundamentales si, en el ejemplo dado, se admitiera a cualquier mesonero el exigir un suministro por parte de esta cervecería, de acuerdo con el derecho fundamental a un trato igual.

§ 34. Libertad, igualdad, fraternidad

§§ 29 II; 30 III; 35 III; *H. Schambeck*, Grundrechte und Sozialordnung, 1969; *H. F. Zacher*, Freiheitliche Demokratie, 1969, 95 ss., 110 ss., 200 ss.; *Herzog*, 372 ss.; *H. H. Klem*, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1972, ²1974.

Las grandes consignas de la Revolución Francesa, "*liberté, égalité, fraternité*", permanecen como conceptos centrales en la comprensión de los derechos fundamentales. Todavía hoy se clasifica a los derechos fundamentales en "derechos de libertad" y "derechos de igualdad". Es apenas en nuestros días que la "*fraternité*" ha alcanzado su pleno desarrollo bajo el nombre de "Estado social" o de "solidaridad".

Por su parte, ésta ha ejercido influencia sobre la concepción de la "libertad" y la "igualdad", ya que cada vez se toma mayor conciencia de que la "libertad" no debe considerarse únicamente en sentido formal, sino que también hay que garantizar las condiciones materiales de su desenvolvimiento, particularmente las que son de tipo económico. También se ha entendido que la "igualdad", lo mismo que la "libertad", posee un componente "material" y que el postulado de la igualdad demanda no sólo una equiparación jurídica formal, sino una distribución equilibrada de las oportunidades fácticas, sobre todo en cuanto al acceso a la profesión y a la riqueza, pero también en cuanto a un equilibrio en la repartición de ésta.

Sin embargo, no es sólo la "*fraternité*" que se halla en conexión con la "libertad". Entre la libertad y la igualdad existen relaciones mutuas: demasiada libertad pone en peligro la igualdad y la equiparación extrema aniquila la libertad. Por otro lado, un cierto grado de igualdad, a saber, de oportunidades reales de desarrollo, es imprescindible para preservar duraderamente la libertad, en tanto que libertad común. Examinando con mayor detenimiento la cuestión, se advertirá prontamente que detrás de estos lemas aparentemente simples se esconden interrelaciones sutiles y, sobre todo, cuestiones de la medida justa.

Aun tomando para sí uno de estos elementos, la "libertad", nos la tenemos todavía con un concepto rico en facetas: "libertad" significa no solamente mantener un campo de desarrollo individual exento de las intromisiones estatales, sino también una participación en la formación de la voluntad de la comunidad. No sólo significa una defensa contra la intromisión estatal, sino también la delimitación de las esferas de libertad e interés entre los miembros de la comunidad misma.

I. Libertad

Sobre 1: *G. Jellinek*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, ²1905, 81 ss.; *id.*, *ASTL*, 418 ss.; *Radbruch*, 156 ss.; *Maunz-Zippelius*, §§ 12 III 7, 13, 18 III (bibl.).

Sobre 2: *J. J. Rousseau*, *Du contrat social*, 1762, libro I, cap. 8; *J. G. Fichte*, *Grundlage des Naturrechts*, 1796; *L. Kant*, *Metafísica de las costumbres*, (I parte 1797, ²1798), Introducción a la doctrina del derecho, §§ B, C.

Sobre 3: *Fichte*, citado en 2; *id.*, *Der geschlossene Handelsstaat*, 1800; *L. v. Stein* GsB; *G. Stratenwerth*, *Zum Prinzip des Sozialstaats*, en: *F. F. K. Eichenberger*, 1982, 81 ss.

1. **Status negativus, status activus, status positivus.** Aristóteles (Política, 1317 b) enseñaba que la libertad de los ciudada-

nos posea dos elementos: "Una característica de la libertad es el ser gobernado y gobernar por turno, y, en efecto, la justicia democrática consiste en tener todos lo mismo numéricamente y no según los merecimientos, y siendo esto lo justo, forzosamente tiene que ser soberana la muchedumbre, y lo que aprueba la mayoría, eso tiene que ser el fin y lo justo... Otra es el vivir como se quiere". Esta es una versión temprana de la contraposición de libertad "democrática" y libertad "liberal".

El concepto liberal de libertad se funda en la idea de que el poder estatal (en particular) se abstenga de intervenir en una determinada esfera de libertad individual y garantice una libertad sin trabas de acción individual. El individualismo liberal y la idea de ciertos derechos intangibles subyacen a la protección contra las invasiones a la esfera del individuo y, en especial, a los derechos fundamentales a la vida, la integridad corporal, la libertad de la persona, la libertad de residencia, la inviolabilidad del domicilio, la propiedad y el derecho de herencia. Jellinek llamó *status* negativo a la situación jurídica del individuo determinada por estos derechos de defensa.

Por el contrario, el derecho de cada individuo a participar en la formación de la voluntad política de la comunidad, se halla en correspondencia con el concepto democrático de libertad. Siguiendo a Jellinek, podemos denominar *status* activo a la situación jurídica del individuo delimitada por estos derechos de participación. Estos implican que cada uno debe contribuir a la formación de la voluntad común a la que está sometido. Tal concepto de libertad surge en la obra de Rousseau por un motivo liberal-individualista, el de hallar un orden social en el que cada quien no obedezca más que a sí mismo, en el que, por ello, se realicen un mínimo de coacción heterónoma y un máximo de autodeterminación (§ 17 III; véase también el § 28 II 1). Pero, en la práctica, este concepto democrático de la libertad puede entrar en conflicto con el concepto liberal, ya que encubre el peligro de la tiranía nada liberal de una mayoría democrática (§ 30 I 1). Por otro lado, ambos principios de libertad, el democrático y el liberal, tienden a converger, lo cual es evidente en aquellos derechos fundamentales que, junto con la libertad individual de desarrollo, garantizan a la vez el "campo previo" de la formación de la voluntad política; así, por ejemplo, en las libertades de opinión, de prensa, de asamblea y de asociación (§ 30 II).

La libertad, lo mismo que la igualdad (II 1), posee un componente material, en el sentido de que los hombres sólo son libres cuando disponen también de las condiciones materiales para el desarrollo de su persona. De ahí resulta, como objetivo

constitucional, que el Estado social procure a cada uno también las condiciones reales para su desenvolvimiento. La cuestión es si, a estas tareas estatales corresponden derechos individuales tendientes a que el propio Estado establezca tales condiciones. Dichas pretensiones a las prestaciones positivas por parte del Estado se discuten actualmente bajo el título de "derechos fundamentales sociales". Tales pretensiones designan conceptualmente aquella posición jurídica que Jellinek llamó "*Status positivus*", equivalente a los derechos a las "prestaciones positivas del Estado en interés del individuo". El posible objeto de estas pretensiones serían, por ejemplo, la previsión estatal en cuanto a necesidades básicas, atención médica general, viviendas adecuadas, instituciones educativas de acceso general, plazas de trabajo suficientes y de libre elección, así como la atención en caso de vejez o invalidez. Dadas estas vastas exigencias, surgen dudas, no obstante, de si y en qué medida sea realista y compatible con la función de las instancias políticas, el transformar la justicia social y el bienestar común a cargo del Estado, en un catálogo justiciable de derechos fundamentales sociales (al respecto III).

La libertad tiene valor pleno sólo cuando es libertad garantizada. Diversas medidas institucionales y procesales contribuyen a su garantía efectiva. Gracias a esta garantía procesal, es como si le "pusieran dientes" (Dürig) al sistema de los derechos de libertad e igualdad. Para este fin, se abre un cauce jurídico para la tutela de los derechos de libertad y al afectado en sus derechos se le otorga una pretensión a la tutela jurídica (acceso a la justicia). La Ley Fundamental de Bonn incluso concede una pretensión semejante bajo la forma de un derecho fundamental formal (art. 19, inciso 4) y esto no sólo para la defensa de los derechos fundamentales, sino para todo caso en que el poder público vulnera los derechos de alguien. Esta pretensión pertenece también al "*status positivus*" del ciudadano, se orienta entonces a un cierto hacer de los órganos del Estado, ya que otorga el derecho de exigir del tribunal correspondiente el examen y resolución de la pretensión de tutela jurídica.

2. **La correlación de libertad y sujeción.** No existe tal cosa como una cornucopia de la libertad para una comunidad; no es posible multiplicar la libertad individual con sólo desearlo. El problema de la libertad es, en gran medida (aunque no exclusivamente), un problema de su justa distribución. Esto se debe fundamentalmente a que el deseo de desarrollo de un individuo tropieza siempre con el de sus conciudadanos. Las libertades jurídicas de uno se interrelacionan invariablemente con las pretensiones de libertad y desenvolvimiento de los hombres con quienes convive en la comunidad jurídica. "La li-

bertad de extender tu brazo termina donde empieza la nariz de tu vecino", reza un dicho norteamericano.

Las libertades jurídicamente garantizadas de uno son necesariamente correlativas a la sujeción de otro. La sujeción de todos es el precio que debe pagarse por asegurar las libertades de cada uno. El trazar límites en un campo libre hasta el momento garantiza un espacio a cada uno, pero sólo a costa de restringir la libertad de movimiento de otros: tal es el acto civilizador que reemplaza el derecho del más fuerte. La correlación entre libertad garantizada y sujeción era conocida también en la época del individualismo. "Por el contrato social", dice Rousseau, "el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desee y pueda alcanzar"; a cambio obtiene la libertad civil y un derecho cierto a la propiedad. Debe, pues, distinguirse entre "la libertad natural, que tiene por límites las fuerzas individuales, de la libertad civil, circunscrita por la voluntad general"; de igual manera, entre la propiedad que es simple efecto de la fuerza o de la primera ocupación, y una propiedad jurídicamente fundada.

El problema jurídico de la libertad no radica, en principio, en definir derechos de libertad para los individuos aislados, sino en establecer principios para la coexistencia de la libertad de uno con la libertad de otro. Kant (1798) percibió esta tarea con toda claridad, si bien su formalismo era incapaz de darle una solución satisfactoria. También para Fichte, la tarea fundamental de un orden comunitario consiste en hacer posible la "coexistencia de la libertad de varios... conforme a una regla"; se trata, entonces, de un orden en el que "cada ser libre se propone como ley el circunscribir su libertad por el concepto de la libertad de los demás" (1796, § 8). Ya que la libertad de uno sacrifica el campo de desarrollo de otros, es preciso distribuirla con justicia.

La comprensión de la correspondencia entre libertad y sujeción, esto es, que la obligación jurídica de uno es el precio a pagar por la libertad garantizada del otro, debía conducir a la idea de que existen ciertos deberes fundamentales, es decir, obligaciones básicas del individuo como contrapartida de los derechos fundamentales intangibles. Fue, en particular, la doctrina del contrato social la que puso en evidencia esta idea y que incluso concebía a la comunidad estatal en términos de derechos y deberes. La doctrina del derecho natural de Pufendorf, Thomasius y Christian Wolff contenía ya amplias teorías sobre los deberes naturales de los hombres (Zippelius *Gesch.*, cap. 15). Como deberes fundamentales de los ciudadanos se planteaban, en este sentido, los de conservar la paz entre sí y de

obedecer las leyes expedidas por la autoridad establecida en común. Más tarde, la Constitución francesa del 22 de agosto de 1795 agregó a la declaración de derechos una declaración de deberes de los ciudadanos, entre los cuales se contaban: los deberes frente a la comunidad como tal, no solamente un deber de obediencia a la ley, sino también el de defender y servir a la comunidad; a éstos se añaden los deberes frente a los demás ciudadanos, sobre todo el de no hacer a otros lo que no se desea para uno mismo. Esto ponía de manifiesto que un Estado sólo puede existir como comunidad en libertad si cada quien respeta las mismas libertades de los otros y si los ciudadanos cumplen con su deber de obediencia a las leyes, que precisamente delimitan entre sí las libertades civiles. También en las constituciones más recientes tiene acogida la idea de los deberes fundamentales del ciudadano, que pretenden garantizar no solamente el respeto por las libertades de los demás, sino establecer las bases de una comunidad bien organizada y funcional; aparte de un deber de lealtad a la Constitución y las leyes, hallamos también un deber fundamental democrático de tomar parte en los asuntos públicos, así como los deberes de participación en las cargas públicas, de auxilio en casos de emergencia y de defensa contra el peligro común y, en ocasiones, la obligación de los padres de educar a sus hijos. La correlación de libertad y sujeción es muy clara en aquellos deberes que definen los límites de los derechos de libertad y que, en consecuencia, prescriben un dejar de hacer. Así, por ejemplo, la propiedad se halla limitada por una responsabilidad social, especialmente por el deber de consideración hacia la comunidad en el ejercicio de este derecho; además, la libertad de desarrollo de la persona se halla restringida, en forma genérica, por la obligación de un comportamiento compatible con la vida en común (para mayor precisión, véase Maunz-Zippelius, § 22).

3. La distribución de la libertad en el Estado social Al igual que en la realización de la igualdad (II 1), la delimitación recíproca de la libertad implica no solamente un principio formal, sino también un problema material de distribución. Ya Fichte había observado que la libertad posee un elemento económico (1796, § 18; 1800, c I cap. 1).- Lorenz von Stein (GsB, IV 2, 3) señalaba que la posesión de bienes es "el supuesto absoluto... de toda lucha contra la falta de libertad en el Estado y la sociedad", y que era imposible apoyar a una clase con la libertad estatal sin asegurarle la independencia social. La libertad, es decir, autodeterminación, no puede pensarse ni llegar a ser real sin dominio sobre bienes espirituales y materiales.

Los principios constitucionales ya mencionados, que estable-

cen la sujeción social de la propiedad (reserva de la determinación por ley del contenido y límites de la propiedad, autorización de la expropiación y la socialización) y según los cuales todos se hallan obligados a participar en las cargas públicas, anuncian ya como misión del Estado, sobre todo en conexión con el principio del Estado social, la de una justa repartición de las libertades, incluso de las condiciones materiales para el desenvolvimiento de la persona.

El problema de la justa distribución de la libertad en la comunidad no puede solucionarse admitiendo simplemente el *laissez-faire*. No se puede garantizar una libertad adecuada omitiendo meramente cualquier intervención, sino sólo a través de una acción estatal adicional. Esto es, en esencia, lo que Fichte contemplaba al atribuir al Estado no solamente la tarea de proteger la propiedad del individuo, sino también la de distribuir rectamente los bienes, es decir, de "dar primero a cada quien lo suyo, de instalarlo en su propiedad" (cfr. Zippelius *Gesch.*, cap. 17 a). Esta es la misión que el Estado social ha redescubierto y hecho suya en tanto que gestor del bienestar general y de la justicia social (§. 35 III). Entendidos como meros derechos de defensa, los derechos fundamentales aseguran insuficientemente la libertad y posibilidad de desarrollo del hombre. Por eso se desprenden de ellos pretensiones a una prestación o, si estas resultan impracticables (III), objetivos vinculantes para el Estado, un mandato constitucional que obligue a una acción estatal positiva tendiente a poner al individuo en situación de conformar dignamente su existencia humana.

También bajo este aspecto, la libertad de uno tiene como precio las libertades de otro, ya que si uno recibe prestaciones, los demás deben proporcionar los medios para ello. Donde unos obtienen beneficios de la sujeción social de la propiedad, otros pierden precisamente debido a esto. De ahí que subsista como tarea la de buscar un compromiso óptimo y justo entre las necesidades de todos al desenvolvimiento personal. En esta búsqueda de los principios generales según los cuales habrán de delimitarse rectamente los ámbitos de libertad, se resume y se refleja la interminable discusión acerca de la justicia.

La cuestión de la distribución adecuada de la libertad material concierne también a la medida de la nivelación deseada.

II. La aportación de la idea de la igualdad

Tocqueville DA, II 2 cap. 1, II 4 cap. 3; Menger NStL., 22 ss., 64 ss.; Binder, 299 ss.; Krüger, 530 ss.; G. Dürig, en: Maunz-Dürig et al, Grundgesetz, Art. 3. Rdn. 120 ss., 156 ss.; W. Leisner, Der Gleichheitsstaat, 1980.

Sobre I: Maunz-Zippelius, § 25 (bibl.); Th. Ramm, Die grossen Sozialisten, I 1955, 138 s., 160 ss. (sobre Babeuf).

Sobre 2: *Leibholz* StP, 66 ss., 88 s., 152 s.; *K.H. Volkmann-Schluck*, *Polit. Philosophie*, 1974, 146 ss.; *H. Laufer*, *Freiheit und Gleichheit*, en: *F.f.W. Geiger*, 1974, 337 ss.; *J. Rawls*, *Teoría de la justicia* (ingl. 1971) esp. 1979 (al respecto, Zippelius RPh, § 18 III); *D. Bell* (citado en el § 25 III), 312 ss.

1. La igualdad en el Estado social democrático. Hay que considerar más de cerca la conjunción de libertad e igualdad. Antes deben hacerse algunas reflexiones sobre la relación que guarda el postulado de la igualdad con los principios de la democracia y el Estado social.

Es evidente que la igualdad desempeña un papel central en la democracia. La igualdad en el valor numérico de cada sufragio en votaciones y elecciones políticas es un principio democrático en la formación de la voluntad política, pero también en el ámbito "no político", la tendencia hacia la igualdad corresponde a la mentalidad democrática, según ya había hecho notar Tocqueville.

En este punto convergen la tendencia democrática con los postulados del Estado social, ya que el principio de igualdad de trato busca una nivelación social, particularmente de tipo económico, por encima de una igualdad jurídica meramente formal cuando detrás de ésta se esconde una profunda desigualdad social. Así se convierte en farsa "la ley, que con su magna justicia prohíbe por igual al rico y al pobre que duerman bajo un puente, pidan limosna en la calle y roben pan" (*A. France, Le lis rouge*, 1894, cap. 7). Así, ya en la Revolución Francesa, sobre todo en el círculo de Babeuf, había surgido el postulado de una *égalité de fait*, más allá de una igualdad puramente formal ante las leyes: "Bienestar para todos, enseñanza para todos, igualdad, libertad y felicidad para todos" (Ramm 1955, 162). De estas consideraciones ha nacido la idea moderna que ha asignado al Estado social la función de "apoyo a los débiles y limitación a los fuertes", de "compensación de la desigualdad social" (Radbruch, 159).

2. Libertad e igualdad. La relación entre libertad e igualdad es de tensión y, a la vez, de dependencia recíproca:

Al ideal liberal de libertad e igualdad se traduce en la equivalencia de las "oportunidades de salida". Es una "igualdad de arranque en la carrera, que se transforma rápidamente en desigualdad" (Radbruch, 157 s.), porque, dependiendo de su habilidad individual, los hombres aprovechan iguales condiciones de salida en forma muy diversa. Esto puede acarrear una distribución de bienes muy desigual.

Sin embargo, existen diversos argumentos contrarios a un desenvolvimiento desenfrenado de la libertad y de la extrema

desigualdad que de ello resulta, no solamente razones de una política social pluralista (§ 26 VI 3), sino también razones de la igualdad y la libertad. — Desde el punto de vista de la igualdad, existen objeciones contra las diferencias extremas en la distribución de bienes, sobre todo si nadie puede pretender que los éxitos económicos extraordinarios se deben exclusivamente a sus méritos. Por lo común, no sólo la habilidad y la fortuna personales tienen su parte en tales resultados, sino que muchas veces también intervienen el atropello o la colaboración de otros. ¿Acaso no es la capacidad misma, al menos en parte, el resultado inmerecido de nuestras cualidades hereditarias, no más que un caso afortunado en la “lotería genética”? — Bajo el aspecto de la libertad debe tenerse en cuenta que una excesiva desigualdad en la distribución de bienes pone en peligro la misma libertad de muchos. La historia del naciente capitalismo industrial ofrece un impresionante ejemplo al respecto (§ 29 II). — Así, pues, es obvio que las oportunidades concedidas a cada uno no pueden ser de tal modo ilimitadas que pongan seriamente en peligro la libertad de sus conciudadanos y una equilibrada distribución de bienes.

Tampoco es suficiente garantizar, en algún tiempo y lugar, una “igualdad de oportunidades en la salida”. Considerando más de cerca la cuestión, se observará que también la demanda de igualdad de oportunidades se halla cargada con una serie de problemas no resueltos: ¿es que no deben crearse, de nueva cuenta, iguales condiciones de salida para cada hombre, esto es, para cada generación? El liberalismo individualista admite que cada quien obtenga la recompensa de su propio tesón, pero no del esfuerzo de sus antecesores. Aun desde el punto de vista del liberalismo, no es suficiente que alguna vez haya existido igualdad de oportunidades en la sucesión de generaciones. Más bien habría que crear de nueva cuenta esta igualdad, siquiera una vez por cada generación. Pero, ¿sólo una vez? ¿De qué modo? ¿Y en qué momento? Por lo pronto algo puede darse por cierto: que para mantener la libertad, en cuanto libertad común, es necesario también llevar a cabo, de continuo, una equilibrada igualdad material de oportunidades.

Una distribución continua proporcional de bienes implicaría la continuidad más radical. Sin embargo, una igualación extrema y permanente de este género sería inaceptable, lo mismo desde el punto de vista de la igualdad, que desde el de la libertad. Sería insatisfactoria bajo el criterio de una adecuada igualdad de trato, si se parte de que un mayor rendimiento debería producir una ventaja superior, puesto que en él interviene un mérito “digno de recompensa”. Un igualitarismo exagerado destruiría, ante todo, la libertad: la rígida puesta en

práctica de una distribución de bienes proporcional, esto es, la búsqueda de una compensación continua de toda ventaja lograda por el individuo, convertiría al Estado en el manipulador omnipresente de la igualdad. Esto bloquearía la libertad de los ciudadanos y el desenvolvimiento de su persona de modo difícilmente tolerable (§ 35 IV).

Una igualación extrema y continua sería inaceptable no sólo bajo los aspectos de la conveniencia y la libertad; lo sería también en un sentido político-social, ya que la recompensa del rendimiento personal contribuye al bien común. Una nivelación demasiado intensa haría desaparecer el eficaz declive, la tensión que estimula el esfuerzo. Si el Estado se precipita a compensar toda desigualdad que es la retribución a la capacidad personal, elimina el principal estímulo para sobresalir, para destacar en la competencia y producir así resultados que benefician a los demás ciudadanos. La doctrina marxista reciente también tiene en cuenta lo anterior, pues admite que los ingresos y ahorros obtenidos del propio trabajo sean propiedad personal de los ciudadanos y, "el trabajo socialmente útil y sus resultados determinan la posición del hombre en la sociedad" (arts. 13 y 14 de la Constitución de la URSS, de 1977)

Las cuestiones de la libertad y la igualdad no encierran una disyuntiva radical, sino la tarea de hallar la medida justa de ambas; bajo el aspecto de la igualdad, se plantea como la tarea de alcanzar una adecuada distribución de bienes, lo cual es un problema de la *justitia distributiva*. Bajo el aspecto de la libertad, se presenta como la labor de delimitación racional de la libertad de uno frente a la de otros, en lo cual Kant veía el problema central del derecho justo (I 2). Ambos aspectos implican la cuestión de la justicia.

III. ¿Es traducible la justicia social en un catálogo de derechos fundamentales?

Maunz-Zippelius, §§ 18 III 3, 20 I I (bibl.); *Th. Toimandl*, Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, 1967; *G. Brußner*, Die Problematik der sozialen Grundrechte, 1971; *L. Wildhaber*, Soziale Grundrechte, en: Gedenkschrift f. M. Imboden, 1972, 371 ss.; *J.P. Müller*, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, 1973, ² 1982; *P. Badura*, Das Prinzip der sozialen Grundrechte usw., en: Der Staat 1975, 17 ss.; *E.W. Bäckenförde et al.* (ed.), Soziale Grundrechte, 1981; *P. Krause*, Die Entwicklung der sozialen Grundrechte, en: Birtsch (citado en el § 32), 402 ss.; *G. Lorso*, Die sozialen Rechte in der ital. Verfassung, en: Der Staat, Beiheft 5, 1981, 29 ss.; *W. Schmidt*, Soziale Grundrechte im Verfassungsrecht der BRD, op. ult. cit., 9 ss.

La justicia no puede traducirse sin más en un catálogo

de derechos fundamentales, por el hecho mismo de que éstos entran en conflicto y requieren una delimitación recíproca. Por no mencionar más que dos ejemplos, esto es válido cuando hay que delimitar la libertad de decisión religiosa del adolescente frente al derecho de educación de los padres, o cuando es necesario hallar un compromiso entre la garantía a la libertad de empresa y la tarea de asegurarle al individuo un empleo y, en consecuencia, una base esencial a su libertad de práctica profesional. Bien podría uno inclinarse a opinar que también esta ponderación y delimitación es susceptible de concretarse y dogmatizarse en un catálogo de derechos fundamentales.

Sin embargo, las decisiones sobre la configuración de la justicia poseen siempre un importante elemento de ponderación y elección continuas. Ante todo es preciso mediar, en la cambiante situación histórica y política, una y otra vez entre los principios contenidos en los derechos fundamentales, y buscar un compromiso óptimo que lleve a los respectivos derechos a su máximo desenvolvimiento y que además corresponda al *ethos* social imperante. La cuestión de la justicia se plantea una y otra vez, aun en relación con un catálogo de derechos fundamentales.

Precisamente allí donde la acción estatal debe crear las bases materiales para el desenvolvimiento de la libertad individual, no es posible dogmatizar completamente la justicia social, puesto que las normas de los derechos fundamentales establecen, con mayor o menor precisión, representaciones de objetivos, trazan límites y otorgan garantías mínimas. No obstante, en lo particular ciertas posibilidades de elección, sobre todo de prioridades y medios a emplear, deben permanecer abiertas y bajo la competencia y responsabilidad de los poderes legislativo y ejecutivo, porque el género y extensión de las prestaciones que el Estado ha de ofrecer, dependen de la respectiva situación del desarrollo social y económico, así como de los medios siempre cambiantes, que el Estado tiene concretamente a su disposición; no es posible programar completamente, mediante un rígido sistema de normas constitucionales, una política social condicionada por la situación. Además, las condiciones materiales del desenvolvimiento de la libertad individual son afectadas, directa o indirectamente, por una pluralidad inextricable de actividades estatales; de un punto de vista técnico, es posible abarcar todas estas actividades, siquiera aproximadamente, mediante derechos públicos subjetivo y someterlas a un control jurídico completo.

Así, pues, la labor del Estado en favor de la justicia social no puede traducirse, hasta en el detalle, en un sistema de

derechos fundamentales, para someterla así al control completo de la jurisdicción. En una palabra, la simple garantía de los derechos fundamentales no permite dogmatizar totalmente la justicia social y la vía concreta para su realización.

2. El Estado industrial de regulación intensiva

§ 35. La necesidad de regulación y previsión en el Estado moderno

§ 26 IV; *A. Wagner*, en: *Handwörterb. d. Staatswiss.*, VII 1911, 727 ss.; *W. Eucken*, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 1952, ²1975; *H.G. Schachtschabel*, *Wirtschaftspolit. Konzeptionen*, 1967, ³1976; *U. Runge*, *Antinomien des Freiheitsbegriffs Usw.*, 1971; *U. Scheuner* (ed.), *Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft*, 1971; *R. Schmidt Wirtschaftspolitik und Verfassung*, 1971; *J.K. Galbraith*, *Economics and the Public Purpose*, 1973; *B.B. Gemper* (ed.), *Marktwirtschaft und soziale Verantwortung*, 1973; *E. Tuchtfeldt* (ed.), *Soziale Marktwirtschaft im Wandel*, 1973; *A. Utz*, *Entreneoliberalismo y neomarxismo* (al. 1975) esp. 1976; *D. Duwendag* (ed.), *Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft*, 1976; *N. Reich*, *Markt und Recht*, 1977; *E.J. Mestmäcker*, *Die sichtbare Hand des Rechts*, 1978; *F.C. Lehner*, *Grenzen des Regierens*, 1979, 7 ss.; *F. Böhm*, *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*, 1980.

I. Causas principales de la regulación y la previsión estatales

Sobre 1: § 29 11 2; *A. Rüstow*, *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus*, 1945, ²1950; *D. Meadows et al.*, *The Limits of Growth*, 1972; *M. Mesarovic*, *E. Pestel*, *Menschheit am Wendepunkt*, 1974; *W. Ber*, *Die Verwaltung des Mangels*, en: *Der Staat*, 1976, 1 ss.; *A. King*, *Der Zustand unseres Planeten* (ing. 1976) al. 1977; *J. Tinbergen et al.*, *Reshaping the International Order*, 1976; *D. Gunst*, *Biopolitik zwischen Macht und Recht*, 1978.

Sobre 2: *Luhmann* RS, 294 ss., 343 ss.

Dentro de la antítesis que marcan las tendencias liberales y las reguladoras (§ 29 III), debemos ahora abordar este segundo aspecto. Se tiene cada vez mayor conciencia de que, en el Estado industrial moderno, se requiere la regulación planificada, con medios estatales de la economía y, en general, del acontecer social.

I. Aspectos particulares. La autorregulación, esperada por el liberalismo, de los procesos económicos y de los sociales en general, no funciona en la sociedad industrial en la magnitud necesaria.

En la sociedad dejada a sí misma surgen grandes desigualdades en las posiciones de poder económico, que ponen en peligro una compensación de intereses equilibrada y jus-

ta. La miseria de los trabajadores en el naciente capitalismo industrial mostró esto con harta claridad (§ 29 II 2).

Incluso se ve en peligro el mecanismo de mercado, el "libre juego de las fuerzas". Con ayuda de las libertades liberales se producen fenómenos de concentración de empresas, se forman cárteles y, en caso preciso, se emplean los medios de una competencia ruinosa, con la consecuencia de que se elimina la competencia liberal y se hace ineficaz el mecanismo de mercado y de precios.

La crisis económica mundial iniciada en 1929, probó en forma drástica que la economía era incapaz de una autorregulación coyuntural. Las crisis financiera y monetaria de aquella época pusieron de relieve la necesidad de regulación y control en este sector.

Poderosos grupos de interés y asociaciones buscan obtener influencia, a menudo desproporcionada, sobre el gobierno y la legislación y en ocasiones amenazan con la extorsión a las instancias políticas (§ 26 IV, V 2).

Al resumir estas experiencias, de ellas debía desprenderse como tarea para el Estado, la de procurar un equilibrio de los poderes sociales, contrarrestar los procesos de concentración, impedir el abuso de las posiciones de poder, para así garantizar, en términos generales, una adecuada compensación entre intereses antagónicos y, además, una política económica coyuntural y la regulación y supervisión del sistema monetario y crediticio, que protejan a la economía de crisis y daños.

Igualmente se ha puesto de relieve, como importante función de la regulación estatal, la "administración de la escasez". Muchos bienes y servicios son fundamentalmente escasos, como por ejemplo, los recursos del suelo, la riqueza pesquera de los mares, el terreno susceptible de urbanización, las regiones naturales de recreo, la capacidad de las aguas para recibir desperdicios y del espacio aéreo para absorber ruido y gases de escape, pero también la aptitud educativa de las escuelas superiores y las plazas de trabajo calificado. Los problemas de distribución y limitación que esto plantea no hallaron una solución satisfactoria en el "libre juego de las fuerzas".

Independientemente de los casos anteriores, hoy día es claro que el mercado libre es fundamentalmente incapaz de resolver en forma satisfactoria algunos problemas de política económica y social, pues está orientado unilateralmente a promover la oferta de los bienes más rentables. En cambio, no atiende del todo, a lo hace en grado insuficiente, otros

objetivos igualmente deseables de política social como por ejemplo, la conservación del medio ambiente y la eliminación de sustancias dañinas. En otro sentido, el mercado, dejado a sí mismo, reacciona tardíamente en ocasiones, así por ejemplo, a una inminente escasez de materias primas. También se requiere la intervención del Estado para atender adecuadamente necesidades y peligros que el mercado libre registra en forma insuficiente.

Que hoy día ya no es posible dejar las cosas a su libre curso, resulta particularmente evidente en virtud de ciertas amenazas de proporciones apocalípticas, pues la técnica moderna no sólo ha traído al campo de lo posible la destrucción, del medio ambiente natural, sino también la autoaniquilación de la humanidad. Los avances de la medicina han contribuido a un crecimiento incontrolado de la población mundial lo que se ha convertido en una amenaza de consecuencias imprevisibles.

Las demandas planteadas al Estado, sin embargo, no se agotan meramente en intervenciones reguladoras y contra-medidas preventivas de peligros incipientes. La sociedad industrial tiene necesidad, además, de providencias positivas. A diferencia de lo que ocurría en la sociedad agrícola, el individuo ya no puede procurarse los bienes satisfactorios de las necesidades cotidianas. A diferencia del campesino, el ciudadano industrial es incapaz incluso de eliminar los desechos que él mismo produce. En tanto que otros no garantizan en forma adecuada servicios vitales como el suministro de agua, energía y transporte, debe proporcionarlos el Estado. Además, el principio del "Estado social" (contenido en el art. 20, inciso 1 LF) impone en buena medida al Estado industrial el deber de dar prestaciones positivas, por ejemplo, de fomento a la creación de instituciones educativas, centros de población, hospitales, instalaciones deportivas, por nombrar únicamente unos cuantos ejemplos. (Ya se señaló en otro contexto que esta finalidad estatal no se traduce sin más en derechos individuales a una prestación, § 34 III).

2. Aspectos globales. La comprensión de la necesidad de la regulación estatal se integra en una determinada concepción fundamental de la posición del hombre en el mundo, pues la sociedad en su conjunto, lo mismo que el individuo, no dispone de reguladores suficientes de acción automática, que garantizaran un estado óptimo. Debido al peligro de autoaniquilación, se advierte claramente, como nunca antes,

que los hombres tienen la posibilidad fáctica de elegir entre alternativas funestas o benéficas y que esta opción no es gobernada suficiente u óptimamente por los instintos, ni por los mecanismos sociales.

Hoy día se sabe que hay que efectuar esta elección según consideraciones de fines y oportunidad, esto es, con base en reflexiones racionales sobre cuáles sean las situaciones deseables y los medios idóneos para alcanzarlas. Uno de los fenómenos más notables de nuestra era es que el ser humano se ha dado a la empresa de planear y configurar el orden político y jurídico en el que vive según conocimientos racionales en proporciones muy superiores a lo que anteriormente sucedía.

La idea de que las condiciones de vida son factibles, de la inevitabilidad y la carga que significa decidir sobre el futuro, se ha convertido en un sentimiento dominante, y cada vez más angustioso, en nuestra época. - Hallamos un antecedente de esta actitud en el ímpetu con el que la ilustración pretendía conformar racionalmente constitución del Estado y, por tanto, el orden social. Así, Hegel festejaba como logro de la Revolución Francesa el que se hubiera percibido "que la existencia del hombre se centra en su cabeza, es decir, en el pensamiento, por cuya inspiración construye el hombre el mundo de la realidad" (Filosofía de la Historia IV 3, cap. 3). - Así mismo, la creciente positivización del derecho había de guiar el pensamiento por los cauces mencionados, pues cuanto más se consideraba al derecho como un orden a disposición del legislador, tanto más patente era la tarea de una política jurídica, a saber, la de bosquejar los modelos obligatorios de coordinación de la convivencia humana conforme lo requirieran las necesidades e ideas del presente.

Actualmente es necesario introducir hasta en los rincones y detalles de la vida política diaria, como principio existencial del Estado moderno, el que las estructuras sociales sean conformadas según criterios racionales y que el bienestar común y la justicia social se realicen mediante la planeación y la regulación.

II. ¿Dirigismo holístico o ingeniería experimental del futuro?

K. R. Popper (citado en el § 26 II 2); *id.*, Miseria del historicismo (ingl. 1957, al. 1974) esp. 1973, 21981; *H. Flohr*, Sozialphilosophie und Wissenschaftstheorie, en: Rechtsstheorie 1972, 62 ss. *K. Bayertz*, *J. Schleifs-*

tein, Mythologie der "Kritischen Vernunft", 1977; B. Molitor, Wissenschaft und Politik, 1977, 153 ss.

La acertada apreciación de la necesidad de medidas de regulación racional se convierte fácilmente en una excesiva voluntad de planeación. Esto ocurre marcadamente donde se pretende realizar concepciones políticas globales que se fundan en una amplia interpretación del mundo (ideología), dogmáticamente defendida. Tal dirigismo holístico encaja en el contexto de una política utópica que desearía ofrecer y llevar a la práctica el proyecto de un sistema social óptimo (§ I III). Igualmente entra en el contexto de aquellas teorías del Estado, que, como el marxismo, aspiran a comprender la estructura y el desarrollo de la sociedad a partir de una concepción global (§ 25 II). Estas teorías se esforzarán por integrar las regulaciones particulares dentro de su modelo global del orden social deseado, o de su bosquejo total del desarrollo de la sociedad.

Sin embargo, existen dudas fundadas de que tales concepciones globales logren describir y explicar apropiadamente, en su complejidad, el acontecer político-social (§ 25 II 7).- A estas sospechas teóricas se suman las experiencias históricas obtenidas de "políticos de programa", ideológicamente impregnados, como Stalin, Hitler y Pol Pot. Ante estas experiencias, Popper (1974, p. VIII) llegó a la "conclusión de que la idea de una planeación social utópica a gran escala es un espejismo que nos atrae hacia un pantano. El fantasma por el cual intentamos hacer realidad el reino de los cielos sobre la tierra nos lleva a convertir en un infierno nuestra buena tierra; un infierno como el que sólo el hombre es capaz de destinar a sus congéneres" (en términos similares, A. Huxley, *Eyeless in Gaza*, 1936, cap. 35). Una técnica social holista o utópica, que pretende "rehacer" a la sociedad como un todo de "acuerdo con un determinado plan o modelo", tiene siempre un carácter público y totalitario (Popper 1974, pp. 54, 63; 1981, pp. 81, 95), y aspira también a remodelar a su semejanza a los seres humanos (p. 56; 1981, p. 84).

Por el contrario, Popper propone una especie de ingeniería experimental del futuro, para la cual toda planeación y toda regulación son, por principio, fragmentarias, a saber, el intento experimental de mejorar la situación presente allí donde se perciban deficiencias (1974, p. VIII), reconociendo "que sólo una minoría de instituciones sociales se proyecta

conscientemente, mientras que la gran mayoría ha 'nacido' como el resultado imprevisto de las acciones humanas" (p. 52; 1981, p. 79). Quien se adhiere a esta opinión persigue objetivos de alcance limitado, paso a paso, según el "principio de corrección permanente del error", es decir, en el esfuerzo constante por vigilar los resultados de sus acciones, para corregirlas a tiempo (pp. IX, 70; 1981, p. 102). Por tanto, avanzará "paso a paso, comparando cuidadosamente los resultados esperados con los resultados conseguidos, y siempre alerta ante las inevitables consecuencias indeseables de cualquier reforma; y evitará el comenzar reformas de tal complejidad y alcance que le hagan imposible desempeñar causas y efectos, y saber los que en realidad está haciendo" (p. 54; 1981, p. 81). Sin embargo, también las regulaciones parciales deben ser "compatibles con el sistema", en un sentido determinado y restringido, esto es, han de tener en cuenta que la sociedad industrial es una formación altamente diferenciada, con numerosas interdependencias. No es admisible que la intervención reguladora en un ámbito parcial de la estructura social repercuta de tal modo en otros ámbitos, que el total de inconvenientes sobrepasen las ventajas globales.

III. Del compromiso en favor del Estado social, en particular

§ 34; E. Forsthoff, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938; Maunz-Zippelius, §§ 13, 281 (bibl.); Wolff-Bachof, §§ 137 ss. (bibl.) Stern, § 21 (bibl.); H.F. Zacher, *Was Können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?*, en: F.f. H.P. Ipsen, 1977, 207 ss.

Sobre los diversos campos e instrumentos: Wolff-Bachof, §§ 38 III, 133, 137 ss. (bibl.); I.V. Münch (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 1969, 1982, Abschn. IV-VII; F. Neumark, *Grundsätze gerechter und ökonomischer Steuerpolitik*, 1970, 186 ss.; 822 ss., 282 ss.; H.F. Zacher, *Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung*, DOV, 1970, 3 ss.

Un campo importante de la actividad reguladora y productiva del Estado moderno se halla caracterizado por el postulado del "Estado social", cuyos principales elementos son el bienestar público y la preocupación por la justicia social.

La tendencia hacia el Estado benefactor se pone de manifiesto particularmente en el hecho de que la procura existencial (Forsthoff) es, cada vez más, una tarea de la administración. Fueron antecedentes de esto la municipalización de las empresas locales de provisión y transporte así como la estati-

zación del correo y el ferrocarril, ya que, por razones técnicas, el suministro de agua, electricidad, gas y de medios públicos de transporte y comunicación requieren de organismos más o menos centralizados; al mismo tiempo, es precisamente en la sociedad muy diferenciada, en que el individuo depende en alto grado del suministro de estos bienes de consumo básico. Por otro lado, parecería perjudicial dejar las necesidades básicas a la disposición, monopólica en mayor o menor grado, de los empresarios privados; de ahí que hayan tomado a su cargo este suministro los servicios públicos.

Mientras tanto, la actividad de planeación, regulación y servicio del Estado benefactor se ha extendido a otros múltiples ámbitos: la seguridad social y la protección al trabajo, el arbitraje laboral y el seguro de desempleo, el desarrollo de la familia, la política de salud, el fomento de la colonización, la planeación del espacio urbano y regional, la protección del medio ambiente, la política educativa, la promoción de la ciencia, etcétera. El Estado social también se encarga de prestar auxilio si ocurren desastres, o de compensar cualquier otro riesgo, así por ejemplo, la asistencia a refugiados e invidentes, el auxilio en caso de catástrofes naturales o de malas cosechas, o las indemnizaciones a las víctimas de delitos violentos.

A través de una política de coyuntura, el Estado se esfuerza por lograr estabilidad en el nivel de precios, un alto grado de ocupación, el equilibrio en la economía externa y, por lo pronto, también por un crecimiento económico constante y adecuado.

La atención hacia la justicia social se cruzan en múltiples ocasiones con las medidas de bienestar, así por ejemplo, en el campo de la seguridad social o la protección al trabajo. El Estado se convierte crecientemente en gestor de la justicia distributiva cuya tendencia hacia la igualdad es cada vez más pronunciada (§ 34 II 1). El derecho fiscal, por ejemplo, puede servir como instrumento para redistribuir el ingreso y la riqueza nacional piénsese sobre todo, en los impuestos progresivos al ingreso, el patrimonio y las herencias. A esta se agregan otras posibilidades de fomentar una más amplia y equilibrada distribución de la riqueza nacional, por ejemplo, ofreciendo un estímulo a la participación de los trabajadores en el capital productivo a través de salarios de inversión (§ 26, VI 3).

En ocasiones, el principio del Estado social se aparece como "*Fata Morgana*" (Zacher 1977) de la más amplia previsión en favor de un óptimo desarrollo de la persona, una justa distribución de bienes y la supresión, o al menos el control de las dependencias sociales - *Fata Morgana* debido a que los simples llamamientos tienen escasa repercusión, pero las providencias institucionales que contribuyen a ampliar la felicidad y libertad de la humanidad, crean nuevos lazos de dependencia (§ 29 I; 35 IV). Aun sobre estas esperanzas se pronuncia el escepticismo de Aldous Huxley: "Las tentativas que el hombre emprende una y otra vez para hacer realidad la idea de la libertad, siempre sustituyen una forma de esclavitud por otra" (*Eyeless in Gaza*, 1936, cap. 12).

Para alcanzar sus fines, el Estado social no siempre emplea directamente el instrumental de la administración imperativa, sino que estimula conductas y medidas, "conforme al plan", dejan al ciudadano una libertad de decisión más o menos amplia, por ejemplo mediante facilidades o restricciones crediticias, reducciones o desventajas fiscales. A esto se suma la creación de instituciones de medios de promoción. De especial importancia para la sociedad industrial es la regulación de la economía mediante la política estatal de inversiones: de estímulo a corto plazo, o inversiones a largo plazo orientadas al crecimiento; por el otro lado, la restricción a las inversiones estatales y la ayuda a la inversión, para atenuar un periodo de auge.

IV. El problema de la amplitud de la regulación y la previsión estatales

H. Schelsky, *Der selbständige und der betreute Mensch*, 1976; *G.K. Kaltenbrunner* (ed.), *Kapitulation des Bürgers*, 1977, 43 ss., 75 ss.; *E. Noelle-Neumann*, en: *H. Baier* (ed.), *Freiheit und Sachzwang*, 1977, 208 ss.; *H. Geissler* (ed.), *Verwaltete Bürger*, 1978; *C.A. Andreae et al.*, *Von Bürokratisierung und Privatisierung*, 1980; *W. Dettling* (ed.), *Die Zählung des Leviathan*, 1980; *K. Eichenberger*, *Der Staat der Gegenwart*, 1980, 114 ss.; *H. Klages*, *Überlasteter Staaverdrossene Bürger?*, 1981.

El Estado social liberal, se encuentra en un dilema:

En cuanto a Estado social debe velar por la justicia social y el bienestar común, en especial, por una adecuada distribución de bienes y por condiciones de vida humanas, entre las que cabe contar posibilidades adecuadas de educación, trabajo y esparcimiento y un medio ambiente benigno. Cuando el mecanismo del mercado libre es incapaz de lograr éstos y otros objetivos de política económica y social, es necesario

alcanzar estas metas a través de las intervenciones y servicios planeados del Estado, esto es, corregir y complementar con otras técnicas el mecanismo de mercado y de precios.

En cuanto Estado liberal, sin embargo, se le exige a la vez dejar un margen de acción, tan amplio como fuera posible, al desenvolvimiento de la persona y también a la iniciativa empresarial. El exceso en la intervención del Estado surge no sólo por la confianza exagerada en la planeación (II), sino que se produce ya cuando el Estado pretende desempeñar y desempeñar completamente demasiadas tareas, sobre todo en forma de administración centralizada. Ya Tocqueville nos había prevenido contra el Estado que todo lo administra, que conduce y guía a todos, que se ha convertido en único socorro en todo apuro, en educador y benefactor nacional (§ 23 III). La gran necesidad de regulación y previsión que existe en una sociedad industrial, también trae consigo el peligro de que la comunidad política caiga bajo la dominación de un aparato burocrático centralizado que se aparta de los ciudadanos. Un dirigismo extenso entra en conflicto con la necesidad, profundamente enraizada, de desenvolvimiento personal, pues vacía de contenido, en gran medida, los derechos individuales de libertad, asfixia la iniciativa privada y paraliza la función selectiva de la competencia (§ 34 II 2).

Quizá no sólo sea contrario a la naturaleza del hombre un dirigismo extenso, sino también una atención y asistencia totales. El Leviatán difunde angustia, aunque adopte el aspecto de una vaca lechera (A. Gehlen). A partir de una cierta etapa de la procura existencial por el Estado, parece que una ulterior ampliación de la prestación de asistencia y servicio público ya no va acompañada de una creciente aceptación del Estado, sino de un cierto desagrado hacia él en amplios sectores de la población. Esto significaría que las pretensiones crecen con mayor rapidez que las prestaciones. Sin embargo, bien podría ser un indicio de que en el ser humano existe una necesidad de independencia y de autarquía, limitada al menos, que se halla estrechamente vinculada a la autoestima. Casi todos disfrutan más de lo alcanzado por merecimientos propios que de lo que se les concede. Dentro de ciertos límites, quiere uno verse desafiado a responder y cuidar de sí y del prójimo, incluso afrontar ciertos riesgos vitales. En suma, sería contrario a la naturaleza humana el ser totalmente atendido y tutelado. Así, el Estado social liberal se halla atrapado en una antinomia que no es posible resolver sin contradicciones. Dentro del cambio de las constelaciones, se enfrenta, día con día, a la difícil tarea de hallar la medida justa respecto de sus funciones de regulación, con-

trol, arbitraje y de promoción de la paz y la justicia: en medio de la turbulencia provocada por la ambición y la pugna de los intereses individuales y sociales organizados, en la cual se mezclan indisolublemente el desarrollo de la persona y el egoísmo desconsiderado (§ 26 V 2).

En esta situación, debería aspirarse a conservar, desde el punto de vista organizativo, la pluralidad estructural y la división de funciones, especialmente una organización y administración autónomas de los diversos ámbitos de vida. Ejemplo de ello sería una autonomía no tutelada de municipios, universidades, cámaras de industria y comercio, gremios y cámaras artesanales, pero también la autonomía en la contratación laboral colectiva. Promover la pluralidad estructural y la división de funciones significa, asimismo, dejar a la iniciativa privada todo aquello que sea compatible con la vida común. Una comunidad concebida de esta suerte debe funcionar como conexión de acción entre subsistemas, que cooperan, y se controlan entre sí, en la cual debe aspirarse continuamente a encontrar una relación proporcionada entre la autorregulación de las unidades parciales y las disposiciones centrales (§ 3 I; 17 I 2; 26 II 1; 31 I).

En resumidas cuentas, se advierte que la solución no radica en un "principio" o en una construcción social a establecer de una vez por todas, sino que constituye la tarea permanente (§ 3 I) de hallar la proporción óptima entre la reglamentación estatal, por un lado, y la regulación y el desarrollo "autónomos" por el otro. La búsqueda e implantación de la medida justa se presenta como la tarea y el arte verdaderos de la política, la cual se ve desafiada cotidianamente. El examen teórico sólo puede intentar dar transparencia a la compleja estructura de relaciones, pero no soluciona la función de la política, que es la de hallar la medida justa según la situación respectiva. Con el fin de aproximarse a un equilibrio entre la regulación central y la autonomía, habría que dar una configuración más simple y abarcable al sistema de la regulación estatal, y recortar las burocracias, para así hacer transparente y menos complejo su funcionamiento, lo mismo que se debería agotar las posibilidades de la descentralización con el fin de crear nuevamente ámbitos de administración con el fin de crear nuevamente ámbitos de administración y de vida de cuya actividad fuera partícipe y responsable el individuo.

En ocasiones pareciera que, en el curso de la historia universal, se cumple como destino irresistible, la visión que Tocqueville tuvo de una democracia centralmente adminis-

trada, niveladora y providente: "... veo una multitud innumerable de hombres iguales y semejantes, que giran sin cesar sobre sí mismos para procurarse placeres ruines y vulgares, con los que llenan su alma. Retirado cada uno aparte, vive como extraño al destino de todos los demás, y sus hijos y sus amigos particulares forman para él toda la especie humana. Se halla al lado de sus conciudadanos pero no los ve; los toca y no los siente... Sobre éstos se eleva un poder inmenso y tutelar que se encarga sólo de asegurar sus goces y vigilar su suerte. Absoluto, minucioso, regular, advertido y benigno, se asemejaría al poder paterno si, como él, tuviese por objeto preparar a los hombres para la edad viril, pero, al contrario, no trata sino de fijarlos irrevocablemente en la infancia y quiere que los ciudadanos gocen, con tal de que no piensen sino en gozar. Trabaja en su felicidad, mas pretende ser el único agente y el único árbitro de ella; provee a su seguridad y a sus necesidades, facilita sus placeres, conduce sus principales negocios, dirige su industria, arregla sus sucesiones, divide sus herencias y lamenta no poder evitarles el trabajo de pensar y la pena de vivir". (Tocqueville DA, II 4, cap. 6).

§ 36. La planeación como instrumento de conformación racional de la sociedad

§ 25 III; *K. Mannheim*, *Mensch und Gesellschaft im Zeitalter des Umbaus* (ingl. 1940) al. 1958, partes IV ss.; *Maunz Zippelius*, §36; *J. H. Kaiser* (ed.), *Planung*, I 1965, II 1966, III 1968, VI 1972; *K. Lompe*, *Gesellschaftspolitik und Planung*, 1971; *V. Ronge*, *G. Schmiege* (ed.), *Politische Planung im Theorie und Praxis*, 1971; *D. Aderhold*, *Kybernetische Regierungstechnik in der Demokratie*, 1973; *B. Schafers* (ed.), *Gesellschaftliche Planung*, 1973; *F. W. Scharpf*, *Planung als polit. Prozess*, 1973; *J. H. Kaiser*, *F. Ossenbühl*, *F. Rietdorfen*: *Verhandl. des 50. Dt. Juristentages*, 1974; *C. Lau*, *Theorien gesellschaftlicher Planung*, 1975; *C. Brünner*, *Politische Planung im parlamentar. Regierungssystem*, 1978; *W. Vitzthum*, *Parlament und Planung*, 1978; *R. Wahl*, *Rechtsfragen der Landesplanung und Landesentwicklung*, I 1978, 21 ss.; *R. Voigt*, *Die Rechtsformen staatlicher Plane*, 1979; *Th. Württenberger* *Staatsrechtliche Probleme politischer planung*, 1979; *E. H. Ritter*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Planungsbeteiligung*, en: *Der Staat*, 1980, 413 ss.; *Stern*, § 40.

I. Concepto y función básica del plan

Planear significa proyectar mentalmente un objeto o situación deseados y señalar los medios y métodos para su consecución. Por tanto, un plan comprende el esbozo de una cierta concepción de objetivos, así como los medios técnicos y

los métodos para su realización. En ambos aspectos, la planeación es capaz de "racionalizar" la acción y, en especial, de hacerla transparente; al plano las propias representaciones de objetivos son fijadas (particularmente si hay conflictos de fines), se determina con mayor precisión su importancia relativa y se les delimita entre sí. Los medios y métodos para la realización del objetivo son seleccionados con auxilio de leyes y datos de la experiencia de modo tal que se alcance en la forma más segura, completa, rápida y con el menor costo posible.

¿Qué relación guardan los planes y las normas generales entre sí? Desde una perspectiva típico-ideal parecen ser sustancialmente distintos. En apariencia, el plan tiende a hacerse superfluo una vez que se ha ejecutado su programa se ha alcanzado su objetivo, se ha construido la calle o puesto en marcha el desarrollo industrial. Las normas generales, en cambio, pretende validez como reguladores permanentes de la conducta, que no pierden su objetivo en el momento de su cumplimiento: no porque se le preste obediencia una sola vez, deja de tener vigencia en el tránsito de vehículos, la regla de que se conduce por la derecha y se rebasa por la izquierda. Sin embargo, no se puede establecer entre el plan y las normas generales una diferencia tan tajante como la que sugeriría esta contraposición. Al proponer la imagen-guía de un determinado estado de la sociedad, por ejemplo, de una equilibrada distribución de la riqueza o de un tránsito de vehículos fluido y seguro, se puede considerar el modelo de esta situación como el "objetivo del plan", al que hay que llevar a cabo primero y después conservar permanentemente. Así, las normas generales como las del derecho fiscal, de imposición al ingreso, patrimonio y herencias, o las del derecho vial) se presentan entonces como instrumentos para lograr el "objetivo del plan". No obstante, se puede considerar directamente aquella imagen-guía como norma de conducta, como mandato (aunque muy vago) que ordena hacer todo aquello que dé origen y mantenga la situación proyectada.

También cuando se tiene presente la relación entre planeación, leyes "instrumentales" y medidas particulares, se pone de manifiesto la posibilidad de una obtención de nacionalidad. La elaboración de programas amplios y a largo plazo para la política, en los cuales se integre una pluralidad de proyectos legislativos detallados y de medidas particulares, puede favorecer la transparencia y continuidad de la actividad estatal y, a un mismo tiempo, contribuye a crear certeza de orientación.

La política sensata ha planeado desde siempre. Lo carac-

terístico de la política moderna no es la invención de la planeación sino —dada la creciente complejidad de las condiciones de vida la enorme necesidad de planear que se tiene.

II. La distribución de las funciones de planeación en el Estado

H. Harnischfeger, Planung in der sozialstaatlichen Demokratie 1969; *E.W. Bockenforde*, Planung zwischen Regierung und Parlament, en: Der Staat, 1972, 429 ss.; *Hochschule Speyer* (ed.), Regierungsprogramme und Regierungspläne, 1973; *R. Mayntz, F. Scharpf* (ed.), Planungsorganisation, 1973; *W. Kewenig*, Planung im Spannungsverhältnis von Regierung und Parlament, DOV 1973, 23 y ss.; *H.J. Hoenisch*, Planifikation, 1974; *W.E. Pfister*, Regierungsprogramm und Richtlinien der Politik, 1974; *U. Scheuner*, Zur Entwicklung der politischen Planung in der BRD, en: F.I.W. Weber, 1974, 369 ss.; *M. Schoder*, Planung auf staatlicher Ebene, 1974; *B. Doherty*, Die politische Planung als verfassungsrechtl. Problem zwischen Bundesregierung und Bundestag, 1975; *D. Frank*, Politische Planung im Spannungsverhältnis zwischen Regierung und Parlament, 1976.

Sobre 1: § 37 IV 2; *P. Grottian*, Strukturprobleme staatlicher Planung, 1974, 215 ss.; *J. Hauschildt*, Entscheidungsziele, Zielbildung in innovativen Entscheidungsprozessen, 1977, 77 ss. 113 ss.

Sobre 2: § 14 I 3; *F. Grube* et al., Politische Planung in Parteien und Parlamentsfraktionen, 1976; *K. König* (ed.), Koordination und integrierte Planung in den Staatskanzleien, 1976; *H. Siedentopf* (ed.), Regierungspolitik und Koordination, 1976; *W. Brohm*, Strukturprobleme der planenden Verwaltung, JuS 1977, 500 y ss.

Sobre 3: *J. Th. Blank*, Regierungsplanung und parlamentarische Kontrolle, DVBI 1978, 193 ss.

En el Estado moderno, la planeación debe organizarse mediante división del trabajo: tanto la proposición de fines políticos, como el examen y preparación técnicos de los medios de realización deben enlazar ordenadamente entre sí. En especial hay que poner en movimiento y coordinar el extenso saber técnico que es necesario para comprender y regular condiciones de vida complejas.

1. Elección de objetivos y saber técnico. Desde un punto de vista típico-ideal, la selección de objetivos, se nutre de ponderación y delimitación, así como su formulación programática recae en las instancias políticas. Las burocracias de partidos y ministerios aportan su conocimiento técnico coordinado (837 IV); deben preparar oportunamente las bases objetivas de información para la selección de los objetivos políticos; además, elaborar los instrumentos más económicos y de mayor efectividad jurídica y técnico-administrativa para la obtención de estos objetivos; finalmente poner al descubierto, en la medi-

da de lo posible, los efectos secundarios y remotos del programa, tanto positivos como negativos, así como investigar, en lo particular, si su puesta en ejecución genera otras necesidades, sobre todo aquellas que hallaban una satisfacción latente en el medio actual.

Sin embargo, es obvio que, en la práctica, los objetivos y el instrumental para su realización no se presentan en aislamiento típico-ideal, sino que resultan de una conjunción de los razonamientos político y técnico. Con frecuencia la misma elección de objetivo se ve modificada en atención a los medios requeridos. Cuando más compleja es la situación, tanto más depende la elección de objetivo del saber técnico, en especial, del conocimiento de esta situación y de los medios y consecuencias de la realización del objetivo. La participación del saber técnico en la elaboración y comparación de las diversas alternativas de decisión es mayor en la medida en que sean más complejas las circunstancias que requieren esta decisión. Así, la función de la dirección política se ha convertido crecientemente de una simple "elección de metas", en la conducción del proceso de definición de objetivos.

2. Etapas de la concretización, problemas de coordinación. Los programas que los partidos elaboran, reinterpretan y revisan en sus congresos, desempeñan ya una función orientadora respecto de la política futura.

Estos programas básicos determinan decisivamente los programas electorales que los partidos elaboran para una próxima legislatura y presentan a los votantes. En esta etapa tiene lugar una retroalimentación significativa de los procesos de definición de objetivos políticos, con la voluntad probable del electorado. (§ 23 II 3).

Además, la concepción anticipada de futuros modelos de ordenación y programas de acción para la política, tanto interna como exterior, ha sido desde siempre, función característica del gobierno, que no se reduce meramente a la administración y la ejecución de la ley, ni encuadra fácilmente en el esquema clásico de la división de poderes (§ 31 III). En muchas ocasiones, los programas de gobierno constituyen la base para las actividades de política exterior y los proyectos de ley en la política interna.

Con frecuencia es posible dividir en planes particulares los planes, más amplios, del gobierno. La realización de un plan particular subordinado resulta ser entonces un medio para poner en ejecución el plan de mayor jerarquía. En el nivel del gobierno, el principio de cartera constituye un importante esquema de división según el cual las competencias de regu-

lación y planeación se asignan a los diversos ministerios conforme a ámbitos de funciones orientadas a una finalidad.

Si el Estado ha de estar a la altura de su función ordenadora, entonces los servicios de planeación así distribuidos deben coordinarse continuamente y ser integrados en un proyecto global de la política. Así, en el plano del gobierno hallamos varios mecanismos de coordinación; las directivas de la política dadas por el jefe del gabinete definen el marco de planeación. Las divergencias de opinión entre varios ministerios se resuelven obligatoriamente dentro del gabinete. Los ministerios cuya esfera de gestión pueda verse afectada por un proyecto de otro ministerio, reciben de éste información y una oportunidad de participación (práctica del "refrendo"). Además, se ha demostrado la conveniencia de crear oficinas de planeación especiales dentro de los ministerios y a nivel del jefe del gabinete, las cuales deben preocuparse, por coordinar ya en su etapa de desarrollo, los nuevos planes que trasciendan el plano de departamentos y ministerios, así como por descubrir a tiempo posibles conflictos entre los planes, para resolverlos mediante propuestas constructivas.

Son etapas importantes en la ejecución de los programas del gobierno: la elaboración de proyectos de ley, la preparación de tratados internacionales y de un plan de economía interna, del que se ha dicho que es, verdaderamente "el programa de gobierno traducido a las finanzas" (J. Heckel).

3. Gobierno y parlamento. Para la realización de sus objetivos, el gobierno necesita de la colaboración del parlamento. Este aprueba las leyes, ratifica los tratados internacionales, confiriendo así su forma obligatoria a la política del gobierno. Aprueba también los recursos económicos que permiten el gobierno ejecutar sus planes en el aspecto financiero. Pudiera pensarse que es de este modo como el parlamento mantiene un control completo sobre la política del gobierno.

Pero esto no es así. Una vez alcanzado el estadio de una realización parcial, una política de gobierno consecuente puede provocar un "movimiento obligado", pues los planes que esbozan concepciones a largo plazo sobre una base amplia (tal como la planeación del desarrollo) son capaces de forzar su continuidad, una vez iniciada la etapa de ejecución. La libertad de disponer sobre fines políticos, y particularmente la posibilidad de modificar objetivo se ve entonces restringida de hecho (cfr. también el § 23 II 4).

Debido a estas consecuencias, es de desearse, por principio, que el gobierno haga participar oportunamente al par-

lamento, y en especial a la oposición, en los procesos fundamentales de orientación de la política, para así atraer éstos, al menos en potencia, a la luz pública. En términos generales, esto sucede comúnmente a través de las declaraciones del gobierno; en este sentido los usos vigentes están ya en correspondencia con la situación constitucional anhelada. En no pocas ocasiones, el gobierno expone al parlamento, con motivo de una interpelación, planes concretos para el desarrollo, por ejemplo, en el campo de la energía atómica.

La participación del parlamento tiene un mayor grado de formalidad cuando se presentan proyectos concretos del gobierno en relación con la ley del presupuesto, con el fin de fundamentar los principios financieros previstos para ello. En repetidas ocasiones se exige una participación formal más acentuada del parlamento en la definición de los objetivos y medios de la política gubernamental mediante "leyes de programa", acaso siguiendo el modelo de la "*planification*" francesa, conforme al cual el gobierno establece un plan de varios años para el desarrollo económico y social que requiere de la aprobación parlamentaria a través de una ley formal.

Sin embargo, no debería perderse de vista que la tendencia hacia esta formalización de la planeación se halla en contradicción con la necesidad de mantener flexible la política. Por lo demás, son aplicables a la exposición de los proyectos políticos los requisitos de ponderación y límites a que está sometido, en general el mandato de la publicidad (§ 23 II 5)

III. Puede racionalizarse el proceso de planeación y decisión del Estado?

Sobre 1: C. Bohret, *Entscheidungshilfen für die Regierung*, I H.C. Rechtenwald (ed.), *Nutzen-Kosten-Analyse und Programmbudget*, 1970; A. Nagel, *Leistungsfähige Entscheidungen in Politik und Verwaltung durch Systemanalyse*, 1971; H. Reiner mann, *Programmbudgets in Regierung und Verwaltung* 1975 (bibl.); P. Eichhorn, P. Friedrich, *Verwaltungsökonomie*, I 1976, 104 ss.; W. Blaas, P. Henseler, *Theorie und Technik der Planung*, 1978.

Sobre 2: N. Luhmann, *Die Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten*, en: *Die Verwaltung*, 1968, 3 ss.; F.H. Tenbruck, *Zur Kritik der planenden Vernunft*, 1972.

Las consideraciones de la planeación contienen siempre una selección entre varias alternativas posibles, las cuales poseen, respectivamente, ventajas e inconvenientes, y que dan mayor satisfacción en parte a éstas, en parte a otras necesidades relevantes. La comparación entre varias alterna-

tivas de la planeación es susceptible de racionalizarse hasta cierto punto. En ocasiones se han puesto esperanzas, obviamente excesivas, en las posibilidades de la planeación racional. De ello depende entonces la expectativa irreal de que la política es concebible, en general, como quehacer racional. De ahí la importancia capital de tener presentes, a grandes rasgos cuando menos, las posibilidades y los límites de un proceso calculable de planeación y decisión.

1. Métodos de una racionalización. Se alcanzaría un grado relativamente elevado de racionalización, si la planeación tuviera como único objetivo el de la utilidad económica. En este caso, un programa global (por ejemplo: mejoramiento de la situación económica en barrios pobres) podría dividirse en una serie de programas particulares (por ejemplo, establecimiento de fábricas, creación de un tráfico de abastecimiento a las regiones industriales ya existente, de cursos de aprendizaje y capacitación, asistencia médica).

Luego debe hacerse un cálculo aparte de costos/beneficios respecto de cada programa específico, esto es, sobre la relación existente entre costos y beneficios si se empleara esta o aquella cantidad en la realización de un programa determinado. Después habría que variar los gastos proyectados respecto de cada programa particular, con el fin de establecer los límites dentro de los cuales el beneficio económico supera a los costos, así como los gastos óptimos (en que la relación entre costos y beneficios es la más elevada). De estas variantes de los programas particulares se podría entonces seleccionar y combinar entre sí, en términos económicos, aquellos en que la utilidad rebasa los costos; o bien, se puede reunir las variantes óptimas.

Por lo general, el análisis de las decisiones políticas no puede aspirar exclusivamente a una finalidad única (como el beneficio a la economía nacional), sino que debe someter a consideración metas diversas. En el ejemplo del saneamiento de barrios pobres, tales serían, entre otras: el beneficio económico, el mejoramiento de la salubridad, una alimentación más abundante, una vivienda más agradable, una mayor satisfacción de los deseos ocupacionales y la disminución de la criminalidad. Se intentará sopesar todos los objetivos sometidos a consideración, para lo cual es deseable determinar, en forma susceptible de un mayor o menor consenso, la importancia relativa (expresada en un porcentaje) que debe atribuirse a cada uno de los objetivos parciales (en comparación con el resto de ellos).

Los objetivos parciales y su peso pueden asentarse en una matriz, asignándoles las distintas medidas capaces de contribuir a su realización, por ejemplo: construcción de viviendas,

creación de cocinas populares, atención médica, asentamiento de fábricas, establecimiento de un tráfico de suministro a las zonas industriales existentes, de cursos de adiestramiento y capacitación, introducción de rondas policíacas.

Después se puede intentar expresar con valores numéricos (más o menos exactos) la probabilidad con la que cada una de estas medidas habrá de conducir a la realización de cada meta parcial. Si se multiplica cada valor probabilístico con la importancia que se ha asignado a un objetivo parcial, se obtiene el valor parcial de utilidad de la medida correspondiente (que ésta posee respecto del fin global, por el hecho de que conduce con una probabilidad determinada a la realización de una finalidad). El valor total de utilidad de una medida particular se obtiene al sumar los valores parciales de utilidad que aquella tiene respecto de todos los objetivos parciales. De este modo se puede calcular el beneficio total que proporciona cada medida en lo individual.

De manera similar hay que estimar las desventajas de cada medida. Los inconvenientes referidos a un objetivo pueden incluirse ya en las consideraciones antecedentes (con cifra negativa), mientras que otras desventajas deben evaluarse por separado. Se trata de medidas que son benéficas a todas luces; basta con apuntar como "desventaja" los costos necesarios.

A continuación es posible determinar en qué grado la utilidad total de cada medida supera a la desventaja total. Para terminar, se pueden jerarquizar las diversas medidas de acuerdo con la magnitud de este "beneficio excedente" que cabe esperar de cada una de ellas.

2. Límites de la racionalización. No obstante, las técnicas del género mencionado no justifican su fe ciega en la planeación.

Un primer límite a la racionalización de la planeación viene dado por la circunstancia de que los diversos fines posibles que han de incluirse en las consideraciones de un plan, requieren de una ponderación, y esta ponderación provoca divergencias; las disposiciones valorativas de los hombres son distintas y no susceptibles de una solución racional (lo cual no impide insertar las valoraciones personales en un procedimiento "racional" orientado, por ejemplo, hacia una decisión mayoritaria). La relatividad de las valoraciones individuales se refleja en las preferencias respectivamente imperantes en la comunidad. Estas inclinaciones se hallan sujetas a tiempo y situación, y frecuentemente se desplazan ya en el curso de la realización del plan, incluso en razón de la satisfacción misma de las necesidades.

Una segunda limitación a la racionalización reside en la imposibilidad de predecir con exactitud el acontecer social.

Y ello no es factible primeramente porque en el acontecer proyectado desempeña un papel la acción humana, que no se halla rígidamente determinada, y sí es influida por necesidades y representaciones valorativas cambiantes (§ 2 IV).

Sin embargo, los pronósticos exactos tampoco son posibles debido a la complejidad de las situaciones que ha de comprender y regular la planeación. Ante todo, no se puede abarcar plenamente las interdependencias y los efectos laterales con que debe contarse al intervenir en la estructura social. Los hechos sociales complejos pueden entenderse en muchas de sus conexiones y repercusiones, pero no en todas, y se les juzgará siempre sólo en forma selectiva. Incluso las organizaciones administrativas de planeación suelen estar programadas para ciertas tareas, por lo cual se marca institucionalmente, el límite de su horizonte, es decir, la selectividad de su atención y sus reflexiones.

A esto se agrega la urgencia del tiempo que limita todo análisis. Con alguna exageración ha descrito Tocqueville (DA II 1, cap. 10) este apremio para la acción: "El hombre que obra tiene frecuentemente que contentarse poco más o menos con lo que consiga, porque nunca llegaría al término de su objetivo si quisiese perfeccionar cada cosa individualmente... El mundo no se conduce mediante largas y sabias demostraciones, pues la visión rápida de un hecho particular, el estudio de las mudables pasiones de la muchedumbre, la casualidad del momento y la habilidad de aprovecharse de él, deciden en todos los negocios". Para la sociología de hoy, es una verdad de Perogrullo que la capacidad para planear y decidir racionalmente depende de las limitadas condiciones de la percepción humana y de la escasez del tiempo; aun éste incide selectivamente sobre las "metas objetivas que se pueden perseguir y las informaciones que se pueden aprovechar" (Luhmann RS, 350).

El proceso de conformación racional de la sociedad, emprendido con la planeación, se encuentra "abierto" en el sentido de que requiere cerciorarse continuamente del grado en que se han alcanzado los objetivos con los medios aplicados; también de que, mientras tanto, se ofrezcan medios más adecuados para la obtención de estos fines, o quizá que los objetivos y prioridades en que se sustenta la planeación hayan cambiado ya.

§ 37. El papel de la burocracia

M. Weber, WuG; id., GesPolSchr., 308 ss.; *A. Kättgen*, Das Deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, 1929; *C. A. Emge*, *A. Gehlen*, Bürokratisierung, K.Z.f. SS 3 (1950/51), 179 ss.; *R. K. Merton* (ed.), Reader in Bureaucracy, 1952; *Th. Eschenburg*, Bemerkungen zur

deutschen Bürokratie, 1955; *Finer* III, 201 ss.; *F. Morstein Marx*, Einführung in die Bürokratie, 1959; *Laage*, 161 ss.; *M. Teschner*, en: *EvStL*, 237 ss.; *R. Mayntz* (ed.) Bürokratische Organisation, 1968. ²1971; *H. Jacoby*, Die Bürokratisierung der Welt, 1969; *M. Albrow*, Bürokratie (ingl. 1970) al. 1912; *R. Mayntz*, Soziologie der öffentlichen Verwaltung, 1978; *E. Kamenka*, *M. Krygier*, Bureaucracy, 1979; *W. Rudolf*, *F. Wagener*, Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart, en: *VVDStRL* 37 (1979), 175 ss

I. La indispensabilidad de la burocracia

En todos los sistemas modernos de planeación y regulación, no sólo de la administración estatal (a la que aquí nos circunscribimos), sino también de la economía, de los partidos, de las asociaciones y de los medios de comunicación masiva, se plantea la tarea de gobernar idóneamente estados de cosas complejas. La burocracia, entendida como combinación organizativa de funcionarios especializados, constituye, con mucho, el instrumento más efectivo para tal fin. Se trata, pues, de adjudicar, mediante división del trabajo, tareas complejas a los especialistas y, a la vez, de coordinar sus funciones.

En consecuencia, al crear una burocracia, deben resolverse dos problemas básicos: primeramente, una división vertical y horizontal de las funciones, tan económica como sea posible, a través de esquemas de distribución de asuntos y ordenanzas de competencias; en segundo término, la garantía de una coordinación eficaz.

Según constata Max Weber, la moderna administración de masas tiene que "elegir entre la burocratización y el diletantismo". La eficacia de la tramitación de asuntos por la burocracia se funda en el saber profesional, "la precisión, la rapidez, la univocidad, la oficialidad, la continuidad, la discreción, la uniformidad, la rigurosa subordinación, el ahorro de fricciones y de costas objetivas y personales" (*M. Weber* *WuG*, 128 s.; 561 s.; *ES*, 178, 731).

II. La estructura de la burocracia y el estilo de la administración burocrática

Sobre 1 y 2: §§ 14 I, IV 1, 36 II 1; *A. Kieser*, *H. Kubicek*, Organisation, 1977 13 ss.; *B. Rückwardt*, Koordination des Verwaltungshandelns, 1978; *H. Scholz*, Ein Organisationsmodell für Bundesministerten, *DOV* 1979, 229 ss

Sobre 3: *K. Mannheim* (citado en el § 36), 374 ss.

Sobre 5: *F. Morstein Marx*, Freiheit und Bürokratie, *ARSP* 42 (1956), 351 ss.; *C. N. Parkinson*, Parkinsons Gesetz, (ingl. 1957) al. 1958; *C. H. Ule*, Parkinsons Gesetz und die deutsche Verwaltung, 1960.

1. Especialización. La resolución de asuntos mediante división del trabajo conduce a la especialización, a la cual la burocracia debe, por un lado, su gran eficiencia en el manejo técnico de situaciones complejas. Por otro lado, la especialización presenta inconvenientes considerables.

Encubre, ante todo, los riesgos del perfeccionismo en el detalle, del egoísmo y la ceguera seccionales, ya que resultan sobrevalorados los intereses para los cuales se es experto y de los cuales uno se ocupa constantemente, mientras que otros son desatendidos o subestimados. Esta deficiencia puede compensarse mediante la participación (por ejemplo, con el "refrendo") de otras dependencias o autoridades. De este modo se combinan el saber técnico y la experiencia de varios especialistas. Por otro lado, esta técnica es lenta y costosa; será económicamente viable sólo cuando deba obtenerse un resultado valioso y equilibrado (como es el caso de la elaboración de un proyecto legislativo).

La distribución de todas estas funciones estatales en un esquema de sectores objetivos presenta un peligro de abandono de las tareas públicas no "programadas" y, en relación con esto, una tendencia a la inmovilidad que hace aparecer a la burocracia como atrasada. De ahí que se plantee la exigencia de mantener abierto el aparato burocrático frente a las nuevas tareas públicas y, en lo posible, de institucionalizar esta adaptabilidad por medio de un personal de planeación propio.

2. Coordinación y "formalización". La resolución de tareas complejas mediante división del trabajo requiere, por un lado, de la especialización y, por el otro, de la coordinación (integración) de las funciones así desempeñadas. Las normas de distribución de asuntos y las ordenanzas de competencias cumplen entonces con la doble tarea de dividir funciones y de coordinarlas en formas determinadas.

El desempeño de un cargo mediante "normas generales susceptibles de aprendizaje, más o menos fijas y más o menos completas" (M. Weber WuG, 552; ES, 718), tales como las disposiciones jurídicas que "programan" en forma general las actividades concretas de la burocracia, contribuye primeramente a la coordinación de los actos oficiales. Entre las normas generales se cuentan también los reglamentos de servicio y las disposiciones administrativas internas; éstas son instrucciones generales para el ejercicio de facultades discrecionales que son dictadas en cumplimiento de la "vigilancia técnica". Los planes y esquemas generales de objetivos adquieren creciente relevancia como instrumentos de dirección y coordinación racionales de la acción oficial.

A esto se añaden actividades de coordinación que se realizan solamente en el caso particular, y cuyo funcionamiento puede ser jerárquico o guiarse por el principio de acuerdo propio.

Las facultades de vigilancia son de naturaleza "jerárquica". A ellas pueden ir unidas diversas atribuciones: el derecho de dictar instrucciones particulares que regulen el ejercicio de la discrecionalidad (vigilancia técnica); o simplemente el derecho de oponerse a los actos antijurídicos de funcionarios e instancias inferiores; además, el derecho de avocarse la decisión de un asunto; finalmente, el derecho de revisar una resolución con base en un recurso, de anularla y de dictarla nuevamente (§ 14 I 2). La estructura jerárquica, monocrática de autoridades y organizaciones de autoridades satisface la necesidad de una pronta reacción y de una proposición clara de objetivos. Por otro lado, presenta desventajas a las que se intenta subsanar mediante elementos "cooperativos" (§ 14 IV 1).

La coordinación puede realizarse también, en lo fundamental, a través del acuerdo de los interesados. Ejemplo de ello es la práctica por la cual los ministerios requieren la participación de otras dependencias en las decisiones que afectan los intereses de éstas; en caso de malograrse este acuerdo, la decisión obligatoria puede obtenerse por acuerdo del gabinete (§ 41 II 2).

3. Calculabilidad e imparcialidad. El desempeño de su cargo según reglas generales y calculables en lo posible, favorece no solamente la coordinación formal de la acción de la autoridad. Además, la sujeción a una regla abstracta cumple con un postulado del Estado de Derecho, el de la previsibilidad y el control de la acción estatal (§ 30 I). Igualmente satisface la necesidad de "igualdad jurídica en el sentido personal y real". Promueve una resolución "objetiva" es decir, una resolución "sin acepción de personas" (M. Weber WuG, 562, 567; ES, 732, 738). Cuando menos en un sentido típico-ideal, el que la burocracia desempeñe sus tareas *sine ira et studio*, objetivamente ("discreción conforme a deber") y sin acepción de la persona, forma parte del estilo de su administración.

Junto con la jurisdicción, corresponde particularmente a la burocracia ocupada por un funcionariado profesional adiestrado, la tarea de actuar como representante del saber técnico, de la objetividad y como "poder imparcial" en el conflicto de intereses de las fuerzas sociales. Esto quiere decir que, en sus resoluciones administrativas y proyectos de ley, la burocracia debe equilibrar con justicia e imparcialidad los intereses presentes en la comunidad (§§ 26 V 1; 27 II). En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha considerado a la burocracia profesional como institución que, "fundada en el saber objeti-

vo, el rendimiento profesional y el cumplimiento leal del deber, debe garantizar una administración estable y representar así un factor de compensación frente a las fuerzas políticas que configuran la vida del Estado" (BVerfGE 7, 162).

Es evidente que, en la sociedad pluralista, la burocracia no es susceptible de una diferenciación de una medida conforme al modelo típico-ideal de la separación de Estado y sociedad (§ 27 II 3). Según parece, un enfoque realista tendrá que resignarse a que la estructura social pluralista se refleje en alguna medida en las actividades de la burocracia. Las presiones de los grupos de poder pluralistas perturban la imparcialidad de la burocracia, ya sea porque ejerzan influencia sobre el jefe político de las administraciones municipales o de los ministerios, o bien, que impulsen hacia los puestos burocráticos a personas de quienes esperan un especial favor (§ 26 III). Aparte de tal patrocinio de los cargos y el correspondiente oportunismo, también el compromiso natural con el ámbito de vida administrado puede dar origen a que el funcionario se identifique precisamente con los intereses que debe administrar. Existe el peligro de que la lealtad del empleado hacia el Estado se deforme y convierta, de este modo, en lealtad hacia un partido, sindicato o iglesia.

4. Tramitación confidencial de los asuntos. Las burocracias se inclinan a impedir que el saber oficial interno se haga público. Esta tendencia se halla objetivamente condicionada y justificada en parte, pues a menudo satisface el interés del ciudadano afectado, en la discreción. En muchas ocasiones, por el contrario, se debe a un interés público perentorio. Los planes para la defensa nacional, por ejemplo, no pueden darse a la publicidad, y las negociaciones diplomáticas rara vez se desarrollan completamente a la luz pública.

Pero, por encima de estas razones objetivas, el interés de la burocracia en el poder favorece su propensión al manejo confidencial del saber oficial y de servicio. "Toda burocracia procura incrementar esta superioridad del saber profesional por medio del secreto de sus conocimientos e intenciones" (M. Weber WuG, 572; ES, 744).

La tendencia hacia la tramitación confidencial de los asuntos entra en innegable conflicto con el principio democrático del control público del poder estatal, tanto más si la burocracia constituye un factor verdaderamente importante de este poder público (§ 23 II 5).

5. Pro y contra del estilo burocrático. Las reflexiones planteadas hasta este punto nos revelan ya con claridad la ambivalencia del estilo de la administración burocrática: la superioridad de la especialización y la movilización del saber técnico en

el detalle tienen como contrapartida —en todo caso des e la óptica típico-ideal la "ceguera seccional" del burócrata, esto es, el horizonte limitado que es propio del especialista. A la sujeción a reglas, la uniformidad y objetividad de la acción burocrática corresponden —nuevamente como tipos ideales— la obstinación del burócrata, su "impersonalidad" y la carencia del "sentido común" que sabe ajustarse a las peculiaridades de la situación. La tramitación confidencial de los asuntos no sólo sirve a los intereses legítimos en la discreción, sino que contribuye a edificar el poder burocrático y a sustraerlo del control público.

La desarticulación de extensas tareas estatales en funciones específicas, así como su coordinación análoga a un engranaje, también traen consigo, aparte de las ventajas mencionadas, considerables inconvenientes e incluso peligros graves. Detrás del "curso regulado" de los negocios oficiales, se oculta, con harta frecuencia, la cómoda rutina, la pereza mental, la carencia de iniciativa y de una sensibilidad despierta hacia la situación, así como la falta de sentido de responsabilidad. Junto con las funciones, se fragmenta también la responsabilidad por el resultado global y disminuye, en suma, cuando todos se sienten exonerados de ella por el sistema dentro del cual sirven. De ahí la propensión de las burocracias a la torpeza, a la disminución del sentido de responsabilidad, incluso a "automatismos" peligrosos.

A ello se suman otros elementos negativos del burocratismo, menos alarmantes pero sí molestos y costosos: la complejidad y la lentitud del procedimiento burocrático, la estrechez de miras del burócrata que considera obvias e importantes todas las minucias de su esfera y, finalmente, la aversión a abandonar los caminos trillados. Bajo el rubro de "molesto y costoso" debe incluirse también la "introversión" de la burocracia: cuanto mayores son sus dimensiones, tanto más vigorosamente tiende a convertirse en su propio fin. Ello se demuestra por ejemplo, en el incremento de modelos de cooperación complejos y de estériles conflictos de competencia, pero también en la propensión a extender el aparato mismo. Por la incapacidad de limitar disciplinadamente su trabajo a lo esencial, es frecuente que los jefes de autoridades y dependencias estimulen la multiplicación de plazas. Muchas veces esto ocurre por ambición, sobre todo si las oportunidades de ser promovido aumentan conforme crece el aparato subordinado a uno.

III. Componentes personales

Staatsdienst in der BRD, 1972, 147 ss.; Bericht der Kommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, 1973; H. Hattenhauer, Geschichte des Beamtentums, 1980.

Sobre 1: N. T. Gönner, Der Staatsdienst, 1808, SS 58 ss.; *Finer* III, 225 ss., 295 ss., 325 ss., 355 ss.; W. Pippke, Karrieredeterminanten in der öffentlichen Verwaltung, 1975; G. Brinkmann, Aufgaben und Qualifikation der öffentlichen Verwaltung, 1976.

Sobre 2: Th. Eschenburg, Der Beamte in Partei und Parlament, 1952; A. Frowein, Die polit. Betätigung des Beamten, 1967; K. Lagewstein, (citado en el § 41), 168 ss., 473 ss.; G. Sturm, Die Inkompatibilität, 1967, 41 ss.; J. Baltes, Die Neutralität des Berufsbeamten, 1973; P. Dagoglou et al., Verfassungspolitische Probleme einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, 1973, 43 ss., 86 ss.; B. Steinkemper, Klassische und politische Bürokraten in der Ministerialverwaltung, 1974; G. Püttner, Zur Neutralitätspflicht des Beamten, en: F. f. C. H. Ule, 1977, 383 ss.

La selección, *status* y deberes de los titulares de un cargo tienen como objetivo el rendimiento y la imparcialidad de la burocracia.

I. Garantías de la eficiencia. En interés del rendimiento de la burocracia, el acceso a sus puestos se asocia básicamente a la comprobación de una cualificación profesional. Dentro de la burocracia existen carreras de diversas categorías; según la categoría, los requisitos de preparación y examinación son cada vez más exigentes. Inclusive dentro de las diversas carreras, la situación inicial (oportunidades de destacar, perspectivas de ascenso) se atiene al certificado de cualificación obtenido en un examen presentado bajo condiciones competitivas. Esto ocurre bajo la suposición, frecuentemente confirmada, de que por regla general, el rendimiento profesional es equivalente al de un examen, si es que el sistema de reconocimiento utiliza criterios de selección adecuados al empleo, esto es, si el rendimiento exigido en la prueba se aproxima lo más posible al requerido en la ocupación a desempeñar.

El ascenso se produce con base en los conocimientos y en la experiencia profesional adquirida. Sin embargo, no es fácil reglamentar el ascenso a los puestos superiores de la burocracia también conforme a los criterios, claramente acreditables, de la aptitud, capacidad y rendimiento, en razón de las dificultades que presenta la inclusión de todos los atributos necesarios para las posiciones de dirección en exámenes de colocación "objetivos". En este sentido, hay que pensar no sólo en capacidades intelectuales como la imaginación, el discernimiento y la mesura, sino también en cualidades del carácter como la capacidad de imponerse y la disposición al compromiso, la audacia y el tacto. Para apreciar estos rasgos y otros similares se requieren elementos de juicio adicionales que pueden obtenerse

de modo medianamente neutral dentro de la burocracia y que desembocan en la cooptación de las élites burocráticas (§ 22 II 3).

Este sistema de cualificación y de carrera se ha desarrollado principalmente en Alemania (en concurrencia con otros principios de selección) y ha sido adoptado, entre tanto, por muchas otras burocracias. Con todos sus defectos, es todavía el mejor modelo para la selección de personas. El patrocinio de los cargos fundado en criterios no objetivos, es decir, que no dependen de la cualificación profesional, resulta posible, de hecho, en alguna medida (§ 26 III), pero viene a ser irregular, y si desprecia groseramente el principio del rendimiento, enfrentará habitualmente la resistencia de una burocracia consciente de su condición.

La eficiencia de la burocracia requiere, además, que el desempeño de sus funciones sea para los burócratas una ocupación principal. La realización de tareas públicas como actividad secundaria funciona, por lo común, "más lentamente, menos sujeta a fórmulas, con menos precisión y uniformidad, porque es más independiente de las autoridades superiores y... resulta con frecuencia más costosa de hecho" (M. Weber WuG, 562; ES. 731).

Contribuye a una eficaz coordinación de las funciones burocráticas la disciplina interna, que es garantizada por un derecho disciplinario propio, por el *ethos* profesional y, sobre todo, por las oportunidades de ascenso.

2. Garantías de la imparcialidad. La función de los órganos estatales, que consiste en procurar una compensación justa (II 3), se refleja en el tradicional deber de imparcialidad y honradez de jueces y funcionarios y, particularmente, en la obligación burocrática de servir a todo el pueblo y no a un partido, de realizar las tareas con imparcialidad y justicia, y de tomar en consideración el bien de la colectividad en el desempeño de un cargo.

El deber de objetividad e imparcialidad debe quedar institucionalmente asegurado, particularmente al "desprender" los papeles estatales, es decir, haciéndolos tan independientes como sea posible de la influencia de grupos particulares de interés u opinión (§ 27 III 3). Tal "institucionalización de la independencia" es de difícil realización respecto de los miembros de los cuerpos legislativos en la realidad constitucional actual (no obstante el reconocimiento verbal del mandato representativo, § 24 III). Tanto más apremiante resulta esta independencia en los ámbitos de la burocracia y la jurisdicción.

Favorece esta independencia el que los burócratas ejerzan su

cargo como ocupación principal, por la cual reciben una remuneración y atención adecuadas que los libera del cuidado por la subsistencia, y que les impide dedicarse a cualesquiera otras actividades que comporten lazos de interés.

Otra garantía de la independencia consiste en el nombramiento vitalicio de los burócratas, de modo que no pueden ser arbitrariamente removidos de su cargo ni se vean obligados, como los funcionarios electos por un periodo, a tomar en consideración aquellos grupos que pueden influir sobre su reelección. Al mismo tiempo, gracias al principio vitalicio se obtiene en la burocracia un factor de continuidad y estabilidad que actúe como refugio del saber técnico y la experiencia de servicio, frente al cambio de los gabinetes y las mayorías en partidos y parlamentos, que pueda llevar a cabo consecuentemente la planeación a largo plazo, mas allá de un periodo legislativo, y que, en suma, permita al Estado superar una serie de crisis en el gabinete sin caer en la desorganización. Las ventajas que aporta el principio vitalicio requieren, sin embargo, ciertas restricciones al rigorismo democrático, pues en un determinado sector de la actividad estatal es necesario postergar el postulado democrático de que los funcionarios del Estado pueden ser removidos en todo momento de su cargo, o que al menos requieran una confirmación periódica en él.

La independencia de los burócratas presupone que éstos sean seleccionados conforme al principio del rendimiento, el cual no sólo promueve la eficiencia, sino que (en tanto es un criterio de selección "objetivo", referido a una función) elimina el influjo de los intereses. Mientras no se hallen providencias institucionales adecuadas que garanticen que los burócratas sean empleados y promovidos estrictamente según su aptitud, capacidad y rendimiento profesional (cfr. el art. 33, inciso 2 LF), el campo para el oportunismo seguirá siendo amplio. Sin estas garantías, incluso, el funcionario vitalicio se halla expuesto, dentro de la burocracia, a la tentación de ser parcial en todo caso cuando ya no espera una promoción o ya no teme un traslado.

Sin embargo, es difícil hallar técnicas procedimentales que garanticen positivamente la objetivización de la carrera burocrática. Tanto más apremiante es la finalidad negativa de impedir influencias extrañas y corruptoras, particularmente el patrocinio de los cargos por partidos y asociaciones, para así diferenciar lo más posible la función del burócrata. La exigencia de una mayor incompatibilidad del papel de burócrata con las funciones ejercidas en otros ámbitos de poder, del Estado o la sociedad, se plantea entonces no sólo en interés de una separación de poderes organizativa y social, sino también en provecho

de la independencia de los funcionarios. La costumbre tradicional de no designar para un alto puesto burocrático a nadie que no tenga que presentar un examen último (aparte de otras cualificaciones), introduce un factor objetivador en el proceso de selección. Una función similar desempeña la práctica mencionada de otorgar los ascensos preferentemente con base en evaluaciones internas de la burocracia. Se ganaría una eficaz defensa contra las influencias extrañas si se estableciera como costumbre, que el compromiso personal de un partido o grupo de presión fuera más perjudicial que benéfico a la carrera burocrática. Sólo bajo estos supuestos queda libre el burócrata de la tentación de pactar con grupos influyentes para acrecentar sus posibilidades de progreso. Sólo así será digna de crédito la función del Estado como "poder imparcial" en este importante ámbito (§ 27 II 3).

En profunda contradicción con todos estos requerimientos se halla la práctica que consiste en promover hacia las posiciones superiores de la burocracia a funcionarios comprometidos con algún partido político. Volveremos todavía sobre los principales motivos de este fenómeno (IV 3). Independientemente de que esto constituye un proceso negativo, se sobreentiende que una carrera burocrática determinada por criterios puramente objetivos es un tipo ideal al que la realidad de la administración no logrará más que aproximarse. En la práctica no es posible evitar del todo que entre los miembros de la burocracia se establezcan lazos de solidaridad y protección personal que influyan sobre su carrera.

IV. Burocracia y dirección política

Sobre 1 y 2: *Th. Ellwein*, *Regierung und Verwaltung*, I 1970, 19 ss.; *G. Schmid*, *H. Triber*, *Bürokratie und Politik*, 1975, 122 ss.; *A. Peyrefitte*, *Was wird aus Frankreich?* (fr. 1976) al. 1978, caps. 16 ss.; *R. Steinberg*, *Faktoren bürokratischer Macht*, en: *Die Verwaltung*, 1978, 309 ss.; *Th. Würtenberger*, *Staatsrechtliche Probleme* (citado en el § 36), 165 ss.; *Th. Leuenberger*, *Führung gegen Bürokratie*, en: *Rechtstheorie*, 1980, 443 ss.

Sobre 2: *M. Weber* *WuG*, 127, 833, 836 s.; *id.*, *GesPolSchr*, 322 ss.

Sobre 3: bibliografía de III 2.

1. El poder del saber técnico y de la organización establecida. En el Estado moderno, la inevitable organización de dominación representa, como tal, un fuerte elemento oligárquico-elitista (§ 22). La burocracia es, dentro de esta organización, un factor de poder que, por su parte, posee un cierto grado de independencia frente a los órganos políticos de los poderes legislativo y ejecutivo. A través de la elaboración de información y propuestas de decisión, la burocracia ejerce una considerable

influencia sobre los estudios y resoluciones del parlamento y el gobierno.

En primer término, la burocracia debe su peso específico al hecho de que constituye una estructura de sujetos de papeles burocráticos sólidamente establecida, coordinada, disciplinada y unida incluso, por un espíritu de cuerpo. Lo debe, en segundo lugar, a su saber técnico, esto es, sus conocimientos especiales, su familiaridad con las disposiciones jurídicas aplicables y su "saber de servicio" que va más allá de los simples conocimientos técnicos, esto es, los conocimientos adquiridos de la experiencia específica del servicio o depositados en actas (M. Weber WuG, 129; ES, 179). En tercer lugar, la estabilidad de la burocracia frente al cambio relativamente rápido de los funcionarios políticos, le permite poseer un peso propio y no ser reducida al papel de simple instrumento técnico en manos de los políticos.

El jefe político de una autoridad se halla supeditado al asesoramiento técnico de su ministerio, aun tratándose de decisiones políticas, ya sea en el campo de la política exterior, la económica, financiera o de estrategia militar. Frente al empleado capacitado y experimentado en la administración, el político se halla "en la misma posición en que se encuentra el 'diletaante' frente al 'especialista'" (M. Weber WuG, 572; ES, 744).

El requerir ampliamente la capacidad de trabajo del jefe político de la autoridad, presentándole "problemas pendientes" y propuestas de solución que orienten su actividad hacia determinados temas, forma parte de los medios de dirección de la burocracia. Además, los burócratas actúan como "cancerberos" ("*gatekeeper*") del flujo de información que llega en lo interno al jefe y que reclama su atención. Es por sobre todo la exposición deformada de las posibles ventajas e inconvenientes de una medida que puede influir sobre las decisiones del jefe según los deseos de la burocracia, particularmente si la escasez del tiempo le impide a aquél investigar por cuenta propia.

Finalmente, cuando se trata de aplicar reglamentos, la burocracia conserva todavía medios para imponer su voluntad: empezando por el uso de facultades discrecionales en su provecho, hasta la obstaculización y el sabotaje de las instrucciones de la dirigencia política, siguiendo acaso el dicho: "Rusia es grande y el zar está lejos".

El poder burocrático del saber técnico, por un lado, y la voluntad política creadora del parlamento, por el otro, dan origen, en la realidad política, a un peculiar equilibrio de los poderes, en el cual la censura corre por debajo del plano del gabinete, mientras que el correspondiente esquema jurídico-constitucional lleva una existencia puramente fantasmal en

tanto la mayoría parlamentaria y el gabinete se hallen bajo control de los partidos dominantes y no garanticen un equilibrio de poderes que pueda tomarse en serio (§ 31 IV).

2. Límites del saber técnico. Desde la óptica típico-ideal, los límites del saber técnico residen en su función meramente instrumental, pues debe revelar la forma técnica de lograr objetivos preestablecidos. Sin embargo, no se halla especialmente calificado para decidir, en último extremo, cuáles son los fines políticos a alcanzar. Esta limitación del saber técnico se traduce en que, a la cabeza de los ministerios (y en forma similar, de las grandes empresas económicas) se hallan políticos (o empresarios) que representan un compromiso de tipo distinto del que corresponde al carácter instrumental del asesor experto, a saber, el compromiso en favor de objetivos políticos (o empresariales), cuya elección no es problema del mero saber técnico.

Precisamente porque el saber técnico cumple con una función instrumental, y dado que su fuerza radica en señalar y aplicar técnicas para la realización de fines preestablecidos, uno y el mismo aparato burocrático es susceptible de ponerse efectivamente al servicio de fines políticos o sistemas de dominación diversos. Max Weber (WuG, 570 s.; ES, 742) enumeró algunos ejemplos al respecto: "El sistema burocrático racionalmente ordenado sigue funcionando cuando el enemigo ocupa el territorio y se apodera de los puestos superiores" y también bajo "el cambio de gobernantes, el aparato del dominio ha seguido siendo el mismo en Francia desde el Primer Imperio".

No obstante, en la práctica el entrelazamiento de saber técnico y decisión política es más fuerte de lo que pudiera indicar su confrontación típico-ideal. Aunque el centro de gravedad y la fuerza específica de la actividad burocrática residen en el saber técnico coordinado, no se limitan en modo alguno a éste (§ 25 III). En las situaciones complejas, la definición de objetivos se guía por el saber técnico, especialmente por el conocimiento de las circunstancias y de los medios y las consecuencias de la decisión (§ 36 II 1). De igual manera, la función de la burocracia como factor de justo equilibrio en los conflictos de intereses, tampoco es cuestión del mero conocimiento técnico. Además de lo anterior, las burocracias pueden desarrollar una "obstinación" política y asumir funciones políticas.

Es conocida la tendencia de la burocracia hacia un conservadurismo que vacila en adaptarse a las cambiantes circunstancias, necesidades e imágenes guía. En parte esto se debe, a la inercia, pero en parte, también a la prudencia del práctico experimentado que titubea en renunciar precipitadamente a las instituciones ya acreditadas para experimentar con modelos

nuevos cuyos costos e inconvenientes no es posible, todavía, estimar por completo.

Precisamente en la burocracia ministerial surgen de la larga experiencia de los principales especialistas propuestas positivas que logran introducirse en los proyectos legislativos y medidas administrativas de los ministerios. Recuérdese en este contexto, la sugestiva "política" de los prusianos Schulze y Althoff como directores de educación superior, política que contribuyó decisivamente a conferir su antiguo prestigio a las escuelas superiores y a la ciencia alemanas: a través de la primacía dada a la investigación, el rigor de su escala de selección y el campo libre que al mismo tiempo concedió a las universidades. Inclusive llega a presentarse el caso de una burocracia que llena el vacío surgido por el fracaso de la dirigencia política en una época de continuas crisis de gobierno; un ejemplo de ello fue la Cuarta República Francesa.

Sin embargo, en muchas ocasiones, los programas de objetivos y las prácticas administrativas que desarrollan los burócratas adolecen de la ceguera seccional del especialista, de la deficiente capacidad para desechar los esquemas de pensamiento acostumbrados y ajustarse con sentido común a las necesidades y particularidades de la situación concreta, pero también de la ambición de poder de los pequeños y grandes potentados de la administración.

La elección de objetivos por los políticos se realiza generalmente en forma menos esquemática, con un mejor "sentido de la situación", en una "retroalimentación" más sensible con la actitud de los afectados y con la opinión pública. No obstante a menudo padece de unilateralidad de otra especie, de prejuicios partidistas, de favorecimiento hacia los grupos influyentes, y no menos de un deficiente conocimiento de las condiciones de realización.

Así, la confrontación de la burocracia y la instancia política, el diálogo entre el ministro en última instancia facultado para decidir y sus funcionarios profesionales, pueden conducir a la clarificación del proceso de decisión. Esto presupone que el ministro traiga consigo voluntad de objetividad, que no rehuya el esfuerzo considerable, y que posea la suficiente fuerza de mando, que a menudo se requieren para hacer prevalecer su opinión frente al aparato burocrático. La concurrencia de principios estructurales distintos permite precisamente el obtener del proceso político un resultado relativamente satisfactorio.

3. "Burocratas políticos". La separación de los papeles políticos y burocráticos en el Estado, hace realidad el postulado de la pluralidad estructural en un ámbito esencial (§ 29 I 3) y es una condición importante para la conservación de un

“equilibrio real de poderes” en un sector fundamental. Por las razones antes apuntadas, contribuye a la clarificación objetiva de las decisiones estatales y procura la subsistencia de un “factor neutral” en el proceso de decisión del Estado (§ 27 II 3). Todo esto contribuye a la diferenciación entre burocracia y dirección política, y todo esto se ve amenazado por un fenómeno que se ha denominado “burocratización de la política” y “politización de la burocracia”

La reglamentación cada vez más perfecta de todos los ámbitos de vida posibles, proporciona una fuerza creciente al aparato burocrático. La legislación se convierte más y más en asunto de expertos, los únicos que todavía tienen una visión de conjunto de los vínculos normativos de la regulación a adoptar. La burocracia amenaza con emanciparse de la autoridad del parlamento (§ 41 III 1). En la medida en que se hace menos transparente el complejo de normas y se infla más la burocracia, en igual medida se sustrae el ejecutivo al control parlamentario, simplemente porque la capacidad de trabajo y de control del parlamento es limitada.

Si los partidos políticos pretenden seguir dominando el proceso político, deben someter a control este poderío creciente de la burocracia. Esto ocurre progresivamente en la República Federal de Alemania al hacer ocupar las posiciones clave de la burocracia con miembros del partido. Sería de desearse a los partidos el discernimiento y la autodisciplina para anular este proceso; no obstante, sería condición previa para ello que también desapareciera el motivo para introducir en la burocracia un “control interno”, pues al mismo tiempo habría que limitar el crecimiento canceroso de las disposiciones y autoridades, hacer más simple y transparente el sistema de regulación, recortar las burocracias, permitiendo así su control por las instancias políticas:

La intervención de los partidos en la burocracia estatal constituye un proceso muy negativo. El patrocinio de los cargos corrompe la institución de un funcionariado imparcial, seleccionado conforme a cualidades puramente técnicas; elimina su “distancia del papel” y perturba la interacción, deseable por muchas razones, entre las instancias técnicas y las políticas; además, crea vasallajes fuera de lugar, y cultiva el oportunismo. A diferencia del parlamentario, el “control interno” por un partido político no actúa de modo democrático a la luz pública y con la participación equilibrada de todos los partidos, sino con el auxilio del acrecentamiento de los dominios de sus adeptos, que se sienten obligados a observar una buena conducta partidista.

4. La “indestructibilidad” de las burocracias. La burocracia

cia una vez establecida, pertenece a las formaciones sociales de más difícil demolición. Esto se debe a que el aparato burocrático es imprescindible en el moderno Estado de masas y de asistencia, para mantener en pie el orden y el suministro vital más elementales. No sólo en este aparato indispensable como estructura coordinada de las funciones estatales, sino también como portador del saber técnico y de servicio. Aparte de la sustitución de ciertos altos funcionarios, las revoluciones comúnmente dejan intacto el aparato burocrático. Así, por ejemplo, Hitler no destruyó la burocracia que encontró, sino que se aprovechó de ella. Por otro lado, las revoluciones comunistas han demostrado que la indestructibilidad de la burocracia tiene sus límites. Sin embargo, en este caso los nuevos detentadores del poder se vieron obligados a establecer inmediatamente un nuevo aparato burocrático, haciendo uso de importantes elementos estructurales de la anterior organización burocrática.

Capítulo IV. El aspecto “federativo”	391
§ 38. El programa de una federalización	391
§ 39. Estados federales y confederaciones de Estados.	393
§ 40. Las organizaciones internacionales	400

Capítulo IV. El aspecto "federativo"

§ 38. El programa de una federalización

P. J. Proudhon, *Du principe fédératif*, 1863; *O. v. Gierke*, *Johannes Althusius*, 1880, 1929, cap. 5; *F. W. Jerusalem*, *Zentralismus und Föderalismus*, en: *F. f. W. Laforet*, 1952, 37 ss.; *C. J. Friedrich*, *Nationaler und Internationaler Föderalismus*, en: *PVS* 1964, 154 ss.; *G. Heraud*, *Die Prinzipien des Föderalismus und die Europäische Föderation*, (fr. 1968) al. 1979; *Ermacora*, 621 ss.; *E. Deuerlein*, *Föderalismus*, 1972; *F. Ronneberger*, *Föderative Politik als Handlungssystem*, en: *F. f. U. Scupin*, 1973, 295 ss.; *E. Laebenstein*, *Der Föderalismus ein Instrument im Dienste der Demokratie und des Rechtsstaates*, en: *F. f. R. Marcic*, 1974, II, 827 ss.; *F. Esterbauer et al.* (eds.), *Föderalismus als Mittel permanenter Konfliktregelung*, 1977; *W. Schreckenberger*, *Föderalismus als polit. Handlungsstil*, en: *VerwArch* 1978, 341 ss.; *Fleiner-Gerster*, 184 ss.; *F. Esterbauer*, *E. Thöni*, *Föderalismus und Regionalismus usw.*, 1981; *K. Stern*, *Föderative Besinnung* en: *F. f. H. Huber*, 1981, 319 ss.

El tipo rector del federalismo es el Estado federal. Pero el alcance de la estructura "federativa" en el sentido más amplio, abarca desde las corporaciones territoriales municipales hasta las organizaciones supranacionales. En el programa de una federalización se enlazan temas y exigencias que hemos tratado ya bajo diversos aspectos:

Así, la estructura federativa resultaba ser un esquema de "depuración cooperativa de conflictos" (§ 3 I 3), según el cual los intereses municipales, regionales, locales, nacionales y supranacionales son definidos, relacionados entre sí y llevados a un compromiso en los diversos planos de organización. Cada unidad territorial debe adoptar, bajo propia responsabilidad, las regulaciones y medidas que incumban, única o predominantemente, a su círculo de acción, esto es, aquellas que no afecten intereses dignos de protección y de relevancia suprarregional, ni por sus repercusiones ni por los recursos requeridos, y

que tampoco lesionen un interés superior en la unidad del Derecho. Los intereses y conflictos de intereses de relevancia suprarregional deben ser depurados y llevados a un compromiso en el nivel que corresponda a su alcance. Así pues, un modelo de cooperación típico del Estado federal, es trasladado a otros planos de colaboración organizada. Por encima del Estado, múltiples tareas han de ser oportunamente reguladas mediante la cooperación internacional (§ 40 I). Por debajo del plano del Estado, existen en la sociedad industrial numerosas tareas de las que ya no puede responsabilizarse cada municipio, sino que deben solucionarse en el nivel suprarregional (si bien con la participación de las unidades administrativas más pequeñas), y aquellas otras funciones, particularmente las de la procura existencial, que deben coordinarse y regularse adecuadamente en un espacio mayor. Así consideradas, las grandes unidades políticas se muestran como conexiones de acción de subsistemas políticos (§ 3 I 2).

Una importante preocupación consiste en preservar estos subsistemas y concederles un grado máximo de autonomía para que regulen sus propios asuntos.

En vista de la creciente disolución de las comunidades de vida tradicionales, "protectoras", se plantea la necesidad de preservar y crear ámbitos de vida y ámbitos de función abarcables y descentralizados en la mayor extensión posible, y dotarlos de autonomía y autarquía, así sean limitadas, es decir, darles la facultad y la posibilidad fáctica de regular y solucionar sus propios asuntos (§ 7 III 3). De este modo, las unidades políticas y administrativas deberán reducirse a una "dimensión humana". Puesto que el sentimiento de resguardo y pertenencia es más fuerte en los ámbitos de vida abarcables que en las unidades mayores, el sistema político global a sus ciudadanos, cuanto más cultiva la vida propia de las comunidades pequeñas.

De este modo se preserva la pluralidad que postula el principio de subsidiariedad, y en la que Aristóteles veía una precaución esencial contra el Estado indiferenciado y nivelador (§ 17 I 2). En esta concepción encaja también el modelo, desarrollado por Althusius, de una comunidad estatal integrada por familias, corporaciones eclesiásticas y seculares, gremios de artesanos y comerciantes, comunidades y provincias políticas, y permanece como "*res publica composita*" (Zippelius Gesch, cap. 13a.).

En igual dirección apuntan hoy día, muy particularmente, el temor de convertirnos en ciudadanos totalmente atendidos y administrados, y la inquietud causada por las burocracias centralizadas, prepotentes, impersonales y distanciadas del

ciudadano (§§ 25 III; 35 IV). Para impedir la opresión de ciudadanos por un poder público centralizado, jerárquico y homogéneo, Proudhon (1863, parte 2, VII) proclamaba una asociación organizada federativamente, en la que imperara la autodeterminación más amplia de las comunidades inferiores.

Desde la óptica democrática, la descentralización política y administrativa debe asegurarle al individuo la mayor participación posible en la formación de la voluntad común y la regulación de las funciones públicas, ya que las oportunidades de participación democrática y responsabilidad cívica del individuo aumentan conforme resida mayor poder de decisión en los niveles organizativos inferiores (§ 23 III).

La economía nacional considera igualmente a la estructura federativa como un modo adecuado de cooperación en el sistema, en cuanto las conexiones entre costos y beneficios, entre destinatarios y contribuyentes de los servicios públicos, en unidades descentralizadas, deben resultar transparentes y calculables en el mayor grado posible para los interesados. Estos deben recibir un grado máximo de codeterminación responsable sobre la distribución de los bienes y las cargas públicas (§ 3 I 2).

El regionalismo aspira también a la preservación de la pluralidad y a la creación de ámbitos de vida ampliamente autónomos. Le interesa más que nada la organización multicentral de los Estados conforme a su división étnica. De este modo se asegura a las minorías nacionales un campo de desarrollo y de vida propia, se evita una mayorización innecesaria y se reduce el potencial de conflicto (§ 11 III 3).

La distribución de competencias en el Estado federal, entre los órganos centrales del Estado conjunto y los Estados miembros, contribuye no menos a establecer un "equilibrio federativo de poderes" (§ 31 I, II).

A la vez, resulta que las demandas de descentralización y pluralidad estructural no deben radicalizarse, sino más bien hallar un compromiso entre las ventajas, aquí descritas, de la descentralización, y la necesidad de un orden social global, el cual satisface particularmente las necesidades de paz jurídica de regulación de conflictos y compensación de intereses en el nivel suprarregional y de unidad normativa del Derecho. En suma, las cuestiones de la descentralización y la federalización plantean problemas de optimización (§§ 3 I 3; 14 I 4; 23 III).

§ 39. Estados federales y confederaciones de Estados

Jellinek, 762 ss.; *C. Schmitt* VL, 363 ss.; *Loewenstein* VL, 295 ss. 474 ss.; *Ermacora*, 621 ss., 1159 ss.

I. Estructura y funcionamiento del Estado federal

§. 14 I 3; *The Federalist*, (ingl. 1788) esp. *K. C. Wheare*, *Föderative Regierung*, (ingl. 1946) al. 1959; *Maunz-Zippelius*, §§ 14. 15 (bibl.); *P. Lerche*, *Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip*, VVDStRL 21 (1964), 66 ss.; *H. Laufer, F. Pilz* (eds.), *Föderalismus*, 1973; *M. Bahe*, *Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht*, 1977; *Stern*, § 19 (bibl.) *K. Weber*, *Kriterien des Bundesstaates*, 1980.

Sobre 1: § 9 IV; *S. Brie*, *Der Bundesstaat*, 1874.

Sobre 2: §§ 3 I 2; 17 I 2; *Smend StA*, 223 ss., 268 ss.

Sobre 3. *Maunz-Zippelius*, § 14 III (bibl.); *H. Ehringhaus* (citado en el § 42 III 1); *J. J. Hesse* (ed.), *Politikverflechtung im föderativen Staat*, 1978.

1. El orden de competencias en el Estado federal. Algunos ejemplos tempranos de Estados federales, convertidos en casos-modelo, son los Estados Unidos de América, a partir de 1789; Suiza desde 1848; el *Reich* alemán después de la Constitución de Bismarck, de 1871. Sin embargo, los planteamientos de una teoría del Estado federal se remontan más atrás. Ya en 1961, Ludolph Hugo considera al Sacro Imperio Romano Germánico, en su configuración resultante de la Paz de Westfalia de 1648, un "Estado común", en cuyos diversos territorios se asienta respectivamente un "Estado particular, subordinado a aquel Estado superior". Aquí nos encontramos ya con el modelo de un Estado compuesto por otros Estados, en el que los derechos de soberanía se han repartido entre el *Reich* y los poderes territoriales. En cambio Pufendorf sostenía que era inconcebible un Estado formado por varios Estados, ya que el concepto mismo de Estado requiere la indivisibilidad del poder estatal y su independencia frente a cualquier voluntad superior. Así, aparte de las uniones reales y personales, no le restó otra posibilidad teórica que una unión contractual de Estados soberanos para ejercer, en común y permanentemente, ciertos derechos de soberanía (Brie 1874, 16 ss.).

El Estado federal es plenamente concebible de acuerdo con la comprensión actual del poder estatal (§ 9 III 3, IV). Se trata de una unión de Estados de tal naturaleza que la asociación organizada de Estados posee también la calidad de Estado. Bajo el aspecto del poder estatal, se ha demostrado que la totalidad de las atribuciones estatales en un Estado federal se distribuyen de tal manera entre los órganos centrales de la federación y los órganos de las entidades federativas, que tanto unos como otros controlan importantes competencias de decisión, pero, sobre todo, que ninguna de ambas instancias posee por sí sola la supremacía de competencias.

A menudo las competencias estatales se dividen por mate-

rias. Habitualmente se encomiendan los asuntos exteriores a los órganos centrales, y la vigilancia de la seguridad y el orden públicos a los Estados miembros. La facultad de legislar se atribuye, por materias, en parte a los órganos centrales y en parte a los órganos locales. Sin embargo, también son posibles otros modelos de distribución; en la época más reciente han adquirido particular relevancia los esquemas de una división cooperativa de funciones (véase *infra*).

Se pretende encuadrar la relación entre federación y Estados miembros, en parte en un esquema bímembre, en parte en uno trimembre. Para unos, existen dos clases de Estados, en el Estado federal: los Estados miembros y el Estado conjunto. Otra concepción se decide por un esquema trimembre de Estados miembros, Estado central y Estado conjunto (Nawiasky III, 158 ss.).

En realidad, las competencias en el Estado son ejercidas, en parte, por los órganos de los Estados miembros, en parte, por los órganos centrales del Estado conjunto. Sin embargo, no es admisible materializar, en un Estado central propio, las que son meramente competencias de los órganos centrales. Por ello, rechazando la teoría de los tres Estados, el Tribunal Constitucional alemán ha descrito acertadamente la situación en los siguientes términos: la organización central de la Federación comparte con los órganos locales todas las funciones que recaen sobre una organización uniforme en el Estado unitario (BVerfGE 13, 77).

2. El funcionamiento del Estado federal. El Estado nunca podrá entenderse si se contraponen aisladamente sus elementos; es necesario contemplar siempre su inordinación funcional en la estructura del Estado conjunto. A la estructura federativa de un Estado corresponde invariablemente un proceso constitucional específico:

Los órganos centrales y los de las entidades federativas, que se dividen el poder estatal, deben, por necesidad, adaptarse y ponerse continuamente de acuerdo entre sí, bajo riesgo del fracaso (Lerche, 1964). El compromiso, la depuración cooperativa de conflictos, resulta ser así un importante componente del acontecer político en el Estado federal. El orden federativo está abierto, en forma específica, a una continua adaptación recíproca, a una coordinación y evolución constitucional reservadas a las necesidades y situaciones futuras.

Además, según se dijo ya, en la división federativa del poder estatal y la consiguiente dependencia mutua de los órganos centrales y locales, radica un sistema de equilibrio y control de poderes. Esta función de la organización federativa del Estado

ha desempeñado un significativo papel en la discusión en torno a la Constitución norteamericana (cfr. *Federalist*, núms. 31, 51). El control federativo de los poderes puede ser parcialmente debilitado o fortalecido por la intervención de los partidos políticos. El control que ejerce el "órgano de las entidades federativas" ("*Länderorgan*") puede verse atenuado cuando un mismo partido ocupa los gobiernos de la federación y de la mayor parte de las entidades federativas; en este caso, la influencia ejercida por los partidos centralmente dirigidos, es capaz de borrar los límites de competencia entre los órganos estatales sometidos al control de uno y el mismo partido. Por otro lado, los partidos políticos pueden intensificar el antagonismo federativo de los poderes si en la mayoría de las entidades federativas gobierna un partido distinto que en la federación. Este efecto de debilitamiento o fortalecimiento se da particularmente cuando los ocupantes del "órgano de las entidades federativas" son nombrados por los parlamentos o gobiernos locales (como sucede en la RFA con el Consejo Federal). La situación es diversa en los Estados Unidos, donde el órgano representativo de los Estados miembros, el Senado, es electo directamente por el pueblo, y donde, además, la dirección de los partidos no está rígidamente centralizada.

La pluralidad de unidades políticas de decisión aumenta la capacidad del sistema político total de reaccionar con "objetividad" frente a las necesidades regionalmente diferenciadas y de adaptarse apropiadamente al cambio social. La descentralización política hace posible, asimismo, experimentar nuevos modelos de ordenación (por ejemplo, en el ámbito de la educación superior) en un espacio territorialmente delimitado y, por tanto, con escaso riesgo para el Estado, así como reunir experiencias y ponerlas a disposición de todos para su utilización.

Una ventaja no menor de las uniones federativas estriba en que pueden conjuntar la fuerza económica y la capacidad defensiva de los grandes Estados con la relativa independencia de las unidades pequeñas.

A las ventajas de una división federativa se contraponen los inconvenientes y peligros ya discutidos, en especial, contra la unidad (normativo-abstracta) del Derecho y la uniformidad de la acción administrativa y, tratándose de la disociación de competencias, el riesgo de la fragmentación de la responsabilidad política (§ 31 II 1). Donde se introducen técnicas cooperativas, se agregan las siguientes desventajas: la complejidad y la onerosidad del procedimiento; el riesgo del compromiso más cómodo y una cierta propensión a la inmovilidad (3). La

búsqueda del modo y el grado deseables de la división federativa es por ello, precisamente, un problema de optimización.

3. En particular sobre el federalismo cooperativo ("interdependencia de la política"). En muchos Estados federales puede constatarse actualmente una tendencia hacia la centralización (cfr. § 42 III 1), como consecuencia de que, en el moderno Estado industrial, sean ineludibles las regulaciones centrales en sectores tan importantes como la economía, la transportación, la ordenación espacial, la protección al medio ambiente y la educación. Con el fin de combinar ampliamente esta necesidad con las ventajas de un sistema federativo, se ha hecho uso de una división cooperativa de funciones.

Básicamente tal es el caso cuando la legislación (las decisiones "programadoras") es confiada a los órganos centrales, y la ejecución de la ley (las decisiones "programadas") a las entidades federativas (cfr. art. 83 LF)^a. De igual modo se puede establecer la elaboración central, de planes y disposiciones marco, que se limiten a proporcionar el indispensable modelo uniforme de coordinación, dejando a las entidades federativas su ejecución y complementación; la técnica de las leyes de bases (art. 75 LF)^b, ofrece un ejemplo de semejante distribución de competencias.

Puede denominarse esquema cooperativo en sentido más estricto a aquel que trae consigo un "entendimiento obligado" (*Verständigungszwang*), es decir, la necesidad de ponerse mutuamente de acuerdo y, en caso preciso, de establecer compromisos. Un ejemplo de ello es la participación funcional de las entidades federativas (y eventualmente, también de las corporaciones territoriales municipales) en los procesos centrales de planeación y regulación. En la República Federal de Alemania, las entidades federativas cooperan en la legislación federal por intermedio del Consejo Federal (art. 50 LF), cuyo derecho de cooperación requiere un entendimiento mutuo, en especial tratándose de las leyes de aprobación conjunta (*Zustimmungsgesetze*) y aún de una nueva distribución de la recaudación fiscal. — En el campo de la planeación, pueden darse planes marco comunes y una ulterior cooperación entre la Federación y las entidades federativas (cfr. art. 91 a y b LF). — La cooperación puede institucionalizarse bajo la forma de juntas centrales de coordinación; así, por ejemplo, corresponden a este modelo los Consejos para la Planeación Financiera y la Coyuntura en la RFA (§ 51 de la Ley de principios hacendarios, § 18 de la Ley de Estabilidad).

Consideradas en conjunto, estas técnicas cooperativas representan un compromiso entre la necesidad de unidad jurídica y

una política uniforme, por un lado, y las ventajas de un sistema federativo, por el otro. Estas ventajas consisten principalmente en asegurar que sean tomadas en cuenta necesidades regionalmente diferenciadas (2). No obstante, existen algunos inconvenientes:

Las prácticas cooperativas en sentido estricto son a menudo complejas y costosas. Encubren el peligro de que una política poco eficiente del "común denominador" ocupe el sitio de una política de amplia perspectiva. Debido a la pesadez del procedimiento, la política cooperativa tiende también a la inmovilidad, dada la escasa inclinación a abandonar los acuerdos logrados.

Las interdependencias cooperativas de competencias conducen, asimismo, a que sean las burocracias profesionales las que armonicen entre sí los puntos de vista de las corporaciones interesadas, esto es, que la elaboración previa de las decisiones corre a cargo de "fraternidades profesionales" burocráticas (F. Wagener). El complejo proceso de decisión tiene, por consecuencia, de hecho, que las funciones de regulación se desplacen hacia las burocracias. En suma, el federalismo cooperativo tiende a convertirse en "federalismo administrativo".

No sólo por razones técnicas sino también por motivos de fondo, a través de la interdependencia cooperativa de la política, las corporaciones participantes pierden autonomía, esto es, substancia de autorregulación, tan pronto se abandona el principio de unanimidad. Los derechos de participación en una decisión global solamente pueden compensar la pérdida de autonomía una vez excluida la posibilidad de una mayoría, esto es, únicamente si se mantiene el principio de unanimidad.

La interdependencia cooperativa reduce también, en alto grado, la transparencia del proceso de decisión, particularmente la posibilidad de determinar claramente el ámbito de competencia dentro del cual se ha adoptado una decisión y, por tanto, quien es responsable de ella. Ello incrementa el anonimato y lo aparatoso del proceso político. El federalismo cooperativo entra en conflicto con la exigencia de crear ámbitos de decisión y responsabilidad, claramente delimitados y transparentes.

II. Las confederaciones de Estados y su delimitación frente al Estado federal

Usualmente se mencionan como ejemplos de confederación de Estados: los Estados Unidos de América, de 1781 hasta la entrada en vigor de la Constitución federal de 1789; Suiza, de

1815 hasta 1848; la Confederación del Rin, de 1806 hasta 1813, y la Confederación germánica, de 1815 hasta 1866. En la mayoría de estos casos, la confederación se presenta como etapa previa al surgimiento posterior de un Estado federal, como una unión más libre que cede ante una más rígida, como una asociación que concede a los Estados un mayor grado de autonomía que el Estado federal.

Un enfoque simplificador ha creído poder trazar una nítida separación conceptual entre la confederación de Estados y el Estado federal. Así, la confederación no sería más que una unión, de derecho internacional, de Estados independientes, mientras que el Estado federal lo sería de derecho político (*staats rechtlich*). Una característica principal de la confederación de Estados que confirma su naturaleza de derecho internacional, consiste en que es incapaz de expedir leyes con efectos internos directos, mientras que el Estado federal, en tanto que unión de derecho político, constituye un Estado conjunto que puede crear derecho interno.

Sin embargo, la confederación ha alcanzado un grado tal de integración interestatal, que ya no es posible comprenderla adecuadamente con puros conceptos de derecho internacional:

La posibilidad de ejecución de la unión contra los Estados miembros, establecida en las confederaciones, demuestra que se ha alcanzado un punto tal de dependencia e intervención recíprocas, que va más allá del que corresponde al tipo tradicional de las uniones de derecho internacional.

La confederación es una unión de Estados con intención de permanencia, de tal fuerza que también afecta las constituciones de los Estados miembros. Una unión funcional de esta intensidad presupone, de hecho al menos, una semejanza entre las diversas constituciones (con mayor énfasis: C. Schmitt VL. 375 ss.; TC, 432 ss.). Es la confederación, y no apenas el Estado federal, la que requiere "afinidad en el tipo de solución de conflictos" (Lerche 1964, 87), la que se expresa, desde el punto de vista organizativo, en aquella homogeneidad de las constituciones y en los órganos de coordinación y mediación. De conformidad con esto, las Actas de Viena de 1815 disponían una constitución estamental para los Estados miembros de la Confederación Germánica, y el art. 57 de las Actas Finales de Viena, de 1820, determinaba que los Estados miembros mantendrían fundamentalmente la monarquía como forma de Estado. La confederación muestra aquí un elemento estructural que también es característico de los Estados federales (cfr. por ejemplo el art. 17, inciso 1. de la Constitución de la República de Weimar y el art. 28, inciso 1 de la ley Fundamental de

Bonn), aunque en la confederación no tenga igual eficacia jurídica interna que en el Estado federal.

A menudo la pertenencia a una confederación es consagrada en las constituciones de los Estados miembros, lo cual pone de manifiesto la relevancia política que dicha pertenencia tiene para los diversos ordenamientos constitucionales (cfr. por ejemplo, el § 1 de la Constitución de Baden, de 22.8. 1818; el § 3 de la Constitución de Württemberg, de 25. 9. 1819; el art. 1 de la Constitución de Hessen-Darmstadt, 17.12.1820, y el § 1 de la Constitución de Sajonia, de 4.9. 1831). Pero aun cuando el texto constitucional no exprese formalmente, el ingreso en una confederación modifica la constitución en sentido material ("El contenido concreto de las decisiones políticas fundamentales sobre el total modo de existencia del Estado"), en el sentido de que el Estado queda inordinado en el sistema político total de una confederación de Estados (C. Schmitt VL, 367; TC, 422).

Según el caso, a las repercusiones del hecho político sobre los ordenamientos constitucionales de los Estados se agrega la posibilidad de que los órganos de una confederación puedan crear derecho con obligatoriedad interna directa. Esta facultad se atribuye actualmente a algunas uniones de Estados que se limitan a algunas finalidades particulares y no son siquiera confederaciones, para no hablar ya de Estados federales (§ 40 III, V). Siendo así, no se comprende el motivo por el cual esta facultad habría de ser incompatible con la naturaleza jurídica de la confederación.

No toda repercusión sobre las constituciones particulares, por su pertenencia a una federación, ni toda posibilidad que tengan los órganos de la unión de crear derecho internamente obligatorio convierten a una confederación en Estado federal. Se cruza la frontera con el Estado federal una vez que las competencias de los órganos de la unión aumentan en tal medida que se origina un dualismo de centros de decisión, de modo que la cuestión de la supremacía de competencias queda abierta. El mismo criterio empleado ya para distinguir al Estado federal del unitario (§ 9 IV), permite delimitar al Estado federal, desde el otro lado, frente a la confederación de Estados. Naturalmente, en la realidad estatal no siempre es posible marcar nítidamente la frontera, sino que existe una transición fluida entre las confederaciones y los Estados federales, de igual modo que entre las formas menos rígidas de integración interestatal (§ 40 V).

§ 40. Las organizaciones internacionales

§ 10. K. Zemanek, Das. Vertragsrecht der Internat. Organisationen,

1957; *L.M. Goodrich*, *The United Nations*, 1959; *Dahm U*; *Menzel-Ipsen* §§ 28 ss.; *Berber III*, §§ 25 ss.; *Seidl-Hobenveldern* 10; *Bleckmann* 149 ss.; *W.A. Kewenig* (ed.), *Die Vereinten Nationen im Wandel*, 1975; *Verdross-Simma*, 80 ss.; *L.J. Constantinesco*, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften*, I 1977.

I. Función básica y situación jurídica

H. Bülck, *Föderalismus als internationales Ordnungsprinzip*, en: *VVDStRL* 21 (1964), 1 ss.; *P. Häberle*, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, 407ss.

Las organizaciones internacionales funcionan también de acuerdo con un esquema "federativo" en el sentido más amplio: una pluralidad de unidades políticas territorialmente organizadas integra un orden institucionalizado, dentro del cual se esfuerzan continuamente por equilibrar sus intereses mediante un entendimiento y adaptación recíprocos. Para lograr una compensación de intereses entre Estados soberanos, se ha abandonado aquí la técnica de los tratados aislados y se ha transitado hacia un esquema de "depuración cooperativa de conflictos" (§ 3 I 2). Por otro lado, las uniones internacionales no han cruzado todavía el umbral del Estado, pues carecen de numerosos atributos que pertenecen a la estructura federativa de un Estado. Particularmente el equilibrio de poderes, que radica en el dualismo federal de la distribución de competencias, no se ha desarrollado plenamente en las organizaciones internacionales, si bien algunas posibilidades de control mutuo pueden provenir de las interdependencias en la economía y la política de defensa.

El motivo de la proliferación de las organizaciones internacionales ha sido la intensificación, sin paralelo, de los vínculos e interdependencias económicas a nivel mundial, una enorme concentración, y aceleración del tráfico internacional y del intercambio de información económica, militar, técnico-científica y de todo tipo; se han desarrollado sistemas de armamento que podrían aniquilar a porciones enteras de la humanidad por encima de los continentes y, en relación con esto, han surgido extensos sistemas defensivos e interdependencias militares.

A través de los deberes derivados de los tratados internacionales de tipo tradicional no era posible ya desempeñar la profusión de funciones de ordenación y compensación, planteadas en el plano supranacional. Se necesitaban instituciones para la defensa en común de intereses comunes, para la coordinación de intereses de distinta clase y, para la compensación de intereses en conflicto, más allá del ámbito de los diversos estados. Tales instituciones contribuirían a precisar, promover y

hacer realidad los fines superiores de la comunidad y lograr una compensación federativa de intereses. Frente al esquema clásico de compensación y regulación de los tratados internacionales, tales organismos comunes de planeación y coordinación ofrecen algunas ventajas: ya no se negocian y regulan casuísticamente problemas de detalle entre diversos Estados, sino que más bien las cuestiones particulares son situadas, desde un principio, en aquellos contextos objetivos más amplios, cuya planeación y regulación permanentes es función de las organizaciones internacionales. Estas no sólo han de aspirar a lograr una compensación bilateral de intereses, sino una coordinación multilateral de los intereses de todos los Estados involucrados. Además, dichas instituciones constituyen ya la base de organización sobre la cual se puede abandonar, con precaución, el principio de unanimidad en la compensación internacional de intereses y transitar hacia el principio de mayoría, más favorable a la cooperación.

Una de las esperanzas puestas en el surgimiento de las organizaciones supranacionales es que por fin se tenga un instrumento para la aplicación organizada del derecho internacional que sustituya la autoayuda bélica (véase Kant, La paz perpetua, 2o. Artículo definitivo). A pesar de todas las diferencias existentes, puede pensarse en un proceso similar al que hizo desaparecer la venganza privada en los diversos territorios, a medida que el poder estatal en consolidación tomaba para sí la garantía del derecho.

Para la coordinación y defensa de intereses comunes, se requería establecer organismos internacionales jurídicamente independientes, esto es, organizaciones con personalidad jurídica propia que fueran incluso sujetos de derecho internacional. Tales organizaciones también son recomendables para las funciones de arbitraje que en principio no pudieran confiarse a un órgano de un Estado interesado.

Como consecuencia de su autonomía jurídica, estas organizaciones poseen un orden jurídico propio, a saber, el derecho interno de la comunidad de Estados; en este punto, puede quedar abierta la debatida cuestión de si este derecho comunitario no es más que una rama especial dentro del derecho internacional o si se trata de un derecho *sui generis*, diverso de él. El tratado de fundación es derecho comunitario primario; son derecho comunitario secundario las normas jurídicas dictadas de conformidad con aquél para regular los asuntos internos de la comunidad; un ejemplo de ello sería un estatuto burocrático para los empleados de la organización.

El que una organización sea sujeto de derecho internacional

se pone de relieve en el hecho de que pueda demandar a los Estados miembros, por propio derecho el cumplimiento de las obligaciones que emanan de la relación comunitaria.

II. Ambito de funciones

La profusión de las tareas que son de actualidad se refleja en la multiplicidad de las organizaciones que existen:

1. **Ambito de funciones de la ONU y sus organizaciones especiales.** Por no mencionar sino las más significativas, la ONU se ocupa de las siguientes tareas: el mantenimiento de la paz mundial (Consejo de Seguridad); la coordinación de los intereses económicos (Consejo Económico y Social; Comisiones económicas regionales; UNCTAD = *UN Conference on Trade and Development*); la prevención y supresión de emergencias sociales (Alto Comisionado para los refugiados); UNICEF = *UN International children's Emergency Fund*); además, la solución judicial de las controversias internacionales (Corte Internacional de Justicia = ICJ = *International Court of Justice*).

Existen organizaciones especiales ligadas a la ONU; la coordinación de su actividad incumbe principalmente al Consejo Económico y Social de la ONU (cfr. arts., 57 y 63 de la Carta de la ONU). El ámbito de funciones de estas organizaciones especiales comprende: la moneda y las finanzas, la economía, las comunicaciones y los transportes, la alimentación, la salud, el trabajo, la ciencia y la cultura.

El Fondo Monetario Internacional (IMF = *International Monetary Fund*) debe facilitar los pagos multilaterales, fijar las paridades de las monedas y ayudar a estabilizarlas, así como mantener bajo control las restricciones a la transferencia de divisas.

El Banco Mundial, más bien, el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (IBRD = *International Bank of Reconstruction and Development*) y su organización filial, la Corporación Financiera Internacional (IFC = *International Finance Corporation*), otorgan créditos de ayuda al desarrollo productivo y para la reparación de daños de guerra. También tienen por objeto la ayuda al desarrollo los créditos de la Asociación Internacional de Fomento (IDA = *International Development Association*).

Desempeña funciones en el campo de los energéticos la Organización Internacional de la Energía Atómica (IAEO = *International Atomic Energy Organization*) procurando el acceso de sus Estados miembros al material fisionable para el uso pacífico de la energía atómica y ejerciendo las funciones relati-

vas de control. El Acuerdo General sobre Aranceles y Comercios (GATT = *General Agreement on Tariffs and Trade*) y su Secretaría permanente, constituyen el tronco de una futura organización comercial internacional de la ONU; la tarea de este Acuerdo consiste en fomentar las relaciones comerciales internacionales, mediante la reducción de las restricciones a la importación y la exportación, y de las barreras aduanales (aplicación, por principio de la cláusula de la nación más favorecida entre todos los Estados miembros).

La Organización Internacional de Aviación Civil (ICAO = *International Civil Aviation Organization*) y la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (IMCO = *Intergovernmental Maritime Consultative Organization*) se ocupan de problemas de Transporte; entre otras funciones, deben fomentar la seguridad técnica de la aviación y de la navegación marítima. La Unión Postal Universal (UPU = *Universal Postal Union*), debe facilitar el tráfico internacional de paquetes y correspondencia; la Unión Internacional de Telecomunicación (ITU = *International Telecommunication Union*) desempeña igual función respecto de la comunicación internacional por teléfono, telégrafo y radio.

Es tarea de la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO = *Food and Agriculture Organization*) contribuir, mediante estudios y auxilio técnico, a cubrir las necesidades alimentarias de la humanidad.

Se ha confiado a la Organización Internacional del Trabajo (ILO = *International Labour Organization*) la protección de los derechos, la vida y la salud de los trabajadores; para este fin, redacta convenciones internacionales del trabajo y recomienda su ratificación a los Estados miembros.

Mediante disposiciones y auxilio técnico, la Organización Mundial de la Salud (WHO = *World Health Organization*) se ocupa de promover el más alto nivel posible de salud en el mundo y, en especial, de la prevención de epidemias, la "estandarización" de los medicamentos y de la unificación de las disposiciones en materia de salud.

La UNESCO (= *United Nations Educational Scientific and Cultural Organization*) debe promover la ciencia y la cultura, en particular, debe luchar contra el analfabetismo, preservar de la destrucción el patrimonio cultural, confrontar, recopilar y elaborar catálogos de los resultados de la investigación científica, así como facilitar los contactos entre los hombres de ciencia.

La Organización Meteorológica Mundial (WMO = *World Meteorological Organization*) se encarga de difundir datos meteorológicos en todo el mundo.

2. Ambito de funciones de las organizaciones regionales.

Entre las numerosas finalidades que persiguen las organizaciones internacionales regionales, se hallan, en primer plano, la defensa común y la cooperación económica.

Las alianzas de guerra y de defensa se han considerado hasta ahora como relaciones interestatales calificadas, sin importar que una organización especial haya estado ligada a ellas; puesto que "la guerra abarca al Estado, como totalidad en su existencia política", el compromiso resultante de esta alianza "tiene un carácter singular y se distingue de cualesquiera otras regulaciones contractuales o asociaciones, por valiosas o importantes que sean" (C. Schmitt VL, 365; TC, 420). Hoy día las comunidades de alianza más importantes poseen, por lo general, organizaciones propias. El centro de gravedad de sus tareas radica comúnmente en la planeación y organización estratégicas de la defensa común contra ataques externos. Sin embargo, del mismo modo que la más antigua de las organizaciones, la Organización de los Estados Americanos (OEA), y la Unión de Europa Occidental, pueden tener además como función la de solucionar pacíficamente los conflictos entre los Estados miembros. Las organizaciones de defensa más importantes en la actualidad, se polarizan por el conflicto Este-Oeste. Así, la fundación de la OTAN (Organización del Tratado del Atlántico Norte), en 1949, tuvo como contrapartida la creación, en 1955, de la organización oriental del Pacto de Varsovia. De Orientación pro occidental es el Pacto de Defensa del Pacífico (ANZUS = *Australia, New Zealand and USA Defence Pact of the Pacific*).

La cooperación económica que buscan las organizaciones creadas para tal fin, puede ser más o menos estrecha. Así, por ejemplo, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD = *Organization for Economic Cooperation and Development*) tiene por objeto la coordinación de la política económica y coyuntural y de la ayuda al desarrollo; la Agencia Europea de Energía Nuclear (ENEA = *European Nuclear Energy Agency*) afiliada a aquélla, contribuye a coordinar el empleo pacífico de la energía atómica; creado por los Estados del bloque oriental, el Consejo de Ayuda Económica Mutua (COMECON = *Council for Mutual Economic Aid*), pretende en lo particular, facilitar la armonización de los planes económicos de los diversos países, y fijar las condiciones generales de suministro — ambas son preocupaciones importantes de los sistemas de economía planificada.

Sin embargo, las organizaciones internacionales pueden perseguir una mayor integración de los Estados miembros en una comunidad económica. El fin último es, por lo regular, la

unión de los territorios de los Estados en una región económicamente uniforme y en un mercado común. A ello contribuyen particularmente la reducción de restricciones aduanales y de cuotas de importación y la exportación, así como las medidas encaminadas a eliminar los cárteles y subvenciones, que obstaculizan la competencia internacional. Detrás de estos programas económicos se halla, como objetivo remoto, la idea de una integración creciente, incluso de tipo político. La más importante de estas organizaciones es la Comunidad Económica Europea (CEE), sobre todo en relación con sus organizaciones hermanas, la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA) y la Comunidad Atómica Europea (CAE).

III. Medios para la realización de las tareas de la comunidad

Sirven como medios técnicos para la delimitación y prosecución de los fines comunitarios, por ejemplo: la convocatoria a conferencias internacionales; la planeación (como un proyecto de estrategia de defensa o estudios sobre la alimentación mundial); la elaboración de proyectos de tratado y de recomendaciones de otro tipo; la expedición de resoluciones particulares con obligatoriedad jurídica (por ejemplo, de la CEE o la CAE) y la expedición de disposiciones generales con obligatoriedad interna en los Estados miembros, ya sea en virtud de una transformación o de modo directo (por ejemplo, las resoluciones de obligatoriedad general de la CECA y los reglamentos de la CEE y la CAE).

En cuanto a las sanciones, también se presta a consideración, un amplio instrumental: la declaración de que un Estado miembro ha quebrantado sus obligaciones va unida, en ocasiones, a la facultad de dar a conocer públicamente estas infracciones (por ejemplo, por violación de la Convención Europea de los Derechos Humanos); la solicitud de un dictamen de un tribunal internacional sobre estas violaciones de deberes (por ejemplo, una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia a través de la Asamblea General de la ONU); la suspensión de los derechos de membresía (*mitgliedschaftsrechte*) del Estado transgresor (por ejemplo, en el Consejo de Europa); la suspensión de pagos y otras prestaciones al infractor (por ejemplo, de los servicios del Organismo Mundial de la Energía Atómica) y la expulsión de un miembro de la organización (por ejemplo, del Fondo Monetario Internacional); finalmente, contra una amenaza o ruptura de la paz mundial, pueden adoptarse, por resolución del Consejo de Seguridad, medidas coactivas económicas y otras de carácter no militar,

pero en caso necesario puede emplearse la fuerza militar, incluso contra un no miembro de la ONU.

Con cuál de estos instrumentos cuenta una organización en un caso dado, se desprende de su respectivo derecho comunitario interno.

IV. Estructura organizativa

Aquí sólo podemos señalar los elementos estructurales generales. La estructura de la organización varía, en lo particular, de acuerdo con sus tareas objetivas. Así, por ejemplo, las necesidades en el mundo de los negocios, sobre todo de una pronta reacción en el mercado de capitales, requieren del Banco Mundial una estructura con características jerárquico-burocráticas y, en especial, una fuerte posición jurídica de su presidente. Otra estructura necesitan las organizaciones que, como la CEE, deben negociar continuamente compromisos entre los intereses de los Estados y constituir, además, el germen de una integración interestatal mayor. En las organizaciones cuyas funciones son predominantemente técnicas, como la Unión Postal Universal, no se requiere que los derechos de participación política de los Estados miembros tengan vigencia en igual medida que en aquellas que deben adoptar determinaciones con fuerte relevancia política.

El estrecho lazo entre las disposiciones organizativas y la función real del órgano es particularmente evidente en el Consejo de Seguridad, cuyas amplias facultades coactivas sólo podrían imponerse fácticamente contra la voluntad de alguna de las grandes potencias bajo el peligro de una conflagración mundial; por tanto, una consideración racional de sus probabilidades reales de imposición condujo a otorgar a las cinco potencias más grandes (al momento de firmarse el tratado: China, Francia, Gran Bretaña, URSS y EUA) un asiento permanente en el Consejo de Seguridad y, además, un derecho de veto contra cualquier decisión (arts. 23 y 27 de la Carta de la ONU); consecuentemente, bajo este aspecto político, la representación de China en el Consejo de Seguridad fue transferida al gobierno de la República Popular después de la revolución en el continente chino.

En lo particular, las organizaciones cuentan con diversas clases de órganos:

Un órgano burocrático ocupado por técnicos es imprescindible en toda organización. Ejemplo de ello son las oficinas del Secretario General de la ONU, del director general de la UNESCO, del presidente del Banco Mundial y de la Comisión

de las Comunidades Europeas. Esto va de acuerdo con una regla empírica universal, según la cual, la gran complejidad de la situación jurídica, económica y científica provoca el aumento en la influencia de las burocracias, que constituyen un instrumento óptimo para dominar el lado técnico de las tareas políticas, en virtud de su disciplinada coordinación de saber profesional y de servicio (§ 30 I). Esta influencia se ve vigorizada todavía más por la presencia permanente de la burocracia en la sede de la organización. En lo particular, el alcance de las competencias de los órganos burocráticos es diverso. Van desde las facultades relativamente modestas del Secretario General de la ONU (entre otras: llamar la atención de los demás órganos de la ONU sobre asuntos que puedan poner en peligro la paz, presentarles informes al respecto, elaborar provisionalmente el orden del día de la Asamblea General) hasta las trascendentes competencias de la Comisión de las Comunidades Europeas (entre otras: no solamente expedir derecho interno de la comunidad, sino también ciertas disposiciones con obligatoriedad interna directa).

De otro lado están los órganos que representan a los diversos Estados miembros, así como a sus concepciones e intereses, particularmente cuando se trata de la formación de la voluntad política de la organización y el control del órgano burocrático:

En primer término, se requiere un órgano en que estén representados los Estados miembros como tales (es decir, como comunidades políticas organizadas); usualmente este órgano está integrado por miembros del mismo gobierno o por otros funcionarios de los Estados y así tenemos como ejemplos la Asamblea General de la ONU, la Conferencia General de la UNESCO y el Consejo de la Comunidad Europea. Encontramos aquí variaciones, dependiendo de las respectivas necesidades objetivas. Así, por ejemplo, a la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, envían representantes no sólo los gobiernos sino también las principales asociaciones de patrones y trabajadores, de modo que quede asegurada la representación de intereses particulares, de especial importancia en este caso. Por otro lado, se ha probado la conveniencia de que el órgano de representación de los Estados sea ocupado por personas de la mayor jerarquía posible, ya que las organizaciones internacionales intentan continuamente establecer compromisos de carácter federativo; no obstante, conforme a la experiencia, el subalterno que debe "reasegurarse" continuamente con un superior goza de mucha menor movilidad para allanar compromisos y buscar soluciones no convencionales, que una persona con mayor poder de decisión. Cuanto mayor sea la jerarquía de quienes ocupan este órgano, tanto más flexible será, por regla

general, la actuación de la organización. También se puede distribuir la representación de los Estados miembros entre varios órganos de diverso rango, para adaptarse mejor a la importancia variable de las cuestiones a tratar, siguiendo el modelo de la OEA, que cuenta con una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, un Consejo Permanente, un Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura y un Comité Consultivo de Defensa.

En ocasiones existe un órgano cuasi-parlamentario. Tienen necesidad de él sobre todo las organizaciones que, en relación con determinadas cuestiones, pueden expedir normas jurídicas con validez interna directa en los Estados y, por tanto, intervenir en el ámbito de función del órgano legislativo estatal. Cuando dichas normas sólo pueden ser dictadas por acuerdo unánime del órgano de los ministros o de un órgano controlado por éste, la responsabilidad interna del ministro garantiza, al menos indirectamente, que esas normas no se sustraigan del todo al control parlamentario. Sin embargo, cuando más se desplaza al principio de unanimidad por el de mayoría en los órganos supraestatales, se desvanece en igual medida la funcionalidad de este control parlamentario indirecto y se siente con más fuerza la necesidad de reemplazarlo con un control parlamentario directo dentro de las organizaciones internacionales mismas. La Comunidad Europea cuenta con un principio de organización en este sentido en el "Parlamento Europeo" cuyos miembros eran nombrados primeramente por los parlamentos de los Estados miembros; a partir de 1979, son electos por el sufragio directo y universal de la población de estos países. No obstante las competencias del "Parlamento Europeo" van considerablemente a la zaga de las de un parlamento estatal. No tiene la facultad de crear derecho, ni la de iniciativa de ley, como tampoco una plena supremacía presupuestaria. De las competencias parlamentarias posee esencialmente sólo el derecho de encuesta frente a la Comisión, y de expresarle su desconfianza, para obligarla así a dimitir. Frente al Consejo posee únicamente el derecho de audiencia previa a ciertas resoluciones.

V. Etapas de la integración

§ 10 III; Herzog, 400 ss.; Th. Operman, Die europäische Gemeinschaft als parastaatliche Superstruktur, en: F. F. H. P. Ipsen, 1977, 685 ss.; J. A. Frowein et al., Die Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, 1978

No existen fronteras nítidas entre las diversas etapas de la integración interestatal, sino un *continuum* que va desde las for-

mas más laxa de las organizaciones internacionales, pasando por organismos supranacionales más rígidos y las confederaciones de Estados, hasta los Estados federales (§ 39 II)

De las organizaciones internacionales en el sentido más amplio, deben destacarse, como forma específica, las comunidades supranacionales, cuyo principal ejemplo es la Comunidad Europea. Podría tomarse como atributo supuestamente exacto y específico de esta organización el hecho de que pueda dictar disposiciones con obligatoriedad interna directa en los Estados. Sin embargo, este sólo criterio resultaría insuficiente, porque también pueden tener esta facultad otras organizaciones que se encuentran en una etapa de integración muy distinta que la de, digamos, la Comunidad Europea. Así, por ejemplo, la Comisión Europea del Danubio, creada por las Actas del Congreso de París, de 1856, poseía, dentro del estrecho sector de sus atribuciones, una facultad reglamentaria independiente que podía incluso extenderse a los particulares, así como un poder punitivo sobre éstos.

La distinción entre las diversas etapas de integración difícilmente puede hacerse con base en un único y exacto criterio, sino que es cuestión de evaluar la integración alcanzada. En ésta participan varios elementos: no sólo es importante el problema de los efectos de las resoluciones de la organización comunitaria (si son simples recomendaciones frente a los Estados miembros, o acuerdos obligatorios, incluso con efectos internos directos). También interesa el número, la importancia y la duración de las funciones que se le han encomendado, además de los medios de ejecución que se han puesto a disposición de la organización. Estos factores se reflejan frecuentemente en el grado de organización y en la existencia de una jurisdicción propia. También es de significación el grado de autonomía logrado por la organización frente a sus miembros; como criterios al respecto pueden mencionarse las cuestiones de si los acuerdos de la organización requieren unanimidad o sólo mayoría y si, y hasta qué punto, sus principales órganos no están sujetos a las instrucciones de los Estados miembros. Para enjuiciar la verdadera fuerza de integración y las tendencias evolutivas de una organización, deben tenerse en cuenta factores reales como las dependencias e interrelaciones en economía y política de defensa, así como el sentimiento de pertenencia nacional e ideológica, en particular; por otro lado, el grado de la voluntad de autoafirmación nacional en los países miembros.

La Comunidad Europea es representante típica de la etapa de integración de las comunidades supranacionales, la que se distingue, por un lado, de los organismos internacionales con

menor grado de organización y, por el otro, de los Estados federales.

Teniendo presente el nivel de integración alcanzado, con base en los criterios señalados, puede determinarse que los órganos de esta comunidad son capaces de dictar determinadas disposiciones con obligatoriedad interna directa. El ámbito de función de la organización abarca amplios terrenos, sobre todo de política y administración económicas y de política monetaria. El número, importancia y estabilidad de sus tareas se reflejan en las grandes autoridades sólidamente establecidas, incluso en un tribunal propio. Los acuerdos por mayoría de los órganos de la Comunidad son obligatorios, en considerable medida, para todos los Estados miembros (si bien en el Consejo se buscan en lo posible, compromisos aceptables para todos los interesados). Existen órganos importantes que son independientes de las instrucciones de los Estados miembros. Si englobamos en esta consideración factores reales, se observarán determinadas fuerzas que parecen impulsar el desarrollo de una comunidad supranacional en dirección hacia una confederación o un Estado federal. Como tales fuerzas centrípetas actúan la creciente interdependencia económica y la mayor movilidad de las élites y la fuerza de trabajo. La integración es favorecida también por el hecho de que algunos principios fundamentales del Estado democrático de Derecho se manifiestan como tales en la comunidad, sobre todo a través de la elección directa y la legitimación democrática del Parlamento Europeo por los ciudadanos de los Estados miembros, pero también por el hecho de que la Corte Europea reclame con éxito para garantizar la vigencia de los derechos humanos en la comunidad. La interdependencia económica y la alianza de defensa paralela a ella han ocasionado que los Estados asociados se convirtieran en una comunidad de destino en cuanto a política exterior. Sin embargo, poderosas fuerzas centrífugas contrarrestan a las centrípetas. El progreso de la Comunidad Europea hacia el Estado federal europeo en un futuro próximo pudiera quedar en ilusión porque la voluntad de autoafirmación nacional de los pueblos de Europa occidental habrá de imponer límites a la integración.

Como consecuencia del estadio de transición que ocupan, las categorías con que se intenta comprender a las organizaciones supranacionales, nacen en parte del mundo conceptual del derecho político (como en el caso de la sujeción a los derechos fundamentales) y en parte, del derecho internacional (como en el caso del ingreso de nuevos miembros), con las modificaciones que requiera la etapa específica de integración.

NOTAS AL CAPITULO IV

- a** art. 83: "Los *Länder* aplicarán las leyes federales como materia propia, siempre que la presente Ley Fundamental no disponga o admita otra cosa".
- b** art. 75: "Bajo los supuestos establecidos en el art. 72, la Federación tiene facultad para dictar disposiciones marco en las materias siguientes:
1. La situación jurídica de las personas que estén en el servicio público de los *Länder*, los municipios y otras corporaciones de derecho público, en cuanto el art. 74a. no determine otra cosa.
 - 1a. los principios generales de la enseñanza superior.
 2. el régimen jurídico general de la prensa y el cine
 3. la caza, la protección de la naturaleza y la estética del paisaje
 4. la distribución de la tierra, la ordenación del espacio y la conservación de las aguas
 5. el empadronamiento y los documentos de identidad.
- c** art. 17 (1): "Todo Territorio deberá tener una constitución republicana..."
- art. 28 (1) LF: "El orden constitucional de los *Länder* deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano democrático y social expresados en la presente Ley Fundamental..."

Capítulo V. Importantes tipos de Estado en la actualidad ..	
§ 41. La democracia parlamentaria	413
§ 42. La democracia presidencial de los EUA	426
§ 43. La república de soviets en la URSS	438

Capítulo V. Importantes tipos de Estado en la actualidad

§ 41. La democracia parlamentaria

§ 23. *W. Bagehot*, Die englische Verfassung (ingl. 1867) al. 1971; *C. Schmitt* VL, 303 ss.; *I. Jennings*, The British Constitution, 1941, ⁵1966; *F. Glum*, Das parlamentarische Regierungssystem in Deutschland, Grossbritannien und Frankreich, 1950, ²1965; *Maunz-Zippelius*, §§ 10 V, 38, 42 I (bibl.); *H. Morrison*, Regierung und Parlament in England... (ingl. 1954) al. 1956; *E. Friesenhahn, K.J. Partsch*, Parlament und Regierung im modernen Staat, VVDStRL 16 (1958), 1 ss., 74.; *I. Jennings, G.A. Ritter*, Das britische Regierungssystem, 1958, ²1970; *Loewenstein*, VL, 81 ss., 467 ss.; *K. Kluxen* (ed.), Parlamentarismus, 1967, ⁵1980 (bibl.); *K. Loewenstein*, Staatsrecht und Staatspraxis in Grossbritannien, I 1967; *Th. Stammen* (ed.), Strukturwandel der modernen Regierung, 1967; *N. Gehrig*, Parlament-Regierung-Opposition, 1969; *G. Loewenberg*, Parlamentarismus im polit. System der BRD, 1969; *Scheuner* St. 317 ss.; *K.v. Beyme*, Die parlamentarischen Regierungssysteme in Europa, 1970; *Herzog*, 242 ss., 264 ss.; *G. Schmid*, Das Verhältnis von Parlament und Regierung im Zusammenspiel der staatlichen Machtverteilung, 1971; *S.A. de Smith*, Constitutional and Administrative Law, 1971, ³1977; *G.A. Ritter*, Parlament und Demokratie in Grossbritannien, 1972; *N. Achterberg*, Das Parlament im modernen Staat, DVBl 1974, 698 ss.; *H. Wasser*, Parlamentarismuskritik vom Kaiserreich zur Bundesrepublik, 1974; *H. Valentine* (ed.), Parliaments of the World, 1976; *Stern*, § 22; *H. Widder*, Parlamentarische Strukturen im polit. System, 1979; *H. Händel*, Grossbritannien, I 1979; *S. Magiera*, Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, 1979.

Es principio fundamental del sistema parlamentario que el gobierno se apoye en la confianza de los representantes de elección popular y que sea permanentemente responsable ante el parlamento. De este modo, la idea democrática debe realizarse en grado más alto que en los Estados no parlamentarios (ejemplo de los cuales es la democracia presidencial de los Estados Unidos de América). Por ello, en estos últimos resulta más

factible el principio de la división de poderes, gracias a la posición más independiente del gobierno. Lo cierto es que el contenido específicamente democrático del sistema parlamentario ha aflorado claramente apenas en la evolución más reciente. Las raíces tempranas de esta forma de Estado se encuentran en otra parte.

I. Sobre la historia del parlamentarismo

Tb. Smith, De Republica Anglorum. 1583, ed. 1906; *W. Cobbett*, The Parliamentary History of England, 1806 ss.; *R. Gneist*, Das englische Parlament in tausendjährigen Wandelungen, 1886, ²1886; *J. Hatschek*, Englische Verfassungsgeschichte, 1913; *R. Redslob*, Die parlamentarische Regierung in ihrer echten und unechten Form, 1918; *K. Loewenstein*, Der britische Parlamentarismus, 1964; *K. Kluxen*, Das Problem der politischen Opposition, 1956; *H. Schill*, Die Stellung des Richters in Frankreich, 1961, 38 ss., 72 ss.; *K. Kluxen*, Geschichte Englands, 1968; *W. Jäger*, Politische Partei und parlamentarische Opposition, 1971; *H. Rausch* (ed.) Die geschichtlichen Grundlagen der modernen Volksvertretung, I 1980, II 1974; *K. Bosl* (ed.), Der moderne Parlamentarismus und seine Grundlagen in der ständischen Repräsentation, 1977; *H. Boldt*, en: GGb IV, 649 ss.

Históricamente hablando, el parlamentarismo se ha desarrollado a partir de un antagonismo entre gobierno y parlamento, a partir de la idea de someter al gobierno al control de un parlamento.

Encontramos el término "parlamento" en la Francia del siglo XIII, cuando la expresión *Parlament du Roi* denomina al tribunal del Rey en París. Este dictaba sus sentencias según el derecho consuetudinario y las leyes reales que había inscrito en su registro. Este registro ofrecía al tribunal un motivo para cercionarse de que las leyes del rey estuvieran en consonancia con los principios reconocidos del Derecho y la justicia. Si no lo estaban, a juicio del tribunal, éste, podía negar provisionalmente la inscripción y reconvenir al rey, derecho que se derivaba de su función como consejero del rey. Encontramos aquí los orígenes de un "derecho de revisión judicial"; no obstante, a partir de ellos no se desarrolló un control plenamente eficaz, pues el rey podía superar dichas objeciones y forzar el registro, particularmente si se presentaba personalmente en el tribunal y ordenaba la inscripción.

Más viable resultó el germen de otra especie de "parlamentarismo", que pasó del control estamental del gobierno a uno democrático y el cual se perfeccionó en Inglaterra. Tiene como antecedente, en el período sajón, el "consejo de los sabios" (*das witenagemot*), al cual recurría el rey tratándose de los asuntos de gobierno. Después de la conquista normanda, el lugar de esta asamblea consultiva lo ocupó un consejo, convocado por el

rey, que se componía de dignatarios eclesiásticos y señores feudales temporales. La Magna Carta de 1215 desempeñó un papel en la evolución del parlamentarismo, en cuanto confirmó el derecho que tenían los estamentos de aprobar impuestos para recaudar derechos de escudo o subsidios, se requería el consentimiento de la totalidad de los vasallos afectados, los cuales se reunían en el consejo común (arts. 12, 14). Alrededor de la mitad de ese siglo, esta asamblea responde ya al nombre de *parliament*. En las décadas subsecuentes, los barones reclaman un control más amplio sobre el gobierno.

Después del levantamiento de 1264, Simón De Montfort, el cabecilla de los barones rebeldes, se hace cargo de los asuntos de gobierno y, en 1265, convoca al Parlamento también a los representantes de la nobleza menor (*gentry*) del campo y la ciudad. Luego de la restauración de la monarquía, Eduardo I siguió el ejemplo de Montfort y, a partir de 1295, introdujo en el Parlamento a los representantes de la *gentry* y de las ciudades (*boroughs*) que de algún modo constituían un contrapeso de los *lords*. La *Gentry* y los *boroughs* se fusionaron en los *Commons*; así, en el siglo XIV empezaron a destacarse como instituciones propias la Cámara Baja (*House of Commons*) y la Cámara Alta (*House of Lords*).

La espina dorsal de la influencia parlamentaria siguió siendo el principio de que los impuestos sólo podían ser recaudados con la aprobación del parlamento. Este principio fue ratificado y ampliado en repetidas ocasiones, así, por *confirmatio* de 1297 y por medio del estatuto de 1314; pero no siempre fue estrictamente respetado durante la época del ya incipiente absolutismo. El derecho del parlamento a legislar tuvo un origen separado, aunque algo confuso: en ocasiones como derecho de colaboración en la legislación real; en otras en concurrencia con un poder de dictar decretos propios del rey; finalmente, obstaculizado todavía por el derecho del monarca, como miembro del parlamento, a vetar una ley aprobada, negándole su apoyo; esta facultad la ejerció la Reina Ana, por última vez en 1707, y después cayó en desuso. En torno a la historia del desarrollo de estos derechos del Parlamento, deben destacarse dos documentos: un estatuto de Eduardo II del año de 1322, declara ya que los asuntos que atañen al pueblo y al reino deben ser discutidos, aprobados y decretados por el Parlamento, a través del rey, con el consentimiento de los preladados, condes y barones, así como de los comunes ("*the commonalty of the realm*"), conforme había sido costumbre hasta el momento. Dos y medio siglos más tarde, Sir Thomas Smith, secretario de Estado en la era isabelina, presenta un concepto muy amplio de las atribuciones

del Parlamento. Su definición refleja el importante papel que Enrique VIII otorgara al Parlamento, poniéndolo al servicio de sus planes de reforma. Como nunca antes lo había sido en el pasado, la legislación parlamentaria se convirtió en instrumento de la política, en este caso respecto de la separación de Roma y la regulación de las cuestiones conexas. *Sir Thomas* sacó la siguiente conclusión: "El supremo y absoluto poder en el reino reside en el Parlamento... El Parlamento deroga antiguas leyes, crea otras nuevas, dicta disposiciones sobre asuntos pasados y por venir, modifica los derechos y posesiones de las personas privadas, legitima a los bastardos, establece normas de religión, cambia pesas y medidas, determina el orden de sucesión al trono, define derechos discutidos... fija subsidios, tributos, impuestos y gravámenes, otorga perdón y absolución... sentencia o libera a aquellos a quienes el rey presenta a juicio" (1583, II 1).

En la época de los Tudores, el Parlamento no se presenta como simple asamblea de los representantes de ciertos estamentos o distritos, sino como representación de toda la nación, una concepción que ya venía elaborándose con anterioridad (§ 24 III 1). Precisamente a partir de ella fundamenta *Sir Thomas Smith* la amplia competencia del Parlamento, porque éste "representa y detenta la potestad de todo el reino... todo inglés se considera presente en él, ya sea en persona o a través de un representante o apoderado... y el consentimiento del Parlamento se tiene por voluntad de cada uno" (1583, II 1); cfr. también Quaritsch, 437 ss.).

El parlamentarismo inglés adquirió sus rasgos definitivos en el siglo XVII. Este proceso se inició con el intento de los primeros Estuardos, Jacobo I y Carlos I, de imponer un régimen absolutista, siguiendo el modelo del continente, pero chocaron con la resistencia del Parlamento. Mediante la *Petition of Rights*, este último logró arrancar de Carlos I, en 1628, la promesa de que serían respetados los antiguos derechos y libertades del país. Las continuas disputas entre el rey y el Parlamento condujeron primero a su disolución (1629), después a un gobierno sin parlamento que duró once años, y, por último, tras el conflicto del rey con el Parlamento Largo que había sido convocado otra vez en 1640, a la revolución puritana y a las guerras civiles inglesas. Después de decapitado Carlos I, Inglaterra fue declarada *Commonwealth*, es decir, república (1649), para caer entonces en el absolutismo del Parlamento Largo, cuya pretensión de autoridad ilimitada, sin embargo, se vió nuevamente trastornada en esta ocasión, por Cromwell.

Dos años después de la muerte de Cromwell, el hijo de Carlos I subió al trono con el nombre de Carlos II. A pesar de los reve-

ses que hubo de soportar el parlamentarismo, gracias al talento táctico de Carlos II, no se perdió todo el poder ganado por el Parlamento desde la revolución puritana.

Después de que Jacobo II fuera echado del trono por la Gloriosa Revolución de 1688, sin un solo golpe de espada, la idea monárquica contaba todavía con partidarios suficientes como para persuadir al Parlamento de ofrecer la corona a Guillermo III y María de Orange. El hecho mismo de que éstos ascendieran al trono en virtud de una resolución del Parlamento, debió conferir a éste un gran peso en su relación con el rey. Además, la designación tuvo lugar bajo las condiciones formuladas en la *Declaration of Rights* (1689). Este documento, convertido en ley como *Bill of Rights*, disponía, entre otras cosas, que el rey respetaría las leyes; que no podría suspenderlas en lo general, ni dispensar su cumplimiento en el caso particular; que sólo podía cobrar impuestos con autorización legal; que podía conservar un ejército permanente únicamente con consentimiento del Parlamento y que no podía obstaculizar las elecciones libres para el Parlamento y la libertad de palabra en él. El Parlamento, como órgano legislativo y de control, sería el contrapeso del poder ejecutivo (§ 31 II).

En esa época de actividad e influencia crecientes del Parlamento, se sitúan los inicios del partido político moderno. En el Parlamento comenzaron a cristalizar dos orientaciones políticas. La tendencia conservadora de los *Tories* recibió la huella de los representantes de la Iglesia oficial y de los grandes terratenientes, y pretendía mantener, en lo posible, los privilegios heredados de la monarquía. Sus contrincantes políticos eran los *Whigs*, provenientes principalmente de los círculos de los "round-heads" que habían luchado del lado del Parlamento contra el rey en la guerra civil. Con la democratización creciente de las elecciones, que toma fuerza apenas en el siglo XIX y culmina en el XX, los partidos se vieron obligados a organizarse cada vez más con miras a la contienda electoral, y a formular un programa político que sirviera como base del programa de gobierno en el siguiente periodo legislativo (§ 24 III 2).

En las décadas que siguieron a la Gloriosa Revolución fue desarrollándose la forma del gobierno de gabinete, que es característica del parlamentarismo moderno. Durante el periodo de Sir Robert Walpole (1721-1742), el gabinete interno se formó a partir del grupo de funcionarios de la corona; quedó constituido por un reducido número de figuras políticas, encabezadas por Walpole mismo como Primer Ministro.

La estrecha dependencia del gobierno, respecto del Parlamento, fue resultado de la competencia legislativa y del derecho presupuestario (*Budgetrecht*) de este último. Esta dependencia

dio origen a la costumbre de que el rey formara el gabinete con los dirigentes del partido mayoritario. Si bien los miembros del gabinete son comisionados de Su Majestad, de hecho permanecen en su cargo el tiempo que gocen del apoyo de la Cámara Baja. Cuando ya no cuentan con él, se ven obligados a presentar su dimisión al monarca, cediendo el paso a sus contrarios, que ahora tienen en su favor a la mayoría. Las elecciones de 1708 y 1710 provocaron un cambio de ministros, condicionado por la agrupación de los partidos en el Parlamento. Cuando Walpole cae (1742), el poder del Parlamento se ha consolidado a tal grado que, desde entonces, la corona se ve en la necesidad de confiar la formación del gabinete a personas gratas a la Cámara Baja. Del año de 1782 proviene el procedimiento de una petición formal de censura en la Cámara Baja; frente al trasfondo histórico de la pérdida de las colonias norteamericanas, fue ejercitado en aquel entonces contra el Primer Ministro *Lord Worth*, teniendo por resultado la renuncia de éste. (Tal procedimiento se anunciaba ya en la moción de censura presentada, sin éxito, contra Walpole, en 1741).

Por todo lo anterior, el parlamentarismo pareciera haberse convertido en un sistema de dependencia unilateral del gobierno respecto del Parlamento. Sin embargo, la inventiva política de los ingleses supo hallar una salida para no dejar al gobierno totalmente a merced del Parlamento. El derecho de disolver el Parlamento, fundado hasta entonces en la prerrogativa del rey, pudo aprovecharse como llamamiento al pueblo y, por tanto, como instrumento de democracia. La Cámara Baja no ejercía su poder por propio derecho, sino que remitía a los representantes del pueblo; si no estaba conforme con el gabinete, éste podía dar la vuelta al "asador", provocar la disolución del Parlamento y solicitar el apoyo del pueblo. En el año de 1784, el Primer Ministro William Pitt el Joven sentó un precedente de este procedimiento. En la práctica ocurre que, cuando ha perdido la confianza del Parlamento, el Primer Ministro no renuncia, sino que propone al jefe de Estado la disolución de la Cámara Baja y la convocatoria a nuevas elecciones para que el pueblo, al elegir simpatizantes u opositores del gabinete, manifieste si comparte la opinión de éste o la del Parlamento disuelto. Si elige representantes cuya mayoría está nuevamente en desacuerdo con el gabinete, entonces se acaba la partida, los ministros renuncian a sus cargos y son reemplazados por los dirigentes de la oposición. Este método presupone, en todo caso, que se considere determinante en última instancia la voluntad política directamente emanada del pueblo y no la de la representación popular. Recurrir al pueblo introduce un factor de democracia directa en el juego político.

II. El modelo fundamental de organización del sistema parlamentario

§§ 31: 36 II 3. *K.H. Mattern*, Grundlinien des Parlaments, 1969; *N. Achterberg*, Grundzüge des Parlamentsrechts, 1971; *U. Thaysen* Parlamentarisches Regierungssystem in der BRD, 1975, 21976;

Sobre 2: *H. Karebnke*, Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers. Ressortprinzip und Kabinettsgrundsatz, DVBl 1974, 101 ss. (bibl.); *Stern*, § 31 IV.

En el sistema parlamentario es el Parlamento, en teoría, el que controla al gobierno. En la realidad constitucional, el partido o coalición de partidos que han salido vencedores en las elecciones parlamentarias, constituyen la fracción más numerosa tanto en uno como en el otro. De este modo, el gobierno y "su" fracción se aproximan a una unidad de cooperación, mientras que el ejercicio de las funciones de control parlamentario se deja primordialmente a la oposición (III 2). Dentro del gobierno ocupa una destacada función el primer ministro quien es comúnmente jefe, o cuando menos miembro de la directiva del "partido del gobierno".

El ejercicio de las funciones de gobierno en el sistema parlamentario debe contemplarse bajo dos aspectos: por un lado, la relación entre gobierno y Parlamento; por el otro, es de interés la estructura "interna" del gobierno.

1. Gobierno y Parlamento. El hecho de que el gobierno deba contar con la confianza del Parlamento, tiene un aspecto personal y uno funcional.

a) Desde el lado *personal*, el requisito de la confianza parlamentaria desempeña un papel ya en la formación de gobierno. En este punto existen diversos grados de dependencia formal, ya que en un extremo de la escala tendríamos, por ejemplo, el nombramiento del primer ministro y de los ministros restantes (que aquél propone) por el jefe de Estado, vinculado convencional y fácticamente a las relaciones de mayoría en el Parlamento, pero sin la aprobación formal de éste (Gran Bretaña). En el otro extremo se sitúa la elección, por el Parlamento mismo, del primer ministro y de los ministros que éste propone. La Ley Fundamental de Bonn sigue un camino intermedio: el Canciller Federal es electo por el Parlamento a propuesta del Presidente Federal; éste nombra a los ministros a propuesta del Canciller (sin aprobación del Parlamento) (arts. 63, 64 LF).

El gabinete es formado, entonces, por los dirigentes del partido mayoritario o de una coalición de partidos. De este modo prevalece, al mismo tiempo, la decisión de los electores en favor de alguno de los equipos de gobierno que los partidos han presentado previamente (§ 23 II 3). Por regla general, los miembros del gobierno ocupan también un escaño en el parla-

mento. El estrecho lazo personal entre el Parlamento y el gobierno fortalece, por un lado, la coordinación política de ambos órganos; sin embargo, por el otro contraviene el postulado de la incompatibilidad y, en consecuencia, el principio de división de poderes (§ 31 II).

El gobierno requiere, además, de la confianza personal de la mayoría en el Parlamento, ya que éste puede obligarlo a renunciar mediante un voto de censura. En caso de presentarse tal crisis de confianza, el gobierno puede darle vuelta al "asador" y provocar la disolución del Parlamento. La constitución puede señalar como posibles destinatarios de un voto de no confianza, ya sea al gabinete completo, al jefe de gobierno o también a los ministros en particular. El parlamentarismo de Bonn ha cuidado de otorgar al Canciller una posición fuerte dentro del gabinete y, a un mismo tiempo, de vigorizar su situación frente al Parlamento. Después de las malas experiencias en el Estado pluripartidista de la época de Weimar, se ha dado a la responsabilidad parlamentaria del gobierno una configuración tal que no ponga en peligro la continuidad de los gobiernos. El Parlamento Federal (*Bundestag*) sólo puede expresar su censura al Canciller Federal mediante la elección, por la mayoría de sus miembros, de un nuevo Canciller (art. 67, inciso 1 LF). Así, pues, la posición del gobierno actual sólo puede ser vulnerada, si se asegura que sea reemplazado al punto por un nuevo gobierno.

b) Respecto de sus diversas *funciones*, el gobierno parlamentario no solamente está sujeto al control del Parlamento, sino que depende de su cooperación.

De ahí deriva, por lo pronto, un derecho del Parlamento a ser informado y que puede ejercerlo mediante interpelaciones.

El gobierno necesita de la cooperación del Parlamento, sobre todo para llevar a cabo su política (se trata aquí de una dependencia que se presenta igualmente en los sistemas no parlamentarios, como en la democracia presidencial de los EUA):

Probablemente sea tarea propia del gobierno elaborar, armonizar entre sí, delimitar y modificar los objetivos supremos de la acción estatal en la respectiva situación histórico-política, así como la de considerar y disponer los medios políticos y jurídicos para la realización de estos fines, ya sea bajo la forma de proyectos de ley o mediante la planeación de medidas de política exterior (§ 31 III). Sin embargo, la aprobación de las leyes, la ratificación de los tratados internacionales y la decisión sobre la guerra y la paz se reservan al Parlamento, que de este modo confiere su forma obligatoria a la política gubernamental (cfr. por ejemplo, los arts. 59, inciso 2; 77, 115a, 115l, incisos 2 y 3 de la Ley Fundamental de Bonn).

A ello se agrega la competencia del parlamento para acordar todos los ingresos y egresos del Estado mediante la ley de presupuesto; de esta manera puede controlar y limitar la capacidad de acción del gobierno en el aspecto financiero.

Debido al movimiento obligado (*Zugzwang*) que una política gubernamental, resultado de la planeación, implicaría de hecho para el Parlamento, se requiere que éste participe más en los procesos preliminares de orientación política (§ 36 II 1).

2. La organización interna del gobierno. Desde el punto de vista típico-ideal, el gobierno puede estructurarse conforme a principios diversos: como órgano monocrático (§ 14 IV 1), como órgano colegiado (§ 14 IV 2) o, mediante división del trabajo, como órgano en el que cada miembro del gobierno dirige independientemente un ministerio (ámbito de negocios) que se le ha confiado ("principio de cartera"). El modelo monocrático estaría representado por la estructura-interna del gobierno (no parlamentario) del presidente de los EUA (§ 42 II 2). El Consejo Federal suizo está organizado primordialmente según el principio de colegialidad, si bien es cierto que sus resoluciones son preparadas mediante división del trabajo; también es posible delegar ciertos asuntos en los departamentos y oficinas inferiores, para su despacho (art. 103 de la Constitución federal suiza de 1874). Finalmente, el principio de cartera puro muestra un déficit de coordinación tan evidente, que resulta inadecuado como esquema puro de organización.

La Ley Fundamental de Bonn optó por una combinación del "principio de canciller" (facultad de decisión del Canciller Federal), y los principios de colegialidad y de cartera (art. 65 LF): Las directivas de la política son fijadas exclusivamente por el Canciller Federal. Dentro del marco así delimitado, los asuntos del gobierno federal se despachan según el principio de cartera, es decir, mediante división del trabajo; en consecuencia cada ministro federal dirige por sí y bajo responsabilidad propia los asuntos de su cartera. El principio de colegialidad interviene cuando surgen diferencias de opinión entre los ministros federales, que son resueltas entonces por el gobierno actuando como colegio. Este principio tiene aplicación también en los casos en que la Ley Fundamental establece o admite un acuerdo del gabinete (§ 15 del Reglamento interno del gobierno federal alemán de 1951).

III. El control parlamentario en la realidad constitucional moderna

Scheuner St. 366 ss.; *U. Lohmar*, Das hohe Haus, 1975; *A. Ruch*, Das Berufsparlament, 1976.

Sobre 1: § 37.IV; *M. Weber*, GesPolSchr, 339ss.; *J. Odewald*, Der parla-

mentarische Hilfsdienst, 1967; *B. Beutler*, Die Entlastung des britischen Parlaments im Rechtsetzungsverfahren, DOV 1975, 85 ss.; *H. J. Quick*, Organisationsformen des wissenschaftlichen Beratung des Parlaments, 1976; *B. Lutterbeck*, Parlament und Information, 1977; *E. Benda*, Zukunftsfragen der parlamentarischen Demokratie, ZParl 1978, 510 ss.; *H. Matthes*, Information der Parlamente: Was kann die Datenverarbeitung leisten? ZParl 1978, 495 ss.

Sobre 2: *P. Gerlich*, Parlamentarische Kontrolle im politischen System, 1978, 296 ss.; *H. P. Schneider*, Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, I 1974, § 9; *H. Qberreuter* (ed.), *Parlamentarische Opposition-Ein internationaler Vergleich*, 1975; *H. G. Schumann* (ed.), *Die Rolle der Opposition in der BRD*, 1976 (bibl.).

El funcionamiento del control parlamentario en la realidad constitucional de hoy es mucho más complejo de lo que permite suponer la simple contraposición de gobierno y parlamento.

1. Parlamento y burocracia ministerial. La multiplicación y complejidad de las tareas del Estado le han dado a la burocracia una delantera creciente en relación con el Parlamento. La burocracia ministerial, especializada y totalmente organizada que tiene a su disposición el gobierno, funciona con mayor precisión y conocimiento desde el punto de vista técnico, que una asamblea de políticos no organizada mediante división del trabajo (§ 37 I, IV). Con el fin de acortar esta ventaja técnica de la burocracia y, consecuentemente, del gobierno, el Parlamento mismo tuvo que valerse de la especialización con división del trabajo. Esto condujo a que una gran parte de la labor parlamentaria se desplazara hacia los comités, lo cual contribuyó indudablemente a hacer más objetiva esta labor. Max Weber (*GestPolSchr*, 348; EP, 109 s.) tenía razón: únicamente la "escuela de labor intensiva frente a las realidades de la administración, que el político ha de resolver en las comisiones de un poderoso Parlamento activo y en la que ha de acreditarse, convierten a dicha asamblea en un laboratorio de selección de políticos que no sean meros demagogos, sino trabajadores objetivos". Por otro lado, dicha especialización está sujeta a límites, no solamente por el número relativamente pequeño de sus miembros, sino por la función misma del parlamento:

El Parlamento debe considerar en sus decisiones, tan ampliamente como sea posible, los puntos de vista e intereses presentes. El trabajo en comités especializados encubre, no obstante, el riesgo de la subrepresentación de intereses y puntos de vista. La tramitación descentralizada de asuntos entorpece también la integración de las medidas particulares en una concepción política global. Estos inconvenientes no desaparecen por el hecho de que la última decisión recaiga en el Parlamen-

to, que usualmente está ya prejuiciado por la decisión previa de los comités.

Si la labor parlamentaria se traslada en grado excesivo a los comités, conforme a la práctica constitucional actual, se pierde además su carácter público. De esta manera acabaría por atrofiarse un elemento esencial del parlamentarismo clásico, a cuyo paradigma pertenece la publicidad del discurso. Junto con la publicidad de la labor parlamentaria se desvanece el efecto de integración que debiera emanar de los debates y decisiones parlamentarias hacia la comunidad política.

Por tanto, la necesidad insoslayable de la especialización de la labor parlamentaria entra en conflicto con la función del parlamento como "el gran foro de los debates sobre alta política y como el sitio en que los múltiples deseos y metas del pueblo son asimilados entre sí y reducidos a un denominador" (M. Webb; cfr. Partsch, 1958, 79).

Un problema central es el suministro de suficiente saber objetivo para los parlamentarios. "En un parlamento que sólo puede ejercer la crítica, sin poder procurarse el conocimiento de los hechos... sólo tienen la palabra, ya sea la demagogia ignorante o la impotencia rutinaria (o ambas a la vez)" (M. Weber, *op. cit.*, 342 s; EP., 109). Aunque no satisfactorios del todo, son importantes instrumentos para proveer a los parlamentarios del saber técnico necesario el derecho de encuesta y la ya mencionada delegación de una gran porción de la labor parlamentaria en los comités especializados. Con el fin de procurar a los parlamentarios de asesoría técnica especial, se ha llegado a poner a su disposición un equipo propio de especialistas. Sin embargo, aun esto tiene sus límites, ya que, para poder competir con el saber técnico de la burocracia ministerial, este equipo por su parte, tendría que convertirse en un extenso aparato burocrático. Pero entonces, conforme están las cosas, se desplazaría hacia este aparato una influencia considerable. Su subordinación al parlamento sería tan poco capaz de obstaculizar su peso propio como lo es la responsabilidad parlamentaria del gobierno de excluir la influencia propia de la burocracia ministerial. — A través de bancos de datos puede cubrirse, mejor de lo logrado hasta el momento, el requerimiento de información para los parlamentarios. Pero gracias a su mayor saber técnico, la burocracia ministerial lleva obviamente la delantera en la instalación de sistemas electrónicos de información y en el certero aprovechamiento del material almacenado.

La manera más efectiva de elevar el nivel de la labor parlamentaria sería descargarla de los detalles insignificantes y concentrarla en las decisiones principales. En el campo de la creación de derecho, esto llevaría a ampliar la competencia regla-

mentaria del ejecutivo, pero no siempre será fácil separar lo importante de lo irrelevante, ya que muchas veces el diablo acecha en el detalle. Una ampliación de las facultades reglamentarias del Ejecutivo significa una desviación adicional del esquema de división de poderes que, de todos modos, no funciona ya en su forma "clásica" (§ 31 IV). Implica sobre todo, restringir aún más el postulado democrático de la aprobación de las normas de obligatoriedad general por la representación popular, esto es, en un procedimiento por el cual la oposición puede someter a debate, *coram populo*, los puntos de crítica y llevarlos a la luz pública (véase *infra* 2). Para mantener el control democrático habría que otorgar al Parlamento cuando menos la posibilidad de anular, antes de su publicación, los decretos expedidos con motivo del otorgamiento de poderes más amplios; igualmente habría que conceder a la oposición el derecho de solicitar esa casación. Como ejemplo puede citarse el *negative procedure* en el *laying procedure* de la práctica parlamentaria inglesa.

2. Control parlamentario y régimen de partidos. Frente a la sencilla imagen-guía del control del gobierno por el Parlamento, se opone actualmente el hecho de que gobierno y mayoría parlamentaria se hallan fuertemente entrelazados. Normalmente constituyen una unidad de poder dominada por un partido o una coalición y cohesionada por la disciplina de partido, todo lo cual impide frecuentemente percibir un antagonismo efectivo entre el Parlamento y el gobierno (§ 31 IV). El jefe del partido vencedor es, por regla general, también el jefe del gabinete. Si el partido del gobierno o la coalición disponen de la mayoría de las diputaciones y si, además, impera en ellos la disciplina de partido, no parece, en realidad, quedar mucho del control parlamentario, ya que en estos casos la oposición no reúne el número necesario de votos para lograr una moción de censura del Parlamento. "*parliament is a fiction*", reza la lacónica conclusión que alguna vez expresara Lloyd George.

Aun en los casos en que un poderoso partido del gobierno domina en el Parlamento, el gobierno mismo se halla sujeto a un eficaz control. El propio control interno del partido — sobre todo a través de las diversas "alas" y "corrientes" en el grupo dirigente — desempeña un papel nada despreciable en este sentido, especialmente en los partidos de mayores dimensiones. En la República Federal de Alemania, este tipo de control ha provocado el relevo del Canciller Federal en reiteradas ocasiones; reacciona, sobre todo, ante una pérdida de popularidad del gobierno y actualiza de este modo su vinculación a la opinión pública, que examinaremos a continuación. La espectacular línea del frente en el conflicto parlamentario no corre entre el

gobierno y el Parlamento en su conjunto, sino entre aquél y la oposición. El papel de ésta no consiste únicamente en exponer y criticar las deficiencias de la política gubernamental, sino también en desarrollar y proponer alternativas positivas.

Ya que la oposición es el factor verdaderamente funcional del control parlamentario de los poderes, se le deberían conceder determinados derechos de información y control, con independencia de sus dimensiones (y de la mayoría). Piénsese, por ejemplo, en el derecho de solicitar se convoque al Parlamento; además, en un derecho de interpelación, en el derecho de una mayor participación en los procesos de planeación y orientación políticas con efectos a largo plazo (§ 36. II 3); igualmente en un derecho de expresión plenamente adecuado al papel de la oposición; en un derecho de veto contra las irregularidades en el procedimiento parlamentario normal; en el derecho de exigir la instalación de comités de investigación y, finalmente, en el derecho de solicitar la revisión, por un tribunal constitucional, de los actos del parlamento y el gobierno. Por otra parte, la oposición debería contar, de modo privilegiado, con un servicio auxiliar de información científica, en compensación de que los partidos en el gobierno pueden aprovechar (a través de éste) el saber técnico de la burocracia ministerial.

Es obvio que las posibilidades de acción de la oposición son limitadas. Siendo minoría en el Parlamento, se verá normalmente superada si basta una mayoría simple de votos para una resolución. Solamente cuando un acuerdo del parlamento requiera una mayoría calificada (como es el caso en algunos Estados para la reforma constitucional), los votos de la oposición serán suficientes, por lo común, para actuar al menos como "minoría de bloqueo" (*Sperrminorität*) y ejercer así un control directo sobre las decisiones de mayor peso.

La palanca más importante del control parlamentario reside en que la oposición se enfrenta al partido del gobierno en la próxima elección parlamentaria como oponente en igualdad de circunstancias, para obtener, lo mismo que aquél, el "recibo" por su desempeño en el periodo legislativo transcurrido. La oposición, vencida en el parlamento, se contenta pensando que el "día de elecciones es día de pago". Con miras a la próxima elección, tanto el gobierno como la oposición deben intentar mantener de su lado o ganarse a la opinión pública. Por ello, el gobierno se ve obligado a satisfacer, con todos sus actos, la voluntad probable del pueblo y a convencerlo con sus argumentos, mientras que, al mismo tiempo, la oposición tiene la oportunidad de desarrollar mejores alternativas y de atraer en su favor a la opinión pública. Gracias a esta retroalimentación de la acción gubernamental con la opinión pública, la oposición

puede influir indirectamente sobre el gobierno durante el periodo legislativo actual, si logra que sus tesis tengan amplia repercusión. En los debates parlamentarios entre gobierno y oposición, no solamente opera el valor numérico de los votos emitidos en un caso particular, sino también el poder de convicción de los argumentos esgrimidos. Estos argumentos son expuestos aún a sabiendas de que no se hará cambiar directamente la opinión del contrario, en cuyo caso el discurso se pronuncia "ventana afuera", solicitando el apoyo de la opinión pública para las siguientes elecciones. El derecho de exponer mejores alternativas, la posibilidad de parlamentar, de donde toma su nombre el parlamento, adquiere así un trasfondo real.

El control del parlamentarismo de partidos no se ejerce por un pleno que, como un todo, produce laboriosamente una opinión mayoritaria mediante una argumentación racional, con base en la cual examine críticamente la conducta del gobierno. En el pleno más bien se enfrentan polémicamente alternativas políticas prefabricadas en buena medida: aquí, del lado del partido mayoritario, la presentación y apología de la política gubernamental y allá, por parte de la oposición, crítica y contrapuestas. Este control es particularmente efectivo al término del periodo legislativo, en que las elecciones inmediatas implican, en cierto modo, un ajuste global de cuentas; vive, en último extremo, del componente plebiscitario del sistema (§ 23 II 3).

§ 42. La democracia presidencial de los EUA

J. H. Fergusson, D. E. McHenry, The American System of Government, 1947, ¹²1973; R. K. Carr et al., American Democracy, 1961, ⁶1971; W. H. Riker, Schwäche und Stärke der Demokratie (ingl. 1953) al. 1956; K. Carstens, Grundgedanken der amerikanischen Verfassung und ihre Verwirklichung, 1954; E. Griffith, Wie Amerika regiert wird (ingl. 1954) al. s. l.; K. Loewenstein, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Ver. Staaten, 1959; E. Fraenkel, Das amerikanische Regierungssystem, 1960, ³1976; K. Loewenstein, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Ver. Staaten, 1959; E. Fraenkel, Das amerikanische Regierungssystem, 1960, ³1976; K. Loewenstein, US-Staatspolitik und Verfassungsrecht 1955-1964, Jör, 1964, 1 ss.; K. v. Beyme, Das repräsentative Regierungssystem der Ver. Staaten, 1967; R. A. Dahl, Democracy in the U.S., 1967 ³1976; K. H. Kahrs, US-Anatomie, 1972; K. L. Shell, Das polit. System der USA, 1975; D. P. Kommers et al., Continuity and Change in American Constitutional Development 1964-1976, JöR 1976, 281 ss.; P. H. Merkl, D. Raabe, Polit. Soziologie der USA, 1977; L. H. Tribe, American Constitutional Law, 1978.

1. E pluribus unum

The Federalist (ingl. 1788) esp. 1957; R. A. Dahl, Vorstufen zur De-

mokratie-Theorie (ingl. 1956) al 1976; *Loewenstein* VI., 109 ss., 367 ss.; *H. Steinberger*, *Konzeption und Grenzen freier Demokratie*, 1974, 91 ss.

La democracia presidencialista de los E. U. prescinde de la responsabilidad del gobierno ante el cuerpo legislativo electo por el pueblo, para dar así la mayor efectividad al principio de la división y el control de los poderes. Fue bajo los auspicios de temor frente a la concentración del poder que se reunieron en asamblea, en el año de 1787, los 55 delegados convocados a Filadelfia para dar una nueva Constitución federal a la Confederación norteamericana. Se consideraba que el remedio contra la acumulación del poder, aun en manos de una asamblea electiva, era un sistema ramificado de división y barreras entre los poderes, incluido su equilibrio federativo (*Federalist*, núms. 47 s., 51). Según palabras de Jefferson, importaba hallar una forma de gobierno cuyos poderes estuvieran divididos y equilibrados de tal modo entre distintos cuerpos de magistrados, que ninguno pasara de sus límites legales sin ser contenido y reprimido eficazmente por los otros (*Loewenstein* V., 110; *TC*, 153).

La combinación de múltiples instancias políticas debe preservar y restaurar, en caso de perturbación, la armonía del proceso político. El inestable equilibrio en la distribución del poder comporta el desplazamiento del centro de gravedad de las decisiones políticas hacia el Presidente o hacia el Congreso, dependiendo de su apoyo en la opinión pública. También de la Suprema Corte pueden provenir decisiones fundamentales respecto de ciertas cuestiones que agitan la vida pública. La "inestabilidad organizada" del sistema político no solamente contribuye a controlar el poder, sino que se considera la razón misma de la vitalidad y la fuerza renovadora del sistema.

Un punto esencial de la teoría constitucional norteamericana es la idea del compromiso como forma de vida política (§ 26 II). Los intereses individuales deben organizarse sobre la base de la libertad de desarrollo personal, de opinión y de credo, y competir en los diversos niveles del Estado federal en el intento de imponer sus objetivos. Hasta el momento, no son las organizaciones partidistas centralizadas las que arreglan y median en la compensación de intereses, sino que ésta se busca directamente en los distintos foros de la organización federal.

Esta fuerte "particularización" de la política conduce, en numerosas ocasiones, a que los compromisos no sean el producto equilibrado de intereses dignos de consideración, sino que se originen o fracasen bajo la influencia desproporcionada de fuerzas particulares. Dicha particularización puede acarrear, en general, una carencia de liderazgo y de compensación

equilibrada de intereses en el nivel nacional, particularmente cuando los intereses parciales son representados por grupos de gran fuerza. Bajo las circunstancias dadas, sucede ocasionalmente que una evolución errónea tenga que asumir la dimensión de un conflicto públicamente discutido antes de que se movilicen las fuerzas restauradoras del sistema político. Esto también demuestra que un sistema político que confía excesivamente en la autorregulación de las exigencias sociales, no siempre satisface plenamente la necesidad de regulación y previsión de las sociedades industrializadas modernas (§ 35 I). — En política exterior, a veces se duda de que la clarividencia esté siempre en aptitud de imponerse a tiempo sobre los intereses particulares y así, por ejemplo, se plantea la cuestión de las probabilidades de supervivencia de una política poderosamente influida por fuerzas particulares, frente a la consecuente política mundial de un rival equiparable.

En este punto es manifiesto un problema fundamental (que en forma algo más atenuada comparten todas las democracias pluralistas): el que en tales sistemas la perspectiva de triunfo de un político en las elecciones depende decisivamente de que antes haya estado en posibilidad de establecer compromisos "populares" y aceptables para los grupos de mayor influencia. Semejante sistema obliga al político (que pretende conservar sus medios de acción) a ocuparse más de los próximos comicios que de la próxima generación, y sería tonto reprochárselo. Una concepción política que ofrece a los grupos y ciudadanos incomodidades e incluso sacrificios en el presente a cambio de ventajas en el largo plazo, únicamente tendrá perspectivas de realización si logra ganarse el consenso de la mayoría (§ 26 V 2). El sistema descansa sobre la opinión optimista de que esto es posible, si bien, sólo en la medida necesaria para sobrevivir. Según parece, este optimismo debe afrontar todavía su prueba más difícil.

II. El modelo fundamental de organización

E.S. Crown et al., *The Constitution and what it means today*, 1920, ¹³1974; *C.H. Pritchett*, *The American Constitution*, 1959, ²1968; *R. Parler*, *Das Öffentliche Recht... der Ver. Staaten*, 1963; *B. Schwartz*, *A Commentary on the Constitution of the US*, 1963; *S. Magiera*, *E. Kölsch* (citado en el § 22 II 3).

Sobre 1: *R. Young*, *The American Congress*, 1957.

Sobre 2: *E.S. Corwin*, *The President*, 1940, ⁴1957; *Fiber III*, 159 ss.; *R.F. Feno*, *The President's Cabinet*, 1959; *J.E., Kallenbach*, *The American Executive*, 1966; *Th. E. Cronin*, *The State of the Presidency*, 1975; *R. Steinberg*, *Politik und Verwaltungsorganisation*, 1979, 31 ss.

Sobre 3: *W.E. Binkley*, *President and Congress*, 1937, ³1962; *St. Horn*, *The Cabinet and Congress*, 1960; *J. P. Harris*, *Congressional Control of Administration*, 1964, ⁴1973; *J. Hartmann*, *Präsident und Kongress in den Ver. Staaten*, *JöR* 1977, 459 ss.

Sobre 4: *B.R. Wright*, *The Growth of American Constitutional Law*, 1942, reimpr. 1967; *B. Schwartz*, *The Supreme Court*, 1957; *R.G. McCloskey*, *The American Supreme Court*, 1960, 1971; *F.W. Scharpf*, *Grenzen der richterlichen Verantwortung*, 1965; *H.J. Schafer*, *Inhalt und Grenzen der richterlichen Gewalt nach der Verfassung der Ver. Staaten*, 1968; *W. Haller*, *Supreme Court and Politik in den USA*, 1972.

Se tenía la creencia de que una democracia presidencial, en la que los órganos del Estado -- el cuerpo legislativo, el presidente y la jurisdicción -- se coordinan en un nivel de similar jerarquía, daría mayor eficacia al sistema de *checks and balances*.

1. El Congreso (art. I de la Const. E.U.). El poder legislativo está en manos del Congreso, constituido por dos cámaras, la de Representantes y el Senado. La primera fue concebida como representación de todo el pueblo, mientras que el Senado se creó como representación de los diversos estados que integran el Estado federal. Se trata, entonces, de un verdadero sistema bicameral, ya que una ley debe ser aprobada por ambas cámaras. De este modo, un mecanismo de control debía operar dentro del mismo órgano legislativo, cuyo poder parecía particularmente amplio. Los miembros de la Cámara de Representantes son electos por el pueblo por un período de dos años, uno por cada circunscripción electoral. — En un principio, los senadores eran nombrados por las legislaturas de cada estado, pero a partir de 1913, son electos también en forma directa por la población de cada entidad federativa, por un período de seis años (Enmienda XVII). Con el fin de asegurar la mayor continuidad posible en su composición y en la conducción de sus asuntos oficiales, el Senado se renueva cada dos años en una tercera parte. Son dos senadores por cada entidad federativa, independientemente de su número de habitantes, de modo que Alaska tiene tantos senadores como el estado de California, aunque con un sexto de su población. La ejecución esquemática del principio federativo, ocasiona que los estados pequeños y sus intereses particulares estén sobrerrepresentados en relación al número de sus habitantes (Loewenstein 1959, 205 ss.).

El principio de la división de poderes se expresa también en la práctica rigurosa del postulado de la incompatibilidad. Nadie puede ser nombrado para un empleo al servicio de los Estados Unidos mientras dure el término por el cual fue electo (art. I, sección 6 Const. E.U.).

La división de poderes se expresa visiblemente en la ausencia de la banca del gobierno en el Congreso, a diferencia de lo que ocurre en un parlamento. Las pequeñas encuestas y consultas en el parlamento no tienen cabida en el Congreso, pero su función es ampliamente satisfecha por la comparecencia e interrogatorio, ante los comités del Congreso, de los miembros del poder ejecutivo y de otros ciudadanos.

2. **El presidente (art. II Const. E. U.).** El poder ejecutivo se deposita en el presidente, quien reúne en su persona las funciones de Jefe de Estado, jefe de gobierno y supremo comandante militar. El gobierno norteamericano no es entonces un órgano colegiado de varios ministros, sino que su estructura es monocrática. Los jefes de los *departments*, reunidos en el "gabinete" del presidente, son nombrados por éste con aprobación del Senado, pueden ser removidos libremente, su voto es únicamente de carácter consultivo, están sujetos a las instrucciones del presidente y son responsables ante él. Por otra parte, no existe la responsabilidad parlamentaria del presidente frente al Congreso.

La independencia del poder del presidente resulta notoria. Este no recibe su encargo de manos de la legislatura, sino de un cuerpo de electores que es electo cada cuatro años con el único propósito de nombrar al presidente.

El número de electores por cada estado es el mismo de sus diputados y senadores en el Congreso. La organización federal es la causa de que las elecciones presidenciales tampoco resulten ser la votación mayoritaria de toda la población, en razón de que los estados miembros poco poblados se hallan sobrerrepresentados por sus senadores y, en consecuencia, por los electores (en relación con el número de sus habitantes) (111), pero también porque, en cada estado, el partido que recibe la mayoría de los sufragios de los votantes, postula todos los electores de ese estado (Loewenstein 1959, 295).

Hoy día, los partidos políticos y sus electores suelen comprometerse con determinados candidatos a la presidencia a través de una preselección (*nomination*), de manera que la elección posterior aun siendo indirecta, ha venido a ser, de hecho, una decisión directa del pueblo en favor de los candidatos que se le presentan. Dicha (*nomination*), se desarrolla en varias etapas: en cada entidad federativa se nombran delegados a las convenciones nacionales de los partidos y a menudo estos delegados son ya partidarios de determinados candidatos presidenciales. La elección de estos delegados se realiza, conforme a las leyes de cada estado, a través de las llamadas *presidential primaries* de las cuales, las "*open primaries*" poseen el carácter de una elección popular general. Los delegados así designados deciden

entonces en la convención nacional de sus partidos, el candidato por el cual deben votar los electores de ese mismo partido. Al elegir al presidente, los electores tradicionalmente se han atenido a la *nominación* de su partido.

En consecuencia, el procedimiento de elección indirecta del presidente no cumple en la actualidad con la función que le asignaron los padres de la Constitución, a saber, que después de la decisión de los votantes, se discutiera nuevamente en el círculo de electores sobre el candidato más apto para el cargo de presidente. Por ello, hoy día se realizan esfuerzos tendientes a sustituir la elección indirecta por la directa.

Si ninguno de los candidatos presidenciales obtiene la mayoría absoluta, la Cámara de Representantes elige al presidente sólo entre los tres candidatos con mayor número de votos en el procedimiento electoral anterior. La Cámara de Representantes vota por estados, teniendo la representación de cada uno de ellos derechos a un voto (Enmienda XII); puede darse el caso, entonces, de que un candidato superado por los otros en la elección popular, alcance la mayoría de votos en esta vuelta electoral.

El presidente dura en su cargo cuatro años. Nadie puede ser electo para ocuparlo en más de dos ocasiones; el vicepresidente que haya ocupado o ejercido las funciones de presidente durante más de dos años, sólo puede ser electo una vez más para ese cargo (Enmienda XXII).

El vicepresidente de los Estados Unidos es electo en igual forma que el presidente, en la misma vuelta electoral y como miembro del mismo partido. El vicepresidente preside el Senado y sucede al presidente si éste fallece o abandona el cargo antes de terminar su período; el sucesor de un vicepresidente que deja prematuramente el cargo, es designado por el presidente y ratificado por el Senado y la Cámara de Representantes mediante resolución mayoritaria (Enmienda XXV).

3. Interdependencia de gobierno y Congreso. A pesar de la amplia autonomía del gobierno y el Congreso, existen entre estos órganos múltiples lazos de interdependencia, que hacen del orden constitucional norteamericano no solamente un sutil sistema de freno mutuo de los poderes, sino también de coordinación y entrelazamiento recíprocos.

Así, el presidente interviene en el procedimiento legislativo mediante un derecho de veto contra todas las leyes que apruebe el Congreso. Su veto únicamente puede ser superado por una mayoría, difícil de alcanzar, de dos terceras partes en ambas cámaras (art. I, sección 7 Const. E. U.). A través de este derecho, el presidente participa actualmente en la legislación

en mayor medida de lo que hubieran imaginado los creadores de la Constitución norteamericana, porque lo ha ejercido con creciente frecuencia, no sólo contra las leyes que le parecen objetables desde el punto de vista jurídico-constitucional, sino también contra aquellas que son indeseables por razones políticas. Sin embargo, la Constitución no concede al presidente el derecho de iniciar una ley, carencia compensada en gran parte por la posibilidad que tiene éste de recomendar al Congreso, en su informe anual sobre el estado de la Nación, la discusión de aquellas medidas que estima necesarias y convenientes (art. II, sección 3 Const. E.U.). Aparte ha venido desarrollándose la práctica de que los legisladores parciales al gobierno introduzcan en el Congreso los proyectos de ley que aquél elabora.

Por otro lado, el Congreso también ejerce derechos de control y de opinión frente al poder ejecutivo. Tiene el derecho de iniciar el juicio político de responsabilidad oficial (*impeachment*) (art. I, sección 4 Const. E.U.) que desempeñara algún papel en el "Escándalo Watergate". Los jefes de los *departments* precisan la confirmación del Senado, misma que es normalmente otorgada. De mayor importancia es la ratificación de los tratados internacionales (art. II, sección 2 Const. E.U.), así como la actividad de los comités de investigación (véase *supra* 1). Sin embargo, la facultad de aprobar el presupuesto (art. I, sección 9 Const. E.U.) se revela en este contexto como eminencia gris del derecho constitucional.

4. **La Suprema Corte.** Corresponde al supremo tribunal federal (Suprema Corte) y a los demás tribunales, el ejercicio del poder judicial. La Suprema Corte adquirió relevancia política a partir de que reclamó para sí la facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes y declarar su inaplicabilidad en el caso de que fueran contrarias a la Constitución (Loewenstein 1959, 418 ss.). Esta evolución se inició bajo la gestión del juez Marshall como *Chief Justice*, cuando por primera vez se declaró, en el año de 1803, la anticonstitucionalidad de una ley federal (*Marbury vs. Madison*, 1 Cranch 137, 1803). Jefferson no se hallaba complacido por esta situación, pues opinaba que si un tribunal era la última instancia en toda cuestión constitucional, ello conducía al despotismo de una oligarquía judicial. En la realidad, este derecho de revisión convierte a los tribunales en un importante factor de poder, junto con los órganos legislativo y ejecutivo. En virtud de esta particularidad, y no sin gran exageración, se ha llamado "gobierno de los jueces" al régimen norteamericano.

Aun conforme al esquema constitucional original, sería difícil soslayar un derecho de revisión limitado. El juez está sometido a la Constitución y a la ley y, en tanto no se dé a una ley

cualquiera el poder de modificar la Constitución, el juez puede enfrentar el conflicto de deberes entre obedecer a la Constitución o a una norma legal contraria a ella y, lógicamente, en este caso sólo puede fallar en favor de la norma superior y en contra de la norma de jerarquía inferior.

El reproche de que el ejercicio del derecho de revisión judicial constituye una usurpación de poder, estará justificado si, en casos dudosos, el tribunal antepone su interpretación de la Constitución a la del legislador, y hablamos de tales casos dudosos cuando una norma constitucional deja a la hermenéutica un cierto margen, dentro del cual una interpretación puede fundarse tan bien (o no mejor) que la otra. El tribunal puede respetar este ámbito de posibles interpretaciones constitucionales como margen de discrecionalidad del legislador (*judicial self-restraint*), pero también adoptar por sí mismo una de las interpretaciones factibles, anteponiéndola a la interpretación igualmente sostenible, del legislador (esto es, que no es rebatible mediante argumentos plenamente convincentes), y, apoyado en esto declarar la inconstitucionalidad de la ley. En este segundo supuesto el tribunal usurpa verdaderamente una facultad discrecional que en el Estado con división de poderes, incumbe al legislador por estar más ajustada a sus funciones (§ 31 II 2).

Hubo épocas en que la Suprema Corte y su jurisprudencia perseguían, bajo el ropaje de la interpretación constitucional, una política jurídica determinada que trastornaba los objetivos de política jurídica y social del legislador. Así, por ejemplo, el tribunal desechó en 1857 la regulación de la emancipación de los esclavos en el Pacto de Missouri, por contravenir la garantía constitucional de la propiedad (Enmienda V) (*Dred Scott vs. Sanford*, 19 How. 393, 1857). En el año de 1905 declaró la nulidad de una reducción legal a la jornada de trabajo porque contravenía las garantías constitucionales de libertad y propiedad (Enmienda V; *Lochner vs. New York*, 198 US 45/1905). Además, obstaculizó la legislación del *New Deal* de F.D. Roosevelt durante su primer período presidencial. Sólo hasta después se impuso la práctica, en un principio extrema, del *judicial self-restraint*.

A través de la práctica crucial de la interpretación constitucional (que no necesariamente ha de invadir el ámbito de la discrecionalidad legítima del legislador), la Suprema Corte se ha convertido en un órgano esencial para la evolución del derecho constitucional, tanto así que en broma se ha dicho que es una comisión permanente para la reforma constitucional. De este modo, la práctica constitucional estadounidense ha encontrado un camino para adaptar cautamente la Constitución

a las cambiantes condiciones sociales y políticas sin tener que poner siempre en movimiento el rígido procedimiento de una reforma constitucional formal (art. V Const. E.U.).

5. **El equilibrio federativo de los poderes.** A la distribución de competencias entre los órganos federales, determinada por el principio del equilibrio de los poderes, se suma la estructura federal del Estado, que implica, por su parte, un complicado sistema de compensación del poder entre la federación y los Estados miembros. Frente al sistema horizontal de *checks and balances* entre los órganos federales, se levanta uno vertical entre la Federación y las entidades federativas.

El esquema de competencias de la Constitución federal confiere algunas atribuciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales del Estado total a los órganos federales (art. I, sección 8; art. II; art. III, sección 2 Const. E.U.) y cede las facultades restantes a los Estados miembros (Enmienda X). Pudiera parecer así que las diversas entidades federativas soportan el gran peso de las funciones estatales, pero nos hace meditarlo mejor el poder de disposición de la federación en asuntos exteriores (cfr. art. I sección 10 Const. E.U.) y el hecho de que el presidente detente el mando supremo sobre todas las fuerzas armadas (art. II sección 2 Const. E.U.). En la realidad constitucional, el centro de gravedad del poder estatal se ha desplazado cada vez más hacia la federación (véase *infra* III 1).

III. El sistema de checks and balances en la realidad constitucional moderna

Sobre 1: H. Ehringhaus, *Der kooperative Föderalismus in den Ver. Staaten*, 1971; M. D. Reagan, *The New Federalism*, 1972.

Sobre 2: H. D. Jarass, *Kontrolle der Verwaltung durch das Parlament in den USA*, en: *Die Verwaltung*, 1976, 94 ss.

Sobre 3: V. O. Key, *Politics, Parties and Pressure Groups*, 1942, 1964; F. J. Greenstein, *The American Party System and the American People*, 1963, 1970.

La situación política y social de los Estados Unidos se ha transformado enormemente desde la entrada en vigor de su Constitución. Esto ha ocasionado significativos desplazamientos de fuerza en el refinado sistema de equilibrio, tanto vertical como horizontal, de los poderes. Los motivos de ello fueron, en particular, el surgimiento de los partidos modernos y el enorme crecimiento de las funciones económicas y sociales del Estado. Esta segunda circunstancia debía traer consigo, por razones mismas de una tramitación eficiente de los asuntos en una burocracia coordinada y especializada — por tanto, también en el gobierno federal— un incremento en funciones e influencia. En la relación entre Federación y Estados, esto significa un im-

pulso hacia el fortalecimiento del poder central y, en la relación entre Congreso y gobierno, una tendencia hacia el fortalecimiento del ejecutivo.

I. **Fortalecimiento del poder central.** Desde la promulgación de la Constitución de los Estados Unidos puede advertirse, a grandes rasgos, una tendencia hacia el fortalecimiento creciente del poder federal. En una etapa temprana de esta evolución la jurisprudencia de la Suprema Corte, parcial a la federación bajo John Marshall, convirtió el concepto de "*implied powers*" (art. I sección 8, inciso 18, Const. E.U.) en el vehículo de la expansión de las competencias federales. Asimismo, una interpretación amplia de la *Commerce-clause*, que otorgaba al Congreso el derecho de regular el comercio con las naciones extranjeras y entre las diversas entidades federativas (art. I, sección 8 Const. E.U.), fue un útil instrumento para fortalecer el poder federal. Desde el punto de vista del poder político, el desenlace de la Guerra de Secesión significó la consolidación del poder federal. Ambas Guerras mundiales fortalecieron igualmente el sentimiento de pertenencia nacional. Más tarde resultó de especial gravitación el inevitable aumento, en la era tecnológica, de los problemas económicos y sociales suprarregionales que requieren una solución a nivel nacional. Así, por ejemplo, los grandes sindicatos presionaron en favor de una regulación federal uniforme de las condiciones de trabajo. Los programas de subvención de gran escala sirven también para que la federación lleve a cabo proyectos a nivel suprarregional; por lo común, al asignar recursos impone ciertas contribuciones que le permiten dirigir y controlar el empleo de estos recursos mediante instrucciones y facultades de vigilancia que son independientes de sus competencias legislativas. Finalmente, la cláusula de bienestar de la Constitución (art. I, sección 8 Const. E.U.), ofrece a la Federación un punto de partida para la prosecución de sus fines por medio de medidas fiscales, no sólo por el efecto directo de freno o estímulo que los impuestos y exenciones tienen en el ámbito social y económico, sino también porque de este modo se obtienen recursos financieros que, como tales, pueden emplearse para fortalecer el poder federal.

Al igual que en otros Estados federales, los nexos cooperativos entre la federación y los Estados miembros desempeñan un importante papel en los Estados Unidos (§ 39 I 3). También el moderno federalismo norteamericano se caracteriza cada vez más por la interdependencia y cooperación entre los órganos federales y los Estados miembros. Tal cooperación se produce particularmente en los casos en que los proyectos regionales son financiados con auxilio de subsidios federales. Tradicional-

mente ha existido en los Estados Unidos una interdependencia de los intereses y aspiraciones regionales con la política federal, por el hecho de que los candidatos al Senado y la Cámara de Representantes son postulados por organizaciones de partido altamente descentralizadas y regionalmente encuadradas. De esta manera los miembros del Congreso permanecen ligados, en medida considerable, a los intereses particulares de su región, los cuales deben incorporar convincentemente en la política federal, si pretenden conservar oportunidades de reelegirse (cfr. también 3).

2. El Congreso y la burocracia. También el Congreso se ve confrontado con la burocracia profesional del ejecutivo, numéricamente muy superior y altamente especializada (cfr. § 41 III 1). El Congreso debe, pues, asegurarse una amplia autarquía técnica, si pretende emplear frente a aquélla sus instrumentos legislativos y presupuestarios de control, con alguna eficacia y autoridad. Para este fin ha desarrollado técnicas de trabajo que le faciliten llegar a un juicio experto.

El Senado y la Cámara de Representantes tienen un gran número de comités permanentes, cuyo campo de actividades se coordina en gran parte con los correspondientes *departments* del gobierno. De este modo existen en cada Cámara, por ejemplo, un comité de aprobación de egresos, otro para las fuerzas armadas, asuntos exteriores o internos, justicia, etc. Aparte pueden constituirse comités especiales no permanentes para el desempeño de funciones determinadas, a los que se suman los *conference committees*, cuya función consiste en mediar entre el Senado y la Cámara de Representantes en caso de divergencias de opinión sobre el contenido de una ley. Respecto de la selección de los miembros de los comités, aparte de la proporción en que están representados los partidos, se toman en cuenta los criterios de la continuidad, la antigüedad, la calificación y los intereses específicos de los representantes.

Una gran parte del trabajo se transfiere todavía a subcomités más especializados. Naturalmente esto no permite eliminar las principales desventajas de la especialización, a saber, que determinados intereses se hallen subrepresentados y que la resolución descentralizada de los asuntos dificulte la integración de las medidas particulares en una concepción política global (§ 41 III 1).

Con el fin de procurarse bases objetivas para sus decisiones, por ejemplo en relación con un proyecto de ley, el comité o subcomité organiza audiencias (*hearings*) en las cuales, a semejanza de las audiencias judiciales, se exponen y explican los puntos de vista de los interesados, de sus contrarios y de expertos im-

parciales. Esto constituye, a la vez, un modo de someter al control público las opiniones que los interesados han expresado con motivo de una ley. El personal de los grandes grupos de intereses proporciona un significativo auxilio informativo, amplios estudios incluso, sobre la materia de la ley.

Los miembros de la Cámara de Representantes y del Senado tienen a su disposición un equipo propio de especialistas, para no depender del saber técnico de la burocracia administrativa ni someterse a su monopolio de la información. La Biblioteca del Congreso recopila material para los representantes, y los especialistas empleados por el Congreso asesoran a sus miembros en cuestiones legislativas. A partir de 1945, se han organizado las oficinas de expertos del Congreso, cuya tarea consiste en informar sobre hechos y argumentos relevantes pero no en hacer recomendaciones propias. Así, el "*Legislative Reference Service Central*", presta un servicio auxiliar a la actividad legislativa mediante dictámenes y recopilación de datos. Además, todo comité permanente tiene el derecho de emplear varios "asistentes" calificados que apoyan con sus conocimientos la actividad del comité.

3. El papel de los partidos. En las democracias parlamentarias, gobierno y mayoría parlamentaria tienden, por lo regular, a fundirse en una unidad de poder dominada por un partido o coalición de partidos, de manera que el equilibrio en la organización de los poderes queda en buena medida sin efecto (§ 41 III 2). En la democracia presidencialista de los E.U., los partidos políticos también procuran la introducción de los proyectos de ley del gobierno en el Congreso y, por otro lado, hacen valer la influencia política de éste frente a aquél. Sin embargo, la coordinación de gobierno y representación popular a través de los partidos no es tan rígida como en las democracias parlamentarias. En las resoluciones del Congreso la línea entre quienes asienten y quienes se oponen corre frecuentemente a través de los partidos mismos y no es raro que el presidente encuentre resistencia en las filas de su propio partido y aprobación en las del contrario ("*cross voting*"). Un orden constitucional en que el gobierno y el órgano legislativo disfrutan de mayor independencia entre sí y el gobierno no busca, temeroso, la confianza permanente de una mayoría parlamentaria, puede darse por satisfecho con una organización partidista menos estricta y un grado menor de disciplina de partido.

El centro de gravedad de la organización partidista en Norteamérica radica en las asociaciones de partido locales y estatales. Por la vía de estas organizaciones y de otros modos de influir sobre las votaciones, los grupos de intereses determinan en gran parte la designación y elección de los diputados del

Congreso. Ello se refleja de nueva cuenta en la influencia masiva que ejercen las asociaciones de intereses sobre los miembros del Congreso a quienes apoyan, y en los puntos de vista que éstos defienden en el Congreso. Con la esperanza de la reelección, los miembros del Congreso buscarán más bien orientarse por los intereses de los grupos en que se apoyan, que en la línea nacional de un partido. Esto permite que los intereses y opiniones particulares estén fuertemente representados en el Congreso.

Bajo estas circunstancias, los dos grandes partidos ofrecen en ocasiones, dentro y fuera del Congreso, la imagen de simples recipientes para los representantes de los intereses más disímolos que, según el caso, coinciden también en las votaciones, por encima de las fronteras de partido. La ausencia de fuertes órganos centrales y de una consecuente disciplina en los partidos garantiza a los miembros del Congreso un grado relativamente amplio de libertad en relación con una línea política básica. Por un lado, contribuye a mantener la eficacia del equilibrio de poderes entre el presidente y el Congreso. Por el otro lado, esta estructura de partido significa renunciar a la función que desempeñan los grandes partidos centralizados, consistente en mediar entre los intereses y posiciones presentes en sus filas, en la búsqueda de un compromiso entre ellos y, en lo posible, en incorporarlos o subordinarlos a una concepción política global. Esta poderosa particularización de la política conduce fácilmente al ya descrito déficit de liderazgo y de compensación equilibrada de intereses a nivel nacional (I).

§ 43. La república de soviets en la URSS

§ 25 II. *M. Famsod*. Wie Russland regiert wird. (ingl., 1953, ³1962) al. 1965; *H. J. Lieber, K. H. Ruffmann*, Der Sowjetkommunismus. I 1963. II 1964; *L. Schapiro*. The Government and Politics of the SU, 1965. ⁴1977; *C. D. Kernig* (citado en el § 25 II); *K. Westen*, Die KPdSU und der Sowjetstaat. 1968; *R. Maurach, B. Meissner* (eds.) 50 Jahre Sowjetrecht. 1969; *M. Hauser* Menschenrechte im Sowjetsystem, 1975; *B. Meissner*, Das Sowjetsystem und seine Wandlungsmöglichkeiten, 1976; *O. Sitk*, Das kommunistische Machtsystem, 1976; *G. Brunner*, Polit. Soziologie der UdSSR. 1977; *B. Meissner et al.* (ed.), Einparteien-System und bürokratische Herrschaft in der Sowjetunion, 1978.

Sobre la RP de China: *O. Weggel*, Zur Verfassung der Volksrepublik China, en: Jör 1978, 501 ss.; *J. Domes*, Politische Soziologie der Volksrepublik China, 1980.

I. La imagen-guía de la democracia de soviets

MEW 17, 339 ss.; LAW II, 352 ss.; *O. Anweiler*, Die Rätebewegung in Russland 1905-1921, 1958; *K. v. Byrne*, Parlamentarismus und Rätesys-

tem— eine Scheinalternative. ZfPol. 1970, 27 ss.; U. Bermbach (ed.) Theorie und Praxis der direkten Demokratie, 1973; P. Kevenhagter, Das Räte-system als Instrument zur Kontrolle politischer und wirtschaftlicher Macht, 1974; Kriele, 233 ss., 247 ss.

La organización estatal de la Unión Soviética se inspira en el modelo de una república de consejos.

Según este modelo, en la base (fábricas o comunidades habitacionales) la población misma, reunida en asambleas plenarias, la que debe administrar sus propios asuntos en el mayor grado posible. Solamente cuando es indispensable delegar funciones públicas, éstas han de confiarse a las asambleas de diputados (consejos = Soviets). Los diputados son electos por el pueblo, su mandato es imperativo, están sometidos al control continuo de los electores, que pueden relevarlos en todo momento. Se crean unidades organizativas superiores únicamente en la medida necesaria para el desempeño de tareas en el nivel supralocal, y sus funciones son confiadas nuevamente a una asamblea de diputados.

En cada peldaño organizativo el órgano supremo es un consejo, esto es, una asamblea de diputados. Conforme a la consigna: "todo el poder a los soviets" éstos reúnen el poder legislativo y el ejecutivo. Para el ejercicio de éste pueden nombrar órganos ejecutivos, que permanecen, no obstante, dependientes de ellos. Los tribunales mismos son electos por un período limitado, ya sea en forma directa por los ciudadanos o por los consejos, y pueden ser removidos aun sin haber transcurrido el término de su encargo. La pérdida que esto ocasiona en cuanto a las garantías de un Estado de Derecho (la división de poderes e independencia judicial) es compensada por la ganancia en responsabilidad democrática de todos los funcionarios del Estado.

La elección periódica, el mandato imperativo y la remoción en todo momento de los diputados, además de la designación por término, la responsabilidad y remoción democrática de los restantes funcionarios, deben impedir la consolidación de posiciones oficiales y de poder. En suma, los funcionarios deben alternarse en cortos intervalos de tiempo, es decir, debe tener lugar una "rotación de cargos".

La combinación de estas técnicas diversas de organización debe garantizar un grado máximo de autonomía a las unidades administrativas inferiores (descentralización democrática) y conceder a todo ciudadano la mayor participación y control de mocráticos.

Sin embargo, no es posible realizar la descentralización democrática en la medida deseada. En la práctica política, se hizo necesario crear fuertes medios de intervención centralizada

dentro de la misma organización del Estado, en virtud de la múltiples interdependencias en una sociedad industrializada, con mayor razón aún en una con economía planificada. En la realidad constitucional, la penetración del aparato del Estado por un partido oficial centralmente dirigido, ha contribuido con mayor fuerza a la concentración del poder.

La esperanza de poder eludir la consolidación de las posiciones oficiales y de poder está en contradicción con las experiencias sociológicas, según las cuales, las estructuras oligárquicas surgen una y otra vez por causas que apenas pueden evitarse (§ 22 I, II 3). Además parece poco realista recomendar la rotación en aquellos cargos que presuponen cualificación profesional y experiencia de servicio. De hecho, en las repúblicas de soviets se han establecido sólidas burocracias y capas de funcionarios cuya estabilidad en el nivel superior ha quedado demostrada. El sistema de soviets, unido al monopartidismo, ha tenido por resultado que los altos funcionarios del Estado cambien con mucha menor frecuencia que en los sistemas pluripartidistas occidentales.

En las democracias occidentales es el ofrecimiento de alternativas políticamente relevantes el que actúa como instrumento de retroalimentación democrática; en las democracias de soviets lo es, en cambio, el mandato imperativo. Una comparación de ambos sistemas en cuanto a su capacidad de funcionamiento da por resultado lo siguiente: en las democracias occidentales compiten por la obtención de votos varios partidos y varios equipos de gobierno y programas objetivos que aquellos presentan; esto tiene por consecuencia que la selección de los candidatos y programas objetivos, aunque también la política gubernamental en curso, deban tomar en consideración, en buena medida, la opinión del electorado, que para tal fin es continuamente sometida a encuesta (§§ 23 II 3; 24 III 2; 28 III 2; 41 III 2).— En la democracia de Soviets, la sujeción democrática de éstos se establece a través del mandato imperativo, la responsabilidad permanente y la remoción de los diputados, y la responsabilidad de los demás funcionarios frente a los soviets. El mandato imperativo y la destitución presuponen la movilización del electorado a través de un cuadro activo. Puesto que la posibilidad de dicha movilización, así como la presentación de candidatos, están completamente en manos del partido único centralizado, la directiva de éste es aquí el factor verdaderamente decisivo (II 3).

II. El modelo de organización

H. Roggemann, Die Staatsordnung der Sowjetunion, 1971, ²1973; *R. Bodenmüller*, Die Funktion von Parlament und Partei bei der Rechtsset-

zung in der UdSSR, 1974; S. Lammich, Grundzüge des sozialistischen Parlamentarismus, 1977; B. Meissner, Die neue Bundesverfassung der UdSSR. en: JOR 1978, 321 ss; F. C. Schroeder, B. Meissner, (eds.) Verfassungen- und Verwaltungsreformen in den sozialist. Staaten, 1978, 11 ss., 67.; G. B. Smith, The Soviet Procuracy and the Supervision of Administration, 1978; H. G. Heinrich, Verfassungswirklichkeit in Osteuropa. Dargestellt am Beispiel der Präsidia der obersten Vertreterorgane, 1980; G. Meyer (ed.), Das politische und gesellschaftliche System der UdSSR. Ein Quellenband, 1980; E. Tomson, Der Ministerrat der UdSSR, 1980.

Sobre 2 y 3: C. W. Gasteyger (ed.), Perspektiven der Sowjetischen Politik, 1962, 101 ss.; G. Brunner, Das Parteistatut der KPdSU, 1965; B. Lewytskyy, Die Konununistische Partei der Sowjetunion, 1967; H. O. Leng, Die allem. Wahl im bolschewistischen Staat, 1973.

1. La organización del Estado (según la Constitución de la URSS de 1977). En la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas pueden distinguirse los siguientes niveles de la organización estatal (cfr. artículos 70, 76, 79, 82, 86 89, 145): en primer lugar, la federación; en segundo, los Estados miembros (las Repúblicas federadas); en tercero, comarcas y ciudades rurales (las grandes ciudades están divididas en varios distritos urbanos); en cuarto, poblados y localidades rurales. En la medida que la extensión de las Repúblicas federadas o la consideración de las peculiaridades nacionales han requerido de un plano intermedio de organización entre las Repúblicas federadas y las comarcas, se ha creado un plano administrativo adicional que configura Repúblicas autónomas, regiones, territorios o regiones autónomas. Como planos administrativos autónomos, las comarcas están subordinadas a algunos territorios o regiones (igualmente por consideración de las peculiaridades nacionales).

En estos planos rige el sistema de consejos. En consecuencia, el órgano supremo en cada una de las unidades organizativas es, formalmente, un consejo (soviet) de diputados (artículo 89) electo según los principios del sufragio universal, igual, directo y secreto (artículo 95 ss.). Se establecen: el Soviet Supremo de la URSS, compuesto de dos cámaras, el Soviet de la Unión y el Soviet de las Nacionalidades (artículos 108, 109); luego, los Soviets Supremos de las Repúblicas federadas (artículo 137); los Soviets Supremos de las Repúblicas autónomas (artículo 143), y los Soviets de los territorios, regiones, regiones autónomas, distritos, ciudades, distritos urbanos, poblados y localidades rurales (artículo 145). Los Soviets Supremos de la URSS, de las Repúblicas federadas y de las Repúblicas autónomas son electos por un término de cinco años; el resto de los soviets, por dos años y medio (artículo 90). Formalmente, no sólo ejercen el poder legislativo (artículos 108, 137, 143, 148), sino que se ocu-

pan también de nombrar y remover los órganos ejecutivos y de control (véase *infra*), así como del control mismo sobre éstos (artículos 130, 139, 150). Los jueces de todos los tribunales superiores son electos también por los soviets.

El Soviet Supremo de la URSS es una asamblea numerosa y torpe, por tanto, que cuenta a la fecha con unos 1500 miembros. Se reúne con escasa frecuencia, dos veces por año, en promedio (artículo 11) y en esas ocasiones, habitualmente por unos cuantos días (Bodenmüller 1974, 29). Las comisiones formadas en su seno son más apropiadas para la discusión de asuntos (artículos 114, 125); así, por ejemplo, las comisiones para asuntos exteriores y las de planeación y presupuesto del Soviet de la Unión y del Soviet de las Nacionalidades, y sus periodos de sesiones no se limitan a los del Soviet Supremo.

El Soviet Supremo de la URSS elige, en el nivel más alto de la organización estatal, un Presidium y un Consejo de Ministros (artículos 119, 129). El Presidium del Soviet Supremo convoca sus sesiones; coordina las actividades de las comisiones permanentes; controla la observancia de la Constitución; interpreta las leyes federales; ratifica los tratados internacionales; designa a los representantes diplomáticos y recibe las cartas credenciales de los representantes diplomáticos de los Estados extranjeros; forma al Consejo de Defensa y designa al mando supremo de las Fuerzas Armadas (artículo 121). Durante el periodo comprendido entre las sesiones del Soviet Supremo, el Presidium ejerce importantes facultades de esta asamblea; en particular, puede modificar, en caso necesario, las leyes vigentes; a propuesta del Consejo de Ministros, forma y suprime ministerios; puede relevar de sus cargos y designar nuevamente a los diversos ministros (artículo 122), Promulga decretos y adopta disposiciones (artículo 123) y después de la disolución del Soviet Supremo, conserva sus plenos poderes hasta la formación de otro Presidium por parte del Soviet Supremo de nueva legislatura (artículo 124). El Consejo de Ministros, que controla el enorme aparato de la burocracia estatal, no solamente ejerce las funciones del ejecutivo, entre las cuales se cuentan en la URSS la planificación de la economía y la dirección y control de la industria, la agricultura y demás ramas de la producción (artículos 16, 131), sino que, mediante órdenes y disposiciones, se desempeña también como órgano legislativo (artículo 133). El grupo que verdaderamente decide en el numeroso Consejo de Ministros es su Presidium, la figura central de éste es el Presidente del Consejo de Ministros; además por tradición pertenecen al Presidium los primeros vicepresidentes y demás vicepresidentes (artículos 129, 136).

Con base en este esquema, los Soviets Supremos de las Repúblicas federadas y de las Repúblicas autónomas eligen a su respectivo Presídium y Consejo de Ministros (artículos 138, 139, 144). Los Soviets de los niveles inferiores nombran comités ejecutivos (artículo 149).

Las capas horizontales de la organización estatal son cruzadas por diversos medios de control vertical, que contribuyen a la realización del "centralismo democrático" (artículo 3): Los ministerios de las Repúblicas federadas y los órganos ejecutivos de los planos administrativos inferiores no solamente son responsables ante su respectivo soviét, sino que, conforme al "principio de la doble subordinación", lo son también ante el órgano ejecutivo del Soviet superior (artículos 139, 142, 150). Además, las leyes federales tienen igual vigencia en el territorio de todas las Repúblicas federadas y se anteponen a su derecho (artículo 74). Tanto el Presídium del Soviet Supremo de la URSS como el Consejo de Ministros pueden dictar disposiciones y decretos que rijan en todo el territorio federal (artículos 123, 133). Por otra parte, el Presídium del Soviet Supremo de la URSS puede anular las disposiciones y órdenes de los Consejos de Ministros de las Repúblicas federadas cuando no se ajustan a la ley (artículo 121). El Consejo de Ministros de la URSS está facultado para fallar en cuestiones que caen dentro de la competencia federal, para dejar en suspenso el cumplimiento de las disposiciones y órdenes de los Consejos de Ministros de las Repúblicas federadas (artículo 134). El Consejo de Ministros de cada República federada posee nuevamente el derecho de dejar en suspenso el cumplimiento de las disposiciones y órdenes de los Consejos de Ministros de las Repúblicas autónomas y anular las decisiones y órdenes de los comités ejecutivos de los niveles administrativos inferiores (artículo 141). Más aún que a través de estas técnicas que también se presentan en otros Estados federales, el mando central del Estado queda garantizado por la influencia determinante que el PCUS, rígidamente disciplinado, ejerce sobre todos los órganos estatales de importancia.

Por otro lado, los factores federativos entran en juego por el hecho de que los Estados miembros envían delegados a los órganos supremos de la Unión, ya que en el Soviet de las Nacionalidades están representados no solamente los Estados miembros, es decir, las Repúblicas federadas (cada una con 32 diputados), sino que (según el artículo 110), también lo están las Repúblicas Autónomas Socialistas Soviéticas, creadas dentro de aquéllas y dotadas de autonomía en atención a sus particularidades nacionales (con 11 diputados); las regiones autónomas (con 5 diputados) y las comarcas autónomas (con 1 diputado). En el Presídium del Soviet Supremo está representa-

da cada República federada (artículo 120) y, en razón de su cargo, forman parte del Consejo de Ministros de la URSS los presidentes de los Consejos de Ministros de las Repúblicas federadas (artículo 129).

La división de la jurisdicción sigue el esquema general de organización. Tenemos así al Tribunal Supremo de la URSS, los Tribunales Supremos de las Repúblicas federadas, los Tribunales Supremos de las Repúblicas autónomas, los tribunales de los territorios, regiones y ciudades, los tribunales de las regiones autónomas, los tribunales de las comarcas autónomas, los tribunales populares de los distritos y ciudades (artículo 151). Los jueces de los tribunales populares los eligen los ciudadanos de los distritos y ciudades, por un término de cinco años, mediante sufragio universal, igual, directo y secreto. Los jurados populares de estos tribunales son electos por un periodo de dos años y medio, en las asambleas de ciudadanos, celebradas en los lugares de trabajo o de residencia. Los jueces de las instancias superiores son electos, por un término de 5 años, por los soviets del nivel de organización correspondiente. Todos los jueces y jurados populares responden y rinden cuenta de su actuación ante los electores u órganos que los han designado y pueden ser revocados por ellos en el orden que establece la ley (artículo 152). Forman parte del Tribunal Supremo, aparte de los miembros que elige el Soviet Supremo, y en virtud de su cargo, los presidentes de los Tribunales Supremos de las Repúblicas federadas (artículo 153). El artículo 155 garantiza la independencia judicial (de igual modo que la Constitución de 1936 en su artículo 112). Sin embargo, para la interpretación de las leyes, los tribunales deben guiarse por la línea del Partido (cfr. artículo 6), pero además, también por la interpretación que, en determinadas situaciones, corresponde a la voluntad de los dirigentes políticos (Westen 1968, 177). La definición de objetivos políticos tiene especial entrada en la jurisprudencia, por cuanto el Tribunal Supremo de la URSS, en el marco de la supervisión que ejerce sobre la administración de justicia por los tribunales (artículo 153), puede dictar "interpretaciones directivas" que son obligatorias para los tribunales inferiores. La imposición de la línea del Partido queda asegurada también por la admisión de recursos extraordinarios (protestas) contra sentencias judiciales, con independencia de que éstas ya sean firmes, y que llevan el procedimiento ante las instancias superiores (Westen, 166 ss.).

Constituye una rama propia de la organización del Estado el Ministerio Fiscal, que no solamente debe perseguir los actos delictivos, sino que, en general, debe vigilar que los órganos del Estado y los ciudadanos obedezcan las leyes; con mayor preci-

sión, que "todos los ministerios, comités y departamentos estatales, empresas, instituciones y organizaciones, órganos ejecutivos y administrativos de los Soviets locales de diputados populares *koljoses*, cooperativas y otras organizaciones sociales, así como los funcionarios públicos y los ciudadanos observen exacta y uniformemente las leyes" (artículo 164). Esta vigilancia se reduce al control de la legalidad, esto es, no se extiende a cuestiones de oportunidad. Los órganos del Partido no están sujetos al control de la legalidad por parte del Ministerio Fiscal, pero sí al de los Comités para el Control del Partido y sus secciones (véase *infra*). La facultad que tiene el Ministerio Fiscal de revisar los actos de autoridad por queja de los particulares, suple en cierta forma la carencia de un procedimiento judicial administrativo. El Ministerio Fiscal está centralmente organizado. Los fiscales son independientes de todo órgano local y sólo están subordinados al Fiscal General, que encabeza el Ministerio Fiscal (artículo 168). Este es nombrado por el Soviet Supremo de la URSS, responde y rinde cuentas ante su Presídium cuando aquel órgano no sesiona. Por su parte, el Fiscal General designa a los fiscales de las Repúblicas federadas, Repúblicas autónomas, territorios, regiones y regiones autónomas. Los fiscales que siguen a éstos en jerarquía son designados por los de las Repúblicas federadas, pero debe confirmarlos al Fiscal General (artículos 165, 166).

2. La organización de Partido (según el Estatuto de 1961).

a) *Los órganos del Partido.* La verdadera jefatura y vigilancia política, corre a cargo del Partido Comunista (véase *infra* 3). Por tanto, existen órganos del Partido en todos los niveles de la organización del Estado: los órganos centrales del PCUS, los órganos del Partido en las Repúblicas y en los planos administrativos inferiores, y es su deber guiar y supervisar a los órganos estatales respectivos. Los órganos supremos del PCUS son, a la vez, los órganos supremos del Partido en la mayor de las Repúblicas federadas, la RSFSR. El nivel más bajo lo conforman las "organizaciones primarias del Partido" que, a diferencia de la base de la organización estatal, no se dividen por regiones, sino en razón de la pertenencia profesional o laboral (artículo 53 s. EstP).

En cada nivel, son las asambleas los órganos formalmente supremos de la organización del Partido (artículo 22 EstP); el congreso del PCUS (artículo 31 EstP), que cuenta actualmente con unos 5000 delegados; los congresos del Partido en las Repúblicas federadas; las conferencias regionales y territoriales (artículo 43 EstP) y las conferencias de comarcas, distritos y ciudades (artículo 48 EstP) de las organizaciones regionales del

Partido; las asambleas generales de miembros son el órgano superior de las organizaciones primarias del Partido (artículo 55 EstP). El congreso, la conferencia o la asamblea general de miembros designa un órgano ejecutivo que dirige las labores corrientes de la organización del Partido (artículo 23 EstP).

En el nivel más elevado de la organización del Partido, el Congreso del Partido elige un Comité Central (artículo 33 EstP), que actualmente está constituido por unos 320 miembros plenos y 150 miembros candidatos. Este reúne no solamente a los principales funcionarios del Partido, sino también a aquellos miembros que representan al aparato del Estado, el ejército y los diversos grupos y organizaciones sociales (economía, ciencia, cultura, etcétera). La mayoría de los delegados son altos funcionarios del Partido o del aparato del Estado (Meissner 1976, 35). Por su parte, el Comité Central nombra al Politburó, que cuenta a la fecha con 14 miembros plenos y algunos candidatos, pero también designa a los altos funcionarios de la Secretaría del Comité Central, es decir, al Secretario General del PCUS y demás secretarios, así como al Comité para el Control del Partido (artículo 39 s. EstP).

El Comité Central y los órganos centrales que éste nombra ejercen las funciones del Partido en el periodo comprendido entre las sesiones del Congreso del Partido (que por lo común se efectúan solamente cada cinco años) (artículo 35 EstP). El mismo Comité Central es convocado después de largos periodos de tiempo, cuando menos cada 6 meses (artículo 38 EstP).

En el lapso intermedio, el Politburó y la Secretaría poseen formalmente el control. Durante ese periodo, el Politburó ejerce el supremo poder del Partido y adopta las principales decisiones políticas. La Secretaría —el principal aparato burocrático del Partido—, se encarga de los asuntos corrientes y en especial, de la selección de los dirigentes y la organización de los órganos ejecutivos (artículo 39 EstP). En consecuencia, el Secretario General es capaz de controlar la ocupación de los altos cargos del partido y disfruta, por tanto, de una posición particularmente fuerte. La Secretaría se divide en secciones técnicas; una parte de ellas se responsabiliza de los órganos de la organización inferior del Partido, mientras que otro sector se coordina con importantes ramas de la administración estatal. Existe una estrecha liga personal entre el Politburó y la Secretaría, ya que, tradicionalmente, el Secretario General es, a la vez, presidente del Politburó; de igual forma, algunos de los secretarios son miembros del Politburó. El Comité

para el Control del Partido supervisa la disciplina dentro de éste (artículo 40 EstP).

b) *El centralismo democrático*. El Partido se encuentra rigurosamente organizado e ideológicamente orientado. "Es ley inviolable de la vida del PCUS, la unidad ideológica y organizativa, la cohesión monolítica de sus filas, la elevada y consciente disciplina de todos los comunistas. Toda manifestación de fraccionamiento y de espíritu de grupo es inconciliable con el espíritu marxista-leninista de partido, con la permanencia en el Partido" (Preámbulo, EstP). Esta tendencia hacia la cohesión interna da origen a que la organización del Partido, a diferencia de la estatal, no sea formalmente federativa sino centralista.

El principio rector de la estructura organizativa del Partido es el centralismo democrático, que significa: a) electividad de todos los órganos directivos del Partido de abajo arriba; b) deber de los órganos del Partido de rendir periódicamente cuenta ante las propias organizaciones y órganos superiores; c) estricta disciplina de partido y sometimiento de la minoría a la mayoría; d) obligatoriedad incondicional de las decisiones de los órganos superiores para los inferiores (artículo 19 EstP). En correspondencia con el concepto organizativo fundamental del centralismo democrático, existe en todas partes una tensión entre los elementos estructurales democráticos y los centralistas, de los cuales prevalecen los segundos.

Esta polaridad se muestra, por ejemplo, en el sistema electoral dentro del Partido. Los miembros de las conferencias del Partido y los del nivel más elevado del Congreso del Partido, son electos en un sistema escalonado. Esto quiere decir: las asambleas de miembros de las organizaciones primarias del Partido eligen, de su interior, a los delegados a las conferencias distritales y urbanas, que nuevamente nombran a los delegados de las conferencias del Partido en el peldaño superior (artículo 48, 44 EstP). Los delegados son electos singularmente y mediante escrutinio secreto. Todo miembro del Partido que participa en la elección tiene el derecho (de escasa significación, dado el oportunismo del ser humano) de criticar a los candidatos (artículo 24 EstP). — El mismo Estatuto del Partido establece los medios de control centralizado. Así, la selección de los cuadros dirigentes, en función del Comité Central del PCUS y, especialmente, de la Secretaría del Partido (artículos 35, 39 EstP). Las elecciones de delegados se verifican entonces en acuerdo con la instancia inmediata del Partido, capaz de guiar la selección de candidatos (Schapiro 1965, 74). Dicha instancia puede apelar al deber que tienen los electores de "seguir la

línea del partido en la selección de los cuadros según su capacidad política y práctica" (artículo 2, letra h-EstP). El control central es más poderoso tratándose de la selección de los secretarios de los comités regionales del Partido, los cuales ocupan una posición clave en estos órganos, pues su elección requiere ser confirmada por la siguiente organización del Partido en jerarquía (artículo 49 EstP).

La conjunción de las técnicas democráticas y las poderosas directivas centrales no sólo se hallan presentes en la elección de los órganos del Partido, sino también en las actividades corrientes de éstos. Los principios democráticos radican en el derecho de cada miembro a "externar y defender abiertamente su opinión" en las asambleas del Partido, pero sólo mientras la "organización no llegue a una decisión" (artículo 3, letra b EstP). Se impide la oposición organizada, ya que los debates más extensos deben conducirse de modo tal que "excluyan la posibilidad de tentativas de formar grupos fraccionarios que rompan la unidad del Partido y los intentos de escisión en el Partido" (artículo 27 EstP). Las decisiones obligatorias de los órganos superiores son medios de mando centralizados, y los órganos para el control del Partido contribuyen a la supervisión central de la disciplina.

Los límites de la discusión interna en todo el Partido están dados por la línea ideológica general, definida, a su vez, por el grupo más poderoso dentro de la jefatura del Partido en un momento determinado. Que en los círculos más elevados la crítica se juzgue como crítica constructiva o como infracción a la disciplina de partido, depende de que se imponga fácticamente, esto es, que en caso de pugna, prevalezca en términos de poder político. Para neutralizar a los opositores se emplea como instrumento técnico-jurídico la prohibición de formar fracciones (sobre su historia: Fainsod 1965, 166 ss.).

3. La influencia del Partido sobre los órganos del Estado
El Estado soviético es una estructura de organización dentro de la cual el Partido Comunista desempeña una función de "dirección y orientación" para la vida social (§ 25 II 6). La amalgama de la organización estatal de dominación con un cuadro dirigente, centralmente guiado e ideológicamente orientado, sigue el modelo, aunque remoto, de la "*universitas christiana*" de la Edad Media, en que las estructuras seculares de dominación se entrelazaban con la jerarquía eclesiástica. Piénsese en la doctrina de la *potestas directiva*, o también *potestas directa*, de la Iglesia y del *brachium aeculare*, si bien entonces se carecía, obviamente, de la rígida coordinación de ambos sistemas, por lo menos en su cúspide.

El Partido Comunista de la Unión Soviética es "la fuerza diri-

gente y orientadora de la sociedad soviética y el núcleo de su sistema político, de las organizaciones estatales y sociales". Como tal "determina la perspectiva general del desarrollo de la sociedad, la línea de la política interna y exterior de la URSS, dirige la gran actividad creadora del pueblo soviético e imprime un carácter sistemático y científicamente fundamentado a su lucha por el triunfo del comunismo" (artículo 6 de la Const. de la URSS; cfr. también el Preámbulo del EstP). Las así llamadas transmisiones son esquemas que se han desarrollado para comunicar la influencia del Partido a la sociedad y el Estado.

De particular importancia es la posibilidad que tiene el Partido de controlar considerablemente la ocupación personal de los órganos del Estado. El Partido y otras organizaciones por él controladas tiene reservado el derecho de presentar candidatos a diputado de los soviets (artículo 100 de la Const. URSS), cuidando así de que aquellos sean miembros fieles a la línea. La designación de los candidatos es controlada por comisiones electorales que, a su vez, se hallan bajo el control del Partido. A fin de cuentas, las elecciones vienen a ser un nombramiento por el Partido, ya que usualmente en cada circunscripción electoral se presenta un candidato único a la "elección", es decir, a la aclamación; en todo caso, esto ha sucedido tradicionalmente en las elecciones para el Soviet Supremo (Brunner 1977 II, 44 ss.). — La influencia del Partido respecto de la ocupación de los demás cargos del Estado queda asegurada por el hecho de que los principales funcionarios estatales son designados conforme a la nomenclatura del Partido (Brunner, *op. cit.*, 112 ss.). De particular trascendencia son las uniones personales en las posiciones clave del Partido y el Estado.

Este componente personal de la influencia del Partido es complementado por uno funcional. Los órganos del Partido pueden dictar órdenes directas a los órganos del Estado; a ésta se suman otras múltiples facultades de control (artículo 60 EstP; Westen 1968, 92 ss., 114 ss., 155 ss.).

A la "conducción externa" mediante directivas y controles se agrega la influencia del Partido dentro de los órganos colegiados, sobre todo en los soviets. Tres o más miembros del Partido que pertenezcan a tal órgano (no partidista) forman un grupo de partido; éste está sometido a las instrucciones del Partido, cuyo punto de vista está obligado a representar dentro del órgano colegiado (artículos 67, 68, 35, 42 letra c EstP; Westen 1968, 85 ss.)

Por ambas vías, por la de las directivas y la de la "conducción interna", el Partido cuenta particularmente con un medio de iniciar leyes.

III. La concentración del poder en la realidad constitucional soviética

W. Grotian, *Das sowjetische Regierungssystem*, 1956²1965. 52 ss.; B. Meissner, *Der Entscheidungsprozess in der Krenl-Führung und die Rolle der Parteibürokratie*, en: *Osteuropa* 1975. 86 ss., 165 ss.; *Id.*, *Wandlungen der KPdSU seit Stalins "Revolution von oben"*, en: F. f. K. Loewenthal, 1978, 38 ss.; *Voslensky* (citado en el § 22), sec. VI.

En el Estado soviético convergen dos principios constitucionales que favorecen la tendencia a la concentración del poder supremo en el Estado en manos de un pequeño grupo de altos funcionarios: el principio de asamblea y el sistema de partido único.

Conforme al principio de asamblea, el supremo poder del Estado corresponde a una asamblea electa por el pueblo que, en la URSS, es el caso del Soviet Supremo. Según resultado de la regla empírica aplicable al gobierno de asamblea (§ 2 IV), este órgano formalmente supremo se haya sometido, de hecho, a la jefatura política de dos cuerpos designados por él: el Presídium del Soviet Supremo y el Consejo de Ministros que, por su parte, tiene un grupo dirigente propio en su Presídium. El Soviet Supremo desempeña, en realidad, un papel secundario, lo cual se ve confirmado en la práctica de sus sesiones y acuerdos: el periodo de sesiones de este enorme y pasivo órgano tiene lugar, en promedio, dos veces por año. En los años sesenta, estos periodos no duraron más de cuatro días (II 1); sus decisiones suelen ser unánimes. Las posibilidades de participación del Soviet Supremo se ven activadas en cierto modo por el hecho de que las comisiones permanentes que él designa (II 1) se integran con mayor intensidad que antes en el proceso político.

El Partido Comunista, que es capaz, como único partido, de controlar la postulación de candidatos al Soviet Supremo, garantiza que los soviets, constituidos a través de elecciones populares, se integren siempre con funcionarios leales a su línea (II 3).

Por su lado, el Partido está organizado de tal manera que las decisiones importantes queden a cargo de unas cuantas personas. El órgano formalmente supremo del Partido es su Congreso, que cuenta con mayor número de miembros que el Soviet Supremo y que es convocado más raramente que éste. De igual modo que la verdadera jefatura del Estado se concentra en manos del Presídium y de un órgano ejecutivo, el mando dentro del Partido lo ejercen el Comité Central electo por el Congreso del Partido, y en último extremo, dos cuerpos designados por el Comité, el Politburó y la Secretaría del Comité Central; esto

quiere decir, prácticamente, que el grupo dirigente es de 20 a 30 personas. Sólo cuando dentro de éste surgen tensiones entre fuerzas equiparables, el Comité Central puede desempeñar el papel determinante (Westen 1968, 259 ss.).

El Soviet Supremo elige a altos funcionarios del Partido para que integren los verdaderos órganos dirigentes del Estado, el Presidium del Soviet Supremo y el Consejo de Ministros, tradicionalmente por unanimidad, a propuesta de un delegado comisionado por la directiva del Partido (Grottian 1965, 322 ss.). A través de estas uniones personales, la directiva del Partido, se halla estrechamente ligada con el Presidium del Soviet Supremo y con el Consejo de Ministros, particularmente con su Presidium. De este modo queda garantizado que la suprema facultad de decisión se concentre en un reducido grupo de altos funcionarios, cuando no en un sólo hombre, como en tiempos de Stalin. Son puestos clave, en este sentido, el cargo de presidente del Consejo de Ministros y el de Secretario General del Partido Comunista. Stalin reunía en su persona ambos cargos, y Jruschov ocupaba también el puesto de primer secretario antes de ser nombrado presidente del Consejo de Ministros.

Es natural que en este sistema político totalmente burocratizado, las burocracias del Partido y del Estado tengan también participación en el poder estatal, particularmente por su superioridad en la información y las propuestas de decisión (§ 37 IV 1), pero también como potencial de reclutamiento y de "vasallos" de los altos funcionarios. A diferencia de la época de Stalin, entretanto han adquirido alguna vigencia las prácticas de mando colectivo, como lo requiere el artículo 27 Est P. Jruschov mismo ya no ejerció el poder dictatorial de Stalin. Se cree incluso poder identificar en el Estado soviético signos por los cuales paulatinamente "las dominantes fuerzas sociales y políticas representadas por el partido, los tecnócratas, la burocracia y el ejército se equilibran, aunque precariamente, en la organización colegiada del directorio gobernante". "Las técnicas propias de la estructura colegiada parecen haber atenuado de una manera considerable la estructura jerárquica, necesaria, por otra parte, para el funcionamiento de una potencia tan gigantesca como la Unión Soviética" (Loewenstein VL, 176 s., 428 s.; TC 241, 477; cfr., también Meissner 1975, 167 ss.; Brunner 1977 I, 40 s., II 190 s.).

Obviamente es dudoso que pueda hablarse aquí de una evolución continuada hacia el liderazgo colectivo. Hasta el momento más bien parece desarrollarse un proceso cíclico; inmediatamente después de un cambio en la jefatura suprema, se presenta una cierta tendencia hacia la dirección colectiva; por el contrario, en la subsecuente fase de consolidación prevalece

nuevamente una propensión a la concentración del poder en la cúpula, contra la cual no existen en el sistema, evidentemente, mecanismos de control de suficiente eficacia.

Se ha sometido a consideración otro modelo más de una distensión en el sistema de dominación, a saber, la posible evolución rumbo a un pluralismo institucional, a un sistema de "depuración integrada de conflictos" (§§ 3 I; 26 II 1). Dicha evolución podría efectuarse mediante la ampliación gradual de los límites de la libertad de opinión y de la prosecución de intereses individuales, y por la solución, cada vez más descentralizada, de los conflictos de intereses, con la participación determinante de los afectados mismos; la dirección política podría transformarse, más y más, en una mera instancia de mediación en los restantes conflictos de intereses, contrarrestando también una compensación desequilibrada entre éstos. La expectativa de que la estructura centralizada de dominación haya de relajarse por esta vía, no parece hallar confirmación en las investigaciones más recientes (Jozsa, en: Meissner *et al.*, 1978).

Índice Analítico

Los números se refieren a los párrafos y sus subdivisiones. Los puntos principales se indican en cursiva.

- absolutismo 21 I
- activa, ciudadanía 11 I, IV 1; 14 II; 17 III
- adaptación y estabilidad 3 III; 17 IV; 30 III
- adjudicación 12 IV
- administrativa, autonomía 14 I 3; 23 III; 25 III 3; 31 I; 35 IV
 - véase también autonomía; federativo, principio
- Agreement of the People* 15 II; 24 I; 32 II
- agresión, instinto de 17 II; 18 V
- Alta, Cámara véase House of Lords
- Althusser 17 III 1; 38
- Amalrico de Bena 18 I
- analítico, pensamiento 2 II
- anarquismo 18; 25 II 6
- anexión 12 IV
- antropológicas, referencias, 7; 11 II 1; 15 IV; 17 I, II; 18 V; 22 I; 28 I; 33 I; 35 IV
- apátridas 11 IV 3
- aristocracias 20 I; 25 I; véase también élites, oligarquías
- Aristóteles 1 II; 7 III; 17 I, III 1; 20 I; 23 I 2; 25 I 1; 31 I; 34 I
- asamblea, gobierno de 2 IV; 43 III
- asociación, burocracias de 22 II; 26 V 2; 37 I
- asociaciones véase sociales, poderes
- autodeterminación 16 I 1; 17 III
- autonomía
 - como condición de la pluralidad estructural 31 I
 - función sistémica 4 I 2, III
 - de las minorías nacionales 11 III
 - como principio de la democracia 16 I 1; 17 III 3

véase también federativo, principio; administrativa, autonomía; subsidiariedad, principio de autoridad 7 III; 17 II autoritario, Estado 29 I autorrepresentación del Estado 7 IV avalorativa, ciencia 1 II

Babeuf 34 II

Bacon 25 III 2

Baja, Cámara véase *House of Commons*

Bakunin 18 III

Bebel 18 IV

bicameral, sistema 14 III

bienestar, Estado de

absolutista 29 I I

Estado social véase social, Estado

Bill of Rights of Virginia 32 III; 33 I

Blackstone 24 III; 30 I

Bodin 9 II, III 1; 17 II; 20 II

Bolingbroke 31 II

burocracia 25 III; 35 IV; 37

y dirección política 37 IV

influencia de los grupos de poder pluralistas 26 II, III; 37 II 3

personal burocrático de los cuerpos legislativos 41 III 1;

42 III 2

como *pouvoir neutre* 27 II 3; 37 II 3

Burke 24 III

Cámara de Representantes de los EUA 42 II I

CAME 40 II 2

capacidad jurídica de asociaciones y autoridades 13 I, II

capitalismo 29 II

cargo 14 I 1

titular del 14 I 1, II

cargos, patrocinio de los 26 III

carrera, sistema de 37 III 1

casta y clase, dominaciones de 25

causalidad 2 I, IV

censura, voto de 41 I, II

centralismo 23 III; 35 IV 43, II 2

centralización 14 I 3; véase también descentralización

cesión de territorio estatal 12 IV

Cicerón 20 II; 31 II

ciudadanas, iniciativas 23 I 2; 26 II 3, III

clases 25 II 1, 4

colegiados, órganos 14 IV 2

- y limitación de los poderes 31 II
- Comité Central del PCUS 43 II 2
- commerce-clause* 42 III 1
- competencia, normas de 14 I; véase también, competencias, orden de competencias, orden de 9 III 3; 14 I
- competencias, supremacía de 8 I 2; 9 III 2, 3
 - en el Estado federal 9 IV; 39
 - y forma de Estado 21 ss.
 - integración interestatal 10 1
- complejidad de los hechos sociales 2 II; 25 II 7
- componentes fácticos y normativos de la realidad del Estado 1 IV
- comprensiva, sociología (M. Weber) 5
- Comte 1 II
- común, bien 24 III 1; 26 II, V 1
- comunidad, estructura fundamental 4 ss.
- Comunidad Europea del Carbón y del Acero 10 III; 40
- comunismo véase Marx, marxismo
- Comunista, Partido véase partido
- comunitario, derecho
 - con obligatoriedad interna directa 10 III; 40 III, V
 - primario, secundario 40 I
- concentración 14 I 3
- condicionales, programas 31 III
- conducta, estructura de 3: 5: 7
- Congreso de los EUA 42 II I
- consecuencia en la acción estatal 3 III; 17 IV; 30 I; 36 1
- consenso 7 III 2; 16 I 2, 3; 17 III, IV 2; 26 II 1; 28 II, III 2;
 - véase también mayoría, principio de
- conservadurismo 17 IV 2
 - de la burocracia 37 IV 2
- consolidación del poder público 9 11
- constitución
 - como esquema fundamental de integración 8 II
 - mixta 20 II; 31 11
- Constitución de Francfort 32 V
- constitucional
 - cambio — 9 III 2; 191
 - realidad — 1 IV; 8 II
- constitucionalismo 21 12; 30 1
- constituyente, poder 9 III 2
- construcción escalonada del orden jurídico 6; 8 I 2
- consultivos, consejos 14 IV 1; 26 VI 2
- continental, plataforma 12 III
- contractualista, teoría
 - y derechos fundamentales 32 II; 33 I
 - genética 15 II

456 REINHOLD ZIPPELIUS

- como teoría de legitimación 17 I 1, III
- contrato social 17 III; véase también contractualista, teoría
- control judicial de la actividad del Estado 30 I
- cooptación 22 II 3; 23 II 3; 43 II 3
- costos-beneficios, análisis de 36 II
- cuestionamiento científico de la realidad 1 II
- cuius regio eius religio* 29 I 1
- cursus honorum* 22 II 2
- Chamberlain, H. St 11 II 1
- checks and balances* véase poderes, división de

- decisiones, análisis de 36 II
- Declaration of Rights 31 II; 32 II; 41 I
- defensa, zona de 12 III
- deliberar, capacidad para 14 IV 2
- de Lolme 23 I 2
- democracia 17 III; 20 I; 23
 - "competitiva"
 - directa 23 I, II
 - y Estado de Derecho 23 I; 30 I, II; 34 I
 - parlamentaria 41
 - presidencial 42
 - y publicidad 23 II 4
 - y relativismo 28 II 1
 - representativa 23 I
 - y sociedad pluralista 26
- democrática, libertad véase libertad
- democrático, centralismo véase centralismo
- democratización de los grupos pluralistas 26 VI 3
- demoscopia 28 III 2
- depuración cooperativa de los conflictos 3 I 3; 26 II 1; 38; 39 I 1; 40
- Derecho
 - unidad del 8 I 2
 - Estado de 30
- derecho
 - de emergencia estatal 21 II 1; 30 IV
 - del más fuerte 15 IV
 - de revisión judicial 41 I; 42 II 4
- desarrollo judicial de la Constitución 42 II 4
- desarrollo, países en 22 III
- descentralización
 - funcional 31 I
 - organizativa 4 I 2; 14 I 3; 17 I 2; 23 III; 31 I; 38
 - social 22 II 1; 26 II, VI 2; 28 IV 4
- desconcentración 14 I 3; 31 I
- dialéctica

- en la doctrina marxista 25 II 2, 3
- de norma y realización de la norma 1 IV; 6; 7
- dialéctico, materialismo 25 II
- dictadura 21 II
 - autocrática 21 II 2
 - del proletariado 25 II 4, 6
- Diógenes de Sinope 18 pr.
- discrecionalidad 4 I 2; 14 I 2; 30 I; 31 III
- disolución del poder estatal 26 IV; véase también 18 IV; 25 II 5
- dominación, contrato de 15 II; 17 III 1
- dominium e imperium* 9 I; 12 II; 15 III
- dualismo del derecho nacional y derecho internacional 10 II 3
- Durkheim 7 II, III

- económica, zona 12 III
- efecto triple de los derechos fundamentales 33 II
- eficacia de un orden normativo 1 IV 2; 3 II; 8 I 1; 9 I, III 2; 10 I; 12 III; 19 I
- eficacia electoral de los medios de comunicación masiva 28 IV 3
- ejecutivo, poder 31
- elecciones 24
 - componentes plebiscitarios 23 II 3; 24 II 2, III 2
 - en los EUA 42 II 1, 2, III 3
 - en la URSS 24 I; 43 II
- élites 22; 25; 37 III 1
 - apertura de las 22 II 1
 - circulación de 22 II 2
 - pluralismo de 22 II 1
- emergencia, medidas de 21 II; 30 IV
- empíricas, reglas 2
- Engels 25 II 1, 3, 6
- equilibrio federativo de los poderes 31 II 1; 39 I; 42 II 5
- estabilidad
 - del sistema social 3; 9 I; 17 II, IV 2; 19 I; 26 II 2, IV
 - véase también orientación, certeza de
- establishment* véase élites
- Estado
 - denominación 8 II; 9 II
 - destinos del 17 IV; véase también — fines del
 - fines del 1 III; 8 II; 16 ss.; 35 III
 - formas de 20 ss.
 - como institución supertitular 18; 25 II 6
 - jefe de 21; 31 III; 42 I 2, 3
 - órganos del 13; 14
 - origen 15

458 REINHOLD ZIPPELIUS

- prestaciones del 30 III; 34; 35 III, IV
- pueblo del 11
- razón de 1 II 1
- y sociedad 18; 26 II; 27
- territorio del 12
- tipos de 20 ss.
- Estado de asociación de personas 12 I
- Estado de los tres estamentos 25 I 2
- Estado institucional de superficie 12 I
- Estado de partido único 23 II 3; 26 I
de la URSS 43 II 3, III
- Estado policia absolutista
- Estado, poder del 9
 - división de poderes véase poderes, división de
 - establecimiento extra legalitatem 16 II; 19 I
 - en el Estado pluralista 26 IV
 - función ordenadora y pacificadora 9 I; 17 II; 19 I
 - inutilidad 17 I 1; 18; 25 II 6
 - legitimación democrática 17 III; 28 III 2
 - y relaciones interestatales 10
- Estados
 - confederación de 39
 - uniones de 39; 40
- estamental, Estado 9 II
- estructura véase conducta, estructura de
- estructural, pluralidad 29 I 3; 31 I
- ética, cuestión 1 III; 16 I 1, II
- EUA 32 III; 42
- Europeas, Comunidades 10 III; 40
- europeo, equilibrio 31 I
- exceso, prohibición de 30 I
- existencial, procura 35 III
 - y derechos fundamentales 33 III; 34 III
 - y legalidad de la administración 30 III
- explotación 25 II
- extinción del Estado 25 II 6; 18 IV

- facultad de aprobación de impuestos 32 III; 41 I
- federal, Estado
 - estructura 39 I
 - poder estatal en el 9 III 3, IV
- federativo, principio 4 I 2; 17 I 2; 23 III; 38; 39 I; 40 I
- feed-back* véase retroalimentación
- ficción, teoría de la 13 I 1
- Fichte 4 I; 18 I; 27 I; 30 III; 34 I 3

Filmer 15 I

fines, programas de 31 III

fisiócratas 27 I; 29 II; 32 IV

formación de la voluntad en los órganos 13 I, II; 14 IV

fracción, disciplina de 24 III 2

fronteras del territorio estatal 12 III

función ordenadora del Estado 9 I; 17 II; 19 I

funcionales, conexiones 3

funcionarios, régimen de los 25 III

funciones, división de 3 I

fundamental, norma 6

fundamentales, deberes 34 I 2

fundamentales, derechos 30; 32 ss.

 contra el fisco 33 III

 derechos civiles, derechos humanos 11 IV 1

 efecto triple 33 II

 y Estado totalitario 29 I 2

 historia 32

 sociales 32 VI; 34

 teoría institucional 30 II

 validez preestatal 33 I

gabinete, gobierno de 41 I, II

Gehlen, Arnold 7 II

gendarme, Estado 29 II; 30 III

Gierke, Otto v. 4 II; 13 I 2

Glorious Revolution 31 II; 32 I, II

gobierno

 en el esquema de la división de poderes 31 III, IV; 36 I

 órgano colegiado 41 II 2

 órgano monocrático 42 II 2

 en el sistema parlamentario 4 I

Gobineau 11 II 1

guerra de todos contra todos 17 II

Habeas Corpus Acte 32 II

Haller 15 III

Harrington 25 II 5

hearings 42 III 2

Hegel 7 I; 27 I; 28 III 2; 35 I 2

Herder 7 I 1

Herodotoo 20 I

Hobbes 9 I; 12 I; 13 III; 17 II; 18 V; 26 I; 28 I, II I

homo hominilupus 17 II

homogeneidad del sistema de regulación jurídica 8 I 2; 9 III;

véase también centralización

d'Hondt, procedimiento de 24 II 2

House of Commons 41 I

House of Lords 14 III; 41 I

humanos, derechos, véase fundamentales, derechos

Humboldt, W. v. 29 II

Hume 28 III I

Huxley, A. 25 III 1; 35 II, III

ideal, tipo 2 I, III

ideologías I II 2, III; 7 I 2; 25 I 2; 28 V 1, 2

igualdad

de las elecciones 24 I

de los Estados 10 I

jurídica 34 II

y libertad 34 II 2

social 34 II

imágenes-guía 1 II 2, III; 7 I 1, II-IV; 25 I 2; 28 IV 1, 2

impermeabilidad 10 I; 12 I, II

implied powers 42 III 1

imputación, teoría de la 13 II

incompatibilidad 31 II; 41 II; 42 II 1

independencia de los jueces 21 I 2; 27 II; 31 II, III

industrial, Estado 29 III; 35 ss.

Inglaterra

derechos fundamentales 32 II

parlamentarismo 41

innovación, disposición a la 3 III; 17 IV; 30 III

instituciones 7 III; 8 I; 14 I; 27 II

integración, doctrina de la 7 I 1

integradora, función

de la formación de la opinión pública 28 IV 1

del orden jurídico estatal 26 IV

de la representación por los órganos del Estado 13 III

del territorio estatal

intereses

compensación de I IV 2; 17 IV; 24 III 1; 26 II, IV V; 27; 37 II 3;
40 I

grupos de, véase pluralismo

interestatal, integración 10 I, III; 40 I, V

intermedios, poderes 27 II 2

internacional, derecho

y derecho nacional 10 II

y soberanía del Estado 10 I

internacional, equilibrio 10 I; 31 I

internacionales, organizaciones 40

intervención, prohibición de 10 I

Jefferson 32 III, IV; 42

judicial, poder 3 I

jurídica, persona 13

jurídica, seguridad 30 I; véase también orientación, certeza del *jus sanguinis* II IV 2

jus soli II IV 2

justicia

 y legalidad 16 II; 30 I

 social 24 III I; 34; 25 III

justificación del Estado 15 ss.

Kant 2 I 1; 4 I 3; 15 III; 17 III, 3, 4; 23 II 4; 25 II 1; 28 II 1;
29 II; 30 I

Kelsen 1 IV; 6; 23 II I, 2

Kropotkin 18 III

laissez-faire 27 pr.; 29 II; 35 I

Lassalle 15 IV; 29 II

legalidad 16 I 2, II

 de la administración 30 I; 31 III; 32 II

legislativo, poder 3 I

legitimación, legitimidad 9 I; 16; 19; véase también justificación

Lenin 17 I; 18 IV; 25 II I, 4, 6

Lessing 28 II I

ley de hierro de la oligarquía 22 I; 25 III

ley de plenos poderes 21 II 2

liberal, competencia 28 II, IV 4; 29 II; 34 II 2

liberalismo 23 I; 27 I; 28 II, IV I; 29 II; 30; 32; 34 II 2; 35 I;

véase también libertad

libertad

 conformista 17 III

 democrática 17 III; 28 II; 29 II; 34 I I

 de las elecciones 24 I

 y Estado de Derecho 30 I

 e igualdad 34 II 2

 liberal 29 II; 34 I I

 y sujeción (correlación entre ·) 34 I 2

limitativas, cláusulas 24 II 3

listas, elección por 24, I, II

lobbying 26 III, V 3

Locke 15 I, II; 17 III 1; 31 II; 32 II; 33 I

Lolme de 23 I; 30 I 2

Lutero 18 I; 29 I I

462 REINHOLD ZIPPELIUS

Magna Charta 30 I 2; 32 II; 41 I

mandato, representativo e imperativo 24 III

Mandeville 29 II

Manegold von Lautenbach 15 II

Mao Tse-tung 22 112; 25 I 2

Maquiavelo I II; 2 IV; 20 II, III; 28 III 3; 31 II

Marsilio de Padua 17 III 1

Marx, marxismo 17 I 1; 18 IV; 22 III; 23 114; 25 II; 27 I; 28 I;
29 I 2

Mayflower Compact véase plantación, contratos de
mayoría

absoluta, calificada, relativa 14 IV 2

elección por 24 II 1

principio de 16 I 3; 17 III; 28 II 1; 30 I 1; véase también consenso

máxima felicidad del mayor número 26 II; véase también común,
bien medida humana de la organización del Estado 7 III 3; 17 I 2; 38

medida, ley de 30 III; 31 IV

medios de comunicación masiva 28 IV

en el Estado totalitario 29 I 2

mentalidades 7 II, III; 20 III 1, IV 1

militares, regímenes 22 III

Mill, J. St. 17 III; 28 II 2; 34 I 1

minorías véase nacionales, minorías

mixtas, constituciones 20 II

modelos sobre el origen del Estado 15

monarquía 20 I, III, 21 I

monocracias 21

monocráticos, órganos 14 IV 1

Montesquieu 17 III 1; 31 II

More I III; 25 II 4

Most, J. 18 III

múltiple, nacionalidad 11 IV 3

Müller Adam 4 I

nacionales, minorías 11 III 2

nacionalidad 11 IV

Nacionalidades, Soviet de las 14 III; 43 II 1

nacionalsocialismo 29 I 2; 32 V

natural, derecho 15 pr., IV; 19 I; 32 I; 33 I

Netschaiev 18 III

no identificación 26 II

normativismo I IV; 6

objetivo, espíritu 7; 11 II 2; 17 IV; 24 III 1

ocupación 12 IV

oligarquías 20 I; 22; 23 II, III; 25

ONU 10 I; 32 VI; 40

opinión

dirección de la 28 I, IV 2

encuestas de, véase demoscopia

oportunidades, igualdad de 34 II 2

electoral 24 I

en el Estado pluralista 26 II

oposición 41 III 2

Oppenheimer, Franz 15 IV

organicistas, teorías 4; 13 I 2

organización, actos de 14 I 1, 4

órganos constitucionales estamentales 14 III; 26 VI 1

órganos corporativos 26 VI 2

orientación, certeza de 3 III; 7 II, III; 9 I; 17 IV; 28 I; 30 I

Orwell 25 III 1

panachage 24 II 3

papeles 7 I 2; 14 II 1

parlamentaria, democracia 41

y división de poderes 31 IV

Parsons 3; 7 I 2

partidos

atomización 24 II 3

disciplina 24 III 2; 41 III 2; 42 III 3; 43 II 2

según la doctrina marxista 25 II 4, 6

en el Estado parlamentario 41 III 2

en el Estado pluralista 26 II, III, VI

Estado unipartidista 23 II 3; 26 I; 43

estructura interna 22; 23 II 1; 41 III 2; 42 III 3; 43 II 2

en los EUA 42 III 3

financiamiento de los 26 VI

igualdad de oportunidades en las elecciones 24 I

mediatización política del pueblo 23 II 1; 26 III

orígenes 41 I

partido de Estado 29 I 2, 43 II 2, 3, III

y transformación estructural de las elecciones 24

en la URSS

patriarcalista, teoría 15 III

patrimonialista, teoría 12 II; 15 III

persona colectiva real 13 I 2

personas, elección de 24 pr., II 1, 3

Petition of Rights 32 II; 41 I

piecemeal engineering 35 II

planeación 23 II 3; 25 III; 31 III; 36

planificada, economía 29 I 2

plantación, contratos de 15 II; 32 III

464 REINHOLD ZIPPELIUS

plataforma en la campaña electoral 24 III 2

Platón 1 II; 15 IV; 17 II; 20 I; 25 I 1; 28 III 3; 29 II; 30 I; 31 II

plebiscito 23 II 2, 3

pluralismo

de las élites modernas 22 II 1

como equilibrio de poderes 26 II; 28 IV 4; 29 I 3; 31 IV

de los poderes sociales 26

contra totalitarismo 29 I 3

de los valores 17 IV; 28 II 1

poder, control del 30; 31

poder eclesiástico soberano 29 I 1

poderes, división, equilibrio, frenos de los 3 III; 4 III 3; 10 I; 31

en la democracia parlamentaria 41 II, III 2

en la democracia presidencial de los EUA 42

en el Estado pluralista 26 II 3; 31 IV

federativa 31 II; 39 I; 42 II 5

Polibio 20 II; 31 II

policentrismo internacional 31 I

Politburó del PCUS 43 II 2

politeísmo de los valores 17 IV

Popper 2. I III 1; 7 III; 25 II 3; 26 II 2; 35 II

popular, democracia 25 II 5

positivismo 1 II

pouvoir constituant 9 III 2

pouvoir constitué III 2

prensa 28 IV

prerrogativa del rey 31 II; 32 II; 41 I

presupuesto 31 IV; 41 I, II; 42 II 3

pretensión de tutela jurídica 34 I 1

primacía del derecho internacional 10 II 2

principio del Estado nacional 11 III

probabilidad de realización de las normas 1 IV 2; 8 I 1; véase también
eficacia

del comportamiento social 5

progreso véase adaptación

pronóstico 2 IV

proporcional, representación 24 II 2, 3

proporcionalidad 30 I

Proudhon 18 III

publicidad

de la discusión 28 II

del proceso político 16 I 3; 23 II 4; 26 VI; 28 III 3; 41 III

público, control 16 I 3; 23 II 5; 28 III 3; 37 II 4

de los poderes sociales 26 VI; 28 IV 4

Pufendorf 12 I; 15 II; 17 I 1; 39 I 1

puritana, revolución 32 II; 41 I

Pym 30 I; 32 II

quórum 14 IV 1

racionalización del proceso de decisión 36 II

radicalismo 18; 25 I 2; 26 II 2; 35 II

raza y pueblo 11 II 1

referéndum 23 II 2, 3

regionalismo 11 III 3; 38

regulación, sistema de 3; 7 I; 8; 9 III 2

relacional, sociología 3 I; 5; 7 I 2

relativismo 28 II I

rendimiento, principio de 22 II; 25 III; 27 II 2; 34 II 2; 37 III

representación

 y estructura oligárquica 22; 23 II

 fáctica mediante las asociaciones 26 II

 orgánica 16 I 3; 23 I 3; 24 III; 28 III 2

 de toda la nación 24 III; 41 I

representaciones valorativas dominantes 7 I; 17 IV; 24 III; 26 V I; 28

representativo, mandato 24 III

república 20 III

reserva de ley 9 III 3; 30 I, III

residencia, libertad de 17 III 4

resistencia, derecho de 15 II; 19 II

retroactividad de las leyes 30 I

retroalimentación

 entre los medios de comunicación masiva y el público 28 IV 2

 entre los poderes políticos y la colectividad 3; 17 III; 22 II; 23 II 3;

 41 III 2

revolución 16 II; 19 I

 según la doctrina marxista 25 II

Rousseau 12 I; 17 III; 34 I

Saint-Simon 2; III 2

Savigny 13 I I

Schelling 4 I

secesión 10 III; 16 II

Senado de los EUA 14 III; 42 II 1

sentido, orientación con I II 2; 5; 6; 7; 28 IV 1; véase también

 Estado, destinos del

seudodemocracia 23 II 3

Sieyes 23 I; 24 III 1

simbolos 7 IV

Simmel 5

sindicalismo 18 III

sindicatos 26; 27 II 2

- sistema electoral escalonado en la URSS 43 III 2
- sistemas
- análisis de 36 III
 - teoría de 3 I; 7 I 2
- Smith, Adam 29 II
- soberanía 9 II, III
- y derechos de libertad 32 I
 - externa 10 I
 - transmisión de derechos de soberanía a las organizaciones supranacionales 10 III
- social
- contrato véase contractualista, teoría
 - Estado 29 III; 30 III; 32 V, VI; 34; 35 III, IV
 - ethos véase representaciones valorativas
- sociales, poderes 25 s.; 27 II 2; 28 IV; 33 II, III
- socialización 3 I; 7 I
- sociedad
- sin clases 18
 - Estado y — 18; 26 II; 27
 - estructura de clases 25
- Soviética, Unión 43
- soviets, sistema de 23 I; 43
- Spencer 4 III
- Spinoza 15 IV; 17 III I
- status
- activus* 11 IV; 17 III; 34 I
 - negativus* 11 IV I; 29 II; 33 II; 34 I
 - passivus* 11 IV I
 - positivus* 11 IV I; 34 I
- Stein, Lorenz v. 4 I; 25 II 5; 27; 34 I 3
- Stirner 18 II
- subordinación social de las asociaciones 27 II 2; 33 II
- subsidiariedad, principio de 17 I 2; 23 III; 25 III 3; véase también federativo, principio; administrativa, autonomía
- sufragio
- activo y pasivo 14 II; 24 I
 - principios del 24 I
 - de las tres clases 24 I
- sujet mixte* (nacionalidad múltiple) 11 IV 3
- supraindividuales, colectividades 4; 13 I 2; 24 III I
- supranacionales, comunidades 10 III; 40 V
- supremacía de la ley 9 III 3; 30 I
- Supreme Court* 42 II 4
- Supremo, Soviet 2 IV; 14 III; 43 II I
- tecnocracia 25 III; véase también planeación

- teocracia 25 I 2
 teoría empírica del Estado I II; 2
 teorías monocausales de la sociedad véase complejidad territorial
 Estado 12 I
 soberanía 12 I, II
 territoriales, aguas 12 III
 terrorismo 18 III
 tipificador, pensamiento 2 III, IV
 tiranía 20 I; 21 II 2; 25 I 1
 Tocqueville 7 III; 23 III; 25 III 1; 34 I 1; 35 IV
 tolerancia 28 II 1; 32 I
 Tolstoi 18 I
 Tomás de Aquino 15 II; 17 I 1; 20 II
 Tönnies 7 III; 23 III; 25 III 1; 34 I 1; 35 IV
 total, interés 17 III; 24 III I
 totalitario, Estado 3 III; 29 I; 31 IV
 trabajo, división del 7 III; 25 I 1; 37 I
 y organización de dominación 22 II; 23 I, II 1
 transformación del derecho internacional en derecho interno lo. II 3
 Tucídides 2 IV
- unidad del poder estatal 9 III 3; véase también homogeneidad
 en el Estado federal 9 III 3; IV
 e integración interestatal 10 III
- URSS 43
- utopías I III; 18 25 I I
- valores
- pluralismo de los 17 IV; 28 II 1
 politeísmo de los 17 IV
- veto, derecho de
- en el Consejo de Seguridad 40 IV
 de la *House of Lords* 14 III
 en órganos colegiados 14 IV 2
 del presidente de los EUA
- volonté de tous* 17 III
- volonté générale* 17 III; 24 III 1
- voto obligatorio y libertad de las elecciones 24 I
- votos, acumulación de 24 II 3
- Weber, Max 1 II, IV 1; 2 III 2; 5; 9 I; 11 II 2; 16 I 2; 19 I; 25 III 2;
 32 I; 37; 41 III 1
- Wolff, Chr. 33 I
- Zenón de Citio 18 pr.
- zona de tres millas 12 III

ACLARACION

Por un error, se omitió una parte del texto del § 32 “Los derechos fundamentales: Origen”, el cual se reproduce a continuación. Este texto se inserta entre los párrafos segundo y tercero de la página 337, inmediatamente después de donde se lee: “. . . para los ‘súbditos’ del rey”.

Más tarde, cuando el conflicto entre gobierno y Parlamento ya es abierto, la idea de un ámbito de libertad jurídicamente garantizado adopta una dramática expresión en el proceso que el Parlamento siguió al *Earl of Strafford*. En su discurso de acusación (1641), John Pym pronuncia estas palabras: “La ley es la línea fronteriza, la medida entre la prerrogativa del rey y la libertad del pueblo. Mientras ambas se muevan en su propio terreno, se otorgarán mutuo apoyo y seguridad. . . ; si, en cambio, la prerrogativa del rey oprime la libertad del pueblo, se transforma en anarquía”. Esta idea de que la ley constituye la frontera entre la prerrogativa del rey y la libertad del pueblo sobrevive en el principio de legalidad en la administración.

A ello se aúna, con fuerza creciente, la concepción de derechos humanos universales e inalienables, intangibles aun para el legislador. El postulado de una libertad religiosa, que pertenecía a todos los hombres y que el Estado habría de respetar, adquirió particular actualidad en la rebelión puritana y la subsecuente guerra civil. Al igual que en la Guerra de los Treinta Años que en esos momentos asolaba a Alemania, en este conflicto los decisivos eran los antagonismos religiosos. El rey deseaba preservar y reforzar la Iglesia episcopal, mientras que poderosas fuerzas en el Parlamento se inclinaban por el puritanismo presbiteriano. Finalmente, en el Parlamento Corto de 1648 quedaron sólo los independientes, cuyo objetivo era una organización eclesiástica basada en parroquias desligadas de toda regulación por parte del Estado. En estas confrontaciones con el poder estatal también desempeñó un papel la frase: “Es preciso obedecer a Dios antes que a los hombres” (Hechos de los Apóstoles, 5: 29). Este principio postula límites generales del poder del Estado, que habrán de respetarse frente a todo ser humano. De esta manera, la demanda de libertad religiosa vino a ser importante vehículo para la irrupción de la idea de los derechos fundamentales.

La doctrina del contrato social deseaba igualmente asegurar un campo reservado a las libertades individuales frente a la intervención estatal; mediante un contrato tal, los individuos se someterían a la autoridad instituída en común, pero reservándose ciertas libertades inalienables a las que nadie podría renunciar. Es un hecho que los *Leveller* se aplicaron a esbozar un contrato popular, el así llamado *Agreement of the People* (1647), que habría de someterse a la aprobación del pueblo inglés y haría las veces de Constitución. En él se establecía "*that matters of religion and the ways of God's worship are not at all entrusted by us to any human power, because therein we cannot remit or exceed a tittle of what our consciences dictate to be the mind of God without wilful sin*" (IV 1). Sin embargo, este *Agreement* no pasó de ser un proyecto (Jellinek AStL, 510 s.). Posteriormente, la petición de garantías para la libertad de los individuos se consagra jurídicamente en la *Habeas Corpus Acte* del año de 1679. En ella se establece, como anteriormente en la *Magna Charta*, la protección contra la detención arbitraria, pero ahora para todos, de modo que, a petición del detenido, éste debía ser presentado personalmente, en un lapso de tres días, ante el *Lord Canciller*, el *Lord Guardasellos* o el tribunal, donde habrían de comprobarse los verdaderos motivos de su arresto. Este principio de que el individuo únicamente pueda ser mantenido en detención en virtud de resolución judicial, forma parte esencial de los órdenes jurídicos en el Estado de Derecho.

Asimismo, la *Declaration of Rights* de 1689 contenía, aparte de las garantías para el parlamento, que todavía trataremos (§ 41 I), garantías jurídicas para los particulares: así, el derecho de los súbditos de presentar escritos petitorios al rey, incorporado en las modernas constituciones como derecho de petición; además, el derecho de los súbditos de credo protestante de poseer armas para su defensa, conforme a su condición y en la medida que lo autorizara la ley; luego, se garantizaba la libertad de palabra y de debate en las sesiones parlamentarias, lo cual era de extremada importancia para el funcionamiento de la democracia; por otro lado, se prohibía la aplicación de multas desproporcionadas y de penas crueles o inusitadas.

Esta época de la historia inglesa, en la que irrumpió la idea de derechos de libertad universales, tuvo su intérprete filosófico en John Locke. En sus *Dos Tratados del Gobierno*, aparecidos un año después de la Gloriosa Revolución, desarrolló no solamente una teoría de la división de poderes, sino también la doctrina de las libertades originarias e inalienables del hombre (véase *infra* § 33 I).

III. Estados Unidos de Norteamérica

H. Hägermann, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte in den ersten amerikanischen Staatsverfassungen, 1910; *Hashagen, Vossler y Welzel*, en: Schnur 1964; *G. A. Salander*, Vom Werden der Menschenrechte, 1926; *O. Vossler*, Die amerikanischen Revolutionsideale in ihrem Verhältnis zu den europäischen, 1929; sobre la actualidad, cfr. *K. Loewenstein*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Ver. Staaten, 1959, 473 ss.

La evolución jurídica en Inglaterra y la doctrina iusnaturalista de los derechos inalienables del hombre (§ 33 I), establecieron las bases espirituales para reunir las principales libertades en un catálogo de derechos fundamentales y para proclamar como ley positiva los derechos generales del hombre y del ciudadano. Esto aconteció por primera vez en las colonias norteamericanas, nuevamente gracias a una situación política propicia. Muchos colonos poseían un profundo sentido de independencia y en su mayoría eran sucesores de aquellos puritanos que, a causa de la libertad de credo, buscaron una nueva patria en Norteamérica. Más que en cualquier otro lugar, numerosas restricciones a la libertad individual resultaban innecesarias, dada la gran extensión de un país poco poblado. En ningún otro sitio sucedió, en igual medida, que la filosofía política contemporánea pasara de la espaciosa esfera de la especulación a la realidad política. El americano observa que "en el *Mayflower Compact*, en los *Covenants* de Connecticut, surgen efectivamente los Estados mediante contrato; para él, el derecho natural no es en todos estos puntos teoría y literatura, sino realidad tangible, visible y viva" (Vossler, en: Schnur 1964, 180 s.). Ya en los "*General Fundamentals*" de New Plymouth, del año 1671, se declaraban inviolables la igualdad ante la ley y la justicia, la integridad física, la vida, la libertad, el buen nombre y la propiedad, así como la libertad de credo, de conciencia y de culto (arts. III ss.; Hatschek, 133 s.).

En el conflicto con la Madre Patria en torno al pago de impuestos sin su consentimiento y sin estar representados en el Parlamento, los colonos apelaron a los derechos que les correspondían como ingleses por nacimiento, pero también a los derechos naturales y universales del hombre. Así, en el año de la Declaración de Independencia se producen las declaraciones pioneras de los derechos humanos.

El *Bill of Rights of Virginia*, del 12 de junio de 1776, fue el modelo al que siguieron las declaraciones similares de otros Estados de la Unión. El art. I de esta declaración estipulaba: "Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos. . . a saber: el goce de la vida y la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad". Esta era se-

guida por las garantías de la libertad de prensa (art. 12) y del libre ejercicio de la religión (art. 16). En las respectivas declaraciones de los otros Estados de la Unión se agregaron, como nuevos derechos, las libertades de emigración, de asamblea y de petición. La Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776, redactada por Jefferson, señalaba como verdad evidente que los hombres estaban dotados de ciertos derechos inalienables. No obstante, se limitó a indicar brevemente que entre éstos estaban la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. La Constitución Federal de 1787 no contuvo, en principio, una declaración de los derechos fundamentales, pero dos años más tarde se sometieron al Congreso 10 enmiendas, esto es, artículos adicionales que garantizaban los derechos fundamentales. El Congreso aprobó estos artículos adicionales en el año de 1791 y desde entonces forman parte de la Constitución. En tiempos posteriores, fueron complementados por otras enmiendas; entre ellas, las enmiendas XIII y XIV, que otorgaban la ciudadanía y la libertad a los negros, eran normas constitucionales que ocultaban el drama histórico de la guerra civil norteamericana.

IV. Francia

W. Rees, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789*, 1912 (reimpr. 1868); Vossler, en: Schnur, 1964; M. Duverger, L. Sfez, *Die Staatsbürgerlichen Freiheitsrechte in Frankreich. . .*, en: K. A. Bettermann et al. (ed.), *Die Grundrechte*, 1 2, 1967, 543 ss.; S. J. Samwer, *Die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789/91*, 1970; J. Sandweg, *Rationales Naturrecht als revolutionäre Praxis*, 1972; sobre la actualidad cfr. K. Stahl, *Die Sicherung der Grundfreiheiten usw.*, 1969.

En la Francia prerrevolucionaria no sólo se hallaban presentes el postulado general de la limitación y control del poder del Estado (Montesquieu, véase § 31 II) y la idea de la libertad democrática de los ciudadanos (Rousseau, véase § 17 III). Los fisiócratas ya habían reclamado determinadas libertades fundamentales de los individuos, sobre todo en el campo de la actividad económica.

En Norteamérica, la consagración de semejantes libertades en catálogos de derechos fundamentales, no fue más que la codificación de principios que gozaban ya de una amplia vigencia en la realidad. En la muy diversa situación de la Francia revolucionaria, desde el punto de vista jurídico-constitucional y político, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano significó un cambio trascendente. Inspirado en el *Bill of Rights* de Virginia, Lafayette propuso a la Constituyente promulgar una declaración de los derechos humanos. El mismo Jefferson había colaborado en el proyecto presentado (Vossler, 193 ss.). Después de debatir

vehementemente los proyectos de Lafayette y otros (Mounier, Sieyès, la Sección 6a. y otros) se aprobó el 26 de agosto de 1789 una "*Declaration des droits del l'homme et du citoyen*" que en su contenido apenas aportaba algo de novedad frente a las declaraciones americanas. Las principales disposiciones eran: Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en cuanto a sus derechos. Las diferencias sociales sólo pueden ser fundadas sobre la utilidad común (art. 1). El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (art. 2). La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro; de modo que el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Esos límites no pueden ser determinados sino por la ley (art. 4). A estos se agrega la garantía de la libertad de credo (art. 10), de la libre expresión (art. 11) y de la propiedad (art. 17). Esta Declaración de los derechos del hombre se incorporó en la Constitución de 1791, que adicionalmente protegía las libertades de residencia y de asamblea. En las Constituciones republicana de 1793 y directorial de 1795, se reiteraron estas garantías fundamentales con ciertas modificaciones. Sin embargo, salvo un corto periodo de verdadera libertad en los años 1789 y 1790, se convirtieron en la vacía fachada de la tiranía de la Convención y, más tarde, del Directorio.

Entre las posteriores Constituciones francesas, debe destacarse la *Charte constitutionnelle*, expedida por Luis XVIII el 4 de junio de 1814 que, en vez de garantizar amplios derechos del hombre y el ciudadano, otorgaba derechos de libertad limitados. A imitación de este modelo, otras monarquías reconocieron constitucionalmente algunos derechos aislados (§ 21 I 2).

V. Alemania

E. Eckhardt, Die Grundrechte vom Wiener Kongress bis zur Gegenwart, 1913; *F. Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952, 1967, 545 ss. (sobre la obligación social); *E. R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, II 1960, 773 ss., VI 1981, 94 ss.; *id.*, Grundrechte im Bismarckschen Reichssystem, en: F.f. U. Scheuner, 1973, 163 ss.; *H. Scholler* (ed.), Die Grundrechtsdiskussion in der Paulskirche, 1973, 2 1982; *W.v. Rimscha*, Die Grundrechte im süddeutschen Konstitutionalismus, 1973; *Scheuner* St, 633 ss.; *R. Wahl*, Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im dt. Konstitutionalismus des 19 Jh., en: der Staat 1979, 321 ss.

Es mucho más difícil rastrear los principios de la idea de derechos humanos inalienables en la antigua teoría alemana del Estado que en la tradición anglosajona. En las guerras campesinas

desempeñó algún papel la idea de que los hombres son por naturaleza iguales ("Cuando Adán cavaba y Eva hilaba, ¿dónde estaba entonces el noble de condición?"). A semejanza del proyecto constitucional inglés de algunas décadas antes, Pufendorf deseaba sustraer la libertad religiosa a la pretensión de disposición estatal (*De habitu religiones christianae ad vitam civilem*, 1687, § 5). Según Christian Wolff, los hombres poseen derechos innatos a la igualdad, la libertad y la seguridad (véase *infra* § 33 I) que, en todo caso, se hallan bajo la reserva de que la comunidad política determine de qué modo y con qué medios ha de buscarse el bien común. Tales ideas sobre los derechos humanos lograron, si acaso, una eficacia práctica incompleta: la libertad religiosa, no como derecho del hombre, sino como tolerancia garantizada por el Estado; el derecho de propiedad, en última instancia, en la indemnización compensatoria concedida por el Estado, en caso de que éste hiciera uso de una propiedad.

Dejando aparte los antecedentes constitucionales mencionados (§ 21 I 2), la historia de los derechos fundamentales consagrados en un documento se inicia en Alemania en el año revolucionario de 1848. En diciembre de ese año, la Asamblea Nacional alemana congregada en la Iglesia de San Pablo de Francfort, expidió una declaración de los "Derechos fundamentales del pueblo alemán", que fue incorporada, como Sección VI, en la Constitución del 28 de marzo de 1849.

El objeto de estas garantías eran, principalmente: la libertad de residencia en el territorio del *Reich* (§ 133, inciso 1); la igualdad de todos los alemanes ante la ley, al suprimir los privilegios estamentales (§ 137); la libertad de la persona y el principio del *Habeas Corpus* (§ 138); la inviolabilidad del domicilio y la reserva de resolución judicial para cateos y embargos de cartas y papeles (§ § 140, 141); la garantía del secreto de correspondencia (§ 142, inciso 1); la libertad de opinión (§ 143, inciso 1); la libertad de credo y de conciencia (§ 144); la libertad de cultos religiosos (§ 145); la libertad de investigación y de docencia (§ 152); la libertad para elegir profesión y el sitio de instrucción (§ 158); la libertad de asamblea (§ 161); la libertad de asociación (§ 162); la garantía de la propiedad (§ 164) y la del juez legal (§ 175, inciso 2).