Derechos humanos y neo iusnaturalismo: el riesgo de encubrir la relación entre derecho y poder

Ariel Zúñiga

Lunes 21 de enero de 2008, puesto en línea por Ariel Zúñiga

Sea por pudor o por hipocresía, los juristas en la encrucijada prefieren ligar al Derecho con la moral en vez que con el poder [1]. Esta elección se defiende con entusiasmo y siempre se llega a un punto en que se cierra la discusión con una falacia de autoridad [2]. El mismo Platón en *La República*, no logra destruir los argumentos de Trasímaco [3] e intenta evidenciar la técnica que utiliza éste para defenderse, luego de discutir acerca de la discusión el protagonista de la obra, Sócrates, admite que no sabe nada sobre la justicia [4]. Los argumentos de Trasímaco son bastante débiles, sin embargo ellos bastan para destruir a cualquiera que intente defender las ideas de Sócrates en esa disputa. El derecho y el poder son cuestiones distintas, no es justo lo que quiere el poderoso, pero bajo ciertos respectos es válido. Es que para que el poder se transforme en derecho es preciso que sea legitimado. Ya que el poder rige por la amenaza de su uso y no por su uso, un poder ilegítimo naufraga al zarpar. Requiere la aquiscencia de los obligados por la norma, o más precisamente, del miedo que ellos sientan de que advendrán serias consecuencias ante su quebrantamiento. Este efecto “terrorista” [5] del derecho, de no producirse, deja a los potenciales sujetos imperados en la libertad de acatar o no acatar la norma. El efecto terrorista del derecho debe contener tanto las ansias por el quebrantamiento individual como el social, unos pocos sujetos al paredón por un quebrantamiento bastan para restituir la confianza en el soberano. No es necesario tener la convicción de que tal o tales sujetos fueron castigados por quebrantar esa norma, importa que el sujeto imperado tenga la convicción de que eso le podría ocurrir a él o a cualquiera de los suyos. Mientras más arbitrario es el uso del poder el terror es más intenso.

Los sistemas políticos modernos dependen de complejos mecanismos de controles al poder. La división de funciones estatales, es defendida por la unanimidad de los autores como un mecanismo útil para impedir que la arbitrariedad de un sujeto se transforme en voluntad soberana. Pero ¿porqué son necesarios los mecanismos de control si sólo una norma jurídica puede ser justa? Desde luego que estos mecanismos abundan porque una norma, independiente de su rectitud, justicia o moralidad, si logra ser establecida es válida. Los esfuerzos por limitar el poder surgen de la evidencia de que de que éste es la única fuente del derecho.

El poder se basta a sí mismo, quienes carecen de poder tienen al derecho a su disposición para defenderse de éste. Esta afirmación tiene su origen en la idea de que la Humanidad es gobernada por los débiles, contrariando con ello todas las normas de la naturaleza. Pero entender al poder como una cuestión meramente física es un error: La humanidad suprimió las normas de la naturaleza, puso al hombre en la cúspide de la cadena alimenticia extendiéndose como una plaga en todo el planeta. Sin enemigos naturales el hombre se enfrenta entre sí, con las herramientas construidas por el mismo desde hace miles de años. Estas herramientas permiten al hombre disponer de la fuerza física de miles de hombres. Si los débiles tuvieran al derecho como una garantía al poder quiere decir que o tienen a su disposición estas herramientas o que tienen la posibilidad de sustraerse a ellas. En ambos casos los débiles no serían tales: O serían los poderosos, o gozarían de autonomía. Físicamente los débiles sin embargo, son muchos más que los poderosos. Tantos que no existen herramientas capaces de contener su sola fuerza física desatada al unísono. Es por ello que la forma en que se gobierna a los hombres es distinta que la forma como se controla a las bestias, pero no tan distinta. El domador de fieras le enseña en sus primeros años por medio del ardid de que su poder es incotrarestable, luego las extorsiona amenazándolas con desatar ese poder el

resto de su vida. El alimento, el sueño y la higiene, dependen de la voluntad del amo, de eso nunca debe haber dudas. A los hombres para gobernarlos, es preciso desarmarlos frente al poder. El poder debe ostentar el monopolio de la fuerza física. Los débiles no pueden armarse ni organizarse con fines sediciosos, sólo tienen la palabra en contra de las armas. Es esa ecuación la que dirime el punto, los débiles son débiles y sólo eso, el derecho sin fuerza física que lo sostenga es sólo literatura, y mala literatura. Pero las palabras y las acciones pacíficas pueden generar acuerdos, esos acuerdos le pueden permitir a muchos sabotear las normas que intentan imponer unos pocos. Esto es algo completamente distinto a lo que pueden hacer los animales. Lo que describo es mucho más complejo que el ataque de una jauría, es la base misma de la humanidad, lo que llamamos política. Es la política lo que diferencia el modo de control de fieras o rebaños y el modo de controlar a muchos seres humanos por algunos de ellos. La legitimidad está dada fundamentalmente por el miedo, pero es mejor encubrir este hecho sólo para los momentos de crisis. Los débiles deben tener una conducta internalizada que les impida cuestionar el poder. Deben hacerse parte de una explicación lógica del miedo que sienten profundamente y es esa explicación la que varía dependiendo del sistema político-económico del que estemos hablando. El miedo es la constante.

Pero ¿Cuál es la raíz desde cual crece aquel argumento en que los débiles controlan a los poderosos? Es un modo de razonar muy particular pero en nuestra cultura pasa a ser el modo natural de razonar. Débiles con poder, poderosos controlados por los débiles, son afirmaciones absurdas y sin embargo comunes. Lo que hace comunes a estas observaciones es que son coherentes con la viga maestra del sistema vigente: El estoicismo [6].

El estoicismo es una filosofía que surge en Grecia y Roma clásicas pero que se hace hegemónica con el vigor del cristianismo. Es el poder actual de occidente quien la ha universalizado tanto en su carácter reaccionario como revolucionario.

El fundamento central del estoicismo es la igualdad existente entre todos los hombres. Esa igualdad es defendida en su faz reaccionaria, en el sentido de una igualdad formal que le permite a todos los sujetos obligarse y ser obligados, esa libertad existe y desde ella se fundamentan todos los juicios sobre el hombre empezando por el derecho; en su faz revolucionaria el estoicismo critica a la sociedad vigente por utilizar a la igualdad hipócritamente – mismas normas para personas que se encuentran en circunstancias objetivas diversas – e intenta que esa igualdad pregonada rija. La igualdad estoica ha sido defendida tanto por cristianos, como por no cristianos y ateos. Rousseau, Kant, Hegel, Proudhon y Marx, por sólo nombrar a algunos de los autores más influyentes de nuestra cultura, discurren dentro del estoicismo. En la profundidad de sus ideas se lee un pergamino que dice “todos los hombres son iguales”. Es el dogma común del pensamiento occidental.

Sin embargo no existe ninguna evidencia que respalde la afirmación de que todos los hombres somos iguales. Económicamente existen aquellos dentro del ranking de la revista Forbes o del de desnutrición infantil de la FAO; los hombres no obtienen los talentos por igual al nacer, ni son formados por igual, ni tienen oportunidades iguales para poder utilizarlos. La Igualdad entre los hombres es indefendible en tanto realidad y es por ello que la forma como es entendida es como precepto moral: Todos los hombres deben ser iguales.

E insistiendo sobre Hume, la falsedad de la afirmación “todos los hombres son iguales” no invalida la afirmación “todos los hombres deben ser iguales”, pero el que no sea falsa moralmente hablando no la convierte en una norma moral universal.

Que los autores prefirieran decir que el derecho es una norma moral respaldada por la fuerza para oponerse a la formulación que el derecho es la voluntad del poderoso, no significa que optaran por el camino más sencillo. La idea de que existe una moral compartida por los seres humanos sea en un momento dado del desarrollo, o sea universalmente válida, se encuentra hoy en retirada. El mismo derecho insiste una y otra vez su independencia de las normas morales ya que éste es válido en una sociedad pluricultural. Los movimientos feministas, indigenistas, antirracistas, de liberación sexual o de emancipación homosexual, han rebatido una y otra vez la idea de una moral común. Si el derecho es la

imposición de un precepto moral, qué nos dice eso si esa norma moral puede ser cualquiera.

Este problema se ha soslayado con un neo moralismo que en el terreno jurídico podríamos llamar neo iusnaturalismo. La experiencia de la segunda guerra mundial hizo a muchos dudar de los postulados del positivismo jurídico. Era necesario dotar de un contenido mínimo al derecho para que este fuera válido. Tal contenido es un límite que impide que el derecho se transforme en una herramienta utilizable para cualquier fin; en un límite al poder que opera en la conceptuación misma del derecho. Por más que se viva en una sociedad pluricultural, existen preceptos morales universalmente aceptados. Los derechos humanos no son límites externos al poder, impuestos por los vencedores a toda la humanidad, son esenciales, surgen de la naturaleza humana, son inherentes y universales.

El carácter natural de los derechos humanos se asume como una garantía de ellos, para que la contingencia no los derogue bajo ninguna excepción ni fin superior. Pero al respaldar las normas jurídicas internacionales fundamentales en preceptos morales, ha debido ser impuesta una moralidad específica a toda la humanidad creando aquello que se denomina “cultura de los derechos humanos”. Para salvar la defensa de lo particular frente a la prepotencia de lo universal, se ha establecido como norma universal el pluralismo, o respeto a la diversidad cultural. Este punto es hoy quizá el más controvertido de todos: ¿Ese pluralismo universal debe ser impuesto en aquellas sociedades que se consideran homogéneas? ¿Tal pluralismo permite que ciertos grupos, que se consideran autónomos moralmente, puedan elegir el modo de vida que quieran incluso aquellos que infringen otros derechos universales? Esas interrogantes corresponden a los polos opuestos de la discusión del pluralismo, pero si analizamos el punto con detalle nos damos cuenta que esa discusión se encuentra mal situada ya que en ambos casos se acepta una norma moral universal y al mismo tiempo, al pluralismo cultural. Tal discusión no prospera si decidimos entre el pluralismo y el universalismo: Si aceptamos el pluralismo cultural, no existen normas morales universales; Si aceptamos las normas morales universales, podemos aceptar un ámbito de autonomía cultural sujeto a las normas fundamentales, pero no podemos decir que somos partidarios del pluralismo cultural.

Sin embargo el neo iusnaturalismo no tiene problemas para cuadrar el círculo, y ello explica la extensión desmesurada de sus textos o la profundidad abismal de sus argumentos: Se requiere de valentía para decir la verdad pero de mucho ingenio y trabajo para decir mentiras.

El punto es el siguiente: ¿Reforzamos los derechos humanos al imponerlos moralmente? o ¿Al hacerlo, debilitamos los valores que decimos defender?

Estas preguntas son odiosas pero son similares a las que deben plantearse en la faz revolucionaria del pensamiento estoico: ¿Qué todos los hombres sean iguales es un anhelo deseable? Tal igualdad puede transformarse en tan sólo un mito que encubra la real relación desigual de poder que ha existido durante toda la humanidad y que se va a mantener constante siempre y cuando el ser humano siga siendo el animal pensante que amamos, deseamos y defendimos. Cambiar la sociedad no consiste en moldear la humanidad a nuestro antojo. Aunque eso fuera posible, tal aspiración implica la extinción de la especie humana junto con el legado de toda nuestra producción cultural a un ser completamente distinto a nosotros. Sin que piense que exista ninguna norma moral que impida hacer eso, critico con vehemencia a aquellos revolucionarios absolutistas que piensan que el cambio de la sociedad no consiste en la emancipación del hombre frente al control ejercido por otros hombres, sino que en un cambio radical del hombre que suprima todas las ambiciones individuales que le impiden vivir un gregarismo ovino. Son esas ambiciones las que han construido la humanidad, fueron individuos los que descubrieron el uso del fuego o los que inventaron la rueda. No fue la humanidad quien produjo esos bienes, fueron individuos, pero ha sido la humanidad completa la que ha disfrutado de aquellos avances.

Imponer nuestra forma de ser es negar que esos otros pueden decidir sobre su forma de ser. Esa es la contradicción esencial del estoicismo cuando se lo impone coercitivamente. Todos somos iguales, pero unos somos más iguales, al menos lo suficiente como para decirle a los demás que están equivocados y hacérselo saber por la fuerza.

Pero si desprendemos al derecho del pesado lastre de la moral y lo analizamos desde el poder. Todas estas contradicciones desaparecen. La igualdad y la libertad, muy sean valores compartidos por muchas

personas, no son normas jurídicas válidas en nuestra sociedad. Para el estoicismo los valores se viven dentro de uno, en su experiencia mística. Aunque estemos presos podemos estar libres en nuestra conciencia y nada de lo que nos acontezca puede alcanzar a nuestro espíritu. Los bienes materiales son superfluos, los placeres carnales una aberración. Tal doctrina es un analgésico para esclavos y ese rasgo de la filosofía de la puerta es la que la hace inútil para un cambio de la sociedad, y funcional a una espera connivente con el poder, de un poder superior que nos redenga.

La crítica que se cierne sobre el positivismo jurídico no es racional, el ius naturalismo no es racional sólo racionalizador. El ius naturalismo intenta utilizar a la razón como un instrumento de validación de principios que se estiman verdaderos a priori, y que son sustraídos de todo cuestionamiento racional. Es por tanto una racionalidad incompleta.

Los mismos autores ius naturalistas al oponerse al positivismo recurren a la inconveniencia que este representa para alcanzar los fines que ellos sienten que defienden más que nadie. Pero esta disputa parte de una confusión entre dos niveles de análisis, confusión en que muchas veces se incurre deliberadamente. Esta confusión es la misma que explica la distancia entre el derecho y las ciencias sociales.

El derecho se vincula al poder, ese es el derecho existente. Si queremos que el derecho sea parecido a lo que queremos que sea, debemos en primer lugar admitir el derecho que tenemos. Ese derecho que tenemos se reproduce diariamente y es también un terreno de disputa. Podemos aceptar ad hoc, el derecho que tenemos y utilizar los mandatos originados desde el poder para sustraernos individualmente de un castigo o para desmitificar al poder.

En cambio si el derecho es la moral impuesta por la fuerza, debemos admitir una moral universal y con ello, negar el pluralismo; luego debemos identificar la norma contingente con un ideal superior consentido, no controvertido e incluso, incontrovertible por todo y cualquier humano; luego debemos criticar todo el funcionamiento de todas las instituciones que producen el derecho positivo ya que todos actúan todos los días contrariando tales principios esenciales. Podemos incluso afirmar que para validar tales principios es preciso cambiar el sistema económico y político que tenemos.

Sin duda, esta última ha sido la opción mayoritaria de la izquierda desde sus albores. Ello la ha transformado en una institución tradicional y fundamentalista. Aunque no lo reconozca su discurso es una moralina que se encubrió por algún tiempo breve como científica; fundamentalista ya que estima que sus preceptos morales son superiores a los demás seres humanos. Con esto la libertad e igualdad de la humanidad a que aspiran coincide fatalmente con su noción de libertad e igualdad. Este arribismo moral le impide comprender a la sociedad enfrentada entre los que tienen poder y los que carecen de él. Los débiles que defienden a los poderosos o son unos esbirros o se encuentran alienados. Existe toda una mistificación de la realidad para hacerla coincidir con sus teorías: Los medios de comunicación manipulan a la sociedad, el sistema educativo también, qué decir de las religiones.

El derecho y su relación con el poder permite visualizar los intereses que están en juego en cada decisión soberana. La desnudes del poder simplifica las discusiones sobre el derecho y permite que este sea instrumentalizado para neutralizar el poder es más, permite utilizar las reducidas energías políticas que se dispone en acciones útiles para una emancipación de los hombres, restituyéndole la metafísica a los conservadores de siempre.

Sin embargo, no se debe confundir esa comprensión del derecho con un pesimismo recalcitrante. El mayor error de los izquierdistas metafísicos es el de no confiar en sus propios postulados. No se entiende porque una mentira es un mejor recurso aglutinador que la verdad. La política es una lucha y desde luego en esta lucha es preciso construir ideologías, o discursos que permitan la acción política, pero esa ideología debe sustentarse en una doctrina. Lo que ocurre hoy es que la izquierda se asume huérfana de una doctrina pues considera que las doctrinas anteriores fueron derogadas por la historia, es por ello que intenta hilvanar ideologías ad hoc para sobrevivir en la lucha política contingente. Muchos prefieren una lucha contra cualquiera que la desmovilización, pues piensan que apagado el fuego este no se va a encender nunca más. Esta crisis sólo puede ser superada si se construye una teoría capaz de comprender

la sociedad que vivimos y proponer un alternativa a tal sociedad que pueda ser políticamente defendida. En este contexto bien puede construirse una ideología de izquierda, ideas simples y compatibles con los sistemas de creencia vigentes, pues la brutal verdad desesperanza y toda lucha requiere de luchadores esperanzados. Pero esa es una discusión táctica y por lo mismo abordarla ahora es poner la carreta delante de los bueyes. Mientras diremos que asumir al derecho de una forma distinta a lo que es no ha servido para los propósitos de transformar a la sociedad.

Pero esa comprensión errada del Derecho pese a la buena salud que goza en la actualidad puede ser rebatida sin dificultades ya que existe una larga tradición de pensadores que lo han hecho.

Existen cuestiones asociadas a esta discusión y que han sido planteadas tímidamente por autores provenientes de las ciencias sociales. Para explicar este punto va a ser preciso explicar con mayor precisión al positivismo jurídico.

Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho explica una estructura común de todos los sistemas jurídicos en que el poder no es relevante. Gracias a Kant, Kelsen puede construir esta estructura en el mundo de las ideas en que los elementos fundamentales de la teoría son meras formalidades:

“La naturaleza pertenece al mundo de la necesidad, en tanto que la sociedad a la libertad” (pag 26) “Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad” (27)

“la afirmación de que existe libre advedrío solamente puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal” (27)

Esto quiere decir que la libertad es un supuesto, es más, toda la ciencia del derecho de Kelsen descansa en el principio de imputación el cual se opone a la causalidad precisamente por la libertad, sin embargo la libertad no es posible de ser conocida ya que no es posible que el sujeto de conocimiento a la vez sea objeto de conocimiento. Desde luego Kelsen pone de manifiesto una obviedad que ha sido comprendida profundamente en el desarrollo de la sicología aunque no lo ha admitido con el mismo énfasis que lo merece: Es imposible saber lo que piensa exactamente una persona en un momento dado, sólo podemos formarnos una idea por lo que dice o por lo que hace. Sin embargo el derecho penal va más allá y la dogmática enseña que se debe atender a los elementos subjetivos del delito es decir, a lo que pasaba en la cabeza de un sujeto cuando éste actuó. Tales cuestiones escapan al conocimiento causal, no podemos conocerlas y sin embargo constituyen el cimiento de la estructura de la teoría jurídica actual.

La libertad del ser humano evita a Kelsen referirse al poder que se encuentra detrás de su sistema normativo. Es el sujeto quien libremente pacta un contrato y libremente mata o roba. Si extendemos el razonamiento de Kelsen tenemos que el sujeto libremente asiente estar en una sociedad democrática al participar del sistema político: Las normas resultantes serían autónomas es decir, no le serían impuestas por una voluntad ajena.

Sin embargo la estructura del sistema Kelseniano ha sido la adecuada para explicar al derecho, lo que ocurre es que difícilmente podemos admitir que se encuentra cimentada en la libertad. La Pirámide de Kelsen grafica a una sociedad compuesta por individuos y grupos de individuos con poder diferenciado. Algunos rigen territorios o ámbitos, dicho poder se encuentra limitado por el poder de otros que rigen mayores territorios o mayores ámbitos, en cuya cúspide ciertos grupos de individuos, rigen de forma genérica todos los territorios y ámbitos. Más poder en menos manos, y la mayor parte del mundo que carece de poder o su poder se reduce a su ámbito familiar.

Si el Estado es el sistema de producción normativa [7] y es el poder, y no la libertad, la fuente última del derecho, quiere decir que el estado no es diametralmente distinto al que ahora concebimos sino que tal comprensión es incompleta: Primero, los estados nacionales son partes de un sólo estado más grande y de alcance global, aquello que conocemos como sistema privado, es parte del estado e incluso, son aquellas empresas que llamamos corporaciones multinacionales quienes se encuentran en la cúspide de la

pirámide normativa.

Al estado lo define su producción normativa, su potencia para producir normas que es lo mismo que señalar que puede transformar su voluntad en normas eficaces. El mismo Kelsen señala que una norma deja de ser eficaz si los individuos cuya conducta regula no la observan lo suficiente (32), esto es lo mismo que señalar que lo que hace que una norma lo sea es la descripción de una conducta que de ella se deriva una consecuencia, imputable y que puede imponerse, y que sea observada. Dichos requisitos se cumplen en órdenes tácitas y expresas muy distintas de las formalmente entendidas como jurídicas. El derecho si se analiza desde el poder de una forma rigurosa, convocando a la realidad en tal análisis, debe ser escrutado desde todas sus manifestaciones no solamente desde aquellas que se autodenominan fuentes jurídicas.

Independiente de la descripción formal del derecho de Kelsen, podemos enunciar un concepto de derecho desde su fuente política: El estado es quien ostenta el monopolio de la fuerza legítima, las normas jurídicas son aquellas que pueden imponerse utilizando la amenaza de disposición de esa fuerza potencial. El castigo, o subjetivación de esa fuerza monopolizada en un individuo, es un acto violento, muchas veces letal. La violencia en tal acto es similar a la violencia en cualquier otro, lo que dota al castigo de una diferencia con otras acciones violentas no es su motivo sino que su motivación [8]. El castigo no es una respuesta al quebrantamiento normativo, el estado no tiene por finalidad mantener la integridad del sistema normativo [9] ideal sino el mantener inalterable el efecto terrorista del cual descansa su poder. El castigo va dirigido tanto al sujeto como a la sociedad, cuando el castigo es la muerte ese efecto intimidatorio se busca exclusivamente en la sociedad. Pero ya que ese castigo es un acto terrorista, su diferencia con los demás actos terroristas no radica el hecho mismo sino que en las justificaciones que el estado da, posterior a la aplicación del castigo, y que transforma a tal acción violenta en legítima. Ya que esa legitimidad la concede finalmente la sociedad, quien a su pesar muchas veces se convence de las justificaciones del gobierno, estamos ante un proceso de legitimación del castigo. En ese proceso de legitimación son convocadas las normas consideradas hasta ahora como jurídicas: Leyes, sentencias, doctrina, etc. Son esas mismas fuentes las que validan la intervención real o personal de los órganos estatales. Es al mismo tiempo el castigo finalmente legítimo la norma jurídica perfecta, el órgano que ha sido capaz de imponer tal castigo y legitimarlo el órgano estatal. Como señala Vinogradoff: “Por imperfectamente que pueda lograr su finalidad en determinados casos particulares, el Derecho aspira a la rectitud y a la justicia. Si eliminamos de nuestra definición este atributo, encontraremos muy difícil trazar la línea divisoria entre una norma jurídica y cualquier forma arbitraria relativa a la conducta, por ejemplo, el cobro de dinero mediante el chantaje organizado de una asociación criminal”. Es Kelsen quien elimina de la definición del derecho a la rectitud y a la justicia [10], al hacerlo, los términos chantaje y asociación criminal son meras formalidades: No existe un concepto ontológico del chantaje, el relativismo moral fuerza a un relativismo jurídico; su tipificación depende de una contingencia. Las empresas concesionarias de servicios públicos tienen el poder de chantajear “legalmente”, pueden extorsionar con los cortes en el suministro y su posterior cobro, con el cobro unilateral de intereses moratorios y cláusulas penales. La definición “organización criminal” va a depender entonces de nuestra buena voluntad para utilizar las fuentes tradicionales del derecho en dicho cometido o no hacerlo. Si analizamos por otra parte el poder incontrarrestable que tienen esas empresas con sus usuarios nos encontramos con un imperio que a la vez las superintendencias no tienen con estas empresas, más aún cuando estas empresas pertenecen al consorcios transnacionales. La invulnerabilidad de estas empresas junto a la vulnerabilidad de los usuarios frente a ellas configura una relación jerárquica de subordinación. Sus acciones pueden considerarse delictivas si se les aplica el derecho teórico que disponemos y podemos denunciarlas frente a los órganos “oficiales”, sin embargo en el intertanto ellas pueden castigarnos y los órganos estatales oficiales se van a preocupar de contener emocionalmente al denunciante, conducirlo por un laberinto burocrático interminable para luego, si uno ha soportado todo ese rigor, obtener una multa simbólica a esa empresa por un monto que ese mismo día ha logrado recaudar con “errores” de cálculo o cobros unilaterales de intereses y multas. Esas situaciones han sido consideradas como transgresiones normativas reiteradas, falta de fiscalización, como de un problema atribuible a vacíos normativos o a la existencia de una “letra muerta”. Sin embargo, según Kelsen, una norma pierde su vigencia por su no uso, a esto podríamos añadir que su uso distinto le concede vigencia a esa norma en ese uso distinto, es decir a la nueva norma resultante. Siendo así la empresa de suministro del ejemplo, puede imponer su voluntad

de forma incontrarrestable perjudicando a varios usuarios quienes sufren un daño inmerecidamente y por el cual la empresa no va a responder, esta acción va a ser legitimada por la empresa, y al castigar y legitimar se va a delatar como un órgano del estado y su castigo va intimidar al resto de los usuarios a actuar según su voluntad. Una organización criminal sólo puede llegar a serlo si falla su proceso de legitimación. Incluso ese proceso debe fallar en un tiempo prudente puesto que la declaración a posteriori de la ilegalidad de tal asociación, cuando ya ha producido el efecto terrorista o comercial que se proponía, sólo permite acciones testimoniales que reforzaran la noción de que se ha hecho justicia. Tal noción legitima al derecho teórico y a los órganos estatales oficiales, permitiendo que luego estos se usen para legitimar otros casos en que la justicia brilla por su ausencia.

Bibliografía

Atienza, Manuel; Ruiz Manero, Juan. *Marxismo y Filosofía del Derecho*. Editorial Fontamara México, 1993.

Beccaria, Cesare. *De los Delitos y de las Penas*, traducción de Santiago Sentis Melendo y Otros. Editorial TEMIS, Colombia 1990.

Baratta, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal*. 6º Edición. Editorial S. XXI Argentina, año 2000.

Barceló, Joaquín. “Acerca del Fundamento del Derecho de Propiedad”. En: *Estudios Públicos*, 52 (primavera 1993). Centro de Estudios Públicos.

Bobbio, Norberto. *El Problema del Positivismo Jurídico*. Fontamara, México 1994.

Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Editorial Debate, Madrid 1996.

Cassirer, Ernst. *El Mito del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México 1947.

Carvajal Pérez, Luis. *Historia de la Lucha por los Derechos de Agua de los Pueblos de Chusmiza y Usmagama, Crónicas*. Oñate Impresores, Iquique, 2001.

Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Personas*. Tomo IV. Editorial Andrés Bello 1977.

Engels, Federico. *El origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*.

Fiztpatrick, Peter, *La Mitología del Derecho Moderno*. Editorial Siglo XXI México, 1999.

Fernández, Eusebio. “El problema del fundamento de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense, Madrid. 1981.

Fernández, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*, editor Debate, Madrid. 1984.

Foucault, Michel . *La Verdad y Sus Formas Jurídicas*, Gedisa Mexico 1986.

Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar, surgimiento de la Prisión Moderna*, Siglo XXI ,1993.

Fukuyama, Francis. *El Fin de la Historia*. Editorial Planeta.

Garland, David, *Castigo y Sociedad Moderna, Un estudio de Teoría Social*. Editorial Siglo XXI, México, 1999.

Hobbes, Tomás. *Leviatán*.

Hobsbawm, Eric. *Historia del Siglo XX: 1914-1991*. Editorial Crítica, Barcelona 2004.

Hubner, Jorge. *Los derechos humanos*, editorial Jurídica, Santiago, 1994.

Hulsman, Louk . *Sistema Penal Y Seguridad Ciudadana*, Ariel, Barcelona 1982. Traducción de Juan Bustos y Sergio Politoff.

Kelsen, Hans. *¿Qué es la Justicia?*, Editorial Fontamara, México 1993.

Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Eudeba, Buenos Aires 1999.

Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. UNAM, México 1969.

Larrauri, Elena.. *El Legado de la Criminología Crítica*. Editorial Siglo XXI España.

León, Marco Antonio. "De Frankfurt a Foucault: El Estudio del Poder y el Régimen Penal en la Sociedad Contemporánea", en *Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Central*, numero IV, Enero-Junio de 2003, Santiago de Chile.

Lessig, Lawrence, *Cultura Libre (Liberen La Cultura)*, LOM 2005.

Locke, John. *Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil*. Alianza Editorial, 2003.

Mera Figueroa, Jorge. "Hurto y Robo, hacia una reforma legal. Posibilidades Rectificadoras de la dogmática.", *Cuadernos de Análisis Jurídico* Nº 3, Serie de Ediciones Especiales, 1994. Universidad Diego Portales.

Maquiavelo, Nicolás. *El Príncipe*. Traducción de Francisco Javier Alcántara. Editorial Planeta, Barcelo 1999.

Marx, Carlos, *Manuscritos Económicos – Filosóficos*. Editorial Centro Gráfico, Chile, 2005.

Novoa Monrreal, Eduardo. *El Derecho de Propiedad Privada (Concepto evolución y crítica)*, 2º Edición. Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolivar, Chile, 1988.

Novoa Monrreal, Eduardo. *Una Crítica al Derecho Tradicional*. Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolivar, Chile, 1993.

Novoa Monrreal, Eduardo. *El Derecho Como Obstáculo al Cambio Social*, Editorial Siglo XXI, México 1986.

Novoa Monrreal, Eduardo. *Elementos para una Crítica y Desmitificación del Derecho*. Editorial Ediar, 1985.

Pavarini, Massimo, *Control y Dominación, Teorías Criminológicas Burguesas y Proyecto Hegemónico*. Siglo XXI, México, 1992.

Peces Barba, Gregorio y otros. *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid. 1998.

Peces Barba, Gregorio y otros. *Curso de derechos fundamentales*, imprenta del boletín oficial del Estado, Madrid. 1999.

Peñailillo Arévalo, Daniel. *De los Bienes*. Editorial Jurídica de Chile, 1978.

Platón. *La República*. Alianza Editorial, Madrid 2006.

Stippel, Jörg. *Las Cárceles y la Búsqueda de una Política Criminal para Chile*. LOM, Chile, 2006.

Vasquez Caces, Ignacio. *Los Derechos Humanos en la encrucijada*, Valparaiso 1996.

Vinogranoff, Sir Paul. *Introducción al Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México 1957.

Wacquant, Loïc, *Las Cárceles de la Miseria*, Manantial Buenos Aires 2000.

Weidle, Wladimir; Chevallier, J. J. *Las Ideologías y sus Aplicaciones en el Siglo XX*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

Notas

[1] Entre los no pudorosos se cuenta Maquiavelo: “Hemos dicho más arriba que el príncipe debe obtener necesariamente unos sólidos fundamentos, pues de lo contrario fatalmente irá a la ruina. Los principales fundamentos de los Estados, sean nuevos o antiguos, son las buenas leyes y las buenas armas. Y como no puede haber óptimas leyes sin armas adecuadas, y donde hay éstas deben darse aquéllas, dejaré para más adelante el hablar de las leyes y pasaré ahora a tratar de las armas.” Maquiavelo, pag 57.

[2] “Tiene que haber un cierto equilibrio entre la justicia y la fuerza en todo sistema jurídico; y por lo tanto es imposible dar una definición del Derecho basada exclusivamente en la coacción ejercida por el Estado”. Vinogradoff, pag 34.

[3] “Porque piensas que los pastores y los vaqueros atienden al bien de las ovejas y de las vacas y las ceban y cuidan mirando a otra cosa que al bien de sus dueños o de sí mismos, e igualmente crees que los gobernantes en las ciudades, los que gobiernan de verdad, tienen otro modo de pensar en relación con sus gobernados que el que tiene cualquiera en regir sus ovejas, y que examinan de día y de noche otra cosa que aquello de donde puedan sacar provecho. Y tanto has adelantado acerca de lo justo y la justicia y lo injusto y la injusticia que ignoras que la justicia y lo justo es en realidad bien ajeno, conveniencia para el poderoso y gobernante y daño propio del obediente y sometido; y que la injusticia es lo contrario, y que gobierna a los que son de verdad sencillos y justos, y que los gobernados realizan lo conveniente para el que es más fuerte y, sirviéndole, hacen a éste feliz.” Platón- pag 96-

[4] “Y es que, así como los golosos gustan siempre con arrebato del manjar que en cada momento se les sirve sin haber gozado debidamente del anterior, así me parece que yo, sin averiguar lo que primeramente considerábamos, qué cosa sea lo justo, me desprendí del asunto y me lancé a investigar acerca de ello, si era vicio e ignorancia o discreción y virtud; y presentándose luego un nuevo aserto, que la injusticia es más provechosa que la justicia, no me retraje de pasar a él, dejando el otro, de modo que ahora me acontece no saber nada como resultado de la discusión. Porque no sabiendo lo que es lo justo, difícil es que sepa si es virtud o no y si el que la posee es desgraciado o dichoso.” Platón, 117.

[5] Esto lo admite sin ambages Hobbes en el *Leviathan*.

[6] Sobre el Estoicismo en las teorías políticas modernas ver; Cassirer, *El Mito del Estado*, pag 193.

[7] “Aún cuando creado por el Estado, al derecho se le piensa como regulación de la conducta del propio Estado, concebido este último como una especie de hombre o superhombre, del mismo modo que el derecho regula la conducta de los individuos. Y así, como existe el concepto jurídico de persona al lado del físico – biológico de hombre, se cree que hay un concepto sociológico del Estado, junto a su concepto jurídico; e inclusive se piensa que aquel tiene frente a éste prioridad lógica e histórica. El Estado como realidad social cae bajo la categoría de sociedad; es una comunidad. El derecho queda comprendido en la categoría de norma; es un sistema de normas, un orden normativo. Estado y derecho son, de acuerdo a dicha tesis, dos objetos diferentes. Este dualismo de Estado y derecho, es en realidad una de las piedras angulares de la ciencia política y la jurisprudencia modernas. Sin embargo,

tal dualismo, es teóricamente indefendible. El Estado como comunidad jurídica, no es algo separado de su orden jurídico, así como una persona colectiva no es algo diverso del orden que la constituye. Un cierto número de individuos forma una comunidad en cuanto un orden normativo regula su conducta recíproca. Según lo apuntamos en un capítulo precedente, la comunidad no es otra cosa que el orden normativo regulador del comportamiento recíproco de los individuos. El término "comunidad" sólo designa el hecho de que la conducta recíproca de ciertos individuos se halla regulada por un orden normativo. La afirmación de que los individuos son miembros de una comunidad, es sólo una expresión metafórica, la descripción gráfica de relaciones específicas entre los individuos, que se hallan constituidas por un orden normativo." Kelsen, *Teoría*, 216.

[8] Derecho Administrativo: Motivo, causa; Motivación, Justificación.

[9] Hegel

[10] "Si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta es un ideal irracional. Desde el punto de vista del conocimiento racional, existen sólo intereses humanos y, por lo tanto, conflicto de intereses. Para la solución de los mismos existen sólo dos soluciones: o satisfacer el uno a costa del otro o establecer un compromiso entre ambos. No es posible demostrar que ésta y no aquélla es la solución justa. Si se supone que la paz social es el valor supremo, el compromiso aparecerá como la solución justa. Pero también la justicia de la paz es sólo una justicia relativa y, en ningún caso, absoluta." Kelsen, *¿Qué es la Justicia?*, pag 75.