

EL DERECHO COMO HERRAMIENTA DEL PODER

LAW AS A TOOL OF POWER

Alejandro del Río Mena¹

SUMARIO: I. Introducción , II. Reseña histórica, III. El poder, IV. Discusión, V. El modelo chileno, VI. Conclusiones

RESUMEN

El descontento social se presenta en las sociedades, independientemente del modelo de desarrollo económico que ellas han elegido, sus formas de gobierno e incluso de la motivación religiosa o cultural que en ellas subyace. El fenómeno se observa en Estados con economías neoliberales, planificadas o mixtas; también en aquellos de orden democrático, monárquico, dictatorial o religioso. Esto invita a pensar en la participación que en ello implica el derecho, como herramienta de consolidación de dichos modelos por parte de aquellos que detentan el poder y con ello, la opción de utilizarlo con acuerdo a sus intereses, al amparo de la ley. Es relevante plantear que la sociedad se construye a partir de expectativas y consensos por sobre intereses que ven en el derecho el soporte de sus deseos. Desde un punto de vista cualitativo, se hace necesaria la reflexión partiendo de una perspectiva social por sobre los propios intereses del poder.

ABSTRACT

Social discontent occurs in societies regardless of the economic development model they have chosen, their forms of government and even the religious or cultural motivation underlying them. The phenomenon is observed in States with neoliberal, planned or mixed economies; also, in those of a democratic, monarchical, dictatorial, or religious order. This invites us to think about the participation that the Law implies in this, as a tool for the consolidation of said models by those who hold power and with it, the option to use it according to their interests, under the protection of the law. It is relevant to state that society is built based on expectations and consensus over interests that see the Law as the support for their wishes. From a qualitative point of view, it is necessary to reflect from a social perspective over the interests of power itself.

¹ Arquitecto y abogado. Licenciado en Arquitectura, por la Universidad La República; licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, por la Universidad de las Américas; magister en Administración y Dirección de Empresas, por la Universidad de Santiago. Doctorando en Derecho, Universidad de Xalapa. Adscrito a la Facultad de Derecho, Universidad de las Américas, Sede Providencia, Manuel Montt 948, Santiago, Chile.

PALABRAS CLAVE: derecho, poder, utilitarismo, constructo social
KEYWORDS: law, power, utilitarianism, social construct

I. INTRODUCCIÓN

El debate del derecho como instrumento que permite proponer conductas esperadas bajo el acuerdo de una sociedad no siempre se plantea en esos términos ideales. La discusión se propone en función de la manera en que se concibe el derecho en la sociedad actual, cumpliendo dichas expectativas o como simple instrumento de quienes ostentan el poder y que, con ello, modifican la esencia del colectivo.

A la vista de algunos autores, se trata de comprender la situación en la que el poder toma el derecho y lo convierte en la más eficiente herramienta a su favor, proponiendo como ejemplo la implementación del modelo neoliberal en Chile, a través de la Constitución Política de 1980.

La conclusión propone una búsqueda de un equilibrio para controlar el poder y constituir en el mandato legal constitucional una herramienta de dinamismo social representativo en el tiempo.

II. RESEÑA HISTÓRICA

El hombre es un ser social por naturaleza
Aristóteles

Desde los primeros asentamientos humanos en el neolítico, el hombre

comprende que su establecimiento no sólo supone beneficios individuales sino también para el colectivo al que pertenece. En la medida que deja su condición nómada y se asienta, convive con un entorno donde debe resolver sus necesidades de alimentación y resguardo. Comienza, por tanto, una fase de organización en la que es necesario definir reglas para la eficiencia del grupo. Nacen con ello el lenguaje y la comprensión del individuo en la dimensión de la comunidad.

No es necesario explicar que el derecho comienza una evolución desde ese momento hasta convertirse en diversas formas de resguardar ese orden, pero ha de reconocerse el impulso que en ello da Hammurabi de Babilonia, quien ante el problema de los excesos de los jueces de la época en resolver litigios puestos en su conocimiento, establece el primer código de la historia, con el objetivo de ser divulgado y de todos conocido, evitando el abuso del poderoso sobre el débil y con el objeto de disciplinar a quien actuase de una manera incorrecta.

Como se aprecia en la historia de la humanidad, la idea de tener un derecho establecido surge desde el poder, atendida una contingencia histórica. Su existencia no es natural, proviene del intelecto humano en la necesidad de constituir normas y reglas que, de común acuerdo, sirviesen

al colectivo. La evolución del derecho, por tanto, es tan compleja como la historia del hombre.

En el caso latinoamericano, las nuevas naciones buscaron crear su propio derecho como una necesidad, a partir de la independencia de los imperios europeos. La influencia de la Revolución de las colonias americanas y de la propia Revolución francesa es fundante en los Estados americanos que comienzan a determinar su propio derecho en reemplazo de la legislación, principalmente española y portuguesa.

A partir de las independencias latinoamericanas de principios del 1800 hasta la cubana de 1902, cada nación constituye una nueva forma de relacionarse de una manera propia y a partir de ideales libertarios tras vencer a su antiguo colonizador.

Sin embargo, la evolución del derecho en cada país puede leerse con la perspectiva de ciertas motivaciones, no sólo desde la inocencia del bien común plasmado en normas constitucionales, sino en la manera en que las sociedades van cambiando en función de aquello que no siempre ha propuesto la colectividad; algunos han comprendido que el derecho puede servir para consolidar sus ideas y, desde luego, a sus propios intereses políticos, religiosos, sociales, económicos, entre otros.

Si bien la forma de construirlo es de la sociedad, quien puede hacerlo es el poder predominante en su propio interés.

III. EL PODER

Para iniciar la discusión que, a continuación, se desarrollará es necesario comentar algunas ideas sobre el poder. En primer término, debe haber una distinción entre autoridad y poder. Existe una clara diferencia al definir la autoridad y la legitimidad del poder, y el poder mismo (Ortuzar, 2016). A partir de referencias a René Girard y de su teoría mimética –que propone que, a partir de un mismo deseo por antagonistas, nace el enfrentamiento– es posible discernir que en la medida que existe poder, también existirá aquella disputa o confrontación para obtenerlo.

Sin ser reduccionistas, esto implica que, habido un grupo humano –desde el lugar común del ser humano en tanto social– existirá una organización y, de ella, deriva el poder de definir caminos a seguir para lograr su máxima realización colectiva y de las personas. Lo anterior implica no confundir el liderazgo en ello: el que detenta el poder también define rutas.

El poder se forma sobre la base de elementos que la sociedad contempla como propios de su organización; ya sean estos religiosos, políticos o económicos, a modo de ejemplo. En cada una de aquellas variables existe un poder definido por el alcance de definir y ejecutar acciones para lograr sus propios objetivos, evidentes o no. Entonces, el poder y su legitimidad no siempre van de la mano. Y en ese evento, quien detenta el poder precisa servirse de las herramientas que la sociedad dispone para la consecución de sus propios objetivos.

Cada élite podrá determinarse en función de sus propios intereses y, con ello, convertirlos –por la vía del uso y modificación de los instrumentos disponibles por la sociedad– en rumbos del destino del colectivo. El derecho, claramente, no escapa de ello.

IV. DISCUSIÓN

La consolidación de algunos determinados intereses precisa que el derecho le sea útil para tal efecto. No es posible moldear una sociedad de acuerdo a una interesada visión sin que se disponga de los medios legales para que esto se haga realidad, y si bien la democracia podría ser garante de aquello, también dependerá del momento histórico donde ello ocurra. Una de las mayores atrocidades que el mundo conoce proviene bajo el amparo de lo que la doctrina ha llamado “derecho nazi”, fundado en un sistema, por cierto, democrático. Esto claramente demuestra que la legalidad no necesariamente se convierte en una garantía moral. La propuesta conceptual de la banalidad del mal así lo demuestra (Arendt, 1963).

El derecho es útil para algunos en la medida que se erija como un medio para resolver sus propios intereses. También se termina en la medida en que la sociedad no lo tolera por el impacto de antivalores como la injusticia, impunidad u otros. Surgen revoluciones que buscan el cambio total o, al menos, un freno en un camino que entiende pernicioso para sí misma.

La sociedad entra en debate. El derecho es una construcción propia de esta, pero sobre valores que se entienden comunes, incluso a veces, de una construcción foránea

o global, como es la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Este debate tiene que ver con el ideario común, que sobrepasa lo que el derecho positivo indica: existe un constructo social basado en ideas, expectativas y valores que provienen de la sociedad, pero con espacio dinámico donde dicha estructura puede tener cambios. Esta distinción es determinante, ya lo plantean Peter Berger y Thomas Luckmann desde la perspectiva de la internalización de la realidad (Berger y Luckmann, 1967).

Otro aspecto interesante en ello es la idea de que todo en derecho responde a una construcción social, como lo plantea Carlos Pérez Ruíz (1996), quien desarrolla la idea de la fenomenología del derecho.¹

Subsiste, en todo caso, la importancia que nuestras sociedades le han dado al positivismo jurídico (Kelsen, 1953). El dinamismo de la ley, en tanto vehículo de la propia transición social desde un Estado a otro, implicaría conflictos que derivarían necesariamente en incertezas jurídicas.

Y es ahí donde el espacio del derecho, en tanto instrumento de quien tiene el poder, se establece, modificando y proponiendo las conductas jurídicamente correctas para una sociedad que no siempre ha de tener las capacidades de poder modificarlas, aun cuando se le reconozca la propia soberanía. Bajo esa óptica, lo que la ley positiva permite es válido, independientemente de

¹ Cabe hacer la referencia, además, a la forma de relación basada en el lenguaje y la forma en que la comunicación se produce (Habermas, 2010).

la dificultad impuesta para la modificación de esta por el deseo comunitario.

El utilitarismo del derecho en función de la presión de grupos diversos implica que puede darse un espacio de construcción de modelos no necesariamente representativos de la comunidad, sino de quienes ven en sus fines mayor importancia que la comprensión del colectivo. Para ello se requiere tan sólo construir el andamio legal que satisface sus intereses, modificando de esta manera la forma en que la sociedad se relaciona y, por ende, las condiciones que al Estado le otorga un determinado ordenamiento jurídico proclive a la consecución de aquellos objetivos e, idealmente, garantizando la ausencia de obstáculos para tal efecto.

Sin embargo, no se estaría hablando del utilitarismo propio de Bentham, Mill o Stuart Mill. La situación planteada se presenta más como un uso utilitario del derecho por parte de quienes –detentando el poder– lo transforman en una nueva realidad, no siempre cercana a una propuesta moral con un sentido útil para sus intereses y que conlleva, muchas veces, a la conocida fórmula “es inmoral, pero es legal”.

Este uso utilitario permite definir fórmulas en las sociedades que, sin estar necesariamente de acuerdo o sin capacidad de enfrentarse al poder establecido y no necesariamente legítimo, les permiten su propia realización en desmedro del otro, vulnerando a veces su propia dignidad; aquella que es muchas veces atropellada tras promesas ligadas al desarrollo económico o la tan ansiada equidad.

Como se aprecia en la especie, el uso utilitario del derecho es, además, propio de regímenes donde el cambio social es evidente. América Latina lo ha apreciado a lo largo de la historia reciente con las modificaciones o transformaciones constitucionales que abren espacios a las certezas jurídicas deseadas en cada uno de los grupos de poder. El espacio de acción que cada uno de ellos determina no siempre se transforma en beneficios generales, sino más bien en las propias pretensiones dependiendo de la motivación de quien lo defina.

La justificación y el objeto son variados, pero el uso utilitario del derecho ha sido recurrente en nuestras latitudes, muchas veces desde la oscuridad de lo ilícito, hasta la pretendida iluminación y transparencia que supone el proceso democrático.

V. EL MODELO CHILENO

Chile ha pasado por cuatro grandes procesos constituyentes en su historia (Ossa, 2020). A partir de la independencia y la Constitución de la República de 1828 hasta el quiebre institucional de 1973, el proceso constituyente tiene un tinte más bien reformador. Será a partir de la Constitución Política de 1980, propuesta aprobada vía plebiscito –de cuestionada validez– por el gobierno de facto del General Augusto Pinochet, en que se reconoce una revolución constitucional (Ossa, 2020).

Es relevante esta precisión; la forma de comprender el Estado desde el punto de vista del liberalismo económico, basado en las ideas de Hayek (1976) y

Friedman (1962), implica cambios no sólo institucionales, sino de relaciones de la propia sociedad donde se privilegia la individualidad por sobre el colectivo, con un Estado reducido y basada la actuación de este en el principio de subsidiaridad: donde el privado no puede o no quiere, podrá recién participar el Estado, otorgando privilegios y desde la garantía constitucional de los intereses de determinados grupos, basados en los fundamentos de la libertad y protección de la propiedad. De corte neoliberal, establece la manera de actuar de determinados interesados que, junto al poder, trazan la forma de encauzar el comportamiento de una sociedad.

El derecho, para el poder, ha de servir a ese propósito y no, al ideario colectivo; no hay diálogo ni discusión de los actores de una sociedad bajo una dictadura. La imposición es evidente y desde la administración de un Estado autoritario, que avala la posibilidad desde la legalidad de privatizar y entregar operaciones básicas al agente privado, se consuma la formulación del nuevo orden social deseado. Como se esbozó anteriormente, lo legal no es siempre moral.

Un ejemplo de descontento colectivo a partir de lo anteriormente planteado es lo que en Chile ha sido conocido como “estallido social”, iniciado en el mes de octubre de 2019. A partir de un alza mínima del precio del ferrocarril metropolitano, los estudiantes secundarios llaman a saltar los torniquetes de pago; la evasión es la manera de hacer ver a la autoridad que su decisión no es compartida por la ciudadanía. Esto deriva en un movimiento social que implica una violencia desatada con incendios a estaciones de metro, saqueos y destrucción

de supermercados, barricadas y violencia generalizada.

Bajo la consigna “Que la dignidad se haga costumbre” se provoca el alzamiento masivo de una suma de agrupaciones que consideran no sólo estar afectados en los hechos cotidianos, sino desde sus propias y dolorosas individualidades: pensiones miserables, salud inalcanzable y educación de mala calidad para sus hijos.

Culpa al sistema, aquel que fuertemente se ha institucionalizado gracias a las garantías establecidas en la Constitución Política de 1980 impuesta por el gobierno de facto del General Augusto Pinochet. La lectura común es que el derecho sustenta el abuso del poderoso por sobre el débil; el modelo neoliberal no ha resuelto las expectativas de aquellos que, sintiéndose oprimidos, desfilan por las calles pidiendo no sólo soluciones sino un cambio al modelo. La única vía que observan es cambiar la Constitución.

Esta es una clara demostración de que la ciudadanía ya no busca un culpable, sino que identifica a la Carta Magna y al ordenamiento jurídico derivado de ella como responsables de los atropellos a sus derechos.

Los poderosos, al alero de la propia Constitución, pueden hacer lo que estimen conveniente. El marco de la legalidad se lo permite y ante cualquier atisbo de cambio, los representantes de aquellos grupos ponen los necesarios obstáculos para que nada se modifique, transforme o cambie.

El uso utilitario del derecho se hace evidente, bajo la mano del poderoso. No sólo se ha producido en Chile; basta mirar los gobiernos de diversas latitudes donde se han producido revoluciones constitucionales o convenientes reformas afines al poder de turno. Siguiendo esa línea argumentativa, los efectos no se refieren precisamente a la búsqueda de felicidad del colectivo; sirve a pocos, sobrepasa a muchos.

Desde las ideas del utilitarismo de Bentham, Mill y Stuart Mill hasta la definición del consecuencialismo de Anscombe han transcurrido muchas formas de comprender las consecuencias (Valera, Carrasco, 2021). El derecho ha demostrado servir a quien, en el ejercicio del poder, obtiene de él el espacio para deambular libre y legalmente, sin importar necesariamente la idea hipotética fundamental (Kelsen, 1934) de la ciudadanía reflejada en una Constitución, reflejo ontológico de una Nación.

Este uso utilitario se ha instalado cuando los intereses y privilegios de grupos determinados superan el interés del vínculo social en el colectivo que, cuando su dignidad se ve evidentemente vulnerada, reaccionará en función de la búsqueda de cambios. No obstante, nadie puede asegurar que el resultante de dicha reacción implique un cambio en el poder y, si ello ocurre, que la conducta no se reproduzca en función de nuevos intereses.

El mundo ha visto la permanente presencia de grupos en conflicto. La necesidad de cambio de dirección en muchos aspectos respecto de la conducción permea a la política. Es el dominio por la vía de la

legalidad de determinados grupos de poder lo que la sociedad reclama. Son sus normas las que no emergen de la colectividad en función del bien común, sino más bien ordenamientos jurídicos al servicio de aquellos que privilegian sus intereses sin importar el colectivo.

Las sociedades no actúan como una unidad, con elementos aglutinadores o de cohesión; conviven en un mar de individualidades no dispuestas al debate necesario para su mejoramiento común.

Las relaciones de las personas con las normas que reconoce injustas –aunque legales– implican la aparición de la anomia. En la medida que esta se hace evidente, el desorden social hace necesario el reconocimiento de su causa. Si bien debe existir la norma, también debe convivir con el reconocimiento social de su validez a base de una estructura moral, reconocida y aceptada, por parte de los miembros del colectivo. Sin ello, la norma escrita no provoca el deseo de la paz ciudadana que se le ha encomendado.

Es este el aspecto vital de lo planteado anteriormente. La dimensión social se ha de reconocer en su propia norma porque contempla en ella un reconocimiento del colectivo. En ese supuesto, se plantean beneficios comunes sin identificar un beneficiario evidente. Pero cuando la norma no propone un ideario común, o se hace evidente la prevalencia por su efecto de grupos privilegiados, pierde su validez no positiva, sino que moral.

El derecho propone conductas deseadas y sanciona a quien las incumple. Debiera seguir una línea coherente con lo que la

sociedad aspira, en tanto depositario de su deseo de orden y eficiencia. Sin embargo, aquel que lo administra decide respecto de las conductas –aquellas que se han de clasificar como ilícitas o no–, dejando al margen aquello que no sea conveniente en su propio interés. No se debe estar sólo a lo que la norma dicta, sino también a los silencios y omisiones que el propio poder define.

VI. CONCLUSIONES

El derecho no ha de perder la forma de conectar las conductas esperadas de una Sociedad basada en sus anhelos y definiciones morales. Probablemente sea necesario plantear una utilidad con capacidad de revisión periódica, donde por esa vía se controlen los impulsos revolucionarios que en la historia se han observado. Obediencia y desobediencia, en los hechos, son respuestas al mando (Squella, 2020). Bien lo plantea Slavoj Žižek, citado por Agustín Squella (2021): “La dignidad es la respuesta popular al cinismo de los que están en el poder”.

A modo de ejemplo –y pensando en el consecuencialismo– la mirada de América del Sur cambia tras la Revolución cubana de 1959. Lo mismo ocurre en Chile, tras el golpe militar de 1973 y la imposición del neoliberalismo como forma de desarrollo económico, a partir de 1980; pero que, en la práctica, se ha transformado en un ejemplo de desigualdad mundial y donde la ciudadanía ha tenido recientes y violentas reacciones frente a la injusticia social promovida por la defensa de los intereses de los privados.

La política no es el ejercicio del poder (Rancière, 1998). En el caso chileno se concreta una Constitución basada en los intereses de algunos en desmedro de otros, donde concretan su propio interés en las garantías constitucionales que esta ofrece en lo referido al orden público económico y que, ciertamente, protege a quienes han estado al alero del poder. El poder no sólo se instala desde el interés económico, sino también a través de otras motivaciones que el colectivo ya empieza a descubrir.

Los neoconstitucionalistas ya lo están planteando, la forma de sentenciar casos no se debe sólo al derecho positivo, obliga a meditar en la ponderación de intereses para prevenir el abuso de ciertos actores en la sociedad. El derecho debe ser necesariamente dinámico al respecto, asumiendo su responsabilidad en las definiciones y expectativas propias de la sociedad, más que una estructura al servicio del poder.

Bien lo plantea Manuel Atienza (2022) al referirse al núcleo normativo de la dignidad humana, que ha de encontrarse en el derecho y en la obligación de cada uno de los individuos, agentes morales no de excepción, sino en lo cotidiano. Cada uno de ellos es propio garante de que la norma sea moral y justa.

Un proceso de revisión en el tiempo permitiría el avance de los intereses legales al alero de los intereses sociales, protegiendo de esa manera a la sociedad de las mezquinas individualidades que las han, directa o indirectamente, afectado. La idea de una concepción de la moral puede estar al servicio de quien la concuerda, esto es la

propia sociedad; deja de ser un fenómeno interno sino que permite la perspectiva de lo externo (Peña, 2015). Serviría, además, como proceso de evaluación en el sentido del deseo ciudadano que, por hastío, puede destruir lo construido, sin posibilidad de volver atrás.

Las revoluciones no sólo implican un cambio total, a veces representan el deseo de detener un camino que no reconoce como correcto para consolidar el sueño colectivo. Por ello, no siempre es pernicioso para la sociedad, aquella que desea administrar sus sueños y expectativas desde una construcción propia, idealmente democrática, amparada en los principios y valores que le representen en el tiempo y que hagan, de todos, uno.

Un proceso revolucionario no implica las armas o la violencia como medio, sino la profunda convicción moral de la sociedad unida y en coherencia con los procesos sociales que le brindan nuevas propuestas de vida, dinámicas en el tiempo.

El reconocimiento del derecho desde el seno democrático –con la necesaria neutralidad para ser común a todos– sólo propondrá restricciones en la medida en que reconozca espacios no deliberativos o representativos que, en democracia, se han de proveer.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Arendt, H. (1963). *Eichmann en Jerusalén*. Penguin Random House.
- Atienza, M. (2022). *Sobre la dignidad humana*. Trotta.
- Berger, L. & Luckmann, T. (1967). *La construcción social de la realidad*. Amorrortu.
- Friedman, M. (1962). *Capitalismo y Libertad*. Deusto.
- Habermas, J. (2010). *Teoría de la acción comunicativa*. Trotta.
- Hayek, F. (1976). *Derecho, Legislación y Libertad*. Unión Editorial.
- Kelsen, H. (1934) *Teoría Pura del Derecho*. Eudeba.
- Ortúzar, P. (2016). *El poder del poder. Repensar la autoridad en tiempos de crisis*. Tajamar Editores.
- Ossa, J. (2020). *Chile Constitucional*. Fondo de Cultura Económica Chile S.A.
- Squella, A. (2020). *Desobediencia*. Editorial UV de la Universidad de Valparaíso.
- Squella, A. (2021). *Dignidad*. Editorial UV de la Universidad de Valparaíso.
- Peña, C. (2015). *Ideas de perfil*. Taurus.
- Pérez, C. (1996). *La construcción social del derecho*. Universidad de Sevilla.
- Rancière, J. (1998). *Política, policía, democracia*. Lom Editores.
- Valera, L. & Carrasco, M. (Ed.) (2021). *Manual de ética aplicada: de la teoría a la práctica*. Ediciones UC.