



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"ESTADO Y DERECHO POSITIVO"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MIGUEL SORIA GOMEZ



México, D. F.

1988



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

ESTADO Y DERECHO POSITIVO

Pág.

Introducción	I
--------------------	---

CAPITULO I

ESTRUCTURA DEL ESTADO

1.1. Definiciones de Estado	1
1.2. Elementos constitutivos del Estado	12
a) Pueblo	12
b) Territorio	15
c) Poder	17
d) Derecho Positivo	19

CAPITULO II

JUSTIFICACION DEL ESTADO

2.1. Aspecto filosófico	24
2.2. Teorías éticas	28
2.3. Posición teológico-religiosa	32
2.4. La teoría del contrato	36
2.5. Doctrinas jurídico-formalistas	41
2.6. Teorías materialistas	47

CAPITULO III
DERECHO POLITICO

3.1. El problema del Derecho	55
3.2. Las partes del Derecho Público	59
3.3. Orientación jurídica de los elementos del Estado	64
a) Pueblo	64
b) Territorio	70
c) Poder	75

CAPITULO IV
RELACIONES ENTRE ESTADO Y DERECHO

4.1. Planteamiento del problema	81
4.2. Teorías de la doble cara del Estado	86
4.3. Teorías que identifican Estado y Derecho	93
4.4. Teorías de la relación esencial y necesaria entre Estado y Derecho	99
4.5. Estado de hecho	105
4.6. Estado de Derecho	109
4.7. Características formales del Estado de Derecho	113
CONCLUSIONES	120
BIBLIOGRAFIA	123

INTRODUCCION

INTRODUCCION

Siendo el hombre un ser sociable que busca interrelacionarse con los demás individuos que lo rodean, ha instaurado una serie de instituciones que le permiten llevar a cabo dicha convivencia de manera regulada, adecuada, de esta manera la creación del Estado y el Derecho se convierte en un mecanismo de regulación de la conducta humana, que permite a los individuos una coexistencia más estable y pacífica.

A lo largo de la historia el hombre ha ido perfeccionando estas instituciones, tratando de definir las de la manera más adecuada, para poder llevarlas a la práctica y tratar de hacerlas útiles en la vida cotidiana, por lo que de acuerdo a los distintos estudios realizados por diversos tratadistas del tema, se han dado una serie de definiciones tanto del Estado como del Derecho, a efecto de construir sobre dichas definiciones el concepto de lo que deben ser en y para el hombre en sociedad. Así tenemos por ejemplo, que el Estado al ser definido se contemplan en él sus elementos constitutivos a saber: pueblo, territorio y poder como condiciones de su existencia, existiendo un orden jurídico positivo aplicable de manera individual y general a dichos elementos.

Anotado lo anterior, el hombre no sólo se acoge a tratar de definir al Estado para observar como es, sino que trata de justificar su creación y existencia presente y futura, a efecto de imponer en dicha existencia, un deber ser que indique de que manera debe ser al presentarse en la vida de los hombres, con esto tenemos que diversas corrientes del pensamiento humano a través de los siglos, han dado su particular punto de vista de acuerdo con su singular manera de ser y ver los fines y valores que el Estado como institución social debe cumplir, y así surgen las doctrinas éticas, teológicas, contractualistas, formalistas y materialistas que tratan unas de demostrar que el Estado es racional, moral o teológicamente necesario, otras se ocupan de explicar el por qué y el cómo existe en realidad el poder del Estado y demostrar que es legítimo, por el contrario las teorías materialistas más que justificar

al Estado lo atacan y señalan su injusticia.

Aunado al problema del Estado surge el del Derecho, como institución social a través de la cual se dan una serie de normas de tipo jurídico, que permiten regular la conducta del hombre en sociedad, con el fin de hacer posible y tolerante la convivencia del hombre como ser social.

El hombre por su sentido de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto e ideas semejantes, plasma de manera deficiente los fines y valores del Derecho que deben imperar en determinada sociedad y en determinada época, por lo que al ser el Estado la fuente formal del Derecho y el Derecho el que le indique al Estado lo que puede y debe realizar, independientemente de cómo debe hacerlo y bajo que reglas, el Derecho Positivo será quien en la práctica determine la situación y orientación jurídica en la que se base el Estado para ejercer su poder en el pueblo y sobre su territorio, dándole con ésto el carácter de lo que debe ser el Estado en un orden jurídico determinado.

Es de observarse que las relaciones entre Estado y Derecho, son imprescindibles para la debida convivencia humana, ya que si se precinde de alguna de las dos instituciones será en detrimento del desarrollo del hombre, porque el individuo necesita de la comunidad para poder desplegar sus aptitudes y su personalidad, y hacer posible la libertad personal en y a través de su asociación. Como consecuencia, se han dado diversas teorías de la relación que existe y que debe existir entre dos instituciones creadas por voluntad humana, con el fin de asegurarse una vida mejor, más justa y equitativa, que permita a los individuos convivir en sociedad como consecuencia de su coexistencia.

Para justificar la comunidad política en la naturaleza sociable del hombre, surgen las teorías que ven en el Estado una cara jurídica y otra sociológica, hay quienes identifican Estado y Derecho, otras afirman la existencia de una relación esencial y necesaria entre ambos conceptos, por lo que una concepción ecléctica de las relaciones de

ambos entes dan como resultado el concepto de Estado de Derecho, como síntesis del proceso evolutivo de la vida del hombre en sociedad.

Al ser el Estado y el Derecho dos entes de conocimiento presentes en su momento, distintos y en correlativa vinculación, los ubicamos en el inicio del presente trabajo en el mundo del ser, esto es, los observamos como entes reales, para después analizarlos en el mundo del deber ser, es decir, los estudiaremos como manifestación de la cultura del hombre en sociedad, en la cual se argumenta cómo deben ser entendidos ambos conceptos en la vida de los hombres.

En base a las anteriores consideraciones, este trabajo de investigación, se enfoca a la exposición de las diversas teorías que se han dado a través de la historia del hombre por conquistar el Estado de Derecho, es decir, por conseguir que el Estado se sujete al Derecho con un solo objetivo: la debida y natural convivencia social del hombre.

CAPITULO I

ESTRUCTURA DEL ESTADO

ESTADO Y DERECHO POSITIVO

CAPITULO I

ESTRUCTURA DEL ESTADO

1.1. DEFINICIONES DE ESTADO

La interesante, compleja y polémica pregunta ¿Qué es el Estado? ha sido tema de innumerables pensadores que desde la antigüedad hasta nuestros días han tratado de definir, dando diversas y aún contradictorias concepciones de la comunidad política. Por lo que presupone enfrentarnos al problema del ser del Estado atendiendo a sus formas externas e internas, es decir, atendiendo a su naturaleza, tanto en su nivel fenoménico como esencial.

Para poder dar un concepto de Estado, es pertinente establecer, que este, como ente real de conocimiento, no es algo que haya surgido de la nada, no se dió por generación espontánea, sino todo lo contrario; éste es una creación del ser humano que se dió por distintas causas y en consecuencia, es un ente de cultura, entendida esta como la proyección del espíritu humano hacia el exterior para transformar la naturaleza en función de valores, según lo explica el maestro Héctor González Uribe en su obra Teoría Política.

Por lo que atendiendo a su acepción más simple, es decir, a la definición verbal equiparada a la definición nominal, que para algunos pensadores no es otra cosa que una definición de diccionario, podemos decir que la palabra Estado viene del latín Status y que significa "el modo de ser de una realidad, la situación en que se haya una realidad. El estado es el hecho de estar, es decir, de hallarse en una cierta situación o condición, de encontrarse en un cierto modo".⁽¹⁾ Pero no es esta la definición que --

(1) Ferrater Mora, José. Diccionario de Filosofía tomo I A-K, 5o. Edic., - Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1975. Pág.581.

nos interesa tratar, ya que esta se refiere al verbo ser ó estar que se -- escribe con minúscula y que implica situación o condición de algo, y a lo que nosotros nos referimos es a la realidad Estado escrita con mayúscula, -- como organización política de los hombres. Por lo que es necesario delimitar su concepto al terreno político, y así tenemos que la primera vez que fue utilizada la palabra Estado en su acepción política, fué en el libro -- llamado El Príncipe escrito por Nicolás Maquiavelo en el año de 1513, fecha a partir de la cual sería utilizada hasta nuestros días. En esta obra en su capítulo I menciona: "Los Estados y soberanías que han tenido y tienen autoridad sobre los hombres, fueron y son, o repúblicas o principados". (2)

Dada la gran diversidad de definiciones acerca del Estado es necesario hacer una clasificación adecuada, práctica, para poder observar distintos puntos de vista desde diversos campos del saber, desde los cuales ha sido estudiada la organización política llamada Estado.

El maestro Luis Sánchez Agesta atendiendo a esta gran cantidad de definiciones las divide en relación a que estas "proponen una idea del Estado determinándolo por un contenido específico de fines, normas o valores; que debe realizar; bien tratan de tipificarle dentro de las formas de sociedad por un carácter empírico; bien lo conciben como un sistema de derecho que posee una calidad especial; bien, por último, lo consideran como una formación específica de la vida política". (3) Y así tenemos que estas definiciones son respectivamente las deontológicas, las sociológicas, las jurídicas y las políticas.

Las definiciones deontológicas del Estado como su nombre lo indica -- son aquellas en las cuales al tratar de definirlo, atienden principalmente a los deberes que este debe encarar como asociación del hombre encaminada al bienestar común de la sociedad, explicándonos el maestro Sánchez Agesta

(2) Maquiavelo, Nicolás. Obras Políticas de. El Príncipe. Buenos Aires, Ed. Poseidón, 1943. Pág. 581.
 (3) Sánchez Agesta, Luis. Principios de Teoría Política. Madrid, Editora - Nacional, 1966. Pág. 63.

que dentro de estas definiciones existen dos corrientes; la del iusnaturalismo racionalista y la del iusnaturalismo de inspiración Aristotélico-Tomista, encontrándose dentro de la primera la de Kant para quien el Estado es "la unión de una multitud de hombres bajo leyes jurídicas", entendiéndose por leyes jurídicas aquellas que prestan "el complejo de condiciones por las cuales el arbitrio de uno puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad". (4)

En otra concepción de Kant citada por José Ferrater en su obra Diccionario de Filosofía nos menciona que para Kant "El Estado debe estar constituido de tal modo que, ... la ley corresponda a una organización establecida por pacto y contrato". (5)

Podemos observar de lo escrito anteriormente, que para Kant el fin -- que el Estado debe realizar, juega un papel muy importante, en la medida -- en que los hombres coexistan de manera libre en sociedad, pero garantizada esta coexistencia por una serie de leyes jurídicas, teniendo como elemento preexistente la libertad, para poder manifestar la voluntad de los individuos para constituirse en una organización.

En la segunda corriente se encuentra la definición de Aristóteles la cual nos dice que "todo Estado, (la polis) es, evidentemente una asociación, y toda asociación no se forma sino en vista de algún bien ... Es claro, por lo tanto, que todas las asociaciones tienden a un bien de cierta especie, y que el más importante de todos los bienes debe ser el objeto de la más importante de las asociaciones, de aquella que encierra todas las demás, y a la cual se llama precisamente Estado y asociación política". (6)

Aquí Aristóteles aun no menciona en sí el fin del Estado, aunque sí -- se refiere al bien supremo que corresponde a este como asociación más im-

(4) Sánchez Agesta, op. cit., p. 64.

(5) Ferrater Mora, op. cit., p. 580.

(6) Aristóteles. La Política, 2o. Edic., Tr. Patricio de Azcarate. Buenos Aires, Ed. Espasa Calpe, 1943. Pág. 23.

portante; afirmándonos en otra parte de su obra La Política que "la asociación de muchos pueblos forma un Estado completo, que llega, si puede decirse así, a bastarse absolutamente a sí mismo, teniendo por origen las necesidades de la vida, y debiendo su subsistencia al hecho de ser éstas satisfechas". (7)

En esta definición sí nos menciona precisamente el fin del Estado en cuanto a que éste como asociación de hombres debe satisfacer sus necesidades.

Dentro de esta corriente también se ubica Maurice Hauriou, el cual, nos dice que el Estado es el "régimen que adopta una nación mediante una centralización jurídica y política y que se realiza por la acción de un poder político y de la idea de la república como conjunto de medios que se ponen en común para realizar el bien común". (8)

Como puede apreciarse, aquí encontramos un conjunto de medios para la realización de un fin, siendo los primeros el poder político y la idea de la cosa pública, y el segundo el bien común, centralizados estos en la forma Estado. Porque como dice Hauriou "el fin es parte de la esencia de todo ser" (9) siendo en este caso el ser llamado Estado.

Ahora examinaremos las definiciones sociológicas, para las cuales el Estado estará concebido dentro de las distintas formas de sociedad, teniendo como nota característica la monopolización del poder, es decir, el Estado como un hecho de fuerza, de dominación.

Empezaremos por Max Weber para el cual el Estado es "un orden jurídico administrativo (variable en virtud de disposiciones fundamentales) al cual se orienta el obrar realizado en función del grupo por un cuerpo administrativo y cuyo valor se reclama no sólo para los miembros de la comu

(7) Aristóteles, op. cit., p. 21.

(8) Sánchez Agesta, op. cit., p. 64.

(9) Loc. cit.

nidad, sino para todo obrar que se realice en el territorio dominado".⁽¹⁰⁾

En desacuerdo con las definiciones deontológicas, Max Weber dice que no es posible definir al Estado por el fin que persigue, porque cualquiera que este sea, también lo es de otras formas sociales que no son Estados y que por lo consiguiente, hay que atender a sus medios, es decir, al poder-monopolizado como su nota característica y así podemos observar que en su definición anterior aparece este concepto desglosado en el orden jurídico-administrativo, basado en disposiciones fundamentales llevadas a cabo por un cuerpo administrativo precisamente en un territorio determinado.

Para Jellinek "el Estado es la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación, y formada por hombres asentados en un territorio".⁽¹¹⁾

También en esta definición se puede apreciar fácilmente la nota característica de poder de dominación de los hombres de un territorio determinado, derivado precisamente de la asociación como unidad teleológica, es decir, de aquella que se establece entre personas que persiguen un mismo fin.

Para Hermann Heller "el Estado es un grupo soberano de dominación territorial",⁽¹²⁾ en la medida que existe un grupo de personas que se llaman gobernantes sobre otras personas llamadas gobernados. Heller también concibe al Estado por el monopolio del poder que le permite ser soberano en sus acciones y decisiones manifestando "el género próximo del Estado es pues, la organización, la estructura de efectividad organizada en forma planeada por la unidad de la decisión y la acción".⁽¹³⁾

Por lo que a fin de cuentas, para este pensador el Estado es "una es-

(10) Sánchez Agesta, op. cit., p. 65.

(11) Jellinek, Georg. Teoría General del Estado. Tr. Fernando de los Ríos. Buenos Aires, Ed. Albatros. 1981. Pág. 133.

(12) Heller, Hermann. Teoría del Estado, 11o. Edic. Tr. Luis Tobío. México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1985. Pág. 255.

(13) Loc. cit.

estructura de dominio duraderamente renovada a través de un obrar común actualizado representativamente, que ordena en última instancia los actos oficiales sobre un determinado territorio". (14)

En la concepción materialista del Estado, el poder juega un papel muy importante, ya que es en éste, donde se finca el origen, desarrollo y permanencia del mismo, así como el objetivo del proletariado por conquistar. Lenin nos dice "el Estado es una máquina para que una clase reprima a otra, una máquina para el sometimiento a una clase de otras clases, subordinadas". (15)

Para Marx "el Estado es un órgano de dominación de clase, un órgano de opresión de una clase por otra, es la gestión del "orden" que legaliza y consolida esta opresión, amortiguando los choques entre las clases". (16)

Engels en su obra El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado nos dice que "el Estado no es de ninguna manera un poder impuesto desde fuera a la sociedad; tampoco es "la realidad de la idea de la moral", ni "la imagen y la realidad de la razón", como asegura Hegel. Es más bien un producto de la sociedad cuando llega a un cierto grado de desarrollo; es la confesión de que esa sociedad se ha erigido en una irremediable con tradición consigo misma y está dividida por antagonismos irreconciliables, que es impotente para conjurar. Pero a los efectos de que estos antagonismos, estas clases con intereses económicos en pugna no se devoren a sí mismas y no consumen a la sociedad en una lucha estéril, se hace necesario un poder situado aparentemente por encima de la sociedad y llamado a amortiguar el choque, a mantenerlo en los límites del "orden". Y ese poder, surgido de la sociedad, pero que se pone por encima de ella y se divorcia de ella más y más, es el Estado". (17)

(14) Sánchez Agesta, op. cit., p. 65.

(15) Lenin, V.I. Sobre el Estado, 2o. Edic. Pekin, Ediciones en Lenguas -- Extranjeras, 1975. Pág. 14.

(16) Lenin, V.I. El Estado y la Revolución. México, D.F., Editores Mexicanos Unidos, 1978. Pág. 14.

(17) Ibid., p. 13.

Como se desprende de las anteriores definiciones, el hecho de la fuerza y dominación derivadas del poder, son lo que configuran la concepción del Estado.

Las definiciones jurídicas del Estado como su nombre lo indica, son aquellas en donde el Estado es concebido como un problema de Derecho.

En este tipo de definiciones se encuentra Hans Kelsen, quien nos dice "así el Estado queda definido, en cuanto a sus elementos esenciales son la población estatal, el territorio estatal, y el poder estatal, como un orden jurídico relativamente centralizado, limitado en su dominio de validez territorial y temporal, soberano o inmediatamente determinado por el derecho internacional, eficaz en términos generales."⁽¹⁸⁾

Para este autor, no todo orden jurídico es un Estado, sino sólo aquel que tiene una organización para establecer órganos que se encargan de la producción y aplicación de las normas jurídicas, por lo que este tiene que tener cierto grado de centralización para poderlo llevar a cabo.

Jellinek vuelve a hacer su aparición en estas definiciones diciendo-- nos que "como concepto de Derecho es, pues, el Estado, la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio; o para aplicar un término en uso, la corporación territorial dotada de un poder de mando originario."⁽¹⁹⁾

Si analizamos el concepto social del Estado de Jellinek anotado anteriormente, podemos percatarnos que este autor sólo sustituye "unidad de -- asociación" por "corporación" que es lo que diferencia a una de la otra, -- siendo la corporación la expresión de las relaciones jurídicas de la unidad de asociación, enlazadas con el orden jurídico.

(18) Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. Tr. Roberto J. Verengo. México, D.F., UNAM, 1979. Pág. 294.

(19) Jellinek, op. cit., p. 135.

En las definiciones políticas del Estado su nota característica es -- precisamente destacar a éste, en su importancia de comunidad política de -- la vida social de los hombres. Con ésto no se quiere decir que las anteriores definiciones no hayan destacado esta importancia, sino todo lo contrario, lo contienen en una manera u otra, sólo que en las políticas esta característica se hace más significativa.

Por ejemplo, Adolfo Posada dice que "el Estado, en su más pura expresión, puede concebirse como el orden que jurídicamente se establece para -- hacer posible en las sociedades humanas la armonía, no solo de las libertades (Kant), sino también de los fines (Krause, Giner)."(20)

Este autor afirma que los elementos externos del Estado son el territorio, la comunidad humana y el poder, siendo los internos la "relación" -- de obediencia a la "norma" como "contenido" vital entre una y otra. Basado esto en la naturaleza ética del hombre, para poder interrelacionarse, -- con el objeto de crear un orden jurídico basado en la libertad para poder convivir. "Posada que define la política como la ciencia del Estado, la -- considera como "una comunidad de vida permanente, ilimitada o definida en -- el espacio y dotada de un poder suficiente para establecer un orden jurídico, o sea, un equilibrio de fuerzas e intereses, según las exigencias éticas."(21)

El maestro Posada haciendo una síntesis de su teoría de la idea pura del Estado nos dice: "El Estado en la idea pura se concibe como un orden -- jurídico, realizado en diversas formas --obra de la Historia--, para hacer -- posible no solo la armonía de las libertades --Kant--, sino la de los fines --humanos en la comunidad perfecta que apetece el hombre (Suárez). Es el Estado en la idea pura el "reinado de la libertad", condición de la persona, su característica, pero realizada en el "reinado del derecho", que hace -- posible y efectiva la interdependencia humana mediante el régimen jurídi--

(20) Posada, Adolfo. Tratado de Derecho Político, 5o. Edic., Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1935. Pág. 84.

(21) Sánchez Agesta, op. cit., p. 67.

co de normas, y como consecuencia, la intensificación expansiva de la nación y del sentimiento del deber en relación con la noción del fin, contenido inagotable del comercio jurídico."⁽²²⁾

Se desprende de estas afirmaciones que el hombre para poder vivir en sociedad necesita convivir, es decir, establecer una serie de normas jurídicas basadas en la naturaleza ética del hombre, garantizadas, para hacerse cumplir por un orden jurídico, encaminado todo esto a un fin, el bien común. Por lo que también podemos decir que el hombre no solo existe en un determinado territorio, o en una determinada sociedad o bajo algún poder específico, sino que este coexiste con todos y cada uno de los elementos mencionados, en un plano de libertad garantizado por el Derecho.

El maestro Sánchez Agesta por su parte concibe al Estado como "una comunidad organizada en un territorio definido, mediante un orden jurídico - servido por un cuerpo de funcionarios y definido y garantizado por un poder jurídico, autónomo y centralizado que tiende a realizar el bien común, en el ámbito de esa comunidad",⁽²³⁾ ya que este autor dice que al Estado - debe definirse como la consecuencia histórica de la conducta política de los hombres.

La maestra Aurora Arnáiz nos dice que ella hace suya la definición - ahistórica "Estado es la forma política suprema de un pueblo."⁽²⁴⁾ Pero - a su vez nos da la suya propia:

"El Estado es la agrupación política, específica y territorial, de - un pueblo con supremo poder jurídico para establecer el bien común."⁽²⁵⁾

De todo lo escrito anteriormente, podemos decir que a pesar de la --- gran cantidad de definiciones acerca del Estado, estas contienen las notas

(22) Posada, op. cit., p. 75.

(23) Sánchez Agesta, op. cit., p. 83

(24) Arnáiz Amigo, Aurora. Soberanía y Potestad, 2o. Edic., México, D.F., Ed. Miguel Angel Porrúa, S.A., 1981. Pág. 126.

(25) *Ibid.*, p. 127.

características que lo distinguen de otras formas sociales, tales como pueblo, territorio, poder, bien común, soberanía orden jurídico, entre las más importantes. Por lo que sólo difieren unas de otras en cuanto al enfoque que a éstas se les da por parte de los distintos pensadores que han expuesto su concepto acerca de este tema tan apasionante.

Por otro lado cabe mencionar que la mayoría de estas definiciones están encaminadas a tratar de definir al Estado en el plano del deber ser, queriendo que la realidad estatal sea lo que debe ser como organización política de los hombres, encaminada a proporcionar a la sociedad el bienestar común, no queriendo aceptar que el Estado es, ha sido y será, hasta de terminado momento de la evolución de la humanidad, una realidad presente - en su momento, que como tal reviste su análisis en el plano del ser, para poder comprender su origen, su justificación y poder planear su extinción.

Porque si bien el Estado debe ser de tal o cual manera, o estar en equis o ye lugar dentro o fuera de la sociedad, o perseguir éste o aquel fin, éste se queda precipitadamente en ese plano, en el deber ser, que no cabe duda es lo que todos deseáramos, pero en la realidad, en el mundo del ser, todas estas aspiraciones solo son eso.

En consecuencia y por lo antes expuesto, nos manifestamos a favor de las definiciones sociológicas del Estado que lo tratan de tipificar dentro de las formas de sociedad por su carácter empírico, teniendo como característica principal la monopolización del poder en manos de un grupo de personas llamadas gobernantes, o como dice Lenin; "Los hombres se dividen en gobernados y en especialistas en gobernar, que se colocan por encima de la sociedad y son llamados gobernantes, representantes del Estado. Este aparato, este grupo de personas que gobiernan a otros, se apodera siempre de ciertos medios de coerción, de violencia física, ...".⁽²⁶⁾

No obstante, esto no significa que desechemos las demás, sino por el contrario, todas ellas tienen sus importancia y trascendencia en la medida

(26) Lenin. Sobre el Estado, op. cit., p. 11.

en que estas se interrelacionan para poder dar una mejor y más amplia explicación acerca del Estado.

I.2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO

Una vez mencionadas las distintas definiciones del Estado, procederemos ahora al análisis de los elementos constitutivos del mismo, contenidos en dichas afirmaciones: pueblo, territorio y poder.

Algunos tratadistas⁽²⁷⁾ han dicho que el pueblo y el territorio son elementos previos o anteriores al Estado; que el poder es en sí el elemento constitutivo de éste. Otros dicen⁽²⁸⁾ que el poder es el elemento formal, el pueblo y el territorio los elementos materiales del Estado. Lo cierto es -- que los tres elementos que se manejan, son sin duda parte de la organización política, sin los cuales el Estado no podría existir.

El orden jurídico y el bien común, que también se le llama bien público temporal, han sido incluidos como elementos constitutivos del Estado, -- tal es el caso del maestro Héctor González Uribe, quien nos dice en su obra Teoría Política, (Cfr.) que no solo hay que considerar a los tres elementos clásicos, sino que hay que atender al fin de la agrupación estatal que polariza las voluntades de los hombres para constituir el Estado, por tal razón el maestro incluye en su definición del Estado los valores antes mencionados. Mas nosotros no los trataremos de manera individual, sólo los mencionaremos implícitos en cada uno de los tres elementos clásicos, ya que creemos que estos son los que estructuran al Estado.

a) Pueblo

Al referirnos al elemento humano del Estado, estamos aludiendo al conjunto de hombres nucleados en un determinado territorio bajo un poder organizado, regulado por el derecho objetivo vigente. Este conjunto de hombres, es designado de distintas maneras por los distintos pensadores, que al ha--

(27) Babin, Jean. Doctrina General del Estado, 2º Edic., México, D.F., Ed. Jus, 1955. Cfr.

(28) Icilio Vanni. Citado por García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 37º Edic., México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1985. Pág. 98. Cfr.

cer alusión de éste, se refieren a él como pueblo, población, nación, sociedad, etc. No obstante, estos han sido definidos de manera individual para diferenciarlos entre sí. Y para efectos de gobierno y administración de un país se ha dicho lo siguiente: ⁽²⁹⁾ el pueblo es aquella parte de la población que tiene derechos civiles y políticos plenos, la población es el conjunto de seres humanos que habitan en un territorio, sin distinción de edad, sexo o condición sociopolítica.

Jellinek por ejemplo, identifica pueblo y población al decirnos que - "los hombres que pertenecen a un Estado forman en su totalidad la población del mismo... tiene el pueblo en el Estado una doble función: por un lado, es un elemento de la asociación estatista, al formar parte de ésta, - en cuanto el Estado es sujeto del poder público. Designaremos al pueblo, - desde este punto de vista, como pueblo en su aspecto subjetivo. En otro sentido, es el pueblo objeto de la actividad del Estado, es decir, el pueblo en cuanto objeto."⁽³⁰⁾

Como se aprecia, Jellinek distingue al pueblo en un aspecto subjetivo y otro objetivo, siendo el primero como elemento del Estado y el segundo - objeto de la actividad del mismo.

Por su parte, Heller distingue al pueblo de la población propiamente dicha, al distinguir a aquel como formación natural y como formación cultural, diciéndonos: que la primera es la población, entendida esta, como reproducción natural de los hombres y que llama raza primaria o natural, y - que pueden ser de distintos grupos raciales y étnicos, siendo la segunda - la raza secundaria o cultural, en la cual los hombres se encuentran unidos por vínculos culturales de muy diversa índole, que a través de matrimonios repetidos llegan a configurar una comunidad de sangre, especificando que - el pueblo, no es una comunidad originaria del tronco racial. Esto mismo -- opina Max Weber, al decir que el pertenecer a una nación no necesariamente

(29) González Uribe, Héctor. Teoría Política, 3ª Edic., México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1980. Pág. 295. Cfr.

(30) Jellinek, op. cit., p. 304.

implica una comunidad de sangre.

La nación, según Manzini, "es una sociedad natural de hombres con unidad de territorio, de costumbres y de lengua y con una vida y conciencia - comunes."⁽³¹⁾

Weber y Heller ven al pueblo y a la nación como cosas distintas. Weber por ejemplo, dice que "en primer lugar, en el lenguaje común la "nación" no se identifica con el "pueblo de un Estado", es decir con los membros de una comunidad política dada."⁽³²⁾

Este pensador, distingue a los miembros de una comunidad política dada, que es el pueblo, de la nación que la concibe como una comunidad de -- sentimiento que se exteriorizaría adecuadamente en un Estado propio; por -- tanto, una nación es una comunidad que propende regularmente a generar un Estado propio."⁽³³⁾

Hermann Heller dice: que "el pueblo, al que por motivos históricos -- como sistemáticos hemos de distinguir de la nación, no puede ser considerado como una raza natural, pero tampoco como una formación del espíritu."⁽³⁴⁾

La sociedad, dice Utz, "es una unidad de relación de muchos hombres -- que se constituye sobre la interacción recíproca con contenido intencional común, ordenando moralmente a todos los miembros."⁽³⁵⁾

Sin embargo al referirnos a cualquiera de estos términos analizados, -- utilizados en ocasiones como sinónimos, estamos sin duda alguna, refiriéndonos al elemento humano del Estado llamado pueblo.

(31) González Uribe. op. cit., p. 295.

(32) Weber, Max. Estructuras del Poder, tr. de Rufino Arar. Buenos Aires, Ed. La Pleyade, 1977. Pág. 31.

(33) *Ibid.*, p. 33.

(34) Heller, op. cit., p. 175.

(35) González Uribe, op. cit., p. 295.

En la concepción de Engels, este nos dice que "ante la antigua organización gentilicia (de tribu o de clan), el Estado se caracteriza en -- primer lugar por el nucleamiento de sus súbditos según divisiones territoriales."⁽³⁶⁾

Y así podemos concluir diciendo, que el elemento constitutivo del Estado llamado pueblo, es sin duda el elemento más importante, puesto que al rededor de éste gira toda la actividad de la asociación política.

b) Territorio

Diversos tratadistas al hablar del elemento físico del Estado, consideran que es previo o anterior a éste; o bien lo tratan como elemento material. Se está enfocando al territorio como elemento constitutivo del mismo. Podemos decir que el territorio, es el espacio donde se encuentra asentada una población y en donde se ejerce el poder de un Estado.

El territorio es sin duda un elemento necesario del Estado, aunque no en la misma medida que lo es el pueblo, ya que éste se encuentra vinculado estrechamente con aquél. No podríamos imaginarnos un territorio sin pueblo ni poder, para poderle dar el carácter de Estado, en caso de que se tratara de identificar aquel con éste, sin embargo si podemos imaginarnos al -- pueblo y su poder sin un territorio determinado, que aunque no sería un Estado propiamente dicho, si perseguirían el bienestar común de sus integrantes, ya sea en un territorio o en otro, en donde se encuentren, ya que no pueden estar flotando en el aire o el mar, puesto que el territorio es al go físico en donde por leyes naturales, la tierra ejerce atracción sobre -- los cuerpos y de la cual no podemos sustraernos.

A este respecto Heller afirma que "el carácter sedentario (constancias e identidad geográfica) no tienen en principio nada que ver con el territorio del Estado, pues existe una función territorial también en los Estados nómadas."⁽³⁷⁾

(36) Engels, citado por Lenin, op. cit., p.16.

(37) Heller, op. cit., p. 307.

Continúa diciendo Heller:

"Así, pues, el Estado no es, en manera alguna, un "esclavo" de su territorio, como dice Kjelien, ni el territorio puede considerarse como el "cuerpo" del Estado."⁽³⁸⁾

Heller concibe al territorio "como esfera de acción espacial del poder del Estado."⁽³⁹⁾

Kelsen y Heller coinciden en que el territorio, no debe determinarse solo por la superficie terrestre, sino también por el subsuelo y espacio aéreo, que en su conjunto, forman el ámbito de dominación de un Estado, dición donos respectivamente; que "el territorio del Estado es un determinado espacio delimitado. No se trata de un trozo determinadamente acotado de la superficie terrestre, sino un espacio tridimensional al que pertenecen el subsuelo y el espacio aéreo situados abajo y arriba respectivamente del territorio cerrado por las llamadas fronteras del Estado."⁽⁴⁰⁾

Heller sostiene que el territorio "no opera (tampoco en lo geográfico) como superficie, sino como espacio tridimensional dentro del cual el poder del Estado moderno actúa."⁽⁴¹⁾

Es evidente, que el territorio tenga que abarcar todos estos espacios, en donde también se puede incluir al mar territorial. El territorio así -- considerado, es donde el Estado ejerce su soberanía a través de un orden jurídico llevado a cabo por los hombres que lo forman.

Jellinek al estudiar al territorio nos dice que "la tierra sobre la que se levanta la comunidad Estado, considerada desde su aspecto jurídico, significa el espacio en que el poder del Estado puede desenvolver su actividad específica, e sea la del poder público. En este sentido jurídico la

(38) Heller, op. cit., p. 159.

(39) *Ibíd.*, p. 307.

(40) Kelsen, op. cit., p. 293.

(41) Heller, op. cit., p. 307.

tierra se denomina territorio."⁽⁴²⁾

Como puede observarse todas estas concepciones, es decir, todas estas maneras de delimitar al territorio en el terreno político, están encaminadas a tratar de ver en él, el espacio físico, donde se sitúa un pueblo y - en donde el Estado ejercita su poder de dominación a través de un orden jurídico.

c) Poder

Al hacer su aparición el Estado en la vida de los hombres, como órgano moderador del choque de intereses entre las clases sociales, surge a unido a éste, el instrumento que servirá para llevar a cabo tal fin, es decir, aparece la fuerza, la coacción física; organizada, reglamentada y justificada por el Derecho, a la cual, se le denomina poder.

Engels decía:

"El segundo rasgo característico-refiriéndose al Estado-es la institución de una fuerza pública que ya no es el pueblo armado. Esta fuerza pública - especial se hace necesaria porque desde la división de la sociedad en clases es ya imposible una organización armada espontánea de la población. Esta fuerza pública existe en todo Estado y no está formada únicamente por hombres armados, sino también por complementos materiales, las cárceles y las instituciones coercitivas de todo género, que la sociedad gentilicia - (clan) no conocía."⁽⁴³⁾

Al residir el poder esencial y originariamente en el pueblo, Carlos S. Fayt* nos dice que el titular abstracto del poder de dominación suprema, - es el Estado como organización, y el poder derivado, es el poder del órgano o poder de autoridad, del cual se encuentran investidos los órganos o individuos para el cumplimiento de la actividad funcional del Estado. En -

(42) Jellinek, op. cit., p. 295.

(43) Cit. por Lenin, op. cit., p. 16.

(*) Fayt, Carlos S. Derecho Político, 4ª Edic., Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, S.A., 1976. Págs. 215 a 222.

otras palabras se quiere hacer notar que el Estado, al ejercer su poder, - lo hace a través de autoridades investidas por el Derecho. A su vez el poder a través de la autoridad, según los tratadistas en materia constitucional y administrativa, tiene dos tareas que cumplir; la del gobierno de los hombres y la administración de las cosas, referida a los servicios públicos, encaminadas ambas a la realización del bien común.

El gobierno de los hombres, se ejercerá a través de una serie de disposiciones jurídicas, respaldadas para poderse llevar a cabo, por todo un aparato coercitivo que garantice su cumplimiento.

La administración de los servicios públicos, será el instrumento a -- través del cual se proveerá de diversos recursos, principalmente humanos, para la realización que debe cumplir el Estado, es decir, el bien común. - Por lo que se puede decir que gobierno y administración se complementan entre sí, llegando a formar un todo que es el poder, en manos de un grupo de hombres llamados gobernantes que no deberían ser otra cosa, más que esclavos de la sociedad, o sea, unos servidores públicos que creyendo gobernarla sólo la sirven. Al respecto el gran comediógrafo ateniense Aristófanes en su obra "las avispas"⁽⁴⁴⁾ nos menciona esta situación, diciendo: Bdelicleonte.-(hijo de Filocleonte) ¿No te das cuenta de que eres hazmerreír de la gente ésa, ante la cual casi te postras en acatamiento? Sin darte cuenta eres un esclavo. Filocleonte.-(juez) ¿Esclavo yo? ¡Si a todo el mundo yo gobierno! Bdelicleonte.- ¡No, señor! tú lo sirves creyendo gobernarlo.

Para Jellinek, "toda unidad de fines en los hombres necesita la dirección de una voluntad. Esta voluntad, que ha de cuidar de los fines comunes de la asociación, que ha de ordenar y ha de dirigir la ejecución de sus ordenamientos es precisamente el poder de la asociación. Por esto, toda asociación, por escasa fuerza interna que posea tiene un poder peculiar que - aparece como una unidad distinta de la de sus miembros."⁽⁴⁵⁾

(44) Aristófanes. Las Once Comedias, 10ª Edic., México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1983. Pág. 111. Cfr.

(45) Jellinek, op. cit., p. 320.

Es de observarse que para Jellinek, el poder, es la dirección de una voluntad en la unidad de asociación encaminada a llevar a cabo el bien común.

Mientras que para Heller "el poder del Estado tiene que ser, desde el punto de vista del Derecho, el poder político supremo, y desde el punto de vista del poder, el poder político normalmente más fuerte, dentro de su territorio, pues de lo contrario no será soberano ni poder del Estado."⁽⁴⁶⁾

Para este autor, el poder es siempre legal, en la medida en que el Estado crea al Derecho, siendo el Derecho quien legaliza el poder.

La misma concepción tiene Francisco Ayala, al decir: "Poder y orden jurídico dentro de una sociedad son conceptos recíprocos, - el Derecho organiza y confirma, justifica el poder y a la vez éste le da - su apoyo, su fuerza."⁽⁴⁷⁾

De lo que se desprende que el poder juega un papel muy importante, - que nosotros llamaríamos decisivo, de capital importancia, ya que es el poder quien dará forma y estilo tanto al pueblo como al territorio de un Estado, en sus necesarias y complejas relaciones de hombre-naturaleza (pueblo-territorio), y de hombre-hombre (gobernante-gobernado, burgues-proletario etc.), es decir, en cuanto a las fuerzas productivas y a las relaciones sociales de producción de un modo de producción determinado, al cual - se le llama matriz económica, siendo esta la infraestructura sobre la cual se levanta la superestructura social, donde se sitúa la instancia jurídico-política, que es donde ubicamos al Estado y al Derecho como organización e institución sociales, en donde el Estado debe crear al Derecho para después sujetarse a él.

d) Derecho Positivo

(46) Heller, op. cit., p. 265.

(47) Cit. por Sánchez Azcona, Jorge. Derecho, Poder y Marxismo. México, - D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1970. Pág. 64. Cfr.

Aunado al concepto de poder, encontramos al der-cho positivo, que vendrá a ser la justificación de aquel ante la sociedad. El poder como elemento necesario y real dentro del Estado, necesita de ciertos medios coactivos para poder imponerse, o de lo contrario éste será una mera ficción. -- Porque surgirían grupos con un poder suficiente, como para prevaler sobre el del Estado, es decir, sobre el poder político supremo, como decía - Heller.

Al Estado para poder mantener su calidad de órgano de dominación, le es necesario contar primeramente con el monopolio del poder y en consecuencia con la facultad de creación del Derecho, para garantizar la conviven-cia en sociedad, por lo que se hace necesario la expedición de una serie - de leyes, reglamentos, decretos, etc., encaminados a amortiguar el choque-de intereses entre las clases sociales, y a los cuales se les denomina Der-cho Positivo.

El poder del Estado, materializado en la coacción física, necesita estar legitimado en un orden jurídico vigente; precisamente para reglamentar esa fuerza pública, surge el Derecho. Para poder saber que es el Derecho - Positivo, se hace necesario definir primeramente al Derecho en general, para después saber que es positivo.

El Derecho ha recibido infinidad de definiciones, incluso algunos pensadores ⁽⁴⁸⁾ dicen que es indefinible, pero para nuestro estudio, se hace necesario dar una definición atendiendo a sus notas características que le distinguen de otras reglas. Y así podemos decir, que el Derecho es el conjunto de normas bilaterales, exteriores, heterónomas y coercibles encaminadas a regular la conducta del hombre.

El Derecho entendido así, o sea, como conjunto de normas, es el Dere-cho Objetivo, es decir, aquel que además de conceder facultades impone de-beres. Existiendo otra u otras personas facultadas para exigir dichos debe

(48) Fritz Schreier y Gabriel García Rojas, entre otros. Cita. por García Maynez, op. cit., p. 3. Cfr.

res, en este aspecto el Derecho será Subjetivo. Entonces el "Derecho Objetivo es la norma o conjunto de normas imperativo-atributivas que a la par que imponen deberes a uno o algunos sujetos, conceden facultades a otra u otras personas."⁽⁴⁹⁾ En consecuencia "según la opinión más generalizada, - el Derecho Positivo es el Derecho Objetivo vigente."⁽⁵⁰⁾

Precisamente este Derecho Positivo será quien en la práctica no sólo organice, legalice y justifique al poder, sino que a su vez le da forma y estilo, diciendo cuándo, cómo y por qué ha de ser ejercido. Por lo que "un complejo de relaciones sociales organizadas sistemáticamente en unidad de poder se convierte en un complejo de relaciones jurídicas ordenadas sistemáticamente en una unidad de ordenación derivado de la Constitución positiva."⁽⁵¹⁾

A este mismo respecto podemos decir que "el orden jurídico positivo - representa un medio institucionalizado de control, consolida y ordena a la comunidad, evitando la destructividad de la cultura por la agresividad del hombre."⁽⁵²⁾ Al mismo tiempo que evita la destrucción del propio hombre, - como ente natural y de creación, es decir, como ente racional y libre capaz de transformar la naturaleza para su propio beneficio, pudiendo en un momento dado no sólo transformar, sino extinguir al Estado en cierto momento de la evolución de la humanidad.

En consecuencia el poder es primeramente una cuestión de hecho para después convertirse en una cuestión de Derecho, porque "para que un conjunto de normas jurídicas vigentes en una época y en un lugar determinado se cumplan por los miembros de la comunidad sobre la que se imponen, se requiere que estén apoyadas en un poder social. Poder social que es la objetivación de las fuerzas sociales que hacen nacer ese orden jurídico."⁽⁵³⁾

(49) Ortíz-Urquidí, Raúl. Derecho Civil. México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., - 1977. Pág. 63.

(50) *Ibid.*, p. 65.

(51) Heller, *op. cit.*, p. 261.

(52) Sánchez Azcona, *op. cit.*, p. 64.

(53) *Ibid.*, p. 73.

El Derecho Positivo no solo tendrá que ver con el poder, sino también con el pueblo y el territorio, porque según analizaremos en capítulos posteriores, el Derecho será el que garantice el ámbito de validez del orden-jurídico estatal en todos y cada uno de ellos como elementos constitutivos del Estado.

CAPITULO II

JUSTIFICACION DEL ESTADO

CAPITULO II

JUSTIFICACION DEL ESTADO

Al haber estudiado en páginas anteriores; qué es el Estado y sus elementos constitutivos, nos situamos en el mundo del ser del Estado para conocer su estructura, esto es, lo observamos como ente real de conocimiento, como realidad presente en su momento, vimos lo que es el Estado, es decir, como una cuestión de hecho. Toca ahora por lo tanto ubicarnos en el plano del deber ser del Estado, es decir, en una cuestión de derecho, para cuestionarnos precisamente ¿por qué debe existir el Estado? si es que debe --- existir, y hasta que momento determinado de la evolución de la humanidad, por lo que presupone adentrarnos en la filosofía política, particularmente en la ética, para hablar de la justificación e legitimación del Estado.

Antes del siglo XIX no se planteó abiertamente el problema de la justificación del Estado, sino que se aceptaba como necesario para la sociedad, esto es, su poder político y su legitimidad, pero a partir de este siglo las corrientes socialistas y anarquistas comenzaron a poner en tela de juicio estas cuestiones.

Así tenemos que el problema de la justificación va encaminado al elemento capital del Estado, que es el poder, y sobre el cual gira todo el -- tratamiento del problema.

2.1. ASPECTO FILOSOFICO

Al ser el Estado una creación del ser humano, éste se convierte en un ente de cultura, esto es, en algo trascendente, en cultura objetiva, como consecuencia de la proyección del espíritu humano hacia el exterior, para transformar la naturaleza en función de valores, como se explicó en el capítulo I de este trabajo, así la mayor parte de los tratadistas hablan de encarnación de valores por parte del Estado, sin duda están refiriéndose a la legitimación normativa (ética); que sería la aprobación crítica del po-

der del Estado, o a una legitimación sociológica, es decir, a un consenso-real por parte de los hombres, en consecuencia "... la legitimidad encierra por un lado un conjunto de normas de derecho, y por otro un sentimiento de aceptación hacia las mismas...", (1) ya que el hombre es esencialmente utópico, como dice Heller, porque es capaz de contraponer al ser un deber-ser y valorar el poder actual según la idea de derecho que se tenga, por lo que la humanidad se ha propuesto otorgar, buscar valores a la actividad del Estado.

Necesitamos saber primeramente que es el valor, para después referirnos a los valores del Estado. Podemos empezar diciendo que "un valor es un ser en cuanto se relaciona adecuadamente con otro ser", (2) es decir, el valor no se encuentra propiamente ni en la cosa aisladamente considerada, ni en el sujeto que la aprecia, sino en la relación esencial y necesaria entre una y otro, teniendo con ello el valor, la propiedad de ser objetivo, en cuanto tiene cualidades que se adecuan con otro ser, independientemente de que se conozca o no, esto quiere decir que no guarda relaciones de adecuación con la voluntad del hombre; es bipolar, porque siendo los objetos reales, siempre son valiosos positivamente y cuando no poseen una relación de adecuación con otro ser, se dice que tiene un valor negativo, es trascendente, esto es, guarda una relación imperfecta respecto a un valor absoluto, porque los valores absolutos no existen, ya que las cosas tienen valor pero no son el valor mismo, por lo que la trascendentalidad es proyectada-hacia el futuro en horizontes, valga la redundancia, trascendentes, es jerarquizable, porque todos los valores están adecuados más o menos perfectamente con el hombre, ocupando un rango de mayor o menor importancia, según sea el caso, tomando como punto de referencia la naturaleza humana.*

Seguindo los lineamientos de Gutiérrez Sáenz se considera que al valorar un objeto, se le está comparando con otro que servirá como medida -

(1) Sánchez Azcona, Jorge. Normatividad Social, 2o. Edic., México, D.F., - UNAM, 1983. Pág. 83.

(2) Gutiérrez Sáenz, Raúl. Introducción a la Etica, 18ª Edic., México, D.F., Ed. Esfinge, S.A. de C.V., 1986. Pág. 108.

(* Gutiérrez Sáenz, op. cit., pp. 105-108. Cfr.

o patrón básico, y siendo el Estado un ser que tiene y debe relacionarse - adecuadamente con otro ser que es el hombre, se está cuestionando por un lado a esta organización y por el otro, no le está tratando de justificar-axiológicamente, por lo que en la actualidad, el Derecho y el Estado al -- ser realidades que encarnan valores, solamente se justificarán en la medida en que los realicen.

Siendo el hombre el detector de la relación entre los dos entes a que nos referimos en la definición de valor de Gutiérrez Sáenz que hicimos --- nuestra, y el ente alrededor del cual gira toda la actividad del Estado, - será al que se encaminen todos los recursos con que tiene y debe de contar el Estado; como son los que pueden brindar la ciencia, la técnica, la economía, el derecho, las artes etc., para la realización de su fin a saber, - el bien común, por tanto deberá existir una adecuada relación entre estos-recursos y su finalidad, para poder hablar de valores pragmáticos, utilitarios y poder alcanzar una justificación de base, es decir, el primer -- peldaño en la escala axiológica.

Otro valor de mayor jerarquía, sería el "orden jurídico" a que debe - aspirar todo Estado, pero un orden jurídico justo, y precisamente aquí nos encontramos con un relativismo al considerar a los valores como manifestaciones subjetivas de las personas, ya que para nosotros lo que podría ser justo para otros no. Al respecto Kelsen afirma "un orden jurídico es justo cuando regula la conducta de los hombres de una manera tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad... Si la justicia es la felicidad, es imposible que exista un orden social justo, si por justicia se entiende la felicidad individual; sino que debe ser la mayor felicidad posible al mayor número posible".⁽³⁾

En nuestra opinión, la justicia la ubicamos en la cúspide social, particularmente en la instancia jurídico-política, que comprende el conjunto de organizaciones e instituciones sociales como son el Estado y el Derecho.

(3) Sánchez Azcona, op. cit., p. 84.

Dándole al Estado el carácter de justo, intenta lograr dos valores humanos de trascendente importancia en la vida social: el orden y la paz, - que llevados a cabo, están enfocados hacia un fin que es el bien común, - traducido como el conjunto de condiciones materiales y espirituales para el pleno desarrollo del ser humano, considerado tanto en su aspecto individual como de manera colectiva, siendo el bien común el supremo valor en la escala axiológica política, por lo que Estado y Derecho deben coincidir en estos objetivos supremos.

Hasta aquí hemos abordado los valores políticos del Estado los cuales se encuentran estrechamente vinculados con los valores específicamente jurídicos del mismo, y que en opinión del maestro Recasón Siches una estimativa jurídica al abordarlos, tendría las siguientes tareas principales: -- entre otras- "En primer lugar, determinar los valores supremos que en todo caso deben inspirar al Derecho, los valores que dan lugar a normas ideales de carácter general, aplicables a todo caso y situación.

En segundo lugar, averiguar qué otros valores pueden y deben normar - la elaboración del Derecho en determinados casos,...".⁽⁴⁾

Como es de observarse la estimativa jurídica y la política son inseparables, es más, están encaminadas hacia el mismo objetivo: el bien común.

Siempre que se hace la relación de los valores políticos y jurídicos - con el ser humano, se está destacando los fines últimos del Estado, y si éstos se cumplen, es decir, son útiles para la sociedad, en dicha utilidad radicará el valor de los mismos. En consecuencia podemos decir que el Estado, no es un fin en sí mismo, sino por el contrario, es un medio para el cumplimiento de fines más altos, como el bienestar común de la sociedad en su conjunto. El Estado debe estar al servicio del hombre mientras subsista, ya que en dicha finalidad radicará su "utilidad".

(4) González Uribe, Héctor. Teoría Política, 3ª Edic., México, D.F., Ed. - Porrúa, S.A., 1980. Pág. 509.

2.2. TEORIAS ETICAS.

Las teorías éticas, afirman que la justificación del Estado únicamente puede ser moral, y dado que de lo que se trata es de justificar, este fenómeno no puede ser examinado por una ciencia avalerativa. En las teorías teológico-religiosas fué examinado ya de una manera implícita esta cuestión, al estudiarse que el Estado se funda en la voluntad divina, existiendo una obligación moral del individuo para reconocerlo. Las teorías éticas que tratan de justificar al Estado, incluyendo las psicológicas, se ocupan de explicar el por qué y el cómo existe en realidad el poder del Estado, de demostrar que dicho poder es legítimo, y tratan de demostrar que el Estado es racional y moralmente necesario. "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".⁽⁵⁾

Para introducirnos en la ética, diremos que esta palabra viene del griego "ethos", que significa costumbre. Igual significado tiene la moral, que viene del latín: "mos", "moris". La ética "es una ciencia práctica y normativa que estudia racionalmente la bondad y maldad de los actos humanos",⁽⁶⁾ por lo que la moral viene a ser el objeto de estudio de la ética.

Es de observarse que el método de la ética es el uso de la razón, en la cual se basa el eticismo-racionalista para encontrar el fundamento de la moral, por consiguiente afirma que ésta puede ser encontrada a través de la razón, por lo que el hombre mismo actúa como origen y fuente de la moral. En esta corriente encontramos a Platón y Aristóteles para quienes el Estado -la polis- se justifica en la naturaleza social del hombre y, sólo en la comunidad desarrolla plenamente su personalidad. Aristóteles sostiene en su obra La Política; que el hombre es por naturaleza un ser social -zoon politikon- y sólo en sociedad puede el hombre desarrollar su

(5) Zippelius, Reinhold. Teoría General del Estado. México, D.F., UNAM, -- 1985. Pág. 126.

(6) Gutiérrez Sáenz, op. cit., p. 23.

plenitud integramente, en consecuencia "el Estado se justifica por ser el medio insustituible de alcanzar la perfección individual, en el grado en que contribuya a este fin, puesto que existe para satisfacer las necesidades intelectuales y morales de los hombres".⁽⁷⁾

De igual pensamiento eran los estoicos, los cuales siguen en parte -- las ideas de Aristóteles, para ellos la felicidad del hombre depende de la razón. Entre esta corriente encontramos a su fundador Zenón de Citio, Séneca, el emperador Marco Aurelio, Posidonio y Epicteto, esteico romano que decía "nuestro bien y nuestro mal no existen más que en nuestra voluntad".⁽⁸⁾

Antes de seguir tratando la corriente ético-racionalista, abriremos un paréntesis para sólo mencionar la contraposición a esta tendencia, que es la postura ético-religiosa tratada en las teorías teológico-religiosas de este capítulo. "Para el eticismo-religioso el hombre existe por la voluntad de Dios"⁽⁹⁾ en consecuencia "Estado y autoridad -poder- existen por la voluntad divina, que obliga a los hombres a aceptarlos".⁽¹⁰⁾ Para San Agustín el Estado "se justificará cuando a su vez cumpla los mandamientos-divinos",⁽¹¹⁾ los cuales se encuentran en la dogmática y moral de la religión, por consiguiente el fin del Estado -la ciudad de los hombres- es procurar la realización en la tierra de la Ciudad de Dios. Dentro de este pensamiento se encuentran Santo Tomás, Bonifacio, Jacobo Benigno Bossuet, Federico J. Stahl, Von Mühlher entre muchos otros.

Para Hobbes, el Estado nace como una necesidad de organización de -- los hombres para proteger y defender sus derechos individuales por los ataques de los demás hombres, justificándose éste en tanto proteja tales derechos. Por lo tanto el hombre debe sujetarse a la ley, para realizar sus --

(7) Rivera Pérez Campos, José. La Justificación del Estado. México, D.F., - UNAM, 1931. Pág. 99.

(8) Zea, Leopoldo. Introducción a la Filosofía, 9ª Edic., México, D.F., -- UNAM, 1983. Pág. 138.

(9) Rivera Pérez, op. cit., p. 97.

(10) Loc. cit.

(11) Loc. cit.

preceptos morales, ya que ésta garantiza la protección y defensa de sus derechos, por lo que se podría decir que para Hobbes la moral es sujetarse a un Estado absolutista.

En Cristián Wolff, el Estado se justifica en la medida que este aparece por la necesidad que tiene el hombre de alcanzar su perfeccionamiento ético, teniendo entre sus fines fomentar el bienestar individual.

Para Immanuel Kant, el Estado "es una sociedad de hombres sobre la cual nadie, sino ella misma, puede mandar y disponer",⁽¹²⁾ es el concepto de ley jurídica como imperativo categórico, es decir, como mandato absoluto sin subordinarla a ninguna otra cosa, que no sea la razón humana.

Fichte con su concepción metafísica del Estado nos dice, que este no es un fin en sí mismo, sino un medio que sirve para la creación de una sociedad perfecta, siendo la perfección la unidad en la razón, reconocida como juez supremo en vez de la fuerza o la astucia, "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".⁽¹³⁾

En el pensamiento de Hegel "el verdadero Estado es algo transpersonal, es espíritu objetivo, es la realidad de la idea moral y su fin es el interés general como tal",⁽¹⁴⁾ ya que el hombre sólo alcanza su realidad espiritual y su perfección moral en el Estado, por lo que Hegel lleva al Estado a su máxima valoración moral en el campo de la filosofía idealista, la cual Carlos Marx invertirá, pretendiendo romper con esas falsas formas de trascender lo humano llamadas espíritu o cultura, afirmando que "no es la conciencia la que determina la vida, sino la vida lo que determina la conciencia",⁽¹⁵⁾ en consecuencia Dios no existe, el fundamento o base para --

(12) Zippelius, op. cit., p. 119.

(13) Ibíd., p. 147.

(14) Ibíd., p. 267.

(15) Zea, op. cit., p. 251.

distinguir lo bueno y lo malo es la fidelidad al comunismo, la burguesía - y los capitalistas constituyen la mancha moral de la humanidad, la justicia social es el ideal y mística del partido, la moral es una forma de la conciencia social, y por tanto, depende de las relaciones económico-sociales de la época.

Podemos concluir diciendo; la ética es una ciencia que estudia lo normal del derecho, esto es, lo que debe realizarse, en consecuencia rechaza lo normal de hecho, es decir, lo que suele acontecer y, dado que el Estado es un ente real de conocimiento presente en su momento, lo ubicamos en el plano del ser, o sea, en lo normal de hecho, dado que a partir de su surgimiento en la sociedad, éste ha venido subsistiendo hasta nuestros días como un hecho de fuerza, independientemente de sus fines que debe cumplir. - "Debido a que el hombre es esencialmente "utópico", es decir, porque es capaz de contraponer el ser un deber ser...",⁽¹⁶⁾ este, a través de las distintas sociedades que han existido, ha tratado de justificar al Estado, -- contraponiéndole a su ser un deber ser, con lo que cada tratadista justifica a la organización política de acuerdo con su personal criterio ético, - desprendiéndose con esto que la moral no puede ser la misma en la sociedad esclavista que en la sociedad capitalista por ejemplo, porque esta depende de las relaciones socioeconómicas de la época, ya que siempre ha existido una moral dominante que es la de los opresores y otra no dominante que es la de los oprimidos, por lo tanto siendo la moral algo subjetivo, ésta es dialécticamente distinta en la historia.

(16) Heller, Hermann. Teoría del Estado, 11ª Edic., México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1985. Pág. 239.

2.3. POSICION TEOLOGICO-RELIGIOSA.

Esta posición es quizás la más antigua en el pensamiento del hombre - y por lo tanto la más obsoleta, en la medida en que el hombre al no poder explicarse objetivamente los fenómenos que observaba tanto sociales como de otra índole, se los atribuyó a un mito, a una deidad, situación que no puede ser posible hoy en día, naciendo con ello la mitología que en los -- griegos tomaría una importancia relevante.

Las palabras del gran político y orador griego Demóstenes (-384 a --- -322), recogidas en el Digesto acerca de este tema decían "hay que prestar obediencia a la ley por ser obra y don de Dios".⁽¹⁷⁾ Con lo que se observa que en esta época y hasta la Edad Media, el pensamiento humano estuvo im-- pregnado de una profunda religiosidad en la vida de los hombres.

La justificación religiosa del Estado, cobró mayor fuerza con el adve-- nimiento del cristianismo, en donde un ser omnipotente, todopoderoso y so-- bre natural llamado Dios, sería considerado como principio y fin de todas-- las cosas, como creador del mundo, en donde este sería concebido como el - legislador supremo, del cual dependerían todos los gobernantes y sus leyes.

El mejor ejemplo de esto lo encontramos en el Antiguo Testamento de - la Biblia, en donde en el libro primero de Moisés comúnmente llamado el Gé-- nesis, nos dice en su capítulo I, versículo I "En el principio crió Dios-- los cielos y la tierra" y en proverbios 8, 15 y 16 "Por mí reinan los re-- yes, y los príncipes determinan justicia. Por mí dominan los príncipes, y-- todos los gobernadores juzgan la tierra."

Según el maestro Héctor González Uribe en su obra Teoría Política pá-- gina 469, dice que Cristo estableció dos grandes principios de la doctrina-- cristiana del poder público: el del origen divino de la autoridad y la se-- paración y autonomía del poder espiritual y del temporal, esto es, el pe-- der de los hombres. Como ejemplo de esto, nos comenta cuando Cristo se en--

(17) González Uribe, op. cit., p. 469.

contraba frente a Poncio Pilatos para ser juzgado, y le decía a este, que tenía potestad para crucificarlo o para soltarlo a lo que Jesús respondió: "ninguna potestad tendréis contra mí, si no te fuese dado de arriba" (Juan-19,II).

A este mismo respecto en San Mateo capítulo 22 versículo 16-21, se narra cuando los herodianos acompañados de discípulos de los fariseos se acercaron al maestro, como era llamado, para preguntarle si era lícito dar tributo al César o no, a lo que Jesús respondió "¿Por qué me tentáis, hipócritas? mostradme la moneda del tributo. Y ellos le presentaron un denario. Entonces les dice: ¿Cúya es esta figura, y lo que está encima escrito? Dícenle: De César. Y díceles: pagad pues a César lo que es de César, y a Dios lo que es de Dios."

No obstante la supuesta separación de lo espiritual y lo temporal, se observa que toda la trama, tanto de Pilatos como la del tributo del César gira alrededor y tiene su origen en ese ser al que la mayor parte del planeta todavía hoy en día le rinde tributos, honores, cantos y un sin número de cosas, Dios.

Otro personaje que vendrá a afirmar el origen divino del poder del Estado reafirmando lo dicho tanto por el Antiguo Testamento como por Jesucristo es precisamente San Pablo, quien en su Epístola a los Romanos capítulo 13 versículo I sostendrá lo siguiente: "Toda alma se someta a las potestades superiores; porque no hay potestad sino de Dios; y las que son, de Dios son ordenadas." Por nuestra parte diremos uniéndonos a Heller, que estas frases bíblicas al referir todo poder a Dios, como fundamento primario sobre todo valor de las cosas que existen, lo están justificando todo y por eso cabalmente no justifican nada.

Posteriormente con el pensamiento de la Iglesia Católica Apostólica y Romana representada por sus diversos pensadores, se influyó en el pensamiento político de los hombres en los siglos venideros. Entre los exposito

(*) Heller, op. cit., p. 236.

res más sobresalientes destaca por ejemplo el padre y Doctor de la Iglesia griega San Juan Crisóstomo (h. 344-407) quien además de afirmar que el poder del Estado es de origen divino, decía que " el Estado es también para él un mal necesario a causa del pecado". (18)

Por otra parte, su contemporáneo San Agustín en su obra La Ciudad de Dios, que es el fundamento de la visión cristiana de la historia, nos dice, "aprendamos lo que dijo -se refiere a Jesucristo- que es lo mismo que enseñó por el Apóstol, a saber, que no hay potestad sino de Dios" y "no atribuyamos sino a Dios verdadero la potestad de dar el reino y el imperio". (19)

A este respecto se ha afirmado que la doctrina de San Agustín ha descansado en la oposición entre el Estado y la Iglesia, al afirmarse que --- "San Agustín opone la Civitas Dei a la Civitas Terrena, la cual no es idéntica al Estado que en la historia nos es dado, pero sigue sus huellas, y explica este estado terrestre como una consecuencia necesaria de la caída en el pecado. Tiene, pues, el Estado el valor de una obra del mal que había de recibir al final de los tiempos el pago del pecado. No es este Estado terrestre hijo de Dios, sino hijo del demonio, y por consiguiente, la doctrina del origen divino de la autoridad se encuentra en oposición con ella". (20)

González Uribe rechaza esta interpretación, ya que dice "es inexacto, fruto de una confusión en las ideas y de una interpretación torcida de los textos agustinianos y de la mente del gran teólogo". (21)

En la filosofía política de Santo Tomás de Aquino, (1225-1274) nos encontramos con que si el Estado constituye un producto de la naturaleza, y

(18) Jellinek, Georg. Teoría General del Estado. Tr. Fernando de los Ríos. Buenos Aires, Ed. Albatros, 1981. Pág. 139.

(19) González Uribe, op. cit., p. 470.

(20) Jellinek, op. cit., p. 139.

(21) González Uribe, op. cit., p. 470.

(*) Galán Gutiérrez, Eustaquio. La Filosofía Política de Santo Tomás de Aquino. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1945. Pág. 13.

por consiguiente su poder de dominación: puesto que todo lo que es natural procede de Dios, entonces, el Estado es en definitiva obra divina. Diciendo además que la Iglesia y el Estado son sociedades perfectas, y por lo tanto, autónomas en su orden, siguiendo la pauta establecida por Jesús en su diálogo con Pilatos.

Jacques-Bénigne Bossuet (1627-1704), obispo francés, "prueba apoyando se en la Sagrada Escritura, que la mejor forma del Estado, la preferida -- por Dios, es aquella según la cual los reyes son los representantes de Dios, y su trono, el trono de Dios mismo". (22)

En la actualidad, estas teorías siguen prevaleciendo por todos aquellos seguidores del opio de los pueblos, que es la religión, como decía -- Marx, por lo que nosotros criticando junto con Rousseau "el valor científico de todo ensayo que trate de apoyar una forma determinada del Estado en la voluntad divina, al decir que si todo poder viene de Dios, también toda enfermedad tiene que ser enviada por el Altísimo. ¿Se debe por ésto -- prohibir el acudir al médico?" (23)

Junto con Jellinek diremos que a estas doctrinas teológico-religiosas les falta el objetivo práctico de una justificación del Estado.

(22) Jellinek, op. cit., p. 141.

(23) Rousseau, Juan Jacobo. El Contrato Social. México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1979. Pág. 5

2.4. LA TEORIA DEL CONTRATO.

Toca ahora estudiar la doctrina que considera al contrato como el fundamento jurídico del Estado, esto es, que su poder es producto de la unión contractual de los hombres, es decir, se origina y descansa en un acuerdo de voluntades entre los hombres.

En la concepción religiosa judeo-cristiana se explica y se trata de legitimar el poder del Estado en la historia del pueblo de Israel, que en sus orígenes tal como lo anota el Antiguo Testamento y principalmente en la Torá, existió una alianza con Jehová (Yahveh), y el pueblo escogido, al rededor de la cual, giraría su vida como pueblo. Como ejemplo podemos citar cuando las tribus de Israel llegaron a David, en Hebrón, y lo designaron Rey. "Vinieron pues todos los ancianos de Israel al rey en Hebrón, y el rey David hizo con ellos alianza en Hebrón delante de Jehová; y ungiéron a David por rey sobre Israel", (II Samuel, 5,3). Otros ejemplos serían los que podemos encontrar en Josué 3, 4 y 24, Jueces II, I Reyes 23,1-3, - Crónicas 23,16. La teoría contractual también se observa en el Nuevo Testamento.

En la filosofía griega encontramos la noción de contrato utilizada -- tanto para explicar el origen del Estado como para justificar su poder. -- Protágoras por ejemplo, dice que "el origen de los Estados fué una reunión de hombres, libres hasta aquel momento",⁽²⁴⁾ por su parte Platón atribuye a los sofistas la doctrina de que el origen del Estado se debió a que "mediante una inteligencia voluntaria se han agrupado los hombres para protegerse contra la injusticia".⁽²⁵⁾

En los epicúreos encontramos la elaboración de una concepción mecánico-atomística de la sociedad, por lo que consideraron al Estado como formado por el contrato entre los átomos sociales, es decir, los individuos, -- con el fin de defenderse unos de otros.

(24) Jellinek, op. cit., p. 150.

(25) Loc. cit.

También en el Derecho Romano encontramos la noción del contrato en -- donde en la Lex Regia de Ulpiano, se justifica al Estado de manera jurídica, señalándose que la fuente de poder del emperador es el traspaso de derechos hecha por el pueblo.

Tanto el Derecho Romano como la Biblia tuvieron influencia durante la Edad Media para fundamentar la doctrina del contrato. Las ideas del Derecho Romano, fueron aplicadas en las variadas formaciones corporativas del Derecho Germánico, así como en las relaciones feudales de vasallaje y señoría, también sirvieron de punto de apoyo para la doctrina contractual acerca de los orígenes del poder temporal. Estando la Edad Media impregnada de una profunda religiosidad, se habla de un contractualismo derivado y originario, considerando que ya estando originado el Estado por las fuerzas propias de la naturaleza racional humana, se constituye su poder por virtud de un pacto de sujeción entre los súbditos y los gobernantes, esto es, de la constitución del Estado, mediante un pacto de sujeción, a través del cual, no se constituía al "populus" sino al "rex", al gobernante. En consecuencia no se habla de la creación primaria de los Estados, sino de constitución del poder de mando en los mismos.

Las ideas medievales fueron sustituidas por el pensamiento político moderno del contractualismo originario, considerando que el Estado y su poder se originan por el contrato, sus principales expositores fueron Hobbes, Locke y Rousseau.

Thomas Hobbes (1588-1679), uno de los primeros materialistas entre los ingleses, basado en la concepción mecánico naturalística y en la filosofía epicúrea, afirma que sustancia y cuerpo son una misma cosa y que el hombre es un mero cuerpo que tiende a su propia conservación, por lo que el hombre es esencialmente egoísta y lo que busca es su propia utilidad. Sostiene que la sociedad es un ser artificial creado por la unión de los individuos que son los átomos sociales.

Para T. Hobbes, la justificación del Estado presupone la existencia de un estado de naturaleza de los hombres, en donde estos se protejan así

mismos de los demás hombres a través de la fuerza o por la astucia, ya que el hombre es egoísta por naturaleza por lo que "todo ello pone de manifiesto que mientras los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en estado de guerra de todos contra todos". (26)

Por estos motivos y además por el temor a la muerte y el deseo de las cosas que les son necesarias para una vida confortable, tratan los hombres de buscar la paz por mutuo consenso, o sea, a través de un contrato para "conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres", (27) manifestando cada hombre: "autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho a gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferáis a él vuestro derecho, y autoricéis todos vuestros actos de la misma manera", (28) creando con esto al Estado, el gran Leviatán (cfr. Job 41), el dios mortal, naciendo con este, el soberano y el súbdito por lo que se convierte en Estado político o por institución.

El filósofo inglés John Locke (1632-1704) autor de "Dos Tratados sobre el Gobierno" se ubica en la corriente ius naturalista del racionalismo y en la posición contractualista, diferente al de Hobbes; la democracia constitucional, afirma que el gobierno radica en el consentimiento del pueblo, ya que afirma que el poder es un atributo de la comunidad, y no un privilegio de los gobernantes. Existiendo la posibilidad del derecho de resistencia, para destituir a los gobernantes que abusan del poder, en virtud de que "la comunidad retiene perpetuamente el supremo poder en el Estado". (29)

También Locke habla de un primitivo "estado de naturaleza" donde el hombre se encuentra en absoluta libertad, teniendo como límite la ley de la razón, por lo que en tal estado se cometían injusticias, por tal motivo, al hombre le fue necesario crear a través de un acuerdo de voluntades, una

(26) Hobbes, Thomas. Leviatán. México, D.F., Ed. Publicaciones Cruz O. S. A., 1981. Pág. 9.

(27) *Ibid.*, p. 20.

(28) *Loc. cit.*

(29) Zippelius, *op. cit.*, p. 136.

sociedad política investida con poder suficiente para preservar los derechos fundamentales de los hombres, como son la vida, la libertad y la propiedad, en la medida necesaria y no de manera absoluta como proponía Hobbes. Con esto podemos decir que Locke racionaliza tanto el contenido como los efectos del contrato, porque la renuncia que hacen los individuos de sus derechos para transferir su poder al Estado, no es ilimitada, sino sólo en cuanto es necesario para el bien común.

El pensador suizo Juan Jacobo Rousseau (1712-1778), en su obra el --- "Contrato Social" nos dice que "el hombre ha nacido libre, y sin embargo, vive en todas partes entre cadenas",⁽³⁰⁾ y lo que importa investigar no es cómo sucedió esto, sino cómo puede justificarse. Rousseau tiene un concepto diferente del "estado de naturaleza" del que tenían Hobbes y Locke. Sólo cuando los hombres reflexionaron y comenzaron a transformar al mundo, nació el cultivo de la tierra y la división del trabajo; en consecuencia la propiedad y la desigualdad entre los hombres, perdiendo con esto su libertad, ya que anteriormente el hombre vivía en una situación "presocial", vivía libremente en armonía con la naturaleza, como un "buen salvaje".

Para recuperar la libertad perdida, se hizo necesario "encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por lo cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes",⁽³¹⁾ creándose con esto el Estado a través de un Contrato Social, con sus respectivas cláusulas, "estas cláusulas, bien estudiadas, se reducen a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, porque, primeramente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; y siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás".⁽³²⁾ Se aprecia que a diferencia de Hobbes el poder no se transmite a un hombre o asamblea de hombres, sino a la comunidad entera, ya que según Rousseau la voluntad gene-

(30) Rousseau, Juan Jacobo. El Contrato Social. tra. de Everardo Velarde. México, D.F., UNAM, 1962. Pág. 5.

(31) *Ibid.*, p. 20.

(32) *Ibid.*, p. 21.

ral es indelegable e indivisible, porque "cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo",⁽³³⁾ en tal supuesto "las leyes no son propiamente sino las condiciones de la asociación civil. El pueblo sumiso a las leyes, debe ser su autor; corresponde únicamente a los que se asocian arreglar las condiciones de la sociedad".⁽³⁴⁾

La teoría contractualista es sin duda el intento más serio e importante para justificar al Estado, ya que toman en cuenta el consentimiento humano para convivir en sociedad.

(33) Rousseau, op. cit., p. 22.

(34) *Ibid.*, p. 50.

2.5. DOCTRINAS JURIDICO-FORMALISTAS.

Siendo el bien común el fin último a que debe aspirar todo Estado, -- proporcionando a su población una serie de condiciones tendientes al desarrollo del ser humano, y siendo el Derecho el que garantice tales condiciones a través de un orden jurídico, se estará en presencia de una justificación de la comunidad política, es decir, en el plano de la ética, para emitir juicios valorativos con respecto a su posible justificación, y en la medida en que se cumpla dicho fin se estará más cerca o más lejos de este objetivo, por lo que intentar llevarlo a cabo equivale a un termómetro que marque que tan lejos o cerca se está, de poder hablar de una real justificación del Estado.

Como el Estado debe estar sujeto al Derecho, los problemas de aquél -- son meros problemas jurídicos, en consecuencia el problema de la justificación y fin del Estado, caen fuera del ámbito de la Teoría General del Estado, ya que la pureza metódica que exige la ciencia, pide que no se mencionen juicios valorativos, por lo que el solo planteamiento del problema de la justificación del Estado carece de significado y de importancia.

Tal es el pensamiento del formalismo jurídico, cuyos antecedentes con respecto a la creación, aplicación e interpretación del derecho se encuentran desde la antigüedad primeramente en "la revelación legal carismática a través de los profetas, magos o hechiceros",⁽³⁵⁾ ya que en esta época -- las reglas que servían para resolver los problemas no eran considerados como creaciones humanas, realizadas a través de un pacto, porque no se aceptaba que fuera posible la creación intencional y consciente de tales normas, estas se creía que se relacionaban con la voluntad de los dioses, las cuales se manifestaban a través de los profetas, en consecuencia el aplicar una de estas normas a un caso concreto, no se refería a una norma general, ya que estas no existían. Por tanto "las decisiones sobre cada situación concreta, pueden variar, cuando falten normas generales que regulen los casos concretos, entonces se considera irracional al derecho desde un

(35) Sánchez Azcona, op. cit., p. 55.

punto de vista material". (36)

Posteriormente se dió "la configuración del derecho por los notables-legistas al referirse a la tradición", (37) siendo todavía un derecho irracional, pero con la característica de ser formal, el legislador o el juez se guiará por normas no racionales, ya que "desde un punto de vista formal, se considera al derecho como irracional, cuando tanto en su creación como en su aplicación se emplean medios que no se controlan racionalmente..." - (38)

La Tradición es la etapa inicial del desarrollo del orden jurídico, - dado que al encontrarse ésta sumamente arraigada en una determinada comunidad, las decisiones que se tomen para resolver un caso concreto tienden a mantenerse, para aplicarse a los casos semejantes que se presenten con posterioridad.

En un principio los medios mágicos de prueba ejercieron una gran influencia, pero el prestigio de los magos, hechiceros y profetas fue decreciendo, cuando la tradición se fue imponiendo, y fue así como se designó a los más ancianos del grupo para interpretar dichas normas tradicionales. - Todavía en esta época no se puede distinguir con claridad entre norma objetiva y derecho subjetivo, ni se puede distinguir entre una acción de derecho civil y una de derecho penal, ya que toda falta era considerada como delito, pues se desconocían las obligaciones y los contratos, por lo que - una distinción entre derecho público y privado tampoco es posible hacerse.

Después surge "la imposición del derecho por los poderes seculares o teocráticos" (39) en donde "encontramos el carácter racional material del derecho cuando las "normas cuya dignidad cualitativa es diferente a las generalizaciones lógicas fundadas en interpretaciones abstractas, influyen en la decisión de los problemas jurídicos". Esto puede suceder cuando en -

(36) Sánchez Azcona, op. cit., p. 72.

(37) *Ibid.*, p. 55.

(38) *Ibid.*, p. 72.

(39) *Ibid.*, p. 55.

las decisiones particulares influyen normas de moral, convivencia, etc. -- Lo que permite independizarse del formalismo externo por un lado y de la - abstracción lógica por otro". (40)

En esta etapa de la normatividad jurídica, el legislador y el juez -- hacen referencia a un libro sagrado, a una ideología, o la voluntad política del conquistador, para aplicar o interpretar el derecho. El fenómeno social de la guerra vino a determinar que el derecho adquiriera un carácter laico y pudiera independizarse de la tradición y del pensamiento mágico, -- ya que el titular del imperium, esto es, el detentador del poder político -- de una comunidad, delegaba sus facultades de creación y aplicación del derecho en ciertos representantes --jueces-- que siempre trataron de eliminar -- a los personajes carismáticos del terreno jurídico, por lo que de esta manera el derecho llegó a asumir un carácter teocrático patrimonial.

Se pueda decir que el imperium, dió al derecho un carácter racional, -- pero de tipo material, es decir, buscara en la aplicación del orden jurídico no llegar a una sistemática racional del derecho y del procedimiento, -- sino a una solución práctica de acuerdo con el caso concreto.

"Cuando el derecho no toma de los hechos más que sus caracteres generales, estamos frente a un derecho formal racional", (41) es decir, que tanto en la creación como aplicación de la justicia, el derecho se basa en -- conceptos generales y abstractos, pero esto solamente se da una vez que -- las normas religiosas empiezan a separarse del derecho, lo cual fué impulsado con la aparición del derecho natural, el cual ejercerá una importante influencia sobre el derecho positivo.

La necesidad de querer conocer al derecho para darle el carácter de -- racional, hizo que los juristas influyeran en su creación para que junto -- con el poder del Estado, se abocaran a la aplicación del orden jurídico, -- para que cualquier solución que se de a dichos problemas jurídicos sea ra-

(40) Sánchez Azcona, op. cit., p. 72.

(41) Loc. cit.

cional. En consecuencia la elaboración sistemática del derecho y la administración profesional de justicia, es realizada por personas que reciben una formación académica legal, en forma lógica. (42)

Los máximos expositores del formalismo son; Immanuel Kant, Rodolfo -- Stammler, Hans Kelsen y Max Scheler. El formalismo " a priori" de Kant con siste en fundamentar la moralidad en un puro respeto al deber, esto es, -- que una persona al hacer algo, lo tiene que hacer con la intención de res petar ese deber, ya que no basta cumplir materialmente con el, sino motiva do por el puro respeto a dicho deber. En consecuencia, el nivel moral debe estar por encima de los bienes empíricos, en un plano puramente racional y a priori. Su ética formalista, rige precisamente la forma del acto, es decir, la intención o estructura interna, y no la materia del mismo, o sea, el objeto realizado externamente.

El criticismo kantiano reviste en los tiempos contemporáneos el aspe cto logicista, según lo llama Escasás Siches, (43) teniendo como a sus más importantes representantes a Stammler y a Kelsen.

Para Stammler el problema de la justificación del Estado radicará, en que éste debe estar sujeto al Derecho, pero no a un derecho cualquiera, si no a un derecho justo.

En el racionalismo se afirma que una ordenación normativa se basa en criterios transempíricos, mientras en el historicismo, el positivismo y na turalismo se aseguraba que existía una realidad social como magnitud efectiva, como dato histórico, que no podía ser substituida por construcciones de la razón. Por lo que el problema, consiste en indagar qué es lo que le corresponde a la razón y qué es lo que le compete a la historia para la -- elaboración de los programas jurídicos. Lo que le compete a la historia es suministrar en cada momento, la realidad de la vida social que se va a or denar, la cual no puede ser inventada ni construida por la mente. Le corres

(42) Sánchez Azcona, op. cit., p. 55. Cfr.

(43) Cit. por Sánchez Azcona, op. cit., p. 135. Cfr.

ponde a la razón ordenar aquella materia social, en consecuencia la justicia es un puro criterio formal, un mero principio ordenador de materiales contingentes y variables, históricos. La forma de la justicia, como idea racional, es única e invariable, a priori.

"La idea de la justicia es, pues, una idea pura, un método formal, para ordenar las finalidades sociales empíricas, concibiéndolas en la totalidad de sus posibilidades conforme a una armonía absoluta.

Hay, pues, una sola y única idea de justicia, con valor absoluto y universal, la cual, aplicada a los diversos contenidos de la vida social de los múltiples pueblos y momentos históricos, engendre ideales jurídicos diferentes. Cada uno de esos ideales, que tiene tan sólo un valer relativo... constituye lo que Stammler llama Derecho Justo. Puede haber y se puede pensar por consiguiente, en una cantidad ilimitada de Derechos Justos, al tenor del sinnúmero de circunstancias históricas a regular". (44)

En el tercer lustro de nuestro siglo, Max Scheler descubre la falla fundamental del formalismo ético Kantiano y del formalismo de la justicia de Stammler, según Scheler muestra que hay ideas y esencias materiales, es decir, repletas de contenido y que, sin embargo, tienen validez a priori, esto es, validez en sí y por sí; lo cual no deriva de la experiencia, y no se funda ni puede ser contradicha por ella. Scheler partiendo de la base fenomenológica, nos dice donde radica la falla tanto de Kant como de Stammler, siendo esta la de identificar lo a priori con lo formal y lo a posteriori con lo material, equiparándose la oposición formal material con la oposición a priori posteriori. La filosofía Kantiana consideró que lo que es absoluto, necesario, evidente, a priori, es forzosamente formal; y que lo material, esto es, lo que posee contenido, es siempre contingente, empírico, a posteriori. Esto, dice Scheler, es un gran error, que vicia todo el sistema, ya que nada tienen que ver el uno con el otro.

Hans Kelsen es la otra fuerte columna del logicismo jurídico, cuya po

(44) Rivera, op. cit., p. 457.

sión es netamente formalista. Para Kelsen el mundo del "deber ser" y el "ser" lo interpreta de la siguiente manera: "un orden normativo pierde su validez cuando la realidad deja de coincidir con él... La validez de un orden jurídico depende, pues, de su concordancia con la realidad, de su "eficacia". (45)

Para Kelsen el "deber ser" y el "ser", el derecho y la realidad natural, así como el sistema de las normas jurídicas y la conducta real de los hombres son dos reinos diferentes, y en la medida en que así se admita, podrá la realidad coincidir o no con el derecho y se podrá calificar el comportamiento humano como legal o ilegal.

El pensador austriaco concibe al Estado como un orden jurídico relativamente centralizado, y a sus tres elementos, como la validez de ese mismo orden, en donde la coacción juega un papel muy importante, en la medida en que el Estado al ser un orden de la conducta humana, una persona jurídica, con derechos y obligaciones, es a su vez la personificación de ese orden coactivo. Es el Estado quien produce al Derecho, en consecuencia es su fuente formal, por lo tanto, Estado y Derecho se identifican, mas no el derecho positivo con la justicia, sino que es el mismo orden coactivo con que el Estado cuenta. Se hace imposible entonces tratar de justificar al Estado mediante el Derecho, a través de la teoría tradicional del Estado de Derecho, ya que todo Estado es un orden jurídico, en donde no puede existir sin el derecho y viceversa, como resultado, Estado y Derecho no vienen a ser sino el duplicado lógico de una misma esencia, y por lo tanto son idénticos, de lo que se desprende que tratar de justificar al Estado, se reduce a justificar al Derecho.

(45) Kelsen, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, 2ª Edic., México, D.F., UNAM, 1983. Pág. 142.

2.6. TEORIAS MATERIALISTAS.

Esta doctrina también es conocida con el nombre de teoría naturalista, del poder, o teoría de la fuerza como la llama Jellinek, quien sostiene -- que "la teoría de la fuerza es como la forma materialista que se opone a la doctrina teológica".⁽⁴⁶⁾ Esta teoría ve al Estado como una necesidad física, es decir, como el dominio de los fuertes sobre los débiles fundada en una tendencia de la naturaleza, en donde para obedecer a ésta, es necesario someterse al más fuerte, considerándose legítimo y justo.

Reinhold Zippelius, divide estas teorías, en iusnaturalistas y espírico-descriptivas, siendo las primeras las que convierten la posición fáctica del más fuerte en una situación de "derecho", convirtiendo así el factum en algo justo. En esta corriente encontramos la doctrina de Platón.

Remontándonos a la época de los griegos antes de Sócrates, es decir, en el siglo V antes de Cristo, cuando aparecen los sofistas, nos percatamos que "para ellos el Estado sólo era una institución existente en interés de los poderosos con objeto de organizar la explotación social, y el Derecho se propone encadenar los débiles a los fuertes; pero si el fuerte llega a adquirir conciencia de ello, raspará este yugo contrario a la naturaleza y rehabilitará el dominio de las leyes naturales".⁽⁴⁷⁾

Por ejemplo Hipias y Calicles afirman que la democracia como tal, en su forma directa, es contraria al Derecho Natural. Hipias comparó la ley no con un rey, sino con un tirano, consideraba a las leyes escritas combatientes y condicionadas, a las que contrapuso las leyes no escritas, que para él eran inmutables y estaban por lo tanto dotadas de una sanción natural.

" Amigos míos, os miro a todos los que estáis presentes como presentes, como amigos y como conciudadanos, no por la ley, ---

(46) Jellinek, op. cit., p. 143.

(*) Zippelius, op. cit., p. 119.

(47) Jellinek, op. cit., p. 143.

sino por la naturaleza. Porque por la naturaleza lo semejante está ligado con su semejante; pero la ley, que es tirana de los hombres, fuerza y violenta la naturaleza en una infinidad de ocasiones."(48)

Para Trasímaco las leyes son instrumentos artificiales que servirán a los intereses de los poderosos, y por lo tanto, no tienen un valor eterno, como lo tiene el Derecho Natural.

" Oyeme, pues. Digo que la justicia no es otra cosa sino aquello que es ventajoso para el más fuerte...¿No hace cada cual de -- ellos leyes en provecho suyo: el pueblo, leyes populares; el -- monarca, leyes monárquicas, y parejamente los demás? Y, una -- vez hechas esas leyes, ¿no declararan sus autores que la just-- cía, para los gobernados, consiste en observar esas mismas le-- yes? ¿No castigan a aquel que las transgrede, como culpable de una acción injusta? Ahí tienes cual es mi pensamiento. En cada Estado, la justicia no es sino el provecho de aquel que tiene-- en sus manos la autoridad y es, por ende, el más fuerte. De lo cual se sigue, para todo hombre que sepa razonar, que, donde -- quiera que sea, la justicia y lo que aprovecha al más fuerte -- son una y la misma cosa."(49)

A Calicles, discípulo de Gorgias, siguiendo su filosofía materialista, lo encontramos como el defensor del derecho del más fuerte. Al coaccionar-- los débiles al pequeño grupo de los fuertes con los vínculos del Derecho -- Positivo, considera al orden jurídico de la democracia ateniense como in-- justo, ya que afirma que el poder del más fuerte es lo más conforme al De-- recho Natural, y que lo contrario a la naturaleza sería querer igualar al más fuerte con el débil.

" Pero la naturaleza demuestra, a mi juicio, que es justo que el que vale más que otro que vale menos, y el más fuerte más que el más débil. Ella hace ver en mil ocasiones que esto es lo -- que sucede, tanto respecto de los animales como de los hombres mismos, entre los cuales vemos Estados y naciones enteras, don-- de la regla de lo justo es que el más fuerte mande al más dé-- bil, y que posea más."(50)

(48) Platón. Diálogos, 20ª Edic., México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1984. -- Colección "Sepan Cuantos..." No. 13. Pág. 125.

(49) *Ibíd.*, p. 443.

(50) *Ibíd.*, p. 171.

Por su parte Spinoza el cual identifica el reino de la naturaleza con el reino de Dios, dice que el derecho y la fuerza se identifican, es decir, que como en el reino de la naturaleza todo sucede necesariamente, todo está justificado, en este caso el Estado, ya que carecemos de una medida objetiva para poder separar lo justo de lo injusto dentro del orden infinito de los fenómenos naturales. Porque "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, 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". (51)

Mientras que estas teorías renaturalistas pretenden justificar al Estado apoyándose en una ley natural de fuerza, "las teorías empírico-descriptivas admiten como única 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". (52) Por lo que considerándolas atentamente se desprende que estas teorías no tratan de justificar al Estado en relación a la idea de la fuerza, porque la justificación de cualquier hecho busca el valor de éste, sino sólo tratan de explicarlo como fenómeno social, explicando su causa-efecto, para señalar su injusticia. Conciben al Estado como un hecho de fuerza contra el que hay que luchar, por tal razón las teorías empírico-descriptivas no lo justifican, lo atacan.

Dentro de estas teorías, se encuentran las escuelas que consideran -- que el Estado surge por una necesidad física, tales son las materialistas de base racista o bien económica. En aquellas que adoptan la posición racista, encontramos el pensamiento del sociólogo Luis Gumplowicz, en tanto que en las escuelas que hablan de que el Estado surge por el primado de lo

(51) Zippelius, op. cit., p. 120.

(52) Loc. cit'

económico encontramos a Franz Oppenheimer y el materialismo de las corrientes del socialismo utópico y el socialismo científico.

Gumplowicz (1838-1909), basado en las leyes de la naturaleza afirma - que el origen del Estado se debe a la lucha de razas, porque existe una -- tendencia a la explotación y a la dominación de los más fuertes sobre los débiles, ya que "La lucha de razas por la dominación, por el poder, la lucha bajo todas sus formas, bajo una forma violenta o latente y apasible, es el principio propulsor, propiamente dicho, la fuerza motriz de la historia", (53) en la medida en que la marcha del desarrollo étnico de la humanidad se debe a dos hechos; primero, porque las unidades étnicas que constituyen la gran mayoría de los hombres, van desapareciendo poco a poco reduciéndose en un número pequeño de tribus; el segundo, estas tribus que se forman por la amalgama de los grupos étnicos, la cual se da por la perpetua lucha de las razas, van siendo cada vez más reducidas en número y no cesan de crecer y de aumentar.

La manera de obtener la dominación, el orden y la conservación de esta dominación es a través de la guerra, la cual toma la forma de dominación, esto es, en un estado de guerra latente que es lo que mantiene una eterna tensión de fuerzas entre los dominadores y los dominados, porque "toda dominación es siempre el resultado de una guerra, porque toda guerra, cuando no es una simple expedición de pillaje, tiene por objeto el establecimiento de una dominación permanente". (54) Por lo tanto la dominación tiene que ser ejercida por una minoría, la de los más fuertes, ya que la dominación de la mayoría sobre la minoría sería un contra-sentido.

Esta teoría del sociólogo de Cracovia, la funda en el hecho de que en otro tiempo fué preciso emplear hombres como rebaños humanos para obtener mayores rendimientos en la agricultura, en otro tiempo fué indispensable, para este objeto, explotar a los hombres en grandes masas por una minoría bien dotada, por lo que se hizo necesario elegir a una tribu extranjera, -

(53) Gumplowicz, Luis. La Lucha de Razas. Buenos Aires, Ed. Fas, 1944. --- Pág. 211.

(54) Loc. cit.

esto es, a una población extranjera cualquiera para llevar en ella el objeto de la explotación.

Para Oppenheimer (1854-1943), el modelo del origen del Estado, se basa en el proceso a través del cual un grupo obtiene el poder sobre otro, y lo domina. En opinión del economista y sociólogo alemán, el poder sobre otros es "la ley por la cual hace su aparición el Estado", (55) ya que para este pensador la historia del vocablo "Estado" refleja estructuras de poder, el cual por su origen y esencia, fué en sus primeras etapas de existencia considerado como institución social, que un grupo humano impuso a los vencidos para regular la dominación de unos sobre otros, en consecuencia la dominación no tenía otro propósito que "la explotación económica de los vencidos por los vencedores". (56)

También concibe a lo político en general, al igual que al Estado en términos de poder. Afirma que existen dos medios por los cuales el hombre satisface su instinto de conservación: "su trabajo y la apropiación, por la fuerza, del trabajo ajeno". (57) Siendo el primero el medio económico, y el segundo, el medio político para satisfacer sus necesidades. "Donde encuentra oportunidad y tiene el poder, el hombre prefiere el medio político al económico". (58) por lo tanto la dominación política se da a través del poder económico.

La teoría de Oppenheimer es en resumen, la de que el Estado es un -- instrumento en manos de la clase dominante para explotar a la clase oprimida, así el Estado surge por una clase económica superior y el derecho y todas las manifestaciones del Estado, no son sino superestructuras colocadas sobre esta manifestación estatal.

Con el advenimiento del socialismo la cuestión de la justificación -- del Estado, se recrudesció, para poner en tela de juicio a esa coacción fi-

(55) Zippelius, op. cit., p. 121.

(56) Loc. cit.

(57) Loc. cit.

(58) Loc. cit.

sica, por lo que abiertamente los socialistas se pronunciaron por una destrucción del Estado burgués y por una extinción del semiestado proletario, "el Estado burgués únicamente puede ser "destruido" por la revolución. El Estado en general, o sea, la democracia más completa, sólo puede "extinguirse".⁽⁵⁹⁾ Esto, basado en la concepción que Marx tenía del Estado como órgano de dominación de clase, como órgano de opresión de una clase por otra.

En el siglo XIX aparecieron los socialistas utópicos que propugnaban por un cambio de estructuras no violento, proponían planes idealistas de sociedades cooperativas en las cuales todos se dedicarían a las tareas más de acuerdo con sus dotes particulares y compartirían los resultados de sus esfuerzos comunes. "Desean mejorar las condiciones de vida de todos los miembros de la sociedad, incluso de los más privilegiados. Por eso no cesan de apelar a toda la sociedad sin distinción, e incluso se dirigen con preferencia a la clase dominante"... Repudian, por eso, toda acción política, y en particular, toda acción revolucionaria; se proponen alcanzar su objetivo por medios pacíficos".⁽⁶⁰⁾

Entre sus representantes más destacados encontramos a Carlos María -- Fourier, Enrique de Saint-Simón y Roberto Owen, los cuales tenían como tesis principales "la desaparición del contraste entre la ciudad y el campo, la abolición de la familia, de la ganancia privada y del trabajo asalariado, la proclamación de la armonía social y la transformación del Estado en una simple administración de la producción; todas estas tesis no hacen sino enunciar la desaparición del antagonismo de las clases".⁽⁶¹⁾

Los inventores de estos sistemas, eran optimistas con respecto a la bondad de los seres humanos, pensaban que el hombre no necesitaría coacción para cumplir sus deberes, en condiciones de llevar una vida honorable

(59) Lenin, Vladimir Ilich. El Estado y La Revolución. México, D.F., Editores Mexicanos Unidos, 1978. Pág. 28.

(60) Marx, Carlos y Engels, Federico. Manifiesto del Partido Comunista. -- Pekín, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1975. Pág. 73.

(61) Loc. cit.

negando de esta manera al Estado.

En la doctrina del socialismo científico, se plantea que el Estado -- como lo conocemos hoy en día, tuvo su origen en las desigualdades de clase, y como tal, debe desaparecer, ya que "el Estado es el órgano de dominación de una determinada clase, la cual no puede conciliarse con su antipoda". (62)

La extinción del Estado se basa primeramente en una revolución violenta instaurando en seguida la dictadura revolucionaria del proletariado, suprimiendo la explotación del hombre por el hombre y la propiedad privada de los medios de producción, por lo que "la intervención del poder estatal en las relaciones sociales se hará innecesaria en un campo tras otro y se abolirá por sí misma. El gobierno sobre las personas será sustituido por la administración de las cosas y por la dirección de los procesos de producción". (63) Por lo que "la sociedad, reorganizándose de un modo nuevo la producción sobre la base de una asociación libre de productores iguales, enviará toda la máquina del Estado al lugar que en ese momento le ha de corresponder: al museo de antigüedades, junto a la ruina y al hueso de bronce". (64)

Marx en su obra Crítica al Programa de Gotha explica que el comunismo se divide en "primera fase" o fase inferior de la sociedad comunista, a la cual llama socialismo, siendo la segunda, la fase superior de la sociedad comunista, la cual es el comunismo científico en donde el Estado no existirá más.

Por su parte Lenin dice que "la teoría del Estado sirve para justificar los privilegios sociales, la existencia de la explotación, la existencia del capitalismo...". (65)

(62) Lenin, op. cit., p. 15.

(63) Engels, cit. por Lenin, op. cit., p. 25.

(64) *Ibid.*, p. 24.

(65) Lenin, Vladimir Ilich. Sobre el Estado. Pekin, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1975. Pág. 4.

CAPITULO III

DERECHO POLITICO

CAPITULO III

DERECHO POLITICO

3.1. EL PROBLEMA DEL DERECHO.

Aunado al nacimiento del Estado, surge el Derecho como el medio a través del cual se intenta justificarle, el problema radica en las mutuas relaciones que se dan entre ambos. Surge con esto la interrogante de saber -- ¿Qué es el Derecho? y qué relación guarda con el Estado, para poder dar -- una respuesta razonada a dicha cuestión.

El maestro Luis Recaséns Siches, nos dice* que se debe buscar una noción universal del Derecho, esto es, un concepto que abarque todos los derechos que han existido, que existen y que existirán, su concepción debe darnos la esencia de lo jurídico, pura y simplemente. Con este Recaséns -- Siches afirma que el Derecho no pertenece a la naturaleza física, ya que -- la norma expresa un deber ser, mientras que las leyes naturales se realizan forzosamente. El derecho tampoco es naturaleza psíquica, ni un ser -- ideal, porque las normas jurídicas no existen antes de haber sido elaboradas, en virtud de que un ser ideal es algo irreal, es decir, es algo que -- es, pero que es de una manera diferente a como es el ser real. El derecho, pese a su conexión con el mundo de los valores, no es pura y simplemente -- un valor, sino el conjunto de hechos que ocurren en el seno de la vida humana. Como resultado tenemos que el Derecho es vida humana objetivada, nor -- mativa y social; éste puede ser estudiado como valor, como norma vigente y como hecho. El Derecho estudiado como valor en el plano filosófico, nos -- lleva a la Estimativa o Axiología jurídica, esto es, al Derecho natural; y en el plano empírico nos lleva a la aplicación de los criterios estimati-- vos de la elaboración práctica del Derecho. El Derecho estudiado como norma, ha dado lugar en un plano filosófico, a la Teoría General del Derecho,

(*) Recaséns Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho, 4ª Edic., México, D.F. Ed. Porrúa, S.A. 1970. Pág. 51 y sigs.

como sería la teoría pura del derecho de Kelsen, y en el plano empírico positivo nos lleva a lo llamado ciencia dogmática o técnica del Derecho positivo. El estudio del Derecho como especie de hechos sociales, como especie de obra humana, en un plano filosófico se presenta como una culturología jurídica, es decir, como producto de la vida humana objetivada, y en el plano empírico describe las realidades jurídicas particulares, es decir, la Historia del Derecho y nos conduce a la investigación sobre los tipos y regularidades de los fenómenos jurídicos, es decir, a la Sociología del Derecho.

Sin duda, el Derecho contiene parte de todos estos elementos, por lo que se vuelve el término un tanto abstracto, a tal grado que algunos juristas como Fritz Schreier y Gabriel García Rojas, sostienen que el Derecho no es posible definirlo de acuerdo con el método aristotélico, esto es, -- por indicación del género próximo y la diferencia específica del concepto, ello ha dado lugar a un sin número de definiciones de lo que es el Derecho, tal como ha sucedido en la concepción que del Estado han tenido los distintos tratadistas.

Atendiendo a dichas cuestiones, y para poder dar un concepto lógico del Derecho, no debemos pasar por alto que las leyes naturales se refieren a lo que es, mientras que las normas estatuyen lo que debe ser. Para diferenciar a dichos preceptos jurídicos de las demás reglas de conducta como las morales, religiosas etc., podemos llegar no a una definición de Derecho, sino a un concepto general del mismo, es decir, a una noción universal. Así tenemos que el Derecho es un conjunto de normas de conducta bilaterales, exteriores, heterónomas y coercibles que regulan la vida del ser humano en sociedad.

La cuestión del origen del Derecho, también ha sido muy discutida, -- se ha señalado a la autonomía del individuo como posible causa, otros afirman; fué el contrato social; la institución; la voluntad del pueblo; el poder efectivo de mando; la forma de producción; o el espíritu objetivo etcétera. Es indudable que cualquiera que haya sido su origen, este surgió en, por y para el hombre en sociedad, en virtud de ser el Derecho vida humana,

por consiguiente es también un ente de cultura creada por el hombre, y como tal susceptible de modificación o extinción en la medida que sirva o no a la vida de los hombres. Cabe destacar que el Derecho tiene como elemento esencial la concepción, el poder físico, porque una norma que no se hace cumplir en manera alguna es ley. Con esto se observa que el poder tiene necesidad de intervención en el Derecho para asegurar su eficacia. El Estado necesita de cierta organización, de ciertas normas de convivencia, de cierta ideología que lo justifique, esa organización, esas normas y esa ideología las proporciona el Derecho, éste a su vez se vuelve un ideal ineficaz y -- sin vigencia sin el monopolio de la sanción con que cuenta el Estado.

Siendo el orden jurídico un orden normativo como cualquier otro hecho social, la naturaleza del derecho es en base a un hecho social y un orden normativo.

En el análisis positivista del Derecho, Joseph Raz menciona tres áreas en las que se centra la discusión de la naturaleza del derecho, y estas son: la identificación del derecho, su valor moral y el significado de sus términos básicos, que son las tesis social, moral y semántica respectivamente.

La tesis social positivista, consiste en que lo que es y lo que no es derecho es una cuestión de hechos sociales, la tesis moral dice que el valor moral del derecho es una cuestión contingente que depende del contenido del derecho y de circunstancias de la sociedad a la cual se aplica. La tesis semántica es una tesis negativa que dice: términos como "derechos" y "deberes" no pueden ser usados con el mismo significado en el contexto jurídico y en el contexto moral. Joseph Raz dice que la tesis social es la fundamental, ya que es la responsable del nombre "positivismo" la cual indica que el derecho es puesto, de que es hecho derecho por la actividad de seres humanos.

De lo mencionado anteriormente, se derivan los fines que el derecho -

(*) Joseph Raz. La Autoridad del Derecho, 2o. Edic., México. UNAM, 1985. Pág. 55.

debe cumplir; y que son la utilidad común o bien común, consistente en el conjunto de condiciones materiales y espirituales para el pleno desarrollo del ser humano, considerado tanto en su aspecto individual como de manera colectiva.

La utilidad común abarca diversos fines; los individuales, los sociales y los culturales. Los fines individuales serán los que atañen al individuo en su aspecto personal para su pleno desarrollo; los sociales, están ligados al orden y la paz de la comunidad humana; y los culturales -- que abarcan los dos anteriores, permitiendo el desarrollo individual y colectivo de las personas.

Dentro del concepto amplio de bien común, se encuentran englobados -- los de la seguridad y la justicia, los cuales son fines más acentuadamente axiológicos.

Joseph Raz afirma* que el derecho al cumplir una función social, se cumple con una serie de funciones sociales que se pueden dividir en directas e indirectas, siendo las primeras aquellas cuya realización se encuentra asegurada al obedecer y aplicar el derecho. Las funciones directas a su vez se dividen en funciones primarias y secundarias, las primarias son cuatro a saber; 1.- Prevención de comportamiento indeseable y abtención de comportamiento deseable. 2.- Proveimiento de medios para la celebración de acuerdos privados entre individuos. 3.- Proveimiento de servicios y redistribución de bienes y 4.-Resolución de disputas no reguladas. Las funciones secundarias son dos; 1.-La determinación de procedimientos para cambiar el derecho, y 2.- la regulación del funcionamiento de los órganos aplicadores del derecho.

Las funciones indirectas serán aquellas cuya realización consiste en actitudes, sentimientos, opiniones y formas de comportamiento, no constituyen obediencia de disposiciones jurídicas, sino que resultan del conocimiento de la existencia de dichas disposiciones o de la conformidad de -- ellas o de su aplicación.

(*) Raz, op. cit., p. 207 y sigs.

3.2. LAS PARTES DEL DERECHO PÚBLICO.

Una vez tratado el problema del Derecho en el campo del "ser" y del "deber ser", es decir, al haberlo tratado como ente real dentro de la ontología y al habernos planteado en el plano del deber ser las cuestiones de su origen, así como de sus fines, valores y funciones sociales, ahora nos toca tratar uno de los temas más discutidos del derecho, en el cual - todavía hoy no se ponen de acuerdo los grandes pensadores: la distinción entre derecho público y derecho privado.

Este problema es tan antiguo, que se remonta a la época de los romanos, si, la división de las normas jurídicas en derecho público y privado es obra de los juristas romanos, la cual se encuentra plasmada en el pensamiento de Ulpiano al decir que "Derecho público es el que atañe a la -- conservación de la cosa romana; privado, el que concierne a la utilidad - de los particulares",⁽¹⁾ por lo que a esta teoría se le ha dado el nombre de "teoría del interés en juego", porque de la misma se desprende que las normas de derecho público son las que corresponden al interés colectivo; y las del privado se refieren a los intereses particulares, esto es, que el derecho público beneficia a la comunidad en general, rigiendo los poderes que se hallan al servicio del pueblo, mientras que el derecho privado es el que beneficia al interesado, es decir, al particular, el cual tiene dichos derechos privados en sí y para sí al servicio de su poder personal.

La teoría del interés en juego ha sido muy criticada, y por tal motivo se han emitido un sin número de definiciones acerca de la oposición entre derecho público y privado. Entre las críticas que ha recibido esta teoría - está la que dice: que los intereses públicos y privados no se encuentran vinculados sino fundidos a tal grado que no se puede determinar donde termina el particular y donde empieza el colectivo, teniendo en esto la inconveniencia de dejar al arbitrio del legislador el señalar cuales intereses son públicos y cuales privados quitándole con ello todo valor científico.

(1) García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 37ª Edic., México, D.F., Ed. Porrúa. S.A. 1985. Pág. 132.

Porque se alude que el interés es algo subjetivo y por tal razón susceptible de apreciación personal.

A este respecto, Kelsen argumenta que "desde el momento en que una -- norma de derecho protege un interés individual, esa protección constituye un interés colectivo",⁽²⁾ ya que no se puede hablar exclusivamente de normas encaminadas al interés individual, porque toda norma tiene como fin la realización de intereses tanto individuales como públicos. Por tal razón -- este autor rechaza dicha teoría. "Según la teoría del interés, la antítesis de derecho público y privado coincide, en cierto sentido y considerada en algunos de sus aspectos, con la antítesis de derecho objetivo y subjetivo señalada en la misma teoría. El interés protegido, es decir, el derecho subjetivo, es siempre el interés individual; la protección del interés, es decir, el derecho objetivo, es siempre el interés colectivo."⁽³⁾

Kelsen afirma,* que la distinción entre derecho privado y público es una distinción entre dos métodos de producción de derecho, en donde por -- ejemplo en un contrato los sujetos obligados participan en la producción -- de la norma que los obliga y en una relación de derecho público como la orden administrativa, el sujeto obligado no tiene participación alguna en la producción de la norma que le obliga. En consecuencia todo hecho productor de derecho atribuible a la unidad del orden jurídico es un acto de Estado, ya que en ambos casos se habla de la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, porque se cumple con una individualización de una norma general. Con esto --dice Kelsen-- todo derecho constituye una formulación de la voluntad del Estado y es, por ende, derecho público.

Existe otra teoría, la de la naturaleza de la relación, esta es la -- más aceptada por la mayoría de los tratadistas y por ende la más difundida. Esta teoría rechaza la del interés en juego, porque dice que el criterio -- diferencial entre los derechos privado y público no debe buscarse en la --

(2) Cit. por García Máynez, op. cit., p. 133.

(3) Loc. cit.

(*) Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. México, D.F. Ed. UNAM, 1979. -- Pág. 287.

índice de los intereses protegidos, sino en la naturaleza de las relaciones que las normas establecen, esto es, en una división de las relaciones jurídicas que establecen uno y otro.

De estas relaciones se derivan las de coordinación y las de subordinación, siendo las primeras en donde las personas, en su sentido jurídico, - que en ellas intervienen, se encuentran colocadas en un plano de igualdad, por lo que sus relaciones son equivalentes en un mismo valor jurídico, como en el caso en que dos particulares celebran un contrato de compraventa.

Las relaciones de subordinación derivadas de las normas de derecho, - sen por el contrario, en donde dichos preceptos al aplicarse a las personas de dicha relación, no las considera jurídicamente iguales, porque una tiene frente a la otra un valor jurídico superior, como lo sería la relación donde intervienen el Estado como entidad soberana y un particular.

Resumiendo lo anterior diremos que "la relación es de derecho privado, si los sujetos de la misma encuéntranse colocados por la norma en un plano de igualdad y ninguna de ellos interviene como entidad soberana. Es de derecho público, si se establece entre un particular y el Estado (cuando hay subordinación del primero al segundo) o si los sujetos de la misma son dos órganos del poder público o dos Estados soberanos."⁽⁴⁾ Partiendo de lo anteriormente dicho surge una interrogante, al entrar el Estado en relaciones de coordinación y supraordinación con los particulares, cuándo debe - el Estado ser considerado como entidad soberana, y cuándo se halla en un plano de igualdad con los particulares?

A este respecto Boguín,⁵ trata de resolver esta cuestión diciendo que se debe examinar la actividad del órgano de que se trate para determinarse si se encuentra sujeta a una legislación especial o a las leyes comunes. - Así, si la actividad de dicho órgano del Estado se encuentra regulada por una legislación especial, ésta será de derecho público; y si se encuentra regulada dicha relación por la legislación ordinaria, esta será de derecho privado.

(4) García Máynez, op. cit., p. 134.

(*) *Ibíd.*, p. 135.

Esta teoría de las relaciones jurídicas es llamada por Kelsen de superioridad e inferioridad,* la cual la refiere a la forma en que la relación jurídica es producida, al método por el cual el deber individual es creado, paralelamente al derecho del sujeto considerado como igual o superior al sujeto del deber, por lo que la diferencia entre derecho privado y público se refiere a la creación de la norma secundaria, es decir, a la norma que en un caso concreto determina la conducta cuya realización constituye el acto antijurídico. Kelsen, termina proponiendo que al ser el derecho privado y el derecho público dos métodos de producción de derecho, el antagonismo de autonomía y heteronomía con referencia a la creación de normas secundarias, constituye la diferencia entre ambos derechos, constituyéndose así la diferencia entre autocracia y democracia, o entre república y monarquía, sirviendo este como criterio para la clasificación de los gobiernos y permitiendo la división corriente de las formas de Estado. Significando el concepto de "forma de Estado" el método de producción de normas generales regulado por la reconstitución.

Atendiendo a las partes del Derecho Público, Jellinek* lo divide en: Derecho Internacional y en Derecho Político, en amplio sentido. Este a su vez se divide en Derecho Judicial, el cual abarca el penal y procesal, administrativo y político en estricto sentido.

Raúl Ortiz-Orquidi,* cita la clasificación de las normas jurídicas desde el punto de vista de su ámbito material de validez que cita García Máñez,* con la única diferencia de incluir las normas internacionales privadas en el Derecho Privado.

(*) Kelsen, Hans. Teoría General de Derecho y del Estado, 2ª Edic., México, D.F., UNAM, 1983. Pág. 242.

(*) Jellinek, op. cit., p. 294.

(*) Ortiz-Orquidi, Raúl. Derecho Civil. México, D.F., Ed. Porrúa, S.A. - 1977. Pág. 129.

(*) García Máñez, op. cit., p. 96.

CLASIFICACION DE LAS NORMAS JURIDICAS

Desde el punto de vista de su ámbito material de validez.

I. DE DERECHO PUBLICO

1. Constitucionales
2. Administrativas
3. Penales
4. Procesales
5. Internacionales públicas
6. Industriales o del Trabajo
7. Agrarias

II. DE DERECHO PRIVADO

1. Civiles
2. Mercantiles
3. Internacionales privadas

3.3. ORIENTACION JURIDICA DE LOS ELEMENTOS DEL ESTADO.

En el capítulo I de este trabajo se analizaron ya los elementos constitutivos del Estado, pero estos fueron estudiados ontológicamente, atendiendo a sus formas externas, en un plano fenoménico. Donde se hizo la descripción de cada uno de ellos y se dió un concepto generalizado de los mismos atendiendo a sus características principales, es decir, los observamos en el mundo del ser, por lo que ahora nos introduciremos en ellos de nueva cuenta, pero dándoles una orientación de tipo jurídico, este es, tendremos que darnos cuenta qué situación jurídica guardan dichos elementos entre sí y en relación al Estado, colocándonos con éste en el mundo del deber ser.

Si el poder es, quien da forma y estilo tanto al pueblo como al territorio de un Estado y el derecho positivo el que lo justifica ante la sociedad, para que éste a su vez le de forma y estilo a dicho poder, entonces - el Derecho objetivo vigente será el que determine que situación jurídica - es en la que se encuentran dichos elementos con relación al Estado, porque estos elementos constitutivos son el ámbito de validez tanto personal como espacial del orden jurídico que rige en dicho Estado.

Dicho análisis que se hace de manera separada de todos y cada uno de los elementos, sólo tiene una labor práctica de comprensión de los mismos, ya que el Estado es una unidad en donde sus elementos que lo componen se encuentran indisolublemente ligados entre sí, dando lugar a la formación de un ente distinto al de sus partes.

a) Pueblo

Los individuos considerados en su conjunto forman el pueblo de un Estado, porque al ser miembros de aquel pasan a formar parte de éste, en consecuencia el pueblo es un elemento del Estado porque forma parte de él, y tiene por lo tanto el pueblo en el Estado una doble función, según afirma Jellinek;* es por un lado elemento de la asociación estatista, al cual de-

(*) Jellinek, op. cit., p. 304.

signa desde este punto de vista como pueblo en su aspecto subjetivo. Es por otro lado objeto de la actividad del Estado, considerándolo así el -- pueblo en su aspecto objetivo.

Esta distinción del pueblo en su aspecto subjetivo y objetivo se debe al surgimiento de la teoría de la soberanía del pueblo, que en nuestro país la podemos encontrar en el artículo 39 de la Constitución Política, al manifestarse en dicho artículo que " la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno".

Rousseau, asignó a todo individuo una doble cualidad con respecto a la voluntad común, la de ser ciudadano activo que participa en la formación de dicha voluntad y la de ser sujeto, porque se somete a la misma. Las doctrinas surgidas con posterioridad que se refieren al Estado y que consideraron al pueblo como un elemento del mismo, no le dieron la importancia debida a la cualidad subjetiva de éste.

La característica principal del pueblo dentro del Estado desde un punto de vista jurídico, es su cualidad subjetiva, ya que el Estado es su jeto del poder público, cualidad subjetiva traducida en la participación de la formación de la voluntad común, es decir, el pueblo realiza una función activa en el Estado, porque una pluralidad de hombres sometidos a una autoridad común que posean la cualidad subjetiva como pueblo llegan a formar un Estado, esto es, que de dicha pluralidad surge la unidad estatista.

Por el contrario, si una pluralidad de hombres sometidos a una autoridad común, que no posean la cualidad subjetiva de un pueblo, no llegarían a formar un Estado propiamente dicho.* Como ejemplo de esto podríamos mencionar el caso de Puerto Rico o las Islas Malvinas, que al ser territorios protegidos por los Estados Unidos de América y por el Reino Unido respectivamente, no forman una unidad estatista con los países que los

(*) Jellinek, op. cit., p. 305.

protegen, porque el pueblo de estos territorios está sometido a los países protectores, pero no comparte con el pueblo que forma el Estado que los -- protege la cualidad subjetiva de éste, es decir, no participa en la formación de la voluntad común, el pueblo no realiza una función activa en el Estado.

En consecuencia es inimaginable un Estado formado por esclavos y teniendo como soberano a un hombre libre, porque como decía Aristóteles: "so lo entre hombres libres, ... es posible un Derecho en el sentido político, y sin este Derecho no hay Estado". (5)

Como es de todos sabido, sólo una parte del pueblo realiza una función activa en el Estado, por lo que los socialistas sostienen que la democracia en los países de economía de mercado es una "democracia para una minoría minoría, democracia para los ricos: ésa es la democracia de la sociedad capitalista". (6) la cual debe dar un giro para convertirse en "democracia para la inmensa mayoría del pueblo y represión por la fuerza, es decir, exclusión de la democracia, para los explotadores, para los opresores del pueblo: he aquí la modificación que sufrirá la democracia en la transición del capitalismo al comunismo". (7)

El pueblo, a causa de la autoridad del poder del Estado, es objeto -- del "imperium", por lo que se encuentra subordinado a él, y en su cualidad subjetiva forma una corporación, porque sus individuos están unidos, y en su calidad de elementos del Estado, se consideran miembros y son por tanto sujetos del Estado, viven en este sentido coordinados. En resumen, los individuos del pueblo de un Estado se encuentran en dos situaciones distintas; al ser considerados como objetos del poder del Estado, estos son sujetos de deberes, y al considerarlos como miembros del Estado son sujetos de Derecho.

Es de observarse que esta subjetividad jurídica, se afirma en oposi-

(5) Cit. por Sellinek, op. cit., p. 306.

(6) Lenin, Vladimir Ilich Ulianov. El Estado y la Revolución. México, D.-F., Editores Mexicanos Unidos, 1978. Pág. 116.

(7) *Ibíd.*, p. 118.

ción al Estado, porque en el actual Estado moderno, todo hombre que está sometido al poder del Estado, es al mismo tiempo, frente a él, persona, ya que el individuo al pertenecer al pueblo, con este hecho se está exteriorizando también la existencia de una esfera de derecho público reconocida -- por el Estado. En su cualidad subjetiva, los miembros de un pueblo son la totalidad de los miembros del Estado, es decir, aquellos que tienen un motivo para plantear una exigencia jurídica al poder del Estado. Con esto tenemos que el derecho público subjetivo es fundamento del Estado.

La doctrina del Derecho público subjetivo nació con dos concepciones-fundamentales y opuestas, la primera, atiende a la estructura de este Derecho público subjetivo y es concebido como análogo al Derecho privado, distinguiéndose únicamente por las personas que intervienen en las relaciones jurídicas de carácter público. La otra concepción niega la existencia del Derecho público subjetivo del individuo, viendo en éste sólo un reflejo de los principios del Derecho público.

Al afirmarse que el Derecho solamente es posible entre sujetos de derecho y que sujeto de derecho es aquel que puede poner en movimiento el orden jurídico en interés propio, se está reconociendo que la capacidad que el Estado concede a este individuo sujeto de derecho, crea un derecho-subjetivo, convirtiéndose así en un Derecho Público Subjetivo, diferenciándose del Derecho Privado, en que tales derechos públicos individuales se fundan en la personalidad y no recaen sobre ningún objeto como sucede en el Derecho Privado, sino sobre la persona misma. Como consecuencia el reconocimiento que el Estado hace del individuo como persona, es el fundamento de todas las relaciones jurídicas, ya que mediante este reconocimiento el individuo se convierte en miembro del pueblo considerado en su cualidad-subjetiva. Tal reconocimiento también es la base de todas las exigencias-público-jurídicas, que comprenden aquellas con que el Estado procura la seguridad a todos los hombres que abarca su poder, y los que viven en su territorio de manera permanente en calidad de ciudadanos, esto es, los que tienen derecho de participar en la formación de la voluntad del Estado.

En la Constitución Política Mexicana al hablarse de nacionalidad,

entendida como aquella comunidad que propende regularmente a generar -- un Estado propio, en base a una unidad de territorio, costumbres, lengua y conciencia comunes que le da afinidad e identidad, se alude a la población en su totalidad, o sea, al conjunto de seres humanos considerados unitariamente, sin distinción de edad, sexo, religión, raza o situación económica. En cambio, al hablarse de ciudadanos mexicanos en el Artículo 34 de la Constitución Política, se alude a las personas que han cumplido la mayoría de edad, esto es, al conjunto de personas que tienen derecho de participar en la formación de la voluntad de la comunidad política a través del sufragio, quienes son el pueblo propiamente dicho, entendido como aquella parte de la población que cuenta plenamente con derechos civiles y políticos. Entendido de otra manera, estas -- personas forman el pueblo mexicano en su cualidad subjetiva, por ser considerados miembros del Estado. En consecuencia, la unidad del pueblo en el Estado es de tipo jurídico, porque la conducta de los individuos que lo componen se encuentra regulada por el orden jurídico nacional, por eso afirma Kelsen que "la población del Estado es el dominio de validez personal del orden jurídico estatal."⁽⁸⁾

Al coexistir en un determinado territorio un conjunto de individuos de diversa edad, sexo, religión, raza o situación socioeconómica, el Estado al tratar con dichos súbditos no debe favorecer de manera exclusiva a ningún grupo o clase en especial, ya que su papel es el de promover el bien público de todo el pueblo y no el privado de ningún individuo o clase económicamente fuerte. A este respecto, en la doctrina Marxista--Leninista se plantea un Estado sin clases sociales, en donde no se favorezca de manera exclusiva y desventajosa a la clase dominante denominada burguesía.

La propiedad del pueblo, en su sentido jurídico, de ser objeto del poder del Estado, esto es, de ser sujeto de deberes, nace de la calidad que tienen los individuos de ser miembros del pueblo sujetos

(8) Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho. México, D.F., UNAM, 1979. Pág. 293.

al poder de dominación del Estado. Estos deberes consisten en satisfacer no sólo una prestación al Estado, como el pago de impuestos por ejemplo, sino también una acción para el Estado. A este respecto en el Artículo 36 de nuestra Carta Magna se mencionan las obligaciones del ciudadano de la República, el cual a la letra dice: "Son obligaciones del ciudadano de la República: I. Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo de que subsista; así como también inscribirse en los padrones electorales, en los términos que determinen las leyes; II. Alistarse en la Guardia Nacional; III. Votar en las selecciones populares en el distrito electoral que le corresponda; IV. Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos, y V. Desempeñar los cargos concejiles del Municipio donde resida, las funciones electorales y las del jurado.

Considerándose al pueblo desde un punto de vista jurídico, es decir, como una comunidad de derechos y deberes, que recibe su expresión jurídica objetiva a través de la organización estatal, es como se puede apreciar la unidad entre sí de los miembros que lo componen, los cuales a través del poder del Estado constituyen una masa organizada que es el pueblo del Estado, al cual va encaminado el bien común a través de un equilibrio entre derechos y deberes, entre orden y libertad que mediante el poder estatal traducido en derecho positivo, es posible llevar a cabo.

b) Territorio

El territorio considerado en su aspecto jurídico es el espacio donde el Estado desempeña el poder público, dicha significación jurídica se manifiesta de dos maneras: * negativa y positiva. La manifestación negativa, -- consiste en prohibir a cualquier poder no sometido al del Estado, ejercer funciones de autoridad en el territorio sin autorización del mismo. La manifestación positiva significa, que todas las personas que se encuentren en el territorio están sometidas al poder del Estado. En otras palabras, -- la situación jurídica que guarda el territorio con relación al Estado, es la de ser el ámbito espacial donde el Estado ejerce su poder de manera soberana y en donde el pueblo se encuentra sometido al poder de ese Estado.

Sin embargo, el reconocer que el Estado necesita de un territorio para su existencia, no siempre fué aceptado, ya que en la antigüedad al Estado se le concebía como una comunidad de ciudadanos sin hacer alusión al territorio. Este se debe sin duda a que el fin de en el Estado es el principal objetivo de la actividad del mismo, por eso el territorio era concebido como algo secundario. Jellinek afirma, que Klüber es el primero que ha definido al Estado como una sociedad civil construida "con un determinado territorio".

Al igual que el pueblo, el territorio tiene en el Estado una doble -- función; que podríamos llamar propiedades. Mientras que el pueblo es sujeto y objeto del Estado, es decir, es un elemento y el objeto de la actividad del mismo, el territorio también tiene la propiedad de ser parte, de ser elemento del Estado y de ser el objeto espacial, el fundamento espacial, donde el Estado ejerce su poder de autoridad sobre todos los hombres que viven en él, esto es, también es sujeto y objeto del Estado, ya que toda la actividad de éste únicamente puede tener lugar dentro de un espacio determinado de territorio.

El territorio, es la garantía con que cuenta el Estado, para poder --

(*) Jellinek, op. cit., p. 295.

(**) Ibid., p. 296.

realizar sus fines, y es el señalamiento del límite en que puede actuar su soberanía de manera exclusiva, no pudiendo existir la posibilidad de que existieran varios Estados independientes en un mismo territorio, porque la propiedad que tiene éste de ser elemento del Estado descansa en la impenetrabilidad de éste. Por lo que en un mismo territorio solamente puede ejercer su poder un Estado. Este principio de la impenetrabilidad, fué aplicado al Estado de manera análoga en relación con la propiedad general de la materia, que consiste en que dos cuerpos no pueden ocupar el mismo espacio al mismo tiempo. El volumen de los cuerpos sólidos de forma irregular y el de los cuerpos gaseosos se mide aprovechando esta propiedad, es decir, la impenetrabilidad.

Con esto, podríamos hablar, también de manera análoga, del volumen del poder que ejerce un Estado en un territorio, para poder medirlo, es decir, para poder fijar sus límites.

La regla que afirma, que en un mismo territorio solamente un Estado puede ejercer su poder, lo podemos corroborar, al decir que no es posible a varios Estados ejercer al mismo tiempo una soberanía común en un mismo territorio, porque ninguno de los coseberanos podría incorporar el territorio de un Estado a otro, ya que nadie tendría en sí y para sí dicho territorio.

En un Estado compuesto, como lo es el federal, podría existir en apariencia una contradicción con la regla que estamos afirmando, pero analizando a fondo esta aparente excepción podremos darnos cuenta que ésta no existe. Un ejemplo de esto lo constituye nuestro país, en donde al disponerse en el artículo 40 de nuestra Constitución Política, que estamos constituidos en una República representativa, democrática y federal, encontramos en el Estado mexicano un territorio propio, formado por los territorios de todas las entidades federativas; una población propia que es la del país entero; y un gobierno propio, el federal. Los Estados-miembros tienen también su territorio propio, su población propia y su gobierno propio, así como su legislación específica, por lo que el territorio del país tiene una doble cualidad desde el punto de vista político. En base a esta cualidad, no existen varios Estados ejerciendo una soberanía común en un -

mismo territorio, porque los Estados-miembros o entidades federativas sólo son libres y autónomos en cuanto a su régimen interior, es decir, forman parte de la asociación en que consiste el Estado Federal. Y en lo referente a las relaciones internacionales, están también subordinadas a la federación.

A través de actos unilaterales o bilaterales de Derecho Internacional, puede un Estado formar o autorizar a otros para ejercer actos de soberanía en su territorio, limitando su soberanía el Estado que lo permite. Como esta limitación es voluntaria, pasa a ser autolimitación del poder de este Estado, lo cual no implica una aminoración de su soberanía, porque el Estado autorizado tiene un derecho de mando derivado, ya que el derecho originario le corresponde al Estado que autoriza. El ejemplo que podemos citar, es el del canal de Panamá, en donde el gobierno de dicho país, autorizó al de los Estados Unidos a llevar a cabo actos de soberanía en la franja de dicho canal.

Al acontecer una ocupación militar de un territorio, éste puede ser sustraído en todo o en parte, o temporalmente al poder de ese Estado y --- mientras esta ocupación persista, deja de tener actividad el poder del Estado ocupado, la cual es reemplazada por la actividad del Estado ocupante. Teniendo con ello el territorio ocupado, un solo poder del Estado que lo domina.

La manifestación positiva del territorio del Estado, es la de considerarlo como el fundamento espacial, en donde el estado despliega su autoridad sobre todos los hombres que habitan en él, ya sean nacionales o extranjeros. El hecho de dominación del Estado sobre su territorio, implica que el territorio mismo está sometido al dominio inmediato del Estado y constituye en nuestro país un Derecho real estatista, porque el Estado al ejercer directamente su dominio sobre el territorio, lo hace a través de sus súbditos, ya que el territorio corresponde originariamente al Estado. En el Artículo 27 de la Constitución Política se anota lo siguiente: "La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente

a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.."

En la concepción de Jellinek, el cual sostiene que "la relación del Estado con el territorio es de carácter personal y no de carácter jurídico real,"⁽⁹⁾ se argumenta que el hecho de dominación del Estado sobre su territorio, no implica que el territorio mismo está sometido al dominio inmediato del Estado y constituir un Derecho real estatista, porque el Estado no puede ejercer directamente su dominio sobre el territorio, sino a través de sus súbditos, ya que el territorio no constituye un objeto de propiedad. En consecuencia —dice Jellinek— "el dominio sobre el territorio no es, desde el punto de vista del Derecho Público, "dominium", sino "imperium". El "imperium" significa poder de mando, mas este poder sólo es referible a los hombres;...".⁽¹⁰⁾ Con esto nos da a entender Jellinek que el territorio no puede ser objeto de apropiación por parte del Estado, porque no constituye un Derecho real público, en virtud de no existir una propiedad pública distinta en su naturaleza íntima de la propiedad privada.

Por otra parte, Kelsen sostiene que "el llamado territorio del Estado sólo puede ser definido como el dominio territorial de validez de un orden jurídico estatal".⁽¹¹⁾

El territorio tiene en el Estado una función social, en virtud de que el poder del Estado puede imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, según se observa en el segundo y tercer párrafo del Artículo 27 Constitucional: "...Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución

(9) Jellinek, op. cit., p. 302.

(10) *Ibid.*, p. 298.

(11) Kelsen, op. cit., p. 293.

equitativa de la riqueza pública,...".

Con esto, tenemos que el territorio es un medio o instrumento al servicio del fin del Estado, o sea, el de promover el bien común, y representa una condición de existencia tanto para el hombre como para el Estado, indispensable para su subsistencia.

c) Poder

El poder, es una voluntad que dirige en una asociación de hombres los fines comunes de la misma para su bienestar común, tal poder es una unidad distinta de la de sus miembros.

En el estudio que hace Jellinek,* acerca de la situación jurídica -- del poder, afirma que existen dos órdenes de poderes; un poder dominante -- y un poder no dominante, por lo que la característica principal del poder -- desde un punto de vista jurídico, es la dominación de éste sobre las personas que habitan en el territorio del Estado. El poder es un elemento de toda asociación, pero éste puede tener la característica de ser dominante o no dominante, según se trate de la asociación en que se ejerza.

El poder no dominante, es un poder simple, porque las asociaciones -- que lo ejercen tienen la facultad de dar órdenes a sus miembros, pero carecen de la fuerza necesaria para obligar por sí mismas al cumplimiento de dichas órdenes, esto como consecuencia de que dichas asociaciones no cuentan con "imperium", esto es, con poder de mando hacia las personas, no -- cuentan con una coacción física organizada, reglamentada y justificada por el Derecho, es decir, por el Estado.

Como ejemplo de lo anterior, se encuentra la asociación denominada -- Iglesia, la cual es la más poderosa que existe fuera del Estado, en la -- cual se ingresa de manera voluntaria, existiendo la posibilidad de salirse, de separarse de ella, no existiendo por ello sanción alguna en un sentido -- jurídico, por no contar la Iglesia con un poder de autoridad.

La Iglesia, como toda asociación simple, tiene un límite para ejecutar por sí misma sus normas, este límite se encuentra en la voluntad de sus -- miembros al querer o no someterse a dichas normas, o inclusive penas que -- se hayan fijado, por lo que "los medios de que dispone para sancionar sus

(*) Jellinek, op. cit., p. 320.

prescripciones son de un carácter disciplinario",⁽¹²⁾ siendo por éste su poder, un poder disciplinario y no un poder de dominación.

En las relaciones de Derecho Privado entre personas individuales, existe también un poder disciplinario, en cambio, el poder de dominación tiene la característica de ser dominante, de ser irresistible, y la facultad de mandar de una manera incondicionada pudiendo ejercer la coacción para hacer cumplir sus mandatos. En consecuencia del poder de dominación nadie puede sustraerse, porque este poder sólo corresponde al Estado como titular abstracto del mismo, ya que este reside esencial y originalmente en el pueblo, por ese Heller afirmaba* que el poder del Estado tiene que ser el poder político supremo y el poder político más fuerte, dentro de un territorio, porque de lo contrario no sería soberano ni poder del Estado. Por lo que el poder del Estado es un poder público.

Nadie puede sustraerse al "imperium", porque al salir alguien de un Estado es para someterse a otro. Hoy en día todos estamos sometidos al poder de dominación, porque no existe territorio alguno sobre el planeta donde un Estado no ejerza su "imperium", al menos que una persona pueda y decida irse a vivir a otro planeta, en donde no podría ser alcanzado por dicho poder dominante. El Estado es siempre el que decide a través del orden jurídico los requisitos para salir de él, ya sea de manera transitoria o permanente, esto es, emigrar o cambiar de ciudadanía, lo mismo sucede al ser concedida o negada dicha ciudadanía o entrada como inmigrante, sólo el Estado será quien fije las condiciones para realizar tales actos.

Otra característica del poder dominante, es decir, del poder del Estado, es la de ser siempre originario, teniendo el Estado la facultad de poder delegarlo a un órgano o a un individuo para el cumplimiento de la actividad funcional del Estado.

No siempre se le reconoció al poder de dominación el ser originario

(12) Jellinek, op. cit., p. 371.

(*) Heller, Hermann. Teoría del Estado, IIo. Edic. México, D.F. Fondo de Cultura Económica, 1985. Pág. 265.

del Estado, por ésto, dicho poder era ejercido de manera originaria por otras asociaciones en la Edad Media, tal es el caso de la Iglesia, la cual tenía una fuerza de dominación que no le había dado el Estado, puesto que en esa época ambas asociaciones se disputaban el poder. Esta fuerza con -- que contaba la Iglesia, era ejercida incluso contra el propio Estado. Otro caso era el de las asociaciones de los señores feudales, los cuales también ejercían el poder de dominación como un atributo propio y no derivado del Estado.

Al irse fortaleciendo el Estado a lo largo de la historia, éste fué -- absorbiendo, fué apropiándose, fué arrancando los poderes a las asociaciones particulares para someterlas a su poder, y aunque hoy en día el Estado moderno reconoce a todos los individuos y a todas las asociaciones una serie de libertades limitadas por las leyes, no reconoce sin embargo un derecho de dominación en ellos que atente con el originario que éste posee. En otro sentido, todo poder derivado, que es el poder del órgano o poder de -- autoridad, del cual se encuentran investidos los órganos y los individuos -- que cumplen en el Estado una actividad funcional, corresponde o dimana del poder originario del Estado.

En un Estado federal, como lo sería el nuestro, el poder de dominación existente en este territorio, es soberano, único y originario, porque aunque existan Estados federados libres y soberanos en lo concerniente a -- su régimen interior, dichos estados se encuentran unidos en una federación, por lo que las leyes internas tendrán que derivar de los términos establecidos en la Constitución Federal, por lo tanto no podrán contravenir las -- estipulaciones del pacto federal, porque al unirse se crea un sólo poder -- de dominación, el cual se convierte en poder originario, derivándose éste -- en los Estados miembros, así como en los municipios, sin perderse de vista que dicho poder corresponde primeramente al Estado federal. El "imperium" -- existente en los Estados federados y en los municipios de estos, significa una delegación del poder del Estado, es decir, una actividad local de dicho poder.

Pasando a otra característica del poder dominante, podemos decir que-

éste puede adoptar dos tipos de caracteres: el de poder ser un poder de hecho o un poder de Derecho. El carácter de poder de hecho, se da cuando en un Estado sus relaciones internas son primitivas o se encuentra conmovido en su aspecto social. Cuando existe un poder de hecho en un Estado, éste - tratará de demostrar que es legítimo, ya sea a través de una aprobación -- crítica (legitimación normativa) requerida a categorías éticas, en donde - todos o cuando menos la mayoría de los miembros de una comunidad política, de hecho lo acepten, originándose con posterioridad el Derecho que le da - la nota de legalidad a dicho poder. O a través de un consenso real (legitimación sociológica), encaminada a la " indagación de los motivos por los cuales una comunidad jurídica acepta y aprueba de hecho, un orden estatal. 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", (13) porque un Estado tiene poder de hecho, sólo si la gente sobre la cual tiene autoridad lo considera autoridad legítima, de aquí que no existe la obligación de someterse a dicha dominación, precisamente por ser de hecho.

El Estado que detenta dicho poder de hecho, también cuenta de hecho - con la fuerza de la coacción física y por tal motivo realiza una pretendida legalidad, con la aspiración de legitimar esa fuerza física, mediante - una legitimación normativa (ética) y, o sociológica de dicho poder, convirtiéndolo el poder de hecho en un poder de Derecho, para que las funciones que realiza el poder estatal se produzcan y se ejerzan en forma jurídica-- mente regulada, por lo que el poder de hecho adquiere el carácter de legal. El ejemplo más característico de esto, lo constituyen los países en donde existe un régimen militar, como Chile, que a través de una falsa legitimación, es aprobado dicho poder en el congreso, y aunque a partir de esta aprobación se convierte en legal, no deja de hecho de ser un poder de hecho.

Por estas consideraciones, Heller sostiene que "el poder del Estado - es, pues, siempre legal, es decir, poder político jurídicamente regulado -

(13) Zippelius, Reinhold. Teoría General del Estado. México, D.F., UNAM, - 1985. Pág. 123.

"(14) en la medida en que el Estado crea al Derecho y el Derecho es quien legaliza al poder.

Con ésto, diremos que el poder es siempre legal, independientemente de que sea legítimo o no, por lo que la característica de ser originario se funda también en su legalidad.

Kelsen dice que "lo que diferencia a la relación denominada poder del Estado, de otras relaciones de poder, es la circunstancia de encontrarse jurídicamente regulada, es decir, que los hombres que, como gobierno del Estado, ejercen el poder, están facultados por un orden jurídico a ejercer el poder mediante la producción y aplicación de normas jurídicas, como consecuencia el llamado poder del Estado es la validez de un orden jurídico eficaz". (15)

El poder de Derecho o poder jurídico, se da en un Estado desenvuelto, en donde existe una situación social normal. Se dice que es un poder de Derecho, porque su dominación se da dentro de un marco legal, limitándose -- sus órdenes a las reglas establecidas, por lo que las relaciones entre el Estado y sus nacionales son relaciones jurídicas, convirtiéndose el poder del Estado, esto es, su objeto, en el objeto del Derecho Político, así todo Derecho Político se convierte en una doctrina de los poderes del Estado, de sus órganos, de sus funciones, de sus límites, de sus derechos y de sus deberes.

De todo lo dicho anteriormente, podemos darnos cuenta que es imposible conocer al Estado sin conocer al Derecho, porque el Estado en su aspecto jurídico, es la fuerza de dominación originaria con que cuenta la corporación de un pueblo en un territorio. Por tal razón, el estudio de sus mutuas relaciones es de capital importancia, para darnos cuenta que la existencia de ambos va encaminada a proporcionar a los hombres un mínimo de bienestar para poder vivir en sociedad.

(14) Heller, op. cit., p. 261.

(15) Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. México, D.F., UNAM, 1979. ---
Pág. 294.

CAPITULO IV

RELACIONES ENTRE ESTADO Y DERECHO

CAPITULO IV
RELACIONES ENTRE ESTADO Y DERECHO

4.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El problema de las relaciones entre Estado y Derecho, estriba en la - dificultad que existe para ponerse de acuerdo en definir cada concepto, -- por lo que dicha cuestión se ha planteado desde el mismo origen del Estado y el Derecho, en consecuencia cada generación ha tratado de resolver la in- terrogante de acuerdo con la realidad histórico-social que han vivido. En - esta ocasión trataremos de hacer algo similar para un equivalente fin, es- decir, intentaremos conjugar el ser y el deber ser de cada concepto para - obtener una respuesta que se adecue a nuestra realidad presente.

Al "suponer al Estado como una unidad que opera en la realidad histó- rico-social",⁽¹⁾ nos referimos a la realidad social como actividad humana, y al considerar al "orden jurídico vigente como el conjunto de reglas impo- sitivo-atributivas que en una época y un lugar determinados el poder públi- co considera obligatorias"⁽²⁾ nos estamos refiriendo al Derecho Positivo - y no a la idea general del derecho, esto es, nos estamos refiriendo al De- recho del Estado, o sea, al derecho vigente creado y reconocido por la or- ganización política. El Derecho positivo pertenece al grupo de las ordena- ciones sociales, porque es creado y planeado como producto de la actividad humana, teniendo como base dichas ordenaciones sociales, las ordenaciones- naturales, tales como: "el nacimiento, la muerte o las leyes de los impul- sos que influyen en nuestro obrar".⁽³⁾

(1) Heller, Hermann. Teoría del Estado, 11ª Edic., México, D.F., Fondo de- Cultura Económica, 1985. Pág. 199.

(2) García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 37ª Edic., México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1985. Pág. 97.

(3) Heller, op. cit., p. 200.

Cuando el Estado, a través de su poder político mantiene y garantiza el orden jurídico, se transforma éste en Derecho positivo, y "entonces el Estado viene realmente a ser la fuente de validez formal del derecho por cuanto él establece y asegura el derecho legal mediante sus órganos y señala las condiciones para la validez del derecho consuetudinario".⁽⁴⁾ Los -- órganos del Estado a través de la función legislativa serán quienes crearan al derecho, por estas razones se hace necesario estudiar las relaciones que existen y que deben de existir siempre entre Estado y Derecho, considerando este último como orden jurídico vigente.

El maestro Sánchez Agesta afirma que "el problema puede plantearse en sus términos generales como una tensión entre el carácter normativo, conservador y regulador, que es esencial al Derecho, y el carácter creador, innovador, libre que es esencia de toda actividad política y que se da, -- por consiguiente en los actos políticos que ejerce el poder e influyen sobre el poder y renuevan la existencia del Estado. ¿Cómo es posible sujetar esos actos libres e innovadores a una regla normativa?"⁽⁵⁾

Al tratar de resolver la anterior interrogante, nos percatamos que -- no es nada fácil y que por el contrario surgen nuevas y polémicas cuestiones por resolver, en la medida que el Estado y el Derecho son dos entes -- distintos, pero no independientes ni aislados, sino dependientes, correlacionados y vinculados que conjugados ambos llevan a la adecuada convivencia humana. No se puede concebir siquiera, a un Estado sin organización y sin normas de convivencia que le permitan llevar a cabo sus fines por cumplir, es decir, no podemos imaginarnos a un Estado sin Derecho. Por el contrario un Derecho sin un poder, sin una fuerza que lo respalde para garantizarlo y mantenerlo vigente, esto es, para definirlo, aplicarlo y sancionarlo, se convierte en un ideal impracticable, ineficaz y sin vigencia. O dicho de otra manera, no puede existir el Derecho positivo sin el Estado.

El Estado, dígase lo que se diga, es también un fenómeno de fuerza --

(4) Heller, op. cit., p. 204.

(5) Sánchez Agesta, Luis. Principios de Teoría Política. Madrid, Editora Nacional, 1966. Pág. 91.

que necesita del Derecho para poder aplicarla y mantenerla, ya que es en la organización estatal donde recae el monopolio de la sanción, sin embargo la fuerza del Estado, su sanción, deben estar reguladas por el Derecho-positivo, basado en principios jurídicos suprapositivos, "en este sentido, el Derecho es la forma de manifestación éticamente necesaria del Estado". (6)

El Estado y el Derecho son un dualismo dialéctico, que al encontrarse concatenados mantiene una constante tensión y les permite estar en constante movimiento, evolución y cambio, y con ellos la sociedad humana y el pensamiento. Al existir una continua tensión dialéctica entre el "ser" y el "deber ser" de cada ente, ésta se traduce en ambos conceptos de manera separada, precisamente para que el Estado pueda vivir con el Derecho y el Derecho con el Estado, porque estas dos realidades no solo viven, sino conviven entre sí, como consecuencia de su coexistencia, ya que existen de manera distinta pero con una correlativa coordinación.

Al considerarse al Estado como una organización social, su poder es concebido como voluntad política subjetiva y el Derecho como institución fundada por el poder, que al ser creado escapa a la voluntad de su fundador para adquirir fuerza social, fuerza objetiva de institución que frena el poder y lo integra a su propio orden como una de sus características, dejando de ser el poder un elemento subjetivo para convertirse en un elemento de una institución objetiva y transformarse en una institución definida por el Derecho.

El problema de las mutuas relaciones entre Estado y Derecho, tiene una gran cantidad de interrogantes por resolver, ya que diversos tratadistas de distintas ramas del conocimiento se plantean diversas cuestiones para dar distintas respuestas, surgiendo con ello variadas teorías que intentan resolver la cuestión de las necesarias relaciones entre Estado y Derecho, las cuales el maestro Recaséns Siches, para precisar el problema, lo plantea de la siguiente manera: "¿constituyen el Estado y el Derecho entes -- distintos, pero relacionados de alguna manera especial? ¿trátase, por el --

(6) Heller, op. cit., p. 210.

contrario, meramente de dos palabras que designan una sola e idéntica cosa, de suerte, que, en puridad, el concepto del Estado y del orden jurídico positivo coincidirían plenamente? En caso de no ser así, es decir, si el Estado no es lo mismo que el orden jurídico vigente, ¿cuáles son las relaciones entre ambos? ¿Trátase de una relación de implicación esencial, de suerte que no cabría un concepto del Estado sin implicar el concepto del Derecho, o, por el contrario, cabe un concepto puro y exclusivamente sociológico del Estado, ajeno en absoluto a todo punto de vista jurídico? -- ¿Hay por el otro lado una relación de implicación esencial entre el concepto del Estado y el del Derecho, es decir, implica el concepto del Derecho una mención o referencia al Estado? Si Estado y Derecho no coincidiesen -- exactamente, si no fuesen una y la misma cosa -- aunque estuviesen trabados entre sí --, ¿cuál sería el tipo de relación entre el uno y el otro? (7)

A este respecto, se ha tratado de resolver el problema, dándose un gran número de teorías para dar respuesta a la interrogante de saber cuáles son las relaciones que existen y que deben de existir entre el Estado y el Derecho, las cuales se pueden agrupar en cuatro posiciones doctrinales típicas para proceder a su examen, y estas son las teorías puramente sociológicas, que consideran al Estado en su puro aspecto fáctico, como una pura realidad, sin relación con su carácter jurídico, los cuales estudiamos ya --supra, capítulo II inciso 2.º--. Las teorías de las dos facetas o de la doble cara del Estado, son las que manifiestan que la organización estatal presenta dos dimensiones una jurídica y otra sociológica, es decir, toman en cuenta su aspecto fáctico y jurídico pero sin determinar de manera precisa el tipo de relación que se da entre ambas. Las teorías que identifican Estado y Derecho son las que afirman que el Estado y el orden jurídico son idénticos y que estas dos palabras designan un mismo objeto, por lo que estas teorías eliminan del Estado todo dato sociológico o político, trayendo como consecuencia que Estado y Derecho se identifican. En la actualidad es aceptada casi unánimemente la teoría de la mutua interpretación del Estado y el derecho, la cual considera que en el Estado exis-

(7) Recaséns Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho, 4º. - Edic., México, D.F. Ed. Porrúa, S.A. 1970. Pág. 337.

ten realidades sociológicas y dimensiones jurídicas que se deben armonizar e integrar para entender rigurosamente la relación entre lo fáctico y lo - normativo.

4.2. TEORIAS DE LA DOBLE CARA DEL ESTADO.

La teoría de las dos facetas del Estado como también es llamada esta corriente, se dió en el momento y en la medida en que se hizo necesario -- explicar que el Estado no es un mero ser de la naturaleza como pretendieron demostrarlo las teorías que dan un predominio exagerado a lo natural -- sobre lo cultural; tales como las teorías organicistas del biólogo Hertweg, en donde se encuentran tendencias imperialistas, tradicionalistas y antingcualistas o como la del pacifista Karl Kautsky, que afirma que en la naturaleza existe un equilibrio normal en donde no existe guerra, crimen ni egoísmo, o las teorías naturalistas del hecho de la dominación de los más fuertes sobre los más débiles; sino que el Estado es una realidad social -- donde es esencial el aspecto jurídico por lo que se afirma en estas teorías, que en el Estado coexisten dos caras una real y otra ideal. La cara real, es una vertiente fenoménica que requiere un estudio sociológico, la cara -- ideal, es una vertiente normativa que tiene que ser estudiada por la ciencia jurídica.

Entre los autores que buscaran una armonización de los aspectos social y jurídico del Estado para dar lugar a la teoría de la doble cara del Estado, se encuentra Max Weber (1864-1920), el cual al concebir un Estado-racional como asociación de dominio institucional con el monopolio del poder legítimo, afirma que "desde el punto de vista de la consideración sociológica, una asociación "política" y en particular un Estado no se pueden definir por el contenido de lo que hacen... Antes bien, sociológicamente el Estado moderno solo puede definirse en última instancia a partir de un medio específico que, lo mismo que a toda asociación política, le es -- propio, a saber: el de la coacción física. "Todo Estado se basa en la fuerza", dijo en su día Trotsky en Brest-Litovsk. Y esto es efectivamente así."

..(8)

Como se observa en este pasaje, Weber considera que el Estado en su -- aspecto social, se le debe definir a través de su medio específico que es

(8) Weber, Max. Economía y Sociedad, 2º Edic., México, D.F., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1983. Pág. 1056.

la coacción física, especificando sin embargo que la coacción no es el medio normal del Estado sino específico. "Por supuesto, la coacción no es en modo alguno el medio normal o único del Estado —nada de esto— pero sí su medio específico."⁽⁹⁾

Este estudio real, fenoménico, lo basa precisamente en una consideración sociológica del Estado, intentando conjugarla con otra de tipo jurídico que se encuentra implícita en su exposición al decir que: "lo específico de la actualidad es que a las demás asociaciones o personas individuales solo se les concede el derecho de la coacción física en la medida en que el Estado le permite. Este se considera, pues, como fuente única del "derecho" de coacción."⁽¹⁰⁾

"El Estado, lo mismo que en las demás asociaciones políticas que lo —han precedido, es una relación de dominio de hombres sobre hombres basada en el medio de la coacción legítima (es decir: considerada legítima). Así, pues, para que subsista es menester que los hombres dominados se sometan —a la autoridad de los que dominan en cada caso. Cuándo y por qué lo hagan, sólo puede comprenderse cuando se conocen los motivos internos de justificación y los medios externos en los cuales la dominación se apoya."⁽¹¹⁾

Podemos precisar que los motivos internos de justificación, son los —de la legitimidad de dominación, entendida como un consenso real, o sea, —como una legitimación sociológica. En estos términos, Weber considera al —Estado como una realidad social. Los medios externos, son el derecho como un sistema que pretende autoridad basado en el poder de dominación del Estado. En este sentido, Weber entiende la cara jurídica del Estado.

Con estas consideraciones Weber concluye que el Estado tiene una doble cara; social y jurídica las cuales se observan en la siguiente conclusión: "Desde el punto de vista de nuestra consideración importa, pues, de

(9) Weber, op. cit., p. 1056.

(10) Loc. cit.

(11) Weber, op. cit., p. 1057.

taar lo puramente conceptual en el sentido de que el Estado moderno es - una asociación de dominio de tipo institucional, que en el interior de un territorio ha tratado con éxito de monopolizar la coacción física legítima como instrumento de dominio... "(12)

Otro personaje, que sostendrá la teoría la doble cara del Estado es Maurice Hauriou (1856-1929), el cual sostiene lo siguiente: "En ninguna - parte gobierna el Derecho sin la ayuda del poder, —del Estado— ni en De recho público ni en Derecho privado, ni en materia nacional, ni en mate- ria internacional. Siempre y en todas partes, cuando se impone a un poder una regla de derecho es en virtud de otro poder." (13)

Las relaciones que se dan entre el Estado y el Derecho, son en base a los deberes que el Estado debe encarnar tanto en Derecho público como - en el Derecho privado, en materia nacional e internacional, y estos deberes se resumen en el bien común. Hauriou, sí, da el aspecto social y jurídico del Estado en los deberes que el Estado debe cumplir para la realiza ción del bien común, al considerar al poder por un lado y al Derecho por el otro, pero con una interdependencia de ayuda mutua, por eso afirma que el Derecho no gobierna sin la ayuda del poder, ya que "de hecho, el poder y la regla de derecho no son elementos completamente separables, y sus re laciones son íntimas: por una parte, el poder de derecho es creador de De recho, y las reglas de derecho positivo no tienen otra fuente que el poder; —el Estado— por otra parte, estas mismas reglas de derecho necesitan ser sancionadas por el poder, de tal suerte que tienen por misión limitar el poder que las crea y las sanciona." (14)

El tratadista francés, considera a la facticidad y a la normatividad del Estado, como cuestiones que se implican mutuamente y se presuponen -- viceversamente, al manifestar que "el poder es Derecho en potencia o en - acto, y el Derecho es poder realizado." (15) En esta misma posición, se --

(12) Weber, op. cit., p. 1060.

(13) Hauriou, Maurice. Principios de Derecho Público y Constitucional. Madrid, Ed. Reus, 1927. Pág. 280.

(14) *Ibid.*, p. 281.

(15) *Ibid.*, p. 283.

sitúa Hans J. Wolf al considerar que "lo que se debería mantener de la teoría de las dos facetas, no es la normatividad de lo fáctico, sino la facti- ci- dad de lo normativo, tomando lo normativo exclusivamente en su sentido - lógico, sin referencia a valores."⁽¹⁶⁾

Hauriou, resume las posiciones de lo fenoménico y lo normativo del Estado "diciendo que las reglas del derecho tienen por misión limitar al poder en su función de crear y de sancionar el Derecho...Cumpliendo esta misión, las reglas de derecho tienden a realizar en el Estado lo que se llama el Estado de Derecho, es decir, la sumisión del Estado al Derecho."⁽¹⁷⁾

En España, el maestro Adolfo Posada será el que desarrolle la teoría de la doble cara del Estado, dándole también la importancia debida al aspecto jurídico como nota esencial del Estado en estrecha vinculación con su realidad social y explica que "la relación íntima del Derecho y del Estado se produce y manifiesta en el proceso del realización de aquél."⁽¹⁸⁾ Lo que Posada hace, es considerar al Estado como una realidad social presente, que se encuentra ahí de manera objetiva, por lo que en el aspecto - jurídico del mismo, finca las relaciones que se dan entre el Estado y el Derecho. Con esto, el maestro español enfatiza de manera especial la normatividad que se da en la organización política.

Posada, afirma que "lo característico del Estado consiste en la fuerza ética con que establece y mantiene el orden jurídico: no es el del Estado un poder de pura dominación, es ético jurídico."⁽¹⁹⁾ Aquí se aprecia un intento de señalar las dos vertientes del Estado que se relacionan entre sí, pues al suponer la facticidad en el Estado, ésta se relaciona con su normatividad, con lo cual este autor califica al poder del Estado como ético jurídico, precisamente porque considera lo normativo como supuesto de lo fenoménico.

(16) Recaséns Siches, op. cit., p. 342.

(17) Hauriou, op. cit., p. 284.

(18) Posada, Adolfo. Tratado de Derecho Político, 5ª Edic., Madrid. Librería General de Victoriano Suárez, 1935. Pág. 100.

(19) *Ibid.*, p. 101.

En Posada al igual que en Hauriou, se percibe un intento un poco más marcado de conjugación entre el aspecto social y jurídico del Estado, porque si bien se dan cuenta y lo aceptan que el Estado es una realidad social, intentan relacionarlo con su aspecto jurídico. Como ejemplo de esto, podemos citar lo que manifiesta Posada, al decir que "en las concepciones como en la vida misma, espera la idea de una separación de elementos sociales, o la de una diferenciación social, que el Estado sea un puro instrumento de poder, distinto de la sociedad y que actúa sobre ella, imponiéndole normas que hará efectivas con su fuerza, o bien, que aquél sea la expresión de la organización misma de la sociedad que por medio de sus órganos, el poder público, declara e impone las normas jurídicas; en todo caso, se produce un desdoblamiento: de un lado, un orden jurídico que abarca un sistema de relaciones reguladas por normas obligatorias; de otro, el Estado que garantiza la efectividad y cumplimiento de esas normas,"⁽²⁰⁾ por lo que "en definitiva, el Estado se ofrece como un poder que hace efectivo el Derecho —normas— mediante su fuerza propia."⁽²¹⁾

Como es de observarse en todos estos autores, la distinción entre la cara social y la cara jurídica del Estado, se hace un tanto difícil, ya que no se expone de manera clara y sistemática tal distinción, y en este aspecto Georg Jellinek (1851-1911) es el único que lo hace de manera evidente y clara, exponiendo su doctrina de un modo sistemático. Al referirse a la consideración sociológica del Estado, afirma que ésta "tiene por objeto el estudio del Estado como fenómeno social: aquellos hechos — subjetivos y objetivos en que consiste la vida concreta del Estado... la doctrina de los orígenes, transformación y decadencia de los mismos; la investigación de los supuestos sociales y de la acción del Estado...".⁽²²⁾

Al referirse a su aspecto jurídico manifiesta que "la segunda concepción tiene como objeto el aspecto jurídico del Estado; pero el Derecho — ofrece una doble vida: es, de un lado, ejercicio jurídico efectivo, en cu-

(20) Posada, op. cit., p. 96.

(21) Loc. cit.

(22) Jellinek, Georg. Teoría General del Estado. Tr. Fernando de los Ríos. Buenos Aires. Ed. Albatros, 1981. Pág. 102.

yo sentido tiene el carácter de un poder social que forma parte de la vida concreta de la cultura de un pueblo; y de otra parte, es una totalidad de normas que exigen ser transformadas en acciones. En este último sentido, - el Derecho no queda dentro del mundo del ser, sino del mundo de lo que debe ser. Constituye una pluralidad de conceptos y proposiciones, que no sirven para conocer lo dado sino para juzgar de la realidad...El conocimiento jurídico de un objeto es, pues, fundamentalmente distinto del conocimiento de los hechos reales que lo componen. La concepción jurídica del Estado -- tiene como objeto el conocimiento de las normas jurídicas que determinan - y sirven de pauta a las instituciones y funciones del mismo, así como de - las relaciones de los hechos reales de la vida del Estado con aquellos --- juicios normativos sobre los que se apoya el pensamiento jurídico. La concepción jurídica del Estado se propone, por consiguiente, completar la concepción social del mismo; pero no puede, en modo alguno, confundirse una - con otra."(23)

En base a este planteamiento, Jellinek distingue entre concepto social y concepto jurídico del Estado. En su concepto social, dice el profesor de Heidelberg, "el Estado es la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación, y formada por hombres asentados en un territorio."(24) Y en su concepto jurídico, esto es, como concepto de Derecho, el Estado "es la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio; o para aplicar - un término muy en uso, la corporación territorial dotada de un poder de -- mando originario."(25)

Estas teorías de la doble cara del Estado, parten de la formulación - de un programa en el cual se parte del hecho de haberse dado cuenta y de - considerar al Estado como una realidad social, esto es, como un ente real de conocimiento, como una realidad presente en su momento; en la cual se - generan y se aplican las normas jurídicas, por tal razón, --afirman estas teorías-- se debe estudiar al Estado desde dos puntos de vista, social y -

(23) Jellinek, op. cit., pp. 102 y 103.

(24) *Ibid.*, p. 133.

(25) *Ibid.*, p. 135.

jurídico, es decir, el Estado cuenta con o tiene dos facetas, constituyéndose así esta corriente.

En la actualidad, la mayoría de los pensadores modernos, piensan que a estas teorías les falta señalar la conexión que existe entre los estudios jurídicos y los estudios sociológicos del Estado, para señalar el papel que desempeñan en la concepción unitaria y general del Estado. Por eso, lo único que han hecho es poner a los estudios sociológicos junto a los estudios jurídicos sin precisar el punto de articulación entre ambos.

4.3. TEORÍAS QUE IDENTIFICAN ESTADO Y DERECHO.

La problemática que presenta la yuxtaposición de los estudios sociológicos y los estudios jurídicos ofrecidos por la teoría de la doble cara -- del Estado, como dos consideraciones a través de las cuales puede conocerse al Estado, dió motivo a que pensadores como Hans Kelsen llegaran a formular una crítica encaminada a negar la doble dimensionalidad del Estado y a sostener en contraposición, la absoluta identidad entre el concepto del Estado y el concepto del Derecho, por lo que la teoría de la identidad entre el Estado y el Derecho surge como una posición polémica contra la afirmación de que el Estado tiene dos caras o dos facetas.

Kelsen, parte de la premisa de que en el conocimiento del Estado, hay que eliminar radicalmente todo lo que no sea jurídico. Es el sujeto cognosciente el que produce su objeto al conformar el material que le ofrece la -- observación sensible a las categorías previamente existentes en la mente -- humana, según las premisas kantianas del conocimiento. Un mismo método de conocimiento no puede producir dos objetos diferentes. En base a esto, es absurda y contradictoria la llamada teoría de las dos caras del Estado, -- que afirma que es posible llegar al conocimiento del Estado a través de métodos sociológicos y jurídicos al mismo tiempo. Como consecuencia, es necesario eliminar de la teoría del Estado, como lo exige la pureza metódica, -- todo dato naturalístico-sociológico y ético-político y considerar únicamente su aspecto jurídico, porque el Estado en esencia es un orden jurídico -- relativamente centralizado.

Para Kelsen, el dualismo entre derecho público y privado tiene un carácter ideológico, porque para este tratadista la distinción entre derecho privado y público es una distinción entre dos métodos de producción de derecho. Así, "de ese modo la teoría pura del derecho relativiza la contraposición, convertida en absoluta por la ciencia jurídica tradicional, entre derecho privado y público, convirtiéndola de una distinción extrastemática --es decir, una distinción entre el derecho y lo que no es derecho, entre derecho y Estado--, en una distinción intrastemática, conservándose -- justamente así como una ciencia que no se disuelve en la ideología ligada-

a la obsolutización de esa cuestionable oposición;...De ahí que, en el mejor de los casos, pudiera habiar de dos terrenos jurídicos conformados en forma técnica diferente, pero no de una contraposición esencial absoluta entre Estado y Derecho. Este dualismo; lógicamente insostenible, no tiene carácter teórico alguno, sino sólo ideológico."⁽²⁶⁾

Partiendo el maestro vienés, de la oposición que la teoría tradicional del derecho sostiene entre el derecho público y privado, afirma que el dualismo entre Estado y Derecho cumple una función ideológica porque "el Estado, como el puro hecho de fuerza, se convierte en un Estado de derecho que se justifica en tanto produce derecho",⁽²⁷⁾ y en la medida en que es ineficaz una legitimación religioso-metáfsica del Estado, la teoría del Estado de derecho se convierte en la única justificación posible del Estado. "Que esta "teoría" haga del Estado, al afirmarlo como una persona jurídica, un objeto del conocimiento jurídico, de la teoría jurídica del Estado, y que, por el otro lado, recalque con el mayor vigor que el Estado, en cuanto poder esencialmente diferente del derecho, no puede ser concebido jurídicamente, es una contradicción que no le hace nulla. Puesto que las contradicciones no significan para las teorías ideológicas, donde necesariamente prosperan, ningún inconveniente sería, dado que las ideologías no aspiran propiamente a una profundización del conocimiento, sino a una determinación de la voluntad."⁽²⁸⁾

El Estado, como organización política, es concebido por este tratadista, como un orden jurídico, aclarando que no todo orden jurídico es un Estado, sino sólo aquel que tiene una organización en estricto sentido, es decir, aquel que puede instaurar órganos para la producción y aplicación de las normas que lo constituyen, cuando ha alcanzado un cierto grado de centralización, para convertirse el Estado en un orden jurídico relativamente centralizado. Esta centralización, es lo que lo distingue del orden primitivo preestatal, en el cual el procedimiento de producción general de

(26) Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. México, D.F., UNAM, 1979. ---- Págs. 287 y 288.

(27) *Ibíd.*, p. 290.

(28) *Loc. cit.*

derecho se encuentra descentralizado, en consecuencia el Estado es concebido como comunidad social, porque se constituye mediante un orden normativo y este orden normativo es el orden coactivo relativamente centralizado reconocido como orden jurídico estatal.

Con esto, se pone de manifiesto que el Estado al ser un orden jurídico, todos los actos que se exteriorizan en su vida como tal, son actos de producción o ejecución de normas jurídicas, a través de una imputación atributiva, porque los actos realizados por determinados hombres calificados como actos del Estado o de funciones estatales, son atribuibles a la sociedad estatal constituida por el orden jurídico, en virtud de ser la norma jurídica el único criterio posible de esta imputación, en consecuencia el Estado como sujeto activo, como sujeto de los actos estatales, es la personificación del orden jurídico.

En relación a los tres elementos del Estado, considerado como comunidad social, dice que estos "sólo pueden ser determinados jurídicamente, es decir, sólo pueden ser entendidos como la validez y los dominios de validez de un orden jurídico,"⁽²⁹⁾ sosteniendo que la población y el territorio del Estado son el dominio de validez personal y territorial de un orden jurídico estatal, y el poder del Estado la validez de un orden jurídico eficaz.

Con respecto a la teoría de los tres poderes o funciones del Estado, Kelsen los concibe como los escalones de producción del orden jurídico, -- siendo los órganos estatales situaciones fácticas de producción y aplicación de normas jurídicas. Las formas de Estado, las concibe como el método de producción de normas generales reguladas por la constitución.

Como resultado de la teoría de Kelsen se pueden obtener dos fundamentales conclusiones: Primera "si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de derecho, dado que esta expresión es pleonástica ... entonces la tentativa de legitimar al Estado, como Estado de "derecho" se descubre

(29) Kelsen, op. cit., p. 292.

como enteramente inadecuada, porque, como ya se recalcó, todo Estado, en ese sentido, tiene que ser un Estado de derecho, puesto que todo Estado es un orden jurídico;"(30) y la segunda es que se disuelve el dualismo entre Estado y Derecho porque "si se reconoce que el Estado, como orden de la conducta humana, es un orden coactivo relativamente centralizado, y que el Estado, como persona jurídica, es la personificación de ese orden coactivo, el dualismo entre Estado y derecho se disuelve en una de esas duplicaciones surgidas cuando el conocimiento hipostasía la unidad que constituye de su objeto —y expresión unitaria tal es el concepto de persona—."(31)

Con esta disolución crítico-metódica del Dualismo entre Estado y Derecho, Kelsen anula una de las ideologías más eficaces, la de la legitimación. De aquí, se desprende la apasionada oposición que se da por parte de la teoría tradicional del Derecho y del Estado, a la tesis de la identidad del Estado y el Derecho que sostiene la teoría pura Kelseniana.

Entre las muchas críticas que ha recibido el fundador de la escuela vienesa, se encuentran las del teórico del Estado Hermann Heller, el cual considera que Kelsen siguiendo la línea de la doctrina dominante de Gerber y Laband, al convertir al Estado en un orden normativo ideal según los postulados de la ciencia del sentido, y al absolutizar, estimándolas como trascendentes de la historia a las formas jurídicas, privadas en lo posible de contenido, está eliminando radicalmente lo político de la teoría del Estado, haciendo con esto realidad el sueño de la época y por cierto, "ad absurdum", porque "el experimento Kelseniano vino a conducir, por todo paradójico, a una teoría del Estado sin Estado, ciertamente, pero no a una teoría del Estado totalmente emancipada de lo político."(32)

El motivo de esta "singular pirueta" como la llama Heller, se debe a la imposibilidad de separar el sujeto del objeto. "El ser del Estado es, —cabalmente, su devenir a través de actos de decisión política constantemente renovados, en su devenir en la lucha política entre poderes reales de —

(30) Kelsen, op. cit., pp.315 y 320.

(31) Ibid., p. 319.

(32) Heller, op. cit., p. 71.

voluntad, ante los cuales no es posible que el sujeto de conocimiento mantenga una absoluta neutralidad. Este modo de ser del Estado es lo que hace que los juicios puros del ser, libres de toda valoración y semejantes a las proposiciones lógico-matemáticas, sean completamente inadmisibles. No es, por eso, extraño que una teoría del Estado que, de acuerdo con los postulados de la ciencia del sentido, hace abstracción del acontecer real, de la vida estructurada, que es en lo que únicamente consiste el Estado, venga a encontrarse con que todo lo estatal se le ha volatilizado, yendo así a dar en la Teoría del Estado sin Estado."⁽³³⁾

Kelsen, al querer observar la más absoluta pureza metódica mediante su doctrina de la identificación del Estado y el Derecho, eliminando radicalmente cualquier dato ético-valorativo de la Ciencia Jurídica, cayó en este defecto, ya que confesó que su restricción del concepto de Estado atendía a una tendencia antisocialista en defensa del liberalismo, "ya que los resultados a que llega —dice Kelsen—, se aproximan a los de la vieja teoría liberal del Estado, no trataré en forma alguna de defenderme de la observación que se me puede hacer de que en mi obra se perciben síntomas de ese neoliberalismo que parece apuntar por todas partes."⁽³⁴⁾

Heller, criticando a Kelsen, dice que al identificar el Estado con el Derecho, la Teoría del Estado se reduce a una teoría "normativa" del Estado como Teoría del Derecho. "El intento Kelseniano de disolver al Estado en el derecho constituye una doctrina exclusivamente formal de un Derecho Natural sin contenido. La "doctrina pura del derecho" no conduce a la representación de una autoridad impersonal del derecho, sino a la de una autoridad del derecho depurada de todo contenido ético y sociológico. Al identificar, como lo hace Kelsen, el Estado con el Derecho, por fuerza habrá de desaparecer, con la legalidad peculiar del Estado, la autonomía de la teoría del estado. No hay más que una teoría "normativa" del Estado como Teoría del Derecho, la que, como tal, "es también la sociología del Estado"."⁽³⁵⁾

(33) Heller, op. cit., p. 71.

(34) Loc. cit.

(35) Heller, op. cit., p. 215.

Si guiendo con la crítica enérgica, Heller apunta dos funestas consecuencias de la doctrina Kelseniana, una teoría del Estado sin Estado y una teoría del Derecho sin Derecho. "Desde el momento en que se liquida la necesaria tensión entre Derecho y Estado, echándose unilateralmente del lado del Derecho, parece muy fácil fundamentar la validez del Derecho frente al Estado. Pero tal apariencia se desvanece al descubrir que la Teoría Kelseniana del Estado sin Estado se presenta como imposible porque, a la vez, - es una Teoría del Derecho sin Derecho, una ciencia normativa sin normatividad y un positivismo sin positividad. Como el Estado es absorbido completamente por el derecho y, en cuanto sujeto de derecho, no es otra cosa que "el derecho como sujeto" (cf. Heller, op. cit., pp. 106 s.), las normas jurídicas de Kelsen han de establecerse y asegurarse a sí mismas, o sea que carecen de positividad. El místico "automovimiento del derecho" de Kelsen viene a abocar, en último extremo, "en la norma fundamental, que constituye la base de la unidad del orden jurídico en su automovimiento" (ib. cit., pp. 248 s.). Pero como la norma fundamental no es más que un nombre inadecuado que se le da a la voluntad del Estado no sometida a normas, al derecho, tal como lo entiende Kelsen, le falta, además de la positividad, la normatividad. La reducción Kelseniana del Estado al derecho supone la identificación del orden normativo ideal con la organización real..."⁽³⁶⁾

Como la teoría que identifica Estado y Derecho, no puede ser admisible desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, ni de la filosofía del Derecho, ni de la teoría del Estado, será necesario e imprescindible buscar nuevos caminos, nuevas opciones que nos permitan vislumbrar de manera más realista las relaciones que guardan el Estado y el Derecho, para llegar a una solución más justa y adecuada a esta realidad que no podemos pasar por alto.

(36) Heller, op. cit. p. 216.

4.4. TEORIAS DE LA RELACION ESENCIAL Y NECESARIA ENTRE ESTADO Y DERECHO.

La teoría de la doble cara del Estado y la que identifica Estado y Derecho, aunque no sean la solución más adecuada a la interrogante de saber cuáles son las relaciones que guardan el Estado y el Derecho, si representan las bases para llegar a una solución que se ajuste a las necesidades cambiantes de la vida en sociedad.

Mientras que la teoría de la doble cara del Estado, se contentaba con una simple coexistencia de interpretaciones sociológicas y jurídicas de la comunidad política, y el logismo normativo de Kelsen con una contraposición del deber ser de carácter jurídico al ser de carácter social, sin que medie entre ellos alguna relación, atendiendo con esto unilateralmente a la normatividad de la realidad social del Estado, dice Heller, "La "tensión", pues, entre ser y haber ser (vid. también Kelsen, ob. cit., p. 16) no debe resolverse nunca unilateralmente, ni en favor de lo normativo ni del lado de la realidad social. Sólo se comprende de manera cabal la ordenación normativa social si se considera y da por supuesto que el ser y el deber ser no se hallan en un estado de aislamiento y en una anti-dialéctica ausencia de relación, sino, por el contrario, en una correlativa coordinación."⁽³⁷⁾

Esto, en la medida en que el Estado se encarga de crear normas y develar por su cumplimiento, y en tal situación se funda la relación que actualmente existe entre Estado y Derecho. "Si tratamos de determinar la relación en que actualmente se encuentran el Estado y el Derecho, partiendo de que éste es aquella ordenación normativa social establecida y garantizada por los órganos de la organización estatal, no podemos considerar ni al Estado ni al Derecho como un "prius", sino como entidades que se hallan entre sí en correlativa vinculación."⁽³⁸⁾

La relación esencial y necesaria entre Estado y Derecho planteada por

(37) Heller, op. cit., p. 203.

(38) Ibid., p. 206.

Heller, es en base a que el poder estatal de voluntad que da positividad al Derecho, se encuentra con anterioridad sometido a normas. Hauriou al -- concebir al Estado como una institución social en el cual entran en juego el poder, el orden y la libertad como elementos que aseguran la estabilidad y la armonía en la comunidad estatal, lo considera como elemento característico al cual le corresponde crear, definir y mantener el orden jurídico. Pero esta actividad del poder no debe ser arbitraria sino regulada.

Hauriou, define al poder como sigue: "El poder es una libre energía -- que, gracias a su superioridad, asume la empresa del gobierno de un grupo humano por la creación continua del orden y del Derecho."⁽³⁹⁾

Analizando la anterior definición, podremos darnos cuenta que la relación esencial y necesaria entre Estado y Derecho son de mutua interacción e interpretación. De la anterior definición, se pueden obtener tres ideas fundamentales para analizar al Estado: 1. "El poder es una libre energía -- dotada de superioridad". En esta primera parte de la anterior definición, se observa que el poder es una libertad, por ser un elemento subjetivo, o sea, es voluntad política subjetiva, es una energía y una superioridad, -- por lo que el poder político no es una fuerza bruta, sino una voluntad sujeta a normas con una superioridad cualitativa y cuantitativa.

2. "El poder asume la empresa del gobierno de un grupo humano". En esta segunda parte de la definición, Hauriou, finca la idea de que la función del poder en el Estado es la de gobernar, para señalar a los hombres que se encuentran bajo su dominio, la línea de conducta a seguir basada en un orden jurídico preestablecido.

3. "El poder gobierna por la creación continua del orden y del Derecho". -- Esta creación del orden y el Derecho, esta referida a un orden de cosas y a un Derecho positivo, por lo que esta referencia al orden se advierte como la nota más característica del poder. Al ser una libre energía, se con-

(39) Hauriou, op. cit., p. 162.

vierte en una libertad que gobierna a otras libertades dentro de un marco-jurídico sin llegar a un libertinaje o anarquía por parte de los súbditos, sino buscando una adhesión espontánea al orden.

Hauriou, nos comenta que el poder ha de moverse como un péndulo entre la libertad, considerada como elemento subjetivo, y el orden como elemento objetivo para poder mantener el orden jurídico vigente. Con esto, se desprende que las relaciones entre el poder y el Derecho son de mutua interacción, interpenetración e interdependencia, en la medida en que el poder al crear al Derecho positivo no lo hace de manera arbitraria sino en base a una serie de preceptos jurídicos que regulan al propio poder, para que una vez creado el Derecho, este deje de estar bajo el dominio de su fundador y pase a ser una institución objetiva con fuerza social. Como consecuencia, el poder adquiere un carácter jurídico, que debe resolver la tensión dialéctica entre la libertad y el orden.

CONCEPCION INSTITUCIONAL DEL ESTADO DE MAURICE HAURIOU

Los elementos subjetivos están representados por las voluntades de los hombres.

LIBERTAD

elementos subjetivos
voluntades
(dinámico cambiante)

PODER



ORDEN

elementos objetivos
normas
(estático permanente)

LIBERTAD.— La facultad de adherirse espontáneamente al **ORDEN**.

PODER.— El elemento moderador, equilibrador. Es el péndulo. Debe adherirse a la libertad cuando hay demasiado orden y debe adherirse al orden cuando hay mucha libertad (libertinaje).

La relación que existe entre Derecho y Estado es la que debe existir entre Orden y Poder. El Régimen Constitucional debe ser en beneficio de la libertad.

La relación esencial y necesaria que se da entre Estado y Derecho, deviene de una permanente tensión dialéctica de ambos. Como Estado y Derecho son un binomio indisoluble, es decir, son dos entes de conocimiento distinto, que al intentar conocer, tienen que implicarse mutuamente. Tienen una existencia propia, independiente que permite su estudio en el campo del ser y del deber ser, sin embargo, tienen una vida interdependiente a tal grado que no podrían existir uno sin el otro. Mientras el Estado es una realidad presente, un algo que está ahí, el Derecho es un algo creado por aquel, que mientras no se le da positividad, también se encuentra ahí.

El Estado y el Derecho no solo viven sino que conviven entre sí, y al existir de manera independiente también deben coexistir, sin fundirse y sin permanecer aislados como desconocidos, puesto que al ser el Derecho obra del Estado para después sobreterse el mismo al Derecho por el creado, se convierte en conjugación en un estudio interdisciplinario que nos da como resultado; que al haber surgido Estado y Derecho en sociedad como elementos de la convivencia humana, también podrán ser modificados o incluso extinguidos por la propia sociedad para los mismos fines, en la medida en que cumplan o no con el cometido para lo cual fueron creados.

El maestro Manuel Pedrosa, es otro de los tratadistas que sostienen la relación esencial y necesaria entre Estado y Derecho; al estudiar al Estado y al Derecho como dos realidades distintas, se cuestiona el cómo ligarlos, y qué relación existe entre ellos, contestándose que considerándolos en forma aislada, no puede existir uno sin el otro, porque el Derecho sin el Estado no es nada, es una mera idealidad normativa, una norma sin efectividad. Tampoco el Estado sin el Derecho es nada, sino un simple fenómeno de fuerza.

Con respecto a la teoría de Kelsen, el maestro Pedrosa argumenta que Estado igual a Derecho, da como resultado la confusión de una parte substancial (el Derecho) con el todo (el Estado). Y en consecuencia la posición correcta es la siguiente: —según el maestro Pedrosa— Estado con

Derecho, que equivale al "Estado de Derecho" moderno.

ESQUEMA DE LA RELACION ENTRE ESTADO Y DERECHO DE MANUEL PEDROSO *

(Representamos al Estado con una E en medio de un paréntesis y al Derecho con una D en medio de otro).

(E)-(D) ¿Cómo ligarlos? ¿Qué relación existe entre ellos? tomándolos en forma aislada, no existe uno - sin el otro: el Derecho sin el Estado no es nada; el Estado sin el Derecho es un simple fenómeno de fuerza.

(E)
sin Un simple fenómeno de fuerza.

(D)
La proposición contraria, el Derecho sin el Estado, es una mera idealidad normativa, una norma -- sin efectividad.

(D)
sin Una mera idealidad normativa, norma sin efectividad.

(E)
La teoría de Keisen, Estado igual a Derecho, da - como resultante la confusión de una parte substancial (el Derecho) con el todo (el Estado).

(E) = (D)

La posición correcta es la siguiente: Estado con Derecho, lo que equivale al "Estado de Derecho" - moderno.

(E)
(con) Estado de Derecho moderno.
(D)

(*) González Uribe, Héctor. Teoría Política, 3ª Edic., México, D.F., Ed.-- Porrúa, S.A., 1980. Pág. 223.

Mientras que para Kelsen, el Estado es un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, sino sólo aquel que exhiba cierto grado de centralización, para nuestro estudio diremos que no todo Estado por su relación con el Derecho es un Estado de Derecho, sino sólo aquel en el que el poder político mantenga las condiciones necesarias de equilibrio entre el orden normativo y la libertad social, a la vez que este poder se someta al Derecho y no lo traspase.

Estas teorías, de la relación esencial y necesaria entre Estado y Derecho, son las más difundidas y las más aceptadas por la mayoría de los teóricos del Estado, ya que de las mismas se desprende la conformación del actual Estado de Derecho moderno, del cual nos ocuparemos en las páginas siguientes.

4.5. ESTADO DE HECHO.

Para poder hablar del "Estado de Derecho", es menester hablar del "Estado de hecho", los cuales conforman una unidad y lucha de contrarios a los que les son inherentes aspectos internos contradictorios, que se encuentran en unidad irrompible y en lucha incesante que les permite crear una fuerza interna de desarrollo.

Mientras que en un "Estado de Derecho" el Estado crea al Derecho para después sujetarse a él, en un "Estado de hecho" no se cumple del todo esta afirmación. En un "Estado de hecho", el poder se ejerce también de hecho, para después darle el carácter de legal y conseguir una legitimación ante la sociedad. Para que se pueda definir el concepto de "Estado de Derecho", es necesario contar con los elementos de la legalidad formal y los criterios materiales de la legitimidad, por lo que en un "Estado de hecho" la legalidad formal es el único elemento con el que cuenta dicha realidad, porque jamás encontrará de hecho una legitimación sociológica, sino una legitimación obligada, porque si el pueblo se resiste, de inmediato es sofocada esta resistencia a través de los complementos materiales de todo género y los disidentes políticos son considerados como traidores y enemigos y se procede a su desaparición, no obstante el resto de la población sigue siendo controlada a través de la vigilancia que se ejerce en el correo, teléfono y en general en todos los medios masivos de comunicación hablada y escrita.

Como ejemplo de esto último, podemos mencionar a los Estados totalitarios, los cuales se distinguen por la tendencia hacia la máxima penetración y conformación de toda la vida de la comunidad. En estos Estados se combinan caracteres de tipo autoritario y autocrático, no obstante cada concepto tiene aspectos diversos "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 de 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 la base del legitimación del Estado no radique en la voluntad y en las necesidades de los individuos. El concepto de régimen autocrático hace referencia a la dominación de propia autoridad y se entrecruza con del régimen autoritario..."(40)

En otros tiempos estos "Estados de hecho", se contemplaron en la Rusia de Stalin, en la Alemania de Hitler y en la Italia de Mussolini. En la actualidad, estos (Estados) se viven en los países en donde todavía impera el régimen de la bota militar como en Sudamérica o en donde sufren discriminación racial como en África.

Los rasgos distintivos del totalitarismo, se presentan mediante un dogmatismo ideológico y la identificación del partido dominante con la colectividad, entre otros, con lo que nos lleva a observar que en la actualidad muchos Estados tienden a un totalitarismo legitimado, ya que estos cuentan con los elementos necesarios para dirigir el mayor número posible de ámbitos de vida. A este respecto Zippelius afirma: "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; estas pueden serle de utilidad como instrumentos para dirigir los ámbitos de vida más variados."(41)

Los rasgos de un Estado de tipo totalitario, pueden encontrarse 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 mecanismo que pretendía realizar un reino de la razón y de la

(40) Zippelius, Reinhold. Teoría General del Estado. México, D.F., UNAM, 1985. Pág. 298.

(41) *Ibid*; p. 299.

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 de aquel dogmatismo (Taimen 1961, 110 ss.)."(42)

El Estado totalitario moderno, el cual interviene en todos los ámbitos de la vida, como sucedió en la Rusia Stalinista, la Alemania Nacional-Socialista de Hitler o el Fascismo de Mussolini en Italia, pretende llevar a cabo sus ideas políticas, económicas y sociales incluso dentro de la esfera privada, gracias a que la concentración del poder político, de la dirección económica y la autoridad religiosa e ideológica se encuentran en manos del propio Estado, lo que le permite llevar a cabo sus metas no solamente en la economía, sino también en la vida social, el tiempo libre, la familia, el modo de pensar y la cultura del pueblo entero.

Las técnicas empleadas por el totalitarismo para imponer sus metas, son en base al empleo de prácticas de organización sistemáticamente desarrolladas y de medios técnicos que permitan lograr la unificación ideológica, tales como la radio, la televisión, la prensa y el cine, los cuales tendrán que cumplir la función de educar e inculcar en el pueblo los objetivos del Estado. Mientras que la economía y el mercado de trabajo son dirigidos y controlados a través de una economía planificada. Como consecuencia, en un Estado totalitario no existe una real división y equilibrio en la organización de los poderes ni una adecuada descentralización de los mismos.

En los regímenes totalitarios, en donde existe un "Estado de hecho", se van observando cambios cuantitativos, en cuanto que el poder de este tipo de Estado tiende a expandirse para adueñarse de todos los ámbitos de la vida del hombre, estos cambios cuantitativos van acumulándose gradualmente, para que en cierto momento conduzcan a cambios cualitativos y desaparezca la calidad vieja y surja la calidad nueva,

(42) Zippelius, op. cit., p. 298.

la cual lleva a nuevos cambios cuantitativos. Como resultado de esta transformación surge la tendencia opuesta al totalitarismo llamada liberalismo, como tendencia en la cual el Estado permite que el individuo, la sociedad y la economía se desenvuelvan según sus propias leyes, esto significa que deja de haber un excesivo orden para apoyarse más a una libertad de acción que el Estado permite al individuo. Pero este Estado liberal degenerará, por lo que se hizo necesario buscar nuevos cambios cuantitativos en cualitativos, nuevas formas de integración y armonización entre el orden y la libertad, mediante un poder suficiente como para inclinarse a alguno de esos dos conceptos, según las necesidades lo requieran, por lo que habrá de ubicarse entre los tipos ideales del Estado totalitario y el liberal, buscando un justo medio, como decía Aristóteles, que permita encontrar los instrumentos encaminados a impedir la expansión totalitaria y el ejercicio sin control del poder del Estado que degenera en libertinaje, y esos instrumentos de regulación son los principios del Estado de derecho.

4.6. ESTADO DE DERECHO.

El concepto "Estado de Derecho" es y ha sido un término muy en uso, a tal grado que se ha convertido en "slogan" de muchos políticos que pretenden obtener una legitimación carlarática para poder influir en un sistema político. El término tiene una concepción muy ambigua, al cual le han colgado infinidad de criterios personales que intentan pasar por criterios de derecho, por tal razón se hace necesario encontrar un concepto que se adecue tanto a lo formal como a lo material del término, en el que se distinga el contenido y el continente del mismo para poder saber su significado y lo que el término representa.

Hayek, atendiendo a este problema proporciona una formulación clara e impregnada de practicidad, en la que se aprecia lo general y lo particular, de lo que significa la idea del "Estado de Derecho". "Despojado de todo tecnicismo significa que el gobierno está vinculado por normas fijadas y publicadas de antemano —normas que hacen posible prever, con bastante certeza, cómo usará la autoridad sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y planear los asuntos de los individuos en base a este conocimiento." (43)

De la anterior formulación se desprenden dos situaciones 1. El Estado está vinculado a normas fijadas y publicadas de antemano, es decir, el Estado está vinculado al Derecho positivo, considerado como orden jurídico vigente. 2. Las normas hacen posible prever cómo usará la autoridad sus poderes coercitivos. Aquí se encuentra la vinculación del Derecho al poder del Estado, el cual le permitirá tener positividad en un orden jurídico.

En la concepción de Joseph Raz el "Estado de Derecho" es un ideal político del que un sistema jurídico pueden carecer o puede poseer en un mayor o menor grado...Hay que insistir también, en que el "Estado

(43) Raz, Joseph. La Autoridad del Derecho, 2ª. Edic., México, D.F., UNAM, 1985. Pág. 263.

de Derecho" es únicamente una de las virtudes que un orden jurídico puede poseer y por la que puede ser juzgado."⁽⁴⁴⁾ Esta interpretación del "Estado de Derecho" la funda en la afirmación de que éste no debe confundirse con la democracia, la justicia, la igualdad legal y material, ni con los derechos humanos o el respeto por las personas o por la dignidad del hombre, ya que estos ideales y realidades no constituyen las notas características de un Estado de Derecho, porque no todo Estado de Derecho es el imperio del derecho bueno, ya que "un sistema jurídico no democrático basado en la negación de derechos humanos, en una gran pobreza, en segregación racial, en desigualdad sexual y en la persecución religiosa puede, en principio, conformarse a los requerimientos del estado de derecho mejor que cualquiera de los sistemas jurídicos de las más ilustradas democracias occidentales. Sería un sistema jurídico incommensurablemente peor, pero sobresaldría en un aspecto: en su conformidad al estado de derecho."⁽⁴⁵⁾

Estado de Derecho en su sentido amplio "significa que la gente debe obedecer al derecho y regirse por él."⁽⁴⁶⁾ En un sentido restringido - significa "que el gobierno debe ser regido por el derecho y sometido a él."⁽⁴⁷⁾

Para que el Estado de Derecho se haga realidad, es necesario que se combinen elementos de legalidad formal y elementos materiales de legitimidad, debido a que entre legalidad y legitimidad existen múltiples relaciones evidentes que se dan esencial y necesariamente. Los elementos de legalidad formal, son el conjunto de normas encaminadas a regular jurídicamente la función del poder estatal, para mantener en condiciones normales el equilibrio entre orden y libertad, basadas en el principio de libertad, igualdad y justicia. Con este orden jurídico se intentará proteger las libertades individuales e impedir la arbitrariedad del Estado, mediante un sistema de división y control de poderes

(44) Raz, op. cit., p. 264.

(45) Loc. cit.

(46) Raz, op. cit., p. 265.

(47) Loc. cit.

que permita una distribución y coordinación armónicas de las funciones para que las formas de acción estatal queden prevenidas y anticipadas de una arbitrariedad del poder. Este conjunto de providencias constituyen los principios del Estado "formal" de Derecho.

Los elementos materiales de legitimidad serán el conjunto de medidas institucionales y procedimentales que permitan indagar los motivos de aceptación real en que se funda la dominación en un orden jurídico. Esta indagación por la cual una comunidad jurídica acepta y aprueba de hecho un orden estatal se convierte en un verdadero mecanismo de motivación que implica la cuestión de cómo y en qué puede encontrarse una justificación suficiente del orden jurídico estatal que fundamente el consenso real de aceptación. Como ejemplo de este podemos mencionar - el sufragio o el proceso legislativo de formación de leyes. Estos elementos materiales de legitimidad conforman un Estado "material" de Derecho.

Conjugando los principios del Estado "formal" de Derecho con los del Estado "material" de Derecho, obtenemos un Estado de Derecho completo, real y eficaz, en donde el continente es lo formal y el contenido es lo material, representando Estado y Derecho dos realidades distintas pero en correlativa coordinación, aplicación e interdependencia enfocadas a un mismo objetivo que es el de promover el bien social, para poder llegar a la afirmación de que toda acción estatal tiene que tener una fundamentación y una autorización por el derecho.

El establecimiento de un Estado de Derecho, representa una lucha de los hombres por conseguir que el poder del Estado se someta a las normas jurídicas, para poder llegar a un Régimen Constitucional, en donde de la Constitución Política de que se trate, a través de sus leyes, se deriven el conjunto de técnicas que hagan posible practicar una real sumisión del poder del Estado al Derecho.

"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."⁽⁴⁸⁾

(48) Zippelius, op. cit. p. 314.

4.7. CARACTERISTICAS FORMALES DEL ESTADO DE DERECHO.

Las características formales del Estado de Derecho, son los principios básicos a los que deben ajustarse el conjunto de técnicas encaminadas a hacer práctica la sumisión del Estado al Derecho, convirtiéndose estos principios básicos en instrumentos de regulación en el Estado de Derecho de inspiración social, encaminados a impedir la expansión totalitaria y el ejercicio sin control del poder del Estado. Estos principios, son la respuesta de cómo puedan realizarse en la práctica de manera eficaz a un mismo tiempo el orden y la libertad, teniendo como elemento moderador al poder político, para que la relación que exista entre Derecho y Estado sea la que deba existir entre orden y poder en beneficio de la libertad, y se pueda establecer un régimen constitucional en el cual se señalen las pautas a seguir en la configuración de un Estado social de Derecho.

Los principios del Estado de Derecho deben cumplir con una doble función, por un lado tienen una función negativa de limitación al poder del Estado, por el otro, cumplen una función positiva de promoción del bienestar y justicia social encaminados al bien común. En la función negativa, deben incluirse los procedimientos a través de los cuales se eviten las ventajas y privilegios de ciertos individuos o corporaciones, mediante el principio de igualdad legal; se evite el ejercicio abusivo del poder y la arbitrariedad en las decisiones de los individuos o autoridades investidas por el derecho, y en general todas aquellas que contribuyan a la constitución de un régimen constitucional para una comunidad política en pleno movimiento. Al respecto, Zippelius nos manifiesta lo siguiente; "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, pertenece al conjunto de normas por cuyo cumplimiento se constituye la comunidad política viviente."⁽⁴⁹⁾

(49) Zippelius, op. cit., p. 315.

La función positiva, representa la constitución de un Estado de Derecho de contenido positivo al servicio del pueblo, por lo que la tarea positiva de servicio por parte del Estado, debe encaminarse a proporcionar al hombre las condiciones necesarias de todo tipo, para su pleno desarrollo individual y en sociedad, compensar las desigualdades sociales y sobre todo económicas de todos los individuos que viven bajo su dominio, debe establecer un orden que respete la libertad y garantice derechos y deberes, para la libre participación y colaboración en la vida pública y en la realización del bien común, promoviéndose con esto un Estado de Derecho al servicio del bienestar y la justicia social.

Tomando en cuenta los principios del Estado "formal" de Derecho, y bajo la idea de que el Derecho debe ser susceptible de ser obedecido, Joseph Raz afirma que una persona se conforma al Derecho en tanto no lo viola, "por lo tanto, si el Derecho debe ser obedecido tiene que ser capaz de guiar el comportamiento de sus súbditos. Debe ser de tal manera que los súbditos puedan encontrar lo que es y actuar en base a él."⁽⁵⁰⁾

Por lo que en base a estas consideraciones, Raz atribuye una importancia relevante a la concepción formal del Estado de Derecho, ya que afirma que esta concepción cuenta con una fuerza y una utilidad tal, que sirve para reforzar la preservación del Estado de Derecho. Para tal efecto y a manera de ilustración, el profesor de la Universidad de Oxford enumera ocho principios que divide en dos grupos; los principios que enumera del I al III "requieren que el Derecho se conforme a estándares hechos para permitirle guiar efectivamente la acción. Principios IV a VIII están hechos para garantizar que la maquinaria jurídica de ejecución del Derecho no le prive, a través de aplicaciones distorsionadas, de su capacidad de guiar y que sea capaz de supervisar la conformidad del estado de derecho, así como de proveer remedios efectivos en caso de desviación del derecho."⁽⁵¹⁾

(50) Raz, op. cit., p. 267.

(51) *Ibid.*, p. 273.

"La validez o importancia de muchos de los principios que pueden ser derivados de la idea fundamental del estado de derecho depende de las circunstancias particulares de diferentes sociedades. Tiene poca utilidad tratar de enumerarlos a todos; sin embargo, algunos de los principios más importantes pueden ser mencionados:

I. TODAS LAS DISPOSICIONES JURIDICAS DEBEN SER PROSPECTIVAS, ABIERTAS Y CLARAS. Uno no puede ser guiado por una disposición retroactiva. No existe al tiempo de la acción...El derecho tiene que ser abierto y adecuadamente publicitado. Si está hecho para guiar a los individuos estos tienen que estar en posibilidad de encontrar lo que el derecho es. Por esta misma razón su significado debe ser claro.

II. LAS DISPOSICIONES JURIDICAS DEBEN SER RELATIVAMENTE ESTABLES. Las disposiciones jurídicas no deben ser cambiadas con mucha frecuencia, si cambian frecuentemente la gente encontrará dificultad en saber lo que el derecho es en determinado momento y estará siempre temeroso de que el derecho haya cambiado desde que el supo lo que el derecho era. Pero, aún más importante es el hecho de que la gente necesita conocer el derecho no únicamente para tomar decisiones de corto plazo (dónde estacionar el coche, cuanto alcohol es permitido libre de impuesto, etcétera) sino para planes de largo alcance...La estabilidad es esencial si la gente tiene que ser guiada por el derecho en sus decisiones a largo plazo.

Tres puntos importantes se encuentran ilustrados en este principio. Primero, la conformidad al estado de derecho es frecuentemente una cuestión de grado, no únicamente cuando la conformidad del sistema jurídico como un todo se encuentra considerada, sino también, con respecto a disposiciones jurídicas individuales...Segundo, los principios del estado de derecho afectan primordialmente el contenido y la forma del derecho (debe ser prospectivo, claro etcétera), pero no sólo eso. También afecta la acción del gobierno más allá de lo que es o puede útilmente, ser prescrito por el derecho...Tercero, aunque el estado de derecho se refiere primordialmente a los particulares como sujetos de obligaciones

y a las instancias gubernamentales en el ejercicio de sus poderes...también se refiere al ejercicio de facultades de los particulares.

III. EL ESTABLECIMIENTO DE DISPOSICIONES JURIDICAS PARTICULARES (ORDENES JURIDICAS PARTICULARES) DEBE SER GUIADO POR DISPOSICIONES JURIDICAS ABIERTAS, ESTABLES, CLARAS Y GENERALES. Algunas ocasiones se su-
pone que los requerimientos de generalidad constituyen la esencia del estado de derecho. Esta noción deriva, como observamos anteriormente, de la interpretación literal de "estado de derecho" donde "derecho" es interpretado en sus connotaciones ordinarias al restringirse al derecho general, estable y abierto. Esto es reforzado, también por la creencia de que el estado de derecho es particularmente relevante para la protección de la igualdad y que la igualdad está relacionada con la generalidad del derecho. Esta última creencia, como hemos frecuentemente observado antes, es errónea. La discriminación racial, religiosa o de cualquier otra manera, no sólo es compatible sino, frecuentemente, es institucionalizada por normas generales.

La concepción formal del estado de derecho que defiendo no se opone a las ordenes jurídicas particulares siempre que sean estables, claras, etcétera...Dos tipos de normas generales crean el marco para el establecimiento de disposiciones jurídicas particulares: aquellas que confieren los poderes necesarios para crear órdenes válidas y aquellas que imponen deberes a los titulares del poder sobre como ejercer sus poderes. Ambas tienen igual importancia en la creación de un marco estable para la producción de órdenes jurídicas particulares.

IV. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL TIENE QUE SER GARANTIZADA.

Es de la esencia de los sistemas jurídicos nacionales instituir órganos judiciales encargados, entre otras cosas, del deber de aplicar el derecho a los casos sometidos a su conocimiento y cuyas sentencias y resoluciones sobre los méritos de tales casos son finales. Como poco más o menos cualquier cuestión que surja bajo cualquier derecho puede ser objeto de una sentencia concluyente, es obvio que sería vano guiar la acción de uno en base al derecho si los tribunales, cuando la cuestión llega

a juicio, no aplican el derecho y actúan en base a otras razones.

Las normas que se refieren a la independencia del poder judicial —métodos de designación de jueces, garantía de inamovilidad, procedimientos de fijación de salarios y otras condiciones de su función— están hechas para garantizar que los jueces estén libres de presiones extrañas y sean independientes de toda autoridad salvo de la autoridad del derecho. Dichas normas son, por tanto, esenciales para preservar el estado de derecho.

V. LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA NATURAL TIENEN QUE SER OBSERVADOS.

Juicios públicos y justos, ausencia de prejuicios y cuestiones de este tipo son, obviamente, esenciales para la correcta aplicación del derecho, e igualmente, a través de las mismas consideraciones anteriormente mencionadas, para su aptitud de guiar la acción.

VI. LOS TRIBUNALES DEBEN TENER PODERES DE REVISIÓN SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS OTROS PRINCIPIOS. Esto incluye la posibilidad de revisar tanto la legislación ordinaria y parlamentaria, así como la acción administrativa; pero, en sí misma constituye una muy limitada revisión —meramente para asegurar la conformidad al estado de derecho.

VII. LOS TRIBUNALES DEBEN SER FACILMENTE ACCESIBLES. Dada la posición central de los tribunales en el aseguramiento del estado de derecho (véanse los principios IV y VII), es obvio que su accesibilidad es de la mayor importancia. Largos términos, excesivas costas, etcétera, pueden efectivamente convertir el más ilustre derecho en letra muerta y frustrar la posibilidad de que alguien sea efectivamente guiado por el derecho.

VIII. A LOS ORGANOS DE PREVENCIÓN CRIMINAL DOTADOS DE DISCRECIONALIDAD NO SE LES DEBE PERMITIR PERVERTIR EL DERECHO. No únicamente los tribunales, sino, también, las acciones de la policía y de las autoridades encargadas de la persecución pueden subvertir el derecho. A las autoridades encargadas de la persecución no se les debe permitir, por ejemplo,

decidir si persiguen ciertos delitos cometidos por cierta clase de delincuentes. A la policía no se le debe permitir asignar sus recursos de forma a impedir todo esfuerzo para prevenir y detectar ciertos delitos y perseguir ciertas clases de criminales." (52)

Como es de observarse, todos los principios están referidos de manera directa al sistema y método de gobierno en cuestiones fundamentales para la preservación del Estado de Derecho.

La Constitución Política de cada país y las leyes secundarias que de ella se deriven, serán las que decidan las técnicas a seguir para señalar los principios básicos de las características formales del Estado de Derecho, a los cuales deben ajustarse esas técnicas para poder lograr la realización del Estado de Derecho, en donde se reconozca la primacía del Derecho y la voluntad del Estado para someterse a él, para esto requieren ciertos elementos sin los cuales no podría darse, pudiendo ser el contenido de estos elementos de tipo liberal o social pero debiendo reunir siempre las siguientes características:

1. La existencia de una **constitución** o ley fundamental, de preferencia escrita y rígida que establezca con toda claridad cuales son los órganos del Estado y delimite sus atribuciones y competencias respectivas. Esa constitución tendrá siempre la **supremacía** jurídica y a ella deberán -- ajustarse todas las leyes, reglamentos o decretos.

2. El establecimiento por la constitución de una serie de **garantías** para la persona humana, tanto individuales como sociales, que no puedan ser alteradas o violadas por ninguna ley o autoridad, de cualquier jerarquía que sean, sin que automáticamente se incurra en el vicio de anticonstitucionalidad.

3. El reconocimiento estricto del principio de **legalidad**, conforme el cual ninguna autoridad podrá actuar, en el ámbito de su competencia,

(52) Raz, op. cit., p. 268 y sigs.

si no hay alguna ley o norma de carácter general que se lo permita. Junto con este principio se da la **garantía de audiencia**, que impide privar a alguien de sus derechos sin previo juicio en que se le dé oportunidad de defenderse, o sea, sin el **debido proceso legal**.

4. La **división y equilibrio fundamental** de los poderes públicos con - un sistema de frenos y contrapesos, para evitar los abusos y extralimitaciones de tal manera que se logre que el poder quede delimitado en sus funciones desde dentro, por la organización misma institucional del Estado.

5. La posibilidad de que los ciudadanos participen en los asuntos públicos mediante un **gobierno representativo**, con organización electoral, - que permite controlar al poder desde afuera.

6. El libre juego de los **medios de información social** —prensa, radio-difusión, televisión, cine, publicidad— que forman y canalizan la opinión pública y crean un ambiente de constante vigilancia de los actos de los poderes públicos y de censura de las arbitrariedades.

7. La organización por la constitución y las leyes fundamentales del país de una serie de **recursos administrativos y jurisdiccionales**, por medio de los cuales se pueden modificar o anular los actos de los poderes públicos lesivos de los derechos fundamentales de los ciudadanos o que alteran el orden constitucional. Según la legislación de cada Estado, este sistema de recursos puede llevar a una verdadera supremacía del poder judicial, que enjuicia y modera los actos de los poderes legislativo y administrativo. Se habla, por ejemplo, de un **gobierno de los jueces**, en los Estados Unidos de América. Y algo semejante existe en La -- Constitución Política de México, que por medio del juicio de **amparo**, permite ejercer un constante control jurisdiccional sobre las leyes o actos de las autoridades públicas." (53)

(53) González Uribe, op. cit., p. 224.

CONCLUSIONES

PRIMERA.— El saber ¿Qué es el Estado?, implica ubicarnos en el plano del ser para atender a sus formas externas e internas y poder entender su naturaleza tanto en un nivel fenoménico como esencial y delimitar su concepto al terreno político.

SEGUNDA.— Las definiciones deontológicas, jurídicas y políticas, tratan de definir al Estado en el plano del deber ser, mientras que las sociológicas lo analizan como ente real de conocimiento, como realidad presente en su momento, teniendo como nota característica la monopolización del poder. Por lo que consideramos, se debiera formular una real definición del Estado tomando como nota característica su medio específico que es la coacción física, y tipificarlo por su carácter empírico sin perder de vista su aspecto jurídico.

TERCERA.— El Estado es una unidad, en dónde los elementos que lo estructuran se encuentran indisolublemente ligados entre sí, dando lugar a la formación de un ente distinto al de sus partes, por lo que pueblo, territorio y poder son parte de la organización política, sin los cuales el Estado no podría existir y el análisis que se hace de cada uno de ellos, sólo tiene una labor práctica de comprensión de los mismos.

CUARTA.— El Derecho Positivo es un concepto aunado al del poder, por que aquel es la justificación de éste ante la sociedad, en la medida que se hace necesario la expedición de un ordenamiento jurídico encaminado a amortiguar el choque de intereses entre las clases sociales. El Derecho Positivo es la legitimación del poder, es quien lo organiza, legaliza y justifica, dándole forma y estilo, convirtiéndolo de una situación de hecho en una cuestión de Derecho.

QUINTA.— El problema de la justificación del Estado, es una cuestión ubicada en el plano del deber ser, en consecuencia, cada corriente filosófica y con ellas sus máximos expositores intentan justificar al Estado de acuerdo a su personal criterio y en base a la realidad

histórica, social y económica que han vivido. La problemática de la justificación de la organización política, se encamina al elemento capital del Estado que es el poder y sobre el cual gira todo el tratamiento del problema. Sostenemos que la justificación del Estado debe basarse en los elementos de legalidad formal y los criterios materiales de legitimidad.

SEXTA.— El problema de saber que es el Derecho y las cuestiones de su origen, fines, valores y funciones, parte o se inicia en el plano del ser, es decir, en la conducta empírica de los hombres, para después resolver dicho problema en el plano del deber ser, constituyendo un conjunto de conceptos y de proposiciones que servirán no para conocer la realidad dada sino para enjuiciarla normativamente.

SEPTIMA.— La orientación jurídica de los elementos del Estado, es -- una situación unificada en el plano del deber ser, por consiguiente pueblo, territorio y poder son el ámbito personal, espacial y de validez del orden jurídico de un Estado, y la relación que guardan entre sí y de manera individual ante el Estado las determina el Derecho Positivo.

OCTAVA.— Las relaciones que existen entre Estado y Derecho, son las que deben existir entre poder y orden en beneficio de la libertad, para que en la práctica puedan realizarse de manera eficaz y con el mismo tiempo el orden y la libertad como garantía del hombre en sociedad.

NOVENA.— El Estado y el Derecho son un dualismo dialéctico, en el cual se encuentran concatenados, manteniendo una constante tensión dialéctica que les permite estar en constante movimiento, evolución y cambio, conformando una unidad irrompible en la que les son inherentes aspectos internos de correlativa coordinación e implicación esencial y que les permite crear una fuerza interna de desarrollo.

DECIMA.— El Estado de Derecho es un ideal, que puede carecer o poseer en un mayor o menor grado un sistema político. El Estado debe crear al Derecho basado en una auténtica democracia para demostrar

la legitimidad del poder garantizando el respeto a los derechos humanos, la igualdad legal, económica, racial y sexual para que al momento de sujetarse a dicho Derecho se de un sistema jurídico conmensurablemente mejor.

BIBLIOGRAFIA

- Aristófanes. Las Once Comedias, 10ª Edic., México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1983.
- Aristóteles. La Política, 2ª Edic., Tr. Patricio de Azcarate. Buenos Aires. Ed. Espasa Calpe, 1943.
- Arnaiz Anigo, Aurora. Soberanía y Potestad, 2ª Edic., México, D.F., Ed. Miguel Ángel Porrúa, S.A., 1981.
- Dabin, Jean. Doctrina General del Estado, 2ª Edic., México, D.F., Ed. Jus, 1955.
- Fayt, Carlos S. Derecho Político, 4ª Edic., Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, S.A., 1976.
- Ferrater Mora, José. Diccionario de Filonoffa Tomo I A-K, 5ª Edic., Buenos Aires. Ed. Sudamericana, 1975.
- García Máynez, Eduardo. Ética. México, D.F., UNAM, 1944.
- Introducción al Estudio del Derecho, 3ª Edic., México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1985.
- González Uribe, Héctor. Teoría Política, 3ª Edic., México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1980.
- Gumpłowicz, Luis. La Lucha de Razas. Buenos Aires, Ed. Fas, 1944.
- Gutiérrez Sáenz, Raúl. Introducción a la Ética, 18ª Edic., México, D. F., Ed. Esfinge, S.A. de C.V., 1985.
- Hauriou, Maurice. Principios de Derecho Político y Constitucional, Madrid, Ed. Reus, 1927.
- Heller, Hermann. Teoría del Estado, 11ª Edic., Tr. Luis Tobío. México, D.F., Fondo Cultura Económica, 1985.
- Hobbes, Thomas, Leviatán, México, D.F., Ed. Publicaciones Cruz O. S.A., 1982.
- Jellinek, Georg. Teoría General del Estado, Tr. Fernando de los Ríos, Buenos Aires. Ed. Albatros 1981.
- Kelsen, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado, 2ª Edic., México, D.F., UNAM, 1979.
- Teoría Pura del Derecho. Tr. Roberto J. Verengo. México, D.F., UNAM. 1979.
- Lenin, Vladimir Ilich Ulianov. El Estado y la Revolución. México, D.F.,

Editores Mexicanos Unidos, 1978.

Sobre el Estado, 2ª Edic., Pekin, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1975.

Maquiavelo, Nicolás. Obras Políticas de El Príncipe. Buenos Aires, Ed. Poseidón, 1943.

Marx, Carlos y Engels, Federico. Manifiesto del Partido Comunista. Pekin, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1975.

Ortiz-Urquidí, Raúl. Derecho Civil. México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1977.

Platón. Diálogos, 2ª Edic., México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1984. Colección "Español Cuantos..." No. 13.

Posada, Adolfo. Tratado de Derecho Político, 5ª Edic., Madrid, Librería General Victoriano Suárez, 1935.

La Idea Pura del Estado, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1944.

Raz, Joseph. La Autoridad del Derecho, 2ª Edic., México, D.F., UNAM, 1935.

Recaséns Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho, 4ª Edic., México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1970.

Rivera Pérez Campos, José. La Justificación del Estado. México, D.F., UNAM, 1931.

Rousseau, Juan Jacobo. El Contrato Social. México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1979.

Sánchez Agesta, Lois. Principios de Teoría Política. Madrid, Editora Nacional, 1955.

Sánchez Azcona, Jorge. Derecho, Poder y Marxismo. México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1970.

Normatividad Social, 2ª Edic., México, D.F., UNAM, 1983.

Weber, Max. Economía y Sociedad, 2ª Edic., México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1933.

Estructuras del Poder. Tr. Rufino Arar. Buenos Aires, Ed. La Pleyade, 1977.

Zea, Leopoldo. Introducción a la Filosofía, 9ª Edic., México, D.F., UNAM, 1983.

Zippelius, Reinhold. Teoría General del Estado, México, D.F., UNAM, 1985.