

308909

46
2ej

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M.



**"ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE
LAS LIMITANTES AL PODER"**

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
RODRIGO PEREZ ELIZUNDIA

DIRECTOR DE TESIS: DR. JUAN FEDERICO ARRIOLA CANTERO

MEXICO, D. F.

1999

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

272551



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

A Dios.

A mis padres y hermanos, con cariño.

Al Dr. Juan Federico Arriola, por su gran calidad humana y su amistad.

Al Lic. Jaime del Arenal, por la huella que dejó en nuestras vidas.

Al Lic. Jaime Eduardo Ortiz Pallares, por su amistad y apoyo.

A la Dra. María Hernany Veytia Palomino, por su amistad.

Al Lic. Eduardo Preciado Briseño, por su ejemplo.

Al Dr. Ibañez por su amistad y apoyo.

A Andrés Acedo.

A mi familia, amigos y a la gente que quiero.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE: ANÁLISIS EN TORNO AL PODER

Capítulo 1: La política como expresión del poder limitado

1.1	Idea de la política.....	10
1.2	Algunas ideas contemporáneas sobre el concepto de política.....	12
1.3	Concepción de la política como orden.....	12
1.4	Consideraciones sobre la naturaleza de la política.....	14
1.5	Justicia y poder.....	15
1.6	Los sistemas axiológicos.....	18
1.7	La lucha y la paz.....	20
1.8	Voluntad y razón.....	23

Capítulo 2. La Soberanía como poder supremo

2.1	Evolución del concepto.....	28
2.1.1	Bodino.....	29
2.2	Teorías contractualistas.....	30
2.3	Solidaridad, subsidiariedad y Bien Común.....	42
2.4	El Estado liberal como Estado expropiador.....	44

Capítulo 3. Soberanía, ¿poder limitado o ilimitado?

3.1	El Bien Público Temporal como limitante del poder soberano.....	47
3.2	Otros límites a la soberanía.....	49
3.3	El futuro de la soberanía. Una visión económica.....	53

SEGUNDA PARTE: LA LEY Y LA CONSTITUCIÓN COMO LIMITANTES ORIGINARIOS DEL PODER

Capítulo 4. Análisis en torno a la ley

4.1	Objetividad de la ley. Ideas griegas en torno a la misma.....	64
4.2	¿Es necesaria la ley positiva?.....	66

Capítulo 5. Análisis en torno a la Constitución

5.1	El universalismo de la Constitución escrita.....	77
5.2	Otra visión de la Constitución. Carl Schmitt.....	79
5.3	Creación de la Constitución Formal.....	83
5.3.1	Necesidad de un legislador.....	83
5.3.2	Poder constituyente permanente.....	85
5.3.3	Diferencias entre poder constituyente originario y permanente.....	86
5.3.4	Limitaciones al poder constituyente.....	91
	a) Existencia del derecho previo a cualquier constitución	
	b) Los factores reales de poder	
	c) Limitaciones de derecho internacional	

Capítulo 6. Ejercicio del Poder por los órganos constituidos

6.1	Límite constitucional al ejercicio del poder.....	101
6.2	Fundamentos de las garantías individuales y sociales como limitantes al poder.....	105
	a) Los derechos humanos.	
	b) Fundamento de las garantías.	
	c) La libertad.	
	d) El individuo, la sociedad y el derecho.	
	e) Individualismo y colectivismo.	
	f) El Bien Público Temporal.	
	g) Justicia Social.	

CONCLUSIONES GENERALES.....	127
------------------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	139
--------------------------	------------

INTRODUCCION.

“Así pues, al acabar el siglo v antes de Cristo en la Grecia antigua, el contraste entre naturaleza y convención había comenzado a desarrollarse en dos direcciones principales. Una de ellas concebía a la naturaleza como una ley de justicia y rectitud inherente a los seres humanos y al mundo. Esta opinión se apoyaba necesariamente en el supuesto de que el orden es inteligente y benéfico, era esencialmente moralista y en último término, religiosa. La otra concebía a la naturaleza como no moral y creía que se manifestaba en los seres humanos como auto afirmación o egoísmo, deseo de placer o de poder...” (George H. Sabine, Historia de la Teoría Política p. 29)

El objeto de la presente tesis profesional es analizar los variados aspectos en torno al poder y sus limitaciones, lo cual constituye, a mi parecer, el eje sobre el cual gira el Derecho. Este es un tema sobre el cual se han ideado y postulado cientos de teorías a lo largo de la historia, por lo cual es difícil definir una hipótesis como tal, sin embargo es de fundamental importancia, puesto que la trayectoria profesional del abogado dependerá de la postura que se tome frente al mismo. La serie de legislaciones y códigos que emite el Estado pueden ser memorizados y dominados, pero es imperativo conocer el por qué de dichas legislaciones, conocer los fundamentos de la ley, para definirnos frente a la misma, a fin de encaminar las acciones hacia la búsqueda y cultivo de la justicia, la racionalidad y el deber ser, en lugar de la auto afirmación, la voluntad y el poder.

El presente trabajo constituye un ensayo de Teoría del Estado, con algunos matices reducidos de Derecho Constitucional y de Filosofía del Derecho, y ha sido dividido en dos grandes apartados: a) Análisis en torno al poder y b) La ley y la Constitución como limitantes originarios del poder.

En la primera parte desarrollaremos a grandes rasgos el concepto del poder y los requisitos para ser considerado como político, así como el concepto de soberanía que implica al concepto de Estado y que hace referencia al poder "sin límites" del mismo, lo cual no es del todo cierto como expondremos en su oportunidad.

En la segunda parte desarrollaremos propiamente las limitantes del poder, dentro de las que se encuentran en primer término la ley y la Constitución. En relación con esto, expondré un breve análisis en torno a la ley para pasar después al constitucionalismo, los poderes que crean la Ley Fundamental escrita y sus limitantes, tales como la existencia del derecho previo a cualquier Código Político, los factores reales de poder y el derecho internacional, para pasar por último al ejercicio del poder por los órganos constituidos, sujetos a la Constitución escrita.

Dentro de este último capítulo hablaré principalmente de los derechos fundamentales del hombre positivizados en la Ley Fundamental como defensa de la libertad del individuo frente al Estado y que se han constituido en pilares y fundamento de toda Constitución formal.

Cada uno de los temas enumerados anteriormente han sido, a través de la historia, objeto de discusiones muy profundas y de cientos de obras.

En el presente trabajo son tratados de manera general, siempre en relación con las limitaciones al poder y sin hacer referencia a nuestro país (salvo en contadas ocasiones)

Al concluir la lectura del presente trabajo, el lector llegará a la conclusión de que la concepción del derecho como un conjunto de normas promulgadas por el Estado para organizar a la sociedad, es pobre e incompleta. La ley, la Constitución, el Estado y sus instituciones tienen una única finalidad: El bien público temporal. En el momento en que dejan de cumplir con este propósito, carecen de legitimidad.

PRIMERA PARTE
ANALISIS EN TORNO AL PODER

CAPITULO 1

LA POLITICA COMO EXPRESION DEL PODER LIMITADO

No cabe duda que a través de la historia han existido como una constante dos conceptos: por una parte: lucha, voluntad y poder y por la otra, las ideas de racionalidad , justicia, y deber ser. Esto es muy lógico, pues se encuentra en la esencia misma del hombre, cuya naturaleza es, como lo dijo Aristóteles, de animal racional. En cuanto a animal, el hombre tiene tendencias hacia el dominio, hacia la lucha, y en cuanto a racional , tenemos tendencias hacia la justicia, el bien, y el deber ser.

1.1 Idea de la Política.

La política puede ser entendida como voluntad de poder, lucha, pugna de fuerzas, dinamismo, pero también puede ser entendida como un servicio a la comunidad con miras a lograr bien público temporal.

La constitucionalidad se nos muestra como la razón , el ideal y el equilibrio de poderes.

La idea de política como lucha, pugna, devenir, tiene su principio filosófico desde Heráclito, que declaraba que todo está en un constante devenir, que todo está en cambio del ser al no ser¹.

La política gira en torno al poder, a la voluntad de diversos actores. Al existir muchos hombres y muchas voluntades, se dará generalmente una lucha de intereses.

¹ Manuel García Pelayo " Idea de la política y otros escritos" Madrid Centro de estudios de posgrado 1983.

Sin embargo, la política ha de basarse en la *ratio* discernidora del orden justo a la que ha subordinarse la voluntad.

En el mundo antiguo, la doctrina que afirmaba que la política gira en torno al poder, a la lucha y a la voluntad, fue sostenida por los sofistas y posteriormente por muchos otros autores tales como Maquiavelo a los que se opone la línea entre otros, de Sócrates, de Platón, Aristóteles y más adelante de Cicerón, Séneca y demás defensores del derecho natural que conciben el orden político como un régimen de paz y de justicia.

En la Europa Medieval se creía que la justicia y el derecho debían sustentarse en la voluntad del señor feudal, que las hiciera cumplir.

Como podemos observar, existe en el mismo hombre una tendencia hacia la justicia, la racionalidad y los valores, pero también existe una parte corporal que lo inclina hacia la búsqueda de la fuerza, del poder y de la voluntad.

Podríamos afirmar que la Constitución escrita, producto de la Edad Moderna, es una búsqueda para someter esta voluntad a una racionalidad que la controle y la guíe. Grandes ventajas de la Constitución escrita han sido el reconocimiento de los derechos inalienables del hombre y la división de poderes.

En algunos pueblos, la Constitución escrita no es respetada frecuentemente, pero se respetan otros principios de derecho natural y de racionalidad que hay en la sociedad.

1.2 Algunas ideas contemporaneas sobre el concepto de política.

Según Max Weber, en el presente siglo han existido, a grandes rasgos, dos características dentro del mundo político:

1.No hay acuerdo sobre los valores a perseguir.

2.Ha sido el siglo de las ideologías.

De acuerdo con este autor, la política es definida como la aspiración a participar en el poder o a influir en su distribución, sea entre Estados, sea, dentro de un Estado, entre los hombres incluidos en él.²

Carl Schmitt por su parte afirma que la política es la lucha amigo- enemigo. Todos los hombres se encuentran en una lucha existencial por la supervivencia Afirma que la esencia de la política consiste en suprimir el antagonismo extremo dentro de una sociedad dada, creando una zona pacificada, para lo cual el Estado asume todas las decisiones.

1.3 Concepción de la política como orden.

Existen asimismo autores que conciben a la política como orden:

Según Hans Barth , la lógica del orden encierra tres elementos constitutivos que son:

² Max Weber: Die Politik als Beruf. Berlin 1969 p 119

1. La unidad espiritual: Las personas están de acuerdo en el orden y lo expresan brindando su lealtad.
2. La disposición de sanciones jurídicas.
3. Las instituciones. Por ejemplo, el Estado, que es la institución que representa al conjunto del orden hacia dentro y hacia afuera y a través del cual se actualiza la capacidad de acción y decisión de una sociedad. El Estado es la última instancia, pero debe estar sometido a un proceso crítico de acuerdo con la justicia y con cada situación y tiempo. No puede monopolizar los criterios, sino que ha de estar abierto a los criterios de la sociedad. Tiene como límite otra instancia: La conciencia del hombre que decidirá si le presta o no su lealtad.³

Creo que es muy claro este último párrafo de Hans Barth, en el que observamos cómo el Estado tiene como límite las adhesiones de los hombres y la lealtad de la sociedad, que es a fin de cuentas la detentadora última de la soberanía. Dolf Sternberger estima que la paz es la norma de lo político. La misión de la política es instaurarla, conservarla, y defenderla.

La paz no consiste en la exclusión de la lucha, sino en su regulación, en arbitrarla y civilizarla.

La paz ha de ser diariamente ganada y garantizada por las autoridades públicas y las instituciones.⁴

³ Hans Barth: *Die Idee der Ordnung*, Erlenbach- Zurich, 1958 pp 24-29

⁴ Dolf Sternberger *Begriff des politischen*, Frankfurt, 1961 pp 45 y 46

Hätich menciona que la política se encuentra en referencia al orden. Este último es una totalidad que comprende la estructura fáctica, los valores a que debe orientarse y la confrontación entre ambos términos.

El Estado debe planear fines posibles de acuerdo al orden objetivo.

Asimismo afirma que el poder es la motivación esencial de la acción política pero que las acciones del poder han de orientarse a la realización de los valores primarios de una sociedad, si se quiere tener la adhesión de las personas que los estiman.

El objeto de la ciencia general de la política está constiuído por una teoría general de los órdenes políticos históricamente posibles.

1.4 Consideraciones sobre la naturaleza de la política.

Para el maestro García Pelayo, la justicia es la pretensión de realizar imperativamente, es decir, por vía jurídica un sistema axiológico.

La justicia es el nudo entre la estructura axiológica, jurídica y política, es la síntesis de

aquellos valores que se han de imponer por vía política a través del orden jurídico.⁵

Los órganos de la autoridad constituida son realmente necesarios, para guardar un orden, y velar por la justicia dentro de una sociedad. Son éstos quienes imprimen coercibilidad al orden jurídico, pero lo que no debemos de olvidar es que este poder existe en cuanto que es necesario para la sociedad y cumple con su función, pero en el momento en que se sirve de la sociedad pierde toda su legitimidad y tiene que desaparecer, para dar lugar a otro que le sirva a la sociedad.

1.5 Justicia y poder.

No es posible actualizar un sistema de valores configurado en un ideal de justicia sin un poder capaz de quebrantar las resistencias que se opongan.

La historia entera de la política es, en buena parte, el intento de vincular un sistema axiológico al poder político, la búsqueda de la fuerza histórica capaz de materializarlo. Platón busca un rey filósofo, la Iglesia católica encuentra a Constantino, en la Edad Moderna, Maquiavelo busca el príncipe que convierta su logos político en realidad, los iusnaturalistas, esperan que el déspota ilustrado actualice el orden filosófico natural y Marx que el proletariado encarnará históricamente la filosofía.⁶

Podemos nosotros afirmar que el Estado moderno y la Constitución son los que actualmente tratan de conjuntar este fenómeno de poder para realización de valores.

⁵ Manuel García Pelayo op cit supra l p 19

⁶ Karl Marx: Der historische Materialismus. Die Frühschriften. edit por S Landshut y J. P. Mayer, Leipzig, 1932, t. I pág 279

Lo que da sentido político al poder, lo que lo muda de un mero hecho psico físico en poder político es, la referencia a los valores y por consiguiente, éstos no son algo adjetivo a la política, sino algo constitutivo de ella.⁷

Tenemos como ejemplo a Atenea, armada de casco, escudo y lanza. Era terrible e invencible en la guerra, pero Atenea era también una virgen inmaculada que había enseñado las artes y que poseía la más alta inteligencia y consejo y por consiguiente era símbolo de la unidad entre el poder y los valores.

El poder político tiene que ser también un orden cierto de mando y obediencia. La certeza se sustenta, más que en reprimir los actos de desobediencia, en excluir sus motivaciones, para lo cual es decisivo que el poder sea sentido como acorde con las estimaciones de los sometidos, pues, entonces, obedecerlo es tanto como someterse al propio sistema axiológico. El poder será tanto más cierto cuanto más representativo sea de los valores, es decir cuanto más esté dotado de legitimidad.

El poder político tiene que actuar de acuerdo con los valores de la sociedad para conservar su legitimidad y poder gobernar. Es la sociedad la que sustenta al poder político, al gobierno, al Estado y a la Constitución promulgada.

La certeza de un orden reposa fundamentalmente en las adhesiones, las cuales serán tanto más eficaces cuanto las relaciones de mando y obediencia coincidan con las relaciones de participación en unos mismos valores.⁸

⁷ Manuel García Pelayo, op cit supra, nota 1, p. 21

⁸ García Pelayo op cit supra nota 1 p 22

Sólo un orden sentido como justo puede excluir los motivos de enemistad existencial, sólo él puede ser un orden cierto de mando y obediencia, sólo él puede afianzar el poder.

A final de cuentas, si se intenta gobernar en contra de la sociedad misma o en contra del mínimo de justicia se fracasará.

Sin embargo, no debemos ignorar que los tenedores del poder pueden manipular los sistemas axiológicos hasta convertirlos en "máscaras de Estado" en el que pronuncian discursos que se desbordan de valores de justicia, solidaridad y bienestar, sin que en realidad se actualicen dichos valores, pero esto ya es una cuestión del grado de evolución política de una sociedad, para que tolere o no las "máscaras de Estado".

1.6 Los sistemas axiológicos.

Los sistemas axiológico-políticos son variables, dependen de determinadas culturas. Su efectividad es en función de los grupos que dentro de una sociedad sean sujetos y objetos de la política, pues no todos los componentes de la sociedad participan en las decisiones que afectan a ella, como por ejemplo los plebeyos en la Roma antigua.

Sólo cuando estos grupos se convierten en políticamente activos, sólo cuando son a la vez, sujetos y objetos de poder político, sólo entonces sus criterios axiológicos son relevantes para la sociedad política, porque sólo entonces se ha producido la unidad entre una idea históricamente concreta de justicia y un poder social lo bastante fuerte para convertirse en un poder político dispuesto a realizarla.

El poder, para tener eficacia, en su ejercicio exige normalización, es decir, su adaptación a unas pautas establecidas que, ante casos iguales o análogos le eviten pensar en cada momento las razones de su decisión y, con ello, la consiguiente indecisión y pérdida de tiempo.

La forma más intensa y segura de mandar, la forma de establecer un orden cierto de mando y de obediencia, es el Derecho que tipifica imperativamente las conductas humanas reduciéndolas a un patrón abstracto, de tal manera que tanto los gobernantes como los gobernados sepan con certeza a qué atenerse; con el Derecho, la convivencia humana se crea un propio logos distinto del que rige el mundo natural.⁹

⁹ Manuel García Pelayo, op cit supra, nota 1, p. 24

El poder político es un poder público, se instituye y extiende sobre una unidad histórica, sobre una comunidad humana cuya vida rebasa las generaciones que la constituyen en cada momento. El poder sólo tendrá naturaleza política cuando se configure objetiva y transpersonalmente de modo que trascienda la limitación temporal de las personas que son sus portadores concretos, o , dicho de otro modo, el mero poder adquirirá naturaleza política en la medida que se institucionalice.

Cierto que en el establecimiento de un orden nuevo las personas tienen una importancia decisiva y que la instauración de nuevas estructuras políticas se debe a la acción de unos hombres como Solón, Licurgo, Robespierre, Danton, etc, pero justamente lo que caracteriza a estos hombres es su carácter epocal, es decir, de fundadores de nuevas épocas, lo cual sólo lo consiguen en la medida que sean capaces de crear un orden que trascienda a ellos mismos, en la medida que, como es característico del estadista, vean siglos y no sólo meses o años como los meros

políticos.¹⁰

Toda normatividad tiene como supuesto una normalidad, pues no hay norma que se pueda aplicar a un caos, de donde se desprende que es siempre preciso dejar un margen de decisión personal a las instancias supremas del poder político. Pero no es menos claro que un poder es tanto más cierto cuanto menores ocasiones de para la aparición del caso excepcional. El poder político se basa en la disposición de medios violentos, pero un poder es tanto mayor cuando menor ocasión tenga de aplicarlos. Un poder que no esté normativamente configurado es una apariencia de poder, un sistema normativo que no se imponga a través del poder no es una configuración real.

Por eso decía con razón Federico II que la fuerza y la justicia tenían que estar en un mismo sujeto a fin de que la fuerza no estuviera ausente de la justicia ni la justicia de la fuerza.¹¹

1.7 La lucha y la paz.

La lucha es un componente necesario de la existencia humana; ésta puede desarrollarse en distintos planos, pudiendo así distinguirse entre la lucha por el dominio de la naturaleza, que da lugar a la técnica, la lucha contra la escasez de bienes que genera la actividad económica, la pugna por la afirmación de unas tendencias culturales frente a otras etc. Así podemos observar que en la naturaleza como en la vida del hombre todo es lucha.

¹⁰ ibidem

¹¹ idem p. 25

Se incluye la lucha específicamente política, es decir, la lucha entre los Estados o entidades análogas o, dentro de cada una de éstas, entre los distintos grupos por la distribución del poder.

También son distintos los instrumentos de lucha , a los que podemos dividir, en violentos y en no violentos, como por ejemplo: la retórica que persuade o la represión.

El orden político no puede eliminar enteramente el conflicto pues es constitutivo de la existencia humana, pero el orden político sí puede:

a) Proclamar una esfera ajena a la lucha .

Zonas que constituyen espacios de paz. Por ejemplo proclamar la inviolabilidad de preceptos constitucionales, tales como las garantías individuales.

b) Eliminar total o parcialmente los medios violentos de lucha.

Significa la proclamación y garantía de ciertos círculos de paz. En la Edad media , fuera de los círculos de paz podía ejercitarse la Fehde o guerra privada, y en virtud de la cual ciertas personas físicas o jurídicas podían emprender legítimamente acciones militares en defensa de su propio derecho.

La formación del Estado moderno ha tenido lugar al hilo de la conversión de todo el país en un círculo de paz, excluyendo, el área de la legitimidad de la violencia privada, hasta dejarla reducida a casos de legítima defensa.

c) Civilizar la lucha.

Sustituye la lucha existencial y sin reglas por lucha agonal bajo reglas por el establecimiento de un orden jurídico.

Saint Simon ha desarrollado la utopía de la sustitución del poder sobre las personas por la administración, ideal acariciado también por casi todos los dictadores decimonónicos y que hoy es mantenido por los tecnócratas. Esto es una utopía pues la lucha es una situación límite de la existencia humana. Dentro de un orden social, la lucha política no puede ser eliminada.

En nuestro tiempo también se llegó a afirmar que suprimida la pluralidad de partidos políticos, se suprimiría la lucha política. Pero lo cierto es que los partidos no son más que la forma histórico-concreta que toma la lucha política cuando se le abre a toda la sociedad o a una parte muy amplia de ella la posibilidad de participar en el poder.

Cuando esta posibilidad es restringida no hay partidos pero hay estamentos, facciones, grupos de presión, camarillas, guardias pretorianas etc.

En segundo lugar debemos tomar en cuenta que la existencia del adversario es condición para la mayor intensidad de la integración interna y por eso, cuando no hay un enemigo real se lo inventa, o cuando es débil se lo magnifica.¹²

Sin un latente antagonismo interno o externo no hay orden político. Sólo se puede vencer o resistir al adversario bajo el supuesto de una paz interna que

¹² Bernardino Bravo Lira "El Estado Constitucional en Hispanoamérica" México ELD, 1992

permita la integración de los propios esfuerzos.¹³

1.8 Voluntad y razón.

El voluntarismo y el racionalismo son dos tendencias tensamente presentes a lo largo de la historia del pensamiento teológico, filosófico y jurídico, en los que se ha disputado si algo es bueno porque lo manda Dios o si lo manda Dios porque es bueno, si la ley es expresión de la razón o es un mandato de la voluntad.

La misma polaridad se ha desplegado a lo largo del pensamiento político en la que se desarrolla una tendencia que afirma que la razón se encuentra subordinada a la voluntad y otra tendencia que afirma el primado de la razón sobre la voluntad.

No es necesario insistir en el papel de la voluntad en la política, pero por otra parte, esta voluntad sólo puede actualizarse a través de un proceso de racionalización.

La voluntad tiene que autosometerse a una disciplina a fin de estar en la forma requerida para alcanzar las finalidades propuestas.¹⁴

Para ganar hay que someterse a una disciplina racional. Las cosas se adquieren con la fuerza pero se conservan con la sabiduría.

¹³ Paolo Biscaretti di Ruffia "Derecho Constitucional" Colección de ciencias sociales , serie de ciencia política Ed Tecnos p. 481

¹⁴ Carl Schmitt, "Teoría de la Constitución" Editora Nacional p 220

Tenemos el ejemplo claro de Prusia y Polonia frente a las amenazas imperialistas. Prusia se disciplinó, se autolimitó en vistas a fortificarse, mientras que Polonia vivió en su “libertad romántica” y fue objeto de reparto entre las potencias.

Los grandes Imperios en torno a un caudillo se disuelven a la muerte del caudillo, por no haber sabido objetivar en un sistema la razón vital del fundador.

Además, las decisiones de la voluntad sólo pueden ser eficaces bajo la constante referencia a un conocimiento derivado de la razón:

- a) Saber qué se quiere
- b) Saber qué se puede
- c) Saber cómo hay que hacerlo: Es decir, los medios para conseguir los objetivos.
- d) Saber cuándo hay que hacerlo.

Estos momentos constituyen una totalidad estructural en la que todos están mutuamente implicados.

CAPITULO 2

LA SOBERANÍA COMO PODER SUPREMO.

La soberanía es entendida como el poder que no tiene otro por encima de él. Considero de fundamental importancia tratar este tema, puesto que es necesario definir si realmente se puede entender como un poder sin frenos y si se puede seguir considerando como soberanía cuando se le limita.

Es necesario distinguir a la soberanía en sí misma y a la manera de ejercerla. En el primer caso, la soberanía es inherente al Estado mismo como institución. En el segundo caso, la determinación del órgano del Estado que ejerza la soberanía de hecho es cuestión de la organización del propio Estado. Existen regímenes políticos autocráticos en los que el poder supremo está depositado en una persona o un grupo de personas y otros democráticos en los que la soberanía es ejercitada por órganos que reciben su poder de la sociedad y lo detentan para beneficio de la misma, con una organización interna en la cual existe jerarquía, equilibrio y división de poderes. En ambas formas de Constitución de Estados el concepto de soberanía intrínseca permanece, pues es la sociedad la que en última instancia, por su aceptación tácita, la detenta.

La soberanía es esencial al Estado y en ese sentido es absoluta, no podría dejar de existir sin que el Estado mismo perdiera su existencia, y por otro lado, se encuentra orientada al fin del Estado, siendo en este sentido relativa. El Bien Público Temporal señala ya límites racionales y objetivos al poder soberano. La soberanía se armoniza con la sumisión al Derecho y no se opone a ella.

Según Rousseau, el Estado o la ciudad no es más que una persona moral cuya vida

consiste en la unión de sus miembros, y si el más importante de sus cuidados es el de la propia conservación, preciso le es una fuerza universal e impulsiva para mover y disponer de cada una de las partes de la manera más conveniente al todo. Así como la naturaleza ha dado al hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos. "Es éste el mismo poder que, dirigido por la voluntad general, toma el nombre de soberanía".¹⁵

Para Rosseau, el pacto social establece entre los ciudadanos una igualdad tal, que todos se obligan bajo las mismas condiciones y todos gozan de idénticos derechos. Así, por la naturaleza del pacto, todo acto de soberanía, es decir, todo acto auténtico de la voluntad general, obliga o favorece igualmente a todos los ciudadanos.

"¿ Qué es, pues, lo que constituye propiamente un acto de soberanía? No es un convenio del superior con el inferior, sino del cuerpo con cada uno de sus miembros; convención legítima, porque tiene por base el Contrato Social, equitativa, porque es común a todos; útil, porque no puede tener otro objeto que el bien general, y sólida, porque tiene como garantía la fuerza pública y el poder supremo."¹⁶

Así pues, según Rousseau, la soberanía es útil porque no puede tener otro objeto que el bien general.

¹⁵ Juan Jacobo Rousseau, "El Contrato Social", 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 1979 p. 17

¹⁶ Juan Jacobo Rousseau, op cit supra, nota 15, p. 18

2.1 Evolución del concepto de soberanía.

A través de la historia, el concepto de soberanía ha ido evolucionando. En la antigüedad clásica no existía la concepción del Estado como se entiende actualmente, aunque de hecho se dieran muchos de sus elementos.

Los griegos ya concebían la autarquía dentro de cada polis las cuales eran independientes y se acercaban a lo que actualmente nosotros conocemos como Estado.¹⁷

Para la comprensión del concepto de soberanía, es necesario hacer una breve alusión a los orígenes del Estado moderno:

El Estado nació de las luchas entre los poderes intermedios (como lo fueron los señores feudales) contra los reyes. Al vencer estos últimos, consolidaron a todos los pequeños poderes feudales en reinos unidos y más fuertes.

Así, el Estado como lo entendemos actualmente comenzó a forjarse con las luchas medievales entre señores feudales , reyes y emperadores.

¹⁷ Héctor Glez Uribe "Teoría Política" 4a ed , ed Porrúa Mexico 1982. pp 330

El concepto actual de Estado comenzó a desarrollarse en el renacimiento, con la formación de los reinos absolutistas como lo fueron España, Inglaterra y Francia.¹⁸ Estos Estados fueron aquellos que no se sometieron a ningún otro tipo de autoridad (cabe también mencionar a las ciudades italianas) y constituyeron poderes, soberanías independientes.¹⁹

2.1.1 Bodino.

El pensador hugonote francés Jean Bodin vivió en el siglo XVI. El objeto fundamental que persiguió Bodino con su doctrina fue la consolidación de la monarquía absoluta de su país en el siglo XVI. Por ello, su tema más importante es la elaboración de la doctrina de la soberanía, que definió como “un poder supremo sobre ciudadanos y súbditos no sometido a ley” También la definió como “la facultad de crear y derogar las leyes con potestad suprema”.

De esta suerte caracterizó Bodino a la soberanía como un poder supremo, el de más alta jerarquía, pues no se encuentra sometido a la ley positiva, ya que la misma es creada y derogada por él.

Sin embargo, ese poder supremo no entraña el despotismo, pues Bodino considera que por encima del mismo se encuentra el derecho natural: *jus divinum et naturale*, e igualmente el derecho de gentes y las costumbres de los pueblos, además, cuando el poder crea la ley positiva obedece sus prescripciones en tanto no la derogue.

¹⁸ Porrúa Pérez Francisco “Teoría del Estado” 8va ed; México; editorial Porrúa 1975 pp 332

¹⁹ idem p 334

Esta concepción de la soberanía como poder supremo, perpetuo, legal y omnipotente, dio un extraordinario impulso al pensamiento político, que recibió una importante aportación para la construcción que se estaba efectuando del Estado Moderno.²⁰

2.2 Teorías Contractualistas.

Ya en la antigua Grecia encontramos algunos antecedentes ideológicos relacionados con estas teorías:

Glaucón planteaba una especie de contrato social, por el que los hombres acordaran no dañarse mutuamente para que no les dañen sus semejantes. La norma seguiría siendo el egoísmo, pero un egoísmo ilustrado que podía ser compatible con el derecho y la Justicia. Las teorías contractualistas toman como punto de partida un pesimismo antropológico, basado en un egoísmo radical del hombre.

Para la exposición de los postulados contractualistas me basaré en la obra de Juan Jacobo Rousseau, puesto que, en mi opinión, es el más claro exponente de esta corriente ideológica.

Juan Jacobo Rousseau.

A decir de este pensador, existe siempre una gran diferencia entre someter una multitud y regir una sociedad. El déspota, aún cuando haya sojuzgado a otras

²⁰ Francisco Porrúa Pérez, Teoría del Estado, ed Porrúa, México, 1998, p.88

personas, no es siempre más que un particular, su interés, separado del de los demás, será siempre un interés privado. Si llega a perecer, su imperio, tras él, se dispersará y permanecerá sin unión ni adherencia, como un roble se destruye y cae convertido en un

montón de cenizas después que el fuego lo ha consumido.²¹

Lo anterior coincide con lo antes expuesto tomando como referencia a García Pelayo, en tanto que el poder, para ser político tiene que trascender, institucionalizarse, lo cual no sucederá si se gobierna en contra de los valores de una sociedad.

“Es necesario encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes.”

Este es el problema fundamental, cuya solución, según Rousseau, da el Contrato Social, cuyas cláusulas, 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. Pienso que esto es correcto, puesto que se busca la igualdad de los hombres. Lo que es incorrecto es su aplicación en el modelo liberal, ignorando las desigualdades de facto entre los hombres.

“Además, efectuándose la enajenación sin reservas, la unión resulta tan perfecta como puede serlo, sin que ningún asociado tenga nada que reclamar, porque si quedasen algunos derechos a los particulares, como no habría ningún superior común que pudiese sentenciar entre ellos y el público, cada cual siendo hasta cierto punto su propio juez, pretendería pronto serlo en todo; consecuentemente, el Estado natural subsistiría y la asociación convertiríase necesariamente en tiránica o inútil. La enajenación de derechos a la sociedad es sin reservas porque de lo contrario se crearían

²¹ Rousseau op sit supra nota 15 p. 8

fueros, o algunos individuos se encontrarían por encima de la ley". No obstante lo anterior, cabe resaltar que los derechos subjetivos, es decir los derechos humanos no se enajenan ni se deben de enajenar por ningún motivo a la sociedad, puesto que ellos son, en mi opinión, la base de todas las instituciones sociales, las cuales son creadas por el hombre y para el hombre.

Es por ello que en los Estados modernos se defienden las garantías individuales, que son precisamente los derechos del hombre que no se enajenan al Estado y en los que este último se encuentra imposibilitado de interferir.

“ 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”

Lo que cada individuo enajena, mediante el pacto social, de poder, bienes y libertad, es solamente la parte cuyo uso es de trascendencia e importancia para la comunidad. No se les puede recargar con nada que sea inútil a la comunidad.²²

Este acto de asociación convierte al instante la persona particular de cada contratante, en un cuerpo normal y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. La persona pública que se constituye así, por la unión de todas las demás tomaba en otro tiempo el nombre de ciudad y hoy el de república o cuerpo político. En cuanto a los asociados, éstos toman colectivamente el nombre de pueblo y

²² Héctor Glez Uribe "Teoría Política" 4a ed , ed Porrúa Mexico 1982, p.328

particularmente el de ciudadanos, como partícipes de la autoridad soberana y súbditos por estar sometidos.

La voluntad general.

“Si no es posible que la voluntad particular se concilie con la general, es posible por lo menos, que este acuerdo sea durable y constante, pues la primera tiende, por su naturaleza, a las preferencias y la segunda a la igualdad.

Para tener una buena exposición de la voluntad general, es necesario que no existan sociedades parciales en el Estado, y que cada ciudadano opine de acuerdo con su modo de pensar. Si existen sociedades parciales es preciso multiplicarlas, para prevenir la desigualdad.”²³

En mi opinión, es imposible hacer desaparecer a las sociedades parciales, que son los factores reales de poder, y, en realidad la desigualdad de hecho siempre existirá entre los hombres, es por ello que el Estado debe intervenir en algunos casos, para atenuarla. Pienso que las sociedades intermedias no pueden ser homogeneizadas y los factores reales de poder son una realidad imposible de suprimir.

En síntesis de todo lo anterior, Rousseau propone que los hombres sumen su libertad y sus fuerzas para constituir una agrupación que les asegure su conservación y su

²³ Rousseau op cit supra nota 15 p. 16

bienestar. O sea, se trata de encontrar una forma de asociación que defienda con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Rousseau, por medio de laboriosos argumentos, trata de demostrar que la soberanía es absoluta, pero que los hombres siguen siendo libres. Y lo son, a decir de este pensador, porque los súbditos, al obedecer al soberano, no obedecen a nadie más que a su propia voluntad.²⁴

“El pacto social, al mismo tiempo que garantiza la libertad individual, obliga al hombre a ser libre. Cualquiera que rehúse obedecer a la voluntad general, será obligado a ello por todo el cuerpo, lo cual no significa otra cosa sino que se le obligará a ser libre”²⁵

Como mencioné anteriormente, Rousseau defiende que la voluntad general es no solamente infalible, sino la mejor salvaguarda de la libertad individual, ya que si ésta se equivoca, encuentra su correctivo en la voluntad general. A decir de Rousseau, cuando la opinión contraria a la mía prevalece prueba que yo me había engañado.²⁶

Rousseau relaciona a la libertad con la voluntad general. El hombre que está en contra de la voluntad y opinión general no está siendo libre.

Según Alexis de Toqueville, en épocas de igualdad ningún hombre fía en otro, a causa de su equivalencia, pero esta misma equivalencia les da una confianza casi ilimitada en

²⁴ Héctor González Uribe, *op cit supra*, nota 24, p.328

²⁵ *Idem* p. 325

el juicio público, ya que no les parece verosímil que siendo todos de igual discernimiento, la verdad no se encuentre del lado de la mayoría.

Cuando el ciudadano de los países democráticos se compara a sí con los que le rodean, nota orgulloso que no es menos que ninguno; pero si pasa a considerar el conjunto de sus semejantes y se mide frente a ese gran cuerpo social, de pronto le abrumba su propia insignificancia y su desvalimiento.

Esa misma igualdad que le independiza de sus conciudadanos considerados individualmente, le entrega solo y sin defensa a la acción de la mayoría. ²⁷

En mi opinión, el que un individuo entregue su voluntad y derechos a la voluntad general no lo hará más libre, puesto que la voluntad general se puede y de hecho en muchas ocasiones se equivoca. El pueblo mismo, dijo Platón, es el gran sofista. ²⁸

Merece la pena subrayar para aquellos que no sólo odian al déspota, sino al despotismo, y que ven en la libertad de la inteligencia una cosa santa, que reflexionen sobre ella. Por lo que a mí respecta, poco me importa saber quién me oprime, y no me siento más dispuesto a meter la cabeza en el yugo si un millón de brazos me lo presentan.

“ Aún la dependencia de un déspota es preferible a depender del pueblo, ya que la masa de hombres es tan viciosa y corrompida que resulta más despiadada que un

²⁶ Héctor González Uribe, *op cit supra*, nota 24, p.326

²⁷ Alexis de Toqueville, *La Democracia en América*, ed Sarpe, Madrid, 1984, pp15,16

²⁸ Sabine George, *op cit supra*, nota p. 43

tirano". (Seneca.)

A manera de paréntesis, pienso que lo que hará realmente libre al hombre es ser coherente con la ley natural, es decir, con la naturaleza humana. Para explicar mejor este concepto me permito traer a colación un ejemplo de Séneca: El hombre se encuentra atado a una carreta que va andando, va junto a ella y no puede detener el paso, pues entonces la carreta lo arrastraría. La carreta es la ley natural. El hombre debe de tratar de vivir de acuerdo a ella sin desfallecer, de lo contrario se cae y deja de ser libre, siendo arrastrado por el "sin sentido".

Tomás de Aquino también menciona que el hombre que no actúa de acuerdo con la ley natural no es libre.

Rousseau habla a favor de la democracia directa: "El pueblo inglés piensa que es libre y se engaña: lo es solamente durante la elección de los miembros del Parlamento, tan pronto como éstos son elegidos, vuelve a ser esclavo, no es nada."

Propone la participación directa del pueblo en la elaboración de las leyes y tiene como muestra inequívoca de la decadencia política la existencia de asambleas representativas.

En este punto cabe mencionar que Aristóteles afirmaba exactamente lo contrario. Afirmaba que la democracia directa era imposible. Esta debía ser ejercida mediante asambleas representativas para evitar el caos y la imposibilidad de tomar decisiones oportunas.

A este punto, y concordando con Aristóteles, podemos comentar que es imposible que todo el pueblo participe en la elaboración de las leyes, puesto que sería un caos.

Sin embargo, a la sociedad sí le compete exigir cuentas a su diputado o representante.

Aplicando este concepto a la práctica, opino que se deben de instaurar mecanismos para que la sociedad pueda realmente y en forma eficaz pedir cuentas a sus representantes y fincar responsabilidades.

Hobbes.

Tomás Hobbes desarrolló en el siglo XVII las bases apuntadas por Maquiavelo y Bodino, llevando a efecto una construcción de doctrina política que influyó mucho en otros pensadores.

Su pensamiento político se encuentra contenido principalmente en su famosa obra *El Leviatán*.

La posición filosófica de Hobbes es materialista. Estando constituido el hombre únicamente por un cuerpo material, lógicamente la tendencia más fuerte de la naturaleza humana es la de la propia conservación, pues a esto tiende de manera normal todo cuerpo. Esta tendencia innata lo vuelve esencialmente egoísta pues sólo busca lo que le es útil, y así la utilidad se convierte en el criterio o patrón para distinguir el bien del mal.

Para satisfacer sus instintos egoístas el hombre no repara en medios, el único límite de su acción es la fuerza.

Esa condición del hombre originó en la sociedad humana primitiva un estado de lucha,

una guerra constante. *Bellum omnium contra omnes*, cuya finalidad era exterminar a los semejantes: *homo homini lupus*.

Esta situación de conflicto perpetuo, en vez de satisfacer el egoísmo individual, impedía su desarrollo, pues siempre se encontraba alguno más fuerte o más astuto que se opusiese.

Por ello, los hombres pensaron en obtener una fórmula de convivencia social en la que a cambio de un sacrificio mínimo se obtuviera la libertad necesaria para satisfacer las aspiraciones individuales.

Esa fórmula de convivencia la encontraron al constituir la sociedad civil mediante un contrato. Es por tanto una doctrina contractualista.

En toda sociedad es necesaria una autoridad que gobierne, para constituir la, el pueblo cede la potestad a favor de una persona o corporación. Cuando el pueblo cede la potestad, esta pasa de manera absoluta, ilimitada, al gobernante.

Hobbes considera al Estado como un órgano que asegura la paz.

Su obra influyó en muchos de los pensadores que se fueron desafortunadamente alejando cada vez más del pensamiento aristotélico-cristiano.

El propósito de Hobbes fue justificar la monarquía absoluta.²⁹

Comentario sobre las teorías contractualistas.

²⁹ Francisco Porrúa, Teoría del Estado, ed Porrúa, México 1998, pp 90-92

Así pues, ante los abusos de las monarquías absolutistas, comenzaron a surgir las teorías contractualistas acerca de la soberanía del Estado con postulados tales como: El pueblo es el único detentador de la soberanía, pues la soberanía es para el bien de todos y no para un pequeño grupo que se sirve de su pueblo. Todos los hombres somos iguales, todos tenemos los mismos derechos. El poder político existe en función del pueblo. El gobierno existe porque hay la necesidad de organización en la sociedad. Ante la realidad de una vida en sociedad es necesario un contrato social, esto es, un acuerdo entre las personas, para ceder ciertos derechos, con la finalidad de poder convivir en paz y de tener un orden. Por lo tanto, la soberanía la detenta el pueblo y los gobernantes son igualmente ciudadanos que cualquier otra persona.³⁰

Estas teorías son muy positivas, ya que desde los griegos se había postulado que un gobernante sabio sería lo óptimo, pero que es en la realidad una utopía, porque no todos los hombres son virtuosos y es muy difícil encontrar a alguien que lo sea, esto aunado que el poder corrompe, y que el poder absoluto corrompe absolutamente.³¹ Es muy difícil por tanto, encontrar un gobernante suficientemente virtuoso como para depositar el poder absoluto en sus manos.

Fue conjuntamente con las teorías contractualistas que se plasmaron de una vez por todas por escrito los derechos del hombre y del ciudadano. Cabe hacer la aclaración que son derechos que tiene el hombre por el hecho de ser hombre, no se los otorgan los

³⁰ Porrúa pp 342, 343

³¹ Juan Federico Arriola "Teoría general de la dictadura" Trillas, México 1992 p. 32

ordenamientos legales, sino que se los reconocen. Sin embargo es un signo muy positivo y eficaz, como recordatorio, el establecerlos por escrito para que se cometan menos violaciones en su contra. Se e establecen por escrito con el fin de evitar cualquier tipo de polémica sobre ellos y para que, como mencioné al comienzo de la presente tesis, exista un poder positivo que los defienda.

Sin embargo, las teorías contractualistas tienen grandes errores como el considerar que el hombre vivía feliz aislado. Hobbes postula que el hombre es el lobo del hombre, es decir, parten de un pesimismo antropológico basado en el egoísmo. El hombre necesita de los demás para desarrollarse, si tenemos el lenguaje es para comunicarnos con los demás, el hombre y la sociedad son inseparables.

Sin ideas compartidas no hay acción colectiva, y sin acción colectiva aún hay hombres, pero no un cuerpo social. Para que haya sociedad, y con mayor motivo para que esta sociedad prospere, siempre es preciso, pues, que todos los ciudadanos reúnan su juicio y lo conserven mediante algunas ideas principales, lo que sólo es posible si cada uno de ellos toma sus opiniones de una misma fuente y consiente en cierto número de creencias ya elaboradas.

Si el hombre tuviera forzosamente que probarse a sí mismo todas las verdades de la vida cotidiana no acabaría nunca, se agotaría en demostraciones preliminares sin avanzar un paso; como carece de tiempo y de facultades para obrar así porque su vida es breve y su inteligencia limitada, no puede sino dar por ciertos gran cantidad de hechos y opiniones que no ha tenido ocasión ni capacidad para examinar y verificar

personalmente. No hay filósofo en el mundo, por grande que sea, que en asuntos innumerables no fie en la palabra ajena y suponga muchas más verdades de las que explicita .

En conclusión, el hombre aprende absolutamente todo de los demás, vive con y para los demás. El prójimo da sentido a la existencia.

Las teorías contractualistas parten de un pesimismo antropológico en tanto que consideran al hombre como un ser radicalmente egoísta. Estas teorías proponen asimismo un mínimo de gobierno. Yo estoy de acuerdo con ello, pero hay que considerar también que el gobierno debe preocuparse por el Bien Público Temporal de la sociedad, organizando a las sociedades parciales que componen al Estado. En relación con ello, creo imprescindible hablar sobre los principios de solidaridad, subsidiariedad, y bien común, que deben ser rectores en toda sociedad.

2.3 Solidaridad, subsidiariedad y bien público temporal.

a) Principio de solidaridad.

Todos los individuos, así como las asociaciones intermedias, deben sentirse solidarias en favor de la sociedad y de sus problemas.

Si la prevalencia del interés social sobre el interés particular impone a todo miembro de la sociedad la obligación negativa de no comportarse nocivamente en detrimento de la

colectividad, toda persona, merced al inobjetable principio de solidaridad humana, debe desempeñar su conducta en beneficio de los grupos mayoritarios que forman la sociedad. Dicho principio impone a todos los individuos diversos deberes sociales que no entrañan meras abstenciones, sino actos, funciones o conductas de beneficio colectivo.

b) Principio de subsidiariedad.

El Estado no debe asumir aquellas responsabilidades que puedan desempeñar los individuos u otras instituciones intermedias. Su misión es siempre subsidiaria. Lo anterior significa que el Estado debe intervenir únicamente cuando un asunto determinado se encuentre fuera del alcance de los individuos o de las sociedades intermedias.

c) Principio del bien público temporal.

De este principio hablaré más adelante, en el tema de la Constitución y la libertad, sin embargo, quisiera adelantar que la actividad de todos los ciudadanos debe ir orientada a lograr el bien público temporal. Cuando éste no se alcanza por la libre aportación de las entidades sociales, el Estado debe procurarlo, incluso asumiendo la dirección de los grandes resortes que influyen en la vida social. En este caso se justifican éticamente las

nacionalizaciones de las llamadas industrias básicas.³²

2.4 El Estado liberal como Estado expropiador.

El Estado moderno, creación de las teorías contractualistas antes mencionadas y del racionalismo, va en el sentido de desplazar lo político, limitar en una serie de normaciones todas las manifestaciones de la vida del mismo y transformar toda su actividad en competencias, limitadas, rigurosamente .

La concepción del Estado moderno es muy peligrosa. Es una creación del liberalismo, con fines loables, pero que puede ser un arma de dos filos si se utiliza erróneamente. Digo lo anterior, porque para que se de la existencia del Estado moderno fue necesario cortar los brazos de poder de las sociedades intermedias civiles.³³

El Estado expropió el Derecho y la costumbre a los estamentos medievales. Tomó todas las riendas de la jurisdicción. El Estado absorbió también la educación, y con ello la forma de pensar, expropió para sí la religión en el caso del Estado inglés con la religión anglicana, y la subyugó en algunos países católicos y en ciertos países llegó a expropiar los medios de producción y de comunicación social.³⁴

Este era precisamente el propósito de los pensadores que formularon la concepción del Estado moderno. Se quería que todo entrara dentro de una legalidad racional. Así, cortando cualquier otro tipo de poder, se aseguraría la soberanía de un organismo que

³² Fernández Aurelio. *Ética Social y Política III*, ed Dossat

³³ Manuel García Pelayo op cit supra nota 1 p.118

estuviera por encima de todos los demás, y así se pudiera asegurar racionalmente el derecho. Con ello, al haber acabado con los poderes intermedios, el poder que se depositó en el Estado es inmenso y listo para ser utilizado con cualquier finalidad.

Los países de los cuales surgió esta concepción de Estado, logran controlar este inmenso poder del mismo, con un sistema de división de poderes y de contrapesos efectivo, tomando en consideración que si estos llegaran a fallar (como ocurre de hecho en algunos países retrasados políticamente) queda vivo el monstruo de poder, esta máquina increíblemente poderosa, para que cualquiera la utilice para servirse de una nación en beneficio propio.

CAPITULO 3

SOBERANIA: ¿PODER LIMITADO O ILIMITADO?

3.1 El bien público temporal como limitante del poder soberano

Algunos entienden a la soberanía como un poder supremo, como aquel poder que está por encima de todas las cosas y personas, aquel poder que no tiene límites.³⁴

Aunque hay otra concepción de soberanía que postula que ésta no es un poder sin sentido, sino que tiene una finalidad, que es el Bien Público Temporal, porque si ha de existir un poder es para el bien de la sociedad, y por lo tanto, esta soberanía debe de estar encaminada siempre al bien de la colectividad, expresada en las leyes, y en la Constitución.³⁵

La estructura subyacente, tanto en el hombre como en el Estado, es la misma y ello impide que el bien del uno sea esencialmente distinto al bien del otro.

La noción del Bien es extraordinariamente importante para la teoría política puesto que, en el fondo, el Estado es obra del hombre y para el hombre, y todo lo que a él se refiere es esencial para el orden.

Lo anterior se clarifica cuando se busca la proyección de ese bien humano hacia el Estado: el bien que la tradición occidental ha llamado el Bien Común.³⁶

El Estado responde a un impulso natural de la sociabilidad del ser humano (zoon politikon) que impulsa y coordina los esfuerzos humanos para el logro del bien

³⁴ Rousseau op cit supra nota 15 p. 14

³⁵ Rousseau op cit supra nota 15 p. 16

³⁶ Héctor Glez Uribe, op cit supra, nota 24, p 338

público temporal.³⁷

El bien público temporal es el conjunto de todos los supuestos y organizaciones de carácter público y *general necesarios para que los individuos, como miembros de la colectividad, cumplan su destino.*³⁸

El bien público temporal se traduce en una relación recíproca: toda perfección del conjunto significa un provecho para los miembros, y visceversa, cuando aumenta y se consolida el perfeccionamiento de éstos, el conjunto acrecienta su eficacia.³⁹

Por lo tanto, la soberanía debe de estar limitada por el Bien. El Estado debe buscar por la vía positiva todo lo que conduzca al bien de la comunidad, es decir, a su perfección, a su bienestar: a la salud física y moral de los habitantes, a la más equitativa repartición de la riqueza, a una justa distribución de las cargas, a la extensión de la educación básica a todas las capas de la población, a la difusión de las ciencias, las artes y la tecnología, etc.

Y por otra parte debe evitar todo lo que contrarie el Bien : los impuestos excesivos, la restricción injustificada de las libertades individuales y colectivas, la violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, etc.⁴⁰

Según los contractualistas los compromisos que nos ligan con el cuerpo social no son obligatorios, sino porque son mutuos y su naturaleza es tal, que al cumplirlos, no se

³⁷ Idem p. 334

³⁸ idem p.335

³⁹ Idem p 338

⁴⁰ Idem p 340

puede trabajar por los demás sin trabajar por sí mismo.

“¿Por qué la voluntad general es siempre recta y por qué todos desean constantemente el bien de cada uno, si no es porque no hay nadie que no piense en sí mismo al votar por el bien público temporal?

La voluntad general, para que verdaderamente lo sea, debe serlo en su objeto y en su esencia; debe partir de todos para ser aplicable a todos y pierde su natural rectitud cuando tiende a un objeto individual y determinado”⁴¹

Como he mencionado anteriormente, los contractualistas parten del egoísmo del hombre, y bajo esa premisa desarrollan el concepto de bien público temporal.

3.2 Otros límites a la soberanía.

1. El primero es el bien público temporal que hemos desarrollado anteriormente.
2. Al Estado le corresponde, exclusivamente, la esfera de lo público, o sea, lo que se refiere a la vida social, externa, de la comunidad, pero allí donde los hombres toman sus decisiones más íntimas, su orientación vocacional, la decisión de su destino, el Estado no puede, ni debe penetrar. Su soberanía está limitada, racionalmente, por el ámbito que es propio y específico.

⁴¹ Rousseau op cit supra nota 15 p. 17

3. El Estado está circunscrito por el dominio de lo temporal. No puede inmiscuirse en la religión de las personas. A lo largo de la historia se han dado luchas terribles en este aspecto, pues al declinar la concepción pagana del Estado, por el influjo de las ideas cristianas, la comunidad política dejó de ser el centro único de los intereses religiosos y cívicos para dar lugar a la comunidad religiosa que se encargaba de los intereses espirituales de los hombres.

Comenzaron a existir, el uno al lado de la otra, el Estado y la Iglesia. Desde entonces quedó como una conquista del pensamiento occidental la delimitación precisa de las competencias entre ambos.⁴²

Afirma Rousseau que lo que cada individuo enajena, mediante el pacto social, de poder, bienes y libertad, es solamente la parte cuyo uso es de trascendencia e importancia para la comunidad, mas es preciso convenir también que el soberano es el único juez de esta necesidad.

Tan pronto como el cuerpo soberano lo exija, el ciudadano está en el deber de prestar al Estado sus servicios; mas éste, por su parte, no puede recargarles con nada que sea inútil a la comunidad.

Por lo expuesto anteriormente se puede deducir claramente que el concepto correcto de soberanía es aquel que la expone como un poder limitado tanto por el bien público temporal como por la competencia y ámbitos del Estado.

⁴² Héctor González Uribe, op cit supra, nota 24, pp 340 - 341

La autoridad es legitimada por la comunidad para que la sirva, es decir para el bien público temporal, y por otra parte, los miembros de la comunidad poseen una esfera a la cual la autoridad no puede acceder.

En resumen, ningún poder social debe estar por encima del Estado, sin embargo la idea de la soberanía está implícita en la del Bien Público Temporal, como algo necesario para la realización de dicho Bien. Pero al propio tiempo la soberanía, tiene que perder toda *pretensión de potestad absoluta y entrar en los cauces que le señala el Bien Público Temporal*, fuera de los cuales pierde todo su significado y su valor.

Esta oposición dialéctica absolutismo-relatividad, supremacía-limitación es una tensión dinámica entre la tendencia al poder omnímodo y la sumisión a la regla jurídica.

La soberanía está, pues, esencialmente limitada por su naturaleza misma. ⁴³

La soberanía estatal tiene la supremacía sobre otros poderes existentes dentro de la sociedad, como son los factores reales de poder: La Iglesia, el ejército, los intereses financieros, los intereses de las diversas clases sociales, etc. El Estado es soberano porque el bien público temporal está por encima de los individuos y de las sociedades intermedias. ⁴⁴

Los órganos de poder reciben su investidura de la Ley Fundamental, y por tanto, el autor de la Constitución está por encima de esos poderes, este autor es el *constituyente originario*.⁴⁵ En mi opinión, la sociedad es quien detenta la soberanía,

⁴³ *Idem* pp 336-337

⁴⁴ Porrúa Fco, *op cit supra*, Nota 30, p.329

⁴⁵ Tena Ramírez Felipe, "Derecho Constitucional Mexicano", México 1965, pag. 12

pues es ella quien acepta tácitamente a la autoridad. Todo principio de poder,

necesariamente conlleva un principio de obediencia. En la creación de la Carta Magna, la sociedad se encuentra representada por el constituyente originario, el cual la redacta, pero con la aceptación tácita de la sociedad. Siguiendo en este orden de ideas, se puede afirmar que el poder político constituyente es el detentador de la soberanía, y no la Constitución formal, pues ésta es creación del poder político, que es precisamente el constituyente originario avalado por la sociedad.

Hay autores que argumentan que la soberanía es detentada por la Constitución. Pienso que lo anterior es un error pues la detentadora única es la sociedad, y la Constitución formal, es solamente el instrumento que utiliza esta sociedad para organizarse.

La Constitución formal es modificable por el constituyente permanente, que es en pocas palabras la sociedad misma. Es por ésto, que si entendemos la soberanía como un poder último, esta se encuentra detentada por la sociedad.

La Constitución jamás podrá resistir a la realidad socio política, y cuando elementos surgidos de ésta realidad intentan modificarla, no hay fuerza que se los impida. Las constituciones escritas, son un invento benéfico de la ilustración con el fin de plasmar por escrito a los fundamentos y valores que de hecho rigen a una determinada sociedad, pero cuando lo estipulado por escrito no concuerda con los mismos, la realidad rebasa dicha constitución que queda en la práctica como letra muerta.⁴⁶

⁴⁶ Zippelius Reinhold, "Teoría General del Estado", México ed Porrúa 1989, p. 59

3.3 El futuro de la soberanía. Una visión económica.

El futuro de la soberanía se encuentra estrechamente ligado al futuro del Estado.

¿Qué significan los avances transnacionales para el futuro del Estado, que es la unidad organizadora hacia la que la gente suele volverse cuando debe enfrentarse a algo nuevo?

Actualmente la gente se aparta cada vez más de los gobiernos nacionales y acude a los organismos transnacionales o subnacionales para conseguir sus objetivos.

A través de la historia cada Estado produjo sus propios símbolos (bandera, himno, figuras y acontecimientos históricos, fiestas especiales) para reforzar la conciencia de la identidad nacional. El idioma nacional ocupó el lugar de las lenguas regionales como el bretón, el galés y el catalán, a pesar de que la resistencia fue a menudo profunda y determinada.

También institucional y económicamente, el Estado ha permanecido en el centro de las cosas, los hombres adultos han sido reclutados o inducidos a entrar en los servicios armados, los cuales pasaron de levas feudales privadas a instituciones nacionales permanentes. A medida que el gasto estatal fue aumentando para satisfacer las necesidades internas y externas, aparecieron órganos financieros como un banco nacional o un ministerio de hacienda, surgieron asambleas nacionales para votar presupuestos anuales, nació un sistema impositivo nacional y unidades monetarias nacionales que sustituyeron a las anteriores medidas. El sistema económico mercantilista, cuyo objetivo era reforzar las reservas de capital de un país, también apuntaba de modo deliberado a hacerlo fuerte y autosuficiente. Se redujo la dependencia de los suministros extranjeros de textiles, hierro y otros bienes, produciéndolos nacionalmente, creando trabajos y disminuyendo la salida de metálico. Las leyes de navegación procuraron asegurar que todo el comercio marítimo se realizara en barcos nacionales, tripulados por marineros nacionales.

Para asegurarse la seguridad nacional, los gobiernos confiaron en una mezcla de medidas militares y diplomáticas: mantenimiento de un ejército permanente, construcción de una flota, formación de alianzas contra un rival común. Las guerras, cuando se producían, podían ser caras, pero también servían para impulsar el fervor patriótico, era siempre una buena forma de incrementar la solidaridad nacional. A comienzos del presente siglo, los sentimientos nacionalistas estaban siendo reforzados por renovadas carreras navales y armamentísticas. Por lo tanto, no es sorprendente que muchos de los ciudadanos de las potencias europeas partieran de buen grado a la guerra cuando dichos antagonismos estallaron en 1914.

No obstante lo anterior, desde “la riqueza de las naciones” de Adam Smith en adelante, una cantidad cada vez mayor de economistas, banqueros y hombres de negocios sostuvo que la gente tendría más dinero si la mano del Estado proteccionista y mercantilista se apartaba de los asuntos económicos, y si el comercio y la inversión no operaran según los deseos gubernamentales sino siguiendo los criterios del mercado.

Con las dos grandes “guerras totales” de este siglo llevadas a cabo por economías desarrolladas y organizadas por burocracias modernas, el triunfo del Estado pareció completo. La Primera Guerra Mundial produjo el pasaporte, una prueba de la nacionalidad del individuo, pero, curiosamente propiedad del Estado, que podía retirarlo cuando lo considerara necesario. La Segunda Guerra Mundial dio lugar al “Producto Nacional Bruto”, un instrumento de economía para permitir al Estado un examen exhaustivo de la actividad productiva.

Asimismo el incremento de las tensiones producidas por la guerra fría otorgó una importancia cada vez mayor al concepto de "seguridad nacional".

La seguridad nacional se utilizó para justificarlo casi todo, desde la construcción de un sistema de autopistas hasta la concesión de becas científicas y tecnológicas. También se utilizó, de forma negativa, para retener determinada información, impedir la entrada de determinados inmigrantes, prohibir el comercio con ciertos países y viajar a los mismos, suspender las transferencias de tecnología. En el momento culminante de la guerra fría, con la Unión Soviética y Estados Unidos invirtiendo centenares de miles de millones de dólares al año en gastos de defensa, los observadores se preguntaron si ambos no se habían vuelto "Estados de seguridad nacional".

Durante las tensiones de la guerra fría, sin duda era fácil sostener que el Estado seguía siendo el actor central de los asuntos mundiales.

Ahora que la guerra fría ha terminado, muchos teóricos sostienen que las rivalidades militares y las carreras armamentistas están siendo sustituidas por rivalidades económicas, carreras tecnológicas y diversas formas de guerra comercial. Incluso los expertos en seguridad nacional admiten ya la importancia de las dimensiones económicas del poder y reconocen que los instrumentos tradicionales como los ejércitos no sirven de nada contra los desafíos económicos.

El Estado y su seguridad también se ven amenazados por la nueva división internacional de la producción y el trabajo. La lógica del mercado global no presta atención al lugar en el que se hace un producto.

La revolución financiera internacional plantea sus propios retos a la supuesta soberanía del Estado. El mundo sin fronteras implica una cierta cesión del control de un país sobre su propia moneda y política fiscal. Esta cesión puede reportar prosperidad, pero si el sistema internacional es inestable, no hay autoridad que controle los potenciales flujos masivos de moneda.

Con el volumen de intercambios monetarios diarios que supera con creces los PNB de muchos países, los gobiernos individuales y los ministerios de finanzas tienen mucho menos control sobre el sistema que el que tenían hace un cuarto de siglo.

Todo lo anterior nos recuerda que la Tierra, a pesar de todas sus divisiones, es una unidad.

No cabe hacer frente a tales desafíos mediante el uso de la fuerza militar, que es el modo normal en que los Estados han reaccionado cuando sus seguridad se ha visto amenazada.

Sin embargo, la importancia de los Estados y el poder militar quedaron ampliamente demostrados en la guerra del Golfo de 1990-1991, por lo tanto, las fuerzas armadas seguirán existiendo y en ocasiones serán utilizadas. Pero esta dimensión militar tradicional de la "seguridad" coexistirá cada vez más con las dimensiones no militares descritas.

Los cambios globales actuales ponen en cuestión la utilidad del Estado. Al parecer, el actor autónomo clave en los asuntos políticos e internacionales durante los últimos siglos parece estar no sólo perdiendo control e integridad, sino la clase equivocada de unidad para hacer frente a las nuevas circunstancias. En algunos problemas es demasiado grande para operar con eficacia, en otros, es demasiado pequeño. Por consiguiente, se producen presiones para una "redistribución de la autoridad" tanto hacia arriba como hacia abajo, creando estructuras que podrían ser capaces de responder de modo más efectivo a las fuerzas actuales y futuras a favor del cambio.

La redistribución de la autoridad del Estado hacia arriba y hacia abajo ha concentrado sobre ella una gran atención. No se trata únicamente del surgimiento de actores transnacionales como los grandes bancos y multinacionales o del auge del sistema global de comunicaciones en gran parte fuera del control de los gobiernos individuales. Se trata también del papel cada vez más importante que desempeñan las instituciones y los acuerdos internacionales, lo cual nos lleva a razonar que, puesto que los nuevos retos son globales, sólo cabe enfrentarse a ellos con éxito a escala global por medio de organismos transnacionales y políticas acordadas en común, que abarquen desde una mayor cooperación y consulta entre las principales democracias industriales, el acrecentamiento del papel y los recursos de organismos internacionales como las Naciones Unidas, la UNESCO, el Banco Mundial y el FMI. En la medida en que esto último puede contribuir a la paz y estabilidad, se trata de un avance bien recibido, y si resulta que suelen tener éxito, ello elevaría el estatus de los órganos internacionales frente a los instrumentos y las políticas puramente nacionales.

Asimismo, están emergiendo organizaciones supranacionales con fines comerciales. El mundo se está dividiendo en tres bloques comerciales y sus satélites, la creación de algo como la zona de libre comercio norteamericano incluye acuerdos para reducir la integridad económica nacional, dentro de las fronteras de la propia zona, las diferencias nacionales empezarán a borrarse.

Este proceso se encuentra aún más avanzado en la Comunidad Europea, cuyos gobiernos y parlamentos nacionales han acordado ceder grandes ámbitos de soberanía nacional tradicional con el fin de obtener una mayor unidad económica y política .

La redistribución de la autoridad desde el Estado a unidades más pequeñas está también motivada, y en no poca medida, por los avances económicos y tecnológicos.

La ruptura de las fronteras en Europa, por ejemplo, permite la emergencia o en muchos casos, reemergencia, de zonas económicas regionales que habían sido parceladas por sistemas de tarifas y aranceles nacionales. Al desarrollarse nuevas relaciones comerciales, se desvanecen las anteriores, Eslovenia comercia cada vez más con Austria y menos con Serbia, Alsacia-Lorena se integra más con Baden Württemberg que con París, el norte de Italia establece vínculos más estrechos con los Estados alpinos que con Calabria o Sicilia.

Los propios estados que conforman Estados Unidos, frustrados a menudo por la falta de interés mostrado por el gobierno federal, abren “misiones” en Tokyo y Bruselas con el fin de dirigir la inversión y la diplomacia comercial. Ciudades rusas como San Petersburgo se declaran a sí mismas zonas de libre comercio con el fin de atraer inversiones extranjeras.

Esta redistribución de la autoridad hacia abajo también trae consigo el riesgo de desintegración nacional, al menos en sociedades en donde las rivalidades étnicas y las discusiones fronterizas alimentan las diferencias regionales. Aunque recientemente hemos presenciado los más espectaculares ejemplos de esta desintegración de la cohesión nacional en la Unión Soviética y Yugoslavia, hay muchos ejemplos en otras partes del mundo. En gran parte de Africa, el modelo de Estado al estilo europeo se está derrumbando, las fronteras se hacen permeables, están en auge las rivalidades étnicas y regionales.

Hace dos siglos, Kant observó que la Naturaleza empleaba dos medios para separar a los pueblos: “diferencias de lengua y de religión”.

Como reacción a la globalización, incluso en las democracias ganan terreno los movimientos nacionalistas y xenófobos.

Esto deja a la Humanidad ante un enigma. A pesar de todo el debate sobre la redistribución de la autoridad y las lealtades de grupo, las viejas estructuras existen y de hecho, en algunos lugares son cada vez más firmes. Quizás en décadas recientes haya habido cierta erosión de los poderes del Estado, pero la mayoría de éste sigue siendo el lugar primario de identidad, al margen de quién sea su patrón o de cómo se ganen la vida, los individuos pagan impuestos al Estado, están sometidos a sus leyes, sirven (cuando es necesario) en sus fuerzas armadas y sólo pueden viajar con su pasaporte. Además, a medida que surgen nuevos desafíos, los pueblos, al menos, en las democracias, se vuelven de modo instintivo hacia sus gobiernos para encontrar "soluciones".

En conclusión, la naturaleza de los nuevos desafíos hace que para los estados sea mucho más difícil que antes ejercer el control sobre los acontecimientos, pero aún así siguen proporcionando la institución básica por medio de la cual las sociedades intentarán responder al cambio. Aun cuando la categoría y las funciones del Estado hayan resultado erosionadas por las tendencias transnacionales, no ha surgido ningún sustituto adecuado para reemplazarlo como unidad clave a la hora de responder al cambio global.⁴⁷

47 Paul Kennedy, *Preparing for the twenty-first century*. Random House NY, pp 159-177

SEGUNDA PARTE

**LA LEY Y LA CONSTITUCIÓN COMO LIMITANTES ORIGINARIOS DEL
PODER.**

CAPITULO 4

ANALISIS EN TORNO A LA LEY

“Existe, pues, una verdadera ley, la recta razón congruente con la naturaleza, y es imposible anularla. No es una en Roma y otra en Atenas, una ahora y otra después, sino una ley única, eterna e inmutable, que obliga a todos los hombres y para todos los tiempos...” (Cicerón, la República)

4.1 Objetividad de la ley. Ideas griegas en torno a la misma.

Los instrumentos de la iniciación del cambio de la filosofía griega hacia el humanismo fueron aquellos maestros a los que se conoce como sofistas, que se ganaban la vida ofreciendo instrucción a aquellos que eran capaces de pagarla.

En su aspecto positivo, este nuevo punto de vista era simplemente humanismo, en su aspecto negativo llevaban al relativismo como observamos en el decir de Protágoras:

“El hombre es la medida de todas las cosas, de lo que es y de lo que no es”.

Calicles por su parte sostiene que la justicia natural es el derecho del fuerte y que la justicia legal no es más que la barrera establecida por la multitud de los débiles para salvarse. “Si hubiera un hombre con la suficiente fuerza..., pisotearía todas nuestras fórmulas, conjuros y encantamientos y todas nuestras leyes que son contrarias a la naturaleza”⁴⁸.

¿Existe alguna ley que, de ser comprendida, explicaría por qué obran los hombres

⁴⁸ Sabine op cit supra nota 29 , p. 34-35

como lo hacen y por qué creen que algunos modos de obrar son honorables y buenos y otros bajos y malos?

Hay muchas pruebas de que esta gran controversia acerca de la contraposición entre naturaleza y convención alcanzó una gran difusión entre los atenienses del siglo v. Podría, desde luego, con la misma frecuencia que lo ha hecho posteriormente, constituir la defensa del rebelde, en nombre de una norma superior, frente a las convenciones prementenes y las leyes existentes en la sociedad. El ejemplo clásico de este tema en la literatura griega es la Antígona de Sófocles, que es acaso la primera ocasión en que un artista utilizó el conflicto entre un deber impuesto por la ley humana y otro impuesto por la ley natural. Cuando se acusa a Antígona de haber infringido la ley al practicar los ritos funerarios de su hermano, contesta Creonte: “ Y no creo que tú, hombre mortal, puedas transgredir las leyes no escritas e inmutables de los dioses. No son de hoy ni de ayer, no mueren y nadie sabe de dónde salieron”.⁴⁹

Este papel ha sido representado por la ley natural durante la historia del pensamiento político.

Ninguno de los jurisconsultos dudaba de la existencia de un derecho superior al positivo de cada Estado.

Al igual que Cicerón, concebían el derecho como definitivamente racional, universal, inmutable y divino, al menos con respecto a los principios más importantes de *derecho y de justicia*.

⁴⁹ Idem pp. 32-33

En relación con lo anterior, es necesario hacer la distinción de que en cuestiones trascendentales la ley positiva debe de ser exactamente igual a la ley natural, pero en las cuestiones cotidianas y de mera organización de una sociedad, las leyes pueden ser acordadas por libre concenso siempre y cuando no contradigan, si es el caso, a la ley natural.

La idea central del derecho natural, desde la república romana hasta la Edad Moderna, era un principio último de congruencia con la naturaleza del hombre como ser racional y social, que es, o debe ser, la justificación de toda forma de derecho positivo.

El derecho es un *ars boni et aequi*. La justicia es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho.

4.2 ¿Es necesaria la ley positiva?

Platón. La República.

Como todas las actividades de un hombre estaban conexas de modo muy íntimo con su ciudadanía, ya que su religión era la religión del Estado y su arte, en gran parte, arte cívico, no podía haber una separación tajante entre esos problemas. El hombre bueno tenía que ser un buen ciudadano.

La idea fundamental de la República es que la virtud es conocimiento y la existencia de un bien objetivo posible de conocer.

Por consiguiente, la teoría de Platón es divisible en dos partes o tesis principales:

primera, que el gobierno debe ser un arte basado en un conocimiento exacto; y segunda, que la sociedad es una mutua satisfacción de necesidades por personas cuyas capacidades se complementan entre sí.

La tesis de que el bien es problema de conocimiento exacto, deriva directamente de la distinción ya antigua, entre naturaleza y convención y de las discusiones entre

Sócrates y los sofistas. El pueblo mismo, dijo Platón, es el gran sofista.⁵⁰

Afirma Platón que la estructura subyacente, tanto en el hombre como en el Estado, es la misma y ello impide que el bien del uno sea esencialmente distinto al bien del otro.

Es necesario tener cuidado con este concepto, puesto que le quita la libertad a los gobernados y también es utópico ya que el Estado bueno no existe como tal y actualmente nos conduciría directamente al totalitarismo.

Platón no entiende por justicia, salvo remotamente, el mantenimiento de la paz y el orden públicos; por lo menos el orden externo no es sino una pequeña parte de la armonía que crea el Estado. Lo que el Estado proporciona a sus ciudadanos para Platón, no es tanto la libertad y la protección, sino una vida.

Como he mencionado anteriormente, difiero en lo absoluto con esta concepción de Estado en la que unas cuantas personas se adueñan del poder y guían los destinos de los hombres a capricho.

En mi opinión debe de existir el menor Estado posible, dejando lugar a que las sociedades intermedias se organicen de acuerdo con los principios de solidaridad y subsidiariedad.

El comunismo platónico adopta dos formas principales que confluyen en la abolición de la familia. La primera es la prohibición de la propiedad privada y la segunda la procreación regulada por mandato de los gobernantes, con el fin de conseguir la mejor descendencia posible.

El comunismo de Platón tiene, pues, una finalidad estrictamente política. El orden de ideas es exactamente el reverso del que ha animado de modo principal las utopías

⁵⁰ Idem p. 43

socialistas modernas; Platón no trata de utilizar el gobierno para igualar la riqueza, sino que iguala la riqueza con objeto de eliminar del gobierno una influencia perturbadora.

Lo mismo ocurre también con la finalidad que persigue Platón al abolir el matrimonio, ya que considera que el afecto familiar, dirigido hacia determinadas personas, es un poderoso rival del Estado en la competencia por conseguir la lealtad de los gobernantes. La preocupación por los hijos propios afirma, es una forma de egoísmo más artera que el deseo de propiedad y considera que la educación de los niños en los hogares es una mala preparación para la devoción con alma y vida que el Estado tiene derecho a exigir.

Estas son, en mi opinión ideas aberrantes que chocan con nuestra inteligencia, sin embargo, muchos de estos métodos fueron aplicados todavía en este siglo por totalitarismos tanto de izquierda como de derecha.

La República fue la más grande de las utopías y toda la tribu de filósofos utópicos la siguió.

En mi opinión, no toma en cuenta la profunda convicción de que hay algunas decisiones que un hombre tiene que tomar por sí sólo. Esta teoría invade la esfera de libertad de los seres humanos.

No es el aspecto menos importante de la República lo que omite, es decir, el derecho y la influencia de la opinión pública. La omisión es perfectamente lógica, ya que el argumento de Platón es irrefutable si se acepta su premisa. Es tan estúpido atar las manos del filósofo rey con las normas jurídicas como obligar a un médico experto a que

copie su receta de un formulario médico.

El derecho pertenece a la categoría de las convenciones; surge mediante el uso y la costumbre.

Readmisión del derecho

En sus últimos años, Platón reconsidera el lugar que ocupa el derecho en el Estado y formula Las Leyes, otro tipo de Estado en el que la fuerza dirigente había de ser el derecho y no el conocimiento.⁵¹

Es lamentable que un gobernante realmente experto tenga atadas las manos del mismo modo que lo sería el que un médico se viera obligado a recetar con arreglo a un libro conociendo lo bastante la medicina incluso para haberlo escrito por sí mismo. Con idéntico argumento se ha justificado el despotismo ilustrado desde la época de Platón hasta nuestros días.

La distinción entre el rey y el tirano es que el tirano gobierna por la fuerza sobre sus súbditos, que no desean su gobierno, en tanto que el verdadero rey o político tiene el arte de hacer que su gobierno se acepte voluntariamente.⁵²

No cabe duda de que la norma es mejor que el capricho, y la reverencia del gobernante que se somete a la ley, mejor que la voluntad arbitraria de un tirano. La ley es ahora, por así decirlo, el sustituto de esa razón que Platón había intentado hacer suprema en el Estado ideal.

⁵¹ Idem pp. 47-51

⁵² Idem p. 66

El principio de un gobierno sabio y vigoroso, sometido a la ley es aquel que contiene el elemento del conocimiento, pero también el que contiene el principio democrático, el principio de libertad y de la participación de las masas en el poder, también sometido, naturalmente, a la ley.

“todos somos siervos de la ley para poder ser libres” (Cicerón, la República)

La figura del filósofo rey era absolutamente contraria a las convicciones más profundas de los griegos respecto al valor moral de la libertad bajo el derecho y al de la participación de los ciudadanos en la tarea del gobierno propio.

El Estado que se bosqueja en la “Las Leyes” de Platón, que es de sus últimas obras, es un gobierno en el que la ley es suprema, y tanto el gobernante como el súbdito están sometidos a ella.⁵³

Sin leyes, los hombres no difieren en absoluto de las bestias más salvajes, y, sin embargo, si pudiera surgir un gobernante competente, aquéllos no tendrían necesidad de ser regidos por leyes porque ninguna ley u ordenanza es más poderosa que el conocimiento.

¿ Ha de interpretarse la base consuetudinaria de la vida, las valoraciones e ideales habituales con los que regulan los hombres sus ambiciones personales y sus tratos con otros hombres, como enemiga de la inteligencia?

Yo pienso que no. Los asuntos cotidianos han de resolverse por concenso, mas no así los principios absolutos.

⁵³ Idem p. 60

Aristóteles sostiene que La ley es la razón desprovista de pasión, tanto el gobernante como el gobernado se encuentran siempre en una situación determinada por la ley.

Es posible sostener, dice Aristóteles, que en la creación de la norma jurídica la sabiduría colectiva de un pueblo es superior incluso a la del legislador más sabio.

Aristóteles desarrolla más a fondo este argumento al estudiar la capacidad política de las asambleas populares. "En la masa, los hombres se complementan recíprocamente de modo singular".

La razón del estadista no puede apartarse en un Estado bueno de la razón encarnada en la ley y la costumbre de la comunidad a la que gobierna.

La buena cuna, la buena educación, las buenas relaciones, el ocio, y todas estas cosas que acompañan hasta cierto punto a la riqueza, no son títulos despreciables de influencia política, pero también el demócrata tiene algo que decir a favor de su título.

El número de personas afectada por una medida es, sin duda, una consideración moral importante al estimar sus consecuencias políticas, y además Aristóteles está convencido de que una opinión pública desapasionada tiene a menudo razón cuando personas a las que se considera sabias se equivocan . Ninguna clase tiene un título

absoluto de poder y por lo tanto la ley debe ser suprema. ⁵⁴

⁵⁴ Idem pp. 90-92

Postulado contractualista acerca de la ley

Rousseau opina que por el pacto social se ha dado existencia y vida al cuerpo político: trátase ahora de darle movimiento y voluntad por medio de la ley; pues el acto primitivo por el cual este cuerpo se forma y se une, no determina nada de lo que debe hacer para asegurar su conservación.

Este autor sostiene que toda justicia procede de Dios, él es su única fuente; pero si nosotros supiéramos recibirla de tan alto, no tendríamos la necesidad ni de gobierno ni de leyes.

“Considerando humanamente las cosas, a falta de sanción institutiva, las leyes de la justicia son vanas entre los hombres; ellas hacen el bien del malvado y el mal del justo, cuando éste las observa con todo el mundo sin que nadie las cumpla con él.

Asimismo menciona que es preciso convenciones y leyes que unan y relacionen los derechos y los deberes y encaminen la justicia hacia sus fines. En el Estado natural, en el que todo es común, el hombre nada debe a quienes nada ha prometido, ni reconoce como propiedad de los demás sino aquello que le es inútil. No resulta así en el Estado civil, en el que todos los derechos están determinados por la ley”. (Rousseau, El Contrato Social)

Estoy de acuerdo en que el derecho positivo es necesario para hacer cumplir la justicia, puesto que, como menciona García Pelayo, es necesario un poder que haga posible a los valores, en este caso la justicia. Sin embargo, es notorio el pesimismo antropológico de Rousseau. Al afirmar que en el Estado natural el hombre no reconoce como propiedad de los demás sino aquello que le es inútil, parte de la premisa errónea de que el hombre es absolutamente egoísta.

El objeto de la ley es general. Así, puede la ley crear privilegios, pero no otorgarlos a determinada persona; puede clasificar también a los ciudadanos y aún asignar las cualidades que dan derecho a las distintas categorías, pero no puede nombrar los que deben ser admitidos en tal o cual.

República es todo Estado regido por leyes, bajo cualquiera que sea la forma de administración, porque sólo así el interés público gobierna y la cosa pública (res pública) tiene alguna significación. Todo gobierno legítimo es republicano.⁵⁵

⁵⁵ Juan Jacobo Rousseau, op cit supra, nota 15, pp 19-20

CAPITULO 5
ANALISIS EN TORNO A LA CONSTITUCIÓN

La Carta Magna es creada, según Löwenstein, especialmente para contrarrestar y poner frenos al poder absoluto.

En la antigüedad el poder político fue ejercido por los dominadores, actuando como representantes del mundo sobrenatural, a los que libre y consuetudinariamente se sometían los destinatarios del poder.

El mérito inmortal de los griegos fue el de haber secularizado y racionalizado el proceso del poder.

La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto.

Las limitaciones impuestas al poder estarían aseguradas por el acuerdo de la sociedad estatal sobre ciertas reglas fijas, reguladoras del proceso político.

Allí donde el poder está distribuido, el dominio está limitado y esta limitación trae consigo restricción y control.

Karl Löwenstein afirma que se deberá considerar como el telos de toda Constitución formal la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político.

A este respecto, opina Carl Schmitt, que lo anterior no es verdad, pues Constitución, es la forma de organizarse de una sociedad y que por lo tanto se puede hablar tanto de constituciones democráticas como monárquicas. “ existen algunos autores que afirman que el Código Político tiene que ser democrático, de lo contrario no existe Constitución. Esta afirmación es errónea...” (Carl Schmitt)

Carl Schmitt se refiere a las constituciones materiales, que representan la forma real de

organización de una sociedad.

Afirma Löwenstein que en la antigüedad clásica no existían constituciones formales o codificadas, se creía en un derecho superior, en un derecho natural, del cual partían todas las demás leyes, el codificarlo, hubiera sido ultrajarlo.⁵⁶

Asimismo afirma que el concepto de Constitución actual comenzó en el racionalismo del siglo XVIII, con la poderosa idea de contrato social. Carl Schmitt diferiría de esta opinión por las razones expuestas anteriormente.

5.1 El universalismo de la Constitución escrita.

El triunfo definitivo del documento constitucional escrito, como sanción solemne del constitucionalismo democrático, empezó en el Nuevo Mundo, primero con las constituciones de las colonias americanas, y luego con la revolución francesa.

El documento constitucional formal se convirtió en el sello del nuevo orden social.

De esta manera, el electorado se elevó a la categoría de detentador supremo del poder, al que estarían sometidos el parlamento, gobierno, y corona.

Desde Europa, la Constitución escrita condujo su carro triunfal por todo el mundo. Durante el último siglo y medio se ha convertido en el símbolo de la conciencia racional.

Para Löwenstein, la soberanía popular y la Constitución escrita se han convertido,

⁵⁶ Karl Löwenstein " Teoría de la Constitución" Barcelona Ed Ariel 1976 p. 152

práctica e ideológicamente , en conceptos sinónimos. ⁵⁷

Karl Löwenstein afirma que la constitución escrita se convirtió en “detentadora suprema del poder”, es decir soberana. Yo difiero de esta idea pues la única soberana es la sociedad que la crea y se autosomete a ella.

Podemos así observar, cómo en la historia de la humanidad se han dado fenómenos de limitación al poder por medio de leyes. Hasta la época moderna podemos hablar de *constitucionalismo como lo conocemos actualmente, pero observamos cómo a través del tiempo, las sociedades han buscado los medios para que sus gobernantes no abusen del poder, y la única manera de lograrlo es mediante una institucionalización del mismo.*

Siguiendo a Aristóteles, podemos afirmar que cuando han existido gobiernos autocráticos que gobiernan por el bien de la sociedad, no ha habido necesidad de poner frenos al poder, pero cuando los regímenes comienzan a gobernar en beneficio propio, *se hace necesario frenarlos.*

Es decisión de la sociedad, mantener a los gobiernos o limitarlos mediante sistemas de frenos institucionales al poder.

El contenido mínimo y esencial de toda Ley Fundamental es el de crear y organizar a los poderes públicos supremos, dotándolos de competencia. ⁵⁸

La parte que organiza al poder público, es la parte orgánica del Código Político y la

⁵⁷ *idem* p. 160

⁵⁸ Tena op cit supra Nota 46 p.22

dogmática son las garantías individuales.

5.2 Otra visión de la Constitución. Carl Schmitt.

Para Carl Schmitt se hablaba, de "Constitución" sólo cuando se cumplían las exigencias de libertad burguesa. Así hay Estados "constitucionales" y Estados "no constitucionales"⁵⁹

Schmitt afirma que no solamente existe una Constitución cuando están garantizadas la propiedad privada y libertad personal.

"Son posibles tantos conceptos de libertad y Constitución como principios y convicciones políticas.

El Estado burgués va en el sentido de desplazar lo político, limitar en una serie de normaciones todas las manifestaciones de la vida del mismo y transformar toda su actividad en competencias, limitadas, rigurosamente"⁶⁰

Para este autor una Ley Fundamental no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez.

Se apoya en una decisión política surgida de un ser político, acerca del modo y forma del propio ser.⁶¹

⁵⁹ Carl Schmitt op cit supra nota 14 p.41

⁶⁰ idem p 44

⁶¹ idem p. 87

ESTA TESIS NO SALE
DEL INSTITUTO

Para Schmitt, el constituyente representa la voluntad del pueblo, y está por encima de toda legitimidad. Para él, el derecho es creación de esta voluntad, la cual no muere y es superior al orden jurídico por ella creado.⁶²

Pienso que este autor acierta en cuanto a que el constituyente representa la voluntad de la sociedad y que es superior al orden jurídico por ella creado, sin embargo no estoy de acuerdo en que esté por encima de toda legitimidad, puesto que no puede realizar acciones en contra de los valores establecidos por la misma sociedad, ni en contra del bien público temporal de la sociedad y las demás limitaciones a la soberanía que he mencionado anteriormente.

Esta doctrina sirvió de fundamento ideológico al nazismo, que tomó la excusa de la voluntad del pueblo, para convertirla en realidad en la voluntad del factor real de poder que era este partido que proclamaba contar con la voluntad del pueblo.

Schmitt explica el concepto de nación, afirmando que es el pueblo con conciencia de existencia política unida con capacidad de tomar su propio destino entre sus manos.⁶³

Para este autor, el Estado se formó gracias al absolutismo monárquico que le dió su unidad de sentido a los pueblos, convirtiéndolos en naciones. Más adelante, harían su decisión consciente a favor de un cierto modo y forma de existencia política. Acta a través del cual el pueblo se da un Código Político; pero para ello se necesitó que existiera previamente como nación.⁶⁴

⁶² idem p. 88

⁶³ idem p. 90

⁶⁴ idem p.92

Afirma que la ventaja de los regímenes autocráticos es la existencia de una entidad firme, cuyas manifestaciones de voluntad son claras, en vez del concepto abstracto de pueblo.

Asimismo afirma que el pueblo necesita ser, en la democracia, capaz de decisiones y actuaciones políticas, cosa que en los países atrasados políticamente no existe.

La fuerza, así como también la debilidad del pueblo, consiste en que no es una instancia formada con competencias circunscritas y capaz de despachar asuntos dentro de un procedimiento regulado. Tan pronto como un pueblo tiene la voluntad de existencia política, es superior a toda formalidad y normación. Tampoco puede ser disuelto, como que no es una entidad organizada. En tanto que existe y quiere seguir existiendo, su fuerza vital y energía es inagotable.

La debilidad consiste en que el pueblo ha de decidir sobre las cuestiones fundamentales de su forma política y su organización, sin estar organizado. Es por ésto que pueden

desconocerse o falsearse con facilidad sus manifestaciones de voluntad.⁶⁵

Schmitt da gran importancia a la realidad y a la voluntad del pueblo; En mi opinión, son aspectos que se deben tomar muy en cuenta, pero dentro de un marco de justicia y racionalidad.

⁶⁵ *idem* p. 95

Es muy cierto lo que afirma este autor en tanto que el pueblo, tiene su propia voluntad. Ninguna Constitución escrita se encuentra por encima de la realidad; sin embargo, este tipo de teorías, al exaltar la voluntad del pueblo sin límites racionales, sirvieron de fundamento para el nazismo.

La voluntad de la sociedad debe de estar regida por la razón y respetar la ley natural, puesto que en el momento en que se violan estos principios, el hombre se destruye a sí mismo.

5.3 Creación de la Constitución formal

5.3.1 Necesidad de un legislador.

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. Pero ¿cómo se las arreglarán? ¿Será de común acuerdo y por efecto de una inspiración súbita? ¿Tiene el cuerpo político un órgano para expresar sus voluntades? ¿quién le dará la previsión necesaria para formar sus actos y publicarlos de antemano? o ¿cómo pronunciará sus fallos en el momento preciso? ¿cómo una multitud ciega, que no sabe a menudo lo que quiere, porque raras veces sabe lo que le conviene, llevaría a cabo por sí misma una empresa de tal magnitud, tan difícil cual es un sistema de legislación? El pueblo quiere siempre el bien, pero no siempre lo ve. El juicio que lo dirige no es siempre esclarecido. Se necesita hacerle ver los objetos tales como son, a veces tales cuales deben parecerle, mostrarle el buen camino que busca. He aquí donde nace la necesidad de un legislador.

Para descubrir las mejores reglas sociales que convienen a las naciones, sería preciso una inteligencia superior capaz de penetrar todas las pasiones humanas sin experimentar ninguna; que conociera a fondo nuestra naturaleza sin tener relación alguna con ella; cuya felicidad fuera independiente de nosotros y que por tanto deseara ocuparse de la nuestra. Sería menester de dioses para dar leyes a los hombres.

El legislador es el mecánico que inventa la máquina, los órganos constituidos los obreros que la montan y la ponen en movimiento.

En el nacimiento de las sociedades, primeramente los jefes de las repúblicas fundan la institución, pero después la institución forma a aquéllos.

El constituyente originario representa bajo todos los conceptos, una figura extraordinaria en el Estado. Si debe serlo por su genio, no lo es menos por su cargo, que no es ni de magistratura ni de soberanía, porque constituyendo la república, no entra en su Constitución.

“Roma en sus buenos tiempos vio renacer en su seno todos los crímenes de la tiranía, y estuvo próxima a sucumbir por haber depositado en los mismos hombres la autoridad legislativa y el poder soberano.”⁶⁶

El autor de la Ley Fundamental debe ser distinto y estar por encima de la voluntad particular de los órganos. El primero es el poder constituyente y los segundos son los constituidos.

El constituyente, habiendo elaborado su obra, la Constitución, desaparece del escenario jurídico del Estado.⁶⁷

Los poderes constituidos no hacen otra cosa que gobernar en los términos y límites señalados por la ley emanada del constituyente. Los poderes políticos constituidos no son soberanos, pues deben de ajustar sus actuaciones a lo dispuesto en la Ley Fundamental, obra del constituyente originario, avalado por la sociedad.

Las Constituciones formales generalmente son rígidas. No admite que cualquier órgano constituido pueda modificarlas, pues tal situación implicaría la destrucción del orden

⁶⁶ Rousseau op cit supra nota 15 p.21-22

⁶⁷ Tena Ramírez op cit supra nota 46 p 13

constitucional. Ningún poder constituido, sea ejecutivo, legislativo o judicial puede enmendar la Carta Magna.

5.3.2 Poder constituyente permanente.

La función del constituyente no se agota en el acto de promulgar la Ley Fundamental, porque ello equivaldría a enajenar la libertad a un ordenamiento.

El poder constituyente permanente es un poder inherente al pueblo o nación, un poder supraestatal, de naturaleza político jurídica, y es el que realiza las reformas al Código Político creado por el poder constituyente originario.⁶⁸

La Ley Fundamental únicamente puede ser reformada por el poder constituyente permanente, que es un órgano expresamente creado por el constituyente originario, para que pueda realizar modificaciones a la misma.

Es un poder muy peculiar, pues es intermedio entre el poder político, es decir el pueblo, y el poder constituido que son los órganos e instituciones del Estado.

En él se reúne la doble cualidad de poder constituyente y de órgano del Estado, lo que no es compatible con la idea de que el poder constituyente se sitúa fuera del Estado.⁶⁹

Podemos concluir de lo anterior que el poder reformador es un poder supraestatal, si bien en un grado inferior al constituyente originario.⁷⁰

⁶⁸ Mario de la Cueva "Teoría de la Constitución" 3a ed editorial Porrúa, Méx. 1982 p 143

⁶⁹ idem p. 145

⁷⁰ idem p. 146

5.3.3 Diferencias entre el poder constituyente originario y el permanente.

El poder constituyente originario es un poder político suprajurídico, es decir, un poder que está sobre el derecho positivo, puesto que su misión consiste precisamente en crearlo, en tanto que el poder constituyente permanente es un poder reformador que

presupone la existencia de la Constitución.⁷¹

El poder constituyente originario es un poder supremo, no sólo porque encima de él no existe otro poder, ya que es detentado por la sociedad misma, sino porque ante él desaparece el orden jurídico positivo vigente hasta entonces, en cambio, el poder reformador tiene por encima de él a su creador, es decir al constituyente originario, como representante de la sociedad y a la Constitución.

En mi opinión, ambos poderes constituyentes son suprajurídicos, haciendo la diferenciación de que el poder constituyente originario lo es totalmente mientras que el *permanente lo es sólo parcialmente*, puesto que está facultado para tomar medidas suprajurídicas de modificación a la Constitución, pero a su vez, se encuentra regulado por la misma Constitución.

Podemos afirmar que el poder constituyente permanente representa a la sociedad, en el sentido de que puede enmendar al Código Político, y es el único con esta facultad. Es una reminiscencia del constituyente originario, y es de suma necesidad, puesto que la realidad va cambiando. “ Al igual que el poder constituyente originario vive dormido, con un sueño más ligero, porque tiene que estar pendiente de todos los cambios, aun parciales, de la vida Social”.⁷²

Es necesario modificar la Constitución de acuerdo con la realidad, y sólo la sociedad misma se encuentra autorizada para realizar esta función. En mi opinión, el

⁷¹ idem p 144

⁷² idem p. 143

constituyente permanente se encuentra estrechamente vinculado a las constituciones formales, puesto que la mayoría de ellas son rígidas, es decir que para modificarlas es necesario acudir a un procedimiento especial como autodefensa de la propia Constitución para que no pueda ser enmendada fácilmente, ni por los órganos constituidos.

Desgraciadamente cuando no existe una representatividad real de los ciudadanos, o éstos no tienen control sobre sus representantes, las modificaciones que se realizan a la Carta Magna, no son en realidad legítimas, puesto que no es la sociedad quien las está proponiendo.

La Ley Fundamental es concebida para que la sociedad, o sea, el hombre mismo, pueda realizar los fines inherentes a su naturaleza y que se le proteja, es decir, se le cree el marco de seguridad necesario para que pueda libremente escoger los bienes que él decida. “ La sociedad tiene el derecho inapelable de establecer el gobierno que más le

convenga, modificarlo y abolirlo totalmente cuando su felicidad así lo requiera”,⁷³ así, en el momento en que la Constitución ya no cumpla su función, debe y puede ser modificada por la sociedad misma, representada por el constituyente permanente. El poder constituyente permanente es un poder constituido y limitado a su vez, porque es creado expresamente por el constituyente originario, y está regido jurídicamente dentro de la Constitución misma. Esta dispone su funcionamiento. En nuestra Ley Fundamental, este procedimiento se encuentra contemplado en los arts 135 y 136 que a la letra estipulan:

Art. 135. “ La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados”...

En nuestro país, el poder constituyente permanente se compone por miembros del Congreso de la Unión y de las legislaturas de los Estados. Son miembros del poder legislativo, pero cuando actúan como poder constituyente permanente; se olvida que son miembros de un órgano del Estado y por lo mismo de un poder constituido. El poder constituyente permanente es una comisión creada ad hoc.

El defecto consiste en que las cámaras federales y locales, integrantes del órgano constituyente, no se forman por individuos designados para una función constituyente, la cual requiere aptitudes distintas a las del legislador ordinario; de ese

⁷³ idem p 128

modo la voluntad de los electores no tiene por objeto la designación de representantes constituyentes. Además, como los legisladores ordinarios pueden convertirse en cualquier momento, por sus sola voluntad, en constituyentes, los electores que carecieron de oportunidad para nombrar mandatarios precisamente constituyentes, tampoco la tienen para aceptar o no el acto reformativo de unos representantes no designados expresamente para ese objeto. Por último, la facilidad de realizar las reformas en un solo proceso, dentro de un solo ejercicio legislativo, sin consulta anterior ni posterior al pueblo, no solamente significa desvinculación entre el pueblo y los reformadores, sino también permite la prodigalidad de las reformas.

El Constituyente adoptó en toda su fuerza el principio representativo para las revisiones constitucionales, como manifestación tal vez de desconfianza hacia la intervención directa del pueblo en la soberanía, lo que presupone una adecuada preparación cívica. Con ello rechazó toda forma de apelación directa al pueblo, como el referéndum o el plebiscito.⁷⁴

Art. 136 “ Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a

74 Felipe Tena Ramírez, Derecho Constitucional Mexicano, ed Porrúa, México, 1998, pp 61,62

ésta”

La Constitución dispone que únicamente por medio del poder constituyente permanente se le podrán realizar modificaciones y establece asimismo su propia defensa , declarando que cualquier otro método que pretenda modificarla, será inválido. Esto es una autodefensa de la Constitución en contra de los movimientos metajurídicos, como las revoluciones que atenten en su contra.⁷⁵

Sin embargo pienso que por más defensas que estipule la propia Constitución escrita para asegurar su existencia a lo largo del tiempo, cuando un movimiento social decide optar por un nuevo Código Político, no hay poder que pueda impedir que dicha

Constitución sea abrogada.

Con lo anterior nos encontramos ante la mejor prueba de que la soberanía de una sociedad no se encuentra sujeta a ningún ordenamiento jurídico formal.

5.3.4 Limitaciones al poder constituyente.

El autor de la Ley Fundamental carece en su tarea de limitaciones jurídicas. Debemos, no obstante, precisar esta conclusión, a fin de que no se entienda en términos absolutos.

⁷⁵ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” Leyes y Códigos de México., editorial Porrúa, Méx 1994 pp 128 y 129

a) Existencia del derecho previo a cualquier Constitución.

Para que la vida en común sea posible y pueda desarrollarse por un sendero de orden, para evitar el caos en la sociedad, es indispensable que exista una regulación que encauce y dirija esa vida en común, que norme las relaciones humanas sociales; en una palabra, es menester que exista un Derecho, concebido formalmente. *Ubi homines societas, ubi societas, jus*, pues el Derecho es inseparable de toda convivencia humana, que sin él sería imposible, y cuyas disposiciones estén colocadas sobre la voluntad de los miembros de la sociedad.

En toda comunidad, independientemente de sus condiciones tempo-espaciales, siempre ha funcionado el Derecho, cualesquiera que hayan sido sus modalidades orgánicas y teleológicas, así como su fuente y su estimación axiológica.

El fin de toda Constitución consiste en implantar un orden jurídico, pero debemos considerar que no se encuentra el Estado sobre el Derecho, de suerte que pueda librarse del Derecho mismo. Lo que depende de su poder, no es el determinar si el orden jurídico debe existir, sino sólo el cómo ha de organizarse. Este es un límite inmanente del poder organizador.

El derecho existe con el hombre antes que la Constitución y que el Estado. "*Ubi homines societas, ubi societas, jus*"

b) Los factores reales de poder.

Los factores reales de poder son las personas asociadas en grupos intermedios, alrededor de ideas, gustos, afinidades, formas de pensar, religión, grupos de trabajo, etc. Así cuando un grupo toma más fuerza se convierte en un factor real de poder.

Estos factores son entre otros:

La Iglesia, el ejército, los políticos, la clase media trabajadora, la clase alta, la clase trabajadora, los campesinos, la prensa, y aún la opinión pública internacional.

De acuerdo con *García Pelayo*, es entonces cuando los grupos se convierten en sujetos y no solamente en objetos de la política, en tanto que su forma de pensar ya tiene un peso político dentro de la sociedad.

El constituyente, al crear la Constitución formal, no puede de ninguna manera omitir a estos factores reales de poder, y ésto es precisamente porque representan a la realidad de una nación, que no puede ser ignorada por el constituyente.

Se toman esos factores, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita y, a partir de este momento, incorporados a un papel (la Constitución), ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley y es castigado.

Los factores reales de poder hincan su raíz en la conciencia social.⁷⁶

⁷⁶ Felipe Tena Ramírez, op cit supra, Nota 46, pp. 28 y 29

Por ello mismo desde el punto de vista de la imposibilidad práctica, la potestad del

Estado encuéntrase también condicionada y limitada. Toda manifestación del poder del Estado que chocha con las exigencias de la vida de un pueblo y con los principios y el grado de su dignidad cívica, no puede durar y ni siquiera es posible.⁷⁷

Este último párrafo del maestro Tena Ramírez concuerda exactamente con la opinión del maestro García Pelayo que indica que el gobernante tiene que dirigir a la sociedad de acuerdo con los valores, usos y costumbres de la misma para que exista realmente un orden cierto de mando y obediencia.

“Aristóteles realizó un estudio de la historia constitucional de ciento cincuenta y ocho ciudades griegas y advirtió que un alejamiento demasiado grande de la experiencia común contiene probablemente una falacia, en alguno de sus puntos, aunque en apariencia sea de una lógica irreprochable”.

Existe siempre una ecuación entre lo previsto por la norma y lo practicado por la vida, lo que significa en otros términos “una normalidad de la conducta, normada jurídicamente”.

Pero cuando la ecuación se rompe y nace la incongruencia entre la realidad y la regla, entre lo normal y lo normado, entonces la Constitución deja de merecer el calificativo de vigente en los preceptos que no están incorporados a una conducta real y efectiva.⁷⁸

Esta es una limitación que no es en sí misma de orden jurídico y que sin embargo produce serias repercusiones en ese orden, como acabamos de observarlo, por cuanto

⁷⁷ Idem p. 29

deja en algunas ocasiones jurídicamente estériles las normas inaplicables.

e) Limitaciones de derecho internacional.

Fue la primera posguerra la que propició un clima favorable para el derecho internacional. El desconocimiento arbitrario de los tratados, la facilidad con que los gobiernos podían envolver en conflictos a sus pueblos, toda la dolorosa experiencia de la guerra mundial, hicieron pensar en la necesidad de que el derecho de gentes atajara la soberanía hasta entonces sin límites de las naciones ⁷⁹

La protección internacional de las minorías nacionales, que fue motivo de preocupación para las potencias aliadas, suministró la oportunidad de llevar a la práctica los anteriores principios.

La idea del derecho internacional es la de colocar los derechos del hombre y del ciudadano bajo la protección internacional de los derechos del hombre. ⁸⁰

En octubre de 44 se reunieron en Dumbarton Oaks los expertos designados por los Cuatro Grandes (Estados Unidos, Gran Bretaña, URSS, y China), con objeto de elaborar un plan de organización mundial. Entre muchos proyectos, tuvieron en cuenta

⁷⁸ *ibidem*

⁷⁹ *Idem* pp 30-31

⁸⁰ *Idem* p. 33

este principio renovador: "La soberanía está sometida a las limitaciones del derecho internacional."

Sin embargo la igualdad soberana entre Estados poderosos y débiles era sin duda tan *utópica como la igualdad política de ricos y miserables.*⁸¹

Así pues actualmente lo ocurrido dentro de cada Estado no es ya cosa ajena para los demás Estados, sino que la solidaridad internacional compromete a cada uno con respecto a los demás, obliga a quebrantar las murallas de la antigua y hermética soberanía y permite que se conviertan en temas de derecho internacional algunos de los que anteriormente pertenecían al ámbito exclusivo del derecho interno.

Tales compromisos internacionales, que lejos de ser impuestos por un Estado a otro Estado se colocan por encima de la voluntad de los Estados, parecen llamados a sustraerse con el tiempo a la soberanía del órgano constituyente.

Esto no es en el fondo sino el triunfo de la opinión nacional que, fortalecida al solidarizarse con la de todos los demás países, se impone a los órganos de gobierno y aún al propio constituyente.

De este modo se robustece por caminos insospechados la soberanía popular desde la Revolución Francesa, la democracia ha erigido el dogma de la autodeterminación de los pueblos. Pero los gobiernos han traicionado el principio cuando han hablado falsamente en nombre del pueblo.⁸²

⁸¹ *Idem* p 34

⁸² *idem* p 36

Ya los estoicos defendían la tesis sobre la existencia del Estado universal, el cual tiene una Constitución que es la recta razón, que enseña a los hombres lo que se debe hacer y lo que se debe evitar. La recta razón es la ley de la naturaleza, y el patrón universal de lo justo y de lo bueno.

Se proclamó la igualdad de griegos y bárbaros, nobles y plebeyos, esclavos y libres, ricos y pobres, la única diferencia intrínseca entre los hombres es la que existe entre el sabio y el insensato.

Hay siempre dos leyes para todo hombre, la ley de su ciudad y la ley de la ciudad universal, la ley de la costumbre y la ley de la razón. Es la segunda la que debe tener superior autoridad y la que debe aportar el cánón al que deben conformarse las leyes y costumbres de las ciudades. Las costumbres son diversas y múltiples, pero la razón es una, y tras la variedad de costumbres debe haber alguna unidad de fin.

Todo hombre es miembro de dos repúblicas, el Estado civil de que es súbdito y el gran Estado compuesto de todos los seres racionales.

A medida que aumentaron el poder político y la riqueza de Roma, fue creciendo el número de extranjeros residentes en ella, y esos extranjeros tenían asuntos que resolver tanto entre ellos como con ciudadanos romanos.

De este modo llegó a ser prácticamente necesario dar a sus actos un reconocimiento jurídico en una u otra forma.

Ya Cicerón y muchos como él habían mencionado que el hombre es universal y que es

igual en todas las naciones, con los mismos derechos.

A mediados del siglo III a.c., los romanos trataron de resolver este problema creando la figura del pretor, y mediante la aplicación del *ius gentium* que es el derecho común a todos los pueblos.

La concepción del derecho natural permitió a los juristas romanos el ideal de hacer de su profesión *un ars boni et aequi*.⁸³

En mi opinión la globalización, junto a las consecuencias negativas, tiene también un muy positiva, puesto que con el acercamiento del mundo a causa de los medios de comunicación y la homogenización de la cultura, es necesario acudir un derecho común a todos los hombres como seres humanos. Para ello se está acudiendo a los principios de derecho natural. Esto abre la oportunidad para que el derecho vuelva a convertirse en un *ars boni et aequi*.

Nos hallamos en presencia por lo tanto, de una revisión crítica del concepto de soberanía, que en el fondo no significa otra cosa que un nuevo intento de la humanidad para rescatar de la órbita del poder público la dignidad y la paz de la persona.

Según la certera observación de Lauterpacht, en ese mismo propósito que ahora se trata de alcanzar a través del derecho internacional había intervenido antes el derecho natural, y sigue interviniendo.

Hoy hemos de reconocer que el Estado es sólo una comunidad relativamente suprema, pues es suprema sólo en el ámbito de su competencia y en la medida de su fin. Hay que tener cuidado, sin embargo, de no creer que el derecho internacional es la panacea

⁸³ Sabine op cit supra nota 29 pp. 130-133

para que los pueblos sean realmente soberanos, pues como mencioné anteriormente, los países son muy desiguales, y muchas veces con la excusa de los derechos humanos, se interviene en países débiles, cuando el verdadero motivo son intereses económicos o políticos; no obstante hay que aceptar que si constituye una ayuda para reforzar la soberanía de los pueblos en contra de los gobiernos tiránicos.

En estas restricciones de derecho internacional podemos observar que lo único que se hace es proteger los derechos de los pueblos. Si el constituyente originario es realmente representante de su pueblo, las observará sin necesidad de que lo obligue el derecho internacional.

En mi opinión, las limitaciones mencionadas en este capítulo son impuestas por la naturaleza humana misma. Son "limitaciones" al constituyente originario, puesto que es misma sociedad, la misma vida quien las impone. El constituyente debe respetar estas limitaciones, puesto que de lo contrario, ya no estaría representando la voluntad de la sociedad así como la naturaleza humana, y por lo tanto sería ilegítimo.

CAPITULO 6

EJERCICIO DEL PODER POR LOS ORGANOS CONSTITUIDOS

El Estado es el sujeto y titular de la soberanía, pero tal poder tiene que ser ejercido por sus órganos. Por no ser el Estado sino una persona moral, una ficción jurídica, es preciso que la soberanía sea ejercida en su nombre por personas morales que a su vez son representadas por personas físicas.

En los gobernantes, comprendidos dentro de los tres poderes, se deposita el ejercicio del poder supremo.⁸⁴ De este modo la realidad se ha impuesto sobre la ficción, es decir que personas físicas, en reducido número, detentan el poder sobre una inmensa mayoría.⁸⁵

6.1 Límite constitucional al ejercicio del poder.

La sociedad, titular originaria de la soberanía, hizo uso de tal poder cuando se constituyó en Estado jurídicamente organizado. Para ese fin el pueblo soberano expidió su Ley Fundamental. De esta suerte, los poderes públicos creados por la Ley Fundamental no son soberanos. La Constitución erige un valladar que no puede salvar arbitrariamente el poder público.⁸⁶

⁸⁴ Felipe Tena Ramírez, *op cit supra*, Nota 46, p. 7

⁸⁵ *idem* p 8

⁸⁶ *idem* p 10

Existen tres formas principales para defender a la Constitución: mediante factores sociales o culturales, que se traducen en un respeto voluntario del orden que se ha establecido; por factores políticos, creados en las propias constituciones, que nos proporcionan la estructura o principios funcionales del Estado, y que arrancan principalmente del sistema de división de poderes que aparece en las constituciones modernas; y finalmente, mediante sistemas jurídicos, que crean instrumentos para restaurar el orden constitucional violado.

El respeto a la Ley Fundamental tiene que ser, en principio, espontáneo y natural. Siguiendo al maestro García Pelayo lo anterior es posible siempre que exista una coincidencia con los valores de la sociedad.⁸⁷

En la medida en que haya congruencia de las leyes entre sí y de las leyes con la realidad, el Estado podrá afirmarse en la estabilidad.

Decía el maestro Fernando Vázquez Pando que la falta de orden desde la Ley Fundamental genera un grave problema para el derecho constitucional. Esto es muy claro en nuestro país desde la acepción de Constitución rígida desde el punto de vista formal y muy flexible en la realidad.

La facilidad con la que se han efectuado reformas y adiciones a la Constitución y el número considerable de estos cambios en un periodo inferior al siglo, es decir, de 1917 a 1996 ha provocado la confusión, misma que ha contagiado al resto de la legislación.

El rompimiento del orden lógico conceptual de la Ley Fundamental explica en parte las crisis recurrentes en nuestro país.

⁸⁷ Juan Federico Arriola, "La Realidad Constitucional Mexicana", Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando, ed Themis, p. 80

Es impensable el Estado de Derecho donde las normas jurídicas se contradicen, campo de cultivo idóneo para la inseguridad jurídica.

La congruencia constitucional en sí misma, así como la cohesión jurídica entre la Ley Fundamental y las leyes que de ella jerárquicamente dependen y desde luego también con los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República garantizan una mayor seguridad jurídica a los gobernados.

Si la falta de congruencia jurídica implica inseguridad jurídica para los gobernados, ésta

se convierte en una amenaza real para la consolidación del Estado de Derecho.⁸⁸

¿Qué país puede subsistir sin un orden jurídico eficaz? Es diferente un país de leyes a un Estado de Derecho. El primero es un conjunto de normas jurídicas, muchas o pocas, injustas o justas, claras u oscuras. El segundo es una realidad más compleja como lo señala Héctor González Uribe: existencia de una Ley Fundamental; establecimiento en la misma de garantías individuales y sociales; el respeto a las garantías de legalidad y audiencia; la división y equilibrio de poderes; participación de los ciudadanos en comicios libres y periódicos, en otras palabras una democracia donde se garantice la alternancia en el poder; libre y responsable juego de los medios de comunicación social y finalmente control constitucional efectivo de los actos administrativos y legislativos por parte del Poder Judicial. Además de estos factores es importante a mi juicio un nivel educativo nacional que permita a la población tener criterios y posibilidades más amplias. Esto redundaría en un nivel escolar, un índice de lectura y una industria editorial más altos y desde luego una mayor preparación y estímulos económicos para los docentes en todos los grados.

⁸⁸ Juan Federico Arriola, op cit supra, nota 85, pp 81-82

6.2 Las garantías individuales y sociales como limitantes del poder.

He decidido incluir este apartado dentro del capítulo referente a los poderes constituidos, puesto que las garantías individuales y sociales son el pilar sobre el cual se apoyan ideológicamente la mayoría de las constituciones escritas y constituyen la formalización y obligatoriedad de los derechos fundamentales del hombre.

a) Los derechos humanos.

Los derechos humanos son imperativos éticos emanados de la naturaleza del hombre que se traducen en el respeto a su vida, dignidad y libertad en su dimensión de persona o ente autoteológico. No provienen de la ley positiva sino de lo que Cicerón reputaba como "nata lex" y pertenecen al mundo del Derecho Natural en concepto de los pensadores cristianos encabezados por Santo Tomás de Aquino. Son anteriores y superiores a la "scripta lex".

Ahora bien, como imperativos de carácter moral y filosófico, los derechos humanos asumen positividad a virtud de dicho reconocimiento. Esta asunción les otorga obligatoriedad jurídica al convertirlos en el contenido de los derechos subjetivos públicos que son un elemento esencial integrante de las garantías individuales o del gobernado. El constituyente originario ha de organizar las instituciones del Estado respetando siempre los derechos humanos, los cuales deben constituir la base y el objeto de las instituciones sociales, las cuales son creadas por el hombre y para el

hombre.

Pienso que es erróneo lo estipulado por el artículo primero de nuestra Constitución que menciona “ En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que *otorga* esta Constitución...” Los derechos humanos no se otorgan sino que simplemente se deben de reconocer, puesto que son la base de las instituciones sociales y son al mismo tiempo su objeto. Una institución en que se desconozca como base los derechos de la humanidad, es decir, del hombre, será viciosa.

b) Fundamento de las garantías.

A continuación expondré brevemente los antecedentes y fundamentos que dan lugar tanto a las garantías individuales como sociales, realizando un breve análisis de los sistemas liberal individualista, colectivista y teleológico o del Bien Común, en relación con la libertad del hombre. El primero de ellos da origen a las garantías individuales, el segundo anula cualquier garantía y el último de respalda tanto a las garantías individuales como a las sociales.

La libertad.

Existe una teleología inherente a la naturaleza humana para la realización de los fines

específicos que cada individuo se propone. Es imposible siquiera representarse a un individuo que no tenga aspiraciones, propósitos y anhelos.

Siguiendo a Santo Tomás de Aquino, pienso que la finalidad que toda persona debe perseguir estriba en la consecución del Bien, el cual es consubstancial a su naturaleza de ser racional. El hombre debe de actuar conforme a la razón.

Comenta Burgoa que “al integrar su propia finalidad vital, el hombre pretende realizar valores, independientemente de que sean positivos o negativos”.⁸⁹ Yo pienso que no pueden existir valores negativos, pues se estaría contradiciendo el mismo término, sin embargo es cierto que el hombre tiene la libertad como el más preciado tesoro intrínseco a su naturaleza, y que en uso de esa libertad, escoge determinados bienes. Esa libertad es un derecho que debe de ser protegido ante todo por el derecho positivo. En efecto, se ha dicho que el hombre es persona en cuanto que tiende a conseguir un valor.

El hombre es algo real, participante de las leyes de la realidad; pero al mismo tiempo es distinto de todos los demás seres reales, pues tiene una conexión metafísica con el mundo de los valores, está en comunicación con su idealidad.

La libertad social es una facultad autónoma de elección de los medios más idóneos para la realización de la teleología humana. El hombre es naturalmente libre para concebir sus propios fines vitales y para seleccionar y poner en práctica los medios tendientes

⁸⁹ Burgoa “Las Garantías Individuales” p 15

a su realización.⁹⁰

d) El individuo, la sociedad y el derecho.

Para que la vida en común sea posible y pueda desarrollarse por un sendero de orden, para evitar el caos en la sociedad, es indispensable que exista una regulación que encauce y dirija esa vida en común, que norme las relaciones humanas sociales; en una palabra, es menester que exista un Derecho, concebido formalmente. *Ubi homines societas, ubi societas, jus*, pues el Derecho es inseparable de toda convivencia humana, que sin él sería imposible, y cuyas disposiciones estén colocadas sobre la voluntad de los miembros de la sociedad.

Puede el orden jurídico muy bien limitar o restringir ese radio de acción del hombre en interés de los demás, del Estado o de la sociedad; pero nunca imposibilitar el ejercicio de esa facultad inherente a la personalidad humana: escogitación de fines vitales y de medios para realizarlos.

Dicho de otra manera, existen dos realidades sociológicas incontrovertibles: la potestad libertaria de que cada sujeto es titular como factor indispensable para que consiga su finalidad vital y la necesaria restricción, impuesta normativamente por el Derecho, como consecuencia de la ineludible regulación de las relaciones sociales que cada miembro de la comunidad entabla con sus semejantes.

⁹⁰ ídem p. 21

En consecuencia, ¿cómo pueden coexistir la potestad libertaria del hombre y el Derecho, que en esencia es normación, es decir, limitación de la conducta humana?

En toda comunidad, independientemente de sus condiciones tempo-espaciales, siempre ha funcionado el Derecho, cualesquiera que hayan sido sus modalidades orgánicas y teleológicas, así como su fuente y su estimación axiológica.⁹¹

Por otra parte y como ya se dijo, la ley o la costumbre, y principalmente la primera debe necesariamente reconocer y respetar una esfera mínima de actividad individual, permitiendo al sujeto el ejercicio de su potestad libertaria tendiente al logro de su felicidad. Sin esta restricción ética al impulso jurídico de regulación positiva, se eclipsaría totalmente la personalidad humana como entidad auto-teleológica, para convertirla en un simple medio al servicio del poder legal ejercitado por los órganos de autoridad en quienes esté depositada la facultad de elaborar las leyes.

Cualquier régimen jurídico, social o político debe tener siempre presente en su implantación y en su funcionamiento ese mínimo de libertad y los mencionados factores de ejercicio de ésta, si no se quiere degenerar en la autocracia y gestar pueblos serviles y abyectos, creando su orden jurídico respectivo en atención a las condiciones históricas de cada Estado en concreto.

Es imposible que un todo tenga bienestar y felicidad, cuando sus partes son desdichadas y están postradas en la abyección y en el servilismo. Una cosa es armonizar intereses sociales con particulares, establecer una adecuada relación jurídica y social entre ellos, dar primacía a los primeros respecto de los segundos en ciertos

⁹¹ idem pp 22 y 23

aspectos, y otra cuestión totalmente distinta es eclipsar a la persona humana en toda su integridad, para convertirla en un mero engrane de una gran maquinaria manejada oligárquica o autocráticamente.

e) Individualismo y colectivismo

Como ya he mencionado, frente al individuo, se sitúa el grupo social, frente a los derechos de aquél existen los derechos sociales. Estas dos realidades, estos dos tipos de intereses aparentemente opuestos reclaman, por ende, una compatibilización, la cual debe realizarse por el propio orden jurídico sin incidir en extremismos peligrosos como los que han registrado en la historia humana contemporánea diversos regímenes estatales.

A título de reacción contra el sistema absolutista Rousseau, Voltaire, Diderot, etc., elaboraron doctrinas que preconizaban la igualdad humana. Como contestación a la insignificancia del individuo en un Estado absolutista, surgió la corriente jurídico-filosófica del jus-naturalismo (aun cuando en épocas anteriores, desde el mismo Aristóteles, a través de la filosofía escolástica, y hasta los pensadores del siglo XVIII, ya se había hablado de un derecho natural) que proclamó la existencia de derechos congénitos al hombre superiores a la sociedad. Tales derechos deberían ser respetados por el orden jurídico, y es más, deberían constituir el objeto esencial de las instituciones sociales. El jus-naturalismo, por ende, exaltó a la persona humana hasta el

grado de reputarla como la entidad suprema en la sociedad.⁹²

La doctrina liberal es individualista porque consideraron al individuo como la base de la organización estatal; y es liberal en virtud de que el Estado debería asumir una conducta de abstención en las relaciones sociales, dejando a los sujetos en posibilidad de desarrollar libremente su actividad.

Fiel a la idea de no obstaculizar la actuación de cada miembro de la comunidad, el liberal-individualismo proscribió todo fenómeno de asociación, de coalición de gobernados para defender sus intereses comunes, pues se decía que entre el Estado como suprema persona moral y política y el individuo no deberían existir entidades intermedias.

En mi opinión, lo anterior es la clave para entender el por qué el Estado liberal es un arma muy peligrosa puesto que desconoce y destruye a las agrupaciones y sociedades intermedias, para que se “ejercza una democracia directa”, sin embargo cuando es aplicado a sociedades políticamente atrasadas y donde la democracia no es real, se convierte en un monstruo de poder que “legítima” a los que hacen uso de él.

Los regímenes liberal-individualistas proclamaron una igualdad teórica o legal del individuo y asentaban que éste era igual ante la ley, pero dejaron de advertir que la desigualdad real era el fenómeno que patentemente se ostentaba dentro del ambiente social, habiéndose acentuado el desequilibrio entre las capacidades reales de cada uno merced a la proclamación de la igualdad legal y del abstencionismo estatal. El Estado,

⁹² *idem* pp 26-29

obedeciendo al principio liberal de laissez faire, laissez passer, dejaba que los hombres actuaran libremente, teniendo su conducta ninguna o casi ninguna barrera jurídica; las únicas limitaciones a la potestad libertaria individual eran de naturaleza eminentemente fáctica. Al abstenerse el Estado de acudir en auxilio y defensa de los fácticamente débiles, consolidó la desigualdad social y permitió tácitamente que los poderosos aniquilaran a los que no estaban en situación de combatirlos en las diversas relaciones sociales. Tratar igualmente a los desiguales fue el gravísimo error en que incurrió el liberal-individualismo como sistema radical de estructuración jurídica y social del Estado.

Las consecuencias de hecho que de tal régimen se derivaron fueron aprovechadas para la proclamación de ideas colectivistas o totalitarias, al menos en el terreno económico, manifestándose abiertamente opuestas a las teorías individualistas y liberales. El individuo, según el colectivismo, no es ni la única ni mucho menos la suprema entidad social. Afirma que sobre los intereses del hombre en particular existen intereses de grupo, que deben prevalecer sobre los primeros. En caso de oposición entre la esfera individual y el ámbito colectivo, es preciso sacrificar al individuo, que no es, para las ideas colectivistas, sino una parte del todo social cuya actividad debe realizarse en beneficio de la sociedad.

El poder que la misma reivindica no es solamente reglamentario, sino que quiere dirigir e inspirar hasta la actividad intelectual y moral de los ciudadanos y obtener por la educación un conformismo general según el tipo determinado de antemano.

Por consecuencia, las personas son para la sociedad como las partes para el todo: están relegadas al rango de medio al servicio del fin social. Axiológicamente en la colectividad, el individuo aparece como un producto efímero, de escasa o nula importancia.⁹³

f) El bien público temporal.

Descartado el liberal-individualismo clásico como ideología político jurídica, que erigía al gobernado particular en el objeto esencial de tutela por parte de las instituciones de derecho y vedaba a la acción gubernativa toda injerencia en las relaciones sociales que no tuviera como finalidad evitar pugnas o conflictos entre las actividades libres de los individuos, desconociendo correlativamente otras esferas reales que no se resumiesen en la personalidad humana específica; eliminado también el colectivismo que, como tesis opuesta a la anteriormente mencionada, despojaba al sujeto de sus fundamentales prerrogativas como ser humano para convertirlo en un conducto de realización de los fines sociales o estatales generalmente impuestos por la inclinación política de gobiernos precederos, en la actualidad, dentro de los sistemas democráticos, se va perfilando la doctrina del bien público temporal, que, como veremos, no es sino la adecuada y debida síntesis entre la postura liberal-individualista y la colectivista.

El concepto de bien público temporal no es, sin embargo, de elaboración reciente. Ya Aristóteles y Santo Tomás de Aquino lo empleaban en sus doctrinas políticas,

⁹³ idem pp. 28-30

estimándolo éste último como el fin a que debían tender todas las leyes humanas.⁹⁴

El bien público temporal da una visión teleológica del Estado. Por ello, no se fundamenta ni en el individualismo ni en el colectivismo excluyentemente, y como fin verdadero de la organización y funcionamiento estatales, debe atender a las dos esferas reales que ineluctablemente se registran en la sociedad: La particular y la colectiva o de grupo.

De esta guisa, el bien público temporal se traduce, frente al individuo, en la permisión que el orden jurídico de un Estado debe establecer en el sentido de tolerar al gobernado el desempeño de su potestad libertaria a través de variadas manifestaciones especiales que se consideran como medios indispensables para la obtención de la felicidad personal: libertad de trabajo, de expresión del pensamiento, de reunión y asociación, de comercio, etc. De esta suerte, las diferentes facetas de la libertad individual natural, de simples fenómenos fácticos, se erigen por el Derecho Objetivo y en acatamiento de principios éticos derivados de la naturaleza del ente humano, en derechos públicos subjetivos.

Ahora bien, para mantener el orden dentro de la sociedad y evitar que ésta degenera en caos, la norma debe prohibir que la desenfrenada libertad individual origine conflictos entre los miembros del todo social y afecte valores o intereses que a éste corresponden.

⁹⁴ idem p 41

En consecuencia, todo régimen jurídico que aspire a realizar el bien público temporal, al consignar la permisión de un mínimo de actividad individual, correlativamente tiene que establecer límites o prohibiciones al ejercicio absoluto de ésta para mantener el orden dentro de la sociedad y preservar los intereses de la misma o de un grupo social determinado.

Además de las esferas jurídicas individuales existen ámbitos sociales integrados por los intereses de la colectividad, por lo que el sujeto no es ni debe ser el único y primordial pupilo del orden jurídico. El individuo debe desempeñar sus actividad, no sólo enfocándola hacia el logro de su felicidad personal, sino dirigiéndola al desempeño de funciones sociales. El hombre no debe ser la persona egoísta que exclusivamente vele por sus propios intereses.

La propiedad privada ya no es un derecho absoluto bajo la idea romana, según la cual el propietario estaba facultado para usar, disfrutar y abusar de la cosa, sino un elemento que debe emplear el dueño para desplegar una función social, cuyo no ejercicio o indebido uso origina la intervención del Estado traducida en diferentes actos de imposición de modalidades.

Por tanto, bajo este tercer aspecto, el orden jurídico que tienda a conseguir el bien público temporal puede válidamente imponer al gobernado obligaciones que Duguit denomina individuales públicas, puesto que las contrae el sujeto a favor del Estado o de la sociedad a que pertenece. Es evidente que la imposición de tales obligaciones debe tener como límite ético el respeto a la esfera mínima de actividad del gobernado, a efecto de no imposibilitar a éste para realizar su propia finalidad vital, pues si la

tendencia impositiva estatal fuese irrestricta, se despojaría a la persona de la categoría de ente auto-teleológico y se gestarían regímenes autocráticos que necesariamente generan la desgracia de los pueblos, al hacer incidir a sus componentes individuales en la infelicidad.

Según aseveramos con antelación, la verdadera igualdad que debe establecer el Derecho se basa en el principio que enuncia un tratamiento igual para los iguales y desigual para los desiguales. El fracaso del liberal-individualismo clásico, tal como se concibió en la ideología de la revolución francesa, obedeció a la circunstancia de que se pretendió instaurar una igualdad teórica, desconociendo las desigualdades reales, lo que originó en la práctica el desequilibrio social y económico, que incrementó a las corrientes colectivistas.

Pues bien, como el establecimiento de una igualdad real es un poco menos que imposible de lograr, la norma jurídica debe facultar al poder estatal para intervenir en las relaciones sociales, principalmente en las de orden económico, a fin de proteger a la parte que esté colocada en una situación de desvalimiento.

Así, frente al individuo, el bien público temporal se revela como el reconocimiento o permisión de las prerrogativas esenciales del sujeto, indispensables para el desenvolvimiento de su personalidad humana, a la par que como la prohibición o limitación de la actividad individual respecto de actos que perjudiquen a la sociedad o a otros sujetos de la convivencia humana, imponiendo al gobernado determinadas obligaciones cuyo cumplimiento redunde en beneficio social. Por otra parte, frente a

los intereses colectivos, el bien público temporal debe autorizar la intervención del poder público en las relaciones sociales para preservar los intereses de la comunidad o de los grupos desvalidos, con tendencia a procurar una igualdad real, al menos en la esfera económica.

El bien público temporal no consiste exclusivamente en la felicidad de los individuos como miembros de la sociedad, ni sólo en la protección y fomento de los intereses y derechos del grupo humano, sino en una equilibrada armonía entre los desiderata del hombre como gobernado y las exigencias sociales o estatales.

En el afán de proteger auténticos intereses de la sociedad, bajo el deseo de establecer

en el seno de la misma una verdadera igualdad real mediante un intervencionismo estatal a favor de los grupos desvalidos, no se debe restringir a tal grado el ámbito de actividad de la persona humana, que impida a ésta realizar su propia felicidad individual.

Procurando la felicidad de cada una de las partes, individuos, se pretende obtener el bienestar del todo, sociedad o pueblo.

Desgraciadamente, la historia nos ofrece múltiples ejemplos de regímenes políticos y sociales en los que no sólo no se respetó la libertad humana, sino que se escarneció vilmente al hombre, tratándolo algunas veces como una verdadera bestia, con especialidad en las monarquías absolutas, en las que la voluntad del rey era la suprema ley y en las que imperaba la arbitrariedad más completa, que en la mayoría de las veces no se desplegaba por senderos de equidad y justicia, sino teniendo como guías

los caprichos más depravados, fundando todo ello tal vez en el concepto erróneo del origen divino de la soberanía a favor del monarca.

Transcurrieron casi dieciocho siglos de la Era Cristiana sin que los pueblos exigieran al Estado o a sus autoridades el reconocimiento de sus derechos fundamentales, dentro de los que descuella la libertad humana. Bien es cierto, que en Inglaterra se suscitaron algunos incidentes tendientes a restringir la autoridad real mediante el reconocimiento de ciertos derechos a favor de determinadas clases sociales y políticas; que en el sistema jurídico español existían diversas limitaciones a la actividad del rey y sus autoridades delegadas y que en los Estados Unidos se inició el constitucionalismo; mas no fue sin hasta después de la revolución francesa, que el hombre encontró sus derechos fundamentales cristalizados en preceptos legales, iniciándose así una nueva etapa política, social y jurídica en la historia, cuyos postulados cundieron universalmente y se plasmaron en la mayor parte de las leyes fundamentales de muchos países.⁹⁵

g) Justicia Social.

En este apartado me referiré brevemente a los postulados de la doctrina social de la Iglesia expuestos tanto en la Carta Encíclica Rerum Novarum de León XIII, como la Centesimus Annus de Juan Pablo II, para después expresar algunos comentarios jurídicos sobre el tema.

⁹⁵ idem pp 46-47

De acuerdo con la Carta Encíclica Centesimus Annus del Sumo Pontífice Juan Pablo II, no existe verdadera solución para la cuestión social fuera del Evangelio. 96

Los individuos, cuanto más indefensos están en una sociedad tanto más necesitan del apoyo y cuidado de los demás, en particular de la intervención de la autoridad pública; de esta manera, el principio que hoy llamamos de solidaridad se demuestra como uno de los principios básicos de la concepción cristiana de la organización social y política.

Sin embargo, la intervención del Estado debe ser limitada, ya que el individuo, la familia y la sociedad son anteriores a él y el Estado mismo existe para tutelar los

derechos de aquél y de éstas y no para sofocarlos. 97

El Estado debe participar en la sociedad directa e indirectamente. Indirectamente y según el principio de subsidiariedad, creando las condiciones favorables al libre ejercicio de la actividad económica, encauzada hacia una oferta abundante de oportunidades de trabajo y de fuentes de riqueza. Directamente y según el principio de solidaridad, poniendo, en defensa de los más débiles, algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones de trabajo.

El Bien Común no es la simple suma de los intereses particulares, sino que implica su valoración y armonización, hecha según una equilibrada jerarquía de valores y, en última instancia, según una exacta comprensión de la dignidad y de los derechos de la persona.

96 Juan Pablo II, Carta Encíclica Centesimus Annus, Vaticano, 1989, p. 15

97 León XIII, Enc. Rerum novarum: l.c., 101s, 104s

Los pobres exigen el derecho de participar y gozar de los bienes materiales y de hacer fructificar su capacidad de trabajo, creando así un mundo más justo y próspero para todos.

El desarrollo no debe ser entendido de manera exclusivamente económica, sino bajo una dimensión humana integral.

Asimismo, los sucesores de León XIII han repetido la necesidad y, por tanto, la licitud de la propiedad privada, pero también los límites que pesan sobre ella.

El hombre, no debe considerar las cosas exteriores que legítimamente posee como exclusivamente suyas, sino también como comunes, en el sentido de que no le aprovechen a él solamente, sino también a los demás. La propiedad privada o un cierto

dominio sobre los bienes externos aseguran a cada cual una zona absolutamente necesaria de autonomía personal y familiar, y deben ser considerados como una ampliación de la libertad humana, pero la propiedad privada, por su misma naturaleza, tiene también una índole social, cuyo fundamento reside en el destino común de los bienes.

El origen primigenio de todo lo que es un bien es el acto mismo de Dios que ha creado al mundo y al hombre y que ha dado a éste la Tierra, para que la domine con su trabajo y goce de sus frutos. Dios ha dado la Tierra a todo el género humano para que ella sustente a todos sus habitantes, sin excluir a nadie. Hoy más que nunca trabajar es trabajar con otros y trabajar para otros.

La propiedad se justifica moralmente, cuando crea, en los debidos modos y

circunstancias, oportunidades de trabajo y crecimiento humano para todos.

En la sociedad actual existe una alienación que se verifica también en el trabajo, cuando se organiza de manera tal que "maximaliza" solamente sus frutos y ganancias y no se preocupa de que el trabajador, mediante el propio trabajo, se realice como hombre, según que aumente su participación en una auténtica comunidad solidaria, o bien su aislamiento en un complejo de relaciones de exacerbada competencia y de recíproca exclusión, en la cual es considerado sólo como un medio y no como un fin.

La Iglesia reconoce la positividad del mercado y de la empresa, pero al mismo tiempo indica que éstos han de estar orientados hacia el bien común. La empresa no puede considerarse únicamente como una "sociedad de capitales", es al mismo tiempo, una "sociedad de personas".

Asimismo, en la sociedad actual se tiende a afirmar que cuantos están convencidos de conocer la verdad y se adhieren a ella con firmeza, no son fiables desde el punto de vista democrático, al no aceptar que la verdad sea determinada por la mayoría o que sea variable según los diversos equilibrios políticos. A este propósito hay que observar que, si no existe una verdad última, la cual guíe y oriente a la acción política, entonces las ideas y las convicciones humanas pueden ser instrumentalizadas fácilmente para fines de poder. Una democracia sin valores se convierte con facilidad en un totalitarismo visible o encubierto, como lo demuestra la historia.

Así pues, no se trata solamente de dar lo superfluo, sino de ayudar a pueblos enteros que están excluidos o marginados, a que entren en el círculo del desarrollo económico y

humano. Esto será posible no sólo utilizando lo superfluo que nuestro mundo produce en abundancia, sino cambiando sobre todo los estilos de vida, los modelos de producción y de consumo, las estructuras consolidadas de poder que rigen hoy a la sociedad.

El mundo actual es cada vez más consciente de que la solución de los graves problemas nacionales e internacionales no es sólo cuestión de producción económica o de organización jurídica o social, sino que requiere precisos valores éticos, así como un cambio de mentalidad, de comportamiento y de estructuras.

Ante la miseria de los países en vía de desarrollo que soportan una condición que sigue siendo la del "yugo casi servil", la Iglesia ha sentido y sigue sintiendo la obligación de denunciar tal realidad con toda claridad y franqueza, aunque sepa que su grito no siempre será acogido favorablemente por todos.⁹⁸ (fin de encíclicas)

Así pues observamos que la libertad tiene sus imprescindibles limitaciones que la demarcan como un derecho dentro dentro del contexto social, y que sin tales limitaciones degeneraría en libertinaje que es de suyo negativo y perjudicial.

Todo acto que realice el individuo y que dañe los derechos e intereses de otra persona *incide fuera de la libertad y, por ende, de la justicia.*

Es evidente que sobre los intereses particulares de cada quien están los intereses colectivos, que se resumen dentro del concepto genérico de " interés social ".

Atendiendo a la indiscutible hegemonía del interés social sobre el interés particular, a

⁹⁸ Juan Pablo II, Carta Encíclica *Centesimus Annus*, Vaticano, 1991

nadie le debe estar permitido desplegar su conducta mediante actos que lesionen o perjudiquen dicho interés en sus variadas manifestaciones. Por ende, el ejercicio de la auténtica libertad excluye la realización de dichos actos lesivos.

Si la prevalencia del interés social sobre el interés particular impone a todo miembro de la sociedad la obligación negativa de no comportarse nocivamente en detrimento de la colectividad, toda persona, merced al inobjetable principio de solidaridad humana, debe desempeñar su conducta en beneficio de los grupos mayoritarios que forman la sociedad. Dicho principio impone a todos los individuos diversos deberes sociales que no entrañan meras abstenciones, sino actos, funciones o conductas de beneficio colectivo.

Por otra parte, si la justicia social es incompatible con la explotación y degradación del

hombre por el Estado, una de sus más importantes finalidades estriba además, en eliminar la explotación del hombre por el hombre dentro de la vida comunitaria. La abolición de ambos tipos de explotaciones, en cuya consecución radica la esencia teleológica de la justicia social, se persigue, respectivamente, mediante la institución de "garantías individuales o del gobernado" y de "garantías sociales", debiéndose ambas comprender dentro de un ordenamiento jurídico unitario y coordinado y que en armoniosa síntesis autorice al Estado, por una parte, para intervenir en la vida socio económica del pueblo a efecto de impedir la explotación del hombre por el hombre y obtener el mejoramiento de las mayorías humanas dentro de la sociedad, y le prohíba por la otra, convertir a la persona en su instrumento servil.

Las anteriores ideas se corroboran tomando en consideración que el hombre, como ente social, se encuentra colocado simultáneamente en dos posiciones diversas. Como miembro de la sociedad y con independencia de la clase social o económica a que pertenezca, asume el carácter de "gobernado" frente a cualquier autoridad del Estado. Dentro de esta situación, los órganos estatales realizan frente a él múltiples actos de autoridad de diferente índole, los cuales, en un *régimen de derecho*, deben estar sometidos a normas jurídicas fundamentales que establecen las condiciones básicas e *ineludibles para su validez y eficacia* y demarcan su esfera de operatividad. El conjunto de estas normas jurídicas fundamentales, consignadas en el ordenamiento constitucional, implica las garantías individuales o del gobernado y de las que goza todo sujeto moral o físico cuyo ámbito particular sea materia de un acto de autoridad. Consiguientemente, si uno de los objetivos de la justicia social estriba en evitar la explotación del hombre por el Estado, o mejor dicho, por el gobierno del Estado, el orden jurídico que en ella se inspire y la política gubernativa que tienda a realizarla deben prever y observar, respectivamente, las citadas garantías.

Sin perjuicio de su condición de gobernado, la persona humana puede pertenecer a cualquier clase socio-económica que no sea la poseedora de los *medios de producción*, como sucede principalmente con la clase obrera y campesina que constituye la mayoría de la población. Para impedir esta posibilidad de explotación, el orden jurídico debe establecer un conjunto de normas que consignent un régimen de preservación conforme a las cuales los órganos del Estado puedan realizar una actividad tendiente a elevar el nivel de vida de los sectores humanos mayoritarios de la

población a efecto de conseguir una existencia decorosa. Lo anterior se denomina garantías sociales, cuyo establecimiento, protección y ampliación es otra de las finalidades inherentes de la justicia social, radicando su esencia teleológica en las tendencias coordinadas siguientes: a) institución y observancia de las "garantías del gobernado", y b) consagración, efectividad coactiva y ampliación permanente de las "garantías sociales". Por ende, ningún orden jurídico ni ninguna política del Estado que no actualicen armónica y compatiblemente las dos tendencias apuntadas, pueden entrañar un régimen de justicia social.

Pienso que es imprescindible la *intervención estatal para disminuir la desigualdad de facto entre los hombres*, pero desafortunadamente en sociedades con atraso político, esto muchas veces da lugar a un intervencionismo injustificado por parte del Estado, que crea una gran inseguridad jurídica, desalentando a la inversión y a la generación de

riqueza, ocasionando un malestar dentro de la sociedad que en muchas ocasiones da lugar a que gran parte de sus miembros vivan en condiciones infrahumanas. Este tema debe, por tanto, ser tratado con prudencia y con miras siempre al bien público temporal de cada sociedad en el caso concreto.

De todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que las garantías individuales son limitantes frente al poder del Estado y que no son más que los derechos fundamentales del hombre plasmados positivamente dentro de una concepción teleológica del Estado hacia el bien público temporal, el cual representa el ejercicio de la libertad individual y respeto de los derechos fundamentales del hombre dentro de un

contexto y una vida en sociedad.

Pienso que las sanciones hacia los funcionarios que violan las garantías individuales, sería una muy buena medida para evitar los abusos hacia los gobernados.

Las autoridades se saben impunes en el ejercicio del poder, sabiendo que la carga de defenderse por vía de acción recae sobre los ciudadanos, de los cuales una gran parte ni siquiera acude al amparo por falta de conocimiento y de recursos económicos para sufragar su defensa.

En cuanto a las garantías sociales, éstas facultan al Estado para intervenir en favor de las clases desprotegidas, lo cual, como mencioné anteriormente puede dar lugar a intervencionismos injustificados y crear con ello una gran inseguridad jurídica para la iniciativa privada y los inversionistas.

CONCLUSIONES GENERALES

La presente tesis ha versado en todos sus capítulos sobre las limitaciones al poder. Ningún hombre se encuentra por encima de los demás, y los gobernantes deben servir a la sociedad y no servirse de ella. Afirma Aristóteles que cada pueblo tiene el gobierno que se merece. El gobierno emana de la misma sociedad, es reflejo de ella. A continuación expondré una breve conclusión de las principales ideas sustentadas en la presente tesis.

1. Existirá siempre una gran diferencia entre someter una multitud y regir una sociedad. El déspota, aún cuando haya sojuzgado a las demás personas, no es siempre más que un particular, su interés, separado del de los demás, será siempre un interés privado. Si llega a perecer, su imperio, tras él, se dispersará y permanecerá sin unión ni adherencia.

Lo anterior coincide con lo antes expuesto tomando como referencia a García Pelayo, en tanto que el poder, para ser político tiene que trascender, institucionalizarse, lo cual no sucederá si se gobierna en contra de los valores de una sociedad. Esto se puede expresar asimismo en términos de auctoritas y potestas. La auctoritas es detentada por quien no necesita del uso de la fuerza para ser obedecido puesto que gobierna de acuerdo con los valores de la sociedad y de la naturaleza humana. La potestas, por el contrario, es el poder que necesita del uso de la fuerza para ser obedecido. El término se aplica a aquel que gobierna en interés propio y sin atender a los valores de la

sociedad, ni a la naturaleza humana. "Las acciones del poder han de orientarse a la realización de los valores primarios de una sociedad, si se quiere tener la adhesión de las personas que los estiman" (García Pelayo)

El poder político tiene que ser un orden cierto de mando y obediencia. La certeza se sustenta, más que en reprimir los actos de desobediencia, en excluir sus motivaciones. El poder será tanto más cierto, cuanto más representativo sea de los valores, es decir cuanto más esté dotado de legitimidad. Un poder es tanto mayor, cuanto menos necesidad tenga de usar la fuerza.

2. El Estado es la última instancia, pero debe estar sometido a un proceso crítico de acuerdo con la justicia y con cada situación y tiempo. No puede monopolizar los criterios, sino que ha de estar abierto a los criterios de la sociedad. (Max Webber)

El Estado moderno es creación del racionalismo y es apropiado para sociedades cuya cultura dio origen al mismo, es el resultado de una reacción en contra del absolutismo, con el fin de limitar y racionalizar el poder, sin embargo, es necesario ser precavidos en la aplicación de este modelo a sociedades con diferentes circunstancias culturales, pues si el sistema de división de poderes y de contrapesos llega a fallar, queda vivo el monstruo de poder, esa máquina increíblemente poderosa llamada Estado para que cualquiera la utilice para servirse de una nación con propósitos muy distintos al bien público temporal. Se iguala a los individuos donde de hecho existen grandes desigualdades, dejando con ello indefensos a los más débiles, creando una estructura de

injusticia. El Estado se convierte en una máscara que "legítima" a los gobernantes. Se

plantea asimismo la figura de las garantías sociales para minimizar las desigualdades entre los individuos, pero desgraciadamente, donde existe atraso político, lo anterior da lugar a un intervencionismo de los que hacen uso del poder, limitando con ello a la iniciativa privada, desalentando la inversión y creando un clima de inseguridad jurídica causante de desastres económicos.

Pienso que la solución para que el Estado no sea una maquinaria de poder sin límites, así como para aminorar la desigualdad de facto entre las personas, se encuentra en la participación de la sociedad civil y en la creación y promoción de las sociedades intermedias, (que por principio son aniquiladas por el Estado liberal.) Es la sociedad civil quien debe de tomar el destino de la nación en sus manos, forjando con ello su propio destino.

3. Ningún poder social, debe estar por encima del Estado, sin embargo la idea de la soberanía está implícita en la del bien público temporal, como algo necesario para la realización de dicho Bien. Pero al propio tiempo la soberanía, tiene que perder toda pretensión de potestad absoluta y entrar en los cauces que le señala el bien público temporal, fuera de los cuales pierde todo su significado y su valor. Esta oposición dialéctica absolutismo relatividad, supremacía-limitación es una tensión dinámica entre la tendencia al poder omnímodo y la sumisión a la regla jurídica. La soberanía está, pues, esencialmente limitada por su naturaleza misma.

4. Asimismo tomamos en consideración una visión económica sobre el futuro de la soberanía en relación con el futuro del Estado como tal, para concluir que la naturaleza de los nuevos desafíos hace que para los estados sea mucho más difícil que antes ejercer el control sobre los acontecimientos, limitando esto su soberanía, pero aún así siguen proporcionando la institución básica por medio de la cual las sociedades intentarán responder al cambio. Aun cuando la categoría y las funciones del Estado hayan resultado erosionadas por las tendencias transnacionales, no ha surgido ningún sustituto adecuado para reemplazarlo como unidad clave a la hora de responder al cambio global.

5. Tratando de visualizar al detentador último de la soberanía dentro de un Estado determinado, concluimos que existen constituciones formales y reales. Pienso que la Constitución real de una determinada sociedad representa su vida misma y su funcionamiento en la práctica. Las constituciones escritas, es decir las formales, son un invento benéfico de la ilustración con el fin de plasmar por escrito los fundamentos y valores que de hecho rigen a una determinada sociedad, y para limitar y organizar el poder, pero cuando lo estipulado por escrito no concuerda con los mismos, la realidad rebasa dicha Constitución que queda en la práctica como letra muerta en los puntos discordantes, causando una contradicción entre el ser y el deber ser jurídico.

Pienso que la Constitución formal representa un "deber ser" ideal, en muchas ocasiones apartado de la realidad pero esto resulta benéfico, puesto que, aunque no

cambie a la realidad inmediatamente, paulatinamente va moldeando las estructuras sociales. Pienso que está en manos del hombre el mejorar su realidad, forzando en

ocasiones a la constitución real con el fin de terminar con algunos vicios y tratar de implantar ideales de convivencia.

Las grandes ventajas de la Constitución escrita han sido el reconocimiento de los derechos inalienables del hombre y la división de poderes. Asimismo, podemos notar que desde la antigüedad, la división de poderes ha sido la única forma para controlar al poder absoluto.

6. Analizamos en la presente tesis cómo es el constituyente originario es quien detenta la soberanía estatal, pues representa a la sociedad misma y sus valores. Después de crear la constitución formal, es decir de institucionalizar el poder, desaparece para que nazca una nueva forma de organización estatal.

Observamos las diversas limitaciones que tiene el poder constituyente, las cuales se resumen en el respeto a la constitución real de la sociedad y el respeto a la naturaleza humana así como los derechos fundamentales del hombre.

7. Estudiamos al poder constituyente permanente quien es el que a fin de cuentas adapta la constitución formal, a la realidad cambiante, es decir a la Constitución real.

8. Analizamos la autodefensa de la Constitución formal para concluir que es nula, puesto que cuando una sociedad desea abrogar una Constitución formal, no hay poder humano que la detenga.

9. Nos detuvimos en los factores reales de poder que son los cuerpos sociales componentes de la Constitución real de una nación, que pactan para dar lugar a la Constitución formal.

Existe siempre una ecuación entre lo previsto por la norma y lo practicado por la vida, es decir “una normalidad de la conducta, normada jurídicamente”.

10. Ya dentro de la segunda sección de la presente tesis, en la que se hace referencia a la ley y a la Constitución como limitantes originarios del poder, estudiamos que es la ley la primera limitante del poder. La ley natural es única e inmutable.

“Existe, pues, una verdadera ley, la recta razón congruente con la naturaleza, y es imposible anularla. No es una en Roma y otra en Atenas, una ahora y otra después, sino una ley única, eterna e inmutable, que obliga a todos los hombres y para todos los tiempos...” (Cicerón)

“ Y no creo que tú, hombre mortal, puedas transgredir las leyes no escritas e inmutables de los dioses. No son de hoy ni de ayer, no mueren y nadie sabe de dónde salieron”. (Creonte)

Sin leyes, los hombres “no difieren en absoluto de las bestias más salvajes”, y, sin embargo, si pudiera surgir un gobernante competente, aquéllos no tendrían necesidad de ser regidos por leyes “porque ninguna ley u ordenanza es más poderosa que el conocimiento” (Platón)

El principio de un gobierno sabio y vigoroso, sometido a la ley es aquel que contiene el elemento del conocimiento, pero también el que contiene el principio democrático, el principio de libertad y de la participación de las masas en el poder, también sometido, naturalmente, al la ley.

En nuestro sistema de Estado nadie (en teoría) se encuentra por encima de ella. La ley es lo primero que se tiene que respetar, por premisa, en el Estado moderno, ya que al partir de un concepto individualista del hombre, la ley tiene que ser respetada a toda costa para que los individuos puedan convivir “civilizadamente”. Se rompe con la conciencia social natural del hombre, se termina con el respeto espontáneo de principios morales, y es por tanto imprescindible imprimir una coercibilidad absoluta a la ley.

11. Hablamos del derecho internacional como limitante del poder, pues cada vez más, las acciones que se toman en determinado país son sancionadas por la comunidad internacional cuya opinión es de gran peso para los gobernantes de un país.

Pienso que el derecho internacional asimismo está evolucionando positivamente hacia

una coercibilidad mediante tribunales internacionales, y hacia el derecho natural como

base para unificar criterios de juicio que sean comunes a todos los hombres.

En mi opinión la globalización, junto a las consecuencias negativas tiene también un muy positiva, puesto que con el acercamiento del mundo por los medios de comunicación y la homogenización de la cultura es necesario acudir un derecho común a todos los hombres. Para ello se está acudiendo a los principios de derecho natural. Esto abre la oportunidad para que el derecho vuelva a convertirse en un *ars boni et aequi*.

12. Introducimos como último capítulo el ejercicio del poder por los órganos constituidos, teniendo en cuenta que hablamos ya de un poder institucionalizado en el caso de la mayoría de los países con Constitución formal. En este capítulo nos enfocamos principalmente en las garantías individuales y sociales, que no son otra cosa que la positivización de los derechos humanos que son el pilar y fundamento de todas las Constituciones escritas. En relación con lo anterior, hicimos un análisis sobre el origen de las garantías pasando por el sistema liberal individualista, los totalitarismos y el sistema del bien público temporal, para concluir que el hombre debe ser la base de todas las instituciones sociales.

Asimismo, en este apartado analizamos la necesidad del respeto a la libertad individual en un contexto social, es decir de una convivencia en sociedad y de la necesidad de que la libertad del hombre sea encaminada hacia el bien público temporal.

Observamos la falacia de la igualdad social y por lo tanto, la necesidad de las garantías sociales, pero asimismo hicimos una crítica a que sean utilizadas como pretexto para un intervencionismo estatal en beneficio de unos cuantos, creando una inestabilidad jurídica muy perjudicial para la iniciativa privada y el desarrollo de una nación.

Analizando al Estado totalitario así como al Estado liberal, concluimos que los totalitarismos han sido las peores manifestaciones del poder sin límites que han aplastado los derechos del individuo en “beneficio” de la comunidad siendo que en realidad ha sido en beneficio de unos cuantos que la “representan”. Este sistema ha perseguido el ideal ya expresado en la República de Platón pero que no es más que una utopía. En la presente tesis no he querido abundar más en los totalitarismos pues han sido sistemas que por sí solos han demostrado su inoperatividad y han caído por su propio peso. Por el contrario, me he enfocado un poco más al sistema de Estado liberal individualista que, entendido y vivido sin una real participación de toda la sociedad se convierte en una máscara de Estado, es decir, en un totalitarismo disfrazado de legalidad.

14. En la presente tesis hicimos una defensa del derecho natural como primer limitante del poder. Analizamos su aplicación desde la stoa, pasando por los jurisconsultos romanos y el *ius gentium* hasta llegar a la actualidad, y su aplicación en el derecho internacional nuevamente limitando al poder y uniendo a todos los hombres en lo que nos es común, es decir, la naturaleza humana.

15. Pienso que las naciones sanas y prósperas se fundan en la virtud de los hombres que las constituyen, son sociedades donde se cultiva la honradez, la valentía, el trabajo, la organización, la planeación.

A final de cuentas, son los hombres quienes componen al Estado y donde los hombres se encuentran corrompidos, se genera una descomposición social que termina en revueltas, hambre, odio, miseria, polarización de la riqueza y en el desmoronamiento del Estado.

Es por ello que el esfuerzo se debe de encaminar a la renovación intrínseca de la sociedad, en el cultivo de estos valores que hacen grandes a las naciones. Pienso que el problema no es de leyes, sino de hombres.

FALTA PAGINA

No. 138

BIBLIOGRAFIA

1. Arriola Juan Federico, "Teoría General De la Dictadura", ed. Trillas, México 1992.
2. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ed. Porrúa, México, 1998.
3. De la Cueva Mario, "Teoría de la Constitución", ed. Porrúa, México, 1982.
4. González Uribe Héctor, "Teoría Política", ed. Porrúa, México, 1982.
5. Porrúa Pérez Francisco, "Teoría del Estado" ed. Porrúa, México, 1975.
6. Tena Ramirez Felipe, "Derecho Constitucional Mexicano", ed. Porrúa, México, 1998.
7. Zippelius Reinhold, "Teoría General del Estado", ed. Porrúa, México, 1989.
8. Weber Max, "Die Politik als Beruf", Berlin, 1969.
9. Schmitt Carl, "Escritos Políticos", Madrid, 1941.
10. Barth Hans, "Die Idee der Ordnung", Erlenbach, Zurich, 1958.
11. Sternberger Dolf, "Begriff des Politischen", Frankfurt, 1961.

12. Hälich, "Das Ordnungsproblem als Zentralthema der Innenpolitik", D. Oberndörfer, ed. Wissenschaftliche Politik, Breisgau, 1962.
13. Landshut y J.P. Mayer, "Der Historische Materialismus, Die Frühschriften", Leipzig, 1932.
14. Bravo Lira Bernardino, "El Estado Constitucional en Hispanoamérica", ELD, México, 1992.
15. Biscaretti di Ruffia Paolo, "Derecho Constitucional", Colección de Ciencias Sociales, ed. Tecnos, México, 1967.
16. Rousseau Juan Jacobo, "El Contrato Social", ed. Porrúa, México, 1979.
17. Sabine George, "Historia de la Teoría Política", Fondo de Cultura Económica, 1992.
18. Löwenstein Karl, "Teoría de la Constitución", ed. Ariel, Barcelona, 1976.
19. Schmitt Carl, "Teoría de la Constitución", Editora Nacional, Madrid, 1975.
20. Burgoa Ignacio, "Las Garantías Individuales", ed. Porrúa, México, 1998.
21. Castro Juventino, "Garantías Individuales y Amparo", ed. Porrúa, México, 1996.