

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**LA OBJECION DE CONCIENCIA, EJERCICIO DE UN  
DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**LUCILA RODAS GRAMAJO**

Previo a Conferírsele el Grado Académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

Guatemala, Agosto de 1998

PROCESO DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

04  
7(3509)  
04

**JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

<b>DECANO</b>	Lic. José Francisco De Mata Vela
<b>VOCAL I:</b>	Lic. Saulo De León Estrada
<b>VOCAL II:</b>	Lic. José Roberto Mena Izeppi
<b>VOCAL III:</b>	Lic. William René Méndez
<b>VOCAL IV:</b>	Ing. José Samuel Pereda Saca
<b>VOCAL V:</b>	Br. José Francisco Peláez Cordón
<b>SECRETARIO:</b>	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

**NOTA:** "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).



4818-4

*[Handwritten signature]*

Guatemala 28 de noviembre de 1.997.

19/11/97  
*[Handwritten initials]*

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES  
SECRETARÍA

19 NOV. 1997

RECIBIDO

*[Handwritten signature]*  
OFICINA

Señor Decano  
Jose Francisco de Matta Vela  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala.  
Su Despacho.

Estimado Señor Decano:

En cumplimiento de la providencia emitida por el decanato. en la cual se me designó como asesor de tesis de la Bachiller Lucila Rodas Gramajo, para la realización del trabajo titulado "La Objeción de Conciencia Ejercicio de un Derecho Humano Fundamental". Me permito informar a usted lo siguiente:

1.- La Bachiller elaboró un trabajo meritorio al realizar un análisis filosófico-político del derecho a la Objeción de Conciencia en base a las concepciones más actuales de la Escuela Clásica del Derecho Natural o teoría del contrato social como: el modelo iusnaturalista de Norberto Bobbio, y que abarca pensadores desde Hobbes y Kant, hasta John Rawls, Robert Nozick, Jürgen Habermas y otros.

2.- Según nuestro criterio, el trabajo será de gran utilidad tanto para los estudiantes, como para los juristas en general, como una obra de consulta sobre uno de los temas más discutidos en la filosofía contemporánea como es la Objeción de Conciencia.

Por lo expuesto considero que dicha investigación llena con creces los requisitos exigidos por la Facultad, para ser discutido en el examen correspondiente, previa la revisión respectiva.

Sin otro particular aprovecho para suscribirme del señor Decano con las muestras de consideración y respeto.

*[Handwritten signature: José F. Velásquez]*  
Lic. José Fernando Velásquez Carrera,  
Catedrático de Filosofía del Derecho.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 13  
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y  
SOCIALES: Guatemala, ocho de enero de mil novecientos  
noventa y ocho.-----

Atentamente, pase al LIC. JULIO HECTOR RAMIREZ MOLINA  
para que proceda a Revisar el Trabajo de Tesis de la  
Bachiller LUCILA RODAS GRAMAJO y en su oportunidad emita  
el dictamen correspondiente.-----

alhj.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



2254-98

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
Carril Universidad, Edif. 12  
Guatemala, Guatemala

julio 27 de 1998

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
SECRETARIA

27 JUL 1998

REGISTRO  
Hores: 18 Minutos: 25  
Origen: [Signature]

Licenciado  
José Francisco De Mata Vela, Decano  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Guatemala

Señor Decano:

De conformidad a su providencia de fecha ocho de enero de mil novecientos noventa y ocho, me permito informar a usted, que procedí a revisar el trabajo de tesis de la Bachiller Lucila Rodas Gramajo, que se titula "LA OBJECCION DE CONCIENCIA, EJERCICIO DE UN DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL".

La temática del trabajo se enmarca dentro del análisis de la Filosofía Política del Derecho, el cual se basa en la investigación bibliográfico-documental y se orienta dentro de la Teoría del Contrato Social.

Por otra parte, el trabajo es meritorio, puesto que el tema es uno de los más discutidos en la Filosofía Contemporánea como lo es la Objeción de Conciencia.

En cuanto al contenido y forma del mismo, se hicieron cambios sustanciales compartidos; lo que coadyuvo al cumplimiento de los objetivos, reflejados en las conclusiones del informe final.

En consecuencia, soy de la opinión que el trabajo cumple con los requisitos que establece el Reglamento, por lo que pueda aprobarse para que sirva de base al Examen Público de la autora.

No habiendo nada más al respecto, atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Julio Héctor Ramírez Molina  
REVISOR

c.c. archivo  
JHRM/aedea

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 18  
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES: Guatemala,  
treinta de julio de mil novecientos noventa y  
ocho. -----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión  
del trabajo de Tesis de la Bachiller LUCILA RODAS GRAMAJO intitulado  
"LA OBJECCION DE CONCIENCIA, EJERCICIO DE UN DERECHO HUMANO  
FUNDAMENTAL". Artículo 22 del reglamento de Exámenes Técnico  
Profesional y Público de Tesis. -----

alhj.



DEDICATORIA

A la memoria de mi padre:                    Cirilo Rodas de León.

A mi madre:                                        Florinda Gramajo Sosa.

A mi esposo:                                      Fidel Raxcacó González.

A mis hijas:                                        Gabriela Anaité y  
Vera Lucía Raxcacó Rodas.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, ESPECIALMENTE A LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.

## INDICE

### LA OBJECCION DE CONCIENCIA

	Pág.
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
EL ESTADO	
1.1 Definición conceptual de Estado.....	1
1.2 Elementos del Estado.....	3
1.2.1 Elemento Humano.....	3
1.2.1.1 Concepto de persona.....	4
1.2.1.2 Aspectos Fundamentales de la Persona Humana.....	4
1.2.1.2.1 Aspecto Psicológico.....	5
1.2.1.2.2 Aspecto Ontológico.....	6
1.2.1.2.3 Aspecto Moral.....	8
1.2.2 Elemento Territorio.....	10
1.2.2.1 Definición conceptual de territorio.....	10
1.2.3 Elemento Jurídico.....	11
1.2.4 Elemento Poder.....	12
1.2.4.1 Definición conceptual de poder.....	12
1.2.5 Elemento Teleológico o Finalista.....	14
1.3 Teorías sobre el origen del Estado.....	15
1.3.1. Teoría Histórica o Aristotélica.....	19
1.3.2 Teoría o Modelo Iusnaturalista.....	21
1.3.2.1 Elementos del Modelo Iusnaturalista.....	22
1.3.2.1.1 Estado de Naturaleza.....	23
1.3.2.1.1.1 Variaciones en torno al estado de naturaleza	24
1.3.2.1.2 Contrato social.....	28
1.3.2.1.2.1 Variaciones sobre la forma del Contrato Social.....	29
1.3.2.1.2.2 Variaciones sobre el Contenido del Contrato Social.....	30
1.3.2.1.3 Sociedad Civil.....	31
1.3.2.1.3.1 Variaciones sobre la Sociedad Civil.....	33
1.3.3. Relaciones de la sociedad civil y el Estado.	36



CAPITULO II  
CONTRACTUALISMO.

1.	Definición conceptual de contractualismo.....	39
1.2.	Antecedentes del Contractualismo .....	40
1.2.1	Aportaciones de la Edad Media a la Doctrina del Contrato Social.....	43
1.2.1.1	Marcelio de Padua.....	44
1.2.1.2	Guillermo de Okcan.....	45
1.3.	Contractualismo Clásico.....	46
1.3.1	Tomás Hobbes.....	48
1.3.2	Baruch Spinoza.....	49
1.3.3	John Locke.....	50
1.3.4	Juan Jacobo Rosseau.....	52
1.3.5	Enmanuel Kant.....	53
1.4.	Decadencia del Contractualismo.....	54
1.5.	Neocontractualismo.....	57
1.5.1	Definición conceptual.....	58
1.5.2	Pensadores Neocontractualistas.....	59
1.5.2.1	John Rawls.....	59
1.5.2.2	James Buchanan.....	62
1.5.2.3	Robert Nozick.....	64
1.5.2.4	Otros aportes significativos Neocontractualistas.....	65
1.6.	Críticas al Contractualismo.....	67

CAPITULO III

PROYECCION JURIDICA Y POLITICA DEL  
CONTRACTUALISMO.

1.	Definición conceptual de legalidad.....	71
2.	Definición conceptual de legitimidad.....	72

2.1	Teoría de la Legitimidad de Norberto Bobbio.....	76
2.1.1	Principios Unificantes de la Legitimidad....	78
2.1.2	Legitimidad y Efectividad.....	81
3.	Formas de enfocar la Legitimidad.....	82
3.1.	Legitimidad por Procedimiento.....	83
3.2.	Legitimidad por Representación.....	84
3.3.	Legitimidad por Resultados.....	86
3.4.	Visión contractualista de la legitimidad....	88

#### CAPITULO IV

#### EL CONTRACTUALISMO Y LOS DERECHOS HUMANOS

1.	La Dicotomía ex parte populi ex parte principes.....	94
2.	Evolución histórica de los derechos humanos.....	96
3.	Fundamentación Filosófica de los Derechos Humanos.....	98
3.1.	Doctrina iusnaturalista sobre derechos humanos.....	100
3.2.	Doctrina Positivista sobre derechos humanos..	101
3.3.	Fundamentación Etica de los derechos humanos	102
4.	Clasificación de los Derechos Humanos.....	104
4.1.	Primera Generación de los Derechos Humanos	105
4.2.	Segunda Generación de los Derechos Humanos..	106
4.3.	Tercera Generación de los Derechos Humanos..	108

#### CAPITULO V

#### OBJECION DE CONCIENCIA

1.	Conceptos Generales.....	113
1.1	Concepto de Objeción de Conciencia en Sentido Amplio.....	115
1.2	Concepto de Objeción de Conciencia en Sentido Restringido.....	117

2.	Antecedentes del Derecho a Objeción de Conciencia.....	120
2.1.	Antecedentes de la Objeción de Conciencia al servicio militar.....	122
2.2.	De la indiferencia al reconocimiento.....	125
3.	Manifestaciones de Objeción de Conciencia.....	126
4.	Características de la Objeción de Conciencia.....	127
5.	Limites al Derecho a la Objeción de Conciencia.....	130
6.	Fundamento Filosófico al Derecho de Objeción de Conciencia.....	133
7.	Fundamento Legal de la Objeción de Conciencia.....	137
8.	La objeción de conciencia en Documentos y Declaraciones de Organismos Internacionales.....	138
9.	La objeción de Conciencia en el Derecho Comparado.....	141
10.	Objeción de Conciencia como Proyección del Contractualismo.....	144
11.	El Caso Guatemalteco.....	146
11.1.	La Objeción de Conciencia y la Legislación Guatemalteca.....	151
12.	La objeción de Conciencia en la Práctica Social Juridica Guatemalteca.....	155
	CONCLUSIONES:.....	157
	BIBLIOGRAFIA:.....	161

## INTRODUCCION.

Tres décadas de enfrentamiento armado interno, no pudo dejarnos indiferentes. fuimos testigos de procedimientos ilegales en la conscripción militar, así mismo, que el futuro de jóvenes del área rural guatemalteca solo podía desarrollarse en el ejército que los reclutaba o en las fuerzas rebeldes que también les ofrecían una carrera armamentista. Dentro de ese contexto surgieron instituciones civiles que expusieron la necesidad de un nuevo planteamiento para la organización y funcionamiento de la sociedad, donde la ley sea producto de nuevos acuerdos políticos, y se logre que todos cumplamos con la misma. El ciudadano del campo más que el de la ciudad reclamó, tierras para trabajar, maestros para las escuelas, carreteras para sacar productos agrícolas al mercado, mejores salarios, y surge una nueva consigna, no al servicio militar obligatorio si a la objeción de conciencia.

Lo señalado infra nos dió razones para probar una tésis sobre el derecho a manifestar la libertad de conciencia. Creemos conveniente anotar que al inicio de la investigación nuestra visión del tema era parcial y a medida que avanzamos en la misma nos dimos cuenta que el tema era más complejo de lo pensado. En la búsqueda de bibliografía al inicio fracasamos: recorrimos bibliotecas públicas y privadas, e instituciones de derechos humanos, donde encontramos algunos señalamientos, pero no lo suficiente. Sin embargo el esfuerzo no fue infructuoso y en el recorrido, tuvimos respuesta, de amigos, y maestros, que de dentro y fuera del país nos proporcionaron material para nuestro marco teórico, que nos sirvió de base.

Nuestro objetivo principal lo constituyó: reconstruir el concepto de objeción de conciencia, ya que la experiencia nos había demostrado que en Guatemala no se tenía una acepción consecuente con el tratamiento científico dado a la misma y las Instituciones que la propugnaban decían que había que objetar en conciencia, pero no decían que era la objeción en si misma.

El marco teórico de referencia lo constituyó en primer lugar las nociones generales de Estado con sus elementos y las doctrinas sobre el origen del poder del mismo, desde el punto de vista histórico y filosófico. Una vez delimitado el tema del origen del Estado nos inclinamos por el punto de vista filosófico y la doctrina a propósito fue la del contrato social o contractualismo, vista como la doctrina que legitima el poder del Estado. Nos sirvieron de guía escritores de la Edad Antigua: Platón y Aristóteles entre otros, Marcilio de Fado y Guillermo de Ockan de la Edad Media, y racionalistas clásicos del siglo

XVII. como Tomás Hobbes. con el "Leviathan" Locke con el "II Ensayo sobre el Gobierno Civil" Juan Jacobo Rousseau. con el "Contrato Social" También estudiamos las formas dicotómicas de algunas categorías del conocimiento. a saber: estado de naturaleza-estado de sociedad civil. legalidad-legitimidad. ex parte principis-exparte populus nos sirvieron de guía. Norberto Bobbio con algunas de sus obras. Celso Lafer. "La Reconstrucción de los Derechos Humanos" y otros. En la investigación sobre la proyección del contractualismo en la realidad jurídica y política fue la obra de Cárdenas Gracia. la que nos sirvió de guía para los lineamientos generales. además entre otros. Eusebio Fernández. Javier Majuerza. Mario I. Alvarez. John Rawls. Joseph Raz. Ronal Dworkin.

En el tema de objeción de conciencia. hemos de señalar que obtuvimos revistas jurídicas de España e Italia. un ejemplar del tema de objeción de conciencia del departamento de divulgación de la Defensoría del Pueblo de Santa Fe de Bogotá de Mario Madrid-Malo Garizabal. y pequeños fragmentos en obras de Filosofía del Derecho. y en autores ya señalados infra por nosotros. y en el caso de la objeción al servicio militar nos auxiliamos de la obra de Joan Oliver Araujo. Cuando se trató del caso guatemalteco. las revistas de Conavigua. y otras con entrevistas a dirigentes de la misma organización y opiniones que en forma restringida trataban el asunto. también informes del Procurador de los Derechos Humanos. tuvimos acceso a anteproyectos de ley. con relación a servicio militar y a un proyecto educativo para concientizar a objetores de conciencia (sic) donde esta está considerada como una forma de servicio social. En cuanto a la legislación. la Constitución Política de la República de Guatemala fue nuestro principal marco de referencia. y analizamos otras leyes que de alguna forma tienen que ver con este derecho. Documentos de Organismos Internacionales. la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros.

El principal problema lo constituyó el constatar que había retardo en legislar en favor de la objeción de conciencia y eso que solo se refería al servicio militar: y la falta de legislación permite espacios que en un momento determinado pueden llevar a los grupos a atentar contra la seguridad jurídica del Estado. El problema lo delimitamos como: en Guatemala la legislación adolece de ambigüedades y vaguedades porque no se tiene fundamentación filosófica y política sólida sobre qué se entiende por objeción de conciencia.

Utilizamos el método científico. primero la selección del tema posteriormente recolección de información. profundizando nuestro conocimiento teórico a través de la lectura de obras relacionadas. elaboramos la hipótesis y comprobamos la misma. Con paciencia nos fuimos acercando al conocimiento. y descubrimos que lo que nos motivó al inicio era una forma restringida de la

objetividad de conciencia y que el rigor científico nos exigía un tratamiento completo del tema. Por tratarse de un tema de índole filosófica, el nivel de abstracción fue alto y de esa cuenta el método dialéctico, en sus elementos, tesis, antítesis y síntesis fue lo más apropiado.

Nuestra tesis quedó estructurada en cinco capítulos de la siguiente manera: un primer capítulo que comprende las nociones generales de Estado, estudiado en sus elementos generales, teorías sobre el origen del poder desde el punto de vista histórico como filosófico. El capítulo segundo trató lo relacionado con el desarrollo de la doctrina del contrato social, desde los filósofos de la antigüedad, pasando por la escuela Escolástica de la Edad Media, los filósofos racionalistas de la Edad Moderna y una introducción a los neocontractualistas de los últimos treinta años. En el capítulo tres desarrollamos la proyección del contractualismo tanto en su nivel jurídico como político, esto nos permitió integrar los conceptos de legalidad con legitimidad, como la forma de fundamentar el poder del Estado, donde el consenso de los gobernados ocupa un lugar especial. Como la legitimidad tiene una marcada relación con los derechos humanos, el tema también se abarcó, y lo hicimos en el capítulo cuarto, tanto en la fundamentación de los mismos como en su clasificación, de acuerdo a Naciones Unidas.

El quinto capítulo, lo iniciamos con las referencias conceptuales de connotados neocontractualistas, construimos nuestra definición conceptual de objeción de conciencia, las formas de manifestarse, sus antecedentes, fundamento, tanto en el orden filosófico como histórico y legal, sus características, límites, un apartado sobre derecho comparado, para terminar con el caso guatemalteco, a la luz de la legislación vigente.

Como anotamos, el problema que tuvimos al inicio de la investigación la falta de bibliografía, fue solventado con creces por lo que el estudio fue exhaustivo y nuestros esfuerzos se vieron recompensados abundantemente con la colaboración de amigos y maestros por lo que por este medio presentamos nuestra gratitud. Esta tesis constituye un mínimo aporte para lograr una sociedad más participativa y un Estado más comprometido con las minorías que disienten.

## CAPITULO I

### NOCIONES GENERALES DE ESTADO.

#### 1) EL ESTADO:

Siempre ha constituido un problema encontrar respuesta a las preguntas: Qué es el Estado?. Cuándo surgió el Estado?. Más aún, justificar de dónde procede el poder que tiene el Estado?. Dentro del estudio de la teoría general del Estado el problema ha dado lugar a estudios que pretenden, aclarar los motivos jurídicos, morales y de otra índole que respondan a las interrogantes señaladas.

En esta tesis el problema vuelve a plantearse y por esa razón en el primer capítulo, revisaremos conceptos, estudiaremos al Estado en sus elementos, también las diferentes doctrinas que se han estructurado en torno a encontrar tanto el origen del Estado como la justificación del poder, por lo que presentaremos dos modelos: el histórico o aristotélico, en forma somera, para terminar con el modelo iusnaturalista, con sus constantes y sus variaciones.

#### 1.1. DEFINICION CONCEPTUAL DE ESTADO

El Diccionario de Lenguaje Filosófico lo define en sentido amplio: "Sociedad humana que se administra así misma de modo soberano" y en sentido estricto como "Organización jurídico-política que rige de modo soberano un conjunto de hombres que

constituyen una nación"<sup>1</sup> Mientras que el Diccionario de Derecho Usual cita expresiones de filósofos y juristas, verbigracia: "La comunidad de familias y gentes para lograr una vida suficiente y perfecta en si misma" Aristóteles; "La organización de la coacción social" (Iheierin); " La regla convertida en potencia de la coexistencia de la libertad de cada uno con la libertad de todos" (Kant). "La realidad de la libertad concreta" (Hegel); "La armonía de la libertad y de la necesidad" (Shellingen) " La organización jurídica del pueblo en un territorio determinado, bajo un poder soberano, en virtud de la cual es una personalidad soberana que se basta así misma" <sup>2</sup> Para los iusnaturalistas el Estado es "El ente de razón por excelencia en el que solamente el hombre realiza plenamente su naturaleza de ser racional"<sup>3</sup>

De lo anterior inferimos: El Estado es la organización jurídica y política, el ente racional, que permite al individuo la realización plena de su libertad, en coexistencia con la libertad de los demás, a través del ejercicio pleno de su soberanía en un territorio determinado.

---

<sup>1</sup>Faulquió P. Diccionario de Lenguaje Filosófico; Editorial Labor, S.A. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Río de Janeiro, México. Montevideo. 1967. Págs. 346 y 347.

<sup>2</sup>Cabanellas, G. y Alcalá Zamora, L. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. E-I Editorial Heliasta S.R. L. Viamonte 1730, Buenos Aires, Argentina. Pág. 219.

<sup>3</sup>Bobbio N. Bovero M. Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna el modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano marxiano. Fondo de Cultura Económica. Tercera reimpresión 1.996. Pág.128



## 1.2. ELEMENTOS DEL ESTADO.

Dentro de los elementos del Estado la teoría suele distinguir, entre elementos previos al Estado, cierto número de hombres libres e iguales que tienen fines específicos y un territorio determinado y los que se dan dentro del mismo, una vez constituido, que son llamados "determinantes del Estado" y que son los siguientes; un poder político, un orden jurídico, y una finalidad teleológica.<sup>4</sup>

Entonces el Estado es un ente complejo que es difícil entender en su totalidad, y que por ello debe ser estudiado en sus distintos elementos para lograr penetrar en su esencia.

### 1.2.1. ELEMENTO HUMANO.

Cuando nos referimos a la acepción humano con intención de valorar, nos referimos a lo que caracteriza al hombre, lo que constituye su valor propio, principalmente que es sensible a los males ajenos, comprensivo y benéfico.<sup>5</sup> Para eso analizaremos al hombre en forma individual y por la amplitud de las definiciones lo enfocaremos como persona.

---

<sup>4</sup>Porrúa Pérez. Francisco. "Teoría del Estado" Editorial Porrúa, S.A. Avenida República Argentina 15 México, 1978. Citando a Dabin. Jean en "Teoría General del Estado" Editorial Jus México 1949. Pág. 14-23.

<sup>5</sup>Dic. De Lenguaje Filosófico, Ob. Cit. Pág. 481.

1.2.1.1. CONCEPTO DE PERSONA: Filosóficamente. substancia individual de naturaleza racional, (Boecio) Naturaleza humana encarnada en un individuo (Headrick) Ser humano. capaz de derechos y obligaciones: el sujeto del derecho, cualquier hombre o mujer"<sup>6</sup> Todos los problemas giran en torno al hombre. ya que constituye la unidad principal dentro de ese elemento fundamental del Estado que es la sociedad. Del concepto que tengamos dependerá nuestro punto de vista en una sociedad política.

No ponemos en duda que el elemento principal del Estado lo constituye el elemento humano tomado en su individualidad y su autonomía. porque es capaz de adquirir derechos y obligaciones y de realizar un plan de vida, que lo lleve a su perfeccionamiento.

#### 1.2.1.2. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA.

Porrúa Pérez en la obra que hemos venido citando. considera que se deben tomar en cuenta tres aspectos fundamentales. Un aspecto psicológico, un metafísico y un aspecto moral.<sup>7</sup> Cita a Max Scheler en su obra "El Puesto del Hombre en el Cosmos" que dice: "La misión de una antropología filosófica muestra exactamente cómo la estructura fundamental del ser humano explica todos los monopolios, todas las funciones y obras específicas del

---

<sup>6</sup>Dicc. Enciclopédico de Derecho Usual. Ob. cit. Tomo V Pág. 220.

<sup>7</sup>Para ampliar este tema ver Teoría del Estado de Francisco Porrúa Pérez. ob. cit. en Pág. 194 a 208.

hombre: el lenguaje, la conciencia moral, la religión, el Estado, la ciencia la administración, la historicidad y sociabilidad".<sup>8</sup>

Tenemos que tomar en cuenta las realidades que integran la persona humana, es decir su personalidad "lo que nos hace decir de un ser que es persona"<sup>9</sup>

El hombre debe estudiarse a través de rasgos fundamentales, eso nos permitirá tomar en cuenta sus realidades. No se trata de fragmentarlo sino, de no perder de vista su unidad, para tener una visión completa de su potencialidad.

#### 1.2.1.2.1. ASPECTO PSICOLOGICO.

Cuando a través de la descripción y explicación inmediata de las realidades que integran la personalidad humana, encontramos que el hombre es un ser sensible, descubrimos que la sensibilidad consiste en ir más allá del mundo que lo rodea, esto es, lograr "ensimismarse", lo que Santo Tomás llamó "reditio completa" volverse sobre sí mismo.<sup>10</sup> Puede llegar a tener además, ideas sin abstracciones partiendo de la contemplación, llegando de esa forma a concebir los valores, como la justicia, la religión

---

<sup>8</sup>Porrúa Pérez. Ob. Cit. Pág. 194.

<sup>9</sup>Ibid. Pág. 195.

<sup>10</sup>Ortega y Gazet. José: "Ensimismamiento y alteración. Colección Austral, Ed, Espasa Calpe, Argentina. Buenos Aires, citado por Porrúa Pérez. en Ob. Cit. Pág.198.

etc.<sup>11</sup>

El aspecto psicológico nos sitúa en el plano íntimo que va más allá de los sentidos, el hombre es capaz de descubrir con solo quererlo, y a veces sin quererlo sensaciones, abstracciones, y de esa manera llega a concebir los valores. De lo anterior inferimos que los valores no son impuestos, que estos surgen de la esencia íntima del hombre, de donde proviene su autonomía, por lo que constituye una esfera de intimidad que no debe ser violentada.

#### 1.2.1.2.2. ASPECTO ONTOLOGICO.

A este aspecto se atribuye el contenido del yo psicológico, para descubrir la existencia de la personalidad metafísica, tenemos que partir de los hechos de la conciencia, de los datos que la misma nos presenta. Si ahondamos en el contenido de la conciencia descubrimos que la atribuimos a un sujeto. Ese sujeto activo (porque produce esa actividad) y pasivo (porque se encuentra dentro de ella), es precisamente el yo ontológico. "Cualquiera que pueda ser el objeto de mi pensamiento, al tiempo que yo pienso tengo más o menos conciencia del Yo, de mi existencia personal, de que soy el que piensa"<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup>Ibid. 199.

<sup>12</sup>Porrúa Pérez. Ob. Cit. Pág. 202. Se puede ampliar este tema.

La realidad del yo ontológico no la proporcionan los sentidos. está más allá del mundo sensible, por ello ese conocimiento puede lograrse únicamente haciendo uso de una disciplina que supere ese campo, que vaya más allá de lo físico y es lo que llamamos metafísica.<sup>13</sup>

Como componente de este aspecto ontológico, establecemos que la persona humana tiene unidad e identidad, estos elementos forman sus perfecciones, también tiene autonomía ontológica perfecta en su obrar es decir tiene libertad "El hombre es libre para decidir su propio destino y se da cuenta de esa libertad"<sup>14</sup> Encontramos también que la persona humana tiene la tendencia innata a lograr la consecución de un fin. Lo anterior no significa que la persona humana no tenga imperfecciones, ya que también es característica del hombre: su inteligencia limitada, su voluntad débil, y siente el peso de la materia, lo que significa que se inclina más por lo material que por lo espiritual, deficiencias del propio espíritu y padecer de indigencia social.<sup>15</sup>

Entonces la personalidad metafísica para Porrúa Pérez en la

---

<sup>13</sup>Según Faulquié en su Diccionario, en la metafísica existen concepciones un tanto diferentes, veamos, por ejemplo: "Para Spencer: Testimonio ser más sabio de lo común en metafísica, que es ciencia que nadie entiende. Voltaire en Carta al Príncipe de Prusia, el 17 de abril de 1,737. La metafísica contiene a mi entender dos cosas. La primera todo lo que los hombres de buen sentido saben, y la segunda lo que nunca sabrán. Pág. 642

<sup>14</sup>Porrúa Pérez. Ob. Cit. Pág.207.

<sup>15</sup>Ibid. Pág. 208.

obra que hemos venido citando es: "Una sustancia individual de naturaleza racional" y al lado de una serie de perfecciones también encontramos no pocas imperfecciones, lo anterior lleva a la persona a dos orientaciones una positiva, que busca el bien, y la negativa que lo lleva al mal.

De esa cuenta cuando hablamos del hombre como ser ontológico, nos referimos a que es un ser con unidad e identidad y que junto a sus perfecciones también tiene imperfecciones y son de su exclusiva responsabilidad, por esta dualidad en la intención de su actuación es que puede orientar su vida en forma positiva o negativa, quedando a salvo, que el bien o mal que realice lo hace en forma consciente y por que quiere.

#### 1.2.1.2.3. ASPECTO MORAL.

Al decir que el hombre se mueve entre dos orientaciones, nos estamos refiriendo a la proyección que el realiza para desarrollar un programa de vida. Cuando hablamos de que busca su perfeccionamiento hablamos de un programa de vida, la proyección del hombre hacia ese programa es lo que constituye el tercer aspecto de su personalidad; la personalidad moral. Si el programa es bueno, la personalidad moral será buena, si por el contrario el programa es malo, la personalidad moral será mala.<sup>16</sup> Esta personalidad moral del individuo presenta además

---

<sup>16</sup>Ver Porrúa Pérez, Ob. Cit. Pág. 212.

dos aspectos: la personalidad moral individual, que se entiende como todos los esfuerzos que este realiza para desarrollar su programa de vida y la personalidad moral social, que es la que nos presenta las relaciones del individuo con la sociedad. Ya vimos al hombre capaz de desarrollar su programa de vida, y eso es importante, pero el hombre también vive en sociedad y eso quiere decir que vive junto con otras personas, iguales a él y por lo tanto con los mismos derechos. Pero por el hecho de estar en sociedad, no deja de ser una totalidad metafísica autónoma, es decir continua siendo una persona humana individual, lo que siempre debe ser tomado en cuenta por el Estado, que el hecho de vivir en sociedad, no puede ser suficiente razón para impedir que el hombre se aparte del desarrollo de su programa de vida y por lo tanto no desarrolle su personalidad moral.<sup>17</sup> Lo anterior no significa, que el hombre no tenga obligaciones con la sociedad, claro que las tiene, y al Estado corresponde resolver en caso de conflicto, coordinando y logrando la subordinación de unos intereses sobre otros, según la esencia y fines del individuo y de la sociedad.

La personalidad moral tiene que ver con su individualidad y autonomía y el papel que le corresponde en una sociedad. El

---

<sup>17</sup>Así establecemos esta primera verdad fundamental: "El hombre tiene en primer término, que realizar hasta su perfección su personalidad moral individual: por encima de todos los intereses sociales está el desarrollo de su programa de vida, que le es peculiar, propio, que es el que le conduce hacia el bien y la verdad" Ver. Porrúa Pérez, Ob. Cit. Pág. 214.

puede de acuerdo con el programa moral que se fije actuar bien o actuar mal. Si actúa bien, va camino de lograr su perfeccionamiento, si por el contrario su programa de vida es malo, está sujeto a recibir sanciones de acuerdo al mal causado tal como lo establece la ley. Pero este hombre individual y autónomo también vive en sociedad con otros y por lo tanto tiene también obligaciones impuestas de fuera. Que puede hacer en caso de colisión entre sus motivaciones personales íntimas y los mandatos de la sociedad? Esperar que el Estado cumpla con su parte de jerarquizar los valores individuales y sociales de tal manera que se evite el conflicto moral. Como jerarquizar estos valores? Al Estado corresponde tanto la coordinación como la subordinación en caso necesario de un programa sobre el otro.

#### 1.2.2.-ELEMENTO TERRITORIO.

1.2.2.1. CONCEPTO DE TERRITORIO: Según Cabanellas en su diccionario de Derecho Usual, la palabra territorio procede de la palabra latina, terra, tierra, y según otros del verbo terrere, desterrar, parte de la superficie terrestre sometida a la jurisdicción de un Estado, provincia, región o municipio. El territorio es la base física del Estado, y hasta su mismo cuerpo, cuya defensa se procura a todo trance y cuya enajenación está vedada.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup>Ob.cit. Tomo VI pág. 360.



El territorio lo constituye el espacio físico sometido a la jurisdicción de un Estado y comprende la delimitación terrestre, marítima y aérea en la que ejerce su soberanía, con las limitaciones que le da el Derecho Internacional.

### 1.2.3.-ELEMENTO JURIDICO.

Usualmente se da este nombre al conjunto de normas jurídicas que constituyen el cuerpo legal de un Estado de Derecho, a través de los cuales se logra la organización de un grupo social, es el derecho del Estado. Algunos escritores sostienen la teoría de la identidad del Estado con el Derecho. Hans Kelsen afirmó: El Estado no es más que el sistema jurídico vigente"<sup>19</sup> Norberto Bobbio citando a Mortati (1.969 pág. 23) dice "Estado es un ordenamiento jurídico para los fines generales que ejerce el poder soberano en un territorio determinado al que están subordinados necesariamente los sujetos que pertenecen a él"<sup>20</sup>

Este elemento jurídico tiene límites de validez espacial. en este caso el territorio se convierte en el límite de validez espacial del derecho del Estado en el sentido de que las normas jurídicas emanadas del poder del soberano solo valen en determinado territorio. El pueblo se vuelve el límite de validez personal del derecho del Estado, porque las normas jurídicas

<sup>19</sup>Citado por, Porrúa Pérez, ob.cit. Pág. 150.

<sup>20</sup> Bobbio Norberto: "Estado Gobierno y Sociedad" Para una Teoría General de la Política. Fondo de Cultura Económica. 1996. Pág. 128

solamente valen, salvo casos excepcionales para determinados sujetos que son llamados ciudadanos del Estado. Para la ética política el elemento jurídico tiene que tener dos aspectos que se deben considerar, un aspecto legal y un aspecto legítimo. El primer aspecto lo da el procedimiento establecido para la elaboración de la ley y que se encuentra en la Constitución del Estado, y el segundo solo puede darlo el consenso general.

Visto lo anterior coincidimos en señalar que la legalidad solo contempla un aspecto del poder ordenador del Estado, porque esta comprobado en las sociedades modernas, que se tiene que dar mas participación a los gobernados para evitar situaciones de ingobernabilidad, que es uno de los males que aquejan al Estado moderno, por lo que es impostergable tomar en cuenta el otro aspecto del poder ordenador del Estado que consiste en lograr el máximo consenso social, que es el que legitima el poder.

#### 1.2.4.-ELEMENTO PODER.

En la doctrina del Estado liberal, cuando se habla de poder se habla de los límites del poder del Estado, tanto en sus funciones como en sus poderes.

1.2.4.1.CONCEPTO DE PODER. Faulquí en el Diccionario citado por nosotros, tiene las siguientes acepciones: "Tener la fuerza, la

facultad de... Derecho que puede ser apoyado por la fuerza, de hacer o de exigir alguna cosa. Absolutamente (el poder): La autoridad suprema de la sociedad"<sup>21</sup> Mientras que el Diccionario de Derecho Usual tiene como sinónimos los siguientes: Potestad, imperio, mando, jurisdicción, fuerza, potencia, vigor, fortaleza, capacidad"<sup>22</sup> Desde Aristóteles ha sido señalado el poder del Estado como los Poderes del Estado. El distinguía en las funciones públicas la triple manifestación legislativa, judicial o jurisdiccional y administrativa o ejecutiva.<sup>23</sup> De acuerdo con la doctrina del Estado liberal, el poder del Estado, se entiende como el Estado que limita su poder a través de la doctrina de pesos y contrapesos.<sup>24</sup>

De lo anterior inferimos, que el poder del Estado consiste en la facultad de organizar la sociedad, respetando la esfera de

---

<sup>21</sup>Ibid. Pág. 783.

<sup>22</sup>Obra citada Pág. 284.

<sup>23</sup>La tesis clásica, la integra el pensamiento de Montesquiu formulando en su obra "El Espíritu de las Leyes" declara que en todo Estado hay tres clases de poderes, la potestad legislativa, la potestad ejecutiva de las cosas que dependan del derecho de Gentes y la potestad ejecutiva que depende del derecho civil y se llama la potestad de juzgar" L. Alcalá, ob. cit. tomo V. Pág. 291.

<sup>24</sup>Bobbio, Norberto: Liberalismo y democracia. Del Fondo de Cultura Económica, Traducción de José F. Fernández Santillán. Tercera reimpresión. Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V. Carretera Picacho-Ajusco 227; 14200 México, D.F. Pág. 21. "Para el pensamiento liberal, la libertad individual está garantizada, no solo por los mecanismos constitucionales del estado de derecho, sino también porque al Estado se le reconocen funciones limitadas en el mantenimiento del orden público interno e internacional".

la autonomía individual de las personas, a través de los límites del poder, tanto de sus poderes, como de sus funciones, el control de su poder se ejerce a través de la doctrina de pesos y contrapesos, y de los mecanismos constitucionales, teniendo la facultad de emplear su poder coactivo, (en casos necesarios) para lograr cumplir con su función, salvo la acción del ciudadano de recurrir a un juez independiente que declare el abuso o exceso de poder del Estado.

#### 1.2.5. ELEMENTO TELEOLOGICO O FINALISTA.

1.2.5.1. Concepto: Teleología, el Diccionario de Derecho Usual, ya citado por nosotros dice: "Es la ciencia o teoría de la finalidad superior [...] en lo privado y en lo público la Teleología encarna los atractivos máximos de la existencia que cuentan con unanimidad de los humanos como defensores de los principios y casi con número igual enemigos en la práctica"<sup>25</sup>

La vida en sociedad presupone un fin al que todos los hombres aspiran, y el lugar ideal para alcanzarlo es el Estado que debe estar organizado para la realización de estos fines superiores. de otra cuenta el Estado no se justificaría.

1.2.5.2. Concepto Bien Común: "En sentido político y social, lo de conveniencia o utilidad para un núcleo, sector, país e incluso la humanidad en conjunto, lo mismo que interés general"<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup>Dic. de Derecho Usual. Ob. Cit. Tomo VI Pág. 353.

<sup>26</sup>Ibid. Tomo I, pág. 477.

El bien común constituye el quehacer fundamental del Estado y para realizarlo es que se organiza, planifica y ejecuta programas y proyectos con el fin de alcanzarlo. El aforismo latino "Salus populi suprema lex est" "la salvación del pueblo es la suprema ley", proclama que el bien público ha de servirse por el individuo o ciudadano como la primera entre las leyes, por conveniencia e incluso cual necesidad general".<sup>27</sup> De lo anterior se deduce que el Estado está definido en sus funciones, lo primordial atender a este bien general, porque es su finalidad superior y porque con este cumplimiento asegura su permanencia.

Todos los fenómenos de la naturaleza tienen principios que presuponen un fin. Por consiguiente todo producto de la cultura humana se caracteriza por tener un fin y el Estado no es ajeno a esta realidad, y debe encaminarse a lograr el bien de todos. En los conceptos anteriormente desarrollados hay constantes, como son su conveniencia y utilidad de interés general y que estos intereses son vitales. Si el Estado se aparta de lograrlo, pierde su esencia y la razón por la que fue establecido.

### 1.3. TEORIAS SOBRE EL ORIGEN DEL ESTADO.

Iniciamos con Adolfo Posadas, citado por Francisco Porrúa Pérez en su obra "Teoría del Estado" quien afirma: "Para elaborar

---

<sup>27</sup>Porrúa Pérez, Ob. Cit. Pág. 276.

una teoría del Estado hay que tomar en cuenta dos puntos de vista... uno histórico y el otro racional, para cada uno, se aplica un método diferente.

Si examinamos la cuestión de saber cómo surge el Estado, nos valemos de un punto de vista histórico u objetivo. Es determinar el proceso que lo originó. Cuando hablamos de solucionar el problema de porqué existe el Estado y porqué debió originarse, utilizamos un punto de vista especulativo, filosófico.<sup>28</sup> Este mismo autor agrupa en tres categorías las doctrinas que explican el origen del Estado desde el punto de vista histórico o sociológico. Teoría teológica: El Estado como una creación de Dios. sus argumentaciones son teológicas- filosóficas. en esta teoría que corresponde a la corriente idealista el hombre no ha tenido que ver con la creación del Estado. Este es una creación de un ser superior que gobierna el mundo. No se toman en cuenta las condiciones materiales y el papel del individuo en esta construcción. Se deduce de la misma que el Estado es bueno, por ser una creación de un Ser Superior y todos los hombres deben someterse a él y han de aceptarlo y reconocerlo.

Teoría Histórica o Sociológica: el estado es un fenómeno natural que tiene su origen en la vida misma de los hombres.<sup>29</sup> En esta

---

<sup>28</sup> Porrúa Pérez, Francisco. "Teoría del Estado" Editorial Porrúa S.A. Avenida República Argentina 15 México. 1.978 Pág. 414.

<sup>29</sup> "Que se ha establecido a causa de un proceso real y positivo, se trata de construir hechos reales y su origen se determina a través de estos mismos hechos." Ibid. Pág. 414

teoría se utilizan los datos de la historia y analizan los fenómenos sociales y políticos de la vida real a través de las ciencias sociales. El problema del origen del Estado se convierte en un problema sociológico, basado en la realidad de una estructuración de la sociedad, se busca encontrar los fenómenos que le dieron vida al Estado, y de que manera surgen los vínculos que lo estructuran.

Teoría del Pacto Social o del contrato: el Estado es una creación humana es obra de la voluntad de los hombres. A este punto volveremos más adelante.

Las interrogantes planteadas en el transcurso de los tiempos, han sido contestadas con respuestas diferentes, algunos aseguran que el punto de vista histórico basta para justificar el poder del Estado, otros consideran que las dos fuentes principales son: la historia de las instituciones y la historia de las doctrinas políticas.<sup>30</sup> Para Kelsen citado por Bobbio, en la obra supraidentificada; el Estado se resuelve totalmente en el orden jurídico.<sup>31</sup> Norberto Bobbio afirma refiriéndose a las teorías jurídicas, "que con la transformación del Estado de Derecho a Estado Social, las teorías puramente jurídicas han sido condenadas como formalistas, y han sido abandonadas por los

---

<sup>30</sup> Bobbio, Norberto: "Estado Gobierno y Sociedad" Por una teoría General de la Política, Breviarios del Fondo de Cultura Económica S.A. de C.V. Carretera Picacho Ajusco 227 14200 México. Cuarta Reimpresión, 1,998. Pág. 74.

<sup>31</sup> De todas las tesis de Kelsen, esta es la que ha tenido menos éxito" Bobbio, Norberto. Ob. cit. Pág. 74.

mismos juristas y han tomado fuerza los estudios de sociología política, que tiene por objeto el estudio del Estado como forma compleja de organización social de los cuales el derecho es solo uno de los elementos constitutivos"<sup>32</sup> Sigue afirmando Bobbio en la obra que hemos venido citando: "lo que ha cambiado, que incluso se ha invertido completamente, en el curso de la reflexión secular, sobre el problema del Estado, es la relación entre el Estado y la Sociedad."<sup>33</sup>

De lo anterior inferimos: El Estado es una realidad histórica eso no se puede negar, pero ese aspecto histórico lo trasciende, porque también es un ente abstracto susceptible de ser analizado en forma especulativa, filosófica, para buscar respuestas más generales. La teorías señaladas han formado parte de la evolución histórica del Estado y han respondido a inquietudes intelectuales determinadas por la separación del poder temporal del poder espiritual. Aquí entonces tenemos dos puntos de vista. El histórico y el filosófico que veremos a continuación.

---

<sup>32</sup> Bobbio. Norberto Ob. Cit. Pág. 74. "Las teorías sociológicas que prevalecieron en los últimos años, la teoría marxista, que es la teoría de la ruptura del orden, para dar paso a un orden nuevo, y que distingue dos momentos, una base económica y una superestructura que comprende las teoría políticas, estos dos momentos tienen una relación de acción recíproca. Y la teoría funcionalista: que está dominada por el tema hobbesiano del orden y su confirmación.

<sup>33</sup> Ibid. Pág. 79.



## 1.3.1. TEORIA HISTORICA O ARISTOTELICA.

Aristóteles con su doctrina sobre el origen histórico del Estado, ha tenido duración y continuidad a lo largo de los siglos, esto se demuestra constatando, que la filosofía política anterior a la del iusnaturalismo ha acogido y transmitido sin diferencias perceptibles un modelo acabado que no admitía réplicas. Este modelo recibe el nombre de aristotélico por el nombre de su autor quién explica el origen del Estado en tanto que polis o ciudad a partir de la familia y siguiendo a través de la formación intermedia de la aldea. Norberto Bobbio como prueba de esta continuidad toma dos obras capitales de la teoría política, de la edad media y de la edad moderna antes de Hobbes, "Defensor Pacis de Marcilio de Padua" y en "De la République", de Juan Bodino.<sup>34</sup> Aristóteles reconstruye etapas históricas a través de las cuales "La humanidad habría pasado de las formas primitivas de sociedad a las formas más evolucionadas, hasta

---

<sup>34</sup> Marcilio de Padua, después de afirmar que los hombres han ido pasando de comunidades imperfectas a comunidades perfectas, establece las fases de esta evolución al modo aristotélico, parte de la "la primera y mínima combinación de seres humanos, que es la del varón y la hembra, pasa luego al conjunto habitacional que se llamó aldea o vecindario, donde aparece la primera comunidad... hasta que se establece la comunidad perfecta, llamada ciudad. Bodino: "Se entiende por Estado el gobierno justo que se ejerce con poder soberano sobre diversas familias y sobre todo aquello que tienen en común entre sí" Bobbio Norberto, "Thomas Hobbes, Fondo de Cultura Económica México, Primera reimpresión, 1,995, Pág.18.

llegar a la sociedad perfecta que es el Estado.<sup>35</sup>

Este modelo es el que ha dado respuestas a las interrogantes sobre cómo surge el Estado. El paso escalonado de un grupo de hombres componentes de una familia a entidades sociales más numerosas y más complejas hasta llegar a formar ciudades. Es una realidad que no se puede ignorar, pero que no responde totalmente a las interrogantes que se han planteado en el transcurso de los tiempos.<sup>36</sup>

Inferimos que este modelo nos presenta una sociedad organizada en base a sus necesidades, nos proporciona una idea de autoridad de arriba hacia abajo, que se va perfeccionando a medida que transcurre el tiempo. En este modelo, los hombres que

---

<sup>35</sup> Bobbio en el capítulo IV de su obra *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna*, reproduce de la *Política de Aristóteles*: "La comunidad que se constituye para la vida de todos los días es por naturaleza la familia.(...) la primera comunidad que deriva de la unión de muchas familias dirigidas a satisfacer una necesidad cotidiana es la aldea (...) la comunidad perfecta de muchas aldeas constituye la ciudad que ha alcanzado el nivel de autosuficiencia y que surge para hacer posible la vida y subsiste para producir las condiciones de una buena existencia. Bobbio Norberto: *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna*, el modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano marxista. Fondo de Cultura Económica, México. Tercera reimpresión. Pág. 57.

<sup>36</sup> Bobbio. Norberto, en "Tomhas Hobbes" Ob. Cit. Págs.18 a 20. Distingue los elementos del modelo aristotélico de la siguiente manera: El punto de partida es la familia como sociedad natural, originaria. Entre esta sociedad originaria y el Estado se da una continuidad a través del paso de sociedades intermedias. Los individuos viven reunidos en grupos organizados. Las relaciones que existen son de superior a inferior. El paso de la sociedad originaria a la sociedad perfecta no se da por convención, sino se produce por causas naturales. El principio legitimador de la sociedad política es la situación de necesidad o naturaleza de las cosas.

la integran no tienen nada que aportar.

### 1.3.2. TEORIA O MODELO IUSNATURALISTA.

Es el modelo que se fundamenta en la teoría que trata de fundar la existencia del Estado en un contrato. Se considera que varios hombres se ponen de acuerdo en un objeto determinado y sus voluntades individuales reunidas dan nacimiento a una situación jurídica. Los partidarios de esta teoría, tratan de establecer que la existencia del Estado se justifica sí y solo sí, los hombres se han puesto de acuerdo para formarlo.<sup>37</sup>

Porrúa Pérez cita a Gény y toma en cuenta su tecnicismo. "El Estado nos es dado o es construido por la libre voluntad del hombre, de aquí surgen las conclusiones, si nos es dado debemos aceptarlo, si es construido por la voluntad del hombre, el hombre interviene conscientemente de lo que quiere o pudo haber creado otra forma de organización".<sup>38</sup> La base del modelo iusnaturalista es la doctrina de los racionalistas del siglo XVIII, Bobbio dice a este respecto, que el término es el usado en la edad moderna para definir el derecho natural sin ningún otro agregado.<sup>39</sup> Lo que unió a autores tan diversos es el método

---

<sup>37</sup>Porrúa Pérez. ob. cit. "De raíces más hondas que las que corresponden a la simple investigación de los hechos históricos que se supone tuvieron lugar en las sociedades primitivas, al originarse los grupos políticos, que anteceden al Estado, es determinar cuál es la causa eficiente del Estado" Pág. 406.

<sup>38</sup>Ibid. Pág. 406

<sup>39</sup>Bobbio y Bovero. Soc. y Estado, Ob. Cit. Pág. 16.

aplicado a sus investigaciones. Todos utilizaron el método racional o sea el método que permite reducir el derecho y lo moral además de la política a ciencia demostrativa."<sup>40</sup>

Es Hobbes el que rompe con la autoridad de la historia y con la autoridad de Aristóteles, contraponiendo a la hipótesis del hombre natural social, aceptada hasta Grocio, la hipótesis : "Homo homini lupus" (el hombre es el lobo del hombre)<sup>41</sup>

Al hablar de un modelo iusnaturalista, nos estamos apartando de la corriente de pensamiento de Aristóteles, y es Hobbes el que logra la ruptura, desde este punto de vista toda la visión cambia, en este modelo es el individuo el que por propia voluntad conviene en formar el Estado, y los que apoyan la teoría, están de acuerdo cuando afirman que ésta es la única justificación para la creación del Estado. La voluntad libre y decidida de un grupo de hombres que acuerdan formarlo. Aquí el Estado es un producto de la razón humana y no de la evolución histórica.

### 1.3.2.1.- ELEMENTOS DEL MODELO IUSNATURALISTA;

<sup>40</sup> Dicho de otra manera tanto los seguidores como los adversarios se consideran autorizados para hablar de escuela en cuanto esta no constituye una unidad ontológica, ni metafísica, ni ideológica, sino metodológica. Ibid. Pág. 19

<sup>41</sup>Del Vecchio Georgio, en Filosofía del Derecho, en nota al pie de pág. dice: "merece notarse (aunque no suele ser advertido) que esta fórmula típica del sistema hobbesiano procede de un pasaje de Plauto: Lupus est homo homini, non homo, quom, qualis sit, non novit" (Asinaria. A. II. Sc. IV.v. 88. Editorial Bosch S.A. Urgel 51, bis Barcelona. Pág. 57

El modelo iusnaturalista es un modelo dicotómico, o se está en sociedad de naturaleza o bien en sociedad civil.<sup>42</sup> No se puede estar en los dos estados al mismo tiempo, porque uno desplaza al otro. Esta dicotomía es una respuesta racional al problema del origen del Estado, es una forma de comprender como los hombres son antes que el Estado y como con la voluntad de estos, el Estado se constituye como garante de libertades individuales.

#### 1.3.2.1.1 ESTADO DE NATURALEZA:

De acuerdo a Norberto Bobbio, los autores concuerdan con referencia al modelo iusnaturalista en torno a tres temas fundamentales: el punto de partida; estado de naturaleza, el punto de llegada.... estado de sociedad civil, y el medio por el cual se da el paso, el contrato social.

El estado de naturaleza es el estado anterior al estado civil, es el estado pre-estatal y la consideración de los autores es la que sigue.

---

<sup>42</sup> Bobbio, Norberto "Thomás Hobbes" Ob. Cit. Págs. 16 y 17 Señala como características del modelo iusnaturalista las siguientes: "El punto de partida es el estado de naturaleza. Hay una contraposición entre el estado de naturaleza y el estado civil. El estado de naturaleza está constituido por individuos singulares no asociados aunque asociables. Los individuos que constituyen el estado de naturaleza son libres e iguales con respecto a otros. El paso del estado de naturaleza al estado social se da mediante una o más convenciones voluntarias. El consenso es el principio legitimador de esta sociedad política.

Sobre si el estado de naturaleza es un estado histórico e imaginado: Hobbes asegura "El Estado de Naturaleza Universal, es una pura hipótesis de la razón, o sea es el estado en el que los hombres habrían vivido o estarían destinados a vivir juntos"<sup>43</sup> Locke por su parte describió el estado de naturaleza como una manera de abstracción, a manera de ejemplo cita algunos casos: el de los soberanos de los gobiernos independientes; el de dos hombres en una isla desierta y el de un "suizo y un indio en los bosques de América" y el de soberano de un Estado con respecto a un extranjero en su territorio. <sup>44</sup>

Rousseau, presenta al estado de naturaleza como un estado histórico, y no lo distingue de la hipótesis racional, sino que eleva el dato histórico a la idea de la razón.<sup>45</sup>

Todos los autores concuerdan que antes de la formación del Estado, se dio un estado natural, donde el hombre goza de sus derechos naturales: derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a los bienes y que no los pierden cuando se ponen de acuerdo para formar el estado social.

#### 1.3.2.1.1.1 VARIACIONES EN TORNO AL ESTADO DE NATURALEZA.

Las variaciones que se refieren al estado de naturaleza, según Bobbio, en "Thomas Hobbes", que hemos venido citando, giran

---

<sup>43</sup>Soc y Estado. Bobbio, obr. cit. págs. 69 y 70.

<sup>44</sup>Ibid. pág. 74.

<sup>45</sup>Ibid. Pág. 74.

en torno a tres problemas. Que el estado de naturaleza sea un estado histórico o imaginado (una hipótesis racional, un estado ideal) que efectivamente se dió. Como vimos supra, para Hobbes y Locke, es un estado hipotético, mientras que para Rousseau fue un estado histórico.

Que sea pacífico o belicoso.<sup>46</sup> Para Rousseau y Locke por ejemplo este estado de naturaleza fue pacífico, mientras que para Hobbes y Spinoza, fue un estado de guerra.

Que sea un estado de aislamiento. De aquí surgen dos corrientes: los individualistas que consideraban que el hombre vivía solo y los que consideraban que el hombre vivía en pequeñas sociedades.

Hobbio considera que fue Pufendorf el que separó: estado de naturaleza universal (solamente hipotético) y estado de naturaleza parcial (históricamente posible).<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Spinoza, " De la agresividad se pasa a un estado itinerante, nunca acabado, expuesto al conflicto interior de la naturaleza" Locke "de la natural bondad del hombre, se pasa a un orden social asintomáticamente perfecto, pero externamente amenazado por el extravío de la razón" Hobbes: De la violencia y discordia pasa la humanidad a un estado cerrado, perfectamente armónico y pacífico" Rosseau: "De la bondad natural del hombre se llega a un orden social, cerrado y perfecto que supera la perversión del momento" Véase la tesis de Juan Cruz Cruz, que lleva al postura de Karl Popper, sobre las sociedad abiertas y cerradas al pensamiento contractualista. Cruz Cruz, Juan " Derecho e historia de Kant. El proyecto final de una paz democrática" Revista de fundamentación de las instituciones de Derecho, departamento de filosofía del Derecho, Número 13, 1985. Págs. 197 a 261. Citado por Cárdenas Gracia, Jaime F. "El contractualismo y su proyección jurídica política" Serie Humanidades. Colección Derecho, Universidad Autónoma de Querétaro Primera edición. 1.991, Cerro de las Campanas Querétaro México. Pág. 11.

<sup>47</sup>Efectivamente, se puede considerar el género humano de dos maneras, o se concibe a todos los hombres en su conjunto y tomados singularmente viviendo en el estado de libertad natural;

Sobre si el estado de naturaleza fue pacifico o belicoso hay también varias opiniones: Bobbio considera que no es relevante clarificarlo, sino, tratar de no desviar la atención del modelo iusnaturalista y que lo importante es saber si es un estado positivo o negativo independiente de saber si es pacifico o belicoso.<sup>48</sup>

Consideramos apropiado anotar que para todos los iusnaturalistas es común la tesis de que hay que salir del estado de naturaleza: por que sea útil, (Hobbes y Locke) necesario (Spinoza) u obligatorio (Kant), para instituir el estado civil.

<sup>49</sup> El fundamento de la construcción de Hobbes es que el "el estado de naturaleza el hombre es naturalmente egoísta, busca solo su propio bien y es insensible a los demás"<sup>50</sup>

Para Pufendorf este estado es un estado de paz, pero siempre es un estado negativo si bien por una razón, la miseria, la indigencia, la pobreza, diferente de la razón adoptada por Hobbes.<sup>51</sup> Locke describe este estado como estado de paz y lo

---

o bien se consideran algunos vínculos concretos entre ellos en una sociedad civil y unidos con los otros por ningún otro lazo que el de la común humanidad" Bobbio, *ibid.* pág. 73.

<sup>48</sup> Si el estado de naturaleza por un lado es un estado negativo a causa de dos características naturales y contradictorias del hombre que son el amor de si (precisamente el amor de si que Rousseau juzgara positivo y distinguirá del amor propio) es decir, la insuficiencia de las propias fuerzas que lo obligan a unir los propios esfuerzos a los esfuerzos de los demás, Soc. y Estado *ob. cit.* pág. 76.

<sup>49</sup> *Ibid.* Pág. 62

<sup>50</sup> *Ibid.* pág. 62

<sup>51</sup> *Ibid.* Pág. 62.



declara: "Pero en cuanto estado de paz universal es tan hipotético como el estado universal de guerra del que habla Hobbes" <sup>52</sup>

En cuanto si este estado de naturaleza es un estado de aislamiento, también hay pronunciamientos. Bobbio en Sociedad y política asegura: que fue el punto de vista de los contractualistas lo que sirvió como criterio para diferenciar las tendencias en filosofía política durante el siglo XVIII. Se formaron dos corrientes los individualistas y los socialistas, dependiendo del punto de vista manifestado. Si por socialistas se entienden aquellos que consideran igual que Aristóteles que el hombre es un animal social. "ninguno de los escritores que han contribuido a formar el modelo iusnaturalista puede considerarse como socialistas"<sup>53</sup>

Concordamos en señalar que el estado de naturaleza es un estado de individuos libres e iguales y que indiferentemente de las variaciones que se dan en torno a como era este estado, lo importante es no perder de vista, que se formaron socialmente por

---

<sup>52</sup>Locke. Two Treatises of Government, segundo ensayo, citado por Bobbio. Ob. Cit. Pág. 78. Sostiene "Que el hombre es naturalmente sociable y que no existe un estado de naturaleza sin sociedad", concibe al igual que Hobbes al hombre en el estado natural con ciertos derechos. Lo que le falta es solo la autoridad que garantice estos derechos".

<sup>53</sup>Bobbio y Bobbevo obra cit. Pág. 83. Así pues para todos los escritores hasta ahora analizados el estado de naturaleza es el estado cuyo protagonista es el individuo singular con sus derechos y deberes con su instinto e interés en relación directa con la naturaleza, de quién toma los medios para su sobrevivencia y sólo indirectamente, esporádicamente con los otros hombres.

la necesidad de garantizar ciertos derechos. es decir en forma voluntaria.

#### 1.3.2.1.2.- CONTRATO SOCIAL

Como hemos venido señalando los iusnaturalistas coinciden en que el medio por el que se da el paso del estado de naturaleza al estado civil es el contrato social.

El Diccionario de Lenguaje Filosófico dice así: "Convención por la cual, según ciertos filósofos los hombres se han organizado en sociedad política".<sup>54</sup> Para Locke el contrato original es como un hecho histórico"<sup>55</sup> Para Norberto Bobbio en Sociedad y Estado, el contrato es "concebido como una verdad de razón, más que como un hecho histórico."<sup>56</sup>

Entonces el contrato social, es una convención, por la que los hombres se han unido y se han organizado en una sociedad

---

<sup>54</sup> Ob. cit. Pág. 197.

<sup>55</sup>Bobbio citando a Locke en "Dos ensayos sobre el Gobierno" dice Locke se sirve de dos argumentos para sostener la realidad histórica del Contrato Social: a) de estos contratos originales generalmente no se tiene noticia porque los pueblos no han conservado noticia de sus orígenes. b) para algunos estados como Roma y Venecia, de cuyos orígenes se tiene noticia, el origen contractual es verdadero" Ob. citada Pág. 91

<sup>56</sup>Si individuos originariamente libres e iguales se han sometido a un poder común ello no pudo suceder sino por un acuerdo en común" Ob. cit. Pág. 92.

política.

### 1.3.2.1.2.1. VARIACIONES SOBRE LA FORMA DEL CONTRATO SOCIAL

Concuerdan escritores de derecho público en que son dos convenciones las que dan origen al Estado. El Pactum Societatis, (Pacto de Asociación) en la que un cierto número de individuos decide vivir en sociedad y el Pacto Subiectionis (Pacto de Sujeción) en que los individuos reunidos en tal manera se someten a un poder común.<sup>57</sup> Pufendorf afirma: "Cuando una multitud quiere instituir un Estado deben estipular un pacto, con el cual manifiesten unirse en asociación perpetua. y luego [...] a un nuevo pacto para designar aquella persona o aquellas personas a las cuales deba ser confiado el gobierno de la asociación"<sup>58</sup>

Hobbes afirma "para la forma democrática, basta un solo pacto, o sea el pacto de asociación, porque una vez constituido el pueblo mediante el contrato social ya no es necesario un segundo pacto de sujeción, porque éste sería un pacto entre el mismo pueblo y por lo tanto perfectamente inútil"<sup>59</sup> Rosseau es también de la opinión que "No hay más que un contrato con el Estado, el de Asociación y este por sí solo incluye cualquier

---

<sup>57</sup>Bobbio Soc. y Estado. Págs. 93 y 94.

<sup>58</sup>Pufendorf. De iure naturae et gentium. L. VII Cap. 2, 7 y 8: trad. citada. pp. 164 y 165. Citado por Bobbio en Sociedad y Estado, pág. 95.

<sup>59</sup> Bobbio. Citando a Hobbes en De Cive. VII. 7 edición cit. Pág. 182. Ibid. Pág. 97.

otro. <sup>80</sup>

Somos partidarios de que el modelo iusnaturalista no se ve afectado por el hecho de ser dos los contratos o de que sea uno y por lo mismo consideramos que el principio permanece, el paso del estado de naturaleza al estado civil se da a través de un contrato, el contrato social. La forma permanece sin alterarse.

#### 1.3.2.1.2.2. VARIACIONES SOBRE EL CONTENIDO DEL CONTRATO SOCIAL.

Se transfieren todos o algunos derechos de los que éste tiene en el estado de naturaleza. Veamos: Para algunos la transferencia es total, tal el caso de Rousseau: "El hombre es libre solamente cuando obedece a la ley que el mismo se ha dado"<sup>81</sup> Hobbes por el contrario no sostiene la tesis de la renuncia total, sino que renuncia a todo lo que hace indeseable el estado de naturaleza. <sup>82</sup> Para Spinoza para que el fin del Estado se realice, el individuo no renuncia al derecho de razonar: "ninguno puede transferir a otros ni puede ser obligado a su vez a ella, [...] la propia facultad de razonar libremente y

---

<sup>80</sup>Rousseau: El Contrato Social L. IV, cap. 16 Pág. 805. Citado por Bobbio, en ob. cit. Pág. 100. " En el fondo Rousseau no hace sino llevar a sus últimas consecuencias la doctrina esbozada por Hobbes, resaltada por Pufendorf y formulada por Spinoza que cuando se trata de un gobierno democrático, es decir gobierno del pueblo sobre el pueblo, basta un sólo contrato.

<sup>81</sup> Ibid. pág. 735.

<sup>82</sup>Se comprende que el único derecho al que el hombre no renuncia es el derecho a la vida. Bobbio, ob. cit. pág.104.

de expresar su juicio en torno a cualquier cosa" <sup>e3</sup> Para Locke, la renuncia de los derechos no es total: los individuos renuncian a un solo derecho, "el derecho de hacerse justicia por si mismos"<sup>e4</sup>

Somos de la opinión de que si partimos de individuos libres e iguales no es posible la renuncia total de los derechos, no se puede razonablemente renunciar a derechos que son fundamentales y que ningún individuo en pleno uso de razón renunciaría. Se renuncia a los derechos que el Estado pueda garantizar y que se refieren a la seguridad de los mismos. No podemos renunciar al derecho a la vida, al derecho a la libertad, al derecho a ser fieles a nuestros principios morales, a nuestra libertad de pensamiento, de conciencia y de religión entre otros.

#### 1.3.2.1.3.- SOCIEDAD CIVIL:

La expresión "Sociedad Civil" es conocida como uno de los dos términos de la dicotomía estado de naturaleza/estado de sociedad. Bobbio, en la obra Estado, Gobierno y sociedad, dice que hay tres diversas acepciones: La primera cuando se habla de sociedad civil identificándola con lo no estatal, esto quiere decir, que antes del estado hay diversas formas de asociación.

---

<sup>e3</sup>Spinoza Tractatus theológico-politicus, citado por Bobbio en ob. cit. pág. 105.

<sup>e4</sup>Locke: Segundo Ensayo 3. Ed. Cit. Pág. 288. citado por Bobbio en obr. cit. Pág. 107.

(no lo dicen los iusnaturalistas). La segunda si la identificamos con lo pre-estatal (pre-condición del Estado) adquiere una connotación axiológicamente positiva e indica el "lugar donde se manifiestan todas las instancias de cambio de las relaciones de dominio, donde se forman los grupos que luchan por la emancipación del poder político, donde adquieren fuerza los llamados contrapoderes. Pero continua diciendo: también se puede dar una connotación axiológicamente negativa, cuando se toma en cuenta el punto de vista del Estado y se consideran los fermentos de renovación que porta la sociedad civil, como gérmenes de disgregación. Tercera acepción sociedad civil anti estatal o post-estatal, tiene al mismo tiempo un significado cronológico como la primera y un significado axiológico como la segunda: representa el ideal de una sociedad sin Estado destinada a surgir de la disolución del poder político.<sup>65</sup>

La expresión sociedad civil tiene distintas connotaciones, dependiendo de la acepción que de ella se tenga. Nos inclinamos por la segunda acepción que nos indica que es el lugar donde se

---

<sup>65</sup>Bobbio Norberto: "Estado Gobierno y Sociedad, Ob. Cit. Págs. 40 a 43 Qué es la sociedad civil? en una primera aproximación se puede decir [...] que es el lugar donde surgen y se desarrollan los conflictos económicos, sociales, ideológicos, religiosos, que las instituciones estatales tienen la misión de resolver mediándolos, previniéndolos o reprimiéndolos. Los sujetos de estos conflictos [...] son las clases sociales o más ampliamente los grupos, los movimientos, las asociaciones, las organizaciones que las representan; al lado de las organizaciones de clase, los grupos de interés, las asociaciones de diverso tipo con fines sociales e indirectamente políticos, los movimientos de emancipación de grupos étnicos, de defensa de derechos civiles, de liberación de la mujer etc.

dan las manifestaciones de cambio de una sociedad. podemos considerarla como el lugar del consenso social.

### 1.3.2.1.3.1 LAS VARIACIONES DEL MODELO DE SOCIEDAD CIVIL.

Las variaciones que presenta el modelo iusnaturalista tanto en el enfoque del estado de naturaleza como en el del contrato social, también se manifiestan cuando se relaciona el contrato con la sociedad civil en relación a los alcances de la ley y a la obligación de obedecerla. El poder del Estado es absoluto o limitado? Es divisible o indivisible? Es resistible o irresistible? Norberto Bobbio en su obra *Sociedad y Política* afirma: "Ninguno de los escritores clásicos sostuvo jamás el carácter absoluto del poder, sino cuando se referían a que el soberano esta desligado de cumplir las leyes civiles"<sup>66</sup>

Rousseau: expresa "Se deduce que el poder soberano con todo y ser absoluto, sagrado e inviolable, no traspasa ni puede traspasar los límites de las convenciones generales y que todo hombre puede disponer plenamente de lo que le ha sido dejado de sus bienes y su libertad"<sup>67</sup> Spinoza asegura: "que la libertad

<sup>66</sup>Que el soberano esté desligado de las leyes significa, que él esta desligado de las leyes civiles o sea de las leyes que el mismo tiene el poder de crear. Tanto Hobbes como Spinoza se declaran explícitamente a favor del poder absoluto. Lo mismo sucede con Rousseau: Bobbio. Ob. cit. pág. 108 y 109.

<sup>67</sup>J.J. Rousseau: "El Contrato Social" Colección Aula, Traducción, Introducción y Notas de Juan Mario Castellanos. Editorial Universitaria Centro América. Educa. Quinta edición

de pensamiento no es reprimible es decir que haga lo que haga el Estado, no puede impedir a un individuo pensar en lo que piensa".<sup>68</sup> Hobbes manifiesta: "Las leyes no han sido ideadas para reprimir la iniciativa individual, sino para disciplinarla, como la naturaleza ha dispuesto la ribera de los ríos no para detener su curso sino para dirigirlo"<sup>69</sup>

Cuando analizamos la indivisibilidad o divisibilidad del poder el problema se torna complejo debido a que los escritores lo enfocan desde dos puntos de vista, a saber: en relación a los órganos y en relación a las funciones.

Locke sostiene la teoría de división de los poderes al ser desempeñados por organismos diferentes. <sup>70</sup> Kant, convalida la tesis de que la separación de poderes es un remedio contra el despotismo.<sup>71</sup>

Cuando se habla de la unidad del Estado y de los males que según los filósofos atentan contra esta unidad se refiere a: la anarquía y el despotismo, las respuestas dadas a la obligación de obedecer o al derecho de resistir, dependen de la primacía que se le da a uno u otro mal. En el caso de Hobbes: considera que el

---

1.984. Pág. 73.

<sup>68</sup>Bobbio, Soc. y Est. ob. cit. Pág.112

<sup>69</sup>Hobbes. De Cive XIII,15 citado por Bobbio en ob. cit. pág. 112.

<sup>70</sup>Ibid. Pág. 113.

<sup>71</sup>Los considera al mismo tiempo coordinados, en el sentido que son complementarios. Kant. Metaphysik der Sitten 48. Obra citada por Norberto Bobbio en Soc. y Estado Pág. 116.-



peor de los males es la anarquía: "tiende a ponerse de parte del príncipe cuyo poder considera irresistible. es decir. que frente a él el súbdito tiene únicamente el deber de obedecer"<sup>72</sup>

Quién como Locke en *Two Treatises of government*, Segundo Tratado. considera que el peor mal es el despotismo (proviene de la conducta desordenada del soberano) tiende a ponerse de parte del pueblo. a quién atribuye en determinados casos el derecho a resistir. es decir a no obedecer."<sup>73</sup> En caso de usurpación del poder, Hobbes no vacila en reconocer que desaparece la obligación de obedecer.<sup>74</sup>

Inferimos que el poder del Estado. no es un poder absoluto. y que el poder esté dividido en órganos independientes, no garantiza que el Estado no abuse de su fuerza. sobre todo en sociedades como la nuestra. en donde esta división no se ha dado en la práctica y donde se ejerce un poder ejecutivo, que a nuestro entender, interfiere en las decisiones de los poderes legislativo y judicial limitando la participación de los sectores civiles en asuntos de su interés. Cuando el Estado respeta los límites de su actuación y la esfera de igualdad y

---

<sup>72</sup>Ibid. pág. 116.

<sup>73</sup>Locke agrega: "Yo dejo al dictamen imparcial de la historia. si ha sido la opresión o ha sido la desobediencia la iniciadora del desorden.

<sup>74</sup>T. Hobbes. *Leviathan*. cap. XI. pág. 216. Citado en *Estado y Sociedad* por Norberto Bobbio. "La obligación de los súbditos con respecto al soberano se comprende que no ha de durar ni más ni menos de lo que dure el poder, mediante el cual tiene capacidad para protegerlos"

libertad del individuo. está asegurando una obediencia a la ley que permita sociedades racionales donde se busca el bien de los que la componen en igualdad de condiciones.

#### 3.4. RELACION DE LA SOCIEDAD CIVIL Y EL ESTADO.

La sociedad civil guatemalteca es el lugar donde se presentan los conflictos de intereses económicos, sociales, ideológicos y religiosos que el Estado tiene la misión de resolver mediándolos, previniéndolos o bien sancionándolos. Los que conforman esta sociedad civil, en nuestro medio, se pueden ubicar por grupos de interés: económico, industriales, comerciales y agropecuarios, de gremio: los movimientos campesinos y de obreros, asociaciones, las organizaciones de clase, los grupos étnicos, de defensa de derechos civiles, agrupaciones de trabajadores, sindicatos patronales y/o de trabajadores (etc) no incluimos a los partidos políticos, por ser grupos que se alternan en el poder, y no son exactamente sociedad civil. Nuestro pasado reciente puede considerarse que fue de una clara confrontación de los grupos más vulnerables de nuestra población, frente a un Estado fuerte, que bajo la bandera de combatir a la subversión no respetó el Estado de Derecho que se basa en el irrestricto respeto de los derechos humanos.

Mientras las demandas de la sociedad civil guatemalteca aumentan, el Estado cada vez más demuestra su incapacidad de resolver los problemas que se plantean, primero por falta de

recursos económicos. (crisis fiscal). Segundo. por la corrupción generalizada de los últimos gobiernos, que hicieron ricos a políticos oportunistas y a militares inmorales. Tercero los privilegios a cierto sector de la economía guatemalteca, que no paga impuestos y que no acepta la carga tributaria, si no es en forma indirecta, impuesto que luego traslada al pueblo encareciendo los bienes y los servicios. Cuarto, el presupuesto de gastos de la nación, que invirtió mucho de los recursos del pueblo en una guerra entre hermanos. Cabe agregar que con el presupuesto de la privatización de servicios, se está llevando a la sociedad civil a un estado de desesperación que puede desembocar, en revocar el mandato a las actuales autoridades y a plantear las bases de un nuevo contrato social, para hacer de esta sociedad una sociedad gobernable lo que siempre es posible en una sociedad contractual, donde gobernados y gobernantes deben cumplir con lo que les corresponde.

La relación entre la sociedad civil guatemalteca se consolida cuando el Estado le garantiza el cumplimiento de los fines para los que fue creado: garantizar los derechos que la sociedad por si misma no puede garantizar, buscar el bien común y ejercer el poder dentro de un Estado de Derecho, donde todos se someten al imperio de la ley.

## CAPITULO II

### CONTRACTUALISMO

Después de revisar el concepto de Estado, en este segundo capítulo pretendemos hacer una revisión bibliográfica de lo que constituye el estudio de las teorías políticas que ven el origen de la sociedad y el fundamento del poder en un contrato, y que influyó en la formación del Estado Moderno, nuestro estudio abarcará desde sus antecedentes más remotos que encontramos en el pensamiento de sofistas, estoicos, epicúreos y cristianos que como base filosófica consideraron al individuo como centro de la sociedad política. El estudio se complementa con los clásicos contractualistas del siglo XVII que fue donde logró su máximo desarrollo. Esta corriente tuvo su decadencia en los últimos años del siglo XIX, por esa razón, consideramos apropiado anotar las causas de la misma, y su posterior resurgimiento, con el auge que ha cobrado en los últimos treinta años con la obra de John Rawls: A Theory of Justice.<sup>75</sup>

#### 1.- DEFINICION CONCEPTUAL DE CONTRACTUALISMO:

Para Nicola Matteucci: Contractualismo en sentido amplio, comprende todas aquellas teorías políticas que ven el origen de

---

<sup>75</sup>Cárdenas Gracia. Jaime F. "El Contractualismo y su Proyección Jurídico- Política" Ob. Cit. México. Pág. I.

la sociedad y el fundamento del poder político en un contrato.<sup>76</sup> También en sentido amplio se pronuncia J.J. Tohara cuando afirma: Son aquellas construcciones teóricas que pretenden explicar la existencia de la sociedad y del orden político en base a un contrato o pacto entre los hombres que estarían en el origen de toda sociedad"<sup>77</sup>

Inferimos que el contractualismo es una teoría política que trata de responder a la pregunta sobre el origen de la sociedad y fundamenta el poder político, basándolo en la libre determinación de los hombres que se han puesto de acuerdo para formarlo. Es una respuesta a los problemas de los estados modernos, ya que considera que el origen y justificación del poder, se encuentra en la participación efectiva de los individuos que lo integran.

## 1.2.-ANTECEDENTES DEL CONTRACTUALISMO.

Como construcciones teóricas del contrato social encontramos ideas relacionadas en los escritores de la antigüedad, que tienen una conexión con el contractualismo actual. Según Passerin D Entreves "El contractualismo es un producto enteramente

---

<sup>76</sup>Ibid. Pág.7.

<sup>77</sup>J.J. Tohara. Diccionario de Ciencias sociales. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1975 Tomo I, pág. 547.

moderno"<sup>78</sup> Pero eso no obsta. para buscar en la antigüedad los antecedentes de la idea del contrato social.

En primer lugar señalaremos a Platón quién hablaba de regular las relaciones entre gobernantes y gobernados.<sup>79</sup> Mientras que para los sofistas la ley no era eterna ni universalmente válida. Su origen era el acuerdo o la costumbre y no la naturaleza. La ley por tanto tenía una génesis humana y pactada.<sup>80</sup> Los epicúreos por su parte. con el acento de los antiguos sofistas. consideraban que el Estado se funda en el egoísmo individual y definen la ley como un acuerdo útil y conveniente. establecido por los individuos para defenderse de la violencia y la injusticia. Los estoicos consideran que la razón es la fuente suprema del derecho. Los hombres son iguales por decreto de la naturaleza: todos pertenecen como ciudadanos a una

---

<sup>78</sup>D. Entreves. "Derecho Natural" Editorial Aguilar Traducción de M. Hurtado Bautista. Madrid, 1972. Pág. 70.

<sup>79</sup>Platón: "Las leyes"684" A. Citado por Norberto Bobbio en Sociedad y Estado ob. cit. Pág. 89. "Así pues, sucedió esto: los reyes y los pueblos de tres reinos [Esparta. Argos. Mesene]. con base en las leyes establecidas en común para regular las relaciones entre gobernantes y gobernados. se juraron reciprocamente. los unos no hacer. más gravoso su poder con el andar del tiempo y con el agrandamiento de su familia. los otros no cambiar jamás el poder real y no permitir a otros que lo intentasen. con tal que los reyes observasen estas condiciones"

<sup>80</sup>Platón. Diálogos "Critias o de la Atlántida" Edición de EDAF. Madrid. 1969. pág.951. Critias que en el Georgias de Platón describe un estado de naturaleza casi. hobbesiano "allí la vida del hombre estaba en pleno desorden. a ras animal. y sometido al más fuerte: no había ningún premio para la virtud y ningún castigo para el vicio. entonces creo yo que se les ocurrió a los hombres dar leyes".

república universal.

En Roma, es Cicerón en el libro III de la República, quién dice "Pero cuando hay medio recíproco, cuando el hombre teme al hombre y la clase a la clase, como nadie confía en su propia fuerza, se hace una especie de contrato entre los poderosos y los humildes: esto produce esa forma de gobierno que ha recomendado Escipión; y así no es la naturaleza ni el deseo, sino la debilidad la madre de la justicia"<sup>81</sup> Debemos tomar en cuenta la concepción de la ley (lex) que tenían los romanos. La lex es un contrato por el cual los ciudadanos se obligan recíprocamente a observar cierta conducta.<sup>82</sup>

El cristianismo como corriente religiosa hizo también sus aportes valiosos a la idea del contrato social. Es a partir de estos aportes que se da una nueva visión del mundo y del hombre, aquí el lugar del pensamiento ya no es las salas de estudio de los filósofos, sino se traslada a los conventos. Desde la perspectiva cristiana el hombre será considerado igual a todos sus semejantes, con la dignidad y libertad que le corresponde por

---

<sup>81</sup>ibid. Pág. 16.

<sup>82</sup>Tamayo y Salmorán, Rolando. "Introducción al Estudio de la Constitución" UNAM, México, 1989. Pág. 46 citado por Cárdenas Gracia en ob. cit. pág. 16 y 17 " El sujeto del poder legislativo no es el Senatus o el princeps, colocados por encima de los ciudadanos, sino los propios ciudadanos en su conjunto. Lex no era una orden o prohibición dirigida a súbditos, sino una convención celebrada entre iguales (evidente influencia de la stoa). En tanto que obligación del populus, ella necesita una stipulatio, el populus es consultado y responde mediante voto. Es por lo que Papiniano considera que lex era una communis reipublicae sponsio"

naturaleza.<sup>83</sup>

Tanto los griegos como los romanos, tenían una concepción parecida de la justificación y origen del poder, donde el hombre ocupaba el lugar principal. no se trataba de un Estado dado sino de un Estado construido con la voluntad de todos, donde el Estado asegura que no exige más de lo que los individuos están dispuestos a dar y por lo tanto de esa forma lograr el interés de todos en la formación de la sociedad. Mientras que con el cristianismo la idea de un ser humano con dignidad, fundamentó la tesis de hombres libres e iguales.

#### 1.2.1. APORTACIONES DE LA EDAD MEDIA AL CONTRACTUALISMO.

Toda la estructura política de la edad media se vio inmersa en la idea del pacto, como Europa se vio convulsionada por las constantes invasiones, no hubo lugar para el pensamiento filosófico, este quehacer se refugió en los conventos y se mezclaron los principios del cristianismo y los fundamentos filosóficos de la antigüedad. Aquí se inician las preocupaciones por distinguir el origen del poder y la Iglesia se preocupa por

---

<sup>83</sup> San Pablo, expresa esta verdad en la Epístola a los romanos: Cap. II 14-15 "En efecto, cuando los gentiles que no tienen ley escrita, esto es la ley de Moisés, hacían por razón natural lo que manda la ley, ellos mismos no teniendo ley: son para sí mismos ley viva. Y ellos hacen ver que lo que la ley ordena está escrita en sus corazones. in cordibus suis, como se lo atestigua su propia conciencia y las diferentes reflexiones que en su interior los acusan o los defienden, según que obren bien o mal.



el poder terrenal. Con la doctrina del contrato social se quiso afirmar la soberanía del pueblo como poder originario e indeterminado. Existen alusiones al contrato desde San Agustín, que se fueron perfeccionando hasta en el transcurso de los tiempos medievales.<sup>84</sup>

Inferimos que la característica fundamental de la edad media es la fuerte unión que se dio entre filosofía y teología y que se manifestó en la subordinación del Estado a la Iglesia. independientemente de lo anterior, la doctrina del contrato social fue retomada por pensadores de esta época.

#### 1.2.1.1. MARCILIO DE PADUA. (1278-1342)

Gibelino<sup>85</sup> por excelencia, para este autor el esquema del Estado es contractual "La civitas o regnum, está compuesta solo de ciudadanos, sin importar si éstos son o no cristianos, pues el elemento constitutivo del Estado es el ciudadano puro y simple, incluyendo a clérigos y a laicos sin diferencia alguna entre ellos."<sup>86</sup> De acuerdo con Cárdenas Gracia en la obra que hemos

---

<sup>84</sup>Menegaldo de Lautenbach, delineó por primera vez, una teoría de la soberanía popular, que conectó con el contrato. Ver Cárdenas Gracia. Ob. cit. pág. 16

<sup>85</sup>Durante el imperio germano medioeval, partidarios de los emperadores y enemigo de los guelfos (defensores de los papas) Cabanellas, G. y Alcalá Zamora, L. ob. cit. Tomo III Pág. 484.

<sup>86</sup>En su obra el Defensor pacis se aparta totalmente del origen divino del poder, secularizando la ciencia política, "El gobernante gobierna para el beneficio común y de acuerdo con la

venido citando otro aporte de Marcilio lo constituye el método de la democracia: "Que el propio método del gobierno, es decir el consentimiento, es más a propósito para producir buenos fines, que los métodos antidemocráticos"<sup>87</sup> También se le atribuye una teoría sobre la ley "El pueblo es la causa eficiente de la ley y por ésta hay que entender a la universalidad de los ciudadanos, o por lo menos a la mejor parte de ellos"<sup>88</sup> Su teoría se tradujo a la práctica, en 1328 organizó una ceremonia, mediante la cual el pueblo entregaba la corona imperial a Luis de Baviera.<sup>89</sup>

Marcilio de Padua hizo grandes aportes a la filosofía política, entre estos, que los ciudadanos independientemente de ser cristianos o no, eran el elemento principal del Estado, y que el método de la democracia (el consentimiento) era lo más adecuado para lograr los fines del gobierno.

#### 1.2.1.2. GUILLERMO DE OCKAN.

Hizo aportes valiosos a la teoría política, además de denunciar la ingerencia del poder espiritual sobre el temporal, a

---

voluntad del pueblo" Cárdenas Gracia, ob. cit. pág. 20.

<sup>87</sup>Ibid. Pág. 21.

<sup>88</sup>Marcilio de Padua II Defensore della Pace, a cura di Cesare Vasoli, Unione tipografico, Editrice Torinese, Italia, 1.960. Citado por Cárdenas Gracia, ob. cit. pág.21.

<sup>89</sup>Truyol y Sierra, Antonio. "Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado" T.L. Alianza Editorial, 1982. Pág. 413.

él se debe la formulación de la teoría del conocimiento, ya que para él sólo el individuo es real, y la teoría de los derechos subjetivos<sup>90</sup> elementos importantes en el contractualismo y en el fundamento de los derechos humanos.

Creemos que el aporte de Guillermo de Ockan fue de gran significación para la filosofía política, y constituyen elementos de gran valor para la construcción del contractualismo moderno.

### 1.3. CONTRACTUALISMO CLASICO.

Barnes. H. E. citado por Cárdenas Gracia, dice, "Las teorías clásicas del contractualismo, han sido consideradas como el fruto de la secularización, del racionalismo, de la reforma y de la ilustración". El desarrollo de estas corrientes de pensamiento eran producto del ascenso al poder de la burguesía y por lo tanto necesitaban de una explicación, de una teoría que fundamentara la soberanía popular, la democracia igualitaria y el gobierno representativo. En este período de la historia, fue el contrato social la estructura teórica más a propósito para fundamentar estas nociones políticas. Los escritores de este período son los

---

<sup>90</sup>"El derecho en sentido técnico, deja de designar el bien que nos corresponde, según la justicia y significa algo más estrecho, el poder que se tiene sobre ese bien." Wulley Michael "La genese du droit subjetiif chez Guillaume de Occam. Archives de Philosophie du droit, número 91, 964 Págs. 97127, recogido en su Seize Cosais de philosophia du droit, París, 1989, 140-178. Citado por Cárdenas Gracia, en ob. cit. Pág. 20. La autoría sobre la noción de derechos subjetivos, se ha atribuido también a Suárez, Grossio y Locke.

llamados clásicos. son los que sostuvieron la doctrina del contrato social, y aunque difirieron en algunas matizaciones, siempre estuvieron de acuerdo en que el Estado y el poder tienen su fundamento inmediato en un contrato.<sup>21</sup>

Al lado de las ideas de la filosofía tradicional cristiana o derecho natural, surgieron expositores de la teoría del derecho natural racionalista o iusnaturalista, que consecuentes con su posición, buscaron racionalmente la justificación del poder. Es en esta coyuntura que la ciencia política logra grandes adelantos, en virtud de la posición de estas dos corrientes y de lo que ambas han representado para lograr la democratización del Estado.<sup>22</sup>

El desarrollo de la sociedad requiere siempre de respuestas teóricas que expliquen el papel del individuo en una sociedad política. Cuando los cambios son muy perceptibles, como el paso de una sociedad de tipo feudal a una sociedad industrial o capitalista, estas respuestas deben buscarse para fundamentar este nuevo modelo de sociedad, por lo que en esta etapa

---

<sup>21</sup>"Siempre se mantiene firme la hipótesis fundamental a saber, que el Estado tiene su origen en el contrato. Se disputa sobre las cláusulas y sobre el valor del supuesto contrato, pero no se pone en duda su existencia" Ver. Del Vecchio Georgio: "Filosofía del Derecho" Ob. Cit. Pág. 36.

<sup>22</sup>Una de ellas, la primera se dedicó a obtener conclusiones derivadas de la observación y descripción de los hechos políticos concretos. La otra realizaba especulaciones abstractas." Ver Porrúa Pérez, Francisco: "La teoría del Estado" Ob. Cit. Pág. 339.

convulsionada la fundamentación más adecuada fue la doctrina del contrato social.

### 1.3.1.- TOMAS HOBBS (1.588- 1679)

Filósofo inglés, contractualista paradigmático, fue el primero en exponer de manera sistemática una elaboración de la doctrina contractual, de acuerdo con la posición racionalista. Su doctrina se encuentra en sus tratados de Cive y el Leviatán. De manera general sostuvo, "que de la disposición para la paz de los hombres en el estado natural: se colige una necesidad, a saber: que consiste en que estemos dispuestos a renunciar al derecho natural, a todas las cosas, solo sí, los demás también lo hacen".<sup>83</sup> La estructura del modelo de Hobbes, al igual que los modelos de los iusnaturalistas ya fue tratado por nosotros en el capítulo anterior.

Para Norberto Bobbio, la mayor obsesión de Hobbes, lo constituyó la unidad del Estado, y si el poder que se confería a la autoridad no era absoluto, no se podía garantizar el

---

<sup>83</sup>Tierno Galván, Enrique, en "Hobbes, Tomás del ciudadano y Leviatán" estudio preliminar, Editorial Tecnos Madrid, 1987. citado por Cárdenas Gracia, ob. cit. pág. 25 dice "La tesis de Hobbes consiste en concebir al hombre como un animal, esencialmente egoísta, cuya fórmula primera y fundamental consiste en la supervivencia: la fórmula se toma del Leviatán. Autorizo y trasmito mi derecho de gobernante a este hombre o a esta asamblea, con la condición que tu trasmitas el mismo derecho a los mismos y autorices todas sus acciones de la misma manera".

desarrollo de una sociedad civil, basada en el orden y en el logro de la paz.<sup>94</sup>

La influencia de Hobbes, ha perdurado en el transcurso de los tiempos, hoy vuelve a sentirse con la fuerza que tuvo en el siglo XVIII, a él se atribuye la sistematización de la doctrina contractual, que tanto influyó en la creación del Estado Moderno y la fuerza de su pensamiento irradia los campos de los filósofos del derecho de los tiempos actuales que están interesados en buscar el fundamento del poder de los Estados Democráticos, sobre la base del respeto al individuo y a su libertad.

### 1.3.2.- BARUCH SPINOZA. (1.632-1677)

Para este autor, la democracia se caracteriza porque nadie transfiere a otro su derecho natural y en ella se realiza la libertad que la naturaleza nos cede: está convencido de que la democracia reúne los caracteres esenciales de un gobierno ideal: poder absoluto en el Estado y máxima libertad en los

---

<sup>94</sup>Sin embargo como la misión del soberano es la de procurar la seguridad al pueblo, se requiere equidad en la administración de justicia, entre ricos y pobres- y, por tanto su poder deja de ser razonable si en lugar de evitar el miedo lo produce y ocasiona la destrucción del Estado o si traspone los límites de lo necesario y se constituye en un poder superfluo>" Bobbio, Norberto Estudios de Historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci. Editorial Debate, estudio preliminar de Alfonso Ruíz Miguel, primera edición, Madrid, 1985, pág. 128.

ciudadanos.<sup>25</sup> Spinoza refuerza los conceptos de derecho natural, y que la democracia solo puede ser cierta si respeta la voluntad de los individuos y respeta su libertad.

Los elementos que aporta a la idea del contrato social es sobre que el Estado tiene el poder absoluto y que los individuos deben tener lo máximo de la libertad y que el mejor gobierno para lograrlo es un gobierno democrático.

### 1.3.3.- JOHN LOCKE: (1.632-1704)

Puede considerarse su importancia porque imprime a la doctrina del contrato social, un sentido más racional, y de esta manera perfila una tendencia liberal y democrática, opuesta a la absolutista de Hobbes, que consideraba que el pacto era irremediable y a la teoría patriarcal de Filmer, cuyo propósito era fundamentar el poder en el derecho divino.<sup>26</sup>

Locke sostiene que el hombre es naturalmente sociable, y que

---

<sup>25</sup>El fin último no es dominar a los hombres ni sujetarlos por el miedo, y someterlos a otro, sino, por el contrario, librar a todos del miedo para que vivan en cuanto sea posible, con seguridad, esto es, para que conserven al máximo este derecho suyo, natural de existir y de obrar sin daño suyo ni ajeno [...] el verdadero fin del Estado es la libertad" Spinoza, Baruch. "Tratado Teológico -Político. Alianza Editorial, introducción, traducción y notas de Atilano Domínguez, Madrid, 1986, pág. 31 del estudio traductorio, citado por Cárdenas Gracia, ob.cit. pág. 33.

<sup>26</sup>Truyol y Sierra, Antonio. "Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado" Tomo II, Alianza, Editorial, 1.982. Pág.195.

no existe un estado de naturaleza sin sociedad. En este estado de Naturaleza como el lo concibe, el hombre tiene ya ciertos derechos: a la libertad personal, al trabajo y a la propiedad".<sup>97</sup> Locke sostuvo el origen humano del poder<sup>98</sup> Con referencia al derecho de resistencia afirma, que aunque el pueblo sea el soberano, su poder no es omnímodo, en tanto que este derecho solo puede ejercitarlo cuando el gobernante se extralimita y cumpliendo con ciertas condiciones de forma.<sup>99</sup>

Inferimos: el Estado Liberal de Locke, es el Estado que cumple sus funciones de asegurar la paz, la libertad, y la seguridad de los miembros de la sociedad, pero puede darse el caso, que el Estado no cumpla entonces la soberanía vuelve al pueblo y éste está facultado para resistir, siempre que cumpla las condiciones.

---

<sup>97</sup>Porque motivo va a desprenderse de esa libertad, de esa capacidad suprema para subyugarse al gobierno y autoridad de otro poder? la respuesta más diáfana es que, aunque tenga a su disposición tales derechos, en el estado de naturaleza es muy inestable el goce de los mismos...Locke, John "Ensayo sobre el Gobierno Civil". Ediciones y distribuciones Alba, Madrid, 1,087. Pág. 110.

<sup>98</sup>Obtenemos pues, que lo que empieza y verdaderamente constituye una sociedad política cualquiera, no es otro hecho, que la autorización de una cantidad cualquiera de personas libres susceptibles de conjuntar mayoría para ligarse, e integrarse dentro de tal comunidad. Y eso exclusivamente eso, es lo que originó o podría dar origen a un régimen legítimo".Ibid. Pág. 115.

<sup>99</sup>Locke Ob. Cit. Cap. XIX. Pág. 242. "Las condiciones formales a la resistencia son primera: afirmar que hay que oponer resistencia con reverencia. Segunda: debe ser sin premio ni castigo, y la explicación que aduce es "que el inferior no puede condenar al superior".



## 1.3.4. JUAN JACOBO ROUSSEAU:

Su doctrina difiere de sus predecesores Hobbes y Locke. Antes de elaborar esta doctrina, descubre en "Origen sobre la Desigualdad de los Hombres", el estado de naturaleza en la que según él, los hombres fueron originalmente libres e iguales, viviendo simplemente siguiendo los dictados de la naturaleza. El hombre se corrompe cuando llega la civilización.<sup>100</sup> Por hipótesis trata de explicar que este estado se perdió cuando algunos hombres, (aquí habla de un pacto social), más fuertes se impusieron a los demás.<sup>101</sup> Al inicio condena el pacto que crea la sociedad civil, que es el que origina la desigualdad social. Entonces reconoce que no es posible volver a un estado de naturaleza, hay que aceptar la sociedad política como un hecho irrevocable. Entonces, como encontrar el equivalente al estado de naturaleza? El contesta, que la felicidad primitiva era el disfrute de la libertad y de la igualdad. Entonces hay que buscar para restituir al hombre el goce de sus derechos naturales, elaborando la constitución política a tenor o norma de ellos.

---

<sup>100</sup>"El hombre natural cuenta con dos instintos: el amor de sí mismo y la piedad. El amor de sí mismo es un sentimiento natural que lleva a todos los animales a velar por su conservación, y que guiado en el hombre por la razón y la piedad, produce la humanidad y la virtud" Rousseau, Juan Jacobo. "Discurso sobre el origen y los elementos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos" Edit. Tecnos, Madrid, 1,987, Pág. 146.

<sup>101</sup>"El primer hombre quién cercando un terreno, se le ocurrió decir, esto es mío, y halló gente bastante simple para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil" Ibid. Pág. 161.

para lograrlo recurre a la idea del contrato.<sup>102</sup>

Rousseau entiende el contrato derivado de la naturaleza humana, debemos señalar que no lo situó, en un momento histórico determinado, que quizá no existió nunca, pero que debemos suponer su existencia, para salvaguardar los derechos fundamentales. Los derechos humanos existen antes del Estado, y éste debe procurar la forma de restituirlos, para lograr el objetivo de la unión en sociedad.

#### 1.3.5. ENMANUEL KANT.

Este pensador de la corriente racionalista, afirma el pensamiento rousoniano. Para él el contrato es un imperativo de la razón, que tiene realidad práctica, de tal suerte, que el Estado debe ser constituido de acuerdo con la idea del contrato. En este contrato Kant, no ve una fundamentación del Estado sino un ideal del Estado de Derecho y con él una idea práctica de la razón.<sup>103</sup> Su contribución simplifica y aclara el status

---

<sup>102</sup>Porrúa Pérez, citando a Rousseau, transcribe las cláusulas de ese contrato: "Estas cláusulas bien entendidas, se reducen a una sola a saber, la enajenación total de cada asociado, con todos sus derechos, a toda la comunidad, porque primeramente, dándose cada cual, todo entero, la condición es igual en todos, por tanto, ninguno tiene interés en hacerla onerosa a los demás. De esta manera, el Estado se convierte en una salvaguarda de las libertades individuales" OB.Cit. Pág. 429.

<sup>103</sup>"Se trata de una mera idea de la razón, que tiene sin embargo una realidad práctica, a saber, la de obligar a todo legislador a que dicte sus leyes, como si estas pudieran haber

metódico que le corresponde al contrato social y lo ubica dentro de su sistema filosófico: la moralidad es un concepto puramente racional. la autonomía de la voluntad, está libre de todo elemento empírico. la regla de todo comportamiento está en el imperativo categórico.<sup>104</sup>

Para Kant, el contrato social, no es un concepto empírico sino racional, y con el imperativo categórico, nos indica, que hay que asegurar a cada cual lo suyo, ya que le pertenece por naturaleza. Entonces lo que es de la naturaleza no lo pierde el individuo al entrar en sociedad, y en el contrato el Estado se obliga a respetar y garantizar estos derechos.

#### 1.4.-DECADENCIA DEL CONTRACTUALISMO.

En la edad media, toda teoría científica, una vez formulada, pasaba a formar parte de un conjunto de categorías y postulados

---

emanado de la voluntad unida de todo un pueblo, y a que considere a cada súbdito, en la medida en que éste quisiera ser ciudadano, como si hubiera expresado su acuerdo con una voluntad, pues ahí se halla la piedra de toque de la legitimidad de toda ley pública" Cárdenas Gracia. Ob. Cit. citando a Kant, en su obra: "En torno al Tópico, Talves eso sea correcto en teoría pero no sirve para la práctica". Estudio preliminar de Roberto Rodríguez Aramayo y traducido de M. Francisco Pérez López. Edit. Tecnos. Madrid. 1.992. Pág. 514.

<sup>104</sup>Formula del imperativo categórico. Kant atiende la clasificación de Ulpiano, aunque cambia algunas de sus fórmulas. 1. Se un hombre honesto. [...] 2. No dañes a nadie...[13. Entra (si no puedes evitar lo último) en una sociedad con otros, en la que a cada uno, se le pueda mantener lo suyo". Cárdenas Gracia, citando a Kant. Ob. cit. Pág. 44.

incomovibles. La teoría política moderna, nos dice otra cosa: toda teoría es científica mientras es falseable.<sup>105</sup> Si con autoridad suficiente la doctrina no se podía comprobar, esta teoría podía quedar al margen y así a inicios del siglo XX, se pensó que la teoría del contrato social pasaba a la historia, sin más gloria que haber ayudado a fundamentar el Estado Moderno.

Trataremos de señalar las causas de esta decadencia:

Innumerables estudios antropológicos, que demostraron la irrealdad del estado de naturaleza, además la sociedad estaba muy convulsionada y la idea del contrato no era la más apropiada para fundamentar la teoría del orden y del conflicto.

A pesar de las causas, que señalamos infra, de decadencia de la doctrina del contrato social, en los inicios del siglo XIX hubo escritores que la siguieron formulando. Fichté sostenía, que el poder solo podría ser engendrado por un contrato. Spencer, 1820-1903 para él es la solidaridad social una especie de acuerdo espontáneo de los intereses individuales. Maine. (1.822-1888) ve la evolución histórica como un progresivo pasaje de un régimen de status a un régimen de contrato. Foulie: teoriza la sociedad como organismo contractual.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> "Es decir en cuanto se halla abierta a su constante revisión a través de lo que parafraseando a Popper podemos calificar de sucesivas conjeturas y refutaciones" Ver. Pérez Luño Antonio. "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución". Edit. Tecnos. Madrid. 1.992. Pág. 514.

<sup>106</sup> Cárdenas Gracia, Ob. cit. Pág. 87-89.

Los intentos por mantener esta doctrina en vigencia en los primeros sesenta años del siglo XX, no evitó que el contractualismo se desacreditara. La corriente que parte de Durkheim y que se extiende a través del estructuralismo y el funcionalismo, que explicaban que el orden social, es posible por una solidaridad orgánica, basada en la división del trabajo y que el poder se ejercía en función de la sociedad, nunca contra ella. Además la teoría del conflicto: marxismo, psicoanalismo y la ciencia política alemana, remarcan que la política es ante todo hostilidad, lucha de clases, que el soberano es el más fuerte y por razón de esa fuerza, decide la cohesión jurídica y la suspensión del derecho.<sup>107</sup>

En este tiempo se escuchan críticas al contrato social: Hegel, "El contrato será siempre una cosa particular externa y no todas las cosas externas son dominio del Estado". Hume: "que no está probada su existencia y que casi todos los gobiernos se originaron o fueron fundados sobre la usurpación y la conquista" Burque: "Niega que las instituciones sean una creación consciente de los hombres".<sup>108</sup> El más radical en cuanto a conservadurismo, es Bentham, en su obra, "A Fragment on Government", formuló la concepción del utilitarismo, según el cual, tanto el poder como los límites del poder están justificados en base a diferentes principios: no haciendo

---

<sup>107</sup>Ver Cárdenas Gracia obra citada, Pág. 51 y 52.

<sup>108</sup>Cárdenas Gracia, Ob. Cit. Pág. 53-54.

referencia a los derechos de los individuos, ni a los derechos naturales, sino aludiendo a la "mayor felicidad del mayor número".<sup>109</sup>

No tenemos duda, las corrientes de finales del siglo XIX con su carga de pragmatismo, historicismo y utilitarismo, descalificaron al contractualismo. A inicios del siglo XX, fueron las teorías del conflicto, los que casi, hacen que la corriente del contractualismo quede olvidada, pero los problemas no resueltos con estas teorías, la creciente ingobernabilidad, los excesos basados en el positivismo jurídico, y la constante lucha de la comunidad internacional por buscar principios morales universales, vuelve a catapultar la teoría del contrato social, y la idea del consenso del mayor número para legitimar un sistema político determinado. El contrato vuelve a ser la fuente primigenia de un gobierno legítimo, donde los individuos, participan en igualdad de condiciones.

#### 1.5.-NEOCONTRACTUALISMO.

En los últimos treinta años de este siglo, los Estados presentan déficits democráticos, en sus versiones tanto de Estado Gendarme como de Estado de Bienestar y se padece en las naciones

---

<sup>109</sup>Bentham, J. "A Fragment on Government" traducción castellana. Fragmento sobre el gobierno, traducción e introducción de Julian Ramos, Ed. Aguilar Madrid, citado por Cárdenas Gracia, ob. cit. Pág. 54.

una ingobernabilidad. que lleva a buscar soluciones a la problemática que se presenta. Entonces se realizan intentos para construir una corriente teórica normativa, que le dé énfasis a la legitimidad política, fundamentada en el respeto de los derechos humanos y en el papel del individuo en la sociedad, en la crítica a cualquier tipo de determinaciones y en la certeza de que el Estado solo se entiende para y en función del gobernado.

#### 1.5.1. DEFINICION CONCEPTUAL DE NEOCONTRACTUALISMO.

Según el Diccionario de Derecho Usual. "Está cercana a la idea rusoniana del contrato social y con propósito de rectificar ciertos aspectos o superar otros el neocontractualismo. agrupa diversas posiciones técnico-jurídicas y técnico-sociales, como la de Spencer, acerca de la cooperación contractual en su exégesis de la elaboración del derecho y la construcción del Estado, el organicismo contractual de Foulié o la actitud intermedia de Burgeois, resumida en un quasi contrato"<sup>110</sup>

Los problemas que se le presentan al Estado hoy ya no se resuelven con la teoría de la legalidad o del positivismo jurídico. se requiere sobre todo de más participación ciudadana y es allí donde las concepciones teóricas que los neocontractualistas presentan. llevan implícito el deseo de

---

<sup>110</sup>Cabanellas.G. Alcalá-Zamora L. Ob. cit. Tomo IV. Pág. 540

buscar soluciones a los problemas que se plantean a través del consenso social.

### 1.5.2. PENSADORES NEOCONTRACTUALISTAS.

Merecen especial atención tres grandes neocontractualistas, paradigmáticos que ven en el nuevo contrato solución a los problemas, los tres con distintas matizaciones, que reafirman que esta doctrina no responde a una línea política determinada sino que puede llenarse con distintos contenidos. Rawls, Nozick, Buchanan.

#### 1.5.2.1. JOHN RAWLS, CONTRACTUALISMO LIBERAL SOCIAL.

Es el iniciador del interés por la filosofía política, su tesis una "Teoría de la Justicia", se inició con sus escritos desde el año de 1.951.<sup>111</sup> Gracias a su concepto de persona moral, Rawls se propone elaborar una alternativa teórica a las éticas utilitaristas e intuicionistas, mediante la revitalización del contractualismo. Rechaza el egoísmo ético, pues reniega que se tengan razones para promover nuestro propio interés, pero no el de otros.<sup>112</sup> Asegura de manera insistente que el

---

<sup>111</sup>"Puede decirse que la obra Rawlsiana permanece aún inacabada y que una Teoría de la Justicia" es una obra básica, pero no la definitiva". Cárdenas Gracia, Ob. Cit. Pág. 75.

<sup>112</sup>...afianzar el sentido del propio valor de la persona y consiguientemente la posibilidad de realizar su plan racional de vida elegido libremente y teniendo como base la igualdad de



utilitarismo debe ser descartado porque de existir ese sistema no sería un sistema cooperativo para ventajitas mutuas, sino una "sociedad con ganadores y perdedores, en la que interesa la suma total, de satisfacción, desapareciendo el individuo bajo cifras globales"<sup>113</sup> Es Rawls un pensador utópico?<sup>114</sup> Los distintos criterios para juzgarlo nos lleva a situarlo dentro de la corriente utópica positiva, que nos lleva a buscar una sociedad armónica, justa. Rawls trata de encontrar una base razonable para conseguir un acuerdo, fundado en nuestras convicciones más firmes y críticas sobre el hombre y la sociedad. Eso no puede considerarse como una utopía en sentido negativo.

En la obra de Rawls hay tres construcciones sobre las que elabora la estructura de su pensamiento: la concepción de la

---

todos, el derecho igual" Rawls, John "Teoría de la Justicia" Edición en castellano, Fondo de Cultura Económica, México, 1985. Pág. 31.

<sup>113</sup>Rawls, J. Ob.cit. Pág.214.

<sup>114</sup>Agra Romero, Ma. José, "J. Rawls, el sentido de la Justicia en una sociedad democrática" Universidad de Campostela. 1985, Pág. 13. "Dice que no es utópico porque busca unos principios que sirvan de guía para la reforma de la sociedad" Alba Tercedor, Carlos R. y Vallespín, Fernando: "El neocontractualismo de Theory of Justice de John Rawls: una introducción a la literatura" Revista de Estudios Políticos, No. 8. Madrid 1.979. Pág. 235. "Sostienen que el contractualismo rawlsiano cumple con la función de ser un mecanismo normativo y justificador, para enjuiciar las instituciones básicas de la sociedad y orientar la práctica, por lo que la obra tiene poco de utópica.". Rubio Carracedo, José, "Constructivismo. utopía ética: la legitimación ética del poder" Revista de Estudios políticos, número 40, julio-agosto, 1.984. Pág. 139 dice: Rawls, parte de la tradición utópica, especialmente en la elaboración de una sociedad bien ordenada".

persona. la posición originaria y la sociedad bien ordenada. Rawls concibe a las personas como capaces de tener y disponer.<sup>115</sup>

Concibiendo así a la persona, entonces queda la tarea de buscar los principios de la justicia, teniendo cuidado de no confundir interés con la misma. "La justicia se concibe, entonces como un pacto entre egoístas racionales, cuya estabilidad depende de un equilibrio de poder y una similitud de circunstancias.<sup>116</sup> Una vez elegidos los principios de justicia, según Rawls, los contratantes entran en una convención constitucional para concretar y desarrollar esos principios, posteriormente sigue una etapa legislativa, para luego aplicar la ley. Al concluir estaremos ante una sociedad bien ordenada.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup>"La primera que son capaces de tener y (se supone que de adquirir) un sentido de su bien (expresada en un proyecto racional de vida) y segunda: que son capaces de tener y adquirir un sentido de la justicia, un deseo normalmente eficaz de aplicar y de actuar según los principios de la justicia, por lo menos hasta un cierto grado mínimo" Ver. Rawls, John, Ob. Cit. Pág. 557.

<sup>116</sup>Rawls, J. Ob. Cit. Pág. 565.

<sup>117</sup>"Es una sociedad en la que todos aceptan y saben que otros aceptan los mismos principios de la justicia y las instituciones sociales básicas satisfacen y se sabe que satisfacen esos principios" Rawls, Ob. Cit. Pág. 501. En su obra "Liberalismo Político" Fondo de Cultura Económica, 1993. Redefine lo de una sociedad bien ordenada y dice: "Ya no es una sociedad unida en sus creencias morales básicas sino en su concepción política de la justicia, y esta justicia es el centro de un consenso traslapado de doctrinas razonables y generales".

Es posible que el pensamiento Rawlsiano, aún no esté terminado, pero su mérito radica en que inicia un nuevo debate donde el individuo es el centro y origen del poder en la sociedad, y ha despertado nuevamente el interés por la filosofía política, que es la ciencia que debe intentar encontrar el camino para la realización del bien común, en igualdad de condiciones.

#### 1.5.2.2. JAMES BUCHANAN: LA ESCUELA DEL PUBLIC CHOICE.

Desarrolla su teoría contractualista en casi todas sus obras, desde la más conocida, "El cálculo del Consenso" de 1.962.<sup>118</sup> Su desarrollo contractualista es casi como el Rawlsiano. Su mayor preocupación lo constituye el crecimiento desmesurado del Estado, la expansión de la burocracia y el

---

<sup>118</sup>Traducción al español, de Javier Salinas Sánchez. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid, 1.980.

síndrome del pragmatismo político, lo que considera que son malos para el Estado y de lo que culpa a la clase política norteamericana. Para resolver ese problema sugiere replantear las bases de la sociedad. Un nuevo contrato social.<sup>119</sup>

En la teoría de la elección pública, parte de cuatro supuestos:

a). Atiende a una concepción antropológica del hombre como ser egoísta, y racional y busca maximizar su utilidad en consonancia con las formulaciones de contractualistas clásicos como Hobbes y Spinoza.

b). Se relaciona con el individualismo, porque el hombre es el único ser que toma decisiones la sociedad no. Las elecciones colectivas son el resultado de un método agregativo de decisiones individuales.

c). En este tercer supuesto se encarga de la transferencia de los dos supuestos anteriores, que son básicamente económicos al campo político. (Los individuos que votan son los mismos que compran).

d). Este supuesto implica como consecuencia la interrelación entre los fenómenos económicos, las instituciones y los procesos políticos".<sup>120</sup>

Buchanan, según Cárdenas Gracia, pretende con su teoría defender, proteger y promover la propiedad particular limitar el

---

<sup>119</sup>"Que ponga lo mío y lo tuyo en un arreglo estructural nuevamente definido y donde el amenazante Leviatán sea situado dentro de nuevos límites" Buchanan, James. "Los límites de la libertad" Citado por Cárdenas Gracia, en Ob. Cit. Pág. 64.

<sup>120</sup> Ibid. Pág. 65.

intervencionismo estatal. Su intención la desmantelación del Estado Social y proponer uno mas injusto y desigual. en "donde el criterio fundamental consiste en constatar si las decisiones publicas han sido tomadas de conformidad con el acuerdo constitucional".<sup>121</sup>

Con Buchanan estamos ante una justicia que es tal por el procedimiento, y eso es por si, un aporte, pero no todo el que se necesita para lograr sociedades más participativas e igualitarias como la que pretendemos.

#### 1.5.2.3. ROBERT NOZICK: EL ESTADO MINIMO.

Si Buchanan es conservador, Nozick es radical. En nombre de la ética combina el anarquismo y el liberalismo extremo. Su preocupación es el Estado mínimo y según el es el más extenso que se pueda justificar. Lo que distingue a Nozick es que su individualismo es posesivo, del tipo que combaten los comunitaristas.<sup>122</sup>

Al ser considerado de un individualismo posesivo, sin

---

<sup>121</sup>Cárdenas Gracia, Ob. Cit. Pág. 68.

<sup>122</sup>Cuando se refiere al Estado dice: "En ese mundo dorado todos respetaran la individualidad de cada cual e intentaran profundizar en el desarrollo personal propio" Nozick, Robert: "Anarquía, Estado y Utopía" Fondo de Cultura Económica, México, primera edición en español, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán 1988. Pág.43.

parangón en la filosofía política contemporánea, porque él comparte el concepto fuerte de los derechos fundamentales del individuo y lo reduce a medios para salvaguardar las propiedades.<sup>123</sup>

En el caso de Nozick, su liberalismo es llevado al extremo, es cierto que el individuo tiene derechos, pero debe renunciar a algunos si los demás también lo hacen, no en la forma que él lo señala. Este tipo de doctrinas son de gran influencia en la sociedad actual referido al campo económico y político.

#### 1.5.2.4. OTROS APORTES SIGNIFICATIVOS NEOCONTRACTUALISTAS:

a). Norberto Bobbio, se refiere al neocontractualismo como "una propuesta de un nuevo pacto social, global y no parcial, de pacificación general, se trata según él de la fundación de un nuevo orden social, una nueva alianza, que nace de la conciencia de debilidad del poder público en las sociedades contemporáneas, sobre todo por su ingobernabilidad y su complejidad"<sup>124</sup>

b). Carlos Thiebaut en "Las racionalizaciones del Contrato social: Kant en Rawls" citado por Cárdenas Gracia, se inclina por

---

<sup>123</sup>Nozick absolutiza su concepto al grado de llegar a un anarquismo libertario de corte hiperconservador. Su individualismo circunscribe el ámbito de la moral al individuo que no debe nada a la sociedad, y en donde no cabe un contrato normativo, para la defensa del bien común. Cárdenas Gracia obra citada, pág. 69. Ibid. 43.

<sup>124</sup>Bobbio, Norberto: "El modelo de la democracia" Edit. Plaza & Janes, Barcelona, 1.985. Pág. 192.

plantear las bases de la sociedad y aduce que el neocontractualismo es una respuesta a los problemas de legitimidad en los sistemas políticos contemporáneos.<sup>126</sup>

c). H.L.Hart, ha señalado con respecto a las obras de Rawls, Nozick y Buchanan, su gran significación para la filosofía política, "implican un replanteamiento, ausente desde los tiempos clásicos, de la relación entre justicia y libertad, y de la posibilidad de ejercer un tipo de autocomprensión filosófica y moral de las bases de nuestra sociedad" <sup>126</sup>

d). Porras Nodales, encuentra la relación o hilo de continuidad entre el discurso de los clásicos y que esa es la razón debe el reciente éxito del neocontractualismo.<sup>127</sup> Se trata a juicio de esta autor, de una posición que rechaza de antemano todas las derivaciones del positivismo y que es importante para los fundamentos del constitucionalismo occidental, las teorías del poder constituyente y también para fundamentar las construcciones sobre el respeto y garantías de

---

<sup>126</sup>Cárdenas Gracia, Ob. Cit. Pág. 57

<sup>126</sup>Cárdenas Gracia, citando a Hart, "Rawls on liberty and its priority" en Daniels (comp.) Reading Rawls, Oxford, 1975. Pág.230 a 252. Ob. cit. Pág. 57.

<sup>127</sup>"El modelo neocontractualista se apoya en: la ahistoricidad, en el apriorismo lógico, en la tendencia a constituir un sistema social puro, para y con la finalidad de rechazar el incremento del poder estatal, establecer límites al Estado y resaltar el papel, de los derechos humanos como fundamento del poder" Cárdenas Gracia, Ob. Cit. Pág.58, citando a Porras Nodales, Antonio; "Contractualismo y neocontractualismo" Revista de Estudios Políticos, No. 41, septiembre octubre, 1.984. Pág. 15.

los derechos y libertades del hombre.

e). José Rubio Carracedo: precisa que el neocontractualismo, recoge la tradición utópica del contrato social.<sup>128</sup> Para este autor el neocontractualismo produjo el renacimiento de la filosofía política, que se consideraba muerta y que fue rebautizada con la aparición de "A Theory of Justice". Son muchos más los autores que reconocen que el contractualismo está en el centro del debate político actual.<sup>129</sup>

Ante los innumerables problemas que se suscitan actualmente hay filósofos juristas, y filósofos políticos preocupados en encontrar a través de teorías políticas, respuesta a los mismos, y el neocontractualismo está muy difundido, porque se cree que con esta teoría política, el Estado puede tener las bases que necesita para replantear las instituciones y su mismo papel en una sociedad organizada con la participación de todos.

#### 1.6. CRITICAS AL CONTRACTUALISMO:

---

<sup>128</sup>Pone como ejemplos paradigmáticos, a Rawls, o Nozick. Cárdenas Gracia, ob. cit. pág.58, citando a Rubio Carracedo, José. "Paradigmas de la Política" Editorial Anthropos. Barcelona. 1.990.

<sup>129</sup>Adela Cortina: "El mérito del neocontractualismo consiste en haber elaborado una teoría moral sistemática que cuenta con elementos éticos, jurídicos, políticos, económicos, psicológicos, metodológicos, que pretenden construir una filosofía moral y política que tiene como principal tarea la justificación de normas e instituciones" Cortina, Adela: "Ética mínima, Editorial Tecnos. Madrid. 1.986. Págs. 170 y 171.



Pero no todos los autores modernos se inclinan por esta corriente filosófica-política, entre ellos los comunitaristas son un ejemplo cuando se oponen a tomarla en consideración.<sup>130</sup> Cárdenas Gracia. en la obra que hemos venido citando cree que en el fondo de sus críticas late, una incomprensión hacia el contrato, derivada del hecho, así lo cree él, de que asocian neocontractualismo y neoliberalismo con el individualismo posesivo.<sup>131</sup>

El contractualismo en todo tiempo a tenido seguidores, y también sus opositores a manera de ejemplo citaremos a dos. J. Ortega y Gasset, en el prólogo de la "Rebelión de las Masas" escribe: "La idea de la sociedad como unión contractual, por tanto jurídica, es el más insensato ensayo que se ha hecho de poner la carreta ante los bueyes" en igual crítica Hartmut Kliemt que rechaza la legitimidad contractual por irrealizable. Afirma: "Las teorías clásicas del contrato social, al igual que ciertos proyectos utópicos, están caracterizados por el hecho de que propicia determinados comportamientos por parte del Estado, sin detenerse a pensar si puede existir una forma de organización de Estado que esté en condiciones de realizar este comportamiento"

---

<sup>130</sup>Se trata de una corriente que fija el acento en la teoría del bien en oposición a una teoría de la justicia, en la crítica a los supuestos etimológicos, metafísicos y psicológicos del liberalismo: en la reformulación de la privado y lo público y en la vuelta a la tradición" Ver. Cárdenas Gracia, Ob. Cit. Pág.61.

<sup>131</sup>Ibid. Pág. 62.

132 Somos del criterio de que la teoría neocontractualista, independientemente, de que sea una idea de la razón, es una idea razonable que permite la legitimación de un sistema político determinado, porque otorga a los individuos el origen del poder y permite a los Estados buscar las formas de que los individuos participen en la elaboración de las leyes que directamente los afectan, porque entre más participación ciudadana se de, se evitaran los gobiernos de corte despótico, que hacen de las sociedades grupos de personas ingobernables. Lo importante en una sociedad democrática, es reconocer la dignidad de la persona humana, su autonomía, y su derecho a realizar su propio plan de vida, por ello se debe admitir la discusión moral racional, donde las decisiones deban someterse al consenso. Para lograrlo, la forma del contrato es lo más indicado, pues de esta manera los hombres se comprometen a cumplir su parte en el mismo y si todos cumplimos la sociedad será más justa y participativa.

En estos tiempos en que por los Acuerdos de paz, se plantea la necesidad de redefinir el Estado guatemalteco, no debemos dejar pasar por alto, la responsabilidad que a todos nos corresponde, y a los que en este momento determinado ejercen el poder, el considerar que la legitimidad de este Estado se logrará tratando de considerar la participación ciudadana, por lo menos en lo que les concierne directamente.

---

132 Citados por Eusebio Fernández en ob. cit. pág. 194.

## CAPITULO III

### PROYECCION JURIDICO Y POLITICA DEL CONTRACTUALISMO.

Para comprender como el contractualismo se proyecta en una sociedad determinada es conveniente analizar los conceptos que a nuestro entender forman la base o simiente de esta sociedad. Los conceptos "legalidad y legitimidad" forman parte de la base que señalamos, pero conviene anotar que en la vida cotidiana es usual confundir estos conceptos. Como el fenómeno se sucede en todas las áreas del quehacer humano, política, ética y derecho, a nosotros nos interesa, primero, delimitar los conceptos para que una vez delimitados, la revisión de algunas teorías nos permita fundamentar la tesis de que los dos se complementan y no se puede hablar de uno desconociendo el otro. Consideramos hacer algunas anotaciones sobre la formas de la legitimidad, para luego analizar como la teoría del contrato social desde su visión de legitimidad puede ser una respuesta a los problemas que se plantean en las sociedades modernas, principalmente en la sociedad guatemalteca, que en esta coyuntura histórica, pretende construir un verdadero Estado de Derecho. a esto añadiremos como se vincula la legitimidad con los derechos humanos.

#### 1. DEFINICION CONCEPTUAL DE LEGALIDAD.

El Diccionario de Derecho Usual lo define de la siguiente

manera: "Calidad de legal. o proveniente de la ley. lo mandado por la ley o lo contenido en ella"<sup>133</sup> Mientras que el Diccionario de Lenguaje Filosófico. lo define así: "Legalidad-Derecho. carácter del acto conforme a la ley, es decir a las prescripciones del derecho positivo."<sup>134</sup>

Considerado lo antes anotado, la legalidad es equivalente al derecho positivo o normativismo jurídico, es el resultado del procedimiento legislativo, establecido en la Constitución Política de la República. Lo legal es al Estado de Derecho como su columna vertebral, es decir lo que mantiene la cohesión de todos los elementos que lo forman, y que a la vez establece los límites, de sus funciones y de sus poderes. No se puede concebir un Estado sin reglas claras, los individuos deben saber cuales son sus derechos y cuales sus obligaciones y donde el aparato rector del Estado tiene un límite en sus actuaciones, es decir se riga por el imperio de la ley.

## 2.- DEFINICION CONCEPTUAL DE LEGITIMIDAD:

Como anotamos supra, la legalidad en el Estado de Derecho no es suficiente. de acuerdo a la doctrina del contrato social.

---

<sup>133</sup>Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Cabanellas G. y Alcalá y Zamora L. Ob. Cit. Tomo IV, J-O, Pág. 112.

<sup>134</sup>Diccionario de Lenguaje Filosófico. Dirigido por Paúl Foulquié con la colaboración de Raymond Saint- Jean. Ob. Cit. Pág. 590

tanto la legalidad como la legitimidad forman parte de la base de un Estado.

El Diccionario de Lenguaje Filosófico nos dice: "En general que es conforme a la ley, al derecho o más bien al sentido de la Justicia". En la definición anterior se incluye un nuevo concepto, justicia, lo que significa que al hablar de legitimidad no estamos hablando solamente de lo normativo, la legalidad aparece como una condición necesaria pero no suficiente para dar plena validez a las normas jurídicas. La legitimidad es conformidad con la justicia que es el valor o exigencia ética y jurídica por excelencia, implica el análisis ético del derecho o sea de las normas jurídicas; y de la justicia o injusticia de un ordenamiento jurídico resulta su validez o fuerza obligatoria.<sup>135</sup> Mientras que en la legalidad ya todo está dicho, y la se aplica en el momento oportuno, no hay lugar al disenso, la ley es la ley, sin embargo cuando hablamos de legitimidad nos estamos refiriendo a la constante conformación de la voluntad al mandato. Hablar solo de ley, es remitirnos a la coacción, mientras que si se conforma la voluntad al mandato hablamos de adhesión a las disposiciones de quién tiene el poder. Conviene anotar algunas citas que presenta el mismo diccionario, para ilustrar los conceptos anteriores e inferir la diferencia entre legal y

---

<sup>135</sup> Álvarez, Ledezna Mario: "Introducción al derecho" Impresora Publi-Mex, S.A. de C.V. México D. F. 1,996. "La justicia es una fuente de sentido, que orienta las acciones de quienes hacen y aplican el derecho" Pág. 363

legítimo.<sup>136</sup>

La legitimidad no se entiende, tomando en cuenta solo la ley positiva, o que se conforma a esa ley, porque la legalidad no necesariamente es conforme a la ley natural, o la equidad que es un presupuesto anterior a lo legal, según pretendemos demostrar en esta tesis, de esa cuenta la legalidad, algunas veces equivale a legitimidad, pero no siempre, por ejemplo: la autoridad legal, es legítima, pero no siempre una medida legal será legítima. "Hay injusticias legales" Lo que si no podemos es hablar de injusticias legítimas.

En el lenguaje ordinario Lucio Levi, ha distinguido dos significados del término legitimidad. Un significado desde el punto de vista general y otro específico.<sup>137</sup> En el

---

<sup>136</sup>"Es más fácil, legalizar ciertas cosas que legitimarlas" (Chamfort. Max. et pensées, II", "Estado legal y Estado legítimo de la sociedad. Diferencia en la que no se meditado lo suficiente. (Vizconde de Bonald, Pensées s. Lécond, soc.) Heuvres, III. 1314. Edit. Migne. "El progreso de la Sociedad y su perfección consisten en hacer legal todo lo que es legítimo, y legítimo todo lo que es legal; es decir, en tener leyes buenas y naturales y en no tener otras. (ibid. 1,315) Lo que es legal es conforme a la ley. Lo que es legítimo es conforme a equidad. Un acto que viola la ley no puede nunca ser legal; pero puede ser legítimo en razón de las circunstancias." Littré. Ver Diccionario de Lenguaje Filosófico. Ob. Cit. Pág. 590.

<sup>137</sup> El significado general lo presenta como "casi sinónimo de justicia, o razonabilidad. Mientras que el significado específico lo presenta como: "Como el atributo del Estado que consiste en la existencia en una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo en casos marginales, recurrir a la fuerza. Por tanto, todo poder trata de ganarse el consenso para que se le reconozca como legítimo, transformando la obediencia en adhesión" Citado por Fernández Eusebio. "Teoría de la Justicia y Derechos Humanos" Editorial Debate, S.A. Recoletos, 7, 28001 Madrid, 1984.

significado general lo coloca como sinónimo de justicia. En el significado específico señala las características esenciales de esta justificación o legitimidad que son:

a). Que la legitimidad es un atributo del Estado que consiste en la existencia de un grado de consenso tal, que asegure la obediencia a la ley, sin que sea necesaria la fuerza.

Si consideramos que el consenso es el consentimiento, y este a su vez es: compartir el sentimiento o el parecer, aprobación, conformidad, a las actuaciones del Estado, estamos hablando de gobiernos legítimos, por la razón que los individuos, único fin del Estado, están consintiendo los mandatos a ellos dirigidos y por esa razón los aceptan y los hacen suyos.

b). Que la legitimidad tiene que ver con la obediencia de los sújetos del Estado a las normas válidas y vigentes en él.

Todo ordenamiento jurídico está diseñado para lograr que todos los hombres se compromentan a respetarlos y a conducirse de acuerdo a ese ordenamiento de esa cuenta la legitimidad responde más bien a un criterio práctico de participación ciudadana en los asuntos que le competen lo que facilita la tarea del Estado de lograr que todos se compromentan a cumplir sus leyes. Es el consenso o consentimiento político por parte de la población respecto de determinado fenómeno social que les atañe. De esa cuenta lo legal del Estado se manifiesta a través de su normatividad mientras que lo legítimo es lo que logra hacer suyo la mayoría a través de su participación en la toma de decisiones.

Con los elementos anteriores trataremos de construir la definición de legitimidad. La legitimidad es una facultad del Estado por medio de la cual, facilita los procedimientos para la participación ciudadana en la toma de decisiones que los atañe, (consenso) para que a través de esta participación, obedezcan razonablemente las normas vigentes y válidas que tienen que coincidir con los principios de justicia, generalmente reconocidos en el Estado determinado, a fin de que la obediencia se transforme en adhesión y se evite el uso de la fuerza.

## 2.1.- TEORIA DE LA LEGITIMIDAD DE NORBERTO BOBBIO.

La legitimidad es un tema obligado para los escritores de ciencia política, jurídica y filosófica. Seguiremos en lo que al tema se refiere a Norberto Bobbio y su doctrina sobre la misma. El sostiene que el problema de la legitimidad, es el problema de la legitimación del poder, y nace de la siguiente pregunta: "Admitiendo que el poder político sea el poder que dispone del uso exclusivo de la fuerza en un determinado grupo social, es suficiente la fuerza para hacerlo aceptar por aquellas personas sobre las cuales se ejerce, para persuadir a sus destinatarios a obedecerlo?"<sup>138</sup> Según Bobbio la respuesta depende de la interpretación de lo que el poder es de hecho y de lo que el poder debe ser. Para ello cita a dos grandes obras de teoría

---

<sup>138</sup>Bobbio, Norberto. "Estado Gobierno y Sociedad" Ob. Cit. Pág. 117.



política "La República" de Platón y el "Contrato Social" de Rousseau, en la que ambas empiezan con un debate sobre la relación entre la justicia y la fuerza y los dos rechazan la fuerza. Rousseau pone el ejemplo del bandido "Si un bandido me sorprende en un bosque, estaré, no solamente obligado por la fuerza, sino aún pudiendo evitarlo, obligado en conciencia a entregarle mi bolsa? Porque en fin la pistola que el tiene es también un poder."<sup>139</sup>

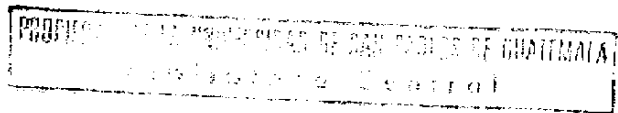
En las sociedades modernas ya no es posible el recurrir a la fuerza, la fuerza aunque legal, no puede constituirse en el elemento fundamental para acatar disposiciones jurídicas, por ello es conveniente los procedimientos para lograr consensos y de esta manera hacer la sociedad gobernable.

Indudablemente el caos de ingobernabilidad que padecen los gobiernos democráticos, tiene que ver con lo que el poder es de hecho y lo que el poder debe ser. Si las actuaciones gubernamentales se dan por imperio de la fuerza, y no por el convencimiento y consentimiento de los gobernados, lejos de solucionar los problemas se harán cada vez, menos controlables, y se buscarán más soluciones de fuerza, cuando lo que se requiere es mayor participación ciudadana y menos actuaciones de prepotencia de parte de los gobernantes.

Todo poder tiene que tener como base la realización de la

---

<sup>139</sup>Bobbio, Norberto, citando a Platón y Rousseau en Ob. Cit. Pág. 119.



Justicia. la fuerza coercitiva del derecho ya no es respuesta suficiente para la construcción y desarrollo del Estado de Derecho. la participación consensual de los miembros de la sociedad consolidarán la misma, con participación consciente y activa. para dar razones tanto a los que mandan como a los que obedecen y evitar gobiernos de tipo totalitario. Es notorio que en nuestro país no se ha legitimado el sistema estructural en los que se basa el Estado. Toda nuestra historia política, se ha caracterizado por ser un sistema excluyente, donde la mayoría de las personas, han quedado fuera de la toma de decisiones, de esa cuenta estamos en un estado legal, con falta de legitimidad y por ende más difícil cada día de gobernar.

#### 2.1.1. PRINCIPIOS UNIFICANTES DE LA LEGITIMIDAD:

La consideración de que el poder supremo, que es el poder político debe tener una fundamentación ética (fundamento jurídico) ha dado lugar a la variada formulación de principios de legitimidad o sea, buscar la manera de dar razones a quién detenta el poder de mandar y a quién le toca obedecer, ya, Gaeta Mosca citado por Bobbio le dio la expresión "fórmula política".<sup>140</sup> Para Bobbio, cuya exposición seguimos. la

---

<sup>140</sup>En todas las sociedades discretamente numerosas y llegadas a un cierto grado de cultura hasta ahora ha sucedido, que la clase política no justifica exclusivamente su poder únicamente con la posición de hecho, sino que busca darle una base moral y legal, haciéndolo emanar como consecuencia necesaria de doctrinas y creencias generalmente reconocidas y aceptadas en la sociedad que esa clase política dirige" Citado por Bobbio. en

Voluntad, la Naturaleza, y la Historia, son los tres principios unificantes y cada uno con dos vertientes de los que convergen los seis principios de legitimidad que se reconocen.

En primer lugar cita al principio general de la voluntad y del que convergen los dos que reconocía Gaeta Mosca como fórmula política. Los dos principios se refieren a una voluntad superior, uno contempla que los gobernantes reciben la autoridad de la voluntad de Dios, o de la voluntad del pueblo, el mismo Gaeta Mosca las consideraba ficciones, pensaba que correspondían a una necesidad real "a la necesidad de gobernar y sentirse gobernados no solamente con base en la fuerza material e intelectual, sino también con base en un principio moral" Bobbio dice que estos dos principios se refuerzan entre sí "vox populi, vox Dei" (la voz del pueblo es la voz de Dios).<sup>141</sup> A estos principios siempre se han opuesto las doctrinas naturalistas que dieron origen a las diversas formas del derecho natural que señala que los hombres se pusieron de acuerdo para formar al Estado, por lo tanto la legitimidad no es un don divino, sino una acuerdo consensual.

En segundo lugar: El principio unificante que apela a la historia tiene también dos vertientes: remitirnos a la historia pasada, o bien a la historia futura, en el primero instituye como principio de legitimación la fuerza de la tradición y en consecuencia está en la base de las teorías tradicionalistas del

---

Ob. Cit. Pág. 120.

<sup>141</sup>Ibid. Pág. 121.

poder de acuerdo con ellas el soberano legítimo es quién ejerce el poder desde tiempos inmemoriales, aunque el poder de mandar también se puede adquirir con base en un principio general de derecho por el uso que se trasmite en el tiempo.

Cuando se apela a la historia futura, constituye un típico criterio para la legitimación del poder por constituirse. Es el nuevo orden del revolucionario, puede parecer como una nueva etapa en el curso histórico de los Estados. El debate no es solo doctrinario es ideológico y político. <sup>142</sup>

En tercer lugar: Los principios referidos a la naturaleza como fuerza originaria del poder, de acuerdo con la concepción clásica del poder, y la naturaleza como orden racional; por lo que la ley natural se identifica con la ley de la razón de acuerdo a la interpretación del iusnaturalismo moderno. En la primera se apela a la naturaleza para fundamentar el poder, significa que el derecho de mandar de unos y el deber de obedecer de otros, deriva del hecho que hay naturalmente y por tanto independiente de la voluntad humana, fuertes y débiles, sabientes e ignorantes, "individuos y pueblos enteros aptos para mandar e individuos y pueblos aptos para obedecer"<sup>143</sup> Mientras que el principio que apela a la naturaleza como orden racional, significa fundar el

---

<sup>142</sup>"El debate sobre los criterios de legitimidad no solamente tiene un valor doctrinario; el problema de la legitimidad está íntimamente vinculado al de la obligación política, con base en el principio de que la obediencia se debe solamente al mandato del poder legítimo" Bobbio, Norberto. Ob. Cit. Pág. 123.

<sup>143</sup>Ibid. Pág. 121.

poder en la capacidad del soberano de identificar y aplicar las leyes naturales que son las leyes de la razón.

Es nuestro criterio que el principio que apela a la naturaleza como orden racional, es lo más valedero para justificar el poder ya que el elemento primario y principal del Estado es el individuo como garante de un orden justo y porque el mismo Estado no puede entenderse sin esta participación que se da a través del consenso y es lo que más se acerca al logro de una sociedad solidaria, participativa y justa.

#### 2.1.2. LEGITIMIDAD Y EFECTIVIDAD:

Según Bobbio, con el advenimiento del positivismo jurídico el problema de la legitimidad cambió totalmente. Mientras que de acuerdo con los principios anteriores el poder debe estar apoyado por alguna justificación ética para poder durar y en consecuencia la legitimidad es necesaria para la efectividad. Con el positivismo se abre paso la tesis de que sólo el poder efectivo es legítimo, "efectivo en el sentido del principio de efectividad del derecho internacional"<sup>144</sup>

---

<sup>144</sup>En palabras de Kelsen citado por Bobbio. "General Theory Of Law and state, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) (Trad. it. Comunita. Milánm 1967. "Una autoridad de hecho constituida es el gobierno legítimo, el ordenamiento coercitivo puesto en práctica por tal gobierno es un ordenamiento jurídico. y la comunidad constituida por ese ordenamiento es un Estado en el sentido del derecho internacional, en cuanto este ordenamiento es en conjunto eficaz" Ob. cit. Pág. 125.

Al inicio de este capítulo, indicamos que la validez de la norma no es suficiente, se requiere de la efectividad, y tanto el sistema de derecho como la norma en particular requiere de validéz moral para lograr que el derecho sea efectivo. La historia reciente, nos ha enseñado que no es solo la legalidad lo que garantiza la efectividad de un sistema político determinado, un ordenamiento coactivo ayuda a cimentar un Estado de Derecho, pero todo este conjunto de normas, debe estar apoyado en base a razones éticas que garanticen al individuo su plena participación en igualdad de condiciones lo que a nuestro juicio y a la vista de todos, está comprobado es que nuestro sistema político es etnocéntrico, y monista en su estructuración, cuando Guatemala es una nación pluricultural, donde no se han tomado en cuenta esa diversidad y riqueza cultural. Lo que nos hace concluir que en Guatemala se da un deficit de legitimidad, porque por cinco siglos no se ha tomado en cuenta a la mayoría de la población, legalizando una cultura sobre las otras, pero deslegitimando el sistema en su conjunto.

### 3.- FORMAS DE ENFOCAR LA LEGITIMIDAD.

Cuando los hombres comparten los mismos valores básicos, cuando provienen de una misma cultura, también pueden compartir una misma visión de legitimidad. Es lo que ocurre a nivel internacional, cuando los pueblos del mundo han llegado a consenso en los valores fundamentales y han emitido declaraciones

de respeto hacia estos. Pueden tener distintas razones. pero en los valores fundamentales se han puesto de acuerdo. Pero qué sucede en pueblos pequeños, como el nuestro, multilingue y pluricultural cuyos valores no son homogéneos y se puede tener otra visión de lo que es valor en sociedades occidentalizadas. Aquí como en cualquier otra parte del mundo la legitimidad es cuestionada y por lo mismo se tienen que tomar en cuenta, los valores de los grupos que han sido marginados, respetando su entorno cultural y no avasallando con leyes que no se comprenden y sobre todo que no se sienten como propias y que en un momento determinado pueden obligar a una persona a cumplir ciertos deberes para con el Estado, cuando el Estado no lo ha tomado en cuenta como ciudadano en la toma de decisiones.

### 3.1.- LEGITIMIDAD POR PROCEDIMIENTO.

Cuando la ley establece los procedimientos para acceder a un cargo público, y estos se cumplen se habla de legitimidad por procedimiento.<sup>145</sup> Hablamos de gobierno legítimo porque los de un partido político ganaron las elecciones, con mayoría absoluta, o relativa según el caso. Lo que no se considera es, qué tan lejos estuvieron las mesas de votación de los centros poblados, para que los individuos manifestaran su voluntad. No hay duda que el procedimiento es legítimo, pero de que legitimidad hablamos si la abstención fue mayor que la participación.

---

En la última elección para Presidente de la República el candidato ganó solo en la capital de la república, como producto del efecto propagandístico. También podemos afirmar que las prácticas de los partidos políticos en todo el proceso de elección interna, donde no se toma en cuenta la participación en igualdad de condiciones, no se busca el consenso sino a las personas que financiarán al partido y los candidatos para presidente son los dueños de los partidos políticos.

Inferimos que con las prácticas partidista que tenemos, no basta que el procedimiento sea legítimo, es decir ausencia de fraude, eso siempre debe ser así, también es necesario, que antes del procedimiento la gente esté suficientemente informada, que participe en procedimientos democráticos, para nombrar a los candidatos y que la propaganda tenga un límite en gastos y en influencia televisada que por lo general solo llega a los centros poblados, que en este tipo de procedimientos, son los que al final deciden, dejando a la mayoría de la población sin participación a la hora de elegir.

### 3.2. LEGITIMIDAD POR REPRESENTACION

Esta se da a través de representantes,<sup>145</sup> en Guatemala.

---

<sup>145</sup>Cerezo Arévalo, Vinicio, Expresidente de Guatemala en Entrevista, de la Revista Crónica del 6 al 12 de Junio de 1.997. Pág. 35. Expresa: "En los comicios se triunfa por circunstancias especiales, no porque uno sea el mejor ni el más capacitado, como afirma la propaganda. Serrano probablemente era el peor candidato porque no tenía equipo ni programa de gobierno..."



un ejemplo son los diputados al Congreso de la República. representantes de la voluntad soberana, esta representación recae directamente en los representantes de los distritos, quienes en forma directa son electos por la vía del voto, representando a un determinado porcentaje de la población. Además de los diputados distritales hay diputados por lista nacional, que son los que la mayoría de población desconoce, son los "versados en leyes" y que al final deciden, de acuerdo a las directrices de su partido.

La historia reciente de nuestro país, después del auto-golpe de Estado, de 1,995, sacó a relucir, lo que era secreto a voces, que los representantes en la formulación y elaboración de la ley, se basaban en sobornos y en corrupción generalizada, siguiendo directrices de partidos políticos coaligados o partido político con mayoría.<sup>147</sup> Aquí se da la legalidad en el procedimiento de elección, a pesar de la poca participación de la comunidad política, pero en la elaboración de la ley, no se legisla como decía Kant: "que la ley debía emanar como la conciencia de todo un pueblo".<sup>148</sup>

Se delega la soberanía del pueblo, y este queda sujeto a

---

<sup>147</sup>Offe se manifiesta crítico en el funcionamiento actual de los partidos políticos, que para él no constituyen verdaderos canales de participación" Offe, Claus, Strukturprobleme des Kapitalischen Staates, citado por Cárdenas Gracia Ob. Cit. Pág 105.

<sup>148</sup> Por esa razón en la practica no se interpretan en forma estricta ni la legitimidad por procedimientos ni la legitimidad por representación. Deutsch. Karl W. obra citada Pág.29

las lev. De esta forma sobreviven los Estados. Hasta aquí todo parece legitimo y para que un Estado pierda su legitimidad ante los ojos del pueblo. tienen que darse situaciones muy evidentes para que no dejen ninguna duda de que se está abusando del poder. Pero todo el sistema de legalidad, funciona para aparentemente dar legitimidad a las actuaciones. En Guatemala, los ejemplos abundan. Cuando se dio el golpe de Estado de 1,993, las personas salieran a las calles a mostrar su descontento. Se creyó que se daría el cambio en la estructura social económica y política del país. sin embargo los consensos de siempre entre los grupos hegemónicos de poder económico y militar prevalecieron y la depuración de los organismos del Estado: Congreso de la República y Corte Suprema de Justicia parecieron más bien actitudes de venganzas personales que un afán sincero de reestructurar el Estado de Derecho para hacerlo menos excluyente.

### 3.3. LEGITIMIDAD POR RESULTADO;

Empezamos a distinguir, que un gobierno es justo, si cumple con el compromiso constitucional, primero, de garantizar la protección de los derechos humanos y segundo de crear las condiciones para alcanzar el bien común sin distinciones de ninguna naturaleza. De otra manera, se tiene la duda de la legitimidad de un gobierno determinado. De esa cuenta la legitimidad por resultados va más allá de un procedimiento eleccionario

debidamente establecido y de una representación que se ejercita.<sup>149</sup>

La legitimidad debe lograr la compatibilidad de valores. el logro de mi valor no debe interferir en el logro de los valores de los demás de tal suerte que los objetivos y las prácticas para alcanzarlos no lesione la personalidad de los individuos y se garantice el cumplimiento de los valores públicos. Si lo anterior se logra, no costara obedecer la ley, y si las personas que no cumplieran con respetar los valores comunes se estarían haciendo daño a si mismos. Eso lo sentirían en conciencia, pero cuando se duda. de la legitimidad del gobierno por las prácticas para alcanzar los objetivos, los individuos no tendrán ningún remordimiento en desafiarlos. La falta de legitimidad en los resultados, nos da la pauta para considerar, que la ingobernabilidad que padecemos. es consecuencia directa de ese no tomar en cuenta, que la legitimidad se alcanza día a día pues no es una cosa acabada. y que los que por el momento detentan el poder. deben permitir esos espacios de participación, para que los gobernados cambien su obediencia por temor. a una obediencia por adhesión.

---

<sup>149</sup> "En nuestro libro emplearemos como sinónimos los términos justo y legítimo. La gente siente que un gobierno es justo o injusto, legítimo o ilegítimo. no sólo por la forma en que llegó al poder, sino, también y principalmente por lo que hace. Si sus acciones u omisiones violan sus valores básicos. puede concluir, como lo hizo San Agustín en la Ciudad de Dios, que "un gobierno sin justicia es una gran robo" Deutsch Karl W. obra citada Pág. 29.

### 3.4. VISION CONTRACTUALISTA DE LA LEGITIMIDAD. LEGITIMIDAD POR CONSENSO.

El contractualismo puede ser entendido desde dos puntos de vista, uno, en el que nos da una explicación sobre el origen histórico del Estado y del derecho y dos el que considera que el contractualismo es la teoría de la legitimidad y fundamentación del poder<sup>150</sup>. En esta segunda manera de entenderlo, el contractualismo resulta una normativa que otorga a los individuos el origen del poder e indica que la legitimidad tiene una vinculación directa con los Derechos Humanos, en donde el orden político se justifica, si y solo si, promueve estos derechos. Esto se logra si se permite la participación de los individuos tanto en la formulación como en la determinación de los procedimientos políticos.

Las razones que llevan a considerar el contrato social, como base de legitimación, según Eusebio Fernández y Cárdenas Gracia, con diferente matiz son las siguientes:

La relación de contrato y consentimiento. No se puede hablar de sociedades justas y legítimas si de alguna manera los individuos que la componen no han manifestado su consentimiento. Así la forma en que se generan las normas, es a través de procesos democráticos donde la mayoría es representada sin olvidar que no podemos hablar solo de elección. pues, es de todos sabido que en los procesos democráticos de elección, se da por

---

<sup>150</sup>Cárdenas Gracia, Ob. Cit. Pág. 115.

ejemplo el fenómeno del ausentismo. Entonces aplicar la regla de las mayorías podría significar dejar al margen grupos importantes de población que por diversos motivos no se hacen representar.

151

Para ejemplificar, en el caso de las dictaduras, la confianza está en la aplicación de la fuerza, y en la democracia sobre todo en el consenso.<sup>152</sup>

El contrato social resalta el papel de los valores de autonomía individual, libertad e igualdad, base para la fundamentación de los derechos humanos y para la elaboración de una teoría de la justicia.<sup>153</sup>

El principio de legitimidad contractualista aporta argumentos que dan fundamento y efectividad a las nociones de obligación moral jurídica y política y a la obediencia al derecho, revitalizan el ideal de participación ciudadana

<sup>151</sup> A mayor consenso menos actuaciones de fuerza. Fuerza y consenso se encuentran entre sí en una relación universalmente proporcional, de forma que, cuando más extenso es el segundo, más se puede prescindir de la primera. Fernández Eusebio, obra citada. Pág. 187.

<sup>152</sup> Díez Picazo, Luis. "Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho" Editorial Ariel, Barcelona, 1975 Pág. 192 ha señalado: "La razón de validez del orden jurídico se encuentra así en el conjunto de las creencias, de las estimativas y de las convicciones del grupo social... Las normas que responden a ellas son legítimas, pues su legitimidad deriva, en definitiva, del consensus... es lo que hoy se llama consenso de base social y que a mí me parece cierta"

<sup>153</sup> "Considero que la teoría del contrato social puede resolver, mejor que cualquier otra, los problemas relativos a la búsqueda de un principio de legitimidad social, política y jurídica basado en los valores y principios éticos de autonomía individual, libertad e igualdad" Fernández Eusebio, obra citada Pág. 198.

auténtica y posibilitan la desobediencia civil justificada.<sup>154</sup>

Las mismas razones contractualistas que sirven para fundamentar la obligación política y jurídica pueden ser aplicadas como justificación de la desobediencia civil.<sup>155</sup>

La legitimidad contractual descansa en la democracia liberal.<sup>156</sup> Ya que es este sistema político el que más puede adaptarse a los requisitos del tipo de decisiones contractualistas. Solo la democracia permite la elección, revisión, experimentación y crítica de sus instituciones.

Cárdenas Gracias en la obra que hemos venido citando considera tres razones por las cuales la legitimidad contractual descansa en la democracia liberal.<sup>157</sup>

---

<sup>154</sup> Para lo anterior pueden consultarse las siguientes obras: A. Quintón, *Filosofía Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974. Eusebio Fernández, obra citada Pág. 201. Cárdenas Gracia, obra citada. Pág. 117.

<sup>155</sup> Rawls, John citado por Fernández Eusebio en su obra citada dice al respecto: "Realmente la desobediencia civil es, al igual que la objeción de conciencia uno de los instrumentos estabilizadores de un sistema constitucional, aunque ilegal por la definición... la desobediencia civil, empleada con la debida mesura y con criterio firme, ayuda a mantener y consolidar las instituciones justas... Pág. 203

<sup>156</sup> Una de las grandes justificaciones de la democracia es que permite la experimentación y una elección revisable entre tales alternativas" H.L.A. Hart. "El Concepto de Derecho" Editora Nacional, México, 1.980 Trad. de Genaro R. Carrió. Pág. 227.

<sup>157</sup> Cárdenas Gracia, obra citada Pág. 118. 1.- La democracia liberal se inspira en los derechos humanos, en el Estado de Derecho, la división de poderes, en el constitucionalismo y en el sufragio universal. 2.- Al momento no existe una alternativa del sistema democrático liberal, que pueda realizar mejor estos principios. 3.- Porque la democracia liberal y el contractualismo tienen una fuente común de carácter crítico, igualitario, de participación igual en las decisiones, de igualdad de oportunidades".

El principio de legitimidad contractualista consagra la supremacía del individuo sobre el Estado. El Estado queda subordinado al individuo y a la sociedad, no para ser sujeto de la arbitrariedad de estos sino para cumplir con su parte del contrato. esto quiere decir que el Estado se convierte en el equilibrador de las relaciones, en protector de los derechos humanos, de los civiles y políticos como de los sociales, culturales y económicos.<sup>158</sup> Eusebio Fernández así mismo ha expresado al respecto: "Pienso que una de las principales enseñanzas de la teoría del contrato social, es la subordinación de lo político a lo social, con manifiesta supremacía de lo segundo, y la concepción del Estado como un medio regulador de los conflictos de intereses interindividuales y garantizador del mantenimiento de la ley y de la supremacía de las libertades y derechos humanos fundamentales, nunca como portador de una finalidad por encima de (o ajeno) a los intereses y propósitos humanos."<sup>159</sup>

Inferimos que el contractualismo, es la teoría que responde a las exigencias actuales de legitimación de las actuaciones del poder establecido, porque toma en cuenta el consentimiento de los gobernados, sus valores de autonomía, libertad e igualdad, base

---

<sup>158</sup>Ibid. Pág. 119. Bobbio ha señalado "Que quién no base sólidamente el gobierno civil en el individuo como elemento originario y constitutivo de la sociedad, ya ha puesto las premisas para justificar cualquier forma de despotismo en nombre incluso de nobles ideales".

<sup>159</sup> Fernández Eusebio, obra citada pág. 214

para los derechos humanos. es además la teoría que aporta argumentos que dan fundamento y efectividad a las nociones de obligación política e igualmente que justifican la obediencia al derecho también justifican la desobediencia por las mismas razones. Porque la legitimidad descansa en la democracia liberal que por ahora permite la elección, revisión, experimentación y crítica de sus instituciones, y por último porque el contractualismo consagra la supremacía del individuo sobre el Estado, subordinando lo político a lo social, si existe esta subordinación tendremos una sociedad más solidaria, que se preocupe porque los individuos que la integren logren realizar su proyecto de vida. Creemos que es lo que estamos necesitando.



## CAPITULO IV

### EL CONTRACTUALISMO Y LOS DERECHOS HUMANOS.

El contractualismo como vimos antes es la doctrina filosófica que consagra la primacía del individuo sobre el Estado; el Estado queda sujeto a la sociedad no para ser objeto de la arbitrariedad de esta, sino para cumplir con su parte del contrato que en este caso es: garantizar los derechos de los individuos, que la componen, derechos que de acuerdo al contrato social, poseen desde antes de la existencia del Estado. Para lograr que los obligados cumplan con su parte del contrato, cumplir con la ley, el Estado debe asegurar el suficiente consenso de los mismos, para que estos cumplan no por fuerza sino por convicción. En la doctrina del contrato social, el Estado tiene aparte de un límite formal, (debe actuar de acuerdo a la ley) un límite material, que consiste en respetar los derechos humanos.

Nos ayudará a introducirnos al tema de los derechos humanos, el desarrollo de una dicotomía interesante "ex parte populi" y "ex parte principes" que da dos perspectivas sobre la visión que se tenga del Estado, su evolución histórica, la sustentación filosófica, en sus tres corrientes y su fundamentación histórica para terminar con la clasificación de los derechos humanos como una forma metodológica de comprensión, más que una forma de

privilegiar unos sobre otros.

## 1.- LA DICOTOMIA EX PARTE POPULI. EX PARTE PRINCIPES.

Para estudiar al Estado y la legitimidad del poder, hay que tomar en cuenta una dicotomía importante y es la que establece una distinción entre dos perspectivas: ex parte populi (la de los que están sometidos al poder - los gobernados) y ex parte principis (la de los que tienen el poder y buscan conservarlo)<sup>150</sup>

Al exponer que la inversión deóntica originaria del deber al derecho de los hombres, representa el triunfo del individualismo en su acepción más amplia, es decir, todas las tendencias éticas, metodológicas y ontológicas que ven en el individuo el dato fundamental de la realidad nos indica que la perspectiva del Estado en beneficio de los gobernados tiene preeminencia, y lo asegura Celso Lafer en la "Reconstrucción de los Derechos Humanos" en donde amplía y destaca la importancia de la dicotomía para el tema que nos ocupa, "la preeminencia de la parte ex parte

---

<sup>150</sup> "La declaración francesa de 1789 estipula en su artículo 2do. que el fin de toda asociación pública es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esa declaración como señala Bobbio, afirma que el Estado es para el individuo y no el individuo para Estado, lo que políticamente significa el acto inaugural de la legitimación plena de la perspectiva ex parte populi. Ese acto inaugural se traduce jurídicamente en la inversión de la figura deóntica original de el deber, en el derecho" Lafer, Celso: "Ensayos Liberales" Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V. Carretera Picacho Ajusco 227: 14200 México, primera edición en español, 1993. Pág. 47

populi y dice, que tiene sentido en la lógica de la modernidad, con su afirmación de la existencia de derechos naturales que pertenecen al individuo y que preceden a la formación de cualquier sociedad política". Es plantear los derechos humanos desde la visión de Locke.<sup>181</sup>

En la perspectiva ex parte populi, ese valor fuente, de la tradición que afirma la dignidad del hombre gracias a la "invención de los derechos humanos" en la interacción de los gobernantes y gobernados tuvo y tiene la función de servir de apoyo a las reivindicaciones de los que carecen de todo privilegio. En palabras de Hanna Arendt, citada por Lafer: "una especie de ley adicional, un derecho de excepción para quienes no tenían nada mejor en que apoyarse"<sup>182</sup>

Al considerar al individuo el eje fundamental de la sociedad, se asegura la preeminencia de la expresión ex parte populi, ya que el individuo con sus derechos antecede toda organización política. Y de lo anterior inferimos que si el Estado cumple con su parte de garantizar a este individuo el pleno goce de sus derechos fundamentales, está legitimando esta primacía. Es desde esta perspectiva, que el Estado cumple con su parte del contrato, garantizar los derechos humanos, y lograr el

---

<sup>181</sup> Lafer Celso "La Reconstrucción de los Derechos Humanos" Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V. Págs. 149-153, 1994.

<sup>182</sup> Lafer, Celso: Ibid, obra citada pág. 146.

consenso de los obligados como una tarea inherente de su quehacer legislativo.

## 2.- EVOLUCION HISTORICA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

En la teoría del contractualismo, se afirma: que antes del Estado los hombres gozan de ciertos derechos, a los que renuncian siempre que el Estado les garantice su protección y que para garantizarlos se unen en sociedad política a través del Contrato social.

Si estos derechos existen desde antes del Estado el problema radica en tratar de ubicar una época exacta en que se originan; no de forma hipotética, sino como actualmente los conocemos como derechos humanos. La respuesta dependerá del punto de vista desde donde se enfoque. Si los vemos como valores tenemos que buscar su origen en la antigüedad, si lo que se destaca es lo normativo, debemos estar de acuerdo en buscar su origen en las Declaraciones de Derechos desde la edad media hasta finales del siglo XVIII. ( Inglaterra. Francia y EEUU.).

### A) CARTA MAGNA:

En 1.912. fue promulgada en Inglaterra por el Rey Juan. quién por protestas del pueblo se vió obligado a conceder una serie de normas jurídicas en favor de los nobles. que después favorecieron a las clases populares. Lo más importante de este documento. es que el poder absoluto del rey está limitado por

esas disposiciones legales, en favor de los gobernados. No debemos perder de vista que ésta declaración se dió como resultado de luchas del pueblo de Inglaterra por sus derechos. Este documento se considera como antecedente histórico de las constituciones de los Estados.<sup>153</sup>

#### B) LA DECLARACION DE DERECHOS DE VIRGINIA:

Es la primera declaración de derechos. (1.776) es la Constitución del Pueblo de Virginia (USA). En el art. 1o. destaca la igualdad natural, la libertad, y el hecho de tener derechos innatos, que ningún pacto debe desconocer. Este documento enumera una serie de derechos que el Estado debe respetar.

#### C) DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO.

Esta declaración (1.789) tiene como ingrediente fundamental, que fue consensuada de varios proyectos presentados, antes de que el gobierno francés elaborara su Constitución. Este documento ha sido decisivo en la historia de la humanidad de los últimos doscientos años, en su preámbulo determina, "que el olvido o menosprecio de los derechos del hombre son la única causa de las

---

<sup>153</sup> SAGASTUME GEMMELL. Marco Antonio. "Curso básico de Derechos Humanos" Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala. "Esta carta aún conserva su vigencia en Inglaterra, aunque contiene algunas modificaciones."

desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos" lo que significa que los derechos del hombre son inalienables y sagrados.

D) CONSTITUCION MEXICANA DE 1.917.

Se da un nuevo paso histórico, porque incorpora nuevos derechos, los derechos sociales, ya que las anteriores declaraciones solo contemplaban derechos individuales.

E) DECLARACION DE DERECHOS DEL PUEBLO TRABAJADOR Y EXPLOTADO DE RUSIA: (1.918)

Es también un salto cualitativo en relación a los derechos económicos, sociales y culturales.

3.- FUNDAMENTACION FILOSOFICA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La fundamentación filosófica, implica abordar dos tipos de problemas, el primero referente a la consideración de algunos derechos como fundamentales y por consiguiente diferentes de otros que no tuvieran ese calificativo. Dentro de la misma problemática tendremos que establecer, son estos derechos fundamentales en relación a otros considerados comunes. Hay una parte de la doctrina que afirma que el hecho de ser derechos constitucionales además de derechos de la dignidad humana.

establece claramente que son fundamentales en relación a otros de menor jerarquía.<sup>164</sup> Otros se resisten a considerarlos como derechos fundamentales ya que los mismos cambian por consecuencias histórico-políticas y jurídicas que la sociedad presenta en un momento determinado.<sup>165</sup>

Otra cuestión que se presenta es si son dentro de los mismos derechos humanos, unos son fundamentales y otros no. Algunos afirman que eso es posible y ponen de ejemplo los derechos civiles y políticos, no así los económicos y sociales. Otros por el contrario considera que los derechos todos son fundamentales y no se puede privilegiar a unos en detrimento de los otros. En este punto somos de la opinión que los derechos humanos todos son fundamentales y no se puede ni se debe privilegiar a unos en detrimento de lo otros, por la relación estrecha que existe, cuando el Estado no cumple con garantizar los derechos económicos, sociales y culturales ese no cumplimiento necesariamente se reflejará y tendrá repercusiones negativas en los derechos civiles y políticos.

Ahora bien: Que son los derechos humanos? Para esta interrogante hay varias corrientes, por ejemplo las que tienen influencia de la sociología o de la historia aseguran que se

---

<sup>164</sup>Tomado de I Curso Regional Especializado en Derechos Humanos para México y América Central. "Materiales Básicos de Estudio". Guatemala, 1.996.

<sup>165</sup>Ibid. Citan por ejemplo, que la propiedad privada era un derecho fundamental después de la Revolución Francesa, y hoy este carácter se ve relativizado por la noción de la propiedad en función social.

debe privilegiar la noción de Derechos Humanos a las necesidades particulares que el grupo social o la comunidad va conquistando con el transcurso del tiempo. esto quiere decir que la fundamentación filosófica de estos derechos no descansa solo en valores o expresiones de normas que es lo que marca el enfrentamiento entre dos corrientes de pensamiento que se disputan la fundamentación de los derechos humanos, el iusnaturalismo y el positivismo jurídico.<sup>166</sup>

La disputa entre el iusnaturalismo y el positivismo sobre la fundamentación de los derechos humanos, se basa en dos corrientes de pensamiento. Por un lado los iusnaturalistas aseguran que los derechos humanos descansan en valores y principios de naturaleza universal inmutables de todos los hombres mientras que el positivismo asegura que más bien son producto de la conquista que los grupos van logrando en el transcurso de los tiempos. Tratando de reconciliar las dos corrientes hay una tercera, la corriente ética que interviene en la disputa, para tomar lo razonable de las dos anteriores.

### 3.1.- DOCTRINA IUSNATURALISTA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Según las doctrinas iusnaturalistas los derechos humanos existen independientemente de que sean reconocidos o no por la

---

<sup>166</sup>Ibid. Pág. 1 a 3.



sociedad civil o el derecho positivo.<sup>187</sup> Para esta doctrina el derecho está constituido por un conjunto de valores y principios de naturaleza universal, inmutable, irrenunciable e imprescriptible, cuya vigencia superior e inderogable prevalece ante cualquier contenido que hayan asumido las normas jurídicas a través del tiempo.

Pero la fundamentación iusnaturalista no se queda en la simple defensa de unos derechos naturales, sino que al mismo tiempo que insiste en su especial importancia e inalienabilidad propugna la exigencia de reconocimiento, protección y garantías jurídicas plenas. Así pues el derecho positivo que cada país dicta dentro de su territorio será legítimo en la medida en que se respete el Derecho Natural, de no hacerlo así, consume la injusticia, y por lo tanto no estamos ante regulaciones de conducta legítima.

### 3.2.- DOCTRINA POSITIVISTA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

En el siglo XIX el extraordinario desarrollo de las

---

<sup>187</sup> Massini Correas. Carlos I. Los Derechos Humanos en el Pensamiento actual. Distingue las corrientes de pensamiento de la siguiente manera: "iusnaturalismo racionalista, el de la escuela moderna del derecho natural, encabezada por Grocio, iusnaturalismo empirista, se puede poner de ejemplo a Hobbes, iusnaturalismo realista, de raíz aristotélica, su principal representante es Tomás de Aquino, iusnaturalismo marxista, Ernest Bloch y Herman Klenner; y un iusnaturalismo kantiano, propuesto por Stammeler". Segunda edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires. Argentina. Pág. 206.

ciencias sociales influyó en la Ciencia Jurídica, donde aparece el principio positivista de que sólo será Derecho lo que el legislador humano establezca. Los valores y principios de la teoría iusnaturalista serían sustituidos por la supremacía del formulismo y la norma jurídica, y por la exactitud de los procedimientos en la elaboración de la ley. Aquí se desliga la norma jurídica del concepto de lo moral. El positivismo considera la ciencia pura del derecho, donde una norma superior da validez a una norma secundaria. Los valores resultan siendo subjetivos, y la norma no los necesita para ser válida. De lo anterior se desprende que solamente son derechos humanos los que las leyes establezcan.

Aunque las doctrinas esbozadas tienen rasgos irreconciliables, hay una tendencia a una tercera posición de la doctrina que ve la posibilidad de que estas corrientes, son razonables y se complementan.

### 3.3.- FUNDAMENTACION ETICA.

Eusebio Fernández nos ayuda a salir del círculo vicioso de la tradicional polémica entre iusnaturalismo y positivismo. Sostiene: "En definitiva la fundamentación ética de los derechos humanos fundamentales, se basa en la consideración de esos derechos como derechos morales, entendiendo por derechos morales, el resultado de la doble vertiente ética y jurídica"<sup>100</sup>

---

<sup>100</sup> Fernández Eusebio. obra citada. Pág. 106.

De esta fundamentación ética, surge el concepto de Antonio Truyol y Sierra, quién conceptualiza de la siguiente manera: "Decir que hay derechos humanos, o derechos del hombre, en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por esta consagrados y garantizados".<sup>159</sup>

La fundamentación ética de los derechos humanos, como ya señalamos antes reconcilia las dos corrientes, es decir que toma en cuenta, tanto la ética de los iusnaturalistas como la jurídica de los positivistas. Al considerarse como derechos morales, constituyen una buena argumentación, en el caso de que el Estado retarde el reconocimiento jurídico de un derecho humano, es decir cuando los legisladores son reacios a reconocer a través de la ley que los garantiza un derecho que los gobernados consideran que tienen por su propia dignidad de hombres. También puede darse el caso de que la legislación sea insuficiente y el individuo queda indefenso ante el Estado.

La corriente ética de los derechos humanos, es una respuesta ante nuevos derechos, que permiten la argumentación lógica y la

---

<sup>159</sup> Truyol y Sierra Antonio, "Los derechos humanos" Editorial Tecnos, Madrid, 1979. Pág. 6

defensa del individuo frente al Estado, mayormente, cuando en defensa de un derecho, el individuo se ve precisado al no cumplimiento de la ley que lo obliga personalmente, por considerarla que va en contra de sus principios morales.

#### 4.- CLASIFICACION DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La clasificación más difundida ha sido la concebida originalmente en el marco de las Naciones Unidas y retomada por los sistemas de protección y promoción de derechos humanos a nivel universal y regional. Conviene además señalar al respecto, que esta división de los Derechos Humanos tiene sentido en la medida que se concibe más como un recurso metodológico y didáctico que como una verdadera división. Distingue tres tipos de derechos:

- a) Derechos Civiles y Políticos.
- b) Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- c) Derechos de Solidaridad.

Esta división no debe hacernos perder de vista, la globalidad e integridad de los derechos humanos, para evitar jerarquizarlos, dando privilegios a unos en detrimento de otros, bien por su lejana aparición histórica, o porque están expresamente garantizados en una norma jurídica. Por lo anterior es importante hacer notar que todos los derechos humanos son correlativos e interdependientes, y que su fin específico es proteger a todos los individuos de interferencias ajenas.

proporcionarle los medios para su desarrollo integral y crear un ambiente mundial de paz y desarrollo, para que de esa cuenta proteger efectivamente la dignidad humana en todas sus manifestaciones. La clasificación iushumanista tripartita de Naciones Unidas, puede complementarse con otros criterios de división como los considerados por generaciones u orden de aparición histórica.

#### 4.1. PRIMERA GENERACION. DERECHOS CIVILES Y POLITICOS.

Los primeros derechos humanos en ser reconocidos son los derechos humanos de la Declaración de Virginia y la Declaración Francesa de 1.789. Históricamente son los llamados derechos civiles y políticos, cuyo reconocimiento se produce como consecuencia de las luchas de los pueblos frente a los abusos de las monarquías y gobiernos absolutistas del siglo XVIII y que coincide con los movimientos democráticos y revolucionarios de fines de ese siglo, por lo que el primer derecho en ser reconocido es el de la libertad religiosa y de conciencia, el cual se sitúa en la época de la reforma y contrarreforma protestante. Estos derechos de primera generación "Se basan en una demarcación entre Estado y no Estado, fundamentada en el contractualismo de inspiración individualista"<sup>170</sup>

---

<sup>170</sup>Por eso son derechos individuales: 1) En cuanto al modo de ejercicio. 2) En cuanto al sujeto pasivo del derecho, pues el titular del derecho individual puede afirmarlo en relación con todos los demás individuos, ya que ese derecho tiene como límite el reconocimiento del derecho de los demás, o sea, en las

Para la doctrina tradicional, la característica principal de estos derechos es que se ejercen contra y frente al Estado, al que le corresponde un deber de abstención, a efecto de que se respeten en una sociedad organizada. Los derechos de primera generación o derechos civiles y políticos son cualidades inherentes a la persona humana y su carácter jurídico está en su reconocimiento por parte del derecho positivo, permiten una delimitación clara a la obligación del Estado de garantizarlos, para lo que se requiere de mecanismos jurídicos necesarios que permitan su exigibilidad.

#### 4.2. SEGUNDA GENERACION; DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES.

Se llaman de segunda generación porque aparecieron en la esfera internacional después de los civiles y políticos. Históricamente se consideran que surgen en el siglo XIX, como consecuencia del protagonismo del proletariado, a raíz de la industrialización creciente de las sociedades occidentales. Por ese motivo se dice que estos derechos tratan de integrar la libertad con la igualdad desde una perspectiva social democrática. Por estos derechos el Estado se obliga a proveer

---

palabras del artículo 4o. de la Declaración Francesa "... la existencia de los derechos naturales de cada hombre, no tienen otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos"; y 3) En cuanto al titular del derecho que es el hombre en su individualidad. Lafer Celso, Ob. Cit. Pág. 146.

los medios materiales para la realización de los servicios públicos, como es el caso de la enseñanza, asistencia médica, seguridad social, vivienda, etc.

"Estos derechos buscan asegurar las condiciones para el pleno ejercicio de los primeros, eliminando o atenuando los impedimentos al pleno uso de las capacidades humanas."<sup>171</sup>

Lo que equivale a que el Estado tiene la obligación de proporcionar y destinar los recursos necesarios para la satisfacción de tales necesidades.

La Correlación existente entre derechos de primera y segunda generación no se puede negar. Para que un individuo desarrolle al máximo su capacidad como hombre, tiene que tener plena participación en los bienes del Estado, lo entendemos aquí como el derecho a educarse, a estar sano o gozar de la seguridad social, tener participación en los bienes económicos. No cabe duda que mientras estos derechos no se cumplan por el Estado los derechos de primera generación no podrán ejercitarse ni exigirse como algo consubstancial al hombre.<sup>172</sup>

Por otra parte son derechos de naturaleza colectiva son

---

<sup>171</sup>Ibid. Pág. 147.

<sup>172</sup>Por eso los derechos de crédito, denominados derechos económicos, sociales y culturales, pueden ser vistos como derechos que tornan reales, derechos formales: Procuran garantizar a todos el acceso a los medios de vida y de trabajo en un sentido amplio, impidiendo así la invasión del todo en relación con el individuo, que también resulta de la escasez de los medios de vida y de trabajo. Celso Lafer, citando a Jean Rivero, en Ob. Cit. Pág. 147.

guias o programas que el Estado debe desarrollar en la medida de sus posibilidades económicas. En estos derechos el Estado se obliga a buscar la equidad, con un deber-hacer. (Prestaciones positivas y materiales) para que estos derechos puedan tener vigencia. Pero no tienen categoría de derechos subjetivos, por lo que los individuos no los pueden reclamar individualmente pero si en forma colectiva. Se trata de lograr la igualdad de oportunidades y que todos los individuos se beneficien del patrimonio cultural de su nación.

#### 4.3. TERCERA GENERACION; DERECHOS DE SOLIDARIDAD

Tomando en cuenta que los problemas persisten y nuevas amenazas y peligros se ciernen sobre todo el género humano, hay nuevos desafíos y serias dificultades que reclaman que se les dé solución. El deterioro ecológico a nivel planetario, el hambre, la desnutrición, y la insalubridad causan estragos en pueblos enteros, centenas de millones de seres humanos se debaten entre la miseria, la discriminación, la explotación y la opresión y la amenaza de una guerra nuclear, los efectos devastadores de las dos últimas guerras mundiales, son algunos de los problemas que dan sentido a todos los derechos humanos de tercera generación, o derechos de solidaridad.<sup>173</sup> Entre estos derechos se

---

<sup>173</sup>"Cabe afirmar que en el proceso de afirmación histórica de los derechos humanos, los que en lenguaje de la ONU han sido simultáneamente llamados derechos de tercera e incluso de cuarta generación y que han servido de apoyo para las reivindicaciones jurídicas de los carentes de privilegios" Lafer Celso. Ob. Cit.



encuentran: el derecho al desarrollo, el derecho a un ambiente sano y adecuado, el derecho a la paz y a la seguridad, el derecho a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad, el derecho a la libre determinación de los pueblos, el derecho de los cónyuges de decidir libre y responsablemente el número y el momento de nacimiento de sus hijos, así como el derecho a una educación e información adecuada a este respecto.<sup>174</sup>

Es por la necesidad de cooperación y esfuerzo que estos derechos se llaman de solidaridad, ya que implican el esfuerzo de todos para tutelarlos. Sin embargo, estos derechos aún están jurídicamente en estado naciente, ya que no han terminado de conceptualizarse en la doctrina, y en la práctica no son jurídicamente exigibles.<sup>175</sup>

En el consenso universal de las naciones, surgen nuevos derechos que la comunidad internacional, trata de justificar y de

---

Pág. 151

<sup>174</sup>"Estos derechos son consecuencia de los nuevos problemas que enfrenta la humanidad y responden a las actuales necesidades del hombre y de la propia humanidad en su estado de desarrollo presente. La toma de conciencia de los mismos se produjo en especial a partir de la década de los sesenta. Se inspiran en una concepción de la vida humana en comunidad, en un mundo absolutamente interdependiente y complejo y solo pueden realizarse en base a la cooperación a nivel interno e internacional y, en consecuencia, exigen el esfuerzo conjunto de todos, individuos, instituciones públicas y privadas, Estados y organizaciones internacionales" Del Arenal Celestino, "Paz y Derechos Humanos" San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, V curso interdisciplinario de Derechos Humanos, 1987. Pág. 18.

<sup>175</sup> En una anteproyecto para el derecho a la paz.

proyectarlos como verdaderos derechos. En primer lugar atienden a necesidades manifestadas, a la obligación de prevenir situaciones que de no hacerlo, serán catastróficas para la humanidad. Uno de ellos es el derecho a la Paz, y ésta como ausencia de guerra, para protección de las personas, dentro de este se encuentra expresamente el derecho a objetar en conciencia el servicio militar.

El derecho a la paz se fundamenta en el derecho de toda persona a la vida, de esa cuenta toda guerra o todo conflicto bélico es una amenaza para la misma. Transcribo a continuación el artículo uno de la Carta de las Naciones Unidas, que nos dice que entre los propósitos de esa organización están: "(1) Mantener la paz y la seguridad internacionales y con tal fin; tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles a conducir a quebrantamientos de la paz; (2) fomentar entre las naciones relaciones de amistad basada en el respeto al principio del derecho a la igualdad de derecho y a la libre determinación de los pueblos, y a tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal"

De lo anterior inferimos que la protección a la vida es un derecho inderogable y el exponer a las personas a las guerras, es una exposición a la muerte o bien una privación de la vida de los

demás. El Estado es el garantista de este derecho y debe prever no colocar a las personas en el riesgo de que por cumplir con un deber político quebranten sus normas de moralidad que les impide alistarse en un ejército.

Este conflicto personal, en conciencia de un hombre de considerar el respeto a la vida como condición primaria dentro de sus obligaciones en una sociedad, lleva a algunos, en nombre de este derecho, a objetar en conciencia el servicio militar obligatorio, y los Estados deben de procurar lograr los consensos específicos de tal manera que no se obligue, cuando hay indicios de que las obligaciones morales, se oponen a una obligación jurídica.

## CAPITULO V

### LA OBJECCION DE CONCIENCIA

En el desarrollo del presente capítulo analizaremos los conceptos en sentido general, luego el concepto de objeción de conciencia en sentido amplio y en sentido restringido. Consideramos además, revisar las definiciones doctrinarias, de connotados neocontractualistas, para que con todos los elementos hacer inferencias lógicas, que nos permitan elaborar nuestra propia conceptualización, que es uno de los objetivos de la presente tesis. Posteriormente revisaremos lo concerniente a los antecedentes de este derecho, las formas en que se manifiesta, sus características, límites para el ejercicio de este derecho, su fundamentación filosófica y legal, los pronunciamientos de Organismos Internacionales además de alguna referencias concernientes a legislación comparada, la objeción de conciencia como proyección del contractualismo, para finalizar con un análisis del caso guatemalteco, que incluye, la legislación que actualmente nos rige y que puede y debe incidir en los casos prácticos que se presenten.

#### 1. CONCEPTOS GENERALES.

Faulquié en su Diccionario de Lenguaje Filosófico define objeción como: "Consideración que se opone a una

afirmación". 177 lo que significa que ante una obligación positiva de hacer o no hacer se considera por principio, oponerse a cumplirla.

Por CONCIENCIA, en su acepción más amplia: se entiende como la "facultad que tiene el hombre de conocer inmediatamente sus estados o actos interiores, así como el valor moral de los mismos".178 Lo anterior expresa, que cuando el hombre actúa, sabe inmediatamente - incluso - antes de ejecutar una acción, si ésta es buena o mala y si está acorde con sus valores morales. La conciencia vista de esa manera "pertenece al momento práctico de la conducta humana" 179. La conciencia ha sido descrita como luz interior que permite a la criatura dirigir su vida moral. En la Encíclica Veritatis Splendor, de Juan Pablo II, en el número 39 dice: "El juicio de la conciencia es un juicio práctico o sea, un juicio que ordena lo que el hombre debe hacer o no hacer o bien que valora un acto ya realizado por él. Es un juicio que aplica una realidad concreta la convicción racional de que se debe amar, hacer el bien y evitar el mal".

Inferimos que si la objeción es oponerse a una afirmación y la conciencia es hacer un juicio práctico de la conducta sobre el

---

177Faulqué P. Diccionario de Lenguaje Filosófico, con la colaboración de Raymond Saint-Jean. Editorial Labor, S. A. Barcelona, 1967. Pág. 704.

178Ibid. Pág. 170.

179Herbada, Javier. Cuatro lecciones de derecho natural. Edic. Universidad de Navarra, Pamplona, 1,989.

valor de la acción. la objeción de conciencia es oponerse a un mandato positivo externo que nos obliga a tener determinado comportamiento. por considerar que va en contra de nuestros valores morales. La gama de mandatos morales que nos obligan a asumir determinada conducta son de carácter interno. de orden inmaterial o espiritual, este acto moral es racional, es aplicar la razón a la conducta. los mandatos morales, guían la conducta nos impelen a hacer el bien, no matar, no robar, respetar a los mayores, etc.

#### 1.1. DEFINICION DE OBJECION DE CONCIENCIA EN SENTIDO AMPLIO.

Faulquié en su diccionario ya citado la define, primero, en sentido amplio como: "Toda oposición al orden legal, basado en lo que se estima mandato de la conciencia moral" Esta definición general nos introduce al mundo de lo jurídico, la oposición es directa contra la orden legal que nos conmina porque formamos parte de la sociedad civil y tenemos compromisos que se manifiestan en mandatos legales, saluda a la bandera, paga impuestos, vacúnate, alistate en el ejercito etc. y ante los cuales reaccionamos oponiéndonos, por considerar que el poder del Estado de mandar, tiene por límite mi conciencia moral.

Los autores de filosofía política que han tratado el tema al dar definiciones, por lo regular la definen en sentido amplio así: John Rawls en "Teoría de la Justicia" dice al respecto: "La

objección de conciencia consiste en no consentir un mandato legislativo. más o menos directo o una orden administrativa".<sup>180</sup> Joseph Raz. en la "Autoridad del Derecho" afirma: "La objeción de conciencia es un acto privado, hecho para proteger al agente de las interferencias de la autoridad pública".<sup>181</sup> Prieto Sanchiz la define así en su obra "La Objeción de conciencia como forma de desobecer al derecho" La objeción de conciencia es el incumplimiento de una obligación de naturaleza personal cuya realización produciría en el individuo. una lesión grave de la propia conciencia o si se prefiere de sus principios de moralidad"<sup>182</sup>

Del análisis de los conceptos y revisión de las definiciones podemos ir infiriendo que la objeción es un acto privado, que se hace para proteger al agente de interferencias de la autoridad pública, y si es obligado a cumplir con el mandato, puede producirle una lesión grave en contra de su propia conciencia o

---

<sup>180</sup>Ralws. John. "Teoría de la Justicia". Fondo de Cultura Económica S.A. de C.V. Vía de los poblados S/N, 28033 Madrid. Segunda reimpresión en español 1,993. Pág. 410. "La objeción de conciencia no se basa necesariamente en principios políticos, puede fundarse en principios religiosos, o de otra clase. en desacuerdo con el orden constituido".

<sup>181</sup>Se refiere a las personas con concepciones morales formadas y reclaman su derecho a ser leales a ellos, aún si son equivocados" Raz. Joseph: "La autoridad del Derecho" Ensayos sobre derecho y moral, traducción y notas de Rolando Tamayo y Salmorán. Universidad Autónoma de México. México. 1.982. Pág. 344.

<sup>182</sup>Prieto Sanchiz. Luis. "La objeción de Conciencia como forma de desobedecer el Derecho" Revista Sistema, número 59. marzo de 1.984. Pág. 49.

de sus principios morales. El Estado por esa razón le debe garantizar un mecanismo legal que le permita ser fiel a sus principios si no atenta contra los derechos de los demás.

Con lo anterior podemos construir nuestra propia definición de objeción de conciencia, atendiendo que la misma debe ser de manera general, ya que el negarse a cumplir con el alistamiento en un ejército, (forma restringida), es una forma de manifestar, un rechazo a una ley que obliga alistarse en acciones bélicas. Entonces la objeción de conciencia es el ejercicio legítimo de un derecho moral, que independientemente que este positivizado o no protege a determinadas personas, con creencias religiosas, filosóficas, o razones de moralidad, que se oponen a cumplir un mandato legislativo que les atañe directamente, y cuyo cumplimiento lesionaría gravemente su conciencia, en tanto que si incumplen, no lesionan derechos de otras personas.

#### 1.2.- OBJECION DE CONCIENCIA EN SENTIDO RESTRINGIDO.

Faulquié citado por nosotros nos proporciona la siguiente definición en sentido restringido: "Negativa de colaborar en cualquier acto de guerra, por considerar a esta como esencialmente mala"<sup>163</sup>

En el siglo XX el término es utilizado para referirse al

---

<sup>163</sup>Ibid. Pág. 171.



acto de reparo por el que una persona se niega a ingresar a las fuerzas armadas. Se niega el que no quiere ingresar y el que estando prestando el servicio militar que por fidelidad de su razón sobre la moralidad de un acto concreto se niegan a obedecer una orden ilegítima, cuyo cumplimiento puede ser exigido por un superior en virtud de la obediencia debida. La legislación de los Estados por mucho tiempo ignoró los dos casos, y ultimamente donde está legislado en pro de una objeción de conciencia, no dicen nada sobre la objeción sobrevenida que sería la que tipifique el segundo. "La objeción de conciencia es un fenómeno que puede ser asumido sin traumatismos por el ordenamiento jurídico del Estado, ya que constituye una de las más vigorosas expresiones del derecho fundamental a seguir los juicios prácticos de moralidad, emitidos por la razón"<sup>184</sup>

Está demostrado que ese reconocimiento no deja indefensos a los Estados, ni trastorna sus políticas de seguridad y defensa. En Estados Unidos por ejemplo: durante la segunda guerra mundial los que objetaron en conciencia no pasaron de 15,000 en 4 años. En Alemania Federal de 1949, después de la segunda guerra mundial solo el 1.14% de los llamados a filas objetaron la conscripción.

185.

---

<sup>184</sup>Madrid-Malo Garizabal, Mario. ob. cit. Pág. 68.

<sup>185</sup>Cfr. La objeción de conciencia un camino cristiano en Vida Nueva. No. 910 Pág. 8

Cuando las autoridades se han negado a positivizar este derecho, han propiciado situaciones de verdadera injusticia. Se dió en la España de Franco. Cientos de objetores, pertenecientes a la secta Testigos de Jehova se negaron a prestar el servicio militar entre 1.939 a 1.973. El delito que se les imputaba era el de desobediencia militar y las penas de prisión hasta por 6 años. Lo más grave era que la edad para prestar servicio era hasta cumplir los 38 años, entonces sucedía que, cumplida la primer condena, el objetor regresaba a su casa, lo volvían a requerir para prestar el servicio, el se negaba y vuelta a ser juzgado por cortes marciales, era condenado nuevamente y la pena era mayor por ser reincidente. Un francés de nombre Alberto Contihof, completó 11 años en condenas, hasta que lo indultaron. Pero eso no conmovió y en 1.970, aprobaron un estatuto para objetores de conciencia, pero que en este caso no contempla la objeción sobrevenida.<sup>188</sup> Que hace que una persona decida ir a la carcel, en lugar de prestar el servicio militar. Fanatismo. son perturbados mentales?... No. Es lealtad rigurosa a la conciencia y también un rechazo al Estado que tiene la pretención de convertirse como juez supremo del bien y del mal. Resulta evidente la repugnancia, por lo que significa la violencia y el derramamiento de sangre. Atenógoras en su Legación advertía, hablando del respeto a la vida. "No soportamos ni la vista de una ejecución en justicia [...] consideramos que ver

---

<sup>188</sup>Cierco, Eduardo. La objeción de conciencia al servicio militar en Vida Nueva No. 748 18 de mayo de 1.971. Pág. 20

matar está cerca del matar mismo"<sup>187</sup>

Con el transcurso de los tiempos la Iglesia propugnó lo de la guerra justa. El primer teólogo fue San Agustín,<sup>188</sup> y posteriormente Santo Tomás de Aquino,<sup>189</sup> caracterizaban esta guerra de la siguiente manera: declarada por autoridad legítima, por justa causa y con recta intención. Esta doctrina teológica de la guerra justa creó un clima desfavorable para los objetores de conciencia.

## 2.- ANTECEDENTES DE LA OBJECION DE CONCIENCIA.

Los antecedentes de la objeción de conciencia se han dado siempre, entre lo más remoto que consta en escritos tenemos:

a) Antiguo Testamento: En el Libro Segundo de los Macabeos la madre y sus siete hijos fueron condenados a muerte por negarse a comer carne de puerco, porque eran alimentos impuros y prohibidos por su religión. Nabucodonosor ordenó a los judíos Sidraí, Misai, y Abed Nego, adorar a la estatua de oro que había construido, como ellos se negaron fueron condenados a ser quemados vivos en un horno. (Daniel 3). También en Daniel 6, se lee, que éste fue arrojado al foso de los leones, por negarse a

---

<sup>187</sup>Atenágoras: Legación en favor de los cristianos. 35.

<sup>188</sup>San Agustín; "La ciudad de Dios" Libro XIX cap. XII.

<sup>189</sup>Santo Tomás de Aquino. "Suma Teológica". Parte II-II  
Cuestión 40, art. 1.

dejar de adorar a Yavé.

b) Grecia Clásica: En la obra de Sófocles: "La Tragedia de Antígona", obra dramática que desarrolla lo que se ha llamado el Santo Delito. El hecho se realiza en Tebas. Ciudad griega. Creonte es el rey, Antígona hermana de Polinice, que se subleva contra el rey y es muerto. El rey dicta un decreto donde prohíbe darle sepultura, quién desobedezca será castigado con la muerte. Antígona propone a Ismena su hermana, que le den sepultura y entre ellas se desarrolla el siguiente diálogo:

Ismena: Sabes? Lo he pensado bien. Antígona.

Antígona: Sí.

Ismena: Lo he pensado bien toda la noche. Estás loca.

Antígona: Sí.

Ismena: No podemos.

Antígona: (Después de un silencio) Porqué?

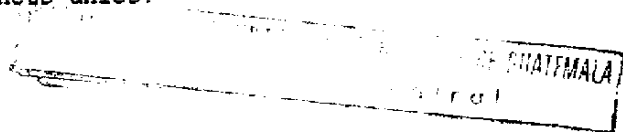
Ismena: Nos condenaría a muerte.

Antígona: Por supuesto. Cada uno a su papél, el debe condenarnos a muerte. y nosotras debemos enterrar a nuestro hermano. Esos son los papeles. Que quieres que hagamos?

Ismena: Yo no quiero morir.

Antígona: (dulcemente) Yo tampoco hubiera querido morir.<sup>190</sup> En qué se inspira ese dictamen objetivo de la razón sobre la cualidad moral de un acto humano? La inspiración

<sup>190</sup>Madrid Malo Garizabal, Ob. Cit. Pág. 70 Citando a Jean Anouil, Antígona. Acto Único.



puede originarse en creencias religiosas, filosóficas, humanistas, políticas, ajenas a una religión positiva, y puede operar igualmente con ateos, agnósticos, indiferentes, religiosos, todos en un momento determinado proferimos juicios racionales y razonables de moralidad.

## 2.1. ANTECEDENTES DE LA OBJECION DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR.

Estos se concretan a través del desarrollo histórico del Cristianismo.

a) Primeros Cristianos: La práctica militar de los primeros tres siglos del cristianismo, imponía a los soldados rendir culto al Emperador a través de ceremonias militares que no eran compatibles con los principios del cristianismo. La práctica de la guerra llevaba a un absoluto desprecio por el enemigo, cuando la religión predicaba el rechazo a la violencia. Hay muchos textos en el Nuevo Testamento. señalaremos el amor al prójimo, incluidos los enemigos y el trabajar por la paz.<sup>101</sup> En el año 295 al 304. Marcelo, Táraco y Maximiliano. Entrevistados por consules cada uno en diferente tiempo. Dice Marcelo: Soy cristiano y no puedo seguir en la milicia. Táraco: Soy soldado, pero por ser cristiano decidí, pasar a la vida de paisano.

---

<sup>101</sup> En el Sermón de la Montaña, Jesús, llama bienaventurados "Los que trabajan por la paz, porque ellos serán llamados hijos de Dios". Mateo 5.9.

Maximiliano. A mí no me es lícito ser soldado, porque soy cristiano. Yo no puedo ser soldado. Yo no puedo hacer el mal porque soy cristiano<sup>192</sup>

La posición de la Iglesia Católica fue muy clara en sus inicios con referencia a su vocación pacifista: después al convertirse en religión oficial, el discurso cambió, pues muchos de los militares eran conversos, y va no fue radical en su rechazo a la guerra como valor anticristiano. La invasión de los bárbaros también influyó en la posición de la Iglesia que empezó a formular la doctrina de la guerra justa.

Posteriormente al Edicto de Milán (313) los cristianos fueron aceptando en forma generalizada que podía considerarse compatible la fe y el servicio militar, si se daban los presupuestos de la guerra justa.<sup>193</sup> Esto no convenció a los grupos disidentes como veremos más adelante.

b) Posición de los Movimientos Cristianos No Católicos.  
El planteamiento del Edicto de Milán fue rechazado por los movimientos disidentes del catolicismo, que retornaron a la fuente de la palabra de Dios como impulsadora de la paz.<sup>194</sup>

---

<sup>192</sup>Ruiz Bueno, Daniel. Padres apologistas griegos. Ed. Católica. Madrid 1.954. Pág.954.

<sup>193</sup>Para ampliar este tema puede consultarse, entre otros, a García Arias, Luis, "Servicio Militar y Objeción de Conciencia" en Revista Española de Servicio Militar. No. 22. 1966 pp.14 y 16.

<sup>194</sup>Ibid. pp.18.

Con la reforma protestante del siglo XVI, se volvió a reavivar la discusión, sobre la participación de los cristianos en la guerra. Se dieron posturas diferentes: Calvino y Lutero aceptaban la doctrina de la guerra justa, pero no así las sectas que se fueron desmembrando del tronco común protestante, que predicaron una amplia objeción de conciencia frente al poder civil, en todo lo que contraviniera las enseñanzas de la Biblia.

En el siglo XVII, empezó la oposición de estos movimientos protestantes, vinculados a la causa de la no violencia entre otros: los anabaptistas y sus variantes, hermanos suizos, menonitas, amish; los hermanos moravos, los ducover, los cuáqueros y los testigos de Jehová entre otros.<sup>195</sup>

En el siglo XIX, ayudaron mucho, los movimientos religiosos que se dieron en América del Norte. Pretendían cambiar el orden social sin violencia. Repudiaban, la milicia, la instrucción pública, el pagar impuestos, estaban en huelga constante. En Europa León Tolstoy y sus discípulos, fueron decididos adversarios de la milicia. El autor de la Guerra y la Paz fue

---

<sup>195</sup> En un documento menonita se lee: "La objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, es una de las más vigorosas expresiones del derecho fundamental a la libertad de conciencia [...] No es una excusa para dejar de cumplir los deberes sociales y patrios. Tampoco es una oportunidad simplista que fomente la indiferencia, y falta de espíritu cívico y de compromiso social. Es la forma práctica y real como el Estado garantiza a un ser humano, lo más sagrado y personalísimo que tiene: su conciencia. Tomado del Dto. Objetores por la Paz. Santafé de Bogotá, 1.991.

guía de un movimiento que rechazó la guerra y la pena de muerte como acciones no cristinas y predicó su profundo anhelo, no oponerse al mal con la fuerza"<sup>196</sup>

Fue el pacifismo entre los disidentes religiosos de Europa y América el que abrió el camino a la construcción de la ética de la no violencia, elaborada en un proceso largo que va de George Fox a Martin Luther King, pasando por Thoreau, Tolstoy, Gandhi, y otros. Pero la no violencia "es tan antigua como la guerra, y la razón de Estado."<sup>197</sup>

## 2.2.- DE LA INDIFERENCIA AL RECONOCIMIENTO.

Hasta muy avanzado el siglo XX, los moralistas católicos no reflexionaron sobre el problema de los objetores de conciencia, cuando lo hicieron fue para descalificarlos, pues, algunos consideraban la tesis de la guerra justa. En la iglesia entre los laicos, a diferencia de los teólogos sí se registraron casos de objeción de conciencia. La práctica, se adelantó a la teoría, dos católicos encabezaron la lista de los fusilados católicos que se negaron a vestir el uniforme militar del ejército alemán.

El concilio Vaticano II en la constitución *Gaudium Spes*

---

<sup>196</sup>Madrid- Malo Garizabal. Ob. cit. Pág. 89.

<sup>197</sup>Fronsac, Henri y otros. "No violencia y objeción de conciencia" Edit. Fontanella, Barcelona, 1964. Pág. 5



expresa: "Parece razonable que las leyes tengan en cuenta, con sentido humano, el caso de los que se niegan a tomar las armas por motivos de conciencia, y aceptan al mismo tiempo, en otra forma servir a la comunidad.<sup>198</sup>

También en el catecismo de la Iglesia Católica de 1.992 se lee: 2311. Los poderes públicos atenderán equitativamente los casos de quienes, por motivos de conciencia rehúsan el empleo de las armas; estos siguen obligados a servir de otra forma a la comunidad humana.

### 3.- MANIFESTACIONES DE LA OBJECION DE CONCIENCIA.

Cuando decimos que objeción de conciencia es oponerse a cumplir una ley, nos referimos que así como se niega a alistarse en un ejército por su vocación pacifistas u otras, también puede negarse a participar en una ceremonia cívica, saludar a la bandera,<sup>199</sup> jurar judicialmente, negarse a practicar un

---

<sup>198</sup>Concilio Vaticano II. Constitución Gaudium et Spes. No. 79. Pág. 86.

<sup>199</sup> Araujo. Joan Oliver: "La Objeción de Conciencia al Servicio Militar" Editorial Civitas S.A. 1,993, Madrid España. pp.31. Cita una resolución jurisprudencial. "El caso actual mas conocido es el de los Testigos de Jehová que se niegan a saludar a la bandera. Ilustra el caso norteamericano Barnett, en el que se reconoció expresamente el derecho de estos religiosos a oponerse al saludo a la bandera. El Juez Jackson argumentó: "Crear que el patriotismo no va a florecer si las ceremonias patrióticas son voluntarias y espontáneas en lugar de ser una rutina obligatoria es tener una opinión muy poco lisonjera sobre el atractivo que nuestras instituciones ejercen sobre las mentes libres".

aborto, a recibir una transfusión de sangre u otro tratamiento médico, a aplicar la inyección letal para que una persona condenada muera, a decretar la pena de muerte o penas igualmente denigrantes y crueles etc.

Lo anterior demuestra que la objeción de conciencia no se circunscribe al servicio militar, y que sus formas varían de acuerdo a los valores de las personas y de una sociedad a otra. Lo que nos interesa por el momento es señalar que estas manifestaciones se inspiran en creencias religiosas, filosóficas, humanistas ajenas a una religión positiva, y que de igual manera opera con ateos, agnósticos, indiferentes y personas religiosas, todos en un momento proferimos juicios racionales de moralidad sobre nuestros propios actos y al Estado le corresponde respetarlos y garantizarlos.

#### 4.- CARACTERISTICAS DE LA OBJECCION DE CONCIENCIA.

Para caracterizar la objeción de conciencia conviene que revisemos primero los motivos y causas de la objeción y lo que busca el objetor de conciencia para alegarla. No todos obran por razones de moral religiosa. Otros dan valor normativo a los textos bíblicos sobre la no violencia. San Cipriano resume, en su primera carta la actitud de los objetores cristianos. " A los cristianos no les está permitido matar, a otros, sino que más

bien, dejan que los otros los maten a ellos".<sup>200</sup> Hay guerras entre ejércitos, o más bien mueren los inocentes. Aquí en Guatemala, las víctimas civiles, en treinta y seis años de enfrentamiento armado interno superaron en miles a las muertes de los milicianos. Churchill, lanzó bombas de fósforo. Truman autorizó el bombardeo atómico en Hiroshima y Nagasaki. Es esto ético.?

En la segunda guerra mundial, los EE.UU registraron la pérdida de 300,000 combatientes, entre 1,941 y 1,945. En esa misma guerra dos bombas atómicas en menos de una semana mataron a 120,000 japoneses. Quién es partidario de la no violencia, no puede participar en un ejército.

Entre los objetores de tipo moral religioso los cuáqueros y menonitas. Es diferente la objeción de los Testigos de Jehová. Para estos el mundo es malo y ellos trabajan por el reino de Dios que no es de este mundo y por eso no participan en actividades bélicas u otras civiles.

Por último no faltan objetores de conciencia entre quienes están en desacuerdo con los métodos adoptados por la autoridad estatal para garantizar la seguridad nacional, la defensa de la integridad del territorio patrio, o conservar el orden público. Un ejemplo lo constituye la situación Guatemalteca en los últimos

---

<sup>200</sup>San Cipriano. Primera Carta. IX. Pág. 6.

36 años. cuando el método se torna en una sistemática violación de los derechos humanos, algunos consideran que es lícito rehusar la aceptación de responsabilidades, que hagan caer en la red de la complicidad o internen en el camino del encubrimiento.

En Guatemala, se firmaron Acuerdos entre el Gobierno del Estado y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, para lograr el perdón y el olvido de acciones de combatientes en una guerra sucia en donde ubo excesos. Con esa misma generosidad debió tomarse en cuenta la objeción de determinadas personas pacíficas que solicitan el amparo de la ley como una consecuencia de su fidelidad a su conciencia y que se oponen a acciones guerreristas entre otras.

Para descubrir lo que busca el objetor, analizaremos lo que el no expresa. a) No reclama la abolición del ejército. Lo que objeta no es la existencia de un cuerpo armado permanente, sino el mandato a él dirigido. La permanencia del ejército en un Estado no tiene que ver con la objeción de conciencia. b) Tampoco objeta la existencia de un servicio militar obligatorio. Solo busca que la obligatoriedad no le concierna a él. Pues su conciencia le impide obligarse. Esa modalidad puede cambiar al establecer la ley que el servicio debe ser voluntario. c). El objetor no se opone a que otros nacionales, personas cuya conciencia admite la licitud del servicio marcial, sean llamados a filas y se obligen a cumplir todos los deberes militares. Su

oposición es exclusivamente referida a la imposibilidad personal creada por el juicio moral de su entendimiento práctico. d) El objetor de conciencia no tiene atribución alguna para forzar a otros a seguirlo en su disentimiento. Si hace tal cosa estaría desconociendo en los otros el derecho que él está reclamando. No pretende que su actitud rehusante se convierta en regla universal de conducta. e) El objetor no persigue una cómoda exención de las cargas públicas. Por que acepta el servicio sustitutivo.

De lo anterior se desprenden las características de la objeción de conciencia:

- 4.1. Se da la desobediencia a la ley que le está directamente dirigida.
- 4.2. Se busca que la obligatoriedad no le concierna personalmente.
- 4.3. La objeción es personal. Nunca colectiva.
- 4.4. Se busca poner a salvo la conciencia moral.
- 4.5. No pretende que su conducta se convierta en norma universal.
- 4.6. No se evaden las cargas políticas, porque se acepta el servicio sustitutorio.
- 4.7. Es un acto privado.
- 4.8. Se alega la objeción, no las razones para objetar.

##### 5.- LIMITES AL DERECHO A LA OBJECION DE CONCIENCIA.

En primer lugar no debe afectar los derechos humanos de los demás con daño sustancial e irremediable. El daño es sustancial cuando recaé sobre el núcleo esencial de un derecho inherente a la persona humana. El daño es irremediable cuando sus consecuencias jurídicas solo pueden ser remediadas o atenuadas con una indemnización.

Sobre este tópico, hay sentencias de tribunales jurisdiccionales, sobre todo en los Estados Unidos de Norte América. Por ejemplo: El caso en que los padres rechacen la transfusión de sangre a un hijo. El tribunal ha resuelto, que no es posible para salvaguardar la conciencia de los padres, atentar contra la vida del niño. El interés del Estado en proteger a un menor se superpone a las convicciones morales o religiosas de los padres. Por ejemplo en *People vrs. Labrenz*, la Corte Suprema de Illinois afirmó "que si los padres rehusan permitir una transfusión de sangre necesaria para evitar la muerte del hijo o evitarle daños mentales permanentes, ese niño debería considerarse abandonado, y podría nombrarse a una persona que autorizace la intervención". 201

---

201En Estados Unidos no existe legislación específica sobre objeción de conciencia, respecto a tratamientos médicos. Es la jurisprudencia, la que ha creado un cuerpo normativo con las decisiones tanto de los tribunales estatales y federales como de la Corte Suprema de Justicia. El planteamiento Básico de la jurisprudencia, americana es que, ante el rechazo de un tratamiento médico, debe respetarse la opción libremente elegida por la persona, aún con riesgo para su vida, salvo que la presencia de un interés público de mayor peso reclame que pueda ordenarse judicialmente la intervención, la labor del tribunal se reduce a un equilibrio prudencial de intereses, determinando cuál

También los Tribunales norteamericanos han dictado resoluciones sobre la probable responsabilidad de los que permiten la muerte del objetor. Hay dos casos que ilustran. el de dos cónyuges que permiten la muerte del esposo por respetar el derecho a objeción de conciencia de estos. En el primero la conducta es pasiva, y en el segundo se da un cierto comportamiento activo. de colaboración, dirigido a mantener la firmeza de una elección anterior, adoptada en conciencia por el enfermo. Primer caso *People vrs. Pamela Robbins*, el marido no buscó atención médica, porque tanto él como su esposa, pertenecían a una secta religiosa, que compartía la creencia de que las enfermedades se curan con oración y fe; el resultado fue la muerte de Pamela: el marido fue procesado por homicidio culposo, pero fue absuelto, el tribunal argumentó lo siguiente: "un adulto capaz tiene derecho a elegir si se somete o no a un tratamiento médico, salvo que su negativa comporte una amenaza para la vida o salud de otras personas y en el caso de análisis, Pamela tomó la decisión consciente de no recibir ayuda médica, por tanto el marido no tiene responsabilidad alguna. El el segundo caso: *Commonwealth vrs. Konz*, la esposa del reverendo David G. Konz, enfermo de diabetes, se niega a proporcionar la

---

debe prevalecer en el caso concreto. Se han distinguido cuatro tipos de situaciones, adulto capaz y sin hijos: los casos *Schloendorff* y *Matter of Melideo*: adulto con hijos. *In re Osborne*: adulto incapaz: *In re Boyd*, y, tratamientos médicos a menores. Consultar el importante trabajo de Navarro- Vallis. Rafael y otros. "La objeción de conciencia y tratamientos médicos. Derecho comparado y derecho español" En revista "Política y Derecho" Universidad de Navarra, núm. 18, 1.988. Pág. 163 y ss.

insulina escondiendo los medicamentos, tanto él como ella comparten la creencia de que rezando podrían vencer la tentación de recurrir a los fármacos: el reverendo muere después de violentas discusiones con su esposa, en donde a pesar de ellas nunca solicita la insulina: el Tribunal absolvió a la esposa señalando que el señor Konz racionalmente rechazó la medicina.<sup>202</sup>

Inferimos de lo anterior que no se puede causar daño a terceros. Ese es un límite racional. No se puede decir lo mismo de los que no aceptan vacunarse cuando la enfermedad es contagiosa, porque ponen en riesgo la salud de los demás. En los países donde el aborto es legal, un médico puede negarse a practicarlo, y está en su derecho, pero que sucede, si el aborto hay que practicarlo, porque corre riesgo la salud de la madre. El médico puede ser acusado de homicidio.

Los límites al derecho de objeción de conciencia, son los límites que tienen todos los derechos fundamentales, que mi derecho termina donde empiezan los derechos de los demás.

#### 6.- FUNDAMENTO FILOSOFICO DEL DERECHO A OBJECION DE CONCIENCIA.

Vamos a dar por aceptado, que la Etica Política de nuestro

---

<sup>202</sup>Ver Cárdenas Gracia. Ob. Cit. Pág. 169.



tiempo, al menos en los países occidentales, se encuentra apoyada sobre dos pilares básicos: "la democracia como única forma de gobierno legítima y los derechos humanos como criterio fundamental para la valoración de la conducta política"<sup>203</sup>

De esa cuenta la doctrina de los derechos del hombre elaborada por la escuela del derecho natural o iusnaturalismo, es el presupuesto filosófico del Estado liberal, entendido como Estado limitado en contraposición con el Estado absoluto. Esta doctrina dice:

"Que el hombre, todos los hombres indistintamente tienen por naturaleza y por tanto sin importar su voluntad, mucho menos la voluntad de unos cuantos o de uno solo, algunos derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la felicidad, que el Estado, y más concretamente aquellos que en un momento histórico determinado detentan el poder legítimo de ejercer la fuerza para obtener la obediencia a sus mandatos, deben respetar no invadiéndolos y garantizarlos frente a cualquier intervención posible por parte de los demás"<sup>204</sup>

Es con el anterior fundamento que se da la relación jurídica

---

<sup>203</sup>Cf. Massuh, Victor, "La libertad y la violencia" 2da. Edición, sudamericana, Buenos Aires, 1969 pág. 87, citado por Massini Correas. Carlos I. "Los Derechos Humanos" en el pensamiento actual. Segunda Edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Argentina. Pág. 13.

<sup>204</sup>Bobbio, Nolberto, "Liberalismo y Democracia" Breviarios del Fondo de Cultura Económica" S.A. De C.V. Carretera Picacho-Ajusco 227; 14200 México D.F. Pág. 11

entre gobernante y gobernados y de esta relación surgen dos clases de deberes, deberes de protección de parte del Estado y deberes de obediencia de parte del gobernado. Si el Estado cumple con su función, el gobernado debe cumplir con la propia. La potestad del Estado de exigir que se cumpla con sus mandatos tiene límites, entre los cuales se encuentra el límite material, de respetar los Derechos Humanos, porque no son derechos concedidos, sino derechos reconocidos por el Estado y los cuales está obligado a garantizar como ya se dijo.

Como además el hombre es esencialmente un ser de elecciones, y está naturalmente facultado para aceptar o para rehusar, puede determinarse sin otra razón que quererlo. Quiere esto decir que ejercita su libre arbitrio o sea su poder de elección. El hombre es libre porque está naturalmente facultado para determinar por sí mismo el motivo de cada uno de sus actos particulares. Esta libertad puede ser anulada por el miedo, la violencia, el alcohol, las drogas, los estupefacientes, etc. pero nunca por el acatamiento voluntario y racional de unas normas justas emitidas por procedimientos legítimos por autoridad competente.

Ser libre no significa ausencia de coacción sino capacidad de situarse a distancia de las cosas, liberándose de su influjo para darles aceptación o rechazo.

El hombre es además un ser que se obliga. "... Quién puede vivir como quiere- se preguntaba Cicerón- sino el que sigue la

línea recta. el que se complace en el cumplimiento de sus deberes el que tras de maduras reflexiones se ha trazado una norma fija de vida. el que obedece las leyes. y no por miedo, sino porque de ellas ha hecho la norma de su conducta, porque las juzga saludables.<sup>205</sup>

Sin embargo toda prescripción justa obliga al ciudadano, pero los juicios de la razón pueden hacer que uno o varios entre ellos se niegen a cumplir una ley o una orden específica. por considerarla incompatible con su valoración moral de las acciones humanas. Frente a ciertas leyes y ciertas órdenes todo ser humano tiene la libertad de rehusar.

Ahora bien. rehusar el cumplimiento de una orden o de una ley es un acto de desobediencia al derecho. Cuando tal rehusamiento se realiza por motivos de conciencia, el rehusante se llama objetor de conciencia. "porque su negativa a cumplir un deber jurídico se origina en aquella instancia personal donde la moralidad tiene su sede".<sup>206</sup>

Estamos hablando de un derecho humano. primario. absoluto. estrictamente personal, en un Estado que fundamenta su estructura jurídica sobre un orden moral. y en el respeto de este derecho.

---

<sup>205</sup>Cicerón los oficios- los diálogos. las paradojas. Edición Aguilar, Madrid. 1962. Pág. 136.

<sup>206</sup>Ibid. Pág. 14.

## 7.- FUNDAMENTACION LEGAL DE LA OBJECCION DE CONCIENCIA.

La objeción de conciencia encuentra su fundamentación legal en la norma jurídica indudablemente.

Jurídicamente existen dos posiciones para fundamentar la objeción de conciencia: la primera admite una mayor permisividad de la objeción de conciencia en función de los deberes jurídicos.<sup>207</sup> La segunda posición considera a la objeción de conciencia como una de las manifestaciones de los valores jurídicos constitucionales y más concretamente de una libertad fundamental, la libertad ideológica, que la hace preferible a los deberes jurídicos incluidos en normas de menor categoría.<sup>208</sup>

Según las posiciones anteriores la objeción de conciencia posee una naturaleza jurídica, que la hace superior respecto a los hipotéticos valores, principios y deberes jurídicos conculcados por el acto de la objeción. El problema se presenta cuando determinados actos motivos de objeción de conciencia no están regulados en la norma. Aquí cabe un razonamiento del Tribunal Constitucional Español que afirmó: "Que esta insuficiencia de la ley puede ser subsanada, aplicando

---

<sup>207</sup>Raz. distingue entre deberes paternalistas o que benefician al mismo objetor, deberes en relación con otras personas y deberes en relación al interés público [...] y en el tercer caso de normas que conceden cierta flexibilidad en virtud de la insignificante contribución de cada una de las personas obligadas. Ob. Cit. Pág. 342 y ss.

<sup>208</sup>Ver. Cardenas Gracia. Ob. Cit. Pág. 158 y 159.

directamente la Constitución de la República.<sup>209</sup> Lo que consideramos aceptable para la República de Guatemala.

### B.-LA OBJECCION DE CONCIENCIA EN DOCUMENTOS Y DECLARACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES.

Es en el ámbito internacional donde la objeción de conciencia está reconocida en normas jurídicas. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1.948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1.966 no la expresan como objeción propiamente dicha, sin embargo en el Arto. 18 de los dos Instrumentos citados se establece el derecho a la "Libertad de pensamiento, conciencia y religión"

En el Convenio Europeo para la protección de los derechos Humanos y de las libertades fundamentales de 1.950. la objeción de conciencia encuentra cabida en el Arto. 9 que consagra la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Señalando que la libertad de manifestar sus convicciones no tiene que tener más restricciones, sino las necesarias que sirvan para tutelar

---

<sup>209</sup>... Cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y de religión reconocido en el artículo 18-1 de la Constitución y como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales. "El derecho a Objeción de Conciencia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Revista Sistema, número 62, septiembre de 1.984 Pág. 3.

bienes jurídicos colectivos e individuales.

También en el ámbito europeo existe la resolución 337/1.967. de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, que admite que la objeción de conciencia, precisa de un procedimiento, y norma el servicio civil sustitutorio.<sup>210</sup> Esta resolución expresa por vez primera el derecho a objeción de conciencia, derivada de la interpretación del Arto. 9 del Convenio Europeo, para la protección de los derechos humanos y de las libertades individuales.

En 1.983 el Parlamento Europeo emitió una resolución en la que muestra avances en el deseo de garantizar el derecho objeción de conciencia. En esto seguimos a Araujo: Lo anterior se demuestra en los siguientes puntos. a) El derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión es un derecho fundamental. b) La protección del derecho implica negarse a realizar el servicio militar armado y a separarse de él por motivos de conciencia. (Objeción sobrevenida). c) Ningún tribunal o comisión puede penetrar en la conciencia de una persona. d) Cumplir con un servicio sustituidor no debe considerarse una sanción. e) Que los Estados aproximen su legislación a garantizar este derecho. f) Que los procedimientos sean ágiles.

---

<sup>210</sup> Véase Cardenas Gracia. Ob. Cit. Pág. 164 y 165. y Garizabal Mario. Ob. Cit. Pág.96.

Esta resolución no tiene fuerza vinculante, pero su fuerza moral permitió que muchos países que no habían legislado en favor de este derecho lo hicieran.

En 1.987, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, aprobó una resolución en la cual se hacía un llamamiento a todos los Estados para que reconocieran la Objeción de Conciencia al servicio militar obligatorio, como un ejercicio legítimo de la libertad de pensamiento, conciencia y religión consagrada en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>211</sup> El 8 de marzo de 1.989, la misma Comisión adoptó otra resolución en la cual insta a los Estados a introducir en sus legislaciones los cambios necesarios para reconocer el derecho a la objeción de conciencia.<sup>212</sup>

En la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 1.989/59 reitera y amplía sus anteriores recomendaciones.

Aunque las Naciones Unidas como Asamblea no se ha pronunciado abiertamente sobre la objeción de conciencia, tiene resoluciones sobre objetores de conciencia en países con regímenes de Apartheid (Sudafrica) en donde las fuerzas militares

---

<sup>211</sup> Véase ONU, Comisión de Derechos Humanos, Resolución 1.987/57.

<sup>212</sup> ONU, Comisión de Derechos Humanos, Resolución 1.989/59.

y de policía eran utilizadas para reprimir a la población de color en favor de una minoría blanca.

En 1.993, en su 48o. periodo de sesiones, en la observación general No. 22, del Comité se expresó: "que en virtud que muchas personas han reivindicado el derecho a negarse a cumplir con el servicio militar (objeción de conciencia) sobre la base que ese derecho se deriva de sus libertades en virtud del Arto. 18 del Pacto: "Que cada día un creciente número de Estados han respondido a estas reivindicaciones, legislando internamente la objeción de conciencia, eximiendo de esa manera del servicio militar obligatorio, y lo han sustituido por un servicio nacional alternativo". Manifiesta que el Arto. 18 del Pacto no menciona explícitamente la objeción de conciencia, lo que significa que sí en forma implícita, pero el comité cree que ese derecho puede derivarse del antes mencionado, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera, entre en conflicto con la libertad de conciencia.

#### 9.- OBJECION DE CONCIENCIA EN EL DERECHO COMPARADO.

Hablar de objeción de conciencia en el derecho comparado significa referirnos a las legislaciones que han positivizado este derecho. Encontramos que la legislación se ha ocupado profusamente del objetor al servicio militar más que de otros casos unos ejemplos nos ilustran al respecto.



a) Francia: El primer reconocimiento legal del derecho a objetor de conciencia se dió en Francia en 1793. Los anabaptistas de ese país. fueron dispensados de la conscripción por un decreto del Comité de Salud Pública.<sup>213</sup>

b) Rusia: En 1.880, bajo el reinado de Alejandro II. en Rusia. los Menonitas rusos fueron declarados exentos del servicio militar obligatorio. y en sustitución de este se les exigió servir como guardias forestales.<sup>214</sup>

c) Estados Unidos de América. Promulgó la primera ley sobre la objeción de conciencia en 1.916, esta ley contemplaba la exención para los miembros de las confesiones religiosas que prohibieran a sus miembros participar en guerras de toda índole.<sup>215</sup> Sin embargo no fueron favorecidos con esa exención los "Testigos de Jehová" que fueron perseguidos por las autoridades de ese país. acusándolos de desarrollar actividades de propaganda subversiva, por predicar la inmoralidad de la guerra. En 1.940 promulgaron una completísima ley de reclutamiento militar obligatorio, en la cual se establecían las condiciones para que los objetantes de conciencia fueran eximidos

---

<sup>213</sup>Fronsac. Henri. Qué es? en No-violencia y objeción de conciencia. Edit. Fontanella, Barcelona, 1,964. Pág. 19.

<sup>214</sup>La medida buscaba evitar que los menonitas emigraran a América, debido a que eran pacifistas, y no querían verse obligados a tomar las armas. en el curso de 10 años 20.000 menonitas emigraron, y la concesión se les dió en vista de que eran disciplinados y muy profesionales en actividad agrícola. Malo Garizabal-Madrid, Mario. Ob. it. 93...

<sup>215</sup>Ibid. Pág. 94.

de todo tipo de servicio militar incluyendo el servicio del no combatiente.

d) Alemania: Por el año de 1.940, los objetantes alemanes y de otros países ocupados por las tropas de Hitler soportaron muchas penalidades, el concepto nazi de la movilización total para alcanzar la victoria no podía dejar fuera a alguien por motivos de conciencia. Sin embargo en 1.949. la Constitución reconoció por vez primera la objeción de conciencia como derecho fundamental. El Arto. 4 de la Ley Fundamental de la R.F.A. establece: "Nadie podrá ser obligado, contra su conciencia, a servir con las armas en la guerra."

e) Colombia: En 1.991, entró en vigor la nueva Constitución Política, y despertó muchas expectativas sobre, el desarrollo legislativo que necesariamente deberían tener las normas constitucionales, en materia de libertad de conciencia y libertad religiosa. Aunque se habían presentado seis reformas sobre objeción de conciencia al servicio militar y establecimiento del servicio social sustitutivo, ninguna de ellas fue aprobada, se reconoció en el Arto. 18, el derecho fundamental de todo hombre a no ser "obligado a actuar en contra de su conciencia" En la misma ley se le difirió al legislador, la facultad de regular, mediante leyes estatutarias los derechos y deberes fundamentales de las personas" Arto. 152. Constitución Colombiana. Y en el Arto. 216. se facultaba también al Congreso para determinar las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar.

En la práctica, aún no se ha legislado el Estatuto Especial.

y parece que el legislador colombiano no aprobó una cláusula expresa sobre la objeción de conciencia al servicio militar.<sup>216</sup> Es importante señalar que la ley Bis de 1.936 previó que al adoptar la nacionalidad colombiana serían eximidos del juramento de fidelidad a la República aquellos solicitantes cuya religión les prohibiera juramentarse.<sup>217</sup>

El estudio anterior nos indica que a nivel de países con grandes ejércitos, la objeción de conciencia no ha pasado desapercibida en beneficio de los que la han invocado. Esto señala que garantizarla, reporta no solo beneficios al individuo que la reclama sino al mismo Estado que no violenta a sus ciudadanos y les permite ejercitar libremente sus proyectos de vida.

#### 10. LA OBJECCION DE CONCIENCIA COMO PROYECCION DEL CONTRACTUALISMO.

Como hemos visto en el desarrollo de la presente tesis, la objeción de conciencia es uno de los derechos fundamentales que un Estado democrático debe preservar y sobre todo garantizar.

El interés por preservar este tipo de derechos nace del principio de autonomía y dignidad, pues nadie puede ser compilado

---

<sup>216</sup>Malo-Garizabal, Madrid Mario. Ob. cit. Pág. 160.

<sup>217</sup>Ibid. Pág. 160.

a realizar algún mandato que difiera de sus principios de moralidad. Passerin D. Entreves ha dicho que debe distinguirse entre cuestiones de oportunidad y cuestiones de principio en una democracia. "Las cuestiones de oportunidad en una democracia son opinables, y aquí lo razonable es que las opiniones personales cedan ante la mayoría. Sobre las cuestiones de principio no es posible transigir; decir que el ciudadano debe sacrificarse ante una decisión colectiva que juzga profundamente inmoral equivale a sacrificar el valor del individuo y abrir la puerta al Estado totalitario."<sup>218</sup> Este argumento cobra plena vigencia cuando el Estado pretende cimentarse como un verdadero Estado de Derecho al servicio del individuo y garante de sus derechos, como se establece en el Contrato Social, pues ninguna persona razonablemente va a renunciar a su derecho de decidir libremente si una acción que se le exige viola sus principios morales.

Otro argumento que nos ayuda a asegurar que la objeción de conciencia es una proyección del contractualismo, es que el contrato por naturaleza, es dinámico, abierto a continuas revisiones, y a los derechos de las minorías. Y estas minorías no deben ser vulneradas en sus convicciones morales más íntimas

---

<sup>218</sup>Passerin de Entreves, " Obbedienza e resistenza in una società democratica" En el volumen del mismo título. Ediciones di comunità. Milano. 1.970 Pág. 225. Citado por Cárdenas Gracia Ob. Cit. Pág. 172.

si ello no implica atentar contra los derechos de los demás.

219 La naturaleza del contrato al permitir revisiones, permite dinamizar la legislación. para que responda a necesidades que al momento de establecerlo no lo eran, eso en esencia es la democracia, apertura a todos y tomar en cuenta a las minorías. Como señalamos supra, en el caso de los límites a la objeción, quedó perfectamente delimitado que no se puede causar daños a los demás.

Consideramos además que el contrato social debe establecer las cláusulas que hagan viables los consensus políticos y sociales sin introducirse en la intimidad del individuo, lugar donde reside su moralidad, porque puede darse colisión entre esta esfera individual con una especificidad del contrato, por ello deben establecerse formas de solución, para evitar esa violencia institucional que no beneficia a ninguno.

#### 11.- EL CASO GUATEMALTECO.

Partimos del último período que se considera de apertura democrática, que se inició con la promulgación de la Constitución

---

219 "Por ejemplo, las sectas religiosas o políticas que sostienen como imperativo moral exterminar a los miembros de una raza o de una religión no pueden invocar la objeción de conciencia contra leyes que castigan el homicidio, porque su conciencia vale menos que la vida de los demás." Ver. Cárdenas Gracia, Ob. Cit. Pág. 172.

Política de la República de Guatemala y con un gobierno civil popularmente electo por mayoría en las urnas electorales en 1.985.

La entrada en vigor de la Constitución, no trajo consigo ninguna buena noticia para los objetores de conciencia. tampoco se supo de objetores de conciencia que la estuvieran esperando, no hay un caso en particular, con nombre concreto. La razón, probablemente los 36 años de enfrentamiento armado interno sin embargo hay documentos que contienen los excesos del ejército en el procedimiento para reclutar a los jóvenes para prestar servicio militar. Por norma general este reclutamiento fue forzado y discriminatorio. Consideramos que las causas, para que no se dieran objetores en forma personalizada fueron las siguientes: a) El miedo puede coartar la libertad de elección. b) La polarización del enfrentamiento armado interno, que no permitía ningún tipo de disenso.

Se empiezan a escuchar voces de protesta contra el servicio militar obligatorio a través de la Coordinadora Nacional de Viudas de Guatemala a partir del año de 1,993.<sup>220</sup>

---

<sup>220</sup>Planteamiento de CONAVIGUA, del 1 de febrero de 1.993. "Las mujeres viudas organizadas en CONAVIGUA, hemos decidido emprender una difícil lucha por terminar con el reclutamiento militar forzado, o "agarradas para el cuartel" y ayudar así a que la democracia, la paz y el fortalecimiento de la sociedad civil estén cada día más cerca en nuestro país"

Esta Coordinadora está formada principalmente por mujeres que aún lloran por el marido "que fue arrancado de sus propios brazos para nunca volver a verlo; el marido que fue masacrado frente a su propia vista y la de sus mismos hijos, el marido que fue reclutado a la fuerza y que nunca volvió".<sup>221</sup>

La Coordinadora de Viudas, inició una gran lucha, en contra del reclutamiento militar forzoso, y a favor de que el servicio militar sea voluntario, que se respete la objeción de conciencia y se organice el servicio social civil con carácter patriótico.<sup>222</sup>

CONAVIGUA, apoyó su petición con los siguientes argumentos.

- a) Muchas familias se han presentado a su oficina a solicitarles apoyo para recuperar a sus hijos llevados forzosamente al cuartel o citados para que se presenten en contra de su voluntad.<sup>223</sup>
- b) Hemos comprobado, los efectos del reclutamiento militar forzoso, en los jóvenes, por la forma violenta en que se los

---

<sup>221</sup>Revista Tinamith, Editorial Pág. 2 Guatemala del 11 al 17 de marzo de 1,993.

<sup>222</sup>Ibid. "La lucha de CONAVIGUA es en contra de la forma como se ha hecho el reclutamiento militar forzoso y no contra el ejército como tal" Pág. 30

<sup>223</sup>Resolución del Procurador de los Derechos Humanos del 14 de julio de 1,994. "De lo manifestado por los denunciantes se estableció, que en la última semana de mayo los meses de junio y julio, elementos del ejército de Guatemala, llevaron acciones de reclutamiento en distintos municipios del departamento de Guatemala, quienes en forma violenta, forzosa inhumana y en la mayoría de los casos sin previo aviso, condujeron a las citadas... Informe circunstanciado de la actividad sobre derechos humanos durante 1.994. Guatemala C. A. Pág.148.

llevan y son tratados.<sup>224</sup> c) Este reclutamiento militar forzoso trae etnocidio, les enseñan otras costumbres. <sup>225</sup> d) Les enseña a ser violentos a odiar a su propia gente, les hace perder el respeto a las familias humildes, a matar a los suyos, a ser machistas.<sup>226</sup>

También manifiestan sus creencias: a la patria no solo se le sirve con las armas: se le puede servir con urgencia en actividades de alabetización, la salud, el rescate de la naturaleza etc. No incitan a incumplir la ley, "CONAVIGUA, está haciendo pleno uso de sus derechos de libre emisión del pensamiento, de asociación, de manifestación, de locomoción; y también está haciendo uso del derecho a la resistencia pacífica,

---

<sup>224</sup>Testimonio de Luis Ruíz: ante el Tribunal Permanente de los Pueblos, Sesión Guatemala, Madrid, 27 al 31 de enero de 1.983. Iepala, Editorial Madrid, enero de 1.984. "Yo tenía 17 años cuando fui al servicio militar, iba contento porque iba a tener zapatos y buena ropa, pero el comisionado militar me metió dos días en la cárcel, después llegó el comando y nos metió a unos 60 a un camión y nos llevó al cuartel del Mariscal Gregorio Solares, por el camino nos pegaban y me entró miedo.[...] nos pegaban mucho, yo miraba y mis compañeros lloraban... Pág. 114.

<sup>225</sup>Ibid. "Prácticamente te vas convirtiendo en un asesino con tu propio compañero, un teniente que se llamaba Germán Morales nos hacía desprecio a los indígenas y a nuestras costumbres... quería que cambiáramos a nuestros padres por metralletas y a nuestras novias por prostitutas. Pág. 114.

<sup>226</sup>"dos ejemplos que demuestran lo anterior: un caso las declaraciones del cabo Nicolás Gutiérrez Cruz, uno de los asesinos de los desplazados de Peronia, cuando dijo a la prensa que en el ejército les enseñaban a matar. Declaraciones del ministro de la defensa, General Domingo García Samayo, cuando en diciembre de 1.992 dijo a la Asociación de Estudiantes Universitarios que sólo los verdaderos hombres hacían servicio militar. "Campaña Nacional por un Servicio Social Civil" Coordinadora Nacional de Viudas de Guatemala. Pág. 31.



reconocido en el arto. 45 de la Constitución Política de la República de Guatemala".<sup>227</sup> Realizó a si mismo una propuesta habiendo reunido casi 50.000 firmas para presentar ante el congreso una iniciativa de la Ley de Servicio Militar y Social. para discusión en el Congreso de la República. Que contenía entre sus puntos los tres principales. - Se debe prohibir el reclutamiento militar forzoso. y castigar con la ley a quienes lo practiquen. - El servicio militar debe seguir existiendo pero debe ser voluntario. En este sentido debe ser reconocida la objeción de conciencia al servicio militar. - Debe crearse, con sentido patriótico, el Servicio Social Civil.

A partir del rechazo frontal de CONAVIGUA, al servicio militar se han presentado al Congreso de la República varios anteproyectos de ley, el presentado por Conavigua, otro por el ejército de Guatemala y un tercero, presentado por Asies. (Asociación de Investigaciones y Estudios Sociales.) Nigungo ha pasado la fase de aprobación en la legislatura, solo el presentado por el ejército, que tras ser aprobado en dos lecturas, tuvo que ser suspendido por la oposición que presentó. Conavigua, la Universidad de San Carlos de Guatemala y otros sectores en noviembre de 1.992. Desde esa fecha los proyectos fueron engavetados. A raíz de los Acuerdos de Paz se encomendó a un equipo paritario. Gobierno y Sociedad Civil, la elaboración de un anteproyecto de ley de Servicio Cívico, que contempla dos

---

<sup>227</sup>Revista Tinamit, 11 al 17 de marzo de 1.993. Pág. 31.

modalidades de servicio: el Servicio Militar y el Servicio Social aún no se inicia la discusión en el Congreso de la República.

Nos interesa señalar, que el proyecto de Conavigua solicita que se legisle en favor del servicio militar voluntario, si es voluntario. desaparece la objeción de conciencia, porque la ley ya no está obligando. Pero señalan que se legisle en favor de la objeción de conciencia sobrevenida, que es la que una vez que el individuo voluntariamente haya decidido prestar el servicio militar rehuse cumplirlo por motivo de conciencia.

Aparte de esta objeción al servicio militar se presentó un comunicado del Colegio Profesional de Médicos y Cirujanos, en torno a la objeción a aplicar la inyección letal a reos condenados a muerte, por considerar que su juramento se basa en salvar la vida de las personas y no en privarlas de ella.

#### 11.1. LA OBJECION DE CONCIENCIA Y LA LEGISLACION GUATEMALTA.

Resulta evidente que el Constituyente guatemalteco, no consagró expresamente el derecho a objeción de conciencia. Queremos pensar que pudo haber sido por dos razones, la primera porque la Constitución Política de la República de Guatemala, de 1.985 tiene como característica principal, un tinte fundamentalmente contrainsurgente, en esa óptica no había lugar para considerar el disenso; pero también pudo tomarse el derecho

a la libertad con un enfoque filosófico-político, como un derecho ideal que no necesita materializarse,<sup>228</sup> y al que los deberes públicos deben respetar sin inmiscuirse para no restringirlos, limitarlos o impedirlos. La Constitución Política de la República nos afirma la primacía de la persona humana, como sujeto y fin del orden social.<sup>229</sup> En una interpretación hermeneútica la respuesta es obvia.

Dicha Constitución establece en su Arto. 135, los deberes y derechos cívicos y políticos de los guatemaltecos: inciso e) Obedecer las leyes, g) Prestar servicio militar y social de acuerdo a la ley. La ley a la que refiere es la Ley Constitutiva del Ejército de Guatemala, Decreto 72-90 del Congreso de la República que establece: Art. 69. "Los guatemaltecos, preferiblemente varones al cumplir los 18 años de edad, deberán

---

<sup>228</sup>Arango Escobar, Julio: "Filosofía del Derecho y los Derechos Humanos" Editorial Talleres Gráficos, Ran-Her, Primera edición 1,995. En Filosofía Política la libertad de pensamiento, conciencia, y opinión y expresión (sic) es considerada la expresión más excelsa y la más alta de la libertad. Citando a Recansés Sichez, en "Vida humana sociedad y derecho" dice textualmente: "Es a la vez un derecho absoluto, porque se refiere a las funciones más nobles del ser humano". Luego agrega, "es un derecho absoluto que no precisa de regulación material y tan solo pide a los poderes públicos y a los individuos no hacer, no intervenir y respetar" pp. 155 y 156.

<sup>229</sup> En Resolución del Procurador de los Derechos Humanos del 14 de Julio de 1,994, en su IV considerando, refiriéndose a la primacía de la persona humana dice: "Porque cualquier acción en contra (de la voluntariedad) traería al suelo el "énfasis de la primacía de la persona humana" sostenida en la declaración de principios contenida en el preámbulo de la Constitución" pp. 144 del informe circunstanciado de actividades sobre la situación de los derechos humanos durante 1,994.

inscribirse para obtener la constancia de inscripción militar. Establece además que coordinará con los respectivos registros para hacer las citaciones pertinentes. Es decir que hay un mandato directo para todos los jóvenes, dicho mandato emana de la ley. Lo que nos sugiere que dicho mandato no es absoluto es, que a continuación establece que existen excepciones al cumplimiento de esa ley, unas con carácter definitivo y otras con carácter temporal. Entre las primeras se encuentran; enfermedad incurable, impedimento físico y mental que incapacite, mientras que en las segundas establece: Enfermedad crónica o contagiosa incurable, el impedimento físico o mental que incapacite para el servicio militar, ser hijo único responsable del sostenimiento económico de la familia. Dentro de las excepciones temporales se encuentra: Haber sido proclamado para un cargo público de elección popular y ser ministro de cualquier religión. Artos. 72 y 73 del decreto ya citado.

El legislador guatemalteco, exime por varias causas, consideramos que no son difíciles de probar, y si alguien pretende realizar un fraude en el cumplimiento de la ley, eso no es difícil. Porqué no exime por causa de conciencia? No es más importante no violentar al individuo, en cuanto a sus creencias más profundas y evitar el desborde social cuando el Estado puede evitarlo? Creemos que sería lo más conveniente.

En el Arto. 44 la Constitución establece: Derechos

inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución, no excluyen otros, que aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. Y en el Arto. 46. declara que los Tratados y Convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno cuando se refieren a derechos humanos.

Entre los Tratados y Convenciones firmados y ratificados por Guatemala, figuran los siguientes: En el plano universal; es miembro de Naciones Unidas y firmó la Declaración Universal de Derechos Humanos, (Veáse, Arto. 18) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (veáse aquí el Arto. 18). En el plano regional, La Carta de la OEA, de 1,948, y el Convenio Interamericano de Derechos Humanos. Pacto de San José, 1.969. ratificado el 26 de mayo de 1,978.

Cuando el Estado pretende ignorar que la Objeción de Conciencia constituye un ejercicio legítimo del derecho proclamado en el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se aparta de su deber fundamental de respetar y garantizar a cuántos se encuentran en su territorio el disfrute de una libertad directamente referida a los derechos humanos.

12.- LA OBJECCION DE CONCIENCIA EN LA PRACTICA SOCIAL JURIDICA  
GUATEMALTECA:

Cómo hemos establecido en el desarrollo de la presente tesis, la objeción de conciencia es un derecho moral que independientemente de que esté o no consignado en una norma concreta, por ser el ejercicio de un derecho fundamental, puede ser exigido frente al Estado por el interesado y debe ser garantizado por los jueces, al realizar una interpretación de la Constitución Política de la República, como una obligación prima facie, atendiendo a las razones de moralidad de un individuo. Si tal interpretación se convierte en el único parámetro que permite que una persona sea protegida por el Estado, para garantizarle no actuar en contra de sus convicciones, consideramos que con el deficit de legitimidad de nuestras instituciones, la politización de algunos órganos jurisdiccionales y la carga de positivismo en la aplicación de la ley, eso no será suficiente. Por lo que al Estado le corresponde prever para evitar dejar a los interesados sujetos solo a la interpretación judicial.<sup>230</sup>

Consideramos por tanto que el ejercicio de la libertad de

---

<sup>230</sup> Raz. Joseph: Ob. Cit. "La libertad de conciencia y el carácter pluralista de un Estado, se encuentran garantizados, primero por su propia autolimitación: no requerir acciones en áreas susceptibles a convicciones morales, y en segundo lugar mediante el otorgamiento de facilidades y servicios requeridos por personas de diferentes concepciones morales y religiosas (adecuadas posibilidades para optar en materia educativa, libertad de matrimonio par los miembros de diferentes religiones, etc". pp. 353.

conciencia debe ser expresamente reconocida en la Constitución Política de la República, de tal manera que no ceda ante normas de menor rango o secundarias, correspondiéndole al legislador normar en un Estatuto Especial, lo relativo a: manifestación de la objeción y sobre quién o quienes la declaran, igualmente legislar sobre la objeción sobrevenida que ya vimos antes.

Mientras tanto creemos que la mejor forma que tiene el Estado para evitar disentimiento a sus disposiciones jurídicas, es evitando aquellas disposiciones contra las que las personas puedan tener objeción de conciencia; verbigracia: que en lugar de normar el servicio militar como obligatorio, lo establezcan voluntario y universal. En lugar de legislar sobre el derecho a objetar en conciencia, la práctica del aborto, establecer que cualquier médico puede negarse a practicar un aborto. En el caso de la inyección letal, establecer, que una persona obligada por razón de su trabajo, si considera la orden inmoral puede negarse a aplicarla. Igual con los juramentos judiciales, y otros.

El Estado tiene en sus manos el prevenir situar a los ciudadanos ante obligaciones políticas o cívicas que pudieran presentar objeción.

## CONCLUSIONES

1) El Estado es la organización jurídico-política, encargada de normar la relación entre gobernante y gobernados. De esa cuenta los elementos que lo conforman le permiten alcanzar sus fines. Entre los elementos los individuos que integran la población son de singular importancia por que son entes dotados de autonomía, libertad, e igualdad y la razón de ser de ese Estado, por lo que éste no puede imponerles valores ni inmiscuirse en su esfera individual donde radica su moralidad.

2) Referente al elemento Poder del Estado, según el paradigma Iusnaturalista de la formación del Estado, los hombres al principio vivían en estado de naturaleza. Por razones de conveniencia llegaron a un consenso, y por un contrato renunciaron a ciertos derechos con tal que todos los demás hicieran lo mismo. En este contrato "El Estado" se compromete a: gobernar conforme a la ley que tiene la facultad de crear, garantizar los derechos de todos y respetar los derechos humanos. Por su parte los gobernados adquieren la obligación de obedecer la ley. De esa forma y con esas condiciones se forma la sociedad civil.

3) Por la carga de Pragmatismo, Historicismo y Utilitarismo, que prevaleció en la filosofía política durante 70 años de este siglo, la doctrina del Contrato Social se desacreditó y perdió



vigencia, pero en los últimos 30 años, una nueva corriente llamada Neocontractualista, irrumpió con la "Teoría de la Justicia" de John Rawls, quién plantea la necesidad de realizar un nuevo contrato social, para la reformulación del Estado en vista de los graves problemas que aquejan a los Estados Modernos.

4) Los Neocontractualistas retoman la idea del contrato social como la doctrina que legitima el poder del Estado, por el consenso que se logra entre los gobernados, desde esta visión ya no basta la legalidad del procedimiento, sino debe buscarse la legitimidad que solo da, el consenso social. Si se toma en cuenta esta participación de la sociedad civil, el Estado evita las actuaciones de fuerza y los gobernados hacen suyas las disposiciones legales.

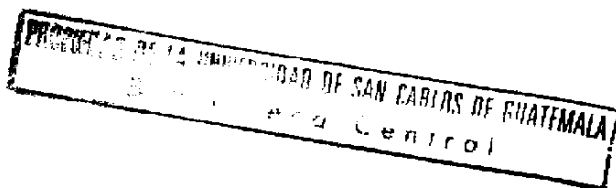
5) La relación entre contrato social y derechos humanos es determinante, y la polémica que surge sobre, que sólo son derechos humanos los que el Estado garantiza, de la Doctrina Positivista y que los derechos humanos son derechos naturales de la Doctrina Iusnaturalista es superada por una concepción Ética de los derechos humanos en donde convergen las dos corrientes. Los derechos humanos existen independientemente de que el Estado los positivice o no, pero es necesario que estén positivizados para tener la certeza de que serán plenamente garantizados, de lo contrario el Estado no está cumpliendo con su obligación contractual y al ciudadano, le queda el recurso de la resistencia

pacífica, que puede adquirir la forma de desobediencia civil o de objeción de conciencia.

5) La objeción de conciencia es el ejercicio de un derecho humano fundamental, que se fundamenta en la libertad de conciencia, que todos los hombres poseen independientemente de que estén garantizados o no. Este derecho descansa en la ética individual en la que el Estado se ve obligado a respetar una zona de autonomía individual, que no puede ni debe invadir, cuando los criterios éticos personales no coinciden con las normas de derecho.

6) El derecho a objeción de conciencia es un acto privado, pacífico, de desobediencia a la ley por razones morales individuales, que pueden ser políticas, humanistas, o religiosas, y cuyo límite está constituido por el respeto al derecho de los demás.

7) Para evitar disentimientos en el cumplimiento de la ley, en relación por ejemplo al servicio militar es conveniente tomar en cuenta, que si se legisla en favor de un servicio voluntario se estará evitando, que determinadas personas, presenten objeción de conciencia.



## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS.

- 1.- Alvarez Ledezna. Mario. "Introducción al Derecho" McGraw Hill. Impresora Publi-Mex. S.A. de C.V. Calzada San Lorenzo 279-32. Delegación Iztapalapa 09850. México D.F. 1.996.
- 2.- Arango Escobar, Julio Eduardo. "Filosofía del Derecho y de los derechos Humanos" Editorial Talleres Gráficos Ran Her. primera edición. noviembre de 1.995.
- 3.- Araujo, Joan Oliver: "La Objeción de Conciencia al Servicio Militar" Editorial Cívitas. S.A. Universidad de las Islas Baleares. 1.993.
- 4.- Bobbio, Norberto. "El Modelo de la Democracia" Editorial & Javier. Barcelona 1.985.
- 5.- Bobbio, Norberto. "Estado Gobierno y Sociedad" Por una Teoría General de la Política. Breviarios del Fondo de Cultura Económica México. Carretera Picacho Ajusco 227: 14200. Mexico D.F. Traducción de José F. Fernández Santillán. Cuarta reimpresión 1,996.
- 6.- Bobbio, Norberto. "Liberalismo y Democracia" Breviarios del Fondo de Cultura Económica. México. Carretera Picacho Ajusco 227- 14200. México. D.F.
- 7.- Bobbio, Norberto. "Thomas Hobbes" Fondo de Cultura Económica S.A. de C.V. Carretera Picacho Ajusco 227 14200 México D.F.
- 8.- Bobbio, N. Bobero, Michelangelo. "Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna" El modelo lusnaturalista y el modelo Hegeliano Marxiano. Fondo de Cultura Económica S.A. de C.V. Carretera Picacho Ajusco. 227 14200 México D.F.
- 9.- Buchanan, James. "El Cálculo del Consenso" Traducción al español. de Javier Salinas Sánchez. Editorial Espasa Calpe. S.A. Madrid. 1.988.
- 10.- Cárdenas Gracia. Jaime F. "El Contractualismo y su proyección jurídico y política" Serie Humanidades. Colección Derecho Universidad Autónoma de Querétaro. 1era. Edición 1991. Cerro de las Campanas. Querétaro México.
- 11.- Cattelain, Jean Pierre. "La Objeción de Conciencia" Edición Oikos-Tau. Barcelona. España. 1.973.

- 12.- Cortina, Adela. "Ética Mínima" Editorial Tecnos. Madrid. 1986.
- 13.- Del Arenal. Celestino. "Paz y Derechos Humanos" San José Instituto Interamericano de Derechos Humanos. V Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos 1.987.
- 14.- Dworkin, Ronald. "Los Derechos en Serio" Editorial Ariel Barcelona. 1.984.
- 15.- Del Vecchio, Georgio. "Filosofía del Derecho" Svna. Edición Española. Corregida y aumentada. Bosch. Casa Editorial S.A.Urgel 51. bis. Barcelona. España.
- 16.- Deutsche, Karl W. "Política y Gobierno" Como el pueblo define su futuro. Fondo de Cultura Económica S.A. de C.V. Carretera Picacho Ajusco 227 14200, México D.F. Primera reimprección en español 1.993.
- 17.- Díez Picazo, Luis. "Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho" Editorial Ariel. Barcelona 1.975.
- 18.- Fernández, Eusebio. "Teoría de la Justicia y Derechos Humanos" Editorial Debate S.A. Recoletos. 7 28001. Madrid 1.984.
- 19.- Fronsac, Henri y Otros. "No Violencia y Objeción de Conciencia" Editorial Fontanella. Barcelona. España 1.984.
- 20.- García Bauer, Carlos. "Los derechos humanos en América" 1.987. Tipografía Nacional. Guatemala.
- 21.- Hart, H. L. A. "El Concepto del Derecho" Editora Nacional. México. 1980. Traducción de Genaro R. Carrió.
- 22.- Herbada, Javier. "Cuatro Lecciones de Derecho Natural" Edición Universidad de Navarra. Pamplona España.
- 23.- Kant, Emmanuel. "En Torno al Tópico. talvez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica" Estudio preliminar de M. Francisco Pérez López. Editorial Tecnos Madrid. España. 1.992.
- 24.- Lafer, Celso. "Ensayos Liberales" Fondo de Cultura Económica S.A. de C.V. Carretera Picacho Ajusco 227: 14200 México. Primera Edición en español. 1993.
- 25.- Lafer, Celso. "La Reconstrucción de los Derechos Humanos" Un diálogo con el pensamiento de Anna Arendt. Fondo de Cultura Económica. S.A. de C.V. Carretera Picacho Ajusco 227: 14200 México. Primera edición en

español, 1994.

- 26.- Leclerk. Jaques. "Derechos y Deberes del Hombre" Editorial Herder, Barcelona, España. 1.963.
- 27.- Massini Correas. Carlos I. "Los Derechos Humanos en el pensamiento actual" Segunda Edición Abelado Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- 28.- Madrid Malo-Garizabal, Mario. "Estudio Sobre el Derecho a Objeción de Conciencia" Defensoría del Pueblo, Calle 55 No. 10-32 Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1.994.
- 29.- Nino, Carlos Santiago. "La Fundamentación Liberal de los Derechos Individuales Básicos" Editorial Ariel, Barcelona 1.983.
- 30.- Nozick, Roberth. "Anarquía, Estado y Utopía" Fondo de Cultura Económica, S.A. de C. V. Carretera Picacho Ajusco. 227 14200. Primera Edición en español, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. México. 1.988.
- 31.- Peces Barba, Gregorio. "Desobediencia Civil y Objeción de Conciencia" Anuario de Derechos Humanos No. 5 Universidad Complutense de Madrid, España. 1.988. 1989.
- 32.- Pérez Luño, Antonio. "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución" Editorial Tecnos, Madrid, España 1.992.
- 33.- Platón. "Diálogos" 17ava. edición Colección Sepan Cuántos No. 13 Editorial Porrúa México 1.973.
- 34.- Porrúa Pérez, Francisco. "Teoría del Estado" Decima primera edición. Editorial Porrúa S.A. Avenida Rep. Argentina 15. México 1978.
- 35.- Rawls, John. "Liberalismo Político" Fondo de Cultura Económica S.A. de C.V. Carretera Picacho Ajusco. 227 14200. Primera reimpression en español. 1.993. México.
- 36.- Rawls, John. "Teoría de la Justicia" Edición en castellano. Fondo de Cultura Económica. S.A. de C.V. Carretera Picacho Ajusco 227 14200. México 1.985.
- 37.- Raz, Joseph. "La Autoridad del Derecho" Segunda reimpression en español. 1.993. Fondo de Cultura Económica. S.A. de C.V. Vía de los poblados S/N 28033 Madrid.
- 38.- Truyol y Sierra, Antonio. "Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado" 2 Tomos. Octava Edición Editorial Alianza Universitaria. Textos. Madrid. 1987.

## DICCIONARIOS:

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. G. Cabanellas y Alcalá-Zamora. L. 14a. Edición. Editorial Heliasta. S.R.L. Viamonte 1730. piso 1o. Buenos Aires. Argentina. 6 Tomos.

"Diccionario de lenguaje filosófico": P. Faulque. Editorial Labor. S.A. Barcelona. Madrid. Buenos Aires. Río de Janeiro. México. Montevideo. 1.967.

"Diccionario Filosófico" Iudín P. Rosental M. Ediciones los comuneros.

## LEYES:

Constitución Política de la República de Guatemala.

Ley Constitutiva del Ejército de Guatemala. Decreto 72-90 del Congreso de la República.

Ley de Amparo. Exhibición Personal y Constitucionalidad. Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.

Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos. Decreto 54-86.

## DECLARACIONES Y CONVENIOS:

Declaración Universal de los Derechos Humanos.  
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

## OTRAS PUBLICACIONES.

Informe Circunstanciado de actividades sobre la situación de los derechos humanos durante 1.994. Procurador de Derechos Humanos. Guatemala C. A.

Tribunal Permanente de los Pueblos. Sesión Guatemala. Madrid. del 27 al 31 de enero de 1.983. Iepala. Editorial Madrid. enero de 1.984.

Revista "Sal Terrae" España 1.994.

Revista Tinamit. Editorial Pág. 2 Guatemala del 11 al 17 de mayo de 1.993.

Revista de Conavigua. mayo de 1.994.