

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

LA NOCIÓN DE ESTADO Y DE ESTADO DE DERECHO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

RONALD ESTUARDO ARANGO ORDOÑEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, Mayo de 2010.

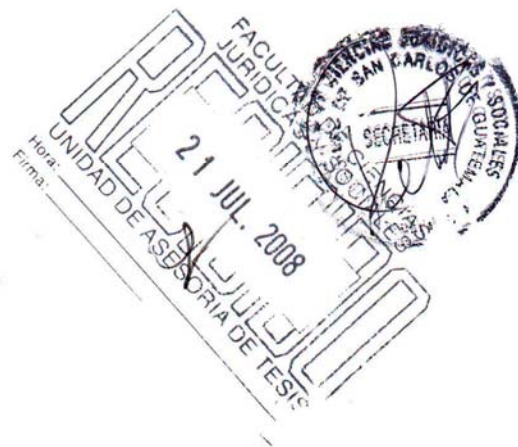
HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana.

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable por las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Exámen General Público).



Lic. José Alejandro Córdova Herrera
Abogado y Notario
Col.6034.
6ª Calle 1-14 Zona 1
22534801
Ciudad de Guatemala



Guatemala, 5 de Junio de 2008

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.

Señor Decano:

En cumplimiento de la resolución dictada por la unidad a su cargo, de fecha 14 de noviembre de año 2007, a través de la cual se me designa Asesor del bachiller RONALD ESTUARDO ARANGO ORDOÑEZ, en la realización de su trabajo de tesis de grado intitulado "LA NOCION DE ESTADO Y DE ESTADO DE DERECHO.", así también es preciso establecer que no se le realizaron modificaciones a los títulos de los capítulos de tal forma que oportunamente me permito informar a usted lo siguiente:

- a) El trabajo de investigación se enfoca desde la perspectiva doctrinaria y exegética de los textos legales relacionados con el proceso contencioso administrativo, tema objeto de la tesis de grado.
- b) Las conclusiones y las recomendaciones que se vierten, son congruentes con el trayecto de la investigación.
- c) El trabajo realizado, contenido en ocho capítulos, comprende los aspectos más importantes del tema tratado, desarrollándose técnicamente la bibliografía consultada, la cual es adecuada y suficiente.
Finalmente el trabajo resalta la importancia de delimitar la Noción de Estado frente al Estado de Derecho como efecto tanto cultural como ideológico pero en ningún momento incongruente con las normas que rigen el Estado de Guatemala.
- d) En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa



Lic. José Alejandro Córdova Herrera
Abogado y Notario
Col.6034.
6ª Calle 1-14 Zona 1
22534801
Ciudad de Guatemala

respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Sin otro particular, agradeciendo la atención a la presente, me suscribo de usted atentamente,

Lic. JOSE ALEJANDRO CORDOVA HERRERA

Lic. José Alejandro Córdova Herrera
Abogado y Notario

6ta. Calle 1-14 zona 1, ciudad, Guatemala

Teléfono: 53060806.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinte de febrero de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante RONALD ESTUARDO ARANGO ORDOÑEZ, Intitulado: "LA NOCIÓN DE ESTADO Y DE ESTADO DE DERECHO"

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/sllh



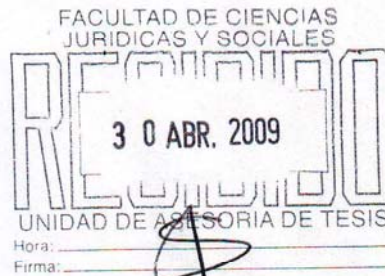
Lic. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario – Col. 4713
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
5^a. Ave. 14-62 zona 1, Oficina 307. Comercial Esmol
Tel. 54066223



Guatemala, 3 de marzo de 2009.

Licenciado :

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Respetable Licenciado.

En atención al nombramiento como Revisor de Tesis del Bachiller RONALD ESTUARDO ARANGO ORDOÑEZ , me dirijo a usted haciendo referencia a la misma con el objeto de informar mi labor y oportunamente emitir dictamen correspondiente y habiendo revisado el trabajo encomendado:

EXPONGO

A) El trabajo de tesis se denomina “ LA NOCIÓN DE ESTADO Y DE ESTADO DE DERECHO ”.

B) En el desarrollo de la revisión del trabajo de tesis relacionado, se discutieron algunos puntos en forma personal con el autor, realizándose los cambios y correcciones que la investigación requirió, además, se comprueba que la bibliografía y técnicas de investigación utilizadas fueron las adecuadas y por ende se establece que el trabajo cumple con los requisitos exigidos por el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente dar el presente dictamen favorable, aprobando el trabajo de tesis revisado .

C) En argumento de lo anterior, procedí a revisar los diferentes métodos y técnicas de investigación empleados, opinando que fueron aplicados adecuadamente, en virtud que con ellos, se obtuvo la información necesaria y objetiva para la elaboración, redacción y presentación final del presente trabajo; y en cuanto a las conclusiones y recomendaciones, comparto los argumentos vertidos por la autora, puesto que las mismas se encuentran estructuradas de acuerdo al contenido del plan de investigación y están debidamente fundamentadas, por lo cual, brindan una valiosa contribución para el derecho común.



Lic. JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS
Abogado y Notario – Col. 4713
Pos grado en Derecho Constitucional Comparado
5ª. Ave. 14-62 zona 1, Oficina 307. Comercial Esmol
Tel. 54066223



Sin otro particular me suscribo, atentamente,



LIC JAIME ROLANDO MONTEALEGRE SANTOS

Abogado y Notario.

Col: 4713

Licenciado
Jaime Rolando Montelegre Santos
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintidós de marzo del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante RONALD ESTUARDO ARANGO ORDÓÑEZ, Titulado LA NOCIÓN DE ESTADO Y DE ESTADO DE DERECHO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.



DEDICATORIA

- A mi hermano JESUS:** Quien siendo hijo de Dios y en muestra del mayor acto de humildad jamás visto sobre la tierra, se hizo hombre, se hizo hijo de carpintero, pagando con su sangre el precio de nuestros pecados. Para que hoy seamos completamente salvos y libres y a mí en lo particular me permitiera llegar hasta este momento trascendental en mi vida.
- A mi Alma Mater:** La Nacional, la autónoma, la tres veces centenaria, la grande dentro de las grandes, la de la centenaria huelga de dolores, la paridora de compañeras y “compañeros de los de siempre, de los que nunca se rajaron, carajo, de los que se aguantaron contra palo y cárcel, exilio y sombra”. A ti por darme esa conciencia social y esa hambre de transformar nuestra difícil realidad.
- A mi Facultad de Derecho:** La del color Rojo, la revolucionaria, la de la Asociación de Estudiantes “El Derecho”, la del Honorable Sub, la boletínera, por darme los conocimientos y las experiencias que hoy sustentaran mi caminar profesional.
- Al movimiento Estudiantil:** A aquellos que desgataron las suelas de sus zapatos en las calles, que sacrificaron sus estudios, sus familias, sus sueños, sus vidas por el campesinado, por el proletariado, por el pobre, Por todo aquel que dijo “vamos Patria a caminar Yo te acompaño”. A ustedes compañeros que son el ejemplo a seguir.

A mi padre:

De él aprendí la igualdad entre los seres humanos, la solidaridad, el amor al prójimo, “En sentir en carne propia, cualquier injusticia cometida contra otro en cualquier parte del mundo, esa es la cualidad más linda de un revolucionario”. A él Por su ejemplo de vida, por su inmenso amor y apoyo incondicional hasta el final.

A mi madre:

Mujer fuerte, madre ejemplar, por su entrega total a la familia, mujer paciente y abnegada que con su entrañable amor me supo conducir a los caminos de Dios y los cuales hoy guían mi caminar, a ella le agradezco la felicidad con la que hoy vivo al haber depositado mi confianza en el gran YO SOY.

A mi esposa:

Mi ayuda idónea, la bendita mujer que con sabiduría ha sabido edificar su casa, siendo un ejemplo a seguir para mis hijas, a mi cómplice, mi amor de la juventud, de mi presente y la de mi vejes, la que soporto la fase desordenada de mi vida y que nunca desmayo. A ella que juntos hemos reconstruido esa relación y amor, motor fundamental para concluir mis estudios.

A mis hijas:

Mis dos princesas, Estephanie Alejandra y Ximena, por ser las dos niñas de mis ojos, el inmenso amor que siento por ustedes, me lleva a ser ejemplo en sus vidas y decirles que con dedicación, esfuerzo, disciplina y principalmente con fe en nuestro creador, los objetivos que nos propongamos los podemos alcanzar. Las amo con todo mi corazón.

A mis hermanos:

Julio Eduardo y Douglas Augusto, Por ese amor de hermanos que nos ha caracterizado y que hoy en ausencia de nuestros padres hemos profundizado, por que se que en los momentos difíciles siempre estarán conmigo y yo con ustedes.

A mis cuñadas, sobrinas,

sobrino y familia en general: Emmy, Brenda, Emily, Maria Ximena, Melanie y Diego, a toda mi familia Arango y Ordoñez que Dios me dio y que he aprendido a querer, en especial a mi tío Carlos Arango Escobar por su siempre apoyo incondicional para mi familia. Y

A: Todos los presentes en este acto tan trascendental en mi vida.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	(i)

CAPÍTULO I

1. Noción de Estado y de Estado de derecho.....	1
1.1 Concepto histórico de Estado.....	1
1.2 Forma del Estado.....	2
1.3 Origen del Estado.....	4

CAPÍTULO II

2. El Estado moderno.....	21
2.1 Noción y significado del término Estado.....	21
2.2 Orígenes del Estado moderno.....	23
2.3 Caracteres del Estado moderno.....	26
2.4 Concepción del Estado moderno.....	31

CAPÍTULO III

3. El Estado de la actualidad.....	35
3.1 El siglo de las luces.....	36
3.2 Filosofía de la ilustración.....	36
3.3 Derecho natural de la ilustración.....	38
3.4 Esencia del derecho.....	39
3.5 Forma del derecho.....	41

	Pág.
3.6 Origen del derecho.....	45
CAPÍTULO IV	
4. Clases de Estado.....	47
4.1 Estado liberal de derecho.....	47
4.2 Historia sobre el Estado.....	50
4.3 Liberalismo y Estado de derecho.....	52
4.4 Los caracteres del Estado de derecho.....	56
CAPÍTULO V	
5. Estado social de derecho.....	63
5.1 Estado liberal y Estado social de derecho.....	63
5.2 Ideología del welfare State.....	68
5.3 Neoliberalismo y Estado social de derecho.....	70
CAPÍTULO VI	
6. Estado democrático de derecho.....	75
6.1 Del Estado social de derecho al Estado democrático.....	75
6.2 Estado social democrático.....	77
6.3 Estado y derecho.....	78
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	90

INTRODUCCIÓN

Con el ánimo tener una aproximación de los aspectos relacionados con las nociones del Estado y de estado de derecho, tomando como base el cúmulo de teorías existentes, haciendo un enfoque desde la perspectiva doctrinaria y exegética se ha elaborado el presente trabajo con el propósito de aportar al entendimiento, mediante esta particular investigación, un ejercicio académico que presente los elementos considerados más importantes sobre el tema tratado, para que estudiantes y profesionales se introduzcan en el conocimiento claro y preciso de la noción de Estado y estado de derecho.

El trabajo se divide en seis capítulos; el primero introduce al tema abordando conceptos sobre el Estado haciendo un recorrido por la evolución del Estado desde las formas de organización social hasta llegar al capitalismo; el segundo aborda elementos del Estado moderno; el tercer capítulo presenta elementos del estado actual; el cuarto capítulo presenta las clases de Estado; el quinto capítulo brinda elementos sobre el estado social de derecho y finalmente el capítulo sexto hace referencia al estado democrático de derecho.

La hipótesis formulada se comprobó al determinarse que existe desconocimiento de lo que es el Estado, su noción o su idea entraña la mayoría de las veces errores en abogados y neófitos que pretenden hacer política. El método utilizado fue el sintético,

que sirvió para el correspondiente análisis, resumen y elaboración de conclusiones de la investigación. Las técnicas utilizadas fueron la bibliográfica y la documental, ya que con las mismas se recolectó material bibliográfico y doctrinario necesario para la realización de la tesis.

CAPÍTULO I

1. Noción de Estado y de Estado de derecho

1.1. Concepto histórico de Estado

El Estado es un poder social que cuenta con un aparato especial para ejercitar la coerción (Tribunales, Ministerio Público, Policía, Ejército y con ellos a su servicio guarda contra derecho los intereses que posee la minoría dominante).

El Estado no puede justificar su existencia sin contar y tener a su disposición los órganos de coerción, sin grupos de individuos armados y desarmados a su disposición. Estos órganos de coerción son la diferencia con el poder social de las personas que formaban la comunidad primitiva. Es necesario aclarar que la coerción instrumentada dentro del Estado por su aparato coercitivo no es el medio de la sujeción de los individuos a la voluntad del Estado. Es determinante la existencia de influencia ideológica sobre la sociedad la, influencia ideológica del Estado en el pueblo lo desorienta y lo engaña. Respecto a Estado: “Éste en su conjunto expresa en forma concentrada las necesidades económicas de la clase dominante”¹. Esto se refiere a la actividad del Estado tomada precisamente en su conjunto y Carlos Marx consideraba “esta faceta de la actividad del Estado, ni esencial ni específica, decía que hasta en los

¹ N. G. Alexandrov y Otros. **Teoría del estado y del derecho**. Pág. 20.

Estados despóticos la intervención universal del gobierno abarca tanto. Es importante, y determinante la influencia ideológica sobre la sociedad de parte del Estado, pues la influencia ideológica en el pueblo lo desorienta y lo engaña, máxime que cuenta con el apoyo de organizaciones que conocen de sus necesidades y la ocultan, no la denuncian porque conviene a sus intereses. Es el caso de las iglesias (con sus pocas excepciones por supuesto), y los órganos mediáticos copados por aliados y dueños del capital que lesionan la libertad de expresión y pensamiento. Establecemos finalmente que el Estado se estructura como fenómeno histórico de la sociedad dividida en clases que son determinadas por la estructura económica y la clase de la sociedad. Es decir, de acuerdo a los tipos de relaciones de producción de la sociedad dividida en clases que históricamente se conocen por ellos podemos distinguir los tipos históricos clasistas de Estado”.²

1.2. **Forma del Estado**

Al resolver el problema del Estado en cuanto al tipo queda diáfana su esencia de clase pues se señala la clase que ejerce la dictadura y cuando hacemos referencia a la forma del Estado aclaramos la forma como se encuentra organizado el poder estatal en cuanto a los órganos que lo componen, su orden de constitución y límites de competencia. “Debe además tenerse en cuenta que la forma del Estado se considera ante todo en doble: La primera es la forma de gobierno que es la composición y el orden de formación de los órganos superiores del Estado y la relación que se da entre

² **Ibid.** Pág. 24.

ellos en el supuesto que se integren por más como la monarquía constitucional: Parlamento y Monarca. Dos: La forma de organización estatal, o relación entre el poder central y los poderes en las distintas partes que forman el Estado”.³ Nos queda claro en consecuencia que la forma de un Estado, es la forma de un Estado de determinando tipo. Cuando los Estados son de un mismo tipo suelen tomar formas diferentes con relación de a fuerzas de clase en el interior del país, peculiaridades históricas del surgimiento del Estado que se observa, situación internacional, etc.

El Estado de las clases que ejerce la dictadura conoce dos formas de gobierno como son la monarquía y la república.

1. La monarquía: Es la forma de gobierno en el que el poder supremo está representado por monarcas y que normalmente es hereditario o bien de elección vitalicia. Si el monarca representa el único órgano del poder, dicha monarquía se llama monarquía ilimitada o absoluta y finalmente si el monarca no es el órgano supremo del Estado y las atribuciones del poder supremo están repartidas entre él y otros organismos corresponde a una monarquía limitada como por ejemplo la monarquía estamental del feudalismo o la monarquía constitucional que se da en un tipo burgués de Estado.

2. La república: En las repúblicas formalmente democráticas, una parte un tanto mayor de ciudadanos tienen el derecho nominal al sufragio, no obstante todo un

³ **Ibid.** Pág. 27.

sistema de vueltas y presiones electorales como los engaños e intimidaciones etc. Así, el derecho de elección solamente lo poseen quienes tienen el derecho de elección en su propio interés y beneficio. Ahora, cuando en las repúblicas formalmente democráticas los trabajadores luchan porque mediante las elecciones puedan llevar al poder a personas auténticas defensoras del pueblo, las clases dominantes lo impiden mediante argucias que introducen en las leyes electorales llegando hasta implantar formas de gobierno conocidas como (forma de gobierno ministerialismo) o llegan a implantar dictaduras militares terroristas: formas fascistas de gobierno.

1.3. Origen del Estado

1. Organización del régimen de la comunidad primitiva: El primer periodo del régimen de la comunidad primitiva lo denomina Federico Engels como infancia del género humano. Fue un periodo de apropiación, preferentemente de los productos que ofrecía la naturaleza; los hombres vivían esencialmente de la recolección de frutas silvestres, raíces, frutos y se dedicaban a la caza en su forma primitiva.

Los instrumentos rudimentarios para la caza con estructura primitiva, no eran suficientes para que el hombre contara con los alimentos necesarios para cubrir las necesidades de la comunidad. Recordemos que éstos eran la piedra y el palo y que tampoco estas armas eran garantía para la defensa ante los ataques de feroces animales. Como consecuencia, los miembros de la comunidad primitiva mantenían una lucha constante contra el frío, el hambre y las fieras. Mucho tiempo anduvieron

desnudos y les servían de protección los árboles. Ante estos avatares el hombre primitivo va aprendiendo a construir instrumentos de piedra y se arman mejor, las pieles de los animales que cazaban se convertían en vestidos y tapados para protegerse del frío, la caverna viene a ser la vivienda y construyen barreras para protegerse del frío y viento. No se daba la división del trabajo y la producción era baja.

Muchos años después descubre el fuego y sin duda su relación constante con los miembros de la horda posibilitó el desarrollo de sus pensamientos, los cambios importantes en la mano y otros como la posición erecta del cuerpo, el surgimiento del pulgar oponible en la mano como consecuencia del trabajo, determinan o constituyen los embriones de un trabajo productivo más calificado como la hechura de herramientas. “El desarrollo de sus pensamientos, sin duda, desarrolló sus cerebros y con sonidos onomatopéyicos (imitación del sonido de una cosa en el vocablo que se forma para significarla, el mismo vocablo que imita el sonido de la cosas nombrada con él.”⁴

“El tipo primitivo de producción colectiva o cooperativa era lógicamente consecuencia del aislamiento del individuo lo que lo hacía vulnerable y no de la colectivización de los medios de producción.”⁵ De manera que ello no permitía la desigualdad social, las clases y la explotación del hombre por el hombre.

⁴ Arango Escobar, Julio Eduardo. Filosofía del derecho y de los derechos humanos. Pág. 18.

⁵ Marx, Karl y F. Engels. Obras escogidas T. XXVII. Pág. 681.

No existiendo Estado este régimen del primer periodo de la sociedad primitiva y las formas de organización social de la colectividad humana, se correspondían con el régimen económico.

Estas colectividades las formaban grupos errantes no numerosos, la agrupación se daba con el fin de defensa común y búsqueda de comida. El grupo lo encabezaba un jefe que podía ser mujer u hombre, demuestra esta situación que el hombre primitivo (en tanto que g{enero) vivió en manadas y por esa razón justificaba Federico Engels que “En la medida que nuestra visión de las cosas puede penetrar en la profundidad de los siglos comprobamos que así era efectivamente”.⁶ De ahí la razón de que a la finalización del fenómeno biológico del hombre a esta fase se le ha llamado convencionalmente época de la manada primitiva lentamente y en proceso gradual la sociedad humana se transforma en una nueva forma de organización social conocida como la sociedad gentilicia, cuyo avance lo determinó el desarrollo de las fuerzas de producción de la sociedad, y el más alto desarrollo del trabajo humano, porque los seres humanos aprendieron a elaborar sus instrumentos que eran de piedra, y hueso. “Con esos materiales hacen hachas, cuchillos, puntas de lanza, raspadores, leznas, y la cacería de los grandes animales, se reunían y vivían en rebaños a la par de la caza va la pesca en cantidad, tiempo después se inventa el arco y la flecha convirtiendo la caza en medio para conseguir alimentos y con las hachas primitivas construyen la piragua, haciendo agujeros en los troncos de árboles, surge el tejido de fibra vegetal

⁶ Engels, Federico. Anti Dühring Pág 140.

útiles de piedra pulida, instrumentos de madera: recipientes y cucharas para dar pronto el salto al barro".⁷

De esta forma se avanza según el sexo y la edad: los hombres van a la pesca y la caza, a la fabricación de instrumentos de trabajo y las mujeres y niños a la recolección de frutos y cereales, preparar ropa y utensilios domésticos. Esta modalidad de trabajo fortalece la colectivización pues los progresos en la caza, la agricultura primitiva, la perfección de los instrumentos de trabajo continúan fortaleciendo la colectivización lo que hace necesaria también la colectivización de la tierra, las viviendas, las embarcaciones, el ganado etc. Es así, como aparece una nueva forma de sociedad más consistente y es la gens, conocida a la vez como comunidad gentilicia que da origen al régimen de la comunidad gentilicia.

La gens fue la célula primitiva de la sociedad humana. Al formarse la comunidad gentilicia los individuos estaban vinculados por la sangre, el trabajo colectivo y la comunidad de bienes. En este periodo social el parentesco era el que agrupaba a todos los miembros de la colectividad y era suficiente para garantizar la solidaridad y disciplina de todos sus miembros.

En algunos pueblos la comunidad gentilicia pasó por dos fases: El matriarcado, régimen maternal de la gens y el patriarcado, régimen paternal. En el matriarcado la mujer desempeña las mismas tareas de los hombres y con el desarrollo del cultivo de

⁷ Arango Escobar. Ob. Cit Pág. 55.

la tierra con el apoyo de la azada, el desarrollo de la alfarería viene la mujer a ser importante en la economía y el parentesco sólo puede tomarse únicamente por la línea materna. Como consecuencia de ello, la mujer toma un espacio de importancia. Posteriormente, la fundición de metales, el pastoreo, la agricultura, las armas, la fabricación de instrumentos de trabajo, que era trabajo especial de los hombres, fueron los que determinaron el paso del hombre a ocupar un lugar especial en la gens y tiene como resultado que el parentesco corresponda a la línea paterna. Viene el hombre a ser cabeza de familia.

La gens se componía de grupos de individuos integrada por decenas y pocas por centenares, los jefes de estas células se conocían como Spechem para la iroquesa, el arconte en la ateniense, los que eran elegidos por todos los miembros de las gens y el cargo no era hereditario pues cualquiera podía ser electo y dirigirla. Problemas de guerra que comúnmente se daban por posesión de zonas de pesca o de caza, era electo un jefe militar solamente para fungir en el periodo de guerra.

Importante era que el jefe del clan no disponía de aparato coercitivo y su autoridad se fincaba en su autoridad ética, originada en sus cualidades personales; sabiduría, valor para la pelea, destreza en la caza y el apoyo de los miembros de la gens y sin distinción, el derecho era disfrutado por todos por su ética y funcionamiento; es decir, fiel cumplimiento de las atribuciones, se parecía a la función legal de un onmbusman.

Sin duda, la gens fue la célula original de la sociedad humana. Se estructuraban con asociaciones más amplias como las Fratrias de los griegos, que vinculadas por el parentesco formaban una tribu, ésta tenía un territorio y nombre propio y como integrantes de una tribu hablaban un mismo dialecto y sus ritos religiosos eran los mismos, tanto la tribu como la fratria empleaban iguales ritmos democráticos primitivos como también así lo hacía la gens. Existían las formas y procedimientos seguidos por los consejos para gobernar, los que no detallamos pues intentamos dar una corta ilustración de cómo surge el Estado y el derecho.

2. Estado de derecho esclavista: La vida como el trabajo colectivo hacían necesario un orden determinado en las relaciones, lo que a la vez hacía necesario un orden que lógicamente exigía la existencia de reglas de conducta que se debían cumplir. La costumbre, la constituían las reglas, que por cierto no eran impositivas pues se carecía de aparatos coercitivos, ya que su asidero era la fuerza de la costumbre, la autoridad de generaciones pasadas, los criterios morales y religiosos. Las costumbres eran a la vez normas de la moral primitiva y sus disposiciones guían el comportamiento de los integrantes de la gens y como consecuencia siendo que la conducta era en beneficio de toda la comunidad su respeto era voluntario. Esto hacía que la vida social fuera tranquila ya que el orden lo imponía la costumbre no se vislumbraba entonces la posible existencia del Estado, con el avance de las fuerzas productivas, se dan profundas modificaciones en la estructura económica de la comunidad y por lo mismo también profundos cambios en la organización social. El aprender a domesticar y domesticar animales y luego el avance de la agricultura la construcción de mejores

útiles de labranza, y la fundición de metales darán como resultado la primera gran división del trabajo. “Distinto de la división del trabajo entre hombre y mujer que era una división natural”.⁸

La otra división es el trabajo social que puede calificarse de grande. Se produce cuando los oficios se apartan de la agricultura, pues se da la fabricación de los instrumentos de producción como armas e instrumentos domésticos y así nace la producción mercantil, la moneda metálica en forma de metales nobles sin acuñarse pues se da el cambio según el peso, se constituyen las ciudades donde se concentran las industrias y el comercio y también el desarrollo produce la diferencia entre los bienes de las diversas familias, lo que conduce a establecer la propiedad privada por la tierra y la familia deviene en unidad económica de la sociedad. Empieza así, sin duda la desorganización del régimen de la propiedad primitiva, caracterizado por el cambio en la formas de organización social y como hemos visto la antigua democracia gentilicia da paso a la nueva forma de poder social: La democracia militar.

Todos los cambios que vienen de la división social producto del desarrollo y crecimiento de las fuerzas productivas, lleva hacia otra forma de la división social del trabajo, pues surgen los mercaderes que ya no están relacionados ni son parte de la producción sino que son intermediarios en el cambio entre los productores directos a quienes someten económicamente, surge la moneda acuñada y la usura que conduce al deudor a la esclavitud y a su familia. A la par de la nobleza de linaje nace la

⁸ Alexandrov y Otros. Ob. Cit. Pág. 42.

aristocracia del dinero. Se concentra la propiedad de la tierra, del ganado, la riqueza monetaria y los grandes grupos de esclavos. Dice Federico Engels que: "...el régimen de la gens fruto de una sociedad que no conocía antagonismos interiores, no era adecuado sino para una sociedad de clase. No tenía más medios coercitivos que la opinión pública. Pero acabada de surgir una sociedad que está bien de las condiciones económicas generales de su existencia, había tenido que dividirse en hombres libres y en esclavos, en explotadores ricos y en explotadores pobres; una sociedad que no sólo podía conciliar esos antagonismos sino que por el contrario se veía obligada a llevarlos a sus límites extremos".⁹

Como consecuencia, las mismas causas que dieron origen al Estado, como disolución del régimen de la comunidad primitiva, la aparición de la propiedad privada sobre los instrumentos de producción, la división de la sociedad en clases antagónicas, dieron paso a la aparición del derecho.

En el régimen de la comunidad primitiva no era necesario el derecho, pues las relaciones en la gens y la tribu estaban regidas por la costumbre nacida por el correr de los años inveterata consuetudo o los siglos y reflejaban los intereses y concordancia entre sus miembros, el actuar de acuerdo a las costumbres establecidas obedecía a las necesidades de toda la colectividad y ello era de suma importancia porque permitía que la colectividad caminara sin problemas, por lo mismo era innecesario un ente coercitivo.

⁹ Marx y Engels. Ob. Cit. Pág. 296.

Decía Engels que: “Para el indio no existe el problema de saber si es un derecho un deber tomar parte en los negocios sociales, sumarse a una venganza de sangre o aceptar una compensación; el planteárselo parecía tan absurdo como preguntarse si comer, dormir o cazar son un deber o un derecho.”¹⁰

“Sin soldados, gendarmes, ni policía ni nobleza, sin reyes, gobernadores, prefectos o jueces, sin cárceles ni procesos, todo marcha con regularidad, todas las querellas y todos los conflictos los zanja la colectividad a quien conciernen la gens o la tribu o diversas gens... los propios interesados son quienes resuelven las cuestiones y en la mayoría de los casos una usanza secular lo ha regulado ya todo”.¹¹

Sin embargo, todo cambia, las costumbres pierden carácter de reglas propias, de intereses generales, sin duda por la división de la sociedad en grupos de intereses opuestos y con ello pierde vigencia también el cumplimiento voluntario de las reglas por los miembros de la sociedad. Los grupos ya enriquecidos de las gens concentran poder, imponen a la sociedad nuevas costumbres significativos de sus intereses de clase y se sustituyen las costumbres opuestas a la explotación y avances de la propiedad privada, las masas de esclavos necesitan de normas que rijan sus conductas pues los esclavos huérfanos de todo derecho son considerados instrumentos de trabajo, parlantes que requerían según los propietarios de la

¹⁰ Ibid. Págs. 286-287.

¹¹ Ibid. Págs. 234-235.

existencia de normas, que fortalecieran su derecho a la propiedad sobre la tierra, el ganado, los instrumentos de labranza y los esclavos. Pero estas nuevas costumbres y nuevas normas no podían aceptarse por todos los miembros de la gens y mucho menos por los esclavos, para cumplir estas costumbres y normas no bastaba solamente la fuerza de la opinión pública, se precisaba de una organización especial, de un aparato que contara con gente que cuidara el cumplimiento de las nuevas normas, de las nuevas reglas de conducta, que castigara a los infractores de las normas y con la aplicación en forma sistemática de métodos coercitivos para garantizar su cumplimiento y esta organización fue el Estado, que contaba con una fuerza armada, tribunales, cárceles y otros atributos del poder público, que garantizaban la obediencia de todos los miembros de la sociedad. Entonces las normas que garantizaban ese cumplimiento constituían ya las normas de Derecho. Así empezó a formarse el derecho común, como la primera forma de expresión del derecho en la sociedad explotadora en gestación, las costumbres como normas sociales que establecían las relaciones entre las personas existieron también en la sociedad gentilicia, eran la sola forma de normas sociales, únicas para la sociedad. En la sociedad organizada institucionalmente, cada clase se rige por sus costumbres y la clase dominante impone bajo la amenaza del empleo de la violencia, una parte de sus costumbres a toda la sociedad, transformándolas en un nuevo aspecto de normas sociales en normas jurídicas.

En conclusión, tanto el Estado como el derecho hicieron su aparición simultánea en una parte específica del desarrollo económico, fase que se relaciona con la división de la sociedad en clases.

De ahí la razón por la que los ideólogos del poder económico desde sus orígenes hayan buscado envenenar y confundir el conocimiento y problema del origen del Estado y del derecho, porque el conocimiento auténtico de las causas que dan paso al origen del Estado y del derecho impulsan al conocimiento de la esencia clasista del Estado y del derecho.

No son convincentes al investigador las teorías sobre el origen divino del Estado y el derecho (teorías teocráticas); su origen en las cualidades naturales del individuo que despiertan el poder estatal (técnicas racionalistas del derecho natural) su origen en motivos psicológicos (teorías psicológicas) la conquista de una tribu por otra (teorías de la violencia o de la conquista) no obstante, que las guerras entre tribus no llevaron a la creación de Estado. Otros ven el origen del Estado y del derecho en una reconciliación, por un compromiso dicen, entre clases. Mas científicamente el origen del Estado y del derecho es la aparición de la propiedad privada y la división de la sociedad en clases antagónicas.

3. Estado y derecho feudal: Las clases principales de la sociedad regidas por el derecho feudal se integraban por los señores feudales y campesinos siervos de la gleba. En este régimen no obstante que el señor feudal era el dueño exclusivo de la

tierra, no poseía la propiedad completa del campesino como objeto, su derecho se concentraba en su trabajo y ciertas cargas.

En el régimen esclavista, se fermentaron las relaciones feudales, el trabajo del esclavo al paso del tiempo se hacía cada vez menos productivo y reducía sus ventajas, ya que el esclavo no demostraba interés por su esfuerzo o mejor dicho, con el resultado de su esfuerzo. Viene entonces la unión del campesino, al esclavo a la tierra y se les da para algunos casos, independencia. Pueden ya tener familia, alguna mínima economía doméstica y apenas para el trabajo. Así, los esclavos se convierten en campesinos siervos adscritos a la tierra de acuerdo a la ley. La tierra pertenecía al señor feudal y ellos dependían directamente de éste. Eran una especie de propiedad incompleta.

Este régimen feudal existió en África y Europa y sobrevivió varios siglos. En algunos países europeos el feudalismo se desarrolló al desintegrarse el método esclavista de producción, sobre los vestigios de estados esclavistas poderosos como fueron Roma y Bizancio, en tanto que en Rusia el régimen Feudal fue históricamente la primera forma de régimen económico social de clase que se divide en forma directa después de la desintegración del régimen de la comunidad primitiva.

La fuerza principal de los señores feudales y por supuesto del Estado feudal la constituían el ejército, la policía, la gendarmería y los servicios de inteligencia, como los jueces y las cárceles.

Sobre el campesino giraba toda la jerarquía del edificio social: “Los principales, la nobleza, el clero, los patricios, los burgueses, pertenecientes a un príncipe a un caballero libre del imperio a un monasterio o a una ciudad, siempre lo trataban como a un objeto, un animal de carga o peor todavía todos los siervos de la gleba no gozaban de ningún derecho político.”¹²

El perfeccionamiento de las industrias como la acumulación de los primeros capitales, los señores feudales y los Estados, independientes o semi-independientes dentro de las agrupaciones de los Estados feudales buscaban mercenarios para servicios de armas y así el poder real incipiente por cierto aliado a las ciudades en lucha contra sus enemigos, se apoyó en fuerzas de mercenarios, de manera que los Estados feudales formaron ejércitos permanentes que tuvieron desarrollo en las épocas del absolutismo, entonces éste dispone de grandes tropas regulares y regimientos de la guardia personal de los reyes, de grupos sociales de gendarmes y de policía secreta, espionaje disperso y aparato de funcionarios, cuya capa superior lo integraba la nobleza constituida en soporte de las monarquías absolutas.

Fortaleza del Estado feudal fue la iglesia, que adormecía la conducta de los siervos de la gleba. La iglesia era fuerza ideológica del Estado feudal y a ella estaba sujeta la ciencia, la instrucción, la moral, las relaciones familiares etc., la iglesia tenía

¹² Ibid. pág. 125.

posesiones y riquezas. Sus tribunales eran la Santa Inquisición, su ejército y servidores eclesiásticos, desde monjes y sacerdotes hasta cardenales y papas.

La forma de los Estados feudales fue la monarquía, pues ésta era la dictadura de la nobleza sobre los siervos de la gleba. Los periodos principales de la historia del régimen feudal fueron la monarquía estamental representativa y la monarquía absoluta.

“El derecho feudal representaba por su esencia, la voluntad de los señores feudales como clase, voluntad que por la fuerza del Estado feudal es erigida en ley para todos los miembros de la sociedad. Condicionado como estaba, dada la voluntad de los señores feudales en la vida económica de la sociedad el derecho feudal servía a los intereses de esa clase y a los fines del Estado feudal, es decir, su instrumento de explotación a los siervos de la gleba.”¹³

La finalidad clasista del derecho feudal la encontramos en todo su salvajismo en uno de los Artículos del derecho de los terratenientes sobre los siervos de la gleba. El Código de 1649 prescribe en un Artículo: “y serán devueltos aquellos campesinos, con tierra o sin ella, a los señores a quienes estén adscritos según los registros de los años anteriores, o a los que pertenezcan según los actuales, si han huido o huyen en adelante; y también los campesinos sin tierra o con ella, y los niños y sobrinos y nietos con sus mujeres y niños y todo ser viviente, adulto o sin destetar, serán devueltos a

¹³ Lenin, Vladimir. Obras Completas. Pág. 445

aquellos de quienes huyeron, de acuerdo con los registros en cualquier instante, y de ahora en adelante nadie ha de tomar ni tener campesinos de otros”.

4. Estado y derecho capitalista: Las relaciones capitalistas se desarrollan al seno del régimen feudal y la burguesía aumenta su poderío económico y luego como sucede entre nosotros, busca llegar a la dominación política y en su batalla por la conquista del poder lanza sus bandos contra las castas feudales, contra la servidumbre, por la igualdad de todos frente a la ley y por las libertades burguesas con argumentos diferentes a las restricciones feudales. Los intereses de clase que son suyos, los presenta como si fueran de todo el pueblo. Sociales en el fondo, el triunfo de la burguesía correspondía a implantar la propiedad privada capitalista y la desaparición de la propiedad feudal; es decir, se sustituía la explotación del hombre por el hombre, por otra. Sabemos y por ello concluimos que la sociedad capitalista se finca en el poder del capital, en la supeditación total del proletariado y de las masas trabajadoras de campesinos a los capitalistas, en cuyas manos están los instrumentos de producción y los restantes utensilios básicos.

5. El derecho socialista: El derecho socialista es un conjunto de normas que expresan la voluntad de la clase obrera y de las masas trabajadoras. La voluntad viene señalada por el régimen económico socialista de economía y por la propiedad social sobre los medios de producción. Por esa razón la norma jurídica regula la institución que sea y viene a ser parte del todo único.

El derecho socialista tiene como característica principal y básica los mismos caracteres; es decir, tendencia a una clase, condicionamiento económico e influencia activa sobre la vida social.

Lenin, cuando se refería a la necesidad del derecho en las condiciones del socialismo decía que: "...sin caer en la utopía no se puede pensar que una vez derrocado el capitalismo los hombres van a aprender inmediatamente a trabajar para la sociedad sin ninguna norma de Derecho".¹⁴... Por norma entendemos la regla general que debe servir, en todos los casos análogos de modelo y ejemplo. Muchas veces el legislador soviético utiliza el término de regla en lugar de norma. No toda norma o regla de comportamiento de las personas es una norma jurídica. En la sociedad, rigen diversas normas de comportamiento humano, como el caso de las costumbres, normas morales, reglas establecidas por organizaciones sociales, etc. La diferencia fundamental entre las normas jurídicas y las demás reglas de comportamiento de los hombres en sociedad, es su conexión específica con el Estado, es imposible la fijación de normas jurídicas como su cumplimiento.

La Revolución Francesa dio inicio con la proclamación, se cree exitosa, de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano; sin embargo, este derecho que se proclamó como derecho para toda la humanidad, fue tan solo un derecho de clase para el ciudadano. Un Código Civil es sin duda en el que la burguesía encuentra su auténtica naturaleza, su sagrado derecho como burguesía del derecho de

¹⁴ Lenin. Ob. Cit. Pág.. 439

propiedad. Como consecuencia lo que hoy constituye ese derecho, es su derecho natural e innato, es como derecho hereditario que se proclamó como derecho natural en la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano.

El burgués encuentra en este derecho su derecho innato y saturado de santidad, en tanto el señor Feudal apuesta tenazmente que su derecho, el derecho de la fuerza bruta, es el derecho natural, por ser derecho del grupo y hace cita del derecho prusiano como su nuevo testamento, nacido del laboratorio del derecho romano antes de la revolución.

Pero si volteamos la mirada al pasado, a los siglos XV y XVI, que es la época de las grandes revoluciones campesinas europeas, nos encontramos con que los campesinos no estaban tan entusiasmados con el derecho feudal, que era vigoroso y no obstante que lo consagraba la iglesia y su alzamiento era en nombre de sus derechos y costumbres particulares, odiaban el nuevo derecho y a quienes lo profesaban. Estos eran precisamente los sagrados doctores del derecho de Roma, es decir contenidos del Código Civil y el Landrecht de Prusia, a los que trataban de ladrones y bandidos y únicamente sobre los cadáveres de los campesinos rebeldes logró tomar carta de naturaleza el derecho de propiedad feudal.

CAPÍTULO II

1. El Estado moderno

2.1. Noción y significado del término Estado

Hemos creído que sólo habitando en un Estado donde su insignia sea la libertad y la dignidad, estamos en condiciones de lanzar al hombre, en tanto género, hasta las alturas de la cultura y la ciencia que constituyen la más pura sustancia del ser humano. En primer término porque el iusnaturalismo que por teológico y metafísico hacía inoperante el estudio científico del fenómeno jurídico y estatal, en segundo, porque los juristas alemanes creían que en Europa como en Prusia el imperio alemán especialmente por el derecho positivo, y el Estado libre de la oscuridad en que habían permanecido, se habían desarrollado y en ello parecía que se realizaba la ley de los tres estados de Augusto Comte o sea el tránsito del conocimiento teológico al metafísico y al positivo y en tercer lugar, éste fue el impulso subjetivo y romántico, habida cuenta que el prestigio de la ciencia de la naturaleza era grande, eso condujo a que los hombres de ciencia vieran con desdén a los juristas que defendiendo sus conocimientos señalaban que el derecho y el Estado debían estudiarse con base en los principios de la ciencia positiva.

Fue así, como los juristas alemanes olvidaron los contenidos de las normas jurídicas y el pensamiento político que empuja el quehacer de los gobiernos, ya sus cambios

hacían inoperante el estudio científico. Tal fue la razón por la que construyeron una ciencia del derecho y del Estado que veía solamente los caracteres externos que más tarde se diría formales, de los fenómenos jurídicos y políticos.

Con el fin de hacer realidad los postulados de una nueva posición científica de los juristas, Korkounov dijo: “que la teoría general del derecho considera el derecho positivo desde un punto de vista técnico y lógico, extrae de él sus principios generales, muestra su unión interna y la esencia de la organización social y los concreta en los principios generales de la actividad humana en la sociedad y en el Estado. Pero con el fin de completar su pensamiento continuó sosteniendo: “Que para alcanzar su fin, la teoría del derecho debe aplicar rigurosamente el método objetivo y evitar toda construcción subjetiva”¹⁵

Por otro lado Jellinck sostuvo idéntica tesis: La teoría general del Estado investiga el fundamento de la doctrina del Estado, a cuyo fin somete a una investigación científica el fenómeno estatal y sus caracteres fundamentales. La investigación no debe de limitarse –continúa diciendo- a un Estado particular, sino que deberá extenderse a las formas históricas del Estado en general.”¹⁶

Parece que Jellinek creyó que había encontrado que en todos los Estados se dan tres elementos y ninguno de éstos puede estar ausente como son: un territorio, un poder

¹⁵ Korkounov, N. M. *Theorie générale du droit*. Pág. 214.

¹⁶ Jellinek, Jorge. *Teoría general del estado*. Pág. 9

de mando originario, los que contempla desde un punto externo pues a ejemplo, la teoría general del Estado no tiene ni debe considerar si la población es unidad nacional o aglomeración de naciones o desconoce el sentimiento de la nación. El Estado, expresa Jellinek: “no se confunde con ninguno de sus elementos, sino que es la síntesis y la unidad de los tres, concepción de la que brotó la famosa definición que se paseó durante muchos años por las páginas de un número incontable de tratados, manuales y ensayos: el Estado es la corporación territorial dotada de un poder de mando originario”.¹⁷

2.2. Orígenes del Estado moderno

La voz Estado se encuentra ligada de manera ordinaria a la idea de una fuerza extraña ya sea a la voluntad individual y superior a ella, al grado de no conectarse a darle mandatos simplemente sino a imponer su autoridad y que se cumplan.

Se sabe sin embargo, en nuestra vida desde el momento de su nacimiento hasta el de la muerte está rodeada de muchas fuerzas que unas veces frenan o favorecen su camino o marcan su destino. Dichas fuerzas pueden ser o son extrañas, no las conocemos como las que surgen de la naturaleza, en tanto que otras vienen de condiciones que ponemos nosotros u otros, éstas son los usos sociales, las prescripciones o los mandatos, muchas veces vinculadas a la noción difusa y vaga de

¹⁷ Jellinck. Ob. Cit. Pág. 183

un organismo que nos parece surgido del misterio y por ello es omnipresente con poder infinito.

El término Estado no fue manejado antiguamente y se emplearon las denominaciones de polis, res pública e imperium, nació con la vida moderna del Estado en Italia y fue Maquiavelo quien lo usó en la literatura para que después un ilustre maestro de la Universidad Alemana de Hamburgo Herbert Krugercon, aportara el significado del término: “La palabra Estado proviene de la voz latina status. Pero esto no quiere decir que los romanos la hubiesen usado con la significación actual de Estado, ni siquiera que tuviera un significado más o menos próximo. Al hablar de su comunidad usaban preferentemente el término pueblo romano o el de res pública. La palabra status significaba algo radicalmente distinto, a saber condición o en todo caso Constitución. Con estos significados la palabra status exigía un genitivo que expresara de que constitución o condición se trataba. De lo que se deduce inequívocamente que en la medida en qué el termino status no se encuentra solo, sino que va acompañado de un genitivo, no puede tener el significado de Estado”.¹⁸

Encontramos que la palabra imperio no fue sustitutivo en Roma de los términos civitas y res pública, pues imperio era el título que daban los guerreros al general victorioso y a la vez el título que el senado dio en el año 725 de la fundación de Roma a Octavio y posteriormente el mismo Senado le otorgó la dignidad a Augusto, mas todos los poderes que correspondían a las diversas magistraturas y fue debido a este

¹⁸ De La cueva, Mario: La Idea, del Estado. Pág. 41.

procedimiento como Octavio se convirtió en algo parecido a poder absoluto y de allí en adelante imperio fue sinónimo de poder o potestad pública variando la titularidad del poder; que fue trasladado del pueblo al emperador o bien bajo otra pauta, la soberanía interna que era algo así como potestad de dictar o imponer el derecho fue elevada a categoría imperial.

La Edad Media adoptó como lengua cultural el idioma latino, y ello impuso que los escritores de ese estadio histórico emplearan la palabra civitas con la que designaban a las comunidades políticas, ejemplo es la obra de San Agustín: De civitate dei y siete siglos después Tomás de Aquino utilizó el término en su obra Suma Teológica.

Jellinek dice que la palabra status se encontraba ya en Inglaterra en el siglo XIV y que el uso del término fue frecuente en el siglo XV. Sin embargo, es más creíble que haya sido Maquiavelo quien introdujo el término Estado. Por ejemplo, el Príncipe como ya vimos se inicia con las notas repletas de celebridad que dicen: Todos los Estados, todos los dominios, que tienen y han tenido autoridad sobre los hombres, fueron y son repúblicas o principados, y ese cambio en la terminología nos induce a creer que no fue un mero accidente, pues Maquiavelo encontró en Europa, nueva por cierto, naciones o pueblos bien asentados sobre territorios que habían integrado comunidades unidas e independientes con poder político que habían centralizado los poderes públicos habían destruido el sistema feudal, y constituían comunidades territoriales que tenían poder político unitario.

2.3. Caracteres del Estado moderno

Parece el Estado surgido del misterio y por ello es omnipresente con poder infinito, pero también dotado de imperio que no admite resistencia. Esta es sin duda la idea que tenemos de lo que es el Estado, pero con todo y es cierto que el Estado moderno es una obra de arte formada con retazos de historia y que para su conocimiento debemos pertrecharnos de rigurosidad científica. Aceptamos y creemos que sus constructores fueron las clases que se apropiaron de la tierra y las riquezas para resguardar su dominio sobre quienes no tenían tierra ni riqueza.

Sin embargo, en Inglaterra la nobleza y burguesía que nacía hicieron frente a la corona y se impusieron. El régimen parlamentario de gobierno fue inventado y conquistaron las libertades del hombre ante el poder público, el otro se dio en el continente especialmente en España, Francia y Prusia que fortalecían el absolutismo del monarca. Luis XIV y Federico el Grande llegan al despotismo ilustrado, en tanto el pueblo labora tesoneramente a favor y beneficio de las clases privilegiadas y en los ejércitos de sus majestades que van hacia la extensión de sus dominios.

El Estado moderno es territorial, desde el siglo XIX se definió al Estado como asociación de ciudadanos constituida en un territorio determinado. Pero este concepto pareciera introducir en nosotros cierto retraso, o pensar tardío en la clarificación de ideas y es debido al influjo del desarrollo antiguo partiendo de la comunidad primitiva y los hombres continuaron viendo a las organizaciones políticas cual comunidad humana

con gobiernos cuya base estaba en la tradición, en la creencia o bien en el pueblo. “Mas todo esto, es decir, estas ideas no fueron vislumbradas por los grandes pensadores de los siglos XVI a XVIII pues la persona invisible que aún en nuestros días mantiene las dudas que no dan paz a quienes partieron el Estado contemporáneo donde el territorio vendría a ser “uno de los elementos del Estado en tanto sujeto, más bien un elemento que constituye el Estado”.¹⁹

La crítica de la doctrina no empuja a creer que no se reconozca la existencia del territorio, es más, su necesidad fue aceptada en todas las épocas, incluso la idea de la autarquía, considerada como esencia para la existencia de la polis, requiere de un territorio el que según Aristóteles tendría como condición sine qua non la extensión del territorio que debía tener extensión grande para satisfacer las necesidades de la población, la facilidad para la defensa militar y puertos bien acondicionados.

Se concluye, conforme entendida la estructura de la polis y el pensamiento de Aristóteles recogido en la política, que el pensamiento político griego es de y para los amos y como consecuencia el hombre es visto desde una bifurcación: como hombre y como animal.

Los historiadores afirman que la característica sobresaliente de la polis era la de ser un Estado esclavista, porque Estado es toda organización de poder que tiene como fin director a los poseedores de la tierra y de la riqueza, a la explotación de los

¹⁹ Jellinck, Jorge. Ob. Cit. Pág. 395

desposeídos y a vencer sus iniciativas de rebeldía. U.S. Pokrovski expone que: “La Polis griega antigua tenía la misión de asegurar el dominio de los esclavistas sobre la inmensa masa de esclavos, quienes a los ojos de los hombres libres, no eran sino instrumentos animados”²⁰.

La literatura griega sobre el tema, es prodigiosa y abundante, esto, no permitiría que nos extendiéramos en su estudio y esa es la razón por la que vemos en la república de Aristóteles los fundamentos de la polis y como se definía al ciudadano, sabemos que Platón fue el maestro del estagirita, por lo que fundamos nuestro conocimiento en este punto, en la política, porque creemos que en ella se ilustra no sólo la realidad sino también el pensamiento político de aquel pueblo que nos encanta.

Para los griegos, la ciudad era una comunidad y que consideraban a la polis como un ente real o abstracto integrado por un pueblo, por un territorio y un gobierno, cada uno diferente del otro.

Posteriormente Aristóteles tratando el origen de la ciudad la considera una comunidad natural y necesaria, porque el hombre es por naturaleza un ser político: La necesidad ha hecho aparearse a quienes no pueden existir el uno sin el otro, como son el varón y la hembra en orden a la generación y argumenta que tal unión no es consecuencia de una acción deliberada, sino que “en el hombre, no menos que en los demás animales y en las plantas hay un deseo natural de dejar tras si otro ser a su semejanza. Y

²⁰ Pokruski. Historia de las ideas políticas. Pág. 44.

lógicamente de este aparearse surgieron las familias y ello motiva la frase de Hesiodo”
lo primero de todo es la casa y la mujer y el buey labrador.

Para mayor abundamiento Julián Marías cita a Carondas de la Panera y a Epimenides de Creta del mismo comedero para quienes la familia no alcanza a cubrir las necesidades de los hombres y por tal razón: “La comunidad primaria que resulta de muchas familias y cuyo fin es servir a la satisfacción de necesidades que no son meramente las de cada día, es la aldea a la que con mucha razón se podría llamar así si se atiende a su naturaleza, una colonia de la familia, porque todos sus miembros han mamado de la misma leche”²¹.

Para los griegos los dos primeros estadios de la vida humana lo constituyen la familia y la aldea, pero no son lo máximo o lo último de las comunidades de los hombres, la comunidad última de muchas aldeas es la ciudad (polis). Es la comunidad que ha llegado al extremo de bastarse en todo así misma, es decir para nosotros sería la comunidad autárquica. Es el hacer la ciudad todo por sí misma en cuanto a sus necesidades como también respecto a la cultura.

Para Roma la ciudad está vinculada al territorio en tanto para los griegos no, aun cuando les era conocida por su importancia, pero para ellos la ciudad es comunidad de ciudadanos. Atenas la ciudad se conocía oficialmente como los atenienses

²¹ Antonio Gómez Robledo. Ob. Cit. Pág. 8 y sigs.

denominación que emplea Tucides en la obra La guerra del Peloponeso, también se usa corintios o lacedemonios.

Con respecto al problema de la soberanía de sus ciudades es conocida la discusión que se produce entre Jorge Jellinek y la respuesta que da Mario de la Cueva en la introducción al libro de Herman Heller: La soberanía, traducción llevada al castellano en la publicación de la Universidad Nacional Autónoma de México en 1965. Para Jellinek los griegos no conocieron la idea de la soberanía ni la socializaron pues la característica de la polis fue la autarquía. Pero vamos al párrafo importante en la introducción al libro de Heller.

Con todo, está comprobado que los griegos hablaron del gobierno de la ciudad y hablaron también del gobierno de la aldea, como poder que ejercen los hombres sobre sí mismos, por ejemplo así se consideró a la democracia o al gobierno que se practica por algunos o uno sobre los demás ciudadanos, según ocurre en la aristocracia o la monarquía, pero para ser más concretos, los griegos no se propusieron el conocimiento del problema de las formas de Estado, sino las formas del poder político y eso nos permite concluir ajustados al pensamiento actual diciendo que los atenienses vivieron la concepción realista del Estado.

2.4. Concepción del Estado moderno

Para tener un concepto claro de lo que es el Estado moderno, sin duda es preciso tener a la vez claro el momento de su nacimiento y la verdad es que saber cuándo y dónde surgió el Estado moderno, no tiene sentido si en principio no tenemos claro qué entendemos por Estado moderno o bien entre sus características cuáles debemos tomar como suyas y nos induzcan a establecer su existencia como: Unidad territorial, la homogeneidad étnica o nacional o el monopolio de la fuerza u otros rasgos que ya sea en forma aislada o en grupo, caracterizan la compleja experiencia de la moderna estatalidad.

El problema lo vemos con mayor claridad cuando observamos el Estado desde el ámbito del derecho habida cuenta que es un ordenamiento jurídico. Su poder, no es simplemente fuerza, sino una fuerza que funciona, que se hace poder de acuerdo a un manejo de normas que nos inducen a creer que es correcto. Existe un Estado.

Pero después se da otro problema que genera nueva interrogante: ¿De qué modo surge la idea de actualidad sobre la existencia de un poder supremo que está regido por el derecho, pero que a la vez es el que lo engendra, que no está sometido a otros poderes por lo menos de la manera que lo están aquellos sobre quienes lo ejerce?. Visto así, el problema del nacimiento del Estado Moderno no es otro que el nacimiento y afirmación del concepto de soberanía. ¿Por qué decimos afirmación del concepto de soberanía para concretizar el concepto de Estado moderno? Porque el concepto de

soberanía no se desarrolló junto al concepto de Estado, pues la inclinación a su empleo (concepto de soberanía) estuvo manifiesta antes que el Estado, con todo aunque la teoría de la soberanía tenga claridad en Bodino en la *Lex Six Liures de la Republique*, estos son como la introducción a la moderna teoría del Estado y su perfecta sistematización, pues todos los problemas que se dan en su estudio coadyuvan pero no se resuelven en la obra de aquél, y al tratar de encontrar solución al problema, el pensamiento jurídico estará pletórico de criterios jurídicos que Bodino desconocía. A todo esto, el Estado moderno ya estaba estructurado en definitiva laureado por el derecho. Este moustro deslizaba sus pasos con toda confianza hacia su destino a menos de un siglo del pensamiento de Bodino. Tocara un filósofo no jurista quien sin tener fe pública será el que faccione el acta de nacimiento de Leviatan, el mito de Hobbes: El Estado moderno a quien se deberá buscar para conocer su naturaleza estructurada por el hombre. Para descifrar su secreto y sopesar sus tenebrosas venganzas para entender que el hombre es el lobo del hombre.

El Estado moderno es la centralización de todos los poderes públicos: la territorialidad, la unidad del pueblo, su cambio en nación, la presencia de la monarquía ya se daban antes, presente en la edad media, sin embargo, el punto que le caracteriza y lo diferencia del pasado es la centralización del poder público, que significa potestad exclusiva de dictar e imponer coactivamente el derecho de manera que las personas ya no estarán atadas a potestades o principados: El Estado es la jurisdicción única que normará la vida social. Con esto la centralización de los poderes públicos no quiere decir todo poder al rey, disminuye el absolutismo del monarca en los reinos y

repúblicas, sólo habrá una instancia que se ejercita con las leyes del reino por el monarca o asamblea o por ambas según sea la distribución de competencias. El Estado moderno es en consecuencia ejercicio del poder público: Monarquía, aristocracia o democracia o en forma mixta.

Se vio el nacimiento del Estado moderno en sus orígenes como el nacimiento y afirmación del concepto de soberanía. La doctrina francesa sin duda, tiene mucho que ver en esto, siempre expuso sobre la soberanía del pueblo o la nación y si bien es cierto existe diferencia entre ambos conceptos, entendemos que la vida política de las comunidades humanas es el pueblo o la nación y esto da base a la tesis que hemos aceptado, en cuanto que para el pensamiento democrático el Estado no se toma como ente que exista por sí y para sí cuando la totalidad del poder político está en el pueblo y se crea en su beneficio.

Para Juan Jacobo Rousseau y el individualismo del siglo de las luces, el principio de soberanía existió vinculado en forma indestructible al naturalismo como consecuencia los revolucionarios de 1789 y luego los maestros universitarios no cedieron en fijar sus relaciones y sostener que los derechos individuales del hombre eran el límite de la soberanía.

Cuando se forma una asociación no le sirven todos los derechos de cada persona, lo que se hace común bajo la denominación de poder público o político es lo mínimo posible, lo indispensable para garantizar a cada uno sus derechos y sus deberes.

Juan Jacobo Rousseau y los enciclopedistas pensaban que en el Estado de naturaleza el hombre disfruta de los derechos de igualdad y libertad, que no han sido dados o cedidos por voluntad de autoridad, sino que se originan en una sola cualidad del ser humano y se les nombre ya con certeza: derechos naturales individuales, son estos derechos anteriores a la vida social, lo que implica que no son ideación y concesión del poder político, ni de voluntad general. Simplemente cuando el pueblo analiza su orden jurídico para legislar y reparar las autoridades políticas, que existen derechos individuales pre existentes y se concreta a reconocerlos.

CAPÍTULO III

3. El Estado de la actualidad

En el siglo de las luces se estructura la idea del Estado actual como resultado del seguimiento que brotaba de la fuerza de la diosa de la razón que tenía como su representante a Voltaire. También la idea del derecho natural, para que Juan Jacobo Rousseau formule el romanticismo democrático, para dejarnos la más concreta e ilustre teoría democrática para todos los tiempos, porque impulsa la actitud nueva que debe manifestar el hombre frente así mismo y la vida social. Si bien los dos últimos siglos de la edad media quebraron a las potencias universales, la iglesia y el imperio y a través de ella la independencia de los pueblos, el siglo de las luces produjo la quiebra del absolutismo de los reyes y de la nobleza y la declaración de los derechos naturales del hombre y del ciudadano “Declaración semejante a la idea del gobierno del pueblo, formado por hombres iguales, para la libertad de todos los seres humanos”.²² Mejor dicho: La democracia de los ciudadanos devino la estructura sobre la que se elevarían los derechos del hombre: La igualdad y la libertad.

Con Rousseau vino el cambio de pensamiento, es posible que el estadio histórico no permitiera a los teóricos del derecho natural como el Barón Montesquieu, Voltaire y demás enciclopedistas ser defensores de la monarquía y sólo buscaban reducirla y por eso no influenciaron a la fuerza de la revolución y en cambio Rousseau sostuvo la

²² De la Cueva, Mario. Ob. Cit. Pág. 85.

doctrina de la soberanía del pueblo, indivisible, inalienable e imprescriptible. Declaró también que el origen de la propiedad era un acto de fuerza y un despojo al género humano.

3.1. El siglo de las luces

El siglo de las luces como la filosofía de la ilustración que se desarrolló con él, constituye historia francesa universalizada. Ello no significa que el pensamiento se haya parado en los otros pueblos de la cristiandad, lo que pasó fue solamente que prevaleció la fuerza de las ideas, el prestigio de los pensadores, la grandeza de la enciclopedia que absorbía el conocimiento de su tiempo y la esencia de esos valores producto de su pensamiento, determinaron y fueron esencia de la Revolución Francesa la influencia, la vida política de los países europeos y América Latina y sin duda, los gobiernos, ejércitos, los filósofos, juristas y escritores y los estudiantes, para quienes mantenían preocupación por el destino de las naciones y los hombres se pronunciaron a favor o en contra de dicha revolución, que puso fin a la edad moderna y dio paso a la contemporánea.

3.2. Filosofía de la ilustración

Filósofos, pensadores críticos e historiadores sostienen que Francisco Bacon de Veluriano es el impulsor del método experimental y por lo mismo antepasado del iluminismo del siglo XVIII. No es desconocido el hecho que la ciencia de la naturaleza

tuvo fuerte influencia sobre el pensamiento, ética, política y jurídica del siglo de las luces.

La filosofía de la ilustración encierra una forma nueva de pensamiento, de ahí que los términos *iluminisme* en Francia y *aufklärung* en Alemania encierran una antigua idea universal, en los sofistas y en Sócrates, en los pensadores del renacimiento, en los enciclopedistas y en Rousseau, que puede expresarse como la vuelta del hombre sobre sí mismo, por la confianza que tiene en su razón y en su conciencia.

La historia de la filosofía toma como una definición básica de los términos francés y alemán citados, la respuesta a la pregunta que Kant se hace así mismo: *Aufklärung* es la liberación de su culpable minoría de edad es la ausencia de la facultad de servirse de su razón sin la dirección de otro. Minoría de edad cuando su causa no radica en la falta de su razón, sino en la falta de valor y decisión para servirse de ella sin la dirección de otro. *Sapere aude* ¡Ten valor de servirte de tu propia razón! Tal es el lema del Iluminismo.

Mario De la Cueva hace la cita de Hans Meyer quien dijo que: "Con la confianza en la fuerza de su razón, todos los aspectos de la vida debían someterse a la libre investigación del hombre. Desechando todo lo milagroso, lo mágico y lo místico, se quería que valiera únicamente aquello que la razón muestra a los hombres, se

buscaba en todas partes lo que era conforme a la razón, esto es, lo que era natural. El sistema natural del universo y el sistema natural de la sociedad”.²³

Los historiadores de la filosofía como Jaques Chivallien considera que: “Los juicios contradictorios que se han emitido sobre la ilustración”.²⁴

Algunos como Michelet, se complacían en saludarlo como el gran siglo, D`alambert lo llamaba el siglo de la filosofía y en la enciclopedia se decía que se caracterizó como su gusto a la filosofía, mientras que otros consideraban el siglo, como siglo pobre y le endilgaban su falta de sinceridad y de independencia intelectual de esa época. Sin embargo los mismos historiadores reconocen que la ilustración no integró un sistema filosófico delimitado y más bien halaban contradicciones, sobre todo en el pensamiento francés y ello fue razón suficiente para que Rousseau las señalara críticamente, pues si por un lado el uso de la razón en investigación llegaba a la negación de las divinidades, el cristianismo se afirmaban en la legislación de Francia.

3.3. Derecho natural de la ilustración

El derecho natural en el pleno apogeo de la Revolución Francesa es el acto jurídico primero y luego la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fueron trascendentes.

²³ De la Cueva. Ob. Cit. Pág. 88.

²⁴ Ibid. Pág. 87

A Hugo Grocio se le consideró padre del derecho natural, Grocio se formó con los principios humanistas de la antigüedad clásica, quiso influir en la vida jurídica real al contrario de la posición Hobbes, que buscaba las constantes guerras civiles colocando dentro del Estado el orden positivo que fuera garantía de la vida, en tanto que Grocio quería abatir los muros infranqueables de las guerras de religión mediante formas que hicieron posibles el encuentro entre amigos y enemigos para construir la paz. Tales puentes creía que debían ser diferentes a las contradicciones de la confesión y en cambio serían la razón que se sitúa por encima de las diferencias religiosas y el derecho extraído de la razón, un derecho que sea común a todos los hombres y no tener diferencias en tanto que Grocio considera que la razón es algo diferente no será medio para el conocimiento natural de Dios al interior del sistema confesional será facultad cognoscitiva de las verdades fundamentales de la vida social equiparables las estructuras de las verdades matemáticas.

3.4. Esencia del derecho

La esencia del derecho ha dado lugar a muchas teorías en muchos casos equivocadas como sucede también respecto a la esencia del Estado. Este último lo hacen aparecer en la teoría de Maquiavelo y la Revolución Francesa, hay quienes como hemos visto encuentran su esencia en cuestiones divinas como el derecho natural que comprende la defensa de la propiedad privada, otros presentan al derecho de clase privilegiada como expresión de la voluntad del pueblo. Voluntad general o de su espíritu y otros

presentan al derecho clasista como encarnación de la idea eterna, supra histórica de la justicia y existe un grupo que considera el contenido del derecho como vivencias psicológicas de los seres humanos y otro grupo llama ordenanzas que se han ido asumiendo de hecho en la sociedad burguesa y se pronuncian porque se reconozca como derecho a la conducta real del gobierno, los jueces y funcionarios o en su caso a la conducta general de los individuos, conducta que es producto de sus costumbres (teorías sociológicas o realistas del derecho). Pero se propongan como sea las teorías sobre la esencia del derecho, todos o casi todos toman el derecho únicamente cuando defiende a las clases privilegiadas y buscan disfrazar su esencia clasista.

Sin embargo, la verdad es la misma si investigamos el origen del Estado y el derecho, concluiremos siempre que ambos son clasistas. Esto, porque cuando se precisa el Estado obliga a respetar las normas jurídicas empleando su aparato coercitivo y aliando las penas que corresponden.

Es pues el Estado, un instrumento del poder de una clase privilegiada y promulga normas que se ajusten y defiendan los intereses de clases con privilegios.

En la sociedad, el derecho se expresa como reglas de conducta que ha dictado el mismo Estado y se les considera obligatorias para todas y su incumplimiento trae consigo la coerción.

El Estado en tanto que expresión de las necesidades económicas de una clase con poder, tiene la obligación de promulgar y defender las normas relacionadas con esas necesidades económicas y como consecuencia, el contenido del derecho lo determina no una decisión arbitraria del Estado, como tampoco la búsqueda de una justicia eterna no existente, sino las relaciones económicas.

El Estado y el derecho consolidan económica y políticamente el dominio de una clase social determinada y el derecho como forma de voluntad estatal es la expresión de esa clase dominante, determinada por la clase dominante y su contenido está en las relaciones de producción.

3.5. Forma del derecho

El tipo de derecho expresa la voluntad de qué clase es exponente, la forma del derecho contribuye a explicar qué emplea la clase dominante para su voluntad ley y como consecuencia explica las formas que toman las normas jurídicas.

En la historia se conocen tres formas por medio de las cuales convierten en ley su voluntad y la voluntad se hace obligatoria.

El primero de los métodos corresponde a aquél en que el Estado sanciona las costumbres; es decir, algunas costumbres no todas, pero en cuya consolidación tiene interés la clase que tiene el poder y es así como toman fuerza de norma jurídica, las

reglas que en el desarrollo de la sociedad que se va dividiendo en clases, toman fuerza debido a su repetida práctica. Este método tiene la forma específica de derecho y se le ha llamado derecho consuetudinario, pero este derecho debe diferenciarse de la costumbre no sancionada por el Estado. Generalmente se llama costumbre a la norma de conducta que va tomando forma en la conciencia de las personas debido a su reiterada repetición de relaciones de hecho y que cumple o las guarda por la fuerza de la tradición, se denomina entonces norma de derecho consuetudinario a la que su observancia se sostiene por la fuerza coercitiva de una decisión judicial, por los actos del poder administrativo.

En la sociedad primitiva no vemos el desarrollo de las costumbres, sin embargo ya en la sociedad esclavista y en la feudal encontramos la ratificación por el Estado de las costumbres de una clase que se manifestaba en los actos de gobierno y en los judiciales por causa de relaciones individuales de hecho. El método tiene urgencia o se mantiene en fases posteriores de las sociedades esclavista y feudal. En las sociedades esclavistas y feudales posteriores, como en la sociedad burguesa se da otro método por medio del cual el Estado sanciona la costumbre: la incorporación de algunas costumbres a los cuerpos legislativos o la referencia a la costumbre en textos legales.

El derecho consuetudinario sirve a toda forma de derecho, pues establece relaciones desde antes practicadas de hecho y que van en lenta evolución, en tanto la costumbre jurídica es la forma más antigua del derecho y es la forma de derecho que conoce la

sociedad esclavista, tuvo su apogeo en el régimen feudal, previo al desarrollo de la monarquía absoluta, en que ya se presenta el derecho en forma de edictos y leyes que el rey o monarca dicta.

El segundo método que registra la historia es el elevar a la categoría de ley, la voluntad de quienes poseen el poder o sea que se da fuerza de norma a la decisión de un organismo de Estado respecto a un asunto concreto. Es una forma específica de derecho llamada precedente y es la resolución de un organismo del Estado referida a un problema concreto y toma la forma de norma para resolver otros problemas parecidos.

La división de las formas de la actividad del Estado también se distingue de los precedentes en administrativos y precedentes judiciales. “Como norma de derecho, los precedentes fueron muchos en los Estados antiguos y feudales y actualmente son fundamentales en el derecho inglés y americano. En Inglaterra muchas normas constitucionales tienen como fundamento el precedente. Pero el precedente como forma del derecho y del derecho común, no tiene como base un precepto legislativo, sino la sanción judicial y administrativa de ciertas costumbres que no corresponden al principio de legalidad, que exige que estén basados en ley las funciones de gobierno y de administración de justicia, si se aplica el precedente como forma de derecho el órgano u organismos judiciales (también muchas veces las administrativas) tiene la facultad de crear con la forma de precedentes nuevas normas jurídicas. Por otra parte, con forma de precedentes, el derecho se caracteriza inevitablemente por ser

complejo y embrollado en extremo, lo que facilita la arbitrariedad lo que conduce a la injusticia, es decir, el poder, sus funcionarios, jueces, magistrados, grandes propietarios y empresarios son beneficiados”.²⁵

El método tercero es el que sube a categoría de ley la voluntad de quienes poseen el poder y es cuando el Estado fija preceptos de carácter general, o sea se dirigen a personas en especial no individual sino para toda circunstancia de un hecho concreto y todo individuo que esté en determinadas condiciones, “este método que eleva a categoría de ley la voluntad de clase toca la forma de derecho que se denomina acto normativo”.²⁶

Entre los actos normativos, la ley tiene lugar especial y se denomina ley al acto que es promulgado por un órgano supremo de poder y tiene fuerza jurídica suprema que sólo puede ser revocada por otra ley. Por otra parte, los otros actos del Estado cuando se reconoce el principio de legalidad, es preciso que correspondan específicamente a la ley, o sea deben supeditarse a la ley y como fundamentales, deben establecerlos la ley, en tanto que los actos normativos supeditados a la ley sólo sirven para concretar y detallar dichas normas.

En el derecho esclavista como el feudal, las leyes en su mayoría eran recopilación elaborada y sistematizada de las costumbres jurídicas y precedentes. Es en la

²⁵ Alexandrov. Ob. Cit. Cap. 31

²⁶ Ibid. Pág. 32.

aparición de la democracia burguesa que se reúne el poder legislativo con el parlamento en tanto decían que era el órgano de la representación popular, no pudo hacerse valer o declararse el principio de la supremacía absoluta de la ley respecto a todos los actos del Estado y a otras formas de derecho. No es sino la distribución de funciones de los poderes legislativo y ejecutivo, como se da la premisa política que en la república burguesa o en la monarquía constitucional burguesa permite declarar, el principio formal de la supremacía de la ley.

En conclusión la burguesía renuncia al principio de supremacía de la ley que en principio defendía, encuentra su expresión más extrema en la tendencia a considerar como derecho toda disposición o acto que fuera hecho por jueces, policías y funcionarios. Será entonces derecho o sea que derecho es todo lo que un juez o un administrador considera como tal. En tanto que las leyes no son otra cosa que retazos de papel. Como consecuencia cuando se dice que: Derecho es todo acto real del gobierno y del resto de funcionarios, se hace renuncia legalizada a todas las formas jurídicas en el ejercicio de las funciones del Estado y resalta la arbitrariedad sin límites, proveniente de la administración pública, la policía y los tribunales.

3.6. Origen del derecho

El Estado como el derecho, históricamente surgen al mismo tiempo y tiene origen en las mismas causas, como son la división de la sociedad en clases antagónicas.

Esa naturaleza de clase de Estado y del derecho en la actualidad no cambiaron, su desarrollo por su naturaleza es del mismo contenido. La estructura económica de la sociedad determina pues la base de la súper-estructura estatal y sólo cambiando la base cambia de tipo el Estado y consecuentemente el derecho, el origen de las normas que vienen puestas y conformadas en forma directa por el Estado o sancionadas por él, son un acto creador de derecho y no arbitrarias.

El origen y la evolución del derecho se centra sobre la base de la lucha de una sociedad capitalista en ascenso y una estructura feudal en declinación, la historia del origen en el siglo XI con el comienzo de la vida mercantil en las ciudades y llega hasta el triunfo de la jurisprudencia burguesa en el siglo XVIII, se centra en el foco, en la forma en que el derecho y las instituciones jurídicas reflejan los intereses de la clase dominante, y la forma en la que van siendo cambiados a medida que una nueva clase social reemplaza a su antecesora como historia, es un relato absorbente, sin duda un aporte para la comprensión de todos los abogados y estudiantes de derecho en el conocimiento del origen de la ciencia que estudiamos.

CAPÍTULO IV

4. Clases de Estado

4.1. Estado liberal de derecho

Sin duda “el estado de derecho como tal y por primera vez se establece con carácter general después de la Revolución Francesa en los Estados liberales del pasado siglo, y hemos visto que existen precedentes caracteres de precisión de la idea de imperio de la ley en periodos antiguos: edad media y ansían régimen. No es desconocido que los griegos sostuvieron el ideal de dominio de la ley frente al capricho despótico”⁵² y por supuesto que no eran los únicos pueblos que suspiraban por hacer realidad ese deseo es cierto que dicha realidad no se plasmo concretamente mas era meta. Como no desean ser gobernado por leyes en vez que por el arbitrio y la pura voluntad de las personas.

“En la edad media cristiana las controversias sobre la formalidad de la ley entre voluntarista e intelectualistas aportan los perfiles de las características de la racionalidad de la ley frente a los caprichos de la voluntad despótica. También la doctrina escolástica sobre la justicia de la ley y la obligatoriedad en conciencia de leyes injustas y sobre todo la doctrina sobre la vinculación del príncipe por sus propias

⁵² Verdú, Pablo Lucas. Estado liberal de derecho y estado social de derecho. Salamanca. Acta Salmanticensia.

leyes, deben entenderse como jalones importantes en la etapa que ha conducido a la juridización racional del Estado y a la eliminación de la arbitrariedad.”⁵³.

Sería bueno, sin duda analizar el sentido sociológico-histórico del voluntarismo e intelectualismo que el posible nos parezca o sea su resultado una exigencia de objetividad de frente a los caprichos de la voluntad despótica, pero puede también ser representación del freno ideológico para llegar con libertad y voluntad a configura el correcto derecho. A pesar de no concluir en este periodo en la transformación del derecho no se desconoce que en la edad media lo espiritual y cultural tuvo expresiones y manifestaciones filosóficas-teológicas que mermaban la autoridad excesiva de la autoridad, especialmente cuando esa voluntad topa con principios valorativos que por las tendencias doctrinales se piensa que son las que deben inspirar a la legislación y la acción de gobierno, sin embargo esas limitaciones y controles de carácter ético-religioso, ius naturalista que de ninguna manera son punto de salida que permita hablar de un estado de derecho.

La Edad Media en consecuencia no es la época del absolutismo y los Estados aparecen al finalizar la edad media y se mantienen hasta la revolución francesa. Se sabe que la organización feudal medieval no permitía que un monarca absoluto estableciera imposiciones: toda una suerte entrabada de privilegios y derechos fundados tradicionalmente y luego naturalmente por la pertenencia a cierto status, restaban la autoridad el monarca en la edad media.

⁵³ Legaz y Lacambra, Luis. Estado de derecho e idea de la legalidad. Pág. 73.

“La autoridad política no es en modo alguno legisladora o lo es solamente a condición de no parecerlo para los individuos (y por otra parte, para los entes sociales), la atribución de un status aparece como presunción casi insuperable para la titularidad de un derecho y la autoridad débil, viéndose obligada a respetar este derecho, lo que hace es justificarlo filosóficamente considerando ese derecho como natural”.⁵⁴ Si en la Edad Media, el sistema feudal no era garantía ni siquiera ínfima de respeto a los derechos y libertades de las personas, es decir, todos los hombres en tanto género y solamente para los que por integrar un status privilegiados limitaban la autoridad del monarca, se sabe que en la Edad Media, no hay Estado absoluto, pero hay señores feudales y estamentos que tiene poder absoluto sobre el pueblo. De ahí se comparte el criterio de Legaz y Lacambra para quien es error sostener con Bluntschli en cuanto a que también el Estado era un Estado de Derecho porque (un entredicho de Derechos subjetivos y privilegios impedía a veces toda acción política, toda acción personal del monarca) agrega que “en la edad media es inconcebible el Estado de derecho en su sentido actual; sin embargo, también entonces hay una complicada malla de situaciones jurídicas testamentarias por cuyo respeto se vela escrupulosamente; el rey jura mantener los fueros y franquicias de los vasallos – y entonces el juramento tiene un valor social paralelo a su hondo sentido religioso. Concluye Legaz, con toda razón que: “no puede hablarse entonces de imperio de la ley al modo actual; faltan los supuestos sociológicos del mismo”.⁵⁵

⁵⁴ Bertrand De Jouvenel. Et al. Pág. 167.

⁵⁵ Legaz y Lacambra. Ob. Cit. Págs. 15 y 29.

4.2. Historia sobre el Estado

La revolución francesa que fue de la burguesía políticamente determina el fin del régimen absolutista y el inicio de la instauración de regímenes liberales, es el tránsito de una sociedad estamental hacia la sociedad clasista. Viéndolo desde la mira institucional jurídico que generaliza lo que con su difusión será llamada: estado derecho.

La Declaración de 1789 establecía: “La sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada carece de constitución. Como consecuencia no toda sociedad tiene constitución y por lo mismo, aquellas en que estos requisitos no se cumplan, no son constitucionales, no todo Estado es pues Estado Constitucional o mejor dicho no todo Estado es estado de derecho porque se requiere de requisitos para serlo. El Artículo 16 establece dos de ellos: Uno la garantía de los derechos fundamentales del hombre y la separación o división de poderes y los Artículos 3 y 6 de la Declaración citada sostiene la absoluta primacía de la ley considerada como: “expresión de la voluntad general porque el principio de toda soberanía se finca en la nación”.⁵⁶

Es cosa del imperio de la ley (positiva) como fundamento de toda la construcción considerada en forma fácil como normas emanadas del congreso y situadas por

⁵⁶ Manuel García Pelayo. Derecho constitucional comparado. Pág. 40.

encima de los demás actos estatales (Administrativos, Judiciales y legislativos con rango inferior) que a aquella deben subordinarse.

La escuela racionalista clásica del derecho natural ha tenido como antecedente especial la doctrina del imperio de la ley esto es el resultado por medio de la revolución francesa se pasa del ius naturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII al positivismo liberal de XIX, la dignidad y racionalidad del derecho natural del XVII –XVIII se convierten en el siglo atributos del Derecho positivo, así tenemos ius filósofos como Hugo Grocio, Jhon Locke, Pufendorf, Rousseau o Kant que son quienes aportan sus especiales variantes de dicha evolución que parte desde el ius naturalismo racionalista al imperio de la ley positiva propia del Estado de Derecho.

Para las dolencias del liberalismo, máxime de su individualismo y su soporte en una sociedad burguesa-capitalista, es sin duda una conquista importan sin retrocesos pues impulsa el respeto a la legalidad sin exclusiones, es decir, no excusa a los gobernantes. Sostiene que la ley es esencia de la soberanía de toda nación y no voluntad o decisión de un dictador o monarca absoluto, su batalla por las libertades del hombre son aportes valiosos que las toma el concepto de Estado de Derecho. Al respecto dice Lucas Verdú, que: “El Estado de Derecho es el Estado Nacional que ha surgido tras lenta evolución rebasando las cuatro especies anteriores: Estado Patriarcal, Patrimonial, Teocrático y Despótico”.⁵⁷

⁵⁷ Lucas Verdú. Ob. Cit. Pág. 14.

Pero el liberalismo tenía falencias, las mismas que se encontraban sustentadas en la declaración de 1879, que constituyen la expresión ideológica de la burguesía y se colmaba en el Artículo 17, al considerar la propiedad como: “un derecho, inviolable y sagrado”. Esta definición propia del capitalismo conducía al irrespeto de los derechos y libertades de los no propietarios, esto es, los proletarios y vinculado la declaración parecía más como una expresión de la soberanía nacional (nación como un todo) que expresión de la soberanía popular (soberanía que pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos). De ahí, en adelante los ciudadanos serán divididos en activos, pasivos, clasificación que se hará tomando su contribución tributaria cuya base impositiva será la propiedad privada.

Nada resuelven los falencias del liberalismo, por el contrario, acarrear un agravamiento con el regreso debido a las contribuciones de la filosofía de la reacción o de la contra revolución y al contrario son superadas con su extensión que lleva a la democracia y al socialismo.

4.3. Liberalismo y estado de derecho

La Revolución Francesa inicia la instauración de los nuevos regímenes. Eso es, los liberales, comprenden el tránsito de una sociedad estamental a una sociedad clasista. Que parte de un punto de vista institucional jurídico con el que se generaliza la fórmula de lo que posteriormente se llamaría estado de derecho, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano decía en su Artículo 16 que: la sociedad es

que los derechos del hombre no está asegurada, ni la separación de poderes determinada carece de constitución. No toda sociedad tiene en rigor constitución y no podrán ser sistemas constitucionales de manera que no todo Estado es en consecuencia Estado Constitucional o mejor dicho, no todo estado es estado de derecho, pues para que sea se necesita de algunos requisitos. Dos establece el Artículo 16: Garantía de los derechos fundamental del hombre y la separación y división de poderes.

Los Artículos 3 y 6 de la citada Declaración, prescriben la absoluta primacía de la ley, “que es expresión de la voluntad general por cuanto que el principio de toda soberanía reside básicamente en la nación”.

Se trata en todo caso del imperio de la ley positiva en tanto que fundamento de toda la construcción considerada sencillamente como normas que sanciona y publica el congreso situadas sobre los demás actos estatales esto es administrativas, judiciales y legislativas con rango inferior que deben subordinarse a aquellas.

La escuela racionalista clásica del derecho natural ha tenido como antecedente especial y directo la doctrina del imperio de la ley lo que se da con la revolución francesa que cuando del ius naturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII se llega al positivismo liberal del siglo XIX y es así como la dignidad y racionalidad del derecho natural del XVII-XVIII, vienen a convertirse en el siglo XIX en atributos del derecho positivo. Influyen en ello filósofos como Grocio, Locke, Puffendorf, Rousseau y Kant, es

cierto que con algunos cambios pero siempre determinantes para ese desarrollo que parte del ius naturalismo racionalista que es propia del estado de derecho.

De ahí se puede afirmar, que no obstante las falencias del liberalismo(sobre todo el individualismo y su defensa y apoyo a la sociedad burguesa capitalista) es reconocido como símbolo del espíritu moderno de frente a los absolutismos de todo tipo, es sin duda conquista histórica, son importantes su impulso al respeto la legalidad por gobernados y gobernantes, sostener que la ley es un producto de la soberanía de toda la nación y no decisión personal de un dictador o monarca absoluto, su defensa por los derechos y libertades del hombre son importantes aportes tomados en el concepto de estado de derecho.

Con todo y eso, las deficiencias del liberalismo las recoge la Declaración de 1789 que expresión ideológica del triunfo de la burguesía máxime cuando se apunta que la propiedad es un derecho inviolable y sagrado, según el Artículo 17, tal Declaración desde el contexto capitalista faculta al poco respeto por los derechos y libertades de las personas no poseedores de propiedades, mas bien, los proletarios y para mayor abundamiento parece como si la ley fuera la expresión de la soberanía nacional (la nación como un todo) fue de la soberanía popular (soberanía perteneciente a todos los ciudadanos sin distinción). Posteriormente, los ciudadanos se separaron en dos clasificaciones: activos y pasivos, misma que se basara de acuerdo a su base impositiva que será la propiedad privada y solamente los ciudadanos activos serán parte del cuerpo electoral.

Las falencias del liberalismo no tienen remedio y son más graves con las propuestas que hace la filosofía de la reacción o contra revolución y es más creíble que aquellas falencias se superen en forma más acertada por la vía de la ampliación que lleva “a la democracia y como consecuencia al socialismo”⁵⁸. Esas falencias del Estado Liberal de Derecho que se ha buscado corregir de manera parcial en el Estado Social de Derecho parece que se mejora, es decir corrección coherente y superación en el Estado Democrático de Derecho.

Dados los antecedentes se continua empleando el esquema institucional del Estado de Derecho por considerársele todavía como conquista histórica valida, esquema que si bien surge con el liberalismo no se agota en él. Especialmente su firma posición contra los absolutismos su defensa de los derechos humanos.

Debe de tenerse en cuenta que no todos los contenidos del esquema del liberalismo tienen grado de permanentes en la historia pues su visión de la libertad está agotada es el caso de su criterio de la libertad económica y a la vez su abstencionismo estatal.

Además, empelar la fórmula del estado de derecho relacionados con distintos contextos socioeconómicos e ideológicos (no los que corresponden al liberalismo clásico), hace imperiosa una aclaración de lo que se entiende por estado de derecho, porque se ha sostenido que: “no todo Estado por el hecho de ser tal, es ya

⁵⁸ Jean Touchard. Historia de las ideas políticas. Pag. 52.

necesariamente un Estado de Derecho, por lo que es necesario con mucha precisión definir las características fundamentales que deben corresponder a todo Estado de Derecho, para no incurrir en la desfiguración oscura del concepto”⁵⁹.

“Así, puede obstaculizarse que Estados verdaderamente absolutistas, autoritarios o totalitarios pretendan encumbrarse en el prestigio evidente alcanzado de modo progresivo en la ciencia política por la expresión Estado de Derecho desde que en el tercer decenio del pasado siglo fue utilizada por primera vez por el alemán Robert Von Mohl”.⁶⁰

4.4. Los caracteres del estado de derecho

Las características básicas generales y por lo mismo indispensables que corresponden a todo estado de derecho pueden resumirse de la manera siguiente:

1º. Imperio de la ley en tanto expresión de la voluntad general. Es la nota primaria y básica del estado de derecho, en su estructura ideológico político donde encuentra sentido y aplicabilidad la noción de estado de derecho, o lo que es lo mismo, se da en el contexto que se inicia el liberalismo y termina en la democracia y el socialismo, por ley debe entenderse formalmente creada por el órgano popular representativo (congreso para nosotros, o asamblea nacional, parlamento) en tanto que expresión de la voluntad popular expresada, con las posibles intervenciones del ejecutivo por medio

⁵⁹ Elías Díaz, artículo Teoría general del estado de derecho. Pág. 41.

⁶⁰ Díaz, Elías. Estado de derecho y sociedad democrática. Pág. 43

de un órgano de representación popular que ha sido elegido con libertad,. La ley ordinaria se vincula y subordina a la ley fundamental (constitución), como consecuencia el control de constitucionalidad de las leyes fortalece dicha conexión y subordinación.

Pero con el fin de no caer en confusiones de otra naturaleza es bueno hacer la distinción claramente en cuanto a que no sea sólo el derecho (y ley) el derivado de esa legitimidad liberal y después democrática, porque también es derecho (y ley) el derivado no de la voluntad individual de un dictador o de un monarca absoluto quien de ipso otorga vigencia social a las normas que él hace.

Claro pues, que todo derecho positivo es derecho, tanto el que promulga el parlamento, democráticamente como el que deriva de una decisión personal de un dictador que mediante ella se hace obedecer, aun cuando se entiende que no es derecho legitimado, está legitimado, mejor dicho no esta justificado frente al que nace democráticamente del Congreso.

Explicado así el concepto de derecho, se tiene claro: no todo imperio de la ley, es tan solo por ello estado de derecho. No hay tales, si la ley viene de una decisión individual, absoluta, de ipso y no del congreso electo popularmente, o bien de la asamblea legislativa no es ley, y por lo tanto no hay estado de derecho pues la ley no resultado de la voluntad general, no es su expresión. Un ejemplo claro se tiene en la validación que hace la Asamblea Constituyente es posible que se diga que el Estado

liberal cumplía con limitada medida y de manera formal esa condición (o sea que la ley más que expresión de la voluntad general era expresión de la voluntad de la burguesía) y lo mismo puede decirse de otros aspectos como la protección integral de los derechos fundamentales (Derechos Humanos) y siendo comprobables tales falencias y de ahí el justificado planteamiento respecto a la necesidad del Estado social de Derecho y que se busca otorgar a una forma más completa del Estado democrático de Derecho, pero con todo no se debe de olvidar, que aunque patentes las falencias del liberalismo, no se desconoce que este reúne unas pocas condiciones para considerarlo como distinto del absolutismo que se considera el punto de partida del concepto de estado de derecho.

2º. La necesidad de la existencia de la división de poderes viene a ser en segundo lugar de suma importancia para contar con un estado de derecho, esa división se explica cuando para la elaboración de las leyes necesitamos de un poder legislativo y que aplicarlas es función del poder ejecutivo y judicial, como consecuencia no podrá tomarse como legisladores en sentido estricto y forma a los órganos ejecutivos no obstante sus facultades normativas como tampoco los órganos judiciales del estado y así también los funcionarios de los poderes legislativo y ejecutivo no poseen facultad para juzgar ni entrometerse en la función judicial y los responsables de la función ejecutiva no actuaran suplantando a los poderes legislativos y judiciales.

El principio de separación de poderes, no debe tomarse en forma lapidaria, o sea absoluta, ni como compartimentos estancos, pues es sencillamente división de

funciones y poderes en la que se da la comunicación y relaciones pero sin interferencia en la resolución de los problemas que cada uno deba resolver, y en efecto dice Kelsen lo que ratifica Karl Loewenstein: que: “ la separación de poderes tiene como significado histórico la lucha contra el absolutismo de los reyes en nombre de los derechos del pueblo y de ahí el principio de la separación de poderes, tiende por lo tanto a evitar la concentración de poderes en el titular del ejecutivo para hacer realidad el respeto y derecho de los ciudadanos en libertad.”²⁸

Los poderes entonces se limitan de manera reciproca pero no se entorpecen pues son la garantía de cara al absolutismo y la dictadura. El sistema de equilibrio entre los poderes, es decir, que se limitan en su que hacer pero no se obstaculizan son requisito sine qua non para el estado de derecho.

Como consecuencia, la estructura del sistema de pesos y contrapesos constitutivos del equilibrio de la división de poderes se resume en: la primacía del poder legislativo en tanto que hace el derecho de frente a los poderes ejecutivo y judicial que se responsabilizan de su aplicación.

No está planteado así, que en el sistema exista posibilidades en que el legislativo sea absolutista, ni que se dé falta de vigilancia y limitación para crear derecho por cuanto que el poder legislativo está vigilado por la Constitución y los tribunales que velan la constitucionalidad de las leyes. Además, el legislativo está limitado a controles

²⁸ Loewenstein, Karl. Teoría de la constitución. Págs. 54 a 72.

políticos originados de la organización y naturaleza de los sistemas democráticos: por ejemplo: crítica de la opinión pública, libertad de prensa, libertad de expresión, pluralismo de partidos políticos, respeto a la oposición política institucional, elecciones periódicas libres, correspondientes estos sistemas a un verdadero estado de derecho.

Para comprobar si existe un verdadero estado de derecho es necesaria la existencia de la justicia normada por un sistema procesal coherente, que sea garantía de la seguridad jurídica de todos y esto es básico para comprobar la existencia del estado de derecho. Por ejemplo: cuando son nulas las garantías procesales, cuando se violenta el debido proceso, cuando no se respeta a los procesados, cuando no hay acceso a la justicia, cuando el poder político se mete utilizando el poder para presionar a jueces y fiscales, cuando la ley no prescribe las garantías procesales, cuando impera la corrupción y la impunidad principios básicos de un estado de derecho y son su esencia, entonces no existe estado de derecho.

3o.- El principio de legalidad podemos conceptualizarlo porque así es, como el sometimiento de la administración (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) a la ley, como consecuencia la administración viene obligada a respetar la primacía de la ley, es decir, actuara con base a lo permitido por normas pre existentes.

En el camino de este estudio hemos visto que el problema del Estado de Derecho es un problema de límites, o es lo mismo, de grado, extensión y garantía de efectividad de dicho control lo que se acredita a través de adecuados mecanismos e instituciones.

Puede ser que se tome como una necesidad ampliar el poder ejecutivo, hasta pensarse en la intervención que pudiera tener influenciando decisivamente la función legislativa y sin embargo, sin un buen control legislativo y jurisdiccional del poder ejecutivo estamos ubicados fuera del Estado de Derecho. Vale decir que estaremos inmersos en un Estado absoluto, autoritario o totalitario.

4o.- Todo Estado tiene como objetivo la pretensión de alcanzar la garantía necesaria y la seguridad de los Derechos fundamentales de la persona humana que son una exigencia histórica ya que son parte esencial del sistema de legitimidad en el cual se asienta el Estado de derecho. Los derechos humanos prescritos jurídico-institucionales constituyen la guía de todo estado de derecho. Busca este ante el Estado absoluto del ansien régimen y frente a todo estado de facto o totalitario, la protección, garantía y realización de los derechos humanos y de las libertades fundamentales ligadas a la seguridad y justicia.

El liberalismo clásico que posee individualismo burgués es insuficiente garantía para la protección de los derechos y libertades de todos los hombres, ello porque en la ideología del estado liberal y en su orden social los derechos naturales o derechos humanos se identifican básicamente con los derechos de la burguesía, que únicamente de manera formal y parcial se conceden también a los individuos de las llamadas clases inferiores. Sin mucho esfuerzo se puede establecer: “el sistema económico capitalista que sostiene al orden social la protección es eficaz en cuanto a la libertad y la seguridad jurídica (ambas, por otra parte imprescindible) que la igualdad

y la propiedad de todos”²⁹. La ampliación de aplicabilidad de estos derechos (sin cambiar de manera sustancial los supuestos básicos económicos) se da con el paso del estado social de derecho constitutivo de una tentativa para superar el individualismo por medio de la intervención estatal y el interés hacia los denominadas derechos sociales, pues lo que pretende el intervencionismo es la creación de una sociedad o mejor denominado Estado del bienestar social y mas allá el proceso dinámico de democratización material y hasta de garantía jurídico formal de los derechos humanos y de lograrse la plena realización de estos derechos es lo que justifica sin duda la transición del sistema neo capitalista del estado social de derecho a un sistema dual socialista del estado democrático de derecho.

²⁹ Cfr. Díaz, Elías. Ob. Cit. Pág. 52.

CAPÍTULO V

5. Estado social de derecho

En los sistemas Democrático – Liberal, se ha buscado los métodos desde sí mismos, pero con presión y estimulados por presión exterior buscando encajar sus estructuras político-jurídicas a las necesidades que demanda el desarrollo técnico, social y económico que es ya exigencia en los últimos tiempos.

La evolución llegó efectivamente marcada por la transición del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho, este último, como la fórmula que por medio de la revisión y reajuste del sistema detenga los vacíos que tenía el Estado abstencionista liberal con mayor razón del individualismo que era su sustento. Hacía también aportes de naturaleza social que lo distinguían de cualquiera otro sistema que se semejara a los totalitarismos fascistas. El Estado Social de Derecho, vale decirlo sigue estructurado como auténtico estado de derecho.

5.1. Estado liberal y estado social de derecho

Los caracteres que presenta el Estado social de Derecho los ha enfocado con bastante acierto y criterio el profesor Lucas Verdu: Los caracteres fundamentales de este Estado que parte de Weimar en (1919), atraviesa la crisis económica de 1929 y el New Deal puede imponerse luego de la II Guerra Mundial como vigente en gran parte

de los países desarrollados occidentales: Estados Unidos, Alemania, Inglaterra, Francia, Italia, etc. Dice Verdu: “El sozialer rechtsstaat, se presenta en medio del Estado Liberal de Derecho y el de Nicht Rechtsstaat totalitario. Cuando empleamos el calificativo de Social para designar el Estado Social De Derecho, lo hacemos porque lo social es el correctivo al individualismo clásico liberal por medio de una afirmación de los denominados Derechos Sociales y de búsqueda de objetivos de justicia social: junto a los derechos de libertad se dan como en Weimar los derechos sociales y junto a ellos se encuentra la meta de alcanzar un bienestar social que da forma al Estado Social de Derecho como Welfare State, considerado como Estado Material de Derecho ante el carácter puramente formal que sin mucho fundamento se asigna a la formula institucional de liberalismo.”³⁰

El fin es convertir en derecho positivo añejas aspiraciones sociales consideradas principios Constitucionales resguardadas por las garantías del Estado de Derecho.

Actualmente se tiene dudas sobre la eficacia del liberalismo clásico como medio o sistema para salir de los problemas que crecían alrededor de la moderna sociedad industrial como: el crecimiento del desarrollo económico y la acción política administrativa de los órganos de gobierno, la cultura de masas, la planificación tomando también la capitalista, la sociedad de consumo, el ágil progreso de la técnica, estos y muchos más no se resuelven, empleando los instrumentos y procedimientos propios del Estado liberal pero sin dispensarse los problemas importantes que precisa

³⁰ Lucas Verdú, Pablo **Estado social y democrático de derecho**. Pág. 101.

soluciones, el liberalismo mediante fuerte crítica y revisión son: individualismo y abstencionismo estatal. Ante estos extremos el Estado Social de Derecho es un Estado definitivamente intervencionista, es un Estado activo, un Estado que dirige un ejecutivo fuerte que permite pues la trae consigo la crítica del parlamentarismo (es ineficaz dice esta teoría) y de los partidos políticos y algunas instituciones de importancia en el sistema liberal.

El Estado Social de Derecho “se ubica un tanto adelante del Estado liberal de Derecho, aun cuando el Estado social de Derecho reúne las características que identifican al Estado de Derecho. Esto es imperio de la Ley formalizada en un órgano popular y representativo, separación y distribución de poderes, legalidad de la administración y garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales”³¹.

El Estado Social de Derecho es autentico Estado de Derecho, ubicado en el sendero de la vida hacia la democracia, se concluye, que no se llega con el aún a la evolución que se demanda actualmente de una sociedad auténticamente democrática, tanto el estado de derecho como la democracia se presenta no como esencia y conceptos cerrados, sino como procesos históricos con apertura a la perfección.

Últimamente se da en ciertos sectores el afán por emplear la frase estado social de derecho aplicándola a Estados que ninguna manera poseen esas características de los estados de derecho cuando en todo caso se acercan a las características del

³¹ Elías Díaz, Ob. Cit. pág. 104.

Estado autoritario aunque manifiesten interés por los problemas sociales. Es como si se quisiera que con el calificativo de social incluso empleando otras denominaciones como socialización vaciados por supuesto de contenido se buscara minimizar la expresión estado de derecho para calificar con esa denominación todos los estados que retóricamente sostengan cierta atracción por lo social de tal forma que ningún Estado quedaría fuera de lo social.

Se acepta por tales concepciones autoritarias que el Estado Social de Derecho fuera algo puro y definido pero luego se declara superado con entusiasmo y se va tras la estructuración del Estado Social de Derecho dentro de una noción, vaga abstracta e indefinida que pueda ser aplicada a todas las circunstancias que la imaginación permita. Por todo ello, debe estar claro que el calificativo Social no sirve para hacer sin más de todo Estado un Estado de Derecho, porque el Estado Social de Derecho para hacerse acreedor de esa denominación debe responder a las exigencias básicas de todo Estado de Derecho.

El modelo del Estado Liberal de Derecho se ha tomado en sus caracteres más importantes del sistema constitucional hacia el que había evolucionado Inglaterra a fines del siglo XVIII. En el las libertades individuales tuvieron una garantía en las detenciones arbitrarias, garantía que prescribía la carta magna de 1215, la que posteriormente es ratificada y ampliada hasta el Habeas Corpus Acte de 1679. Estas fueron determinantes para que el poder ejecutivo ingles perdiera como instrumento de fuerza que le servía para privar de la libertad a su pueblo y caudillos que tal vez

constituían amenaza contra la libertad pública. Se sabe que los principios de estado de derecho son los que se dirigen a hacer muro de la expansión totalitaria y además a detener el ejercicio sin control del poder del Estado.

Entre los principios del estado de derecho no se anotan solamente los de forma, también están incluidos los principios del Estado Material de Derecho (de contenido) los que se encuentran en las garantías de los derechos fundamentales. Dichas garantías son de libertad e igualdad enriquecida por la idea del estado social que impulsaba se realizara la justicia social la construcción de condiciones reales que cristalicen la justicia social y hagan propicias las condiciones necesarias para el desarrollo de la persona humana.

En esta concepción que interrelaciona democracia y estado de derecho es donde cobra sentido la diferencia conceptual e histórica (antes sin duda histórica) respecto a estos dos modelos que son: Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho El paso de Estado liberal de Derecho al Estado Social de Derecho es la formula por medio de la que se concibe una revisión y reajuste del sistema y su adaptación de sus estructuras políticas y jurídicas a las urgentes necesidades y exigencias que demanda el desarrollo técnico social y económico de los últimos tiempos.

“El Estado Social de Derecho es un autentico estado de Derecho, situado en la vía hacia la democracia, puede decirse que no se consuma con el la fase evolutiva que demanda una sociedad auténticamente democrática. El Estado de Derecho como la

democracia aparecen aquí concebidos no como esencias ni conceptos cerrados, sino como procesos históricos perfectibles”.³²

5.2. Ideología del welfare state

El concepto del Estado de bienestar es la traducción castellana del término inglés Welfare State. Se empleo en un principio en Estados Unidos en la década de los años 30 con el objeto de definir las políticas intervencionistas del gobierno de Roosevelt que dio como resultado un cambio de 90 grados del concepto tradicional que Estados Unidos mantenía sobre los fines y objetivos del Estado, fue precisamente el Presidente Roosevelt quien dio la confianza a la mayoría de los americanos con su famoso programa del New Deal que se fundaba en una poderosa intervención del Estado para poder superar y salir de las tristes secuelas de la depresión económica que llevaba miseria y desempleo, para los ciudadanos, la producción se había caído a sus ínfimos límites porque había ausencia de demanda y consecuentemente consumo quebrando los santos principios del liberalismo económico al uso. Dicha administración fundada en las bases teóricas de John Maynard Keynes impulsaba programas públicos sociales y un vasto esfuerzo de inversiones públicas con el fin de incrementar la actividad y la demanda y, de esa manera poner fin a la recesión económica.

³² Elías Díaz. Ob. Cit. Pág. 104

Estos principios fueron parte de las propuestas hechas por los aliados para la reconstrucción de Europa, una vez terminada la guerra mundial. En el Reino Unido tuvieron su más acabada construcción teórica con los trabajos de William Beveridge. Hoy este político, es considerado el padre del nuevo concepto resumido en la idea de que el viejo Estado Liberal debe dejar paso a un nuevo Estado que posea nuevos objetivos y sean dos ideas sus bases: uno lograr el pleno empleo y dos construir un sistema de seguridad social que garantice a todos los ciudadanos servicios sociales y renta mínima.

El carácter universal de los derechos sociales vinculados al concepto recién tomado de ciudadanía vio los desarrollos extensos en países nórdicos bajo tutela social demócrata, como Suecia donde había empezado desde 1932 una social democracia hegemónica con vigencia casi 50 años con el que se da el mejor acabado modelo de Estado de bienestar dando como producto un nivel de vida elevado incluso, en todo el mundo.

Estas ideas se extendieron rápidamente por países europeos que poseían un correcto o buen sistema de seguridad social de acuerdo con el proyecto del Canciller Bismarck en Alemania todos estos principios se trasladaron al derecho interno de otros países del continente e incorporados a su derecho interno los mejoramientos sociales universalistas ligados al nuevo concepto de ciudadanía. Pero, por supuesto que este desarrollo se produjo bajo condición de respetar el modelo capitalista de mercado, amén de que se tenía la convicción que la práctica de este modelo era seguro y

salvarían el modelo económico de la libre empresa. Sin duda, tanto Keynes como Beveridge nunca hubieran aceptado el modelo de liberales reformistas aun cuando fueran peligrosos herejes y verdaderos socialistas según los guardadores del pensamiento de Adán Smith, para los que la mano invisible del mercado era una creación perversa.

Todo este ramillete de diversas teorías, variadas experiencias por cierto, componen el termino ingles del Welfore State, que traducido al castellano es el Estado de Bienestar. El término en si no convence, ni satisface pues los cómicos y caricaturistas lo ponen como si se tratara de una ingenua idea de la creación un reino o paraíso saturado de felicidad y beatitud donde sus habitantes evas y adanes residen espléndidamente. Sin embargo dicha ingenuidad facilita la crítica porque fácilmente pueden verse los agujeros que constituyen las tristes estadísticas de desempleo base fundamental del paradigmático Estado.

5.3. Neocapitalismo y estado social de derecho

La idea del Estado de Bienestar además de su divulgación y aplicación fueron hegemónicas 30 años después de la II Guerra Mundial y su éxito se fundó en el contenido ético de sus propuestas y éxito de resultados en los países cuyo desarrollo fue alto junto al y el crecimiento económico, pleno empleo y la protección social se dieron en armonía todo apuntaba a que la mezcla de teorías económicas Keynesiana,

los valores sociales demócratas y el pacto social constituían en las sociedades del capitalismo avanzado el nuevo bálsamo contra los males que había retirado del recetario social los arcaicos remedios liberales y la purga marxista, cuyas críticas se habían hundido en descredito general.

Luego la crisis económica de los años 60 destruyó los consensos de las décadas anteriores y a la vez volvían a tomar valor las críticas de los que responsabilizaban de las quiebras o falta de equilibrio económico a las intervenciones realizadas.

Respecto a la ideología del Estado Social se toma como una consistente victoria histórica, como jalón histórico positivo, tanto para los Estados Liberales que son su origen como respecto a los Estados totalitarios que desconocían todo Estado de Derecho.

Pero con todo y eso, se ha señalado las falencias e insuficiencias del Estado Social de Derecho, pero también junto con ellas se ha señalado lo necesario que este Estado Social de Derecho regrese pletórico de evolución lleno de principios del que se llama Estado Democrático de Derecho. El proceso que se da al interno del Estado de Derecho pasa sucesivamente por las etapas: Liberal Social y Democrática.

Se caracteriza el Welfare State por el predominio de la cuestión administrativa sobre la política, el predominio de la técnica sobre la ideología no faltando desde aquí la tesis que consiste en que la administración y la técnica, calificadas ambas como buenas

bastan para hacer realidad el objetivo del desarrollo económico y por lo tanto el deseado por los desheredados y huérfanos de fortuna: el bienestar social general.

La quiebra o desequilibrio que ocasiona la crisis económica producida después de la guerra, la caída del socialismo científico (Comunista) que dejó estupefacto a los críticos marxistas del Estado de bienestar pues si bien el problema del modelo justificaba sus críticas se daba nuevas fuerzas intelectuales que pensaban que el modelo había hecho muchas concesiones lo que reducía excesivamente la acumulación de capital y la sacada del mercado de la entrega de consumos sociales masivos.

El Estado de Bienestar (Welfare State) es un intento de hacer compatibles los dos elementos: Neocapitalismo y Bienestar en la esfera de la actual social industrial cuya institucionalización y jurídico-política se hace efectiva mediante la fórmula del estado social de derecho. Siempre en este caso, se dan los mismos problemas que se daban en la definición del término Bienestar, así también se da el problema para arribar al acuerdo sobre lo que se debe de entender por neocapitalismo. Sin embargo, las características fundamentales del capitalismo: Propiedad Privada de los Medios de producción, Economía de Mercado y Libertad en la Organización de la Producción viven en el neocapitalismo³³, es decir, que el neocapitalismo no es otra cosa que el producto de aumentar la eficacia y racionalidad del sistema capitalista en favor de quienes detentan el poder económico. Otro frente considera que la evolución del

³³ Elías Díaz. Ob. Cit. Pág. 121

sistema lo lleva a formas más socializantes de organizar la vida social y económica, creando convergencia hacia el sistema opuesto el que al final cambiara sus bases y otro frente que considera que algunos aspectos básicos del capitalismo permanecen invariables, en tanto que otros han desaparecido o llegaran a desaparecer por las propias exigencias que demanden la racionalidad o la competencia.

Se cree que el neocapitalismo, pueda dar paso a un sistema totalmente diferente, pero aun así hará siempre suya la característica de la propiedad privada de los medios de producción mal repartidos. Se acepta que el Welfare State, ha cuidado más por la seguridad social del ciudadano y ha representado avance frente al capitalismo clásico, pero es correcto concluir razonablemente que el neocapitalismo no es un verdadero sistema de bienestar con base democrática.

No convence tampoco cuando se le pretende dar un enfoque nacionalista con referencia al bienestar interno de un país subdesarrollado donde aun predomina con poder las contradicciones, tensiones y conflictos del capitalismo. No se podría igualmente poner en práctica pues no se podría hacer correctamente el planteamiento tomando nacionalismos superiores. La democratización económica social y política se debe proponer como una meta de alcance universal, algo no fácil por no decir radicalmente difícil con el imperialismo económico que viene del neocapitalismo correspondiente a los más desarrollados Estados de bienestar.

Desde este análisis se nota que se da la semejanza entre el capitalismo individualista que funciona al interior de una nación y el neocapitalismo social que opera a nivel internacional. De aquí surge la interrogante, es decir, la necesidad de saber a qué grado el neocapitalismo del Estado Social de Derecho no está embozado en una dictadura del gran capital, es decir, algo se ha denominado, neofascismo que es la definición de dictadura del capitalismo.

CAPÍTULO VI

6. Estado democrático de derecho

6.1 Del estado social de derecho al estado democrático

Entendidas las falencias y contradicciones del sistema económico ideológico que se desprende y es contenido del neocapitalismo. Vendrá enseguida el paso progresivo del capitalismo y aparejados se da el paso al Estado democrático de derecho.

Es así como desde su aparición o génesis el capitalismo liberal ha cambiado de manera profunda. Se reconoce que ha cambiado varias de sus medidas más fuertes sin avanzar sin embargo en el impulso de una “economía del género humano que era sostenido por sus seguidores aun cuando eran patentes las dudas sobre su puesta en práctica, en hacerlas realidad”... “contrariamente a lo que nos repite un hábil e insidiosa propaganda, la sociedad occidental no es ni con mucho, una sociedad sin clases. En Estados Unidos, lo mismo que en Europa el poder económico continua siendo el privilegio de una oligarquía y se transmite por vía hereditaria o por captación, de forma análoga o como se transmitía el poder político bajo el antiguo régimen”,³⁴ no pueden deslindarse de manera fácil los vínculos entre oligarquía capitalista y poder político. Jacques Germán pone como ejemplo el hecho consistente en que: “de las 85 personas que desempeñaban un papel esencial en la Administración Eisenhower, 68

³⁴ Jacques Germán. Proceso al capitalismo. Págs. 164-224.

tienen íntimas relaciones con los ambientes de negocios: concretamente (para no citar más de un ejemplo elocuentes) de los 14 directores de la Standard Oil de New Jersey, 8 ocupan o ha ocupado funciones gubernamentales”.³⁵

Como consecuencia de estos informes, se tiene certeza que la democracia política demanda la democracia socio económica porque sin democracia socio económico aquella se vuelve desastre y le siguen la toma de decisiones antidemocráticas por cuanto que son tomadas por la oligarquía capitalista y responden a sus mejores intereses.

Analizando los términos democracia-neo capitalismo, su falta de coherencia y correspondencia entre ambos términos se lleva a estimar que democracia y socialismo se encuentran más próximos a la realidad sin duda “la tendencia actual al socialismo en el plano económico cualquiera que sea el grado cuantitativo y el carácter este ratificado o no de este socialismo”³⁶, parece estar inscrita en la realidad misma. En cualquier caso, el motor no puede ser –no debe ser- el interés capitalista determinado a dar primacía a los bienes suntuarios de consumo para conseguir así, como un subproducto ético el bienestar material de todos, sino la organización inspirada en una auténtica voluntad de justicia de dar a cada uno lo suyo de la democratización económico social.

³⁵ Jacques Germán. Ob. Cit. 224.

³⁶ L. Aranguren, José Luis. Ética y Política. Pág. 303.

6.2. Estado social democrático

El estado democrático de derecho es una superación real del Estado Social de Derecho, pero no significa que este lleve al Estado Democrático o sea causa de un deslizamiento natural porque más que superación funciona como obstáculo para su avance.

Del Neocapitalismo no se pasa naturalmente al socialismo; del Estado Social de Derecho no se avanza naturalmente al Estado Democrático de Derecho. “La supuesta socialización que se da en el neocapitalismo no es coincidente con el socialismo, como tampoco la democratización que produce porque si la sola técnica es ya la democracia de un nivel a otro se da un salto cualitativo y real, entonces fuerzas del primer nivel (neocapitalismo) se convierte en fuerzas interesadas a parar el avance hacia el segundo nivel (socialismo) en el que se produce el estado Democrático de Derecho”³⁷ que el Estado Democrático de Derecho es la formula institucional en la que hoy y en el futuro cercano se pueda concretar el proceso de convergencia en los que coinciden las ideas actuales sobre democracia y socialismo, coinciden en este punto los aires que se abren paso en América del Sur sobre la institucionalización del Socialismo Democrático que puede culminar en la instalación a nivel Continental del Estado Democrático de Derecho. Con razón dice Aranguren que el viejo Estado de Derecho sin dejar de seguir siéndolo tendrá que constituirse en Estado de Justicia y ese Estado de Justicia tiene un sentido mucho más abstracto. Ambos términos solo

³⁷ Ibíd. Pág. 135

pueden considerarse intercambiables si se entiende en el sentido que el Estado Democrático de Derecho es hoy el Estado de Justicia. Es decir “el Estado que aparece actualmente como legítimo como justo en función de unos determinados valores históricos que son la Democracia, el Socialismo, la Libertad y la Paz”.³⁸

Coinciden los aires que se abren paso en la América del Sur sobre la institucionalización de socialismo y democracia y empujan sus principios a pensar en el Estado democrático de Derecho. Con razón creo que no dice Aranguren que el viejo Estado de Derecho sin dejar de seguir siéndolo tendrá que constituirse en Estado de Justicia y ese Estado de Justicia tiene un sentido mucho más abstracto. Ambos términos solo pueden considerarse intercambiables si se entiende en el sentido de que el Estado Democrático de Derecho es hoy el Estado de Justicia, es decir, el Estado que aparece actualmente como legítimo, como justo en función de unos determinados valores históricos que son la democracia, el socialismo la libertad y la paz.

6.3. Estado y derecho

Junto al fundamento del poder, la teoría clásica del Estado se ha ocupado de los alcances del poder (o derecho y Estado) desde que los juristas se posesionaron de los problemas del Estado, se le define por medio de los tres elementos que estructuran el pueblo, el territorio y la soberanía. Si bien es cierto la doctrina sobre el Estado la

³⁸ José Luis L. Aranguren. Ob. Cit. Pág. 303

escriben brillantemente grandes ius filósofos entre ellos Montesquiu, Maquiavelo, Hegel, Kant, Marx para mencionar a algunos y con posiciones validas para ciertas épocas de acuerdo a nuestros estudios y prácticas políticas podemos unirnos a la tesis para la cual El Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, es decir, el Estado cuyo poder y funciones se encuentran reguladas y fiscalizadas por la ley. Consiste el Estado de Derecho básicamente en el imperio de la Ley. Derecho y ley tomados como expresión de la voluntad general como consecuencia contrapuesta a cualquier forma de Estado absoluto y totalitario también el Estado de Derecho no es solo cosa de juristas, es decir, simplemente un universo jurídico, sino que Derecho y Estado sino medios imprescindibles para fines imprescindibles, esenciales: No se hizo el hombre para ellos, sino ellos para el hombre, para los seres humanos”.³⁹ Se puede decir, que no todo Estado es un Estado de Derecho, puede haber Estado y todo un ordenamiento jurídico, si ambos están separados y la ley no se aplica, podrá haber Estado y Leyes, mas no estado de derecho.

El estado de derecho comprende la sujeción de la actividad estatal o la constitución y las normas aprobadas de acuerdo a las reglas que indique, esto es responsabilidad en su quehacer de los órganos del poder, ejercicio del poder conforme las reglas y normas, ejercicio correcto de la autoridad, correcto cumplimiento de los derechos individuales sociales, culturales y políticos. El liberalismo dio impulso al concepto de Estado de Derecho e implica el mismo el pensamiento de Kant y Von Humboldt, pues sostiene que la acción estatal tiene como límite la salvaguardia de la libertad del

³⁹ Elías Díaz. Ob. Cit. Pág. 15.

individuo. El liberalismo, dice Laski:—" es la filosofía política de la burguesía y nació ligada a una clase social superior y a la defensa de la propiedad privada, el banquero, el comerciante y el industrial desconocieron y cambiaron al terrateniente, el eclesiástico y al guerrero y debido a ello la ciudad dejó fuera al campo"⁴⁰. La ciencia sustituyó a la religión y la idea de progreso impulsó a la mente humana hacia el futuro y desalojó la idea de una edad pretérita y concomitante credo en un pecado original. La fortaleza del liberalismo está en que quiso hacer del hombre el dueño de su destino pidiendo su libertad para que pudiera construirlo.

Fue el liberalismo -dice Laski- pensamiento revolucionario ya que de acuerdo a su naturaleza fue oposición a la intervención de poderes políticos que limitaran el libre juego de individualidades. La burguesía aceptó el principio y defensa de los derechos del hombre colocando entre ellos la inviolabilidad de la propiedad privada. Sin embargo, persistió por mucho tiempo su oposición entre liberalismo y democracia el liberalismo con un pasado fisiócrata fue la doctrina que trocó la economía en estructura fundamental de la sociedad ya que esta no es invento caprichoso de los hombres porque está regida por leyes económicas naturales indestructibles. Es por eso que la burguesía llena su pensamiento materialista: Las leyes naturales de la economía pertenecen al mundo físico y por lo mismo son ciegas a los valores éticos, quizá no era un criterio original y es posible que su cantera fuera la fisiocracia y sostenía que eran leyes justas pues Dios las había creado, el liberalismo se ubicaba en la esfera de la ciencia. Meditando de pasada respecto a las ideas del liberalismo se

⁴⁰ J. Laski, Harold. El liberalismo Europeo. Pág. 2.

verá que su efecto instantáneo es la libertad sin frenos éticos, de las estructuras económicas o sea el capital, para explotar la tierra, la riqueza y el trabajo humano.

Ya en el campo de la ciencia política, haciendo uso correcto de su doctrina el liberalismo postulaba la no intervención del Estado en asuntos económicos, tallando en el frontispicio de la economía la frase del *laissez-passer* (dejad pasar) es decir, no habrá barreras que frenen el libre juego de las leyes económicas naturales, si existiera, debe destruirse.

En cuanto al orden jurídico en este el liberalismo materialista esconde amparándose en la libertad individual su decisión de explotación a la persona, trabajo y capital las relaciones estarán regidas por un contrato individual en que un lado se sostendrá la libertad de la persona para vender su fuerza de trabajo y del otro se mantendrá la ley económica natural de la oferta y la demanda.

A mitad del siglo XIX se enfrentan las ideas de democracia y liberalismo. La democracia era manifestación del pueblo resultado de la doctrina de Rousseau y el liberalismo constitutiva del pensamiento burgués que tenía temor al sufragio universal. Así es como vuelve a la defensa John Locke para quien solo quienes tuvieran tierras podían participar en el gobierno pues tenían algo que defender. Para la burguesía no contaba que los sin tierra y sin riqueza son seres humanos que tiene derechos y pueden por igualdad participar y decidir sobre el futuro de la comunidad, hacer defensa de la libertad de toda clase y clamar por la seguridad jurídica.

En 1830, el liberalismo llega a sus objetivos políticos, pero después de este año empieza a dar marcha atrás frente al problema social y se hace cuidadoso, porque la protesta de los humildes crece cada vez más en calidad y cantidad y diez años más tarde la protesta tiene poder. Por temor al pueblo nace en el liberalismo su temor a la democracia ya que la victoria de la democracia es victoria del pueblo y la naciente burguesía entiende que con ello perderá el poder y a eso se debe la antipatía del liberalismo a los sistemas democráticos. Quiere respecto a las libertades, pero no quiere sufragio, porque goce y disfrute de derechos electorales significan victoria política del pueblo y de ahí, el liberalismo en tanto que ideología de la incipiente nueva clase que se ha enriquecido en la banca y el comercio no quiere la participación de la masa en el sufragio universal, llega a escena nuevamente John Locke que fue el más grande teórico del liberalismo y creador del Estado de derecho liberal burgués, tanto su pensamiento, defensa de los derechos humanos, como parte de ellos la propiedad privada, respeto a la corona y organización de un parlamento que tuviera específicamente una cámara de la nobleza y otra para quienes poseían la tierra y riquezas fue rechazada para filósofos y políticos de las islas británicas.

A la par del poder, es decir, de su fundamento la doctrina clásica ha puesto atención al problema que presentan los límites del poder que siempre hace referencia a las relaciones que se dan entre derecho y poder, o sea: El derecho y Estado.

El estado de derecho tuvo su auge en el liberalismo y sus fuentes filosóficas se encuentran en las obras de Kant y Von Humboldt, quienes sostenían que la acción estatal tiene como límite la salvaguardia de la libertad del individuo. Laski, sin embargo, dice que el liberalismo es la filosofía política de la burguesía y nació ligado a una clase social superior y a la defensa de la propiedad privada. Pero con todas las posiciones del liberalismo, el Estado Social etc.

El estado es respuesta al estado absolutista que se caracterizó por la total ausencia de libertades, la concentración del poder y la conducta irresponsable de los responsables de los órganos del poder como consecuencia la garantía jurídica del estado de derecho corre, hacia la constitución política. La palabra constitucionalismo la emplea por primera vez Robert Southey en 1832.

La importancia del constitucionalismo como soporte del estado de derecho se encuentre en dos elementos que han sido tomadas como sinónimo de Estado y son: La supremacía de la constitución y la separación de poderes o sea funciones.

La Constitución francesa de 1791 en el Artículo 16 el contenido que pronto viene a ser dogma del constitucionalismo dice: “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni se adopte la separación de poderes, carece de constitución”.

La Constitución de Saint-Just propuso modificar en el sentido que “todo pueblo en el que no esté garantizado el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes carece de constitución y de principios de orden social no debemos olvidar que el estado de derecho es la antítesis del Estado Absolutista y que los instrumentos de uno y otro son los mismos: la supremacía de la norma. Cambia no es el contenido, ello se dará al surgir el Estado Social de Derecho.

La Revolución Inglesa llevó el traslado del poder supremo (Soberanía) del monarca al parlamento, mas continuó siendo el instrumento del poder la norma. El Rule of Law, a su vez presentaba una triple garantía: El proceso legal, la universalidad de la justicia y la sujeción de los actos del poder a la decisión de los jueces.

Después del estado de derecho tuvo como contra el totalitarismo, se comprende que la sola idea del proceso legal y universalidad de la justicia no bastaron. Respecto al control del poder por los jueces es preciso ser precavidos frente a los excesos del gobierno y el legislador. De ahí, el estado de derecho está orientado a detener la expansión del totalitarismo de Estado por cuanto este suprimía la libertad individual y publica, prescribir partidos, prescribía partidos y órganos deliberativos y libertades de tránsito, reunión y expresión.

Junto al fundamento del poder la teoría clásica del Estado se ha ocupado de los alcances del poder (o derecho y Estado) desde que los juristas se posesionaron de los problemas del Estado, se le define por medio de los tres elementos que estructuran al

pueblo, el territorio y la soberanía. Si bien es cierto la doctrina sobre el Estado la escriben brillantemente grandes ius filósofos entre ellos Montesquiu, Maquiavelo, Hegel, Kant, Marx para mencionar algunos y con posiciones éticas para ciertas épocas de acuerdo a nuestros estudios y prácticas políticas podemos unirnos a la tesis para la cual “el Estado de Derecho, es el Estado sometido al Derecho, es decir, el Estado cuyo poder y funciones se encuentran reguladas y fiscalizadas por la ley. Consiste el Estado de Derecho básicamente en el imperio de la ley, Derecho, Derecho y ley tomados como expresión de la voluntad general. (Como consecuencia contrapuesta a cualquier forma de Estado absoluto y totalitario también el Estado de derecho no es solo cosa de juristas, es decir, simplemente un universo jurídico, sino que derecho y Estado son medios imprescindibles para fines imprescindibles, esenciales: no se hizo el hombre para ellos, sino ellos para el hombre, para los seres humanos”⁴¹. Podemos decir que no todo estado es un estado de derecho puede haber estado y todo un ordenamiento jurídico, si ambos están separados y la ley no se aplica podrá haber estado y leyes, mas no estado de derecho.

El principio de la vinculación del poder al Estado al derecho goza no obstante de cierta independencia frente a esta concepción anti totalitaria y liberal del Estado; los principios de la división de poderes, de las garantías de los derechos fundamentales de la legalidad de la administración, de la previsibilidad y certidumbre de las medidas estatales y de su control judicial pueden mantenerse a pesar de una considerable

⁴¹ Elías Días Ob. Cit. Pág. 15

expansión de las funciones públicas cuyos principales elementos son el bienestar y justicia social.

CONCLUSIONES

1. El Estado quien a través de la historia se ha formado en un aparato especial quien ejercita coerción atreves de los distintos órganos que lo integran, pero existe desconocimiento de lo que es el Estado, su noción o idea entraña la mayoría de las veces errores en abogados y neófitos que pretende hacer política.
2. En la historia el concepto de Estado, ha tenido varias formas de definirlo, el cual con el transcurrir del tiempo ha evolucionado hasta en la forma como se conoce hoy en día, pero se desconoce cada uno de sus elementos que lo conforman y con ello existe un Estado de derecho insipiente y débil.
3. El Estado, desde el siglo de las luces, por medio de la filosofía de la ilustración, la cual en cierra una nueva forma de pensamiento, es el fundamento de la esencia fundamental del derecho, así como la forma y origen del mismo.
4. A través de la historia hay surgido varias clases de Estado, las cuales han servido de base para que existan los caracteres del Estado de Derecho actual, siendo sus elementos fundamentales el bienestar y la justicia social, sin discriminación alguna.

5. El Estado de Derecho Social, se ha realizado por la transición del Estado Liberal de Derecho, por medio de la revisión y reajuste del sistema, buscando encajar sus estructuras jurídico-políticas a las necesidades que demanda el desarrollo social..

6. El Estado de Derecho Democrático, surge de un estado social de derecho, y pasa ser un estado social democrático, existiendo una división de poderes, con lo cual se busca un mejor ordenamiento jurídico y un estado de derecho pero debidamente conformados y unidos.

RECOMENDACIONES

1. Que el Estado a través de los órganos deben de realizar programas de estudiar las formas originales de pueblo y nación, en las cuales no figuraba el Estado y el derecho ello contribuirá a nuestra mejor formación profesional.
2. Que los tres poderes del Estado unifiquen esfuerzos por el fortalecimiento del estado de derecho, principalmente por la aplicación de las leyes del país.
3. Que es necesario promover medidas para limitar la expansión de las funciones públicas, deben efectuarse dentro del marco de los principios de división de poderes, las garantías a los derechos como condición para garantizar el bienestar y la justicia social.
4. Se recomienda que en los cursos de teoría del Estado de las facultades de derecho sobre el Estado y estado de derecho, se estudien las fases de la humanidad buscando el conocimiento de cuando aparece el Estado.

5. Que se incluya en los contenidos curriculares del sistema de educación nacional temas relacionados con nociones de Estado y estado de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDROV, N.G. **Teoría del estado y del derecho.** Ciencias Económicas y Sociales.
- ARANGO ESCOBAR, Julio Eduardo. **Filosofía del derecho y de los derechos humanos.** Talleres Gráficos Ranher. Guatemala 2000.
- ARISTÓTELES. **La política.** Traducción de Antonio Gómez Robledo. Editorial Grijalbo S.A. México 1966
- DE JOUVENEL, Bertrand. **Et al.** Con Colaboraciones de H. Kelsen, N. Bobbio Traducción al Castellano, Madrid, Editorial Faurus, 1966.
- DE LA CUEVA, Mario. **La idea de estado.** Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad Universitaria, México D.F. 1971.
- DÍAZ, Elías. **Teoría general del estado de derecho.** Revista Estudios Políticos Un 131. Madrid. Septiembre- Octubre 1963.
- DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática.** Editorial Taurus. Madrid 1998.
- ENGELS, Federico. **Antiduhring.** Editorial Esparsa Madrid 1955.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado.** Madrid. Edit. Revista de Occidente. 1950 7ª. Edición 1964.
- HAROLD, Laski. **El liberalismo europeo.** Traducción de Victoriano Miguez. Fondo de cultura Económica. México 1939.
- JACQUES, Germán. **Proceso al capitalismo.** Barcelona ed. Seix Barral. 1962.
- JELLINEK, Jorge. **Teoría general del estado.** Editorial Continental, México 1958.
- JULIÁN, María. **Historia de las ideas políticas.** Editorial Grijalbo S.A. México 1966.
- KORKOUNOV, N. M. **Theorie générale du droit.** Editorial Giard & E. Brière. 1914.
- L. ARANGUREN, José Luis. **Ética y política.** Madrid. Edit. Guadarrama. 1963.

- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **“Estado de derecho e idea de la legalidad”**. Revista de Administración Pública. I.E.P. Madrid No. 6 (Septiembre Diciembre 1951) Tomado del libro Humanismo y Estado de Derecho. Barcelona. Editorial Bosch. 1960.
- LENIN, Valdimir. **Obras completas**. Editorial Progreso. Moscú: Basado en la 5ª edición rusa. 1975.
- LES, Six. **De la republique**. Libro Primero capitulo 8 Paris. 1578.
- LOCKE, John. **Ensayo sobre gobierno civil**. Traducción de José Carnner. Fondo de Cultura Económica. México 1941.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución Barcelona**. Ed. Ariel 1955. Traducción H. Gallego Anabitarte.
- MAQUIAVELO, Nicolás. **El príncipe**. Traducción de Teodora Delgado. Edición 1960.
- MAQUIAVELO, Nicolás. **Su vida y su tiempo**. Traducción de Antonio Ramos Oliveira. Biografía Grandeza. México 1958.
- MARX, Karl. **Crítica a la filosofía del estado de Hegel**. Editorial Grijalbo. México 1968.
- MARX, Karl y Federico Engels. **Obras escogidas**. Editorial Esparsa 1955.
- POKRUSKI. **Historia de las ideas políticas**. Editorial Grijalbo S.A. México 1966.
- RODRÍGUEZ OCONTRILLO, Pablo. **Ensayo sobre el estado social de derecho y la interpretación de la Constitución**. Colegio de Abogados de Costa Rica. 1956.
- Santa Biblia. Antiguo Testamento y Nuevo Testamento**. Revisado por Cipriano de Valera 1960.
- TOUCHARD, Jean. **Historia de las ideas políticas**. Editorial Temas. Traducción al Castellano, Madrid. 2ª. Edición. 1996.
- VALADEZ, Diego. **Problemas constitucionales del estado de derecho**. Editorial Astrea 2ª. Edición. 2004 Buenos Aires. 2004.
- VELANDE FUENTES, Juan. Alejandro Cercas Alonso. **El estado de bienestar**. Madrid. 1999.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Estado liberal de derecho y estado social de derecho**. Salamanca. Acta Salmanticensia. T.II, No 3, Universidad de Salamanca. 1955

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoría general del estado**. Zippelius Reinhold. Editorial Porrúa, S.A. 1989.

Legislación:

Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano.
Naciones Unidas