



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Doctorado en Derecho

*¿Qué significa el gobierno de la ley?
El concepto de Estado de derecho en los estudios legales contemporáneos*

TESIS

Que como parte de los requisitos para obtener el grado de

Doctor en Derecho

Presenta:

El Maestro en Derecho Alejandro Sánchez García

Dirigido por:

Dr. Rodolfo Patricio Sarsfield Escobar

SINODALES

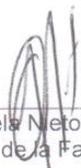
Dr. Rodolfo Patricio Sarsfield Escobar
Presidente

Dr. Gerardo Porfirio Hernández Aguilar
Secretario

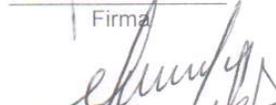
Dr. Eduardo Alcocer Luque
Vocal

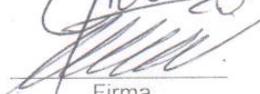
Dr. Gerardo Ribeiro Toral
Suplente

Dr. Eugenio García Flores
Suplente


Dra. Gabriela Nieto Castillo
Directora de la Facultad

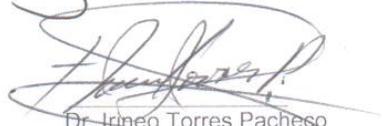

Firma


Firma


Firma


Firma


Firma


Dr. Irineo Torres Pacheco
Director de Investigación y Posgrado

Centro Universitario
Querétaro, Qro., México
Noviembre de 2012.



Universidad Autónoma de Querétaro

Facultad de Derecho

*“¿Qué significa el Gobierno de la ley?
El concepto de Estado de derecho en
los estudios legales contemporáneos”*

Tesis

**Que como parte de los requisitos para obtener
el Grado Académico de:**

Doctor en Derecho

*Presenta el Maestro en Derecho
con Especialidad en Derecho Procesal*

Alejandro Sánchez García

Santiago de Querétaro, Querétaro, diciembre de 2012.

RESUMEN

En la historia no hay definición única del concepto “derecho” ni de “derecho fundamental”, la teoría muestra un abanico de ellas. Este trabajo los considera como narrativa de prohibiciones o permisos en busca de solución pacífica de conflictos. Desde Platón, hasta Kant, entre otros, conceptualizaron “Estado” como territorio, población y gobierno; y a “Estado de derecho” como leyes. En los estudios legales contemporáneos desde Gallie 1956, hasta Sarsfield y Skaaning 2010, no hay acuerdo sobre lo que es Estado de derecho; pero el tema de “corrupción” lo deteriora ya que hace fallar a los Estados cuando ésta es abundante produciendo la suspensión de entrega de bienes políticos positivos a los ciudadanos ya que se pierde credibilidad en los corazones y mentes de sus habitantes. Es clave rendir cuentas como práctica sana de la administración pública contra la corrupción en el Estado de derecho. Este estudio concluye con un nuevo paradigma de “Estado de derecho en los estudios socio-legales contemporáneos del siglo XXI”, como una escala de jerarquizaciones: El primer elemento es el Estado-área que alberga al segundo elemento Imperio de la ley; que se concreta cuando la norma se aplica mediante el tercer elemento Gobierno de la ley, lo que pone en práctica el cuarto elemento, la Regla de la ley. Todos juntos en conjunto constituye el quinto elemento o “Estado de derecho”. La forma y dimensión que se le da a “Estado de derecho” con más o menos atributos o características circula dentro de estos conceptos, ya que todo es en un Estado prescrito por leyes que tienen su regla interior en sí mismas, y son imperio de mando que se debe aplicar por sociedad y gobierno en un orden preestablecido. Pero todo finalmente es lenguaje.

(Palabras clave: Estado, Derecho, Imperio, Gobierno, Regla, Ley, Corrupción, Lenguaje)

SUMMARY

There is no one unique definition for the concept of “law” or of “fundamental law” in history. Theory shows a broad range of definitions. This work considers them as a narrative of prohibitions or permissions in search of a peaceful solution to conflicts. From Plato o Kant, among others, “state” was considered as territory, population and government and “rule of law” as laws. In contemporary legal studies from Gallie 1956 to Sarsfield an Skaaning 2010, there is no agreement on what rule of law is; however, the issue of “corruption” impairs it since it makes states fail when it exits in abundance, producing the suspension of the delivery of positive political goods to citizens since credibility is lost in their hearts and minds. It is essential to render accounts as a healthy practice of public administration against corruption under rule of law. This study concludes whit a new paradigm for “Rule of law in contemporary socio-legal studies for the 21st century,” as a scale of hierarchies: the firs element is the territory-state which covers the second element, domain of law which becomes concrete when the norm is applied trough the third element, the government of law. The latter puts into practice the fourth element, the regulations of law. All together, these make up the fifth element or the “rule of law.” The form and dimensions given “rule of law” whit more or fewer attributes or characteristics is found within these concepts, since all are the domain of orders that should be applied by society and government in a pre-established order. Nevertheless, finally this is all language.

(key words: State, law, domain, government, rule, corruption, language)

***Dedico este trabajo a mis padres, a mi hija, y
a las muchas personas que me ayudaron en su desarrollo;
y a la sociedad que busca un mejor Estado en que vivir.***

Agradezco a Dios y a la vida la oportunidad de estudiar; a mis padres y a mi hija su apoyo y comprensión; a mis maestros de doctorado, Doctores Rodolfo Patricio Sarsfield Escobar y Gerardo Porfirio Hernández Aguilar, su tiempo y conocimientos para guiar y apoyar esta investigación; a mis sinodales y a todos quienes me ayudaron de la División de Posgrado de Derecho de la UAQ, por hacerme lograr un anhelo de superación personal y académico.

ÍNDICE

	Página
Resumen.....	i
Summary.....	ii
Dedicatoria.....	iii
Agradecimiento.....	iv
Índice.....	v
Introducción.....	1

CAPITULO I

Derecho, derechos fundamentales.

Parte 1. Derecho.

I.1.1. Derecho.....	7
a) <i>Luis Recasens Siches</i> , b) Eduardo García Máynez; c) Francesco Carnelutti; d) Enrique Sánchez Bringas; e) Rafael de Pina; f) Rolando Tamayo y Salmorán; g) Kelsen; h) H. L. A. Hart; i) Dworking; j) Joseph Raz; k) Carlos Nino; l) Hohfeld.	
I.1.1.1. Las teorías del derecho.....	11
a) Iusnaturalista; b) Positivista; c) Sociológica; d) Científica; e) Fáctica; f) Normativa, o dimensión normativa; g) Valorativa; i) Tridimensional.	
I.1.2. Triplicidad objetiva del derecho.....	15
I.1.3. Derechos en sociedad, función e importancia.....	16
I.1.4. Libertades jurídicas que otorga el derecho.....	20
I.1.5. Derechos Civiles, sociales y políticos. Valores del derecho y principios universales.....	21
I.1.6. Orden Jurídico.....	23
I.1.7. Ius; iu-dex (judex); dictum; potestas gladi (potestas gladio).....	24

Recapitulación.

Parte 2. Derechos fundamentales.

I.2.1. Derechos fundamentales, 4 tesis.....	31
I.2.2. Derechos fundamentales. Su relación con la democracia política, la ciudadanía y con los derechos patrimoniales.....	38

I.2.3.	Los Derechos fundamentales según Bockenforde.	41
I.2.4.	Derechos fundamentales como derechos subjetivos y como normas objetivas.	42
I.2.5.	Derechos fundamentales, sus principios y la problematicidad en la ponderación.	43
I.2.6.	Forsthoff y Schmitt vs Smend. Crítica a los derechos fundamentales como sistema de valores.	45
I.2.7.	Los derechos como garantías.	46
I.2.8.	Una definición de democracia y de derecho fundamental.	47
I.2.9.	Incomprensión de la democracia.	49

Recapitulación.

CAPÍTULO II

Europa-América, pensamiento sobre Estado, Estado de derecho y Estado constitucional.

Parte 1. Antiguos pensamientos europeos: Estado, Estado de derecho y sus características.

II.1.1.	Platón, “Las leyes”, su pensamiento teórico del orden jurídico.	52
II.1.2.	Sócrates, diálogo Justicia y Estado, escribe Platón. “La República o el Estado”.	58
II.1.3.	Pensamientos duales: Platón y Sócrates. “Epinomis el político. Las leyes”.	63
II.1.4.	Roma imperial, cuna de concepciones políticas.	67
II.1.4.1.	Monarquía absoluta y estatismo.	68
II.1.5.	Teorías: Hobbes, Rousseau, Locke, el Estado.	71
II.1.6.	La función del Estado en la teoría de Kant.	92
II.1.7.	El Federalista, Hamilton, Madison y Jay.	93
II.1.8.	Democracia y la teoría de Alexis de Tocqueville.	95
II.1.9.	Tablas, Características Estado y Estado de derecho: Platón, Sócrates, Roma Imperial, Monoarquía absoluta, Estatismo Hobbes, Rousseau, Locke, Kant, Hamilton, Madison, Jay; y, Tocqueville.	104

Recapitulación.

Parte 2. Estado constitucional.

II.2.1.	Derecho constitucional, origen de la norma imperio.	108
II.2.2.	Alcance de una Constitución.	109
II.2.3.	Totalitarismo constitucional, una visión de Robert Alexy.	109
II.2.4.	Control meta-material de la jurisdicción antigua de los tribunales de control de la Constitución.	111
II.2.5.	Papel de los Tribunales de control constitucional.	111
II.2.6.	Desformalización de la Constitución, ¿nuevo paradigma?	112
II.2.7.	Del Estado de derecho al estado constitucional. Zagrebelsky.	114
II.2.8.	Semejanzas y diferencias: Estados de derecho, constitucional y liberal.	116
II.2.9.	Estado de derecho constitucional, Forsthoff, o estado social de derecho.	117
II.2.10.	Estado absolutista vs Estado moderno. Estado constitucional vs Estado de derecho.	118
II.2.11.	De Estado de derecho a estado judicial.	119
II.2.12.	Peter Häberle, el Estado Constitucional.	120
	a) Estado Constitucional en tiempo y el espacio. b) Estado Constitucional cooperativo. c) Estado constitucional, sus “fuentes” escritas y no escritas. d) Dignidad humana premisa constitucional. e) División de poder, Estado Constitucional. e-1) Parlamento, Presidente, Gobierno, Administración, jurisdicción.	
II.2.12.1.	Derecho constitucional, de cultura a política constitucional.	128
	a) Cultura, el cuarto Elemento del Estado. b) Estado constitucional, sus contenidos esenciales. c) Política constitucional del Estado Constitucional.	
II.2.13.	¿Constitucionalismo mundial?	132
	a) El papel de las Naciones Unidas.	
II.2.14.	¿Hacia un global-constitucionalismo?	137

- a) Mundialización. b) Internacionalización. c) Globalización. d) Incompatible, globalización, democracia y derechos fundamentales. e) ¿Una constitución global?

Recapitulación.

CAPITULO III

Corrupción en el Estado y Estado de derecho.

Parte 1. Corrupción.

III.1.1.	Grietas del Estado. El Estado falla.	146
III.1.2.	La corrupción política: Conceptos y contextos.	149
III.1.2.1.	En busca de confiabilidad institucional.	153
	a) Adecuado uso del derecho administrativo. b) No existen comisiones anticorrupción. c) Mal funcionamiento del poder judicial.	
III.1.3.	Economía política de la corrupción: El caso de América Latina. . .	158
III.1.3.1.	Fisuras en el Estado y corrupción en México.	161
III.1.3.2.	Corrupción: Aspectos jurídicos y éticos del servidor público, causas, consecuencias, soluciones. México falla, sobre la política nada.	163
III.1.3.3.	Servidor público del Estado, México, factores anti-corrupción, por qué no.	167
III.1.3.4.	Avasallador sistema presidencial.	168
III.1.4.	Relación corrupción – democracia-.	171
III.1.5.	Relación corrupción individuo-estado.	171
III.1.6.	Prácticas sanas de la administración pública.	176
III.1.7.	Sistema jurídico v.s. corrupción o sistema jurídico corrupto.	177
III.1.8.	Erosión de la dominación: La descomposición política.	179
III.1.9.	La crisis estatal se mantiene.	181
III.1.10.	Élite política.	182
III.1.11.	Política de cambios en el Estado: Administración pública eficiente a través de la legalidad.	182
III.1.12.	Estado fallido, ineficiencia institucional.	186

- a) Evitar y remediar la ingobernabilidad. b) Nivelación de estados débiles. c) Facto-insurgencias, Latinoamérica-México

Recapitulación.

Parte 2. Estado de derecho.

III.2.1.	El Estado -área- albergue de la problemática contemporánea, de Estado de derecho e imperio de la ley. Sánchez García, en este trabajo 2012.	199
III.2.2.	Estado, su dirección requiere vocación en la política.	202
III.2.3.	Estado, Estado de derecho.	205
III.2.4.	Conceptos: Estado de derecho.	206
	a) Estado de derecho y constitución.	
III.2.5.	Características fácticas del Estado de derecho.	219
III.2.6.	Aspectos capitales del Estado de derecho.	220
III.2.7.	Estado de derecho, ¿se mide?	226
III.2.8.	Macro y Micro-fundamentos del Estado de derecho.	231
III.2.8.1.	Cultura. ¿Otro micro-motivo?	234
III.2.9.	Anhelos al Estado de derecho, o a un imperio por gobierno de la ley.	236
III.2.10.	Características formales conjuntas Estado - Estado de derecho; y elementos mínimos exclusivos del Estado de derecho.	237
III.2.10.1.	Características esenciales para llamar a un Estado, Estado de derecho, una metáfora.	238
III.2.11.	Estado de Derecho Internacional.	240
	a) Reschsstaat, Rule of law, la ONU., no define. b) En busca de argumentos para crear el Estado de derecho internacional. c) El orden internacional nacido del fin de la 2ª. Guerra mundial. d) 1996 ONU., primera vez se emplea el termino Estado de derecho. e) Noción y definición de Estado de derecho internacional. f) El sentido formal del Estado de derecho internacional. g) ONU., rompe el Estado de derecho bajo	

argumentos absurdos. h) Lo sustantivo del Estado de derecho internacional. i) Geo-conceptos, -Estado de derecho- desde el régimen de cada país.

Recapitulación.

CAPITULO IV.

Conceptos y desacuerdos de Estado de derecho, Gobierno de la ley, mando o imperio de la ley.

Parte 1. El concepto de Estado de derecho en los estudios legales contemporáneos.

IV.1.1.	Estado de derecho en los estudios contemporáneos.	255
IV.1.1.1.	La credibilidad del mandatario y su relación con la legitimidad y la legalidad.	258
IV.1.2.	Estado de derecho, su discusión a finales del siglo XX y primera década del XXI.	259
IV.1.3.	Estado de derecho, tabla para una distinción inmediata por autor y su concepto.	262
IV.1.4.	Estado de derecho, falta de acuerdo de lo que significa.	264
IV.1.4.1.	Estado de derecho: Tabla de conceptos y desacuerdos. . .	267
IV.1.5.	Estado de derecho, gobierno de la ley (Sánchez García en este trabajo) con relación a Ríos-Figueroa y Staton, Moller y Skaaning, Ryan Carlin, Tamanaha, Pasquale Pasquino.	271
IV.1.6.	Una definición de Estado de derecho.	272
IV.1.7.	Estado de derecho, Sánchez García, en este trabajo, 2012. . . .	273

Recapitulación.

Parte 2. Gobierno de la ley, un concepto nuevo.

¿Qué significa el gobierno de la ley en los estudios legales contemporáneos?

IV.2.1.	Ley, ley positiva, ley vigente.	279
IV.2.2.	La cara de la ley: De aristocracia a movimientos sociales.	280
IV.2.3.	Importancia de la ley en la sociedad.	287
IV.2.3.1.	La Regla de la Ley.	289
IV.2.4.	Que significa el imperio de la ley?	292

	a) Estado de derecho en la democracia. b) Estado de derecho en la monarquía. c) Anarquía en la democracia.	
IV.2.5.	Una definición de imperio de la ley.	297
IV.2.6.	Características del imperio de la ley como gobierno.	299
IV.2.7.	Multi-concepciones del Estado de derecho.	300
IV.2.8.	Imperio de la ley, Sánchez García, en este trabajo 2012.	309
IV.2.9.	Una definición de gobierno de la ley.	310
IV.2.10.	Gobierno de la ley, Sánchez García, en este trabajo 2012.	310
IV.2.11.	Estado de derecho, Imperio de la ley y Gobierno de la ley su -Als ob- o el -como si- fueran “materia”.	312
IV.2.12.	<i>El lenguaje, creador de la verdad?</i>	313
	<i>a) Verdad desde -naturaleza-realidad-. b) Verdad es histórica en el proceso judicial. c) La verdad no se descubre, se construye. d) El lenguaje, creador de la norma. e) Retórica racionalista. f) Construcción del enunciado legal.</i>	
IV.2.13.	Elementos individualizados. Estado, Estado de derecho, Imperio de la Ley, Gobierno de la Ley; características teológicas superadas necesarias para llamar a un Estado, Estado de derecho; semejanzas universales, Estado de derecho de Platón a Sarsfield.	325
IV.2.14.	Estado de derecho, Imperio de la Ley, Gobierno o mando de la Ley, solo están en la construcción lingüística que nos manifiesta la aparente realidad (la ficción).	327
	Recapitulación.	
	Conclusiones.	333
	Propuesta	334
	Bibliografía.	335

INTRODUCCIÓN

En este trabajo *¿Qué significa el gobierno de la Ley? el Concepto de estado de derecho en los estudios legales contemporáneos*. Encontrará el lector un análisis de lo que es el Estado, el Derecho, el Estado de derecho, desde la antigua Grecia, hasta la fecha; y el replanteamiento de lo que es “*The rule of law*” que si bien significa indistintamente Estado de derecho o Imperio de la Ley, en la tradición lingüística de Europa Continental exceptuamos a las Islas Británicas, estos dos conceptos no pueden ser lo mismo; el primero designa a un Estado regido por leyes y no por mando de hombres; el otro designa algo más profundo; además se encontrará con el concepto poco explorado de Gobierno de la ley, el cual también se llega erróneamente a ver como de Estado de derecho o Imperio de la ley; y el concepto de Regla de la ley y el de Estado –área-, y buscamos dar un rostro o cara a la ley en el Estado –área-

El objetivo de este trabajo es la aportación jurídica de nuevos paradigmas de la conceptualización en los estudios socio-legales-contemporáneos de Imperio de la ley, (o un en inglés “*Domain of law*”, ya que el termino imperio de la ley subraya más que el de Estado de derecho), Gobierno de la ley, Regla de la ley y Estado –área-; el primero no como Estado de derecho, sino que significa que la ley está por encima de cualquier gobernabilidad, que las normas deben ser expresión de la voluntad popular y deben someterse a ella gobernantes y gobernados; y la forma en que se debe aplicar las leyes mediante el Gobierno de la ley, que expresa el orden del mando de como aplicarse las leyes en su orden de jerarquías, ya que la “*ley*” en si misma es el “*que hacer*” en la sociedad para los hombres y el *Gobierno de la ley* es el “*como*” se pone en marcha ese “*que*” de la ley, ya que no se puede usar una ley a voluntad del gobernante ni ciudadano sino a razón de cumplir ciertos supuestos de, y para su aplicación; en tanto que la Regla de la ley, es la razón que sirve de medida para ajustarse las acciones de gobierno o ciudadano al mandato de la ley para poder invocarla en su beneficio; y como todo esto acontece dentro del Estado se re-formula su concepción como Estado –área-, que es el modelo polifórmico delimitado por las fronteras que el hombre le da y en el se rigen por la ley que inventan; además

proponemos un paradigma de neo-visión del rostro, la *cara de la ley*, la cual se muestra desde la concepción del tipo de régimen en que se crea.

Se podrá advertir por el lector que “*The rule of law*” en cualquiera que sea su interpretación, *Estado de derecho*, *Imperio de la Ley*, o “*Domain of law*” o en las aportaciones que realizamos Gobierno de la Ley, la Regla de la ley, el Estado –área- o el Rostro de la ley, son construcciones de nuevos paradigmas mediante el lenguaje legal que se emplea en boga en los estudios-socio-legales-contemporáneos y que el lenguaje es la materialización del derecho; esto es, si lo digo existe y si no existe; con este léxico se pretende ante la comunidad poner nuevos paradigmas en marcha, con la construcción de un nuevo lenguaje ya que finalmente “*The rule of law*” es construcción lingüística europea. Como ahora “*Domain of law*” es construcción lingüística de mi nuevo paradigma al traducir del castellano al inglés Imperio de la ley, para dejar comprender que el termino “*Imperio de la ley*” subraya más que el de “*The rule of law*”.

Verá el lector como estos conceptos se van engrosando y adelgazando con el tiempo ya que dependiendo de la formación, región cultural, geográfica y estudios del discursante es como se pueden crear nuevos modelos que derroten a los ya existentes o que complementen un sistema; y no solo eso, sino que Estado de derecho tiene una serie de factores que para describir sus fisuras refieren a corrupción, política, diálogos y para justificarlo se crean paradigmas que soporten las descalificaciones o las justifican, por ello es también objetivo generar un nuevo léxico que permita la puesta en marcha de la ley entendida como Imperio en mando, su Gobierno o forma de aplicarse para no evadirla; su regla como razones de su aplicación dentro de un polígono o área y tener más o al menos mejores mecanismos contra el anti Gobierno de ley o corrupción.

Lo anterior se plantea ante la discimboldad de significaciones en los estudios socio-legales-contemporáneos de lo que no solo ha significado desde las fuentes clásicas la palabra *Estado*, sino también *derecho*, su aglutinación de ambas en *Estado de Derecho* y ahora acrecentamos una nueva propuesta la de *el significado de* Gobierno de la ley en los Estudios legales contemporáneos, que nos llevo a considerar la existencia de imperio de la ley como ente, distinto a Estado de derecho,

de ahí a re-analizar la Regla de la ley su lugar exacto de aplicación en ¿Qué área?, y darle rostro a la ley; de ello que la tesis es extensa puesto que las implicaciones que generaron el estudio de las fuentes clásicas griegas hasta las contemporáneas sobre Estado, Derecho, Ley, Gobernantes-gobernados, corrupción, la eterna reforma política del Estado, produjeron como resultado este trabajo; el cual no puede comprenderse si al lector no se le permite una breve visita por las concepciones desde Grecia hasta los contemporáneos.

En efecto en cuanto a Estado para **Sócrates**, era la ley de mayúscula importancia; para Platón, la ley justa auto explicativa; para ambos la ley se auxilia del arte de la palabra; en el Imperio **Romano** la justicia es la razón de ser del derecho; a Maquiavelo se atribuye el término “*Estado*”; antes a él se utilizaban las palabras *polis, civitas, regnum, imperium, república* que designaban estructuras sociales y políticas no englobadas en el concepto “*moderno*” de Estado; para **Hobbes, Rousseau, Locke, Kant y Tocqueville**, era ley de igualdad, libertades individuales; ley con base en la razón y no en el hombre; gobierno sin fuerza avasalladora y división de poder, cada uno autónomos en sus decisiones; para **Hamilton, Madison y Jay** era división de poderes, derechos fundamentales al ciudadano, Poder Judicial independiente y una constitución; para **Tocqueville**, era poder separado, ciudadanos y no súbditos; una constitución por sobre todos; para **Duguit**, era sociedad humana en que existe una autoridad.

En cuanto a derecho, a lo largo de la historia no se ha generado una definición unívoca del concepto; contemporáneamente tiene un significado muy controvertido pero asociado a la conducta del hombre en sociedad como reglas para su comportamiento; para **Recasens Siches**, tiene como fin satisfacer conflictos de interés entre distintos actores sociales; **García Máynez**, es la determinación de carácter normativo que impone deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones; **Carnelutti**, es el ordenamiento imperativo a la sociedad, combinación del deber y el poder que dan lugar al mandato; **Sánchez Bringas**, es actividad científica; nace de la conjunción de diversos fenómenos sociales y regula la conducta de los hombres en sociedad; **Santiago Nino**, lo vincula a la política *que incide en las razones de conducta, depende del consenso alcanzado*

a través del proceso democrático; **Tamayo y Salmorán**, en “La Ciencia del Derecho y la Formación del Ideal Político”, dice que la razón de ser del derecho es la justicia; y, en “Razonamiento y Argumentación Jurídica”, que es un discurso, un lenguaje; **Kelsen**, es in-subjetivismo; **H. L. A. Hart** son reglas con validez moral y jurídica; **Dworkin**, es un concepto interpretativo humano (subjetivo); **Joseph Raz**, es el marco general dentro del cual ocurre la vida social; **Carlos Nino**, es la expresión “no prohibido”; **Hohfeld**, es un significado incierto.

Además se ha generado teorías como la **iusnaturalista**, que se funda en la naturaleza humana; **Positivista**, surge en oposición a la anterior; **Sociologista** lo estudia como lenguaje social; **Científica**, lo analiza mediante el conocimiento universal; **Fáctica** lo ve como fenómeno de la realidad social; **Normativa** prescriben la conducta social; **Valorativa** es valor de otros valores; **Tridimensional**, son el hecho social, el valor y la norma.

Estado y Derecho en la concepción *Estado de Derecho* en palabras de Robert Von Mohl, es gobierno fundado y soportado en la ley no en *el hombre*;

Contemporáneamente el concepto ha dado mucho de que hablar, para **Ríos-Figueroa y Staton**, lo constituyen independencia judicial; y equilibrio de poderes. **Ryan Carlin** es ideal en retiraada vinculado a riqueza y conceptualizado en instituciones. **Rodolfo Sarsfield**. ¿por qué habría que respetar la ley si la corrupción es más barata?; el *juego de soborno*. **Marcelo Bergman** es puro juego de coordinación un equilibrio social. **Tamanaha**, es legalidad formal. **Pasquale Pasquino**, un poder judicial independiente, y la dimensión formal del gobierno legal, las leyes no son más que palabras. **Belton**, igualdad ante la ley, formalidad, orden y derechos humanos. **Rawls**, igualdad como sub-componente de la legalidad formal. **Sánchez Cuenca**, la ley es general, pública, consistente y prospectiva. **Gallie; Collier, Hidalgo; Maciuceanu y Waldron**, es un concepto controvertido. **Capelleti; Ferejohn; Russell; Guarnieri; Przeworski y Maravall**, su base la rendición de cuentas. **Skaaning**, hay desacuerdo en cómo definir, medir, y estudiarlo. **McCubbins; Rodríguez y Weingast**, académicos y legisladores buscan unir esfuerzos en el tema. **Shklar y Rodrik**, que el ciudadano no sufra inseguridad, discriminaciones, y temor a la violencia. **Samuels; North; Wallisy; Weingast;**

Haggard y Tiede; es la seguridad de la persona. **Moller y Skaaning**, no es medible; estudiosos no convergen en un concepto susceptible de puesta en marcha. **Bollen; Paxton; Munck y Verkuilen**, la falta de acuerdo sobre qué es no para esfuerzos de su medición. **Barros y Joireman**, a nivel macro es el factor riqueza. **Hayo y Voigt**, es el factor religión. **Hoff; Stiglitz; Sandholz y Taagaperaes** es el factor pasado comunista. **Hayo y Voigt; y, Hansson y Olsson**, es el factor fragmentación étnica. **Blake y Martin**, es el factor tradición legal o legado colonial. **The Economist**; académicos, políticos y organizaciones internacionales es el pedestal de las últimas décadas. **Carlin**, no es alineable a combinaciones de múltiples dimensiones de la ley. **Trebilcock y Daniels**, es una definición universalmente aceptada. **Ríos-Figueroa; Staton**, es independencia judicial y equilibrio de poderes. **Ríos-Figueroa y Staton vs. Shklar**, no aceptan las dimensiones, institucionales, individuales y sociales. **Fukuyama**, es regla de la ley. **Bingham**, es legalidad formal. **Bergman**, es más que tribunales y Poder Judicial.

En cuanto Imperio de la ley como tal, sólo **Albert V. Dicey** dice que cuando hablamos del *Imperio de la ley* como una característica de Inglaterra, se entiende que ningún hombre está por encima de la ley, todo hombre, cualquiera que sea su rango o condición, está sujeto a la ley.

Dentro del Estado también se lo conceptualiza en **constitucional**, es el principio del gobierno de las leyes; **liberal** otorgar derechos a los ciudadanos y separa los poderes; **Absolutista**, control total sobre la vida colectiva; **moderno**, hay leyes y mandatos; **Estado de derecho**, la ley es el criterio supremo, nadie, nada por arriba de ella (*utopía*). Autoridades y sociedad se rigen, permanecen y están sometidas a la ley.

Pero los factores que dañan al Estado son la **Corrupción**, en que corruptor y corrupto intercambian bienes de los cuales son depositarios; esto genera grietas al Estado; su origen va desde cultura, tradición, salarios bajos, exceso de leyes imperfectas o de lenguaje ambiguo; falta de transparencia, impunidad, cohecho, “mordida,” “mochada y la ”*Reforma política que sigue y sigue*”, frente a esto existen los **factores anti- corrupción**, como imparcialidad, independencia, cumplir las leyes, confiabilidad institucional, adecuado uso del derecho administrativo,

comisiones anticorrupción y un buen funcionamiento del poder judicial; pero todo es simplemente un discurso un lenguaje.

CAPÍTULO I.

Derecho, derechos fundamentales.

Parte 1. Derecho.

I.1.1. Derecho.

A lo largo de la historia no se ha generado una definición unívoca del concepto “*derecho*”. Es, más bien, en palabras de Gallie, (1954) un concepto controvertido. La revisión de la literatura en teoría del derecho muestra un abanico de definiciones. Para:

a) Luis Recasens Siches, el derecho tiene como fin satisfacer conflictos de interés entre distintos actores sociales; por ello, forzosamente impone soluciones a través de su mandato y no admite rebeldía. No obstante, que el derecho sea dictado por el Estado no significa que sea siempre elaborado por éste; también lo puede elaborar la sociedad (*normas consuetudinarias*) y/o actores particulares (*mediante la presión, los acuerdos o el consenso*), los cuales son aceptados como derecho por el Estado¹.

b) Eduardo García Máynez, considera que el derecho es la determinación de carácter normativo o enunciativo de los preceptos que refieren a la actividad humana; que son normas bilaterales que imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones².

c) Francesco Carnelutti, refiere que el derecho es el ordenamiento imperativo a la sociedad humana; es la combinación del deber y del poder que, al ser combinados, dan lugar al mandato³.

d) Enrique Sánchez Bringas, lo define como una actividad científica, ciencia que constituye un orden normativo específico de un Estado que nace de la conjunción de diversos fenómenos sociales y que regula las conductas de los hombres en sociedad⁴.

¹ RECASENS, SICHES, Luis. “*Tratado General de Sociología*”, 21ª ed., Ed., Porrúa, México, 1989, p. 586.

² GARCÍA, MÁYNEZ, Eduardo. “*Introducción al Estudio del Derecho*”, 7ª ed. Ed. Porrúa, México, 1956, pp. 15 a 17.

³ CARNELUTTI, Francesco. “*Derecho Procesal Civil y Penal*”, Ed. Pedagógica Iberoamericana, clásicos del Derecho, México, 1994, pp.11 y 12.

⁴ SÁNCHEZ, BRINGAS, Enrique. “*Derecho Constitucional*”, 7ª ed., Ed., Porrúa, México, 2002, pp. 20, 21, 22 y 42.

e) **Rafael de Pina**, señala que el derecho, es considerado como el conjunto de normas que regulan la conducta humana; el derecho es, en ese sentido, distinto a la moral porque ésta no es obligatoria, ni es ley escrita⁵.

Destacando la relación entre derecho y política, **Carlos Santiago Nino** sostiene que aquel “*aparece así como un fenómeno politizado, ya que su incidencia en las razones de conducta y en la transformación de materiales jurídicos en proposiciones normativas dependen del consenso alcanzado a través del proceso democrático*”. El derecho es alimentado y reformado por los procesos políticos. Pero tal relación con la política no reside sólo en su origen, sino también en las consecuencias que genera⁶.

f) **Rolando Tamayo y Salmorán**, establece que tanto el derecho como la justicia van íntimamente relacionadas al razonar que la idea persistente es que la razón de ser del derecho es la justicia; *iustitia est intrinseca iuris*. En un sentido abstracto *iustitia* constituye el conjunto de principios y criterios que se aplica a la creación de la legislación positiva. En un sentido concreto, *iustitia* se refiere a la aplicación del derecho⁷.

Tamayo y Salmorán, también define al derecho en su libro “*Razonamiento y Argumentación Jurídica*”, exponiendo:

¿Cómo se conoce el derecho? El derecho se compone básicamente de textos; es un discurso, un lenguaje; la formulación (argumentación) en un lenguaje es condición de existencia del derecho. Pero aquí surge una nueva pregunta: ¿cómo se conoce un lenguaje? La respuesta es sencilla: “conoce un lenguaje quien sabe qué dice”. Quien sabe qué dice, puede hacer una “lectura” de sus signos y sus fonemas. Se dice de una persona que sabe griego (o cualquier otra lengua), entiende griego, esto es, sí entiende los signos y fonemas de ese lenguaje. Un hombre que sabe griego puede decir lo que está dicho en griego⁸. Así, un hombre puede decir que dice el derecho si sabe derecho.

Después de analizar los dos conceptos de Tamayo y Salmoran podemos definir que para el autor, el derecho es el lenguaje mediante el cual se llega a una justicia

⁵ DE PINA, VARA, Rafael. “*Diccionario de Derecho*”, 37ª ed., Ed., Porrúa, México, 2008, p.28.

⁶ RODRÍGUEZ, ZEPEDA, Jesús. “*Estado de derecho y Democracia*”. Ed., Instituto Federal Electoral, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Jurídica, México, 1996, p. 45.

⁷ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “*La Ciencia del Derecho y la Formación del Ideal Político*”, Ed., UNAM., México, 1989, p. 104.

⁸ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “*Razonamiento y Argumentación Jurídica*”, Ed., UNAM., México, 2004, p. 95.

humana, que constituye el conjunto de principios y criterios utilizados en la creación de la norma.

El derecho está integrado por el conjunto de normas que regulan la conducta de los habitantes en una circunscripción territorial delimitada. Así, el derecho es un conjunto normativo de aplicación relativa que pretende regular un territorio. Si esto se logra, tenemos un Estado territorial donde interiormente opera un Estado de derecho mediante el gobierno efectivo de la ley y no el del gobierno del hombre.

El derecho ha generado tantas investigaciones sobre lo que él en si mismo es, que los Romanos para estudiar el Derecho Griego, al advertir que no era una ciencia, crearon una forma de estudiarlo mediante la jurisprudencia. El estudio de la jurisprudencia se funda sobre la experiencia de proposiciones normativas jurídicas, encaminadas a la comprensión de su significado y a la construcción del sistema jurídico. En ese sentido, el derecho es objeto de estudio que transforma los sistemas jurídicos en los pueblos.

Para este trabajo, el derecho se constituye en narrativa de prohibiciones o permisos de hechos; es descripción de lo que se puede y no hacer en una comunidad; es voz de mando que dice que se hace y que no; nace del disenso en discusión entre grupos de diversas clases sociales pasando a ser un consenso vinculante o coercitivo; es búsqueda de solución a todos los conflictos.

El derecho se apoya en la identificación de relaciones entre acciones y consecuencias como principios generalizadores emanados de casos similares y enfocados a un mismo fin: Procesar y solucionar conflictos entre individuos y grupos sociales; a mayor amplitud, pretende además solucionar conflictos inter-naciones.

El derecho es el encargado de cristalizar en prescripciones llamadas normas de carácter vinculante, es decir, el derecho se hace obligatorio para todo integrante de una comunidad. El derecho proviene de la forma de ser de los pueblos: Nace pues, de los hechos sociales que han forjado y marcado a esas comunidades a partir de condiciones propias de sus áreas geográficas, bienes naturales y sociales.

Un problema fundamental para el derecho deriva no de lo que el derecho prohíbe o permite sino de lo que no quiere la comunidad que prohíba o permita; es decir, si es más costoso para la sociedad en lo individual pagar una multa, en lo

colectivo se hace evidente que es más barato corromper; esto es ofrecer soborno para trastocar a la autoridad encargada de aplicar la ley para que la autoridad ignore su aplicación.

La palabra derecho es un término que utilizamos con frecuencia en nuestra vida cotidiana para referirnos a lo que se hace en un sentido recto, de acuerdo con lo establecido. No es extraño, por ello, que cuando lo usamos en relación con la conducta de los hombres en sociedad, casi de inmediato lo asociemos con la idea de un comportamiento razonable y sujeto a reglas.

La complejidad de definir al derecho está en que le podemos dar cuantas características creamos son las mejores desde nuestro punto de vista.

Podemos decir que es un conjunto de órdenes normativas, que tienen la finalidad de regular la conducta y la convivencia humana en sociedad. Está compuesto además de deberes y obligaciones, de libertades y prohibiciones que se tienen que cumplir para un mejor desarrollo individual y colectivo.

Ya hemos dado una serie de definiciones de autores, ahora daremos de conceptualizaciones de autores contemporáneos sobre Derecho.

g) Kelsen, expone en su *“Teoría Pura del Derecho”*, que es netamente positivista, libera al derecho de toda clase de subjetivismos. Afirma que al derecho sólo le importa el acontecimiento fáctico considerado jurídico, no actos sensiblemente perceptibles (causas y efectos). Expone la importancia de que al frente de todo orden jurídico esté la norma fundamental, que representa la razón de validez de todas las normas que pertenecen a él.

h) H. L. A. Hart,⁹ refiere lo *“que no es el derecho”* para de allí inferir que sí es el concepto del derecho; refiere que el derecho esta compuesto por diversos tipos de reglas (primarias y secundarias), con validez moral y jurídica.

i) Dworkin, define al derecho como un concepto interpretativo¹⁰. En su obra *“El Imperio de la Justicia”*, al plantearse el interrogante sobre que es el derecho, lo asocia a un criterio humano (subjetivo) que siempre está presente en su definición y contenido.

⁹ HART, H. L. A. *“The concept of Law”*. Ed. Oxford, 1961. Versión en Español. Genaro. R. Carrión, *“El Concepto del Derecho”*, Buenos Aires, Abeledo. Perrot. 1962.

¹⁰ RIBEIRO, TORAL, Gerardo. *“Teoría de la Argumentación Jurídica”*. Ed., Plaza y Valdez, México, 2003, p. 185.

j) Joseph Raz,¹¹ sostiene que el derecho proporciona el marco general dentro del cual ocurre la vida social. Asimismo el derecho –afirma- es un sistema para guiar el comportamiento y resolver las disputas, pretendiendo siempre autoridad sobre las partes.

k) Carlos Nino, delimita diversos conceptos de derecho, entre ellos el de derecho subjetivo; en este tema, siguiendo a Kelsen y Von, hace referencia a varios significados del término, entendiendo incluso la expresión “*derecho subjetivo*” como equivalente a la expresión de “*no prohibido*”¹².

l) Hohfeld, vio la tendencia a confundir o mezclar los conceptos no jurídicos con los jurídicos. Ésta ambigüedad y falta de precisión de la terminología jurídica en un problema. La tendencia a mezclar conceptos obedece a dos razones fundamentales: la primera, a la semejanza y proximidad entre las relaciones físicas o psíquicas y las jurídicas en determinadas circunstancias; la segunda, refiere a la ambigüedad o falta de precisión de la terminología jurídica. La multitud de términos, se debe, al significado incierto del derecho¹³.

Desde la perspectiva de Tamayo, el derecho, en razón a su abundante literatura, ha oscurecido su descripción al convertirlo en expresión de sentimientos, emociones, virtudes, valores o idearios inaccesibles; de ahí la confusión de algunos autores máxime si no son letrados. En ese sentido, Tamayo afirma que para la profesión jurídica desde tiempos clásicos la descripción del derecho ha sido clara; afirma categóricamente que desde los romanos se dijo que para conocer el *Ius*, hay que decirlo “*Ius Dicere*” que es decir el derecho; “*Iuris Dictio*” es el acto específico en que ciertos individuos lo declaran; “*Iu-dex*” es la persona que lo dice; y la condición de la existencia del derecho es su declaración.

I.1.1.1. Las teorías del derecho.

Iusnaturalista. El derecho surge de la naturaleza del hombre, nace de la conciencia de los individuos. Todo ordenamiento jurídico nace y se funda en la naturaleza humana.

¹¹ RAZ, Joseph. “*La Autoridad del Derecho*”, Ed. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1985.

¹² RODRÍGUEZ, ZEPEDA, Jesús, *Estado de Derecho y Democracia*, Op. Cit., nota n°. 6, p. 45.

¹³ Hohfeld, W.N. “*Conceptos Jurídicos Fundamentales*”. Biblioteca de Ética, filosofía y Política, 1995, México, p. 32

En esta teoría podemos distinguir cuatro momentos: 1. Derecho natural antiguo: Sócrates, Platón, Aristóteles; Escuela Estoica, a la que pertenecen Cicerón y Séneca; en ésta tradición no se habla de un concepto de derecho, sino de naturaleza y naturaleza humana, ésta última de donde emana la dignidad del hombre. 2. *Derecho natural cristiano*: Siglo I a XVI; incluyendo dos periodos filosóficos: 1. La Patrística, sobresalen los padres de la iglesia San Agustín, San Isidoro de Sevilla, San Gregorio de Niza y San Juan Crisóstomo. Parte del principio según el cual el mundo es creado de la nada por la voluntad de Dios; el derecho proviene de la divinidad de Dios; y el hombre lo ha conocido por medio de la revelación; y, 2. La Escolástica en la que destaca Santo Tomas de Aquino y los filósofos tomistas. Esta escuela señala que el concepto de persona implica dignidad, la cuál entraña una serie de derechos sujetos a una ley eterna que es la razón de la divinidad como directriz de todos los actos que dirigen al hombre y al universo. 3. *Derecho Natural Clásico o Racionalista* (Siglo XVI a XVIII): Su más amplio desarrollo -*Francia e Inglaterra*- incluye filósofos independientes empiristas y racionalistas como Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu; sus ideas de derecho natural se fundan en la razón humana; y, 4. *Derecho natural posmoderno*: esta perspectiva surge y se consolida durante las últimas décadas. Hay quienes consideran que el posmodernismo emerge en las ultimas dos décadas y quienes consideran que nace a mitad del siglo pasado (XX). Una de las formas que adopta consiste en un neo-iusnaturalismo o nuevo derecho natural, que intenta discutir los fundamentos de la ley.

Teoría Positivista. Surge como oposición al derecho natural. Niega la existencia de todo conocimiento ético. Sus autores no son homogéneos. Da nacimiento al pensamiento del denominado positivismo jurídico. Postula la separación entre el ser y el deber ser del derecho. El derecho se presenta en la sociedad como solución a los problemas y como mecanismo que busca evitar la extralimitación de la conducta humana en sociedad. La reducción de las opciones del comportamiento de los individuos la marca el derecho que nace de las normas, reglas y costumbres creadas por el propio núcleo social.

Dentro del positivismo no hay momentos sino más bien variantes como: 1, el movimiento codificador; 2, la escuela histórica; 3, la jurisprudencia de conceptos; 4,

la jurisprudencia de intereses; 5, utilitarismo jurídico; 6, la jurisprudencia pragmática y analítica; 7, la sociología del derecho; 8, la teoría positiva de Kelsen; 9, la teoría realista de Alf Rolss; 10, la teoría sistematizadora de Alchourron y Bulgyn; 11, el análisis económico del derecho, por citar algunas.

Teoría Sociológica. Dentro del positivismo, las teorías sociológicas nos dicen que el derecho es un lenguaje social que marca los parámetros del comportamiento humano. No obstante y derivado del derecho natural, el individuo tiene un grado de libertad que coarta en el plano social; en el aspecto social, el comportamiento individual resulta restringido: el individuo en su propia esfera. Podrá expresar su comportamiento pero no invadir otra esfera individual o social. El individuo en el plano social debe proceder atendiendo el concepto del derecho. No existe sociedad sin normas que la regulen y no existe individuo en la sociedad que no se ciña a los parámetros establecidos por ésta. En todas las sociedades, los individuos deberán ceñirse a un “*derecho*” establecido.

Teoría Científica. A fines del siglo XVIII rigió en Europa el derecho canónico con una fuerte carga iusnaturalista tomista y con remanentes del derecho civil romano. El objetivo del conocimiento científico era descubrir las leyes inmutables y universales de la naturaleza con la convicción de que el hombre poseía los procedimientos para alcanzar el conocimiento universal, y la razón humana permitía sistematizar, codificar las normas de derecho existentes. A la jurisprudencia se le catalogó de ciencia jurídica, Ésta escuela jurídica fue criticada debido a que el objeto de estudio de la jurisprudencia no era la ley inmutable de la naturaleza sino el derecho positivo, unido al hecho de que la razón no era la única facultad cognoscitiva que utilizaban los juristas y que el método empleado no era el deductivo.

Teoría Fáctica. Se le conoce como la *Dimensión Fáctica del Derecho*; reconoce al derecho como fenómeno social. Bajo esta teoría el fenómeno jurídico es un hecho, un acontecer que se presenta en la realidad social. Sus principales exponentes son:

Bodenheimer. “El Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo”.

Giuseppe Lumia. *“El derecho no es mas que un instrumento de control social, una de las muchas técnicas con las que se realiza el control social y quizá no la mas importante aunque sí ciertamente la más típica”.*

Rudolff Stammler. *“El derecho es la modalidad formal de la voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable”.*

Teoría Normativa, o dimensión normativa. En esta escuela, el fenómeno jurídico se refleja como el conjunto de normas coactivas que prescriben la conducta social. Sus exponentes más importantes son:

Hans Kelsen. *“El derecho es el orden coactivo y soberano de la conducta”.*

Elías Díaz. *“El derecho es un sistema normativo dotado de coacción formalizada e institucionalizada”.*

Teoría Valorativa. El derecho es un valor garantizador de otros valores. Sus exponentes más destacados son:

Giorgio del Vecchio. *“El derecho es la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento”.*

Javier Hervada. *“El arte del derecho es el arte de lo justo”.*

Teoría Tridimensional. Considera la existencia de tres dimensiones de lo jurídico: hecho social, valor y norma jurídica. Sus exponentes centrales son:

Villoro Toranzo. *“El Derecho es un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica”.*

García Máynez. *“El Derecho es un orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas, integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible, son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público”.*

Mario I. Álvarez. *“El Derecho es un sistema normativo de regulación de la conducta social, producido y garantizado coactivamente por el poder político de una autoridad soberana, que facilita y asegura la convivencia o cooperación social, y cuya validez (obligatoriedad) esta condicionada por valores jurídicos y éticos, de los*

cuales es generador y portador, respectivamente, en un momento y lugar histórico determinado”.

I.1.2. Triplicidad objetiva del derecho.

El objeto del derecho en amplio sentido, es regular el comportamiento social y a la vez crear un sistema de orden con estructura sólida para deslegitimar el uso de la violencia de grupos beligerantes que pretenden generar caos o inestabilidad. El objeto del derecho es, así, legitimar al mandatario en el poder como único sujeto autorizado para utilizar la violencia en caso extremo, pero en su caso más ordinario para dirimir las controversias entre los individuos, entre éstos y el Estado y los de éste con aquellos. Así, en palabras de Robert Von Mohl el Estado de derecho, significa generar un gobierno fundado y soportado en la ley y no tener por mandatario un *gobierno del hombre*. La base fundamental del derecho es proteger la libertad, la propiedad, entre otros muchos aspectos. Este tipo de protección para algunos es referente a la protección de derechos civiles del ciudadano o para otros es hablar de respeto a las garantías individuales.

Marshall lo llama derechos civiles, y son los mínimos que debe otorgar todo régimen de gobierno a sus gobernados. En México, se conocen como garantías individuales. Los derechos civiles, según Marshall, son los que sostienen la libertad individual y libertad individual es: libertad personal, de expresión, de opinión y de credo; el derecho a la propiedad, al establecimiento de contratos y el acceso a la justicia. Los derechos civiles son derechos negativos ya que el Estado debe respetarlos y protegerlos. En cuanto a los derechos sociales, el Estado interviene de manera activa buscando igualar las facultades de los individuos para el pleno goce de los derechos civiles y políticos¹⁴.

Existe acuerdo respecto a que la democracia es el tipo de gobierno más acorde con el Estado de derecho (O'Donnell, 2001)¹⁵. Se suele considerar a la democracia como el régimen de gobierno mediante el cual se suele respetar en mayor medida a

¹⁴ ASSIES, Willem, et. al. “*Ciudadanía, Cultura Política y Reforma del Estado en América Latina*”, s-ed., Ed., El Colegio de Michoacán, México, 2002, p. 31.

¹⁵ Hay que señalar que la relación entre Estado de derecho y democracia, contiene tensiones ya que han existido gobiernos autoritarios en los que parece haber habido *Estado de derecho* sin que lo haya habido. (i.e., Chile durante el régimen de Pinochet). Para el primer problema, véase Ferejohn y Pasquino. (2003) Para la segunda cuestión, véase Barros. (2003)

los derechos de los individuos. Y dentro del *Gobierno de la ley* en una democracia, tienen gran cabida los principios generales del Derecho los cuales cumplen funciones importantes al operar como normas jurídicas amplias o estrechas atendiendo a la necesidad y forma en que se usan e invocan y como principios de interpretación y de aplicación de las normas señaladas por el Estado, otorgadas y dentro de los mecanismos para su eficaz protección.

Así que el derecho lleva en sí mismo un triple objeto: 1. Señalar derechos que se llaman materiales, 2. Otorgarlos (virtud a que una cosa es señalarlos y otra entregarlos a su destinatario) y 3. Generar mecanismos para su eficaz protección. A estos últimos se les llama procedimientos. El *Estado de derecho* para *Tamanaha*, busca generar un Gobierno de la ley, frenando el “*gobierno de los hombres*”.

I.1.3. Derechos en sociedad, función e importancia.

El Estado debe tener dos ordenes, uno político que vigile el cumplimiento del otro orden que es el jurídico, de modo tal que exista una interconexión entre estos poderes; el poder político vigilante de que se aplique en el Estado el orden jurídico, y el poder del orden jurídico que limite al poder político para que no cometa excesos. La mejor forma de lograrlo es establecerlo así en la norma de jerarquía máxima.

El llamado *Estado de derecho*, es el que se emiten normas generales apegadas a una norma de rango superior y debe aplicarlas tal cual están ordenadas por el poder público. El Estado de derecho no da respuesta a todos los problemas de una sociedad porque en toda sociedad existen conflictos sociales, económicos, raciales y de muchos más tópicos y resulta imposible legislar sobre todos los conflictos a suscitarse y su solución.

Un gobierno ha de ser *justo* para ser *buen gobierno*; un gobierno de ley ha de tener una ley justa para ser un buen gobierno de ley. Si el gobierno público es injusto, la ley lo será y habrá tensión social entre la ley, el gobierno público y los ciudadanos. Si la ley es justa sin que el gobierno sea seguro puede ser que éste último también sea justo, en cuyo caso no habrá tensión en el trinomio; si la ley es justa pero el gobierno público no, habrá tensión en el trinomio, si el gobierno público

es justo pero la ley no, habrá tensión que culminará con la adecuación de la ley en el sentido social que demande el ente colectivo.

El derecho es importante en una sociedad no solo en cuanto derecho, sino en cuanto aquel brinde correcta solución al conflicto sin que sea más costoso cumplir la ley que desconocerla. Tal vez un ejemplo relevante en este aspecto sea cuando la multa en una ley es excesiva lo que se hace menos costosa a la corrupción para el ciudadano, en cuyo caso hay una tensión grave entre el binomio sociedad-derecho y el Poder público debe tomar en cuenta ello de manera obligada para relajar esa tensión. De modo que el derecho es de gran importancia, pero no solo por ser derecho sino en la medida en que éste maximice la utilidad social y no sea más lesivo que la corrupción misma. Un gobierno público se encuentra entonces obligado a dotar de las mayores igualdades y sin discrecionalidad o arbitrariedad a la sociedad.

Entre los seres humanos hay competencia y conflicto; las personas buscan satisfacer sus deseos ya sea individualmente o a través de grupos o asociaciones. La satisfacción de todos los intereses de todos los seres humanos es imposible, como el Teorema de la Imposibilidad lo mostrara *en 1951 Arrow*. Por ello, hay competencia entre los hombres por sus intereses varios¹⁶. Bajo la anterior concepción *Recasenssicheseana* el Gobierno de la ley no ha de constituir per se o por el solo hecho de ser un Gobierno de Leyes la solventación de todos los conflictos entre intereses, pero sí el que otorgue las justas condiciones de igualdad en la competencia de la búsqueda de las mejores condiciones y oportunidades de la sociedad.

El derecho positivo se aplica a todo derecho existente, a toda forma de derecho dada en la historia. Es en su carácter histórico donde encontramos la condición para decir que la norma existió positivamente, porque su carácter jurídico le devino en base o razón por la que fue creado por un poder competente, a través de un procedimiento apto para la creación de esa norma¹⁷.

¹⁶ RECASENS, SICHES, Luis. "Tratado General de Sociología". Op. Cit., nota n°. 1. p. 584.

¹⁷ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. "Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, tomo D – H". Ed., UNAM., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000, p.1224.

Hablar de derecho positivo es referirse a la existencia real del derecho. Así, un Gobierno de la ley ha de tener un justo, correcto en lo que ordena o en términos del lenguaje de lo que prescribe, es decir, en lo que manda se haga, castigue o apoye; así puede constituirse no solo de normas que ordenan o prohíban, sino que incentiven, estimulen o prevengan.

Buscando evitar conflictos entre intereses dentro de la sociedad o entre la sociedad y el Estado, el derecho positivo obra de la siguiente manera:

a) Clasifica los intereses opuestos en dos categorías. La primera se refiere a aquellos intereses que merecen protección; la segunda, a los intereses que no merecen protección¹⁸.

b) Establece una tabla jerárquica en la que determina cuáles intereses deben tener prioridad o preferencia sobre otros y los esquemas de posible armonización o compromiso entre intereses parcialmente opuestos¹⁹.

c) Define los límites dentro de los cuales esos intereses deben ser conocidos y protegidos, mediante procedimientos jurídicos que sean aplicados congruentemente por la autoridad judicial o administrativa en caso necesario, es decir, en caso de que tales preceptos no sean espontáneamente cumplidos por los sujetos²⁰.

d) Establece y estructura una serie de órganos y funcionarios para: 1. Declarar las normas que servirán como criterio para resolver los conflictos de interés (Poder Legislativo, Poder Reglamentario); 2. Desenvolver y ejecutar las normas (Poder Ejecutivo y Administrativo); y, 3. Dictar normas individualizadas, sentencias y resoluciones en las que se apliquen las reglas generales (Poder Jurisdiccional)²¹.

Tales normas, a su vez, dependen de las necesidades que la gente sienta, de la mayor o menor abundancia de medios naturales o técnicos para la satisfacción de esos deseos, de las creencias o convicciones sociales vigentes sobre lo que es justo, decente y honesto, de la influencia que las ideas y los sentimientos religiosos ejercen sobre tales convicciones, de las tradiciones que existan sobre tales creencias, de la intensidad mayor o menor con que la gente anhela un deseo, o de las aspiraciones

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Ídem.

²¹ Ídem.

colectivas que vayan prendiendo en el mayor ánimo de la gente. En suma, las pautas que se establezcan para la resolución de los conflictos de intereses dependen de una muy variada multitud de factores sociales entre los cuales hay aspectos naturales, espirituales, económicos, de situación y dinamismo colectivo y político. Entre la suma de estos factores hay que distinguir de modo especial aquellos que nacen de determinada realidad social. Tales factores actúan sobre la mente y voluntad de quien hace y aplica el derecho (legislador, funcionario administrativo, entes colectivos y jueces)²².

El derecho vigente es el derecho positivo actual, que está en vigor en ese momento y que debe ser distinguido del derecho que ya no está en vigor aunque haya sido positivo²³.

Finalmente, el derecho eficaz refiere no a lo positivo ni a lo vigente del derecho, sino a cuando el orden jurídico es efectivamente seguido y aplicado. Por ello, un Gobierno de la ley solo puede existir si es seguido y aplicado por la sociedad, en otras palabras si es reconocido y no es más dañino que benéfico.

El Gobierno de la ley al igual que el Gobierno Público, debe entenderse en este trabajo dentro del marco de los estudios legales contemporáneos, como el mando y dirigencia del árbitro en toda pelea, cuya esencia es evitar conflictos entre los individuos que podrían conducir a las sociedades a que actúen como en la ley de la selva. El Gobierno de la ley es, de este modo, la posición encontrada frente a la anarquía; debe ser generador de la vía de las palabras con base en la norma escrita, consuetudinaria o la que se aplique según la costumbre y región geográfica, sin permitir la violencia física.

El derecho en la sociedad puede vérselo, si se quiere, como un instrumento de control; esto es, controla al ente colectivo de modo que su papel es mantener un orden y armonizar las relaciones entre los diferentes grupos o sectores sociales. Debe el derecho ser un elemento de integración y estabilización social. El derecho busca coordinar y vincular más profundamente y de manera más justa a los individuos y al complejo de las relaciones interindividuales.

²² RECASENS, SICHES, Luis. "Tratado General de Sociología". Op. Cit., nota n°. 1, pp. 584 y 585.

²³ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. "Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, tomo D – H". Op. Cit., nota n°. 17, p. 1243.

La libertad pública en cuanto a libertad jurídica es una libertad de primer grado. Estas libertades son las de pensamiento, trabajo, asociación religiosa, entre otras y constituyen la base de la esencia de la libertad humana. En sentido jurídico, las libertades descansan en bases que forman una protección sui géneris, ya que las leyes en que se fundan no pueden ser modificadas o adicionadas en la misma forma que las ordinarias²⁴.

La libertad jurídica que otorga el derecho se encuentra restringida a aquellos casos que el mismo derecho permite. La libertad jurídica constituye para el llamado derecho natural una restricción para el género humano, ya que la concepción de libertad del derecho natural frente al que podemos considerar derecho de sociedad. Por ello las concepciones -derecho natural y derecho positivo- están en pugna en la resolución de conflictos jurídicos.

Uno de los papeles fundamentales del derecho en la sociedad es mantener un determinado orden social y estandarizar el comportamiento que deben seguir los diferentes grupos o sectores de la sociedad. El derecho regula las relaciones interindividuales. De ahí que su función sea coordinar y vincular las interacciones entre los individuos. Es papel del derecho solucionar los conflictos que existan en la sociedad por la vía pacífica, ya sea entre particulares, entre éstos y el Estado, entre diferentes entes del Estado y entre Estados nacionales.

I.1.4 Libertades jurídicas que otorga el derecho.

La libertad pública en cuanto a libertad jurídica es una libertad de primer grado. Estas libertades públicas son las del pensamiento, trabajo, asociación religiosa, entre otras, y constituyen la base de la esencia de la libertad. En sentido jurídico, las libertades descansan en bases que forman una protección sui géneris ya que las leyes en que se fundan no pueden ser modificadas o adicionadas en la misma forma que las leyes ordinarias²⁵.

Por tanto, la libertad jurídica que otorga el derecho es restringida a aquellos casos que el mismo derecho positivo lo permite, e *irrestringida* para el derecho

²⁴ GARCÍA, MÁYNEZ, Eduardo. "Introducción a la Lógica Jurídica". 4ª ed., Ed., Colofón, México, 1996, p. 223.

²⁵ Ídem.

natural que no permite restricción alguna de los valores esenciales del hombre como género, pero que por no ser derecho positivo, no son de tomarse en cuenta para la norma positiva en la resolución de conflictos jurídicos en México.

La expresión “*derecho positivo*” se aplica a todo derecho existente, a toda forma de derecho dada en la historia. Es parte de sí mismo su carácter histórico, lugar en el que encontramos la condición para decir que la norma existió positivamente, porque su carácter jurídico le devino en base o razón a que fue creado por un poder competente, a través de un procedimiento apto para la creación de esa norma²⁶.

El decir “*derecho positivo*” es referir a la existencia real del derecho, que se opone al derecho natural, el cual no está asentado en una ley o norma. El derecho natural refiere a la existencia histórica de ese derecho oponiéndose a la *atemporalidad* e idealidad del derecho²⁷.

El derecho vigente es el derecho positivo actual, que está en vigor en ese momento y que se opone al derecho que ya no está en vigor aunque haya sido positivo²⁸. El derecho eficaz refiere no a lo positivo ni a lo vigente del derecho, sino a lo que en orden jurídico es efectivamente seguido y aplicado. Por ello, el derecho vigente es el derecho positivo actual, presente y eficaz. En otras palabras, el derecho que deja de existir aunque haya sido positivo deja de ser eficaz y por tanto ya no es derecho vigente²⁹.

No hay libertad jurídica que no otorgue una ley, la que en sentido amplio, se entiende como derecho positivo, vigente y eficaz. El derecho en un contexto histórico específico solo sirve como referencia de estudio para conocer las libertades que en ese momento otorgaba. El derecho natural *no otorga* libertades, se entienden nacidas con el hombre e inherentes al género humano.

1.1.5. Derechos Civiles, sociales y políticos. Valores del derecho y principios universales.

Lo que algunos autores como Marshall llaman derechos civiles, son derechos mínimos que debe otorgar todo régimen de gobierno a sus gobernados en México los

²⁶ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. “*Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, tomo D – H*”. *Op. Cit.*, nota n.º., 17, p. 1224.

²⁷ *Ibidem*, p.1228.

²⁸ *Ibidem*, p.1243.

²⁹ *Ibidem*, p.1243.

llamamos garantías individuales, en Estados Unidos derechos civiles. Los derechos civiles según Marshall son los que sostienen la libertad individual y son: libertad personal, de expresión, de opinión y de credo; el derecho a la propiedad, al establecimiento de contratos y a la justicia. Los derechos civiles son derechos negativos, ya que el Estado debe respetarlos y protegerlos; en cuanto a los derechos sociales, el Estado interviene de manera activa, para igualar las facultades de los individuos y garantizar el pleno goce de sus derechos civiles y políticos³⁰.

El derecho a participar en el poder político se ejerce a través del voto o como miembro de un cuerpo investido de autoridad política según Marshall. En América Latina la configuración de éste derecho no es el resultado de un proceso lineal libre de contradicciones, sino por un proceso accidentado³¹.

Los valores en que se sustentan los derechos políticos, civiles y sociales, son orden, igualdad y seguridad jurídica, los cuales se explican a continuación:

El orden en lo jurídico debe entenderse como el sometimiento a un conjunto o sistema de normas que deben ser observadas por los miembros del grupo social, incluidas las autoridades, con el fin de alcanzar la paz y el bienestar social.

La igualdad jurídica significa que el sistema de normas otorga sin exclusión el mismo trato (deberes y derechos) a todas las personas a las que se dirige. En otras palabras, dar trato idéntico a los iguales jurídicamente; es decir, a quienes la norma ubica en la misma posición; y dar trato diferente a los que se encuentren en una situación jurídica distinta. Un ejemplo se da en materia fiscal cuando la tasa impositiva para el pago de impuestos es progresiva; es decir, quienes obtienen mayor ingreso pagan más impuestos.

La seguridad jurídica consiste en la certeza que tiene el individuo de que el ordenamiento jurídico sea aplicado en cualquier situación prevista en la norma jurídica³².

Los Principios mundiales de derecho.

- a) Universales. Todos los seres humanos por virtud de su naturaleza son titulares de derechos humanos sin excepción de ninguna índole. Es decir, no puede

³⁰ ASSIES, Willem. "Ciudadanía, Cultura Política y Reforma del Estado en América Latina". Op. Cit., nota n°. 14, p. 31.

³¹ *Ibidem*, p. 33.

³² CRUZ, GREGG, Angélica, et, al, "Fundamentos de Derecho Positivo Mexicano". Ed., Thomson, México, 2000, p. 41.

excluirse a nadie de su goce por su clase socioeconómica, sexo, raza o etnia, edad, nacionalidad, estado civil, etcétera.

- b) Irrenunciables. Ninguna persona puede rechazar por ningún medio escrito o verbal sus derechos fundamentales. No puede permitir que por convenio, pacto o contrato se limiten o disminuyan sus derechos.
- c) Imprescriptibles. Estos derechos no se pierden con el transcurso del tiempo ya que se inician desde la concepción de la persona y sólo terminan con su muerte.
- d) Inmutables. Los derechos humanos no pueden ser modificados por la ley.
- e) Inalienables. No son susceptibles de transmitirse o negociarse bajo ninguna circunstancia³³.

I.1.6. Orden Jurídico.

El orden jurídico establece y determina los principios o reglas conforme a las cuales un conjunto de normas forman un orden o sistema. Un orden jurídico es la unidad de una pluralidad de normas; el conjunto de normas de cualquier especie que sean, forman un orden y pueden ser consideradas como una unidad, pero debe existir una norma de la cual depende la validez de todas las demás normas de ese orden, la cual recibe el nombre de "*norma fundamental*".

En los órdenes jurídicos modernos la estructura jerárquica está compuesta por varios niveles. Los superiores tienen mayor generalidad que los inferiores, de manera que, la configuración del orden transcurre de la mayor generalidad a la mayor especificidad; las normas más generales son las normas superiores y las normas más individuales son las inferiores.

Los órdenes jurídicos modernos nacionales tienen una constitución legislada o consuetudinaria como norma superior positiva de todas las demás normas positivas del orden jurídico. Esta constitución establece los procesos de creación fundamentales de las normas inferiores, ya sean generales o individuales, según la importancia política de cada una de ellas.

³³ *Ibíd*em, p. 53.

García Máynez señala en su obra *Filosofía del Derecho* que el precepto fundamental del orden jerárquico normativo del derecho mexicano lo formula el artículo 133:

"Esta constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebre y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados".

(Principio de la supremacía constitucional)

El precepto revela que los dos grados superiores de la jerarquía normativa están integrados en nuestro derecho por:

I. 1. La Constitución federal. 2. Las leyes federales y los tratados internacionales.

II. Derecho local: 1. Leyes ordinarias. a) Constituciones locales. b) Leyes ordinarias. 2. Leyes reglamentarias. a) Leyes reglamentarias. b) Leyes municipales; y,

III. Normas individualizadas: a) Sentencias judiciales. b) Resoluciones administrativas. c) Contratos; y, d). Testamentos³⁴.

La tarea del orden jurídico consiste en reconocer, delimitar y proteger eficazmente los intereses reconocidos. Este no termina nunca, está siempre en curso de reelaboración porque los intereses ayer no reconocidos, ejercen presión para ser reconocidos en un mañana; suele suceder con frecuencia que la solución dada por el legislador o el gobierno o los jueces a determinados tipos de conflictos al llevarse a la práctica producen resultados contrarios o no producen el que se quería, lo que obliga a rectificar los criterios antes establecidos³⁵.

I.1.7. *lus; iu-dexs (judex); dictum; potestas gladi (potestas gladio)*

Los juristas, desde la Roma antigua o posiblemente antes, encontraron el origen de las normas jurídicas en su fuente. Rolando Tamayo propone la existencia de "*un criterio de identidad de las normas jurídicas*". En otras palabras, el derecho es un *lus*

³⁴ GARCÍA, MÁYNEZ, Eduardo. *"Introducción a la Lógica Jurídica"*. Op. Cit., nota n°. 24, pp. 51 a 70.

³⁵ RECASENS, SICHES, Luís. *"Tratado General de Sociología"*. Op. Cit., nota n°. 1, p. 585.

est positum es decir “*es establecido*”, “*puesto*”, “*creado*” por legisladores; es, por tanto, **artificial**, invención humana, elaborado por seres humanos, no crece en árboles, no viene con la marea, ni cae con la lluvia, es **creado por actos de voluntad**. Son, por lo tanto, temporales. En esto reside la positividad del derecho. El derecho no es reconocible si sus actos no son realizados, y no existe si no dura en el tiempo³⁶.

El hecho de que exista la palabra ‘derecho’ (o sus equivalentes) en todas las comunidades humanas, presentes e históricas, prueba que el objeto es nombra algo inherente a toda comunidad humana. Entonces y tal como lo dijeron los romanos, ***ubi societas ibi ius***: Donde hay sociedad, hay derecho.

Definición de ‘derecho’: Hay términos (palabras) que se pueden definir ostensiblemente, es decir, basta mostrar el objeto que la palabra nombra; si quiero decir qué significa ‘*mesa*’, sólo la muestro. Pero muchos términos no pueden definirse ostensiblemente, no puedo sacar del bolsillo un “*derecho*” y exhibirlo. Por ello se usa la perífrasis³⁷, es decir, la circunlocución. Por lo tanto, las cosas son la suma de sus predicados (*esférico, líquido*), los predicados son las “*cosas*” y, éstas, sólo son lo que los enunciados dicen que son.

Para los objetos que no pueden definirse ostensiblemente se requiere crear las condiciones para su observación. Rudolf Carnap y Gilbert Ryle las denominaran ‘*disposicionales*’. Piénsese en la conductividad del cobre: Ésta no se ve, solo se ve el cobre o el azúcar disuelto en el agua. Ésta es su disposición, son sus reacciones de identidad.

El derecho no es definible ostensiblemente. Para describirlo es necesario producir las condiciones para su observación. Es así que para que el derecho aparezca, para que sea observable, para que surja, es necesario satisfacer una particular condición: *decirlo*. Esta es la propiedad del derecho: Se vuelve observable si éste es dicho. En otras palabras, el derecho es un *dictum*.

³⁶ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. Artículo. “*El derecho y el problema de su indeterminación*” expuesto en las XIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, celebradas en La Falda, Córdoba, del 7 al 9 de octubre de 1999. que después asentará en su obra “*Razonamiento y Argumentación Jurídica*”, Ed., UNAM., México, 2004.

³⁷ Del griego: *peri/frasij*: ‘*circunlocución*’: Por perífrasis entiendo aquí el conjunto de expresiones que sirven para describir algo que no puede describirse directa u ostensiblemente.

Los juristas romanos se percatan que la expresión *ius* (*derecho en latín arcaico*) era un topónimo usado para indicar el lugar donde éste se pronunciaba. En este sentido sostiene Paulo:³⁸

... "*ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit ... is locus recte ius appellatur*"³⁹.

Ius indica, así, el acto o el lugar donde el *ius* aparece; el lugar del *ius dicere*; el lugar donde se *dice* el derecho; indica el mismísimo acto del pronunciamiento del derecho (*ius reddere*). El derecho es un *dictum*, de ahí, la expresión *iuris-dictio* ('*jurisdicción*'), acto por el cual se dice, se pronuncia (*o se establece*) el derecho; de ahí también *iu-dex* (juez), el que dice el derecho.

De la toponimia de *ius* proviene un uso emergente. *Ius* indica originalmente el lugar donde el derecho se dice y, por extensión, se designa. En concreto, *ius* nombra el pronunciamiento del juez, la resolución judicial; por extensión, el *dictum* (*pronunciamiento*) del *iu-dex* (*juez*); *iura* (*plural de ius*), los pronunciamientos de los *iu-dices* (*los jueces*), Es así como, por extensión (*o posiblemente desde su origen*), *ius* nombra el conjunto de los *dicta* (*pronunciamientos*) en que el derecho se establece. De ahí la expresión *ius reddere* o *ius statuere*⁴⁰.

Si para que el derecho aparezca es necesario decirlo, resulta evidente que el derecho se presenta como un lenguaje (*un tipo peculiar de lenguaje*). De lo anterior se sigue que el derecho tiene como condición de existencia su formulación en lenguaje.

Esto explica la importancia primordial de la *iuris-dictio* en el origen y desarrollo del derecho. Sobre este particular, dice con sobrada razón Rudolf von Ihering (1818-1892): "[E]l origen del derecho no data... sino [a partir] ... de la creación de las

³⁸ Paulus Iulius (c. 160-? d.C.). Célebre jurista romano. Sus obras fueron escritas en las primeras décadas del siglo III. Fue miembro del *consilium principis* bajo Septimio Severo (193-211) y Caracalla (211-217); fue desterrado bajo Heliogábalo (218-222) y *praefectus praetorio* bajo Alejandro Severo (222-235). (Cf.: Berger, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Filadelfia, The American Philosophical Society, 1968, p. 623; Murga, J.L. y Serrano-Vicente, M. "Julio Paulo", en Domingo, Rafael [Ed.] Madrid; Marcial Pons, 2004, pp. 204-208)

³⁹ "... se llama *derecho* el lugar donde el derecho es aplicado, dando el nombre de lo que se hace a donde se hace... ese lugar se denomina correctamente *derecho*".

⁴⁰ La situación era similar en la antigua Grecia. Los griegos llamaban *di/kai* a las decisiones que ponían fin a los conflictos en el ágora, lugar donde se lleva a cabo la *dikaspoli/a* (el enjuiciamiento, *i.e.* el establecimiento del derecho).⁴⁰ El conjunto de las *di/kai* constituye un cuerpo de resoluciones conocidas como *dikaion* ('derecho'). Expresión que cubre en su totalidad la aplicación del derecho en Grecia, constituida esencialmente por la actividad judicial. (Vid.: Calhoun, George Miller, *Introducción the Greek Legal Science*, Aalen, Scientia Verlag, 1967. Reimpresión de la versión de Oxford University Press de 1944)

funciones judiciales... [derecho] y administración de justicia son nociones sinónimas.”⁴¹

Algo existe como derecho dice Tamayo y Salmoran a partir del momento en que éste es pronunciado.

Por ello, el Imperio de la ley es imperio de la palabra –entendiendo por Imperio de la ley un término que subraya más que el de *Estado de derecho* o Gobierno de la ley, ya que “*imperio*” significa que nadie está por arriba de el-; así Imperio de la ley es imperio de la palabra, que seduce o aterra, para hacer o no hacer algo. (*Alejandro Sánchez García en este trabajo*)

Ius no es sólo una palabra sino más bien fórmula; estamos ante el imperio de la palabra, que se evidencia en expresiones en las cuales esta función se manifiesta. La racionalidad práctica es un oficio; era llamada “*Prudentia Iuris*” o la prudencia de decir el IUS. Indica lo que se dice y el lugar donde se dice: Es dice Tamayo y Salmoran toponímica.

Todo acto tiene un autor. En este caso, si la condición de existencia del derecho es que sea dicho, este sólo puede ser dicho por alguien, entonces se necesita un “*dictum*” o un “*fictor*” (*creador*)⁴².

Cuando se invoca el derecho se tiene que acreditar que existe y que se aplica, que está vigente.

Los “*precepta*” decían los romanos que era un tipo de lenguaje que tiene como destinatario a un individuo y tiene como finalidad referirse a la conducta de alguien. Están concebidos para que los individuos hagan u omitan una acción.

El contenido de un precepto es siempre una acción.

El derecho no estudia las conductas humanas, sino estudia el sentido de las conductas humanas (predicados semánticos que estudian la conducta humana)

Toda conducta humana que está constreñida a hacer algo según las leyes de nuestra ciudad, es una obligación. El derecho estudia modalidades normativas de la conducta humana.

⁴¹ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. Artículo. “El derecho y el problema de su indeterminación” expuesto en las XIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social. Op. Cit. Nota n° 36.

⁴² TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. Artículo. “El derecho y el problema de su indeterminación” expuesto en las XIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social. Op. Cit. Nota n° 36.

Es necesaria la existencia de la conducta fáctica para que ésta pueda ser:

- a. *Obligada.*
- b. *Permitida.*
- c. *Prohibida.*

La *potestas gladi* se aplicaba a quien no omitiera alguna conducta o no hiciera algo. La sanción está incluida en la norma jurídica, que son mandatos, y en su estructura está integrada el momento normativo que contiene antecedentes y consecuencias. Se crea un imperativo (paga) y luego se vuelve apostrófico, ya que sola la expresión no sirve de nada y con la parte apostrófica se entiende: *¡si no pagas se te aplica una sanción!*

La lectura del derecho tiene que hacerse mediante una regla “*anancástica*”. Es una forma condicional que nos permite pensar, es una implicación casi categorial. La regla anancástica es una lectura del derecho, no está en la norma jurídica⁴³.

⁴³ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. Artículo. “El derecho y el problema de su indeterminación” expuesto en las XIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social. Op. Cit. Nota n° 36.

Recapitulación.

En esta parte primera del capítulo primero podemos advertir que el concepto derecho no tiene una definición unívoca; se le ve como fin para satisfacer conflictos de interés; o una cuestión normativa sencillamente; o un fenómeno politizado; o íntimamente ligado a la justicia; o que es un discurso prescriptivo especial; para este trabajo, se constituye en narrativa de prohibiciones o permisos de lo que se puede y no hacer en la comunidad; se apoya en la identificación de relaciones entre acciones y consecuencias como principios generalizadores; pero le podemos dar cuantas características creamos son las mejores desde nuestro punto de vista y nunca dejará de ser lenguaje especial.

El derecho ha originado las teorías lusnaturalista, todo ordenamiento jurídico se funda en la naturaleza. Positivista, niega exista el conocimiento ético. Sociológica, derecho es lenguaje social. Científica, la razón humana permite sistematizar y codificar normas. Fáctica, el fenómeno jurídico acontece, es un hecho. Normativa el fenómeno jurídico se refleja como conjunto de normas coactivas que prescriben la conducta social. Valorativa, derecho es valor garantizador de otros valores. Tridimensional, considera la existencia del 1. Hecho social; 2. Valores; y, 3. Normas jurídicas.

Sin que tenga nada que ver con la teoría tridimensional, el derecho es de objetivo triple: 1. Señala derechos materiales. 2. Los otorga; y, 3. Genera procedimientos para su protección. El derecho en sociedad es instrumento multiformico de control del ente multiformico colectivo; su papel, mantener orden y armonizar las relaciones entre grupos o sectores entre éstos y el Estado y entre diferentes entes del Estado y Estados; además otorga libertades públicas de trabajo, pensamiento, asociación, entre otras muchas pero es libertad restringida a los casos que el mismo lo permite.

El derecho es artificial, invención temporal humana, creado por actos de voluntad; no es definible ostensiblemente para describirlo, es necesario producir las condiciones para su observación: La expresión ius (derecho en latín arcaico) es topónimo usado para indicar el lugar donde éste se pronuncia, de ahí ius dicere - lugar donde se dice el derecho-; es un dictum, de ahí, la expresión iuris-dictio -

jurisdicción-, de ahí iu-dex -juez-, que dice el derecho. Ius nombra el conjunto de los dicta –pronunciamientos- en que el derecho se establece.

Para que el derecho aparezca es necesario decirlo por ser un lenguaje por eso se necesita alguien que cree ese lenguaje o sea un dictum o fictor -creador-. La precepta o preceptos son lenguaje que tiene como destinatario al individuo su contenido es siempre una acción; potestas gladi es la -sanción- está incluida en la norma. El derecho no estudia conductas humanas, estudia su sentido de esas conductas, para ello el lenguaje del derecho crea todo lo antes mencionado.

En el subsecuente apartado de este capítulo veremos los derechos fundamentales, las garantías, su relación con la democracia y la comprensión de ésta.

CAPÍTULO I.

Parte 2. Derechos fundamentales.

I.2.1. Derechos fundamentales, 4 tesis.

¿Qué significa que son fundamentales los derechos atribuidos normalmente, pero no sólo y no necesariamente, en las constituciones modernas a los individuos en cuanto personas? Para Ferrajoli significa que estos derechos, sea cual sea su contenido, son universales, en el sentido puramente lógico y no valorativo de la clase de sujetos titulares de los mismos y, por ello, inalienables y no disponibles⁴⁴.

Una definición teórica, puramente formal, de derechos fundamentales se refiere a todos aquellos derechos *subjetivos* que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica. La condición de ser un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, hace referencia al presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas⁴⁵.

En segundo lugar, la nuestra es una definición formal, en el sentido de que prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación. Así, son tutelados como derechos universales, y por consiguiente fundamentales, la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares⁴⁶.

Sin embargo, este carácter formal de nuestra definición no impide identificar en los derechos fundamentales la base de la igualdad jurídica. En efecto, gracias a esto la universalidad expresada por la cuantificación universal de los (tipos de) sujetos que de tales derechos son titulares viene a configurarse como un rasgo estructural de éstos que, como veremos, comporta el carácter inalienable e indisponible de los

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. "Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales". Ed., Trotta, Madrid, 2001, p. 218.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 19.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 20.

intereses sustanciales en que los mismos consisten. De hecho, en la experiencia histórica del constitucionalismo, tales intereses coinciden con las libertades y con las demás necesidades de cuya garantía, conquistada al precio de luchas y revoluciones, dependen la vida, la supervivencia, la igualdad y la dignidad de los seres humanos⁴⁷.

La definición de derechos fundamentales aquí propuesta permite fundar **cuatro tesis**, todas a mi juicio esenciales para una teoría de la democracia constitucional.

La primera remite a la radical diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, concernientes los unos a enteras clases de sujetos y los otros a cada uno de sus titulares con exclusión de todos los demás. En nuestra tradición jurídica, esta diferencia ha permanecido oculta por el uso de una única expresión -derecho subjetivo- para designar situaciones subjetivas heterogéneas entre sí y opuestas en varios aspectos: derechos inclusivos y derechos exclusivos, derechos universales y derechos singulares, derechos indisponibles y derechos disponibles. Esto se explica por las diversas ascendencias teóricas de las dos categorías de derechos, es decir, por la filosofía iusnaturalista y contractualista de los siglos XVII y XVIII en lo que se refiere a los derechos fundamentales, y por la tradición civilista y romanista en lo relativo a los derechos patrimoniales.

La segunda tesis es que los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y, por ello, de la que llamaré dimensión sustancial de la democracia, previa a la dimensión política o formal de ésta, fundada en cambio sobre los poderes de la mayoría. Esta dimensión no es otra cosa que el conjunto de las garantías aseguradas por el paradigma del Estado de derecho, que modelado en los orígenes del Estado moderno sobre la exclusiva tutela de los derechos de libertad y propiedad, puede muy bien ser ampliado –luego del reconocimiento constitucional como derechos de expectativas vitales como la salud, la educación y la subsistencia- también al Estado social, que se ha desarrollado de hecho en este siglo sin las

⁴⁷ *Ibidem*, p. 21.

formas y sin las garantías del Estado de derecho y sólo en las de la mediación política, y hoy, también por esto, en crisis.

La tercera tesis refiere a la actual naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales. Se ha visto cómo nuestra definición proporciona los criterios de una tipología de tales derechos dentro de la que los derechos de ciudadanía forman solamente una subclase. En efecto, las propias constituciones estatales confieren muchos de estos derechos con independencia de la ciudadanía. En particular y, sobre todo, después de la formulación en convenciones internacionales incluidas en las constituciones nacionales o suscritas por los Estados, se han transformado en derechos supraestatales: límites externos y ya no sólo internos a los poderes públicos; y bases normativas de una democracia internacional que muy lejos de ser practicada, es normativamente prefigurada por aquellos.

Thomas Marshall, en su ensayo de 1950 *Citizenship and Social Class*, doctrina más acreditada de los derechos fundamentales, distingue tres clases en el conjunto de tales derechos: los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales, concebidos todos como derechos no de la persona o de la personalidad, sino del ciudadano o de la ciudadanía, estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad⁴⁸.

Gracias a la aprobación de cartas y convenciones internacionales sobre derechos humanos, estos derechos son fundamentales, son supraestatales a los que los Estados están vinculados y subordinados en el plano del derecho internacional; Marshall, identificó con la ciudadanía todo el variado conjunto de derechos fundamentales, en los que distinguió tres clases: los civiles, los políticos y los sociales, todos llamados, indistintamente, derechos de ciudadanía, su tesis ha sido relanzada en los últimos años condicionando todo su catálogo a la ciudadanía con independencia del hecho de que casi todos, exceptuados los derechos políticos y algunos derechos sociales, son atribuidos por el derecho positivo, tanto estatal como internacional, no sólo a los ciudadanos sino a todas las personas.

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *"Derechos y Garantías". La ley del más débil*. 5ª. ed. Ed. Trotta. Madrid, 2006, p. 44.

En todos los ordenamientos evolucionados la ciudadanía viene a ocupar el puesto de la igualdad como categoría básica de la teoría de la justicia y de la democracia, se abandonaba la categoría de la igualdad justo en el momento en que la calidad de persona y la titularidad universal de los derechos habían sido solemnemente reconocidos a todos los seres humanos del planeta, no sólo por las nuevas constituciones estatales de posguerra sino también por la Declaración universal de 1948.

La soberanía, incluso la de los países más fuertes, junto a los límites impuestos a la misma por la estipulación de los derechos, se ha desplazado a sedes supranacionales, caminamos hacia una integración mundial, las interdependencias, los procesos de integración y las presiones migratorias están destinados a aumentar, la desnacionalización de los derechos fundamentales y la correlativa desestatalización de las nacionalidades serán el cambio. Del mismo modo que la igualdad en derechos genera el sentido de la igualdad basada en el respeto del otro como igual, la desigualdad en los derechos genera la imagen del otro como desigual, o sea, inferior en el plano antropológico, precisamente por ser inferior en el plano jurídico, lo que se busca evitar sin conseguirse⁴⁹.

En el derecho moderno, la juridicidad de una norma ya no depende de su justicia o racionalidad intrínsecas, sino sólo de su positividad, o sea, del hecho de ser puesta por una autoridad competente en la forma prevista para su producción.

La primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 55 a 58.

El valor de la Constitución como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos. El cambio de paradigma del derecho producido por la constitucionalización rígida de estos principios, resulta caracterizada por una doble artificialidad: la del ser del derecho y también la de su *deber ser*, es decir, de sus condiciones de «validez», asimismo positivadas con rango constitucional, completar el paradigma positivista y al mismo tiempo el Estado de derecho. Resultan positivizadas mediante normas jurídicas, y también el legislador queda sometido a la ley.

El resultado es una alteración interna del modelo positivista clásico, ha afectado tanto al derecho como a la jurisdicción y a la ciencia del derecho. La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución, ya que no son sino significados normativos⁵⁰.

Garantía constitucional su sustracción a las *formas* de producción establecidas para la legislación ordinaria y la creación, mediante normas de nivel superior, de procedimientos de revisión agravados y, por otro, el sometimiento de las leyes ordinarias al control jurisdiccional de legitimidad constitucional. La garantía constitucional de los derechos reconocidos en la Constitución reside, por consiguiente, en su inviolabilidad por parte de las leyes y, al mismo tiempo, en el sometimiento a ellos del legislador, fue abatido el viejo dogma de la omnipotencia del legislador, absolutista en origen, aunque luego transformado en sentido democrático, y ha sido completado el diseño del Estado de derecho que exige el sometimiento de todos los poderes públicos, incluido el legislativo, a normas no sólo formales, gracias a esta garantía el conjunto de los derechos, se configura como la esfera de lo indecible, es decir, de lo que está prohibido decidir a cualquier mayoría, en garantía de los derechos de libertad, o, al contrario, de lo que está prohibido no decidir para la satisfacción de los derechos sociales.

⁵⁰ *Ibidem*, pp, 65 a 68.

En la lógica del Estado de derecho no existe, ninguna razón para que los derechos fundamentales, cuya estipulación constitucional tiene por objeto proteger al individuo frente a los poderes de la mayoría, no puedan ser violados por una ley aprobada por mayoría simple y puedan serlo, en cambio, por una ley aprobada por una mayoría cualificada.

El proceso de integración mundial, y en especial europea, ha llevado más allá de las fronteras los espacios de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía: en materia militar, de política monetaria y de política social, las decisiones de los organismos comunitarios corren el riesgo de deformar la estructura constitucional de las democracias europeas abriendo espacios para un nuevo poder absoluto.

Este nexo histórico entre Estado y derechos fundamentales es contingente, porque el paradigma garantista del Estado de derecho es aplicable a cualquier ordenamiento. Esta crisis podrá ser superada en sentido progresivo tan sólo si se transfieren a las nuevas sedes políticas y decisionales las sedes de las garantías constitucionales, y se reforma congruentemente todo el sistema de fuentes: reforzando las autonomías locales que garantice su primacía respecto de las estatales; democratizando y sometiendo a nuevos vínculos constitucionales⁵¹.

En el derecho moderno, la juridicidad de una norma ya no depende de su justicia o racionalidad intrínsecas, sino sólo de su positividad, o sea, del hecho de ser puesta por una autoridad competente en la forma prevista para su producción. La primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción,

⁵¹ *Ibidem*, pp. 113 a 116.

sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

El valor de la Constitución como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos. El cambio de paradigma del derecho producido por la constitucionalización rígida de estos principios, resulta caracterizada por una doble artificialidad: la del ser del derecho y también la de su *deber ser*, es decir, de sus condiciones de «validez», asimismo positivadas con rango constitucional, completar el paradigma positivista y al mismo tiempo el Estado de derecho. Resultan positivizadas mediante normas jurídicas, y también el legislador queda sometido a la ley.

El resultado es una alteración interna del modelo positivista clásico, ha afectado tanto al derecho como a la jurisdicción y a la ciencia del derecho. La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución, ya que no son sino significados normativos⁵².

La cuarta tesis, quizá la más importante, tiene que ver con las relaciones entre los derechos y sus garantías. Cómo se afirmaba más arriba, los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibición (de lesión). Convengo en llamar *garantías primarias* a las obligaciones y las prohibiciones, y *garantías secundarias* a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de las garantías primarias. Tanto las obligaciones y las prohibiciones del primer tipo como las obligaciones del segundo, aun estando implicadas lógicamente por el estatuto normativo de los derechos, no sólo son a menudo violadas, sino que a veces no se encuentran ni siquiera normativamente establecidas. Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de distinción, en

⁵² *Ibíd*em, pp. 65 a 68.

virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, lo que configura una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación⁵³.

I.2.2. Derechos fundamentales. Su relación con la democracia política, la ciudadanía y con los derechos patrimoniales.

En cuanto a su relación con la democracia política.

Decir que la política legislativa está subordinada a la constitución no quiere decir que sea meramente ejecutiva. Supone, simplemente, que el proyecto constitucional es vinculante para la política el cuál, aunque diseña un espacio de lo normativamente posible, deja a la legislación amplios márgenes de autonomía.

Pero, sobre todo, el papel de la política se amplía desde el punto de vista externo al ordenamiento. El paradigma constitucional desplaza, de hecho, al espacio privilegiado de la política fuera del derecho, colocándola en las luchas y en las dinámicas sociales y culturales. Así, desde el punto de vista interno (o jurídico), la política queda vinculada con el derecho y, en particular, con el deber constitucional de garantizar los derechos fundamentales positivamente consagrados⁵⁴.

Ante todo, la *propia democracia política* se funda en un tipo específico de derechos fundamentales, esto es, el de los derechos políticos adscritos a todos en cuanto ciudadanos. En segundo lugar, las distintas dimensiones de la democracia son, en el plano teórico, independientes entre sí, en el sentido de que puede existir una democracia formal, es decir, política y/o civil, pero no social e, incluso, ni siquiera liberal. Por otra parte, también puede existir una democracia sustancial, o sea, liberal y/o social, pero no política y acaso ni siquiera civil. El nexo entre las cuatro dimensiones de la democracia generadas por mis cuatro clases de derechos fundamentales se encuentra asegurado por la rigidez constitucional, el que impone el respeto a los límites y los vínculos correlativos a los derechos sustanciales, de libertad y sociales, tanto a la democracia política como a la civil, sin anularlas sino

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. "Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales". Op. Cit. Nota n°. 44, pp. 25 y 26.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 171.

sólo limitándolas, orientándolas y estimulando sus espacios de autonomía que, de otro modo, serían absolutos⁵⁵.

Derechos fundamentales y su relación con la ciudadanía.

En cuanto al disenso entre derechos fundamentales y ciudadanía, puede reconocerse que, en efecto, todos estos derechos -incluso aquellos que en las constituciones nacionales y en las cartas internacionales se adscriben a todas las personas independientemente de su ciudadanía-, están de hecho subordinados por las políticas de exclusión puestas en marcha por nuestras democracias ricas con sus leyes sobre inmigración o la posesión del status de ciudadano⁵⁶.

Naturalmente, la perspectiva de un constitucionalismo mundial es una cuestión de tiempo y grado. Las naciones y sus tradiciones -como sabemos- fueron una invención del siglo pasado, así como también lo fueron los Estados nacionales y sus instituciones jurídicas en su momento. Y no se ve por qué debería ser más improbable la construcción de un sentido común de pertenencia al género humano, en presencia, entre otras cosas, de modelos de democracia y de estructuras institucionales ya ampliamente experimentadas y, al menos, en parte, realizadas.

Más aun, igualdad y garantía de los derechos no son sólo condiciones necesarias, sino lo único que se requiere para la formación de identidades colectivas que quieran fundarse en el valor de la tolerancia, antes que en las recíprocas exclusiones generadas por las identidades étnicas o nacionales, religiosas o lingüísticas. De este modo, reconocer el carácter normativo y, por lo tanto, vinculante, de la subordinación de los Estados significa que los Estados mismos y la comunidad internacional tienen el deber de colmar -en la conciencia de que no existen alternativas al derecho como instrumento de paz- de las garantías que aseguren los derechos⁵⁷.

Derechos fundamentales y su relación con los derechos patrimoniales.

La definición de los derechos patrimoniales -así como las tesis sobre las disimilitudes estructurales entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales-, no es menos formal o más normativa que la definición de los derechos

⁵⁵ *Ibidem*, p. 172.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 174 y 175.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 179 y 180.

fundamentales. Tanto una como la otra prescinden de los contenidos concretos de los derechos de los que se habla y se refieren únicamente a su estructura. En efecto, conforme a ellas serían patrimoniales derechos como la libertad o la vida si fuesen singulares y no universales, disponibles y no indisponibles. Por el contrario, bien podría conjeturarse, no sin alguna dificultad, la configuración de un derecho real, universal e indisponible: es el caso de la asignación a todo ciudadano, en la antigua Esparta, de una parcela de tierra inalienable e inexpropiable. En tal caso, estaríamos en presencia de un derecho fundamental. Universalidad e indisponibilidad -se ha dicho- son sólo las formas a través de las cuales se tutelan determinadas necesidades o intereses convenidos como fundamentales en un ordenamiento determinado, o considerados como tales dentro de una teoría política de la democracia. Sólo en este sentido la definición de derechos fundamentales resulta fecunda en el plano teórico en cuanto pone en evidencia los rasgos estructurales de tales derechos como formas idóneas, exigidas por una teoría jurídica de la democracia, y para la tutela y garantía de necesidades consideradas esenciales⁵⁸.

En resumen: puedo no solicitar la asistencia de un defensor en un proceso penal, pero no puedo obligarme a no solicitarla, ni menos aun a alienar mi derecho a solicitarla. Cualquier acto de esa naturaleza sería, más que inválido, inexistente. Si no lo fuese, entonces tal derecho sería patrimonial. Lo mismo vale para los derechos como los de voto, la integridad personal o la salud. Puedo no votar, pero no obligarme a no votar o alienar mi voto. Puedo realizar actos autolesivos, pero esta facultad no equivale a la de obligarse a cumplirlos. Se puede renunciar, como con el acto con el que formalmente se solicita ser dado de alta de un hospital, contra el parecer de los médicos, pero no obligarme a renunciar a la asistencia sanitaria. En suma, un derecho fundamental, no comporta -cualquiera que sea su ejercicio- una obligación a cargo de su titular sino una obligación para los demás⁵⁹.

Es preciso, por tanto, distinguir entre el ejercicio de un derecho y su titularidad. La indisponibilidad de los derechos fundamentales no se refiere al ejercicio sino a su titularidad, la que no deja de existir con independencia de lo que hagamos o

⁵⁸ *Ibidem*, p. 154.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 162.

queramos. Lo mismo vale para los derechos patrimoniales, cuya disponibilidad se refiere, precisamente, a su titularidad, que bien puede cesar cuando su ejercicio consiste en actos de disposición⁶⁰.

I.2.3. Los Derechos fundamentales según Bockenforde.

Para *Bockenforde*, las disposiciones sobre derechos fundamentales, así como las de otras constituciones actuales de Estado de derecho, constituyen, atendiendo a la literalidad de sus palabras, fórmulas lapidarias y preceptos de principios que carecen en si mismos de un único sentido material. Una teoría de los derechos fundamentales se refiere, en ese sentido, a *“una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales”*. La función de dicha teoría consistiría en integrar la interpretación de los derechos fundamentales en el contexto general de una concepción del Estado y en una determinada teoría de la Constitución⁶¹.

Para *Bockenforde*, el pensamiento valorativo y en especial la filosofía de los valores tienen como finalidad aclarar y guiar la acción moral y libre del individuo. El impulso normativo de los valores y su validez, se dirige al sujeto moral como una invitación a ser aceptados por éste. Por medio de ellos se apela a una evidencia última, a una intuición de los valores, a un sentimiento del valor que no es capaz de ninguna transmisión discursiva y sobre la cual tampoco sabe discutir⁶².

El conocimiento de los valores aparece como irracional, emotivo e intuitivo, sustrayéndose así de todo control, verificación o fundamentación racional⁶³. Para *Bockenforde*, la recepción de la fundamentación axiológica del derecho en la jurisprudencia y en la literatura jurídica abre la puerta, por una parte, al influjo de la concepción valorativa subjetiva del juez, el de la doctrina, y todo aquello que, en el seno del orden jurídico, participan en la formación del derecho y, por otra parte, a la

⁶⁰ *Ibidem*, p. 163.

⁶¹ CRUZ, M. Luis. *“Estudios Sobre el Neoconstitucionalismo”*. Ed., Porrúa, México, 2006, pp. 62 y 63.

⁶² *Ibidem*, p. 64.

⁶³ *Ibidem*, p. 64.

consagración de aquellas concepciones valorativas que predominan efectivamente, o que parecen predominar en un momento dado en la vida de una sociedad⁶⁴.

También los derechos fundamentales -entendidos como derechos subjetivos frente al Estado-, pueden ser caracterizados como valores. Al reconocer la cualidad de valor a los derechos fundamentales, se legitiman -independientemente de la concreta configuración jurídica y normativa de los derechos fundamentales- las propiedades con las que se caracterizan a los mismos, sobre todo su validez universal y abstracta⁶⁵.

I.2.4. Derechos fundamentales como derechos subjetivos y como normas objetivas.

Los derechos fundamentales actúan como un principio de interpretación de todos los preceptos jurídicos, irradiándose sobre todo el ordenamiento jurídico. Este efecto de irradiación de los derechos fundamentales origina tres consecuencias importantes. La primera consiste en la limitación de los contenidos posibles del derecho ordinario. La constitución no determina todo el contenido del derecho ordinario, pero excluye algunos contenidos y exige otros. La segunda consecuencia resulta, precisamente, del modo como se produce la determinación material. La tercera consecuencia se refiere al tipo de apertura del sistema jurídico. Para Alexy, la vigencia de las normas iusfundamentales significa que el sistema jurídico es un sistema abierto a la moral⁶⁶.

Es importante tener en cuenta que estas dos dimensiones no pueden dissociarse. De tal manera, a todo principio objetivo iusfundamental le corresponde un derecho fundamental en la forma de derecho subjetivo. Los derechos fundamentales son, en primer lugar, derechos individuales. La dimensión objetiva de los mismos consiste en un reforzamiento básico de la fuerza de vigencia de su significado primero. Por ello, no puede separarse de su núcleo propiamente dicho en el que el sentido originario pase a un segundo plano. Esto se debe al carácter principal de los

⁶⁴ *Ibidem*, p. 65.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 66.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 83.

derechos fundamentales. En tanto que principios, estos exigen que sean realizados en relación a las posibilidades fácticas y jurídicas en la mayor medida posible.

1.2.5. Derechos fundamentales, sus principios y la problematización en la ponderación.

El principio de proporcionalidad explica lo que significa la optimización con respecto a las posibilidades jurídicas, es decir, en relación con los principios que juegan en sentido contrario. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Por tanto y para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación entre los principios. Dicha ponderación se realiza mediante la ley de ponderación material, que establece lo siguiente:

“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción de otro”.

De acuerdo con esta ley, se pone de manifiesto cómo el peso de los principios no es determinable en sí mismo, sino que siempre debe hablarse tan sólo de pesos relativos⁶⁷.

Los derechos fundamentales exigen que la certeza de las premisas que sustentan la intervención sea mayor cuanto más intensa sea la intervención sobre un derecho. Esta exigencia conduce a una segunda ley de ponderación (ley epistémica de la ponderación):

“Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”⁶⁸.

Los principios fundamentales -según la concepción de Alexy- ordenan que algo deba ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por tanto, no contienen mandato definitivo, sino sólo prima facie, es decir, presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. Tanto la ley material de ponderación como la ley epistémica de ponderación ponen de manifiesto como el orden constitucional de los valores no es

⁶⁷ Ibidem, p. 78.

⁶⁸ Ídem.

un orden duro, completo y cerrado, que establece para cada caso concluyentemente un único resultado, sino más bien es un orden blando, con prioridades prima facie. Asimismo, las dos leyes de ponderación no permiten solucionar todos los problemas que pueden llegar a generarse en virtud de los márgenes de acción⁶⁹.

Para Alexy, el problema de la delimitación de los derechos fundamentales es un problema de optimización. Esto significa que estos derechos tienen que realizarse en la mayor medida posible, fáctica y jurídicamente. Por un lado la posibilidad fáctica depende de cursos de acción alternativos. Así, si no es necesaria la limitación de un derecho fundamental para alcanzar los objetivos del legislador, especialmente si éste cuenta con medios aptos que interfiera menos intensamente con el principio, entonces hay una posibilidad fáctica mayor de realización de derechos y la limitación queda prohibida con el principio que está en la base de dicho derecho⁷⁰. A pesar de esta contribución a la racionalidad práctica -que, a juicio de Alexy, no hay que infravalorar-, es clara la urgencia de una teoría de la argumentación jurídica de mayor alcance.

La *problematicidad de la ponderación* de los derechos fundamentales afecta a todas las direcciones y ámbitos del derecho. Los derechos fundamentales son, en ese sentido, indeterminados en sí mismos tanto en su extensión como en su intensidad. Son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferente grado y cuya medida de cumplimiento debida depende no solo de las posibilidades fácticas sino también de las jurídicas. De ahí que si no se llega a una ponderación, ciertos contenidos de los derechos fundamentales se pueden extender unilateralmente a costa de otros contenidos o frente a otros titulares de derechos fundamentales. Esto implica que deba encontrarse una relación condicionada de preeminencia que sea referida a un caso concreto. Sólo así es posible la utilización del principio de proporcionalidad con el que se pretende alcanzar la compatibilidad a través del equilibrio y la coordinación adecuada de varios e incluso contradictorios principios normativos⁷¹.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 79.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 80 y 81.

⁷¹ *Ibidem*, p. 68.

I.2.6. Forsthoff y Schmitt vs Smend. Crítica a los derechos fundamentales como sistema de valores.

La interpretación de la Constitución como un orden de valores tiene su origen, a juicio de Forsthoff, en la teoría de la integración de Rudolf Smend. El punto de partida de este autor es la concepción del Estado como una entidad dinámica en permanente transformación y renovación, y como un proceso de integración en una comunidad de valores. Los derechos fundamentales se presentan como valores constitutivos determinantes de este proceso, los que fijan los valores fundamentales de la comunidad y norman su sistema cultural, a través del cual los individuos se integran objetivamente como un pueblo⁷².

El Estado no es fenómeno natural que deba ser simplemente constatado, sino *“una realización cultural que como tal realidad de la vida del espíritu es fluida, necesitada continuamente de renovación y desarrollo, puesta continuamente en duda”*. Por ello y para poder captar su dinámica propia, es necesaria una teoría del Estado entendida como ciencia del espíritu que abarque el ámbito cultural y espiritual en el que se despliega.

Desde el punto de vista jurídico, los derechos fundamentales no constituyen ningún sistema como si todos ellos formaran una relación normativa-inmanente, sino que únicamente *“imponen límites al Estado para la protección de determinadas funciones individuales que, bajo presupuestos concretos e históricos que siguen siendo válidos, se presentan dignos de protección en especial medida”*⁷³.

Carl Schmitt apoyó en este punto a Forsthoff en la participación en un debate titulado *“Tugend und Wert in der Staatslehre”*, que tuvo lugar en Ebrach, el 23 de octubre de 1959. Schmitt parte de que los valores no tienen un ser, sino una validez. El valor no es, sino que vale. Ahora bien, a su juicio, el valor implica asimismo un afán muy fuerte de realización. No es real, pero está relacionado con la realidad y está al acecho de su ejecución y cumplimiento. La validez de un valor, por tanto, tiene que ser continuamente autorizada, es decir, hacerse valer, pues si no, se disuelve en vana apariencia. Quien dice valor quiere hacer valerlo e imponerlo. Así,

⁷² *Ibidem*, p. 44.

⁷³ *Ibidem*, p. 46.

mientras que las virtudes se ejercen, las normas se aplican y las órdenes se cumplen, los valores se establecen y se imponen. Y quien firma su validez tiene que hacerlo valer. Esta agresividad es la consecuencia lógica de la estructura subjetiva del valor y se produce continuamente por la realización concreta del valor. Esta problemática de los valores se ha intentado solucionar, a juicio de Schmitt, pretendiendo otorgar un carácter objetivo a los valores⁷⁴.

I.2.7. Los derechos como garantías.

En el orden teórico, sólo podemos decir que si los contenidos de los derechos son vagos e indeterminados, también lo son los de sus garantías primarias. Los derechos y sus garantías serán, por tanto, tan indeterminados como lo sean sus objetos. Tal indeterminación debe señalarse como un defecto del lenguaje constitucional, que mina la certeza del derecho, tornándolo irremediabilmente ambiguo y mera cobertura de soluciones ético-políticas subjetivas⁷⁵.

Por otra parte, también para los derechos fundamentales negativos (*de libertad*) podremos hablar, junto a una prohibición de prohibir, de una obligación de prohibir, ambas a cargo del legislador y la segunda perfectamente simétrica a la obligación de obligar que garantiza los derechos fundamentales positivos. (*Sociales*) También para tales derechos podemos encontrar, junto a las antinomias, lagunas de las respectivas garantías primarias. Ciertamente, tratándose de derechos podremos, en tales casos, deducir la existencia de las respectivas prohibiciones universales: la prohibición de matar, correlativa al derecho a la vida; la prohibición de robar, correlativa al derecho de propiedad; la prohibición de producir daños o lesiones, respecto de cualquier derecho subjetivo. Sin embargo, la ausencia de una legislación penal no comportaría consecuencias distintas a las derivadas de la ausencia de una legislación social de desarrollo de las garantías de los derechos sociales. Tales derechos serían sólo de papel, como también lo serían los respectivos derechos a la vida, a la libertad o a la propiedad. Cuando la violación de las garantías primarias no fueran representadas por las prohibiciones antes enunciadas (*i.e., cuando sus violaciones no fueran*

⁷⁴ *Ibidem*, p. 47.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. "Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales". Op. Cit., nota n°. 44, pp. 181 y 182.

expresamente prohibidas por el código penal como delitos de homicidio, hurto, lesiones o similares), tales garantías no contarían con las condiciones para ser ejercidas. De ahí que todos los derechos fundamentales, sean positivos o negativos, impliquen siempre una obligación del legislador de obligar (*si son positivos*) o de prohibir (*si son negativos*)⁷⁶.

I.2.8. Una definición de democracia y de derecho fundamental.

El punto de partida de la teoría objeto de examen radica en la distinción entre democracia formal y democracia sustancial: la primera se proyecta sobre “*el quién*” y el “*cómo*” se decide, la segunda sobre “*qué*” es lo decidible y lo no decidible.

Los derechos fundamentales forman la base y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello conforman el fundamento de lo que llamaré la dimensión sustancial de la democracia, que es previa a la dimensión política o formal de ésta. Asimismo, consideraré a los poderes de la mayoría. Cómo la dimensión política o formal de la democracia De aquí la connotación sustantiva impresa por los derechos fundamentales al Estado de derecho y a la democracia constitucional.

Todas las discusiones actuales acerca de la democracia política se ven obligadas a afrontar el problema de la tensión entre los dos elementos que coexisten en nuestras democracias constitucionales: de un lado, la presencia de un núcleo de contenidos indisponibles y formulado en términos de derechos fundamentales; por el otro, la adopción de un método de decisión (*en lo que se refiere a las decisiones políticas generales*) basado en la representación y el sufragio universales. Ambos elementos conviven de facto en combinaciones normativas y grados de efectividad variables en todos los ordenamientos occidentales contemporáneos. Podría, por tanto, parecer razonable la propuesta de definir tales ordenamientos sencillamente como democracias, salvo que se distinga dentro de la definición un aspecto formal (*método de decisión*) y otro sustancial. (*Contenido de las decisiones*)⁷⁷

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 189 y 190.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 247.

Ahora bien, de las definiciones se puede abusar, y mi crítica es, justamente, la de un uso desmedido del instrumento definitorio. Trataré de justificar mi acusación en dos pasajes.

En primer lugar, una definición de “*democracia*” que incorporase una referencia a contenidos *-en realidad, a todo un catálogo de derechos civiles, políticos, sociales y de libertad-*, acabaría por alejarse notablemente del significado léxico de la expresión “*democracia*” que, históricamente, siempre ha incorporado una referencia al “*quién*” y al “*cómo*” decidir, por encima del “*qué*” decidir. Se podría, sin embargo, anotar que todas las teorías modernas de la democracia, incluso las que se proyectan más sobre el elemento “*procedimental*”, suelen considerar indispensable la referencia a una serie de derechos (*voto, asociación, expresión*), cuya concesión (*y cuyo disfrute efectivo*). Se consideran condiciones para calificar a un sistema político de democrático⁷⁸.

En segundo lugar, junto a las definiciones lexicográficas, encontramos las definiciones estipulativas y nada impide que en filosofía política se realice de ellas un amplio uso. Esta observación sin embargo, no modifica mi juicio sobre la vía definitoria objeto de examen. Definir como “*democracia sustancial*” al Estado de derecho, equivale, de hecho, a otorgar una solución semántica a un problema normativo.

Equivale a resolver *in limite* y de forma oculta, con una operación de limpieza lingüística, precisamente, el problema crucial de la justificación filosófica de las democracias constitucionales: el problema, justamente, de cómo conciliar al Estado de derecho (*contenidos*) con la democracia (*formal*), de cómo resolver en un equilibrio aceptable la tensión entre los derechos fundamentales y el principio del autogobierno. *-Ferrajoli y Pasquino-*⁷⁹.

Por ello, mi crítica no sólo se refiere a la infidelidad a la definición lexicográfica, sino a la inoportunidad de una definición estipulativa, la cual se aleja de una definición ligera de democracia, que tiende a asumir como resuelto el problema que, en cambio, la propia definición debería ayudar a plantear de forma más clara. Definir

⁷⁸ *Ibidem*, p. 248.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 250.

al Estado de derecho como democracia (*sustancial*) equivale, en resumen, a imponer un auténtico “*definitional stop*” a la discusión.

Añadiré, finalmente, que de la definición del Estado de derecho como democracia (*sustancial*) aflora una visión en la que los dos criterios opuestos de legitimación del poder, democracia y derechos, aparecen, por el contrario, como complementarios y armoniosamente integrados. El mensaje superficial que la definición nos trasmite es que podemos tenerlos a los dos, sin tener que sacrificar el uno al otro⁸⁰.

I.2.9. Incomprensión de la democracia.

La democracia carecía de antecedentes históricos en México. Fue una gran ausente, por más que siempre apareciera como proyecto. La democracia en México, bloqueada por los distintos regímenes políticos que prevalecieron históricamente después de la Colonia, sólo fue abriendo espacios parciales, estrechos, momentáneos, que el poder aceptaba casi siempre de manera forzada. Las libertades brotaban y desfallecían según las circunstancias, pero reiteradamente caían bajo una estricta vigilancia. De la base de la sociedad a la cima del Estado, horizontal y verticalmente, se reproducían de manera ampliada procesos donde la democracia no era sino un agregado coyuntural, siempre restringido, imperfecto, falseado, enmascarado, simulado⁸¹.

Desde los años setenta, bajo las irrupciones y reclamos de la sociedad que caracterizó al largo período de transición, la crisis política condujo al régimen a ensayar aperturas y reformas electorales a fin de encauzar las inconformidades desbordadas hacia espacios institucionales controlados. De manera que al concluir el siglo XX todavía no se había alcanzado en México más que una ciudadanía trunca, sin capacidad real de participación autónoma ni de decisión, elección o representación efectivas⁸².

Por todas partes, en todos los niveles y estancos, en todas las relaciones sociales, la corrupción se afirmaba como condición y remate de una relación, de un

⁸⁰ *Ibidem*, p. 251.

⁸¹ *Ibidem*, p. 61.

⁸² *Ibidem*, p. 63.

intercambio, de un servicio prácticamente en forma cotidiana. En todos los pisos y recovecos del aparato estatal, en las vinculaciones del Estado con la sociedad, de la sociedad con el Estado, incluso entre los distintos componentes y actores de la propia sociedad, la corrupción se produjo⁸³.

Autoritarismo, patrimonialismo, corporativismo, clientelismo, intolerancia, fraude, falsificación, simulación, mentira, corrupción, violencia y miedo se combinaron en México de manera intrincada para garantizar la reproducción de un orden cerrado, jerárquico y excluyente. Todos esos elementos desplegados a lo largo de nuestra historia, en particular por la “Revolución hecha gobierno” y sus derivaciones inacabadas, fueron forjando una suerte de cultura política antidemocrática⁸⁴.

⁸³ *Ibidem*, p. 65.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 75.

Recapitulación.

Vimos en la parte primera de este capítulo que el derecho no es un concepto unívoco; se le dan diferentes dimensiones, pero finalmente es medio de control social mediante prescripción de ordenes de conductas, y aunque no se le quieran reconocer es un lenguaje especial.

En esta parte segunda de este capítulo advertimos que los derechos fundamentales son del sujeto, corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas y son –valores- para el ciudadano, actúan como principio de interpretación de todos los preceptos jurídicos irradiándose sobre todo el ordenamiento legal de una comunidad; el problema de su ponderación es que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de un principio, es porque es mayor la importancia de la satisfacción de otro, pero el satisfacer uno en sacrificio de otro, afecta en todas las direcciones y ámbitos al derecho.

Los fundamentales forman la base y parámetro de la igualdad jurídica y por ello conforman el fundamento de la democracia; si los derechos se reconocen fundamentales por una constitución en un régimen democrático el riesgo de no comprender ¿que es la democracia?, lleva al autoritarismo, patrimonialismo, corporativismo, clientelismo, intolerancia, fraude, falsificación, simulación, mentira, corrupción, violencia lo que arrebatara la razón de ser fundamentales pues no los habría, ya que ante estas cuestiones ningún derecho es reconocido como fundamental que no sea para el beneficio del régimen, así desaparecen los derechos fundamentales del ciudadano.

En la primera parte del capítulo siguiente analizaremos las teorías sobre el Orden jurídico y el Estado desde los pensamientos antiguos de los griegos como Sócrates, Platón y otros, para continuar con Maquiavelo; Hobbes; Rousseau; Locke; Montesquieu; Kant; Toqueville; Madison, Hamilton y Jay, refiriendo cuales son los elementos de Estado y Estado de derecho; y en ese capítulo en su parte segunda, examinaremos al Estado, el Estado constitucional, el de derecho, la desformalización de la constitución y demás aspectos relativos al tema Estados de derecho, constitucional, liberal, liberal de derecho y social.

CAPÍTULO II.

Europa-América, pensamiento sobre Estado, Estado de derecho y Estado constitucional.

Parte 1. Antiguos pensamientos europeos: Estado, Estado de derecho y sus características.

II.1.1. Platón, “*Las leyes*”, su pensamiento teórico del orden jurídico.

El libro de las leyes son diálogos. Inicia con que un extranjero ateniense (se cree era Platón) que platica con Clinias de la isla de Creta y con Megilo de Lacedemonia. En el diálogo se habla sobre las leyes y la función del legislador.

Las Leyes es quizás el último libro escrito por Platón. Existe un cambio notorio entre los diálogos de *-La República-* y *-Las Leyes-*, siendo el tránsito del cambio desde la primera concepción de la República a la de las Leyes, pasando por El Político, que ocupa un lugar intermedio entre ellos. No olvidemos que si bien la república es la esencia del pensamiento socrático, Platón comulga con él⁸⁵.

Es objeto de las leyes que la ciudad permanezca ante todo. Dada la inevitable decadencia que consigo arrastra el tiempo, el legislador en las leyes debe procurar que se imponga lo noble y digno de las cosas humanas sobre lo mezquino y negativo de ellas. Para ello, una solución parece ser la justa mezcla de los caracteres que se han manifestado a lo largo de la historia⁸⁶.

Los doce libros de que consta el diálogo de las Leyes, se han dividido en tres partes. Los tres primeros son una suerte de estudio general encaminado a dar a conocer la esencia y organización del Estado: el sitio de su emplazamiento, población, instituciones y demás. Los cuatro últimos están consagrados, a través de un código detallado, a fijar los castigos y recompensas para mantener la vigencia de la ley⁸⁷.

⁸⁵ LARROYO, Francisco. “*Comentarios a la Obra de Platón, Las Leyes, Epinomis El Político*”, 6ª ed., Ed., Porrúa “Sepan Cuantos”, México, 1998, p. 1.

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ Ibídem, p. 2.

El libro I, comienza refiriendo a que un viejo ateniense (acaso Platón), conversa con Clineas y Megilo, representantes de las dos constituciones más célebres de Grecia, instituidas respectivamente por Minos y Licurgo frente a las legislaciones antiguas destinadas a proteger en preferencia la milicia y la virtud del cultivo de la valentía⁸⁸.

El ateniense afirma que las mejores leyes son las que tienen por objeto desenvolver en el hombre todas las virtudes, y que el sumo bien es en última esencia la armonía de las virtudes, siendo tarea del legislador ver que los ciudadanos no omitan virtud alguna. Así, las leyes que emita el legislador deben propiciar la conveniencia individual y social, dado que el desenfreno acarrea la ruina de la vida del hombre. Propone que banquetes ofrecidos a los ciudadanos sean el camino propicio para vencer todo exceso⁸⁹.

El libro II, inicia relatando que los banquetes serán educativos. Así, toda legislación tendrá intención pedagógica. La educación es el perfeccionamiento del hombre integral, es gimnástica y musical (cuerpo y ánimo). Se admiten dos grados de educación, quedando aparte la de los artesanos y comerciantes. El nivel básico, propio de la formación de las virtudes, se asienta en las facultades racionales del hombre; en otro más alto, se perfeccionan sus potencias intelectuales⁹⁰. (*Platón no pensaba antes de esta forma: Creía que todas las virtudes se adquirirían por el conocimiento*)

El libro III, trata de adoptar un testimonio histórico de la finalidad de la legislación al considerar cómo se ha desarrollado la vida política, y busca la prueba empírica del auge y decadencia de los Estados-Ciudades. No menciona ni un origen absoluto del género humano: solo uno relativo derivado de diluvios repetidos a enormes distancias de tiempo. En este libro se afirma que la humanidad desciende de su grado de civilización a etapas primitivas de las que nuevamente poco a poco se eleva a la vida cívica gracias a la organización familiar y patriarcal⁹¹.

⁸⁸ Ídem.

⁸⁹ Íbidem, pp. 2 y 3.

⁹⁰ Íbidem, p. 3.

⁹¹ Íbidem, p. 4.

En Grecia durante la guerra de Troya cuyo resultado fueron los importantes estados Dóricos en el Peloponeso (III), solo Esparta sobrevivió, ello por la prudente legislación que tenían basada en la división de los poderes del gobierno y de la sabia combinación de elementos monárquicos y democráticos, pues solo así se puede únicamente alcanzar el equilibrio de la triple exigencia de un Estado próspero. (*La concordia, la libertad y la cultura*)

Este libro habla también de Persia, nación poderosa que sucumbió y que aunque al principio tuvo una monarquía respetuosa de libertad esta terminó en dictadura despótica; y Atenas, que disfrutó de libertad virtuosa y cayó a plomo víctima del libertinaje sin freno. Después de escuchar, Clineas le pide al ateniense que le ayude en la elección de las mejores leyes para fundar una colonia por haber sido encargado por la Ciudad de Konosos (*Para ello*)⁹².

El libro IV, refiere que ante la fundación de una ciudad se debe de conocer su topografía y su geografía. No es partidario de ciudades marítimas como Salamina y Artemisa y se inclina por una ciudad en tierra firme. En cuanto a la población, sugiere que sea de origen homogéneo en lengua, religión y costumbres para propiciar la unidad de los miembros de Estado, sin descartar las ventajas que reportan las diversas tradiciones de los ciudadanos.

Deberá figurar en esta reforma legal al frente del gobierno un político joven y enérgico, caudillo y dictador ilustrado, un político con memoria, penetración (*acierto*) valentía, nobles sentimientos y probada templanza. La legislación establecerá los deberes con Dios, los héroes, los mayores y los muertos; las leyes deben ser revestidas de una expresión jurídica asequible a los ciudadanos, que sean concisas y rigurosas, y las que han de ser mejor comprendidas si se les hace preceder de una exposición de motivos o proemios explicativos, quitándoseles cualquier carácter de intimidación imperiosa⁹³.

El libro V, propone que la organización económica y demográfica de la ciudad será de cierto carácter socialista (no tan rígido como el de la República). Los ciudadanos deberán pasar en propiedad cada uno una tierra y una habitación y

⁹² *Ibidem*, p. 4.

⁹³ *Ibidem*, p. 5.

refiere que deben de formarse cinco mil cuarenta lotes y hogares en ellos y que cada ciudadano deberá convencerse que la tierra que tiene es tan suya como del Estado. En cuanto a los bienes fungibles, será la misma reflexión aunque no se exige que las fortunas sean iguales. Divide a los ciudadanos en cuatro clases en relación a sus rentas, fijándose un tope superior de manera que los ciudadanos no estén en excesivas desigualdades de fortuna entre ricos y pobres, las cuáles provocan graves males sociales y políticos. En cuanto a la organización demográfica, refiere a doce tribus originarias subdivididas en curias y barrios, lo que hace fácil la circulación de la riqueza a través de la moneda, medida de todo género⁹⁴.

El libro VI, establece que una vez seleccionado el territorio, establecida la división demográfica y previsto lo relativo a la adquisición y transmisión de la propiedad mueble e inmueble, se entre de lleno a los órganos estatales. Así, la organización y funcionamiento de las magistraturas las reduce a siete (sic. son seis) grupos⁹⁵.

1. Los guardianes de las leyes, en número de treinta y siete magistraturas políticas, encargados de mantener en su integridad la constitución del Estado.
2. Los jefes de ejército, en número de tres, encargados de nombrar a los demás oficiales de infantería, la caballería y demás clases de tropa.
3. El senado, compuesto de trescientos sesenta senadores de los cuales suministra cada una de las cuatro clases del Estado la cuarta parte.
4. Los sacerdotes y las sacerdotisas, en número necesario para el culto de los Dioses y cuidado de los templos.
5. En el orden civil, los astínomos (sic) que son los ediles de la ciudad; los agoránomos (sic) que vigilan con la policía los mercados; los agrónomos, que tienen a su cargo la guarda del resto del territorio.
6. Una magistratura especial, que estará encargada de dirigir la música y la gimnasia, es decir, la educación.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 5.

El ateniense (Platón) en contra de que todas las magistraturas fueran nombradas por elección directa, propone reducir el exceso de democracia haciendo pasar por tres grados el voto de las magistraturas importantes.

El libro VII cita que el legislador se debe ocupar del niño desde su concepción hasta su juventud y que la madre tiene un papel decisivo en la vida familiar. De ese modo, se mantendrán las normas de la eugenesia (mejoramiento). Se establecen normas para concebir a los niños y el cómo cuidarlos. Por ejemplo, los niños de tres a seis años de ambos sexos deben ser vigilados de cerca por sus madres y nodrizas, poniéndolos a jugar para que desarrollen su intelecto y su físico. A los seis se deberá separar a los niños de las niñas y se les enseñará sobre cuestiones personales de sus sexos. Tales ejercicios serán la gimnasia para mejorar el cuerpo y la música para el desenvolvimiento del alma. No se deberá cargar sus memorias con demasiados poemas, matemática y astronomía, aunque deben ser una parte decisiva en su educación. Los trece años serán la base para ponderar la capacidad en los estudios superiores, momento en que los niños deben aprender cálculo y geometría a base de juegos para que aprendan mejor⁹⁶.

En el libro VIII se establece el sistema legislativo. Se instituyen sacrificios en honor de los Dioses y genios protectores del Estado, por lo que se fijan doce fiestas para tributar honores a las divinidades de las diferentes tribus. Un día por lo menos al mes, los ciudadanos se ejercitarán en el oficio de las armas y además habrá en todas las fiestas públicas combates simulados como si fueran verdaderos, con recompensas para los vencedores y represión pública para los soldados cobardes.

En el libro IX se habla del Derecho Criminal que se caracteriza por una severidad extrema. La existencia de este derecho se explica por las imperfecciones humanas y por el carácter vicioso e incorregible con el que muchos de los hombres nacen en la justificación de las penas. Cabe una triple teoría: a) La de la reparación (justicia conmutativa), b) La de la ejemplaridad (*el crimen castigado sirve de ejemplo*), c) La del temor y respeto (*la pena es una amonestación efectiva*)⁹⁷.

⁹⁶ *Ibíd*em, p. 7.

⁹⁷ *Ibíd*em, p. 8.

El libro X continúa con las sanciones a las ofensas que se cometan a los Dioses, pero para justificarlo se refutan a los falsos poetas y filósofos y para librar a sus ciudadanos de la impiedad, se combaten tres ideas en particular que son: a) Que no existen Dioses, b) Que de existir, no intervendrían en asuntos humanos, c) Que a los Dioses se les gana con ritos extremos (sacrificios e imprecaciones).

La sanción contra los actos impíos son: a) Al que no crea en los Dioses pero sea un ciudadano sin otros vicios: la represión sofronisterio (sanción de un magistrado). Al ateo decidido, astuto, simulado, corruptor: La muerte. b) Al que no crea en la providencia divina: El sofronisterio durante cinco años. En caso de reincidencia: La muerte. c) Al que haga profesión de evocar los muertos o aplacar a los Dioses con encantamientos: Prisión perpetua sin sepultura después de la muerte. Si tiene hijos, los magistrados serán sus tutores desde el día.

El libro XI, menciona relaciones jurídicas de derecho civil como cosas, personas y obligaciones pero se entremezclan con normas penales, comerciales y de procedimiento.

Como prescripciones importantes de este libro se establecieron:

a) Prescripción contra los que roban tesoros y contra quienes cometen hurto en la vía pública, b) Prescripciones acerca de las relaciones jurídicas de la esclavitud, c) Prescripciones con respecto a compras y ventas. Rescisiones legítimas y fraudes de filósofo y alteraciones, d) Prescripciones en cuanto a las herencias, cuyo derecho señala muchas limitaciones. Divisas: Ni pobreza ni opulencia en la ciudad, e) Prescripciones que hablan de la tutoría de menores, f) Prescripciones de derecho familiar, Padres e hijos, g) Prescripciones que se ocupan de los maleficios, h) Prescripciones relativas al trato que hay que dar a los dementes, i) Prescripciones tocantes a la mendicidad, que el Estado no debe consentir, j) Prescripciones en torno de los testimonios jurídicos, que obligan a todo ciudadano, k) Prescripciones que dicen relación a la profesión de abogado⁹⁸.

El libro XII establece algunos delitos de orden público, con sanciones muy severas y crueles, como ejemplos los siguientes:

⁹⁸ Ibídem, pp. 9 y 10.

a) Usurpación del cargo de embajador o de heraldo del Estado; b) Infidelidad en el desempeño del cargo público y distracción de los caudales del gobierno; c) El servicio de la guerra, tan complejo y delicado. Castigos y recompensas a oficiales y soldados; d) Creación y funciones de censores, encargados de pedir cuenta a los magistrados, y de honores y castigos a que se hagan merecedores; e) Las contribuciones pecuniarias de los ciudadanos para el sostenimiento del Estado; f) La administración de la Justicia. Jurisdicciones de los tribunales y obligaciones de los jueces⁹⁹.

II.1.2. Sócrates, diálogo Justicia y Estado, escribe Platón. “La República o el Estado”.

Los diálogos de Platón son conversaciones que se llevaron entre Sócrates, Glaucón, Adimanto, Trasimaco y otros personajes de la época. Platón escribió lo que platicó él mismo respecto de la justicia, la injusticia, el Estado perfecto, las formas mejores y peores de Estados, los placeres del alma, y otras cuestiones sobre los mismos temas para encontrar lo que es la verdad, la justicia y la injusticia. En estos diálogos, Platón describe a la oligarquía, a la monarquía, a la timocracia, a la democracia, a la tiranía, y plantea cómo de un régimen se pasa a otro, hasta llegar a la tiranía.

De la lectura se advierte el avance de la visión de Sócrates al describir desde tiempos de antes de Cristo (basándose en la religión católica) las formas diversas de gobierno del Estado, sobre todo del democrático. Para Sócrates, el Estado perfecto es en el que todo debe ser común: mujeres, hijos, educación, ejercicios propios de la paz y la guerra. En este Estado ideal se han de designar como reyes del mismo a hombres filósofos y conocedores de las artes de la milicia. Los que brinden seguridad, deberán ser atletas destinados a combatir y vigilar el bien público¹⁰⁰.

Sócrates cita cuatro tipos de Estados, sin descuidar al que se refirió anteriormente (el Estado perfecto). Estos son: El primero (con marcada preferencia) el de Creta y Lacedemonia; el segundo, oligarquía llena de vicios; el tercero, en

⁹⁹ *Ibidem*, p. 10.

¹⁰⁰ PLATÓN. “*La República o el Estado*”, 27ª, reimp., Ed., Planeta Mexicana, México, 2000, p. 10.

oposición al segundo, la democracia; y el cuarto, la tiranía. (La aristocracia lo considera régimen de gobierno bueno y justo)¹⁰¹.

El argumento fundamental de este diálogo se encuentra cuando Sócrates pregunta qué es la justicia, y responde Simónides, que es dar a cada quien lo que se le debe y según Polemarco es que el justo ha de hacer bien a los amigos y mal a los enemigos; para Céfalo, es decir la verdad y dar a cada uno lo que de él se ha debido. Regresando a Simónides, Sócrates insiste si ello es la justicia y Simónides rectifica y afirma que el mal se ha de hacer sólo a los enemigos injustos y el bien a los amigos justos, lo que no es factible en sí ya que al enemigo se le ha de dar lo que nos conviene se le deba, en cuyo caso es solo darle el mal bajo nuestra conveniencia¹⁰².

En el debate sobre la justicia -que siguen Sócrates y Trasimaco- continúa ahora respecto de la justicia pública (que es la justicia del Estado), la que una vez encontrada, permitirá encontrar la individual¹⁰³. En cuanto al Estado, la justicia pública se cumple con que los productores, guardianes y magistrados hagan cada quien lo que les corresponde¹⁰⁴.

En los diálogos se hace mención que la necesidad de justicia nace debido al daño que los hombres se hicieron entre sí por muchos años. Ello obliga a crear las leyes y las convenciones. Será justo y legítimo todo lo que por ley fuera ordenado.

Los verdaderos guardianes del Estado, esos que buscan el bien general, han de ser gente bien preparada, bien cultivada, pero ha de ser jefe y guardador de la República el que desde su infancia hasta su madurez haya pasado por todo tipo de pruebas y salido limpio de ellas. Sólo de este modo se garantizará que será un gran gobernante justo¹⁰⁵.

Al continuar con la búsqueda del Estado perfecto es aceptado por Sócrates y Glaucón, que ha de ser aquél en que los guardianes (soldados) amen su Estado y defiendan con vehemencia (ímpetu) a sus conciudadanos; además la educación ha de ser buena y no ha de variar en si para hacerla diferente, sino para mejorarla, en el que ha de quedar bien marcada la actividad productiva, la de los guardianes y la

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 11.

¹⁰² *Ibidem*, pp.13 y 14.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 25.

¹⁰⁴ *Ídem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp.172, 173 y 175.

de los magistrados. Estos últimos serán escogidos entre los mejores guardianes para promulgar leyes y tomar decisiones que convengan al pueblo¹⁰⁶.

Las leyes han de ser sobre contratos, injurias y, en general, sobre todo lo concerniente al paso de mercancías, nombramiento de magistrados y de todo lo que beneficie al Estado¹⁰⁷.

Ya concebido que así sería el Estado perfecto, Sócrates pregunta a Glaucón, a su hermano Adimanto (hijos de Aristón) y a Polemarco, sobre lo que se pensaba del Estado perfecto, asentando que es el prudente, valeroso, templado y justo. La prudencia debe reinar en el Estado perfecto. La ciencia (llaman ciencia a la deliberación) debe llevar la conducción del Estado. Un Estado perfecto debe caracterizarse por tener valor, el cuál se encuentra en el cuerpo en que reside (los guardianes), que hacen dar al Estado el nombre de valeroso¹⁰⁸.

En cuanto al tercer elemento que es la templanza, la define como un cierto orden o un dominio que el hombre ejerce sobre sus placeres y apetitos. Los hombres deben ser dueños de si mismos, El alma del hombre tiene dos partes, la superior y la inferior. Cuando la superior manda a la inferior, es el hombre dueño de sí mismo. Pero cuando la inferior manda a la superior, ya por falta de educación o malas compañías, es el hombre entonces esclavo de si mismo, es vitupero¹⁰⁹.

En cuanto a la justicia como cuarto elemento, cada ciudadano debe dedicarse a hacer lo que mejor sabe. Sócrates define a la justicia del Estado como que en el Estado cada quien haga lo que tiene obligación de hacer, dando como ejemplo que si el artesano hace el trabajo del guerrero y éste el de aquél, y nadie hace el suyo propio y quieren hacer el de los demás, es ello la injusticia para el Estado¹¹⁰.

Adimanto pregunta a Sócrates si en el Estado perfecto que plantea se toca el tema de las mujeres. Sócrates refiere que la mujer es igual al hombre, que si bien las diferencias estarían en que el hombre engendra y la mujer pare, no es ello motivo

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 184 y 185.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 189.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 190 y 191.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 195.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 197 y 198.

para distinguirlas en que no pudieran hacer los trabajos de los hombres y que solo la diferencia más notada sería en el caso de ser guardianas¹¹¹.

En cuanto a los gobernantes, dice Sócrates, estos deberán ser filósofos. Para Sócrates, el filósofo que ha de gobernar es la gente que ama la verdad, el conocimiento completo no en partes. Es, pues, quien ama la sabiduría.

A las propuestas de Sócrates, Adimanto responde, que al sabio por tanto estudio, se le vuelve un carácter áspero y que entonces es posible que las gentes del pueblo no acepten ser gobernados por un sabio, a lo que Sócrates aduce que no han de ser los sabios quienes deben pedir gobernar al Estado, sino que han de ser los ciudadanos quienes pidan a los sabios les guíen en la nave del Estado por su sabiduría¹¹².

Este Estado perfecto será de régimen aristocrático, pero Sócrates da un viraje a lo que se debe entender por *aristos* y dice que este gobierno no será dirigido por la gente que proviene de noble linaje, sino por sabios poseedores de la excelencia personal o areté. Así, queda convenido entre Sócrates y Glaucón que el Estado bien constituido es donde todo es común, mujeres, hijos, educación, ejércitos propios de la paz y la guerra, y que deben designarse como reyes del Estado a hombres consumados en la filosofía y en la ciencia militar¹¹³.

Después, Sócrates habla de los caracteres viciados de los gobiernos y da en primer lugar el que ansía victorias y honores (gobierno de Lacedemonia), y le siguen los caracteres oligárquico, democrático y tiránico¹¹⁴. En cuanto a la oligarquía, afirma Sócrates, es el gobierno de los ricos donde el censo decide la condición de cada ciudadano, y los ricos ejercen el mando del gobierno sin que los pobres participen en él¹¹⁵.

En sí, este régimen es menos malo que los que le siguen en explicación, pero no desconoce que los gobernantes tienen el apetito desmedido por el deseo de riquezas y placeres. Tal desigualdad entre pobres y ricos provoca la total fragmentación del Estado, de un lado ricos opresores y de otro pobres oprimidos. Tal

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 225 a 227.

¹¹² *Ibidem*, pp. 254, 255, 262 y 263.

¹¹³ *Ibidem*, p. 336.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 338.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 345.

gobierno, caracterizado por la opresión de ricos a pobres, da paso a la democracia¹¹⁶.

La democracia es un régimen de gobierno en el que para poder participar en el mismo el poder oligárquico fija una renta la que se ha de pagar para acceder al mismo. Quien no pague, no podrá acceder. Este régimen conduce a que haya dos gobiernos en un mismo Estado, el de ricos y el de pobres, lo que permite que los ricos compren el gobierno de los pobres, dejándolos como mendigos y sin nada.

Otra consecuencia del paso al gobierno democrático es que, cansados los pobres de sufrir injusticias de los ricos y estar marginados por no tener dinero y por lo mismo no acceder al poder, toman las armas en contra de los ricos. Si ganan la batalla, matan y destruyen a los ricos, los pobres suben al poder y así se llega a la democracia. De este modo, los pobres toman los cargos del gobierno y de los negocios más por suerte que por conocimiento¹¹⁷.

El más horrible de los gobiernos, el tiránico, nace de una reacción agresiva de los oligarcas ante el régimen igualitario de la democracia que amenaza sus privilegios. El pueblo cae en la tentación de ponerse bajo la tutela de un demagogo (*embaucador*) quien, actuando despóticamente, liquida al poder de los oligarcas tras una serie de medidas redistributivas, se vuelca contra su misma base para conservar el poder, se alía contra oligarcas debilitados y promueve guerras contra otros Estados para desviar la atención y energías de sus súbditos e impedir le exijan cuentas de su gestión (*Tiranía*)¹¹⁸.

El gobierno tiránico debe su origen a la democracia. El paso de la democracia a la tiranía se verifica poco mas o menos como el de la oligarquía a la democracia. Lo que causa la ruina de la oligarquía es el deseo insaciable por enriquecerse y la indiferencia ante todo lo demás. Asimismo, la ruina de la democracia es lo que mira como su verdadero bien, la libertad, es llevada en exceso y acompañada por una indiferencia extrema por todo lo demás, lo que provoca su decadencia y la lleva a la tiranía, ya que tanta libertad produce embriaguez¹¹⁹.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 347.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 352 a 355.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 362.

¹¹⁹ *Ibidem*, pp. 363, 364 y 365.

II.1.3. Pensamientos duales: Platón y Sócrates. “Epinomis el político. Las leyes”.

Al parecer Platón dialoga con Sócrates, y se puede advertir un pensamiento de dualidades, pues todo para ser analizado a su entender correctamente lo divide, en dos aspectos y analiza uno y otro, es en sí un método de análisis de dicotomías.

El diálogo de “*El político o de el Reinado*”, se lleva a cabo entre Sócrates. En este diálogo o libro, encontramos que se habla de: “*La política como ciencia del mando*”; “*El político como pastor del rebaño humano*”; “*Las formas de Gobierno*”; “*El político en relación con otros tipos humanos*”; y, “*El político como tejedor de las relaciones sociales*”¹²⁰.

A las ciencias las dividen prácticas y especulativas (*teóricas y prácticas*), el rey, el político, el jefe de los esclavos y el de familia quedan en la ciencia que por nombre le dan de real, política o económica, y es el rey quien de la ciencia especulativa está más cerca que de las manuales; la ciencia especulativa la divide en la de mando y de razonamiento¹²¹.

En el diálogo se dividen los animales en los que razonan y los que no, y para definir al hombre que es gobernado por el rey, dividen a los animales que andan en bípedos y cuadrúpedos; a los bípedos, en plumíferos y no plumosos, así y considerando además el arte de educar se coloca al político a la cabeza de los bípedos implúmidos.

Además se habla de los competidores del político, como el pseudo-político, o politicastro, falso político, son quienes no miran el bien común, y con frases seductoras no dicen sus verdaderos intereses, pues los ocultan¹²².

La parte más importante del diálogo, consideramos, es donde define la política y se establece. “*La política es una ciencia teórica de mando directo sobre seres animados que viven en grupos (o rebaños) terrestres, bípedos, sin plumas, ello es, hombres*”. Define al político como un hombre de mando conductor de un rebaño, definición incompleta pues cualquiera puede ser pastor de un rebaño, como el

¹²⁰ PLATÓN, “*Las Leyes, Epinomis el Político*”, 6ª ed., Ed., Porrúa “Sepan Cuantos”, México, 1998. p. 294.

¹²¹ *Ibidem*, p. 254.

¹²² *Ibidem*, pp. 296 y 297.

médico que es pastor del rebaño enfermo, por lo que el político es pastor de los miembros de la ciudad en su conjunto¹²³.

La ciencia especulativa se divide a la vez en la del mando directo e indirecto; y la educación de los bípedos es el arte de conducir la especie humana. Es la ciencia real o política; el político es quién vela por el bienestar de la especie humana, cuida que estén bien alimentados pero tal cuidado lo dividen en dos, el que se impone por violencia y el que se acepta libremente¹²⁴.

Llaman arte humano al tener cuidado, lo dividen en el que se logra por la fuerza o se acepta de mutuo acuerdo, llaman tiranía al arte de gobernar con violencia y política al arte de gobernar voluntariamente a los bípedos (hombres), que se prestan voluntariamente a ello, y es verdadero rey o político quien tiene este arte, expandiendo así el carácter verdadero del verdadero político.

Para lograr el correcto mando en la adecuada forma de gobierno, con independencia de si se trata de una dictadura o de la realeza cuando quien ejerce el poder de mando es un solo titular, o de la plutocracia o la oligarquía, se habla en cualquier caso de un gobierno de todos, el cual para ser bueno no depende del número de gobernantes, sino del arte de aplicar la política; llaman política al arte que se ocupa del gobierno de las ciudades, y es el mismo arte que emplea el rey en su gobierno.

Para ejemplificar lo anterior se refiere a un gobierno mejor que la monarquía, "*el de las leyes sabias*", es decir la institución real, o peor que la monarquía la tiranía, y el gobierno intermedio entre el grande y el pequeño, no es ni bueno, muy bueno; ni cuando malo, muy malo, como un gobierno de multitud que se desparrama por todos lados, que si es malo pues al estar distribuido entre tantas manos lleva a la debilidad y a la incapacidad.

Siguiendo el diálogo refiriendo que existen como formas de gobierno la monarquía, después de la monarquía el gobierno del pequeño número de personas y el imperio de la multitud (democracia), considerando estos gobiernos con relación a

¹²³ *Ibidem*, p. 300.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 308.

la violencia y al libre consentimiento, la pobreza y la riqueza, a las leyes y a la anarquía, se llama a dichas partes con dos nombres *“tiranía y la realeza”*¹²⁵.

Si bien las leyes son parte de las atribuciones del poder real, la verdadera autoridad del Estado no reside en ellas, sino en las manos de un rey sabio y hábil, porque la ley no puede abarcar a la vez y para todos lo verdaderamente justo, ya que el movimiento que existe entre los hombres es incesante y ello no permite que exista una regla sencilla simple y única que sirva a todos los hombres, en todos los tiempos¹²⁶.

Si un jefe único no obra ni según las leyes ni las costumbres y finge preferir lo que parece mejor a las leyes escritas como el que sabe verdaderamente cuando solo la pasión y la ignorancia perciben tal imitación se le llama tirano; así que como se ve existe el gobierno del tirano el del rey la oligarquía, la aristocracia y la democracia pero en ninguno de estos gobiernos que son cinco el hombre acepta gustoso ser gobernado por un solo hombre porque creen que no hay hombre digno de ejercer ese poder (*que reúna la voluntad el poder mandar, con virtud y ciencia y sepa distribuir a cada uno con dignidad lo que es justo y bueno. Por ser difícil encontrar un hombre que gobierne con tales cualidades no cabe más recurso que reunir en consejo para redactar las leyes que digan lo que se puede hacer*)¹²⁷.

Para encontrar al verdadero gobierno dividen en dos a cada uno de los tres gobiernos (*monarquía, gobierno del pequeño número y la multitud*), y el séptimo gobierno será el verdadero; se ha dicho que de la monarquía nace el poder real y la tiranía, del gobierno de unos cuantos la aristocracia y la oligarquía y la soberanía de muchos es considerar con el solo nombre de democracia a éste, no hay un doble nombre que darle porque este gobierno como los otros pueden mandar obedeciendo o despreciando leyes¹²⁸.

Es la democracia un gobierno débil incapaz de nada bueno ni de un gran mal comparado ante los otros gobiernos por estar el poder dividido en mil partes

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 327 y 328.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 333.

¹²⁷ LARROYO, Francisco. *“Comentarios a la Obra de Platón, Las Leyes, Epinomis El Político”*, Op. Cit. Nota n°. 85, p. 335.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 336

(individuos) por eso es el mejor gobierno cuando obedece leyes y el peor cuando las viola, el mejor para vivir con desenfreno y nunca se le teme bastante a las leyes.

La ciencia política se auxilia de la militar, la jurisprudencia y del arte de la palabra; pero no podríamos abarcarla bajo una denominación colectiva llamándole con justa razón ciencia política; ninguna ciencia fuera de la ciencia política es mayor que ella porque la ciencia real no obra ella misma sino manda a las que tienen el poder de obrar, ella discernirá cuales son las votaciones favorables o desfavorables para empezar o continuar en el Estado las grandes empresas y las otras no harán más que ejecutar lo que ella decide por lo que no hay ciencia que mande a la otra, ni que de otra reciba órdenes y la pública que las manda a todas es la ciencia política todo (*poder de la ciencia que manda a las otras, a las leyes y a los intereses del Estado y que hace de todas estas cosas un maravilloso tejido*)¹²⁹.

En sí definen a la política también como la que no compone un Estado de personas buenas y malas, sino el contrario, los proveerá de educación, para después confiarle su instrucción a hombres; vigilará todo presidirá todo, señalará a cada uno su tarea y dispondrá lo mejor que pueda en vista del resultado definitivo.

Los lazos humanos son la unión de los sexos (*matrimonio*), es este aspecto peligroso para el Estado, que se unan caracteres fuerte con fuerte, porque produce un exceso de fuerza que lleva a la violencia, así que tan malo es que se adhiera, moderación con moderación porque da como resultado debilidad. Por lo que el arte del buen político es casarse obligadamente con la moderación, para dar como consecuencia jefes excelentes y excelentes ciudadanos. Esto también lo debe cuidar el buen político¹³⁰.

Como lo veremos mas adelante en la Política como vocación, las características que un buen político debe tener para poder dar un beneficio social.

¹²⁹ *Ibíd.*, pp. 337, 338 y 339.

¹³⁰ PLATÓN. "*Las Leyes, Epinomis el Político*", Op. Cit., nota n°. 120, pp. 295, 342 y 343.

II.1.4. Roma imperial, cuna de concepciones políticas.

Un imperio es la organización política de un Estado regido por un emperador, por lo general esta constituido por el poder de un Estado que domina los territorios de distintas naciones.

Roma, su historia legendaria, su derecho, su sistema político, su lengua y culta literatura, impresionaría enormemente a los invasores¹³¹. En Roma la idea del imperio era muy universal, muy augusta, muy duradera; su vínculo con la iglesia cristiana lo hacía omnipresente y más venerable¹³².

El Imperio de Occidente no se extinguió, se produjo la reunión de Occidente con Oriente; la memoria del viejo Imperio pudo haberse perdido completamente, de no ser por dos legados que Roma había dejado firmemente arraigados: 1) su derecho y su jurisprudencia, y 2) su iglesia¹³³.

Fue el Imperio romano la fuente de concepciones políticas¹³⁴; una de las más importantes aportaciones de los juristas a la teoría política medieval es su análisis de la naturaleza y función del Estado¹³⁵; la idea persistente es que la razón de ser del derecho es la justicia; en cuanto al fin del derecho, éste además de guía al individuo establece las bases para un buen gobierno¹³⁶.

La disputa de la investidura, alcanza especial importancia, aunque el régimen de la propiedad de la iglesia era el objeto en la disputa¹³⁷. La preocupación de los juristas romanos no era precisamente la persona del emperador, el foco de atención, eran las funciones que como cabeza, éste desempeñaba¹³⁸.

El deseo de hacer más respetable a los emperadores llevó a la adopción de un rito religioso destinado a hacer ver a los ojos de todos, que el nuevo soberano recibía su autoridad de la voluntad divina¹³⁹.

50. ¹³¹ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *“La Ciencia del Derecho y la Formación del Ideal Político”*. Op. Cit., nota n°. 7, p.

¹³² *Ibidem*, p. 51.

¹³³ *Ibidem*, p. 52.

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 53 y 54.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 102.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 104.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 55.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 108.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 176.

Desde la instalación del Imperio, particularmente en Oriente, se emplean términos que implican la idea de un poder absoluto y de un deber de obediencia por parte de los súbditos¹⁴⁰. El pueblo veía en el emperador a un elegido de la providencia, era la providencia la que, de alguna manera, lo había escogido para gobernar el Imperio y defenderlo contra sus enemigos¹⁴¹.

Ahora bien, desarrollaremos a continuación la forma de gobierno de la monarquía absoluta, ya que ésta se desarrolla históricamente en la Europa Occidental a partir de las monarquías autoritarias que surgen al final de la Edad Media, con la crisis de las monarquías feudales y el predominio que adquiere el rey en relación a todos los estamentos; y al igual que en el Imperio Romano, el monarca tenía poder sobre sus súbditos en cuanto a su religión cristiana el dar curso al plan divino y consolidar un único Imperio romano cristiano ortodoxo.

II.1.4.1. Monarquía absoluta y estatismo.

La monarquía absoluta es una forma de gobierno de un Estado, se caracteriza en que el gobierno reside en una sola persona llamada rey o monarca el cual centraliza el poder y la riqueza.

El estatismo es la pretensión o tendencia de aumentar el poder en manos del Estado en lugar de en el monarca.

Resulta evidente que la energía de la monarquía absoluta en Europa occidental coincide en el tiempo con la emergencia de una economía-mundo europea. Pero *¿es su causa o es su consecuencia?* Se puede argumentar razonablemente a favor de ambas; por una parte, de no haber sido por la expansión del comercio y el acceso a la agricultura capitalista, difícilmente hubiera habido base económica para financiar las ampliadas estructuras burocráticas del Estado. Pero por otra parte, las propias estructuras de Estado fueron un importante apoyo del nuevo sistema capitalista (*por no mencionar que fueron su garantía política*).

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 180.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 182.

Existen varios argumentos diferentes acerca del papel del Estado en la empresa capitalista. Uno se refiere a su extensión; el segundo, a su impacto económico y un tercero a su contenido de clase¹⁴².

Archibald Lewis sugiere: Cuando el soberano ha entregado toda la tierra libre y no queda más, se le hace necesario recurrir a los impuestos, recuperando de otra forma la riqueza que anteriormente había hecho llover sobre su pueblo. Esta necesidad de impuestos a nivel nacional no llevó inmediatamente al “*absolutismo*”. Más bien, el soberano tuvo que crear el parlamento para obtener la asistencia de la nobleza en el proceso de imposición pero hasta el momento en que los gobernantes se sintieron suficientemente poderosos como para prescindir de tal asistencia¹⁴³.

Podría seguirse de ese análisis que, si la crisis económica llevó a un mayor poder de los monarcas, la expiación económica del siglo XVI habría tenido el efecto contrario, el primer siglo XVI, solo fue una era de pugnas imperiales, no de estados fuertes. Hasta después del fracaso del imperio no empezaron a surgir de nuevo los Estados fuertes. Y, de hecho, sería el siglo XVIII el que los historiadores conocieran como la era del absolutismo¹⁴⁴.

¿Cómo hicieron los reyes, que eran los directores del aparato de Estado en el siglo XVI, para fortalecerse? Utilizaron cuatro mecanismos fundamentales: burocratización, monopolización de la fuerza, creación de legitimidad y homogeneización de la población súbdita¹⁴⁵.

Si el rey se hizo más fuerte, fue incuestionablemente debido al hecho de que se hizo con un nuevo aparato: un cuerpo de funcionarios permanentes y subordinados. Así sabemos que una estructura burocrática de Estado es por sí misma insuficiente para delimitar los grandes cambios del siglo XVI. Mucha más para justificarlos. No obstante, el desarrollo de la burocracia de Estado fue crucial, dado que habría de alterar fundamentalmente las reglas del juego político, asegurando que en adelante

¹⁴² Wallerstein, Immanuel. *El Moderno Sistema Mundial*, Volumen I. *La Agricultura capitalista y los orígenes de la economía mundo europea del siglo XVI*, Ed. Siglo XXI, 1974. p. 187.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 190.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 191.

¹⁴⁵ *Ídem*.

las decisiones de la política económica no pudieran ser tomadas fácilmente sin pasar a través de la estructura del Estado¹⁴⁶.

La monopolización de la fuerza: es el mantener el poder de la fuerza de las armas y que estas solo puedan ser utilizadas en un marco normativo y de legalidad.

La legitimación no concierne a las masas sino a los cuadros. Cuando se dan estas circunstancias podemos llamar “*legítimo*” a nuestro régimen. Más aun, la legitimidad no es una cuestión resuelta de una vez por todas. Es una cuestión de compromisos constantes¹⁴⁷.

Una de las mayores indicaciones de éxito, así como un importante mecanismo en el proceso de centralización del poder, era el grado en que la población podía ser transformada, por un medio u otro, en un grupo culturalmente homogéneo.

Un monarca era absoluto en la medida en que tenía razonables posibilidades de prevalecer contra otras fuerzas en el seno del Estado al ocurrir confrontaciones políticas. Pero incluso los más fuertes estados en el siglo XVI se las veían y se las deseaban para mostrar un claro predominio dentro de sus fronteras en el terreno de la fuerza, o en el control de las fuentes de riqueza¹⁴⁸.

El absolutismo es la afirmación de la importancia fundamental de la supervivencia de Estado como tal. Lo primero es por definición un sentimiento de masas, lo ultimo por definición el sentimiento de un pequeño grupo de personas directamente interesadas en el aparato de Estado¹⁴⁹.

Absoluto da una idea equivocada, por supuesto aquella que los reyes intentaban transmitir. El absolutismo era un precepto retórico, no una afirmación seria. Tal vez fuera prudente quitar énfasis en la localización en la persona del rey, y hablar de simplemente un estado más fuerte o de una mayor estatalidad. Lo mejor sería llamar estatismo a esta ideología. El estatismo es la pretensión de aumentar el poder en manos del monarca absoluto. En el siglo XVI esto significaba poder en manos de monarca absoluto¹⁵⁰.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 192.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 202 y 203.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 204.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 204 y 205.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 207.

Un aspecto de esta cuestión es el grado en que el estado absoluto debería ser considerado como el último recurso de una aristocracia feudal enfrentada a la crisis del feudalismo, la deducción de los ingresos señoriales y el ataque de otras clases (la burguesía comercial, los yeoman¹⁵¹, los trabajadores agrícolas). Un punto de vista es el de Takahashi, que ve en el absolutismo tan solo un sistema de concentración de fuerza para contrarrestar la crisis del feudalismo que surge de este desarrollo inevitable¹⁵².

Un segundo punto de vista sostiene que sobre la política de la monarquía absoluta la aristocracia tenía una influencia considerable, tal vez determinante, pero que el monarca no era una simple extensión de las necesidades de esta aristocracia¹⁵³.

Fue el absolutismo del monarca lo que creó la estabilidad que permitía esta transferencia a gran escala de personal y ocupación sin que a la vez, al menos en este punto en el tiempo, se vinieran abajo las divisiones jerárquicas básicas de estatus y recompensa¹⁵⁴.

II.1.5. Teorías: Hobbes, Rousseau, Locke, el Estado.

Thomas Hobbes; para entender los relatos de este autor es importante tener en cuenta la coyuntura en la que se desenvolvía al momento de redactar.

La última crisis de la Guerra Civil se produjo en 1649, cuando Carlos I fue ejecutado, se suprimió la Cámara de los Lores (*nobles*), y Cromwell, que lideraba a todas las capas comerciales y burguesas, destruyó los principales vestigios del feudalismo en Inglaterra. Entre 1649 y 1658 se instauró la república o *Commonwealth* de Cromwell; Hobbes publicó el *Leviatán* en 1651.

Sus escrituras tienen una particularidad, son una especie de descripción de la división política de la época que está bien marcada por dos bandos: Por un lado “*Los Monárquicos*” (*Reales defensores de una monarquía absoluta de la mano de Dios*) y

¹⁵¹ Yeoman es un término usado para indicar una variedad de posiciones o clases sociales. En el décimo quinto siglo, un yeoman era también a granjero de estado social del acemite quién poseyó su propia tierra y lo cultivó a menudo sí mismo; un equivalente adentro Alemania es *Freibauer* (“*granjero del freehold*”). En este contexto el término es similar a Ruso *kulak*.

¹⁵² Wallerstein, Immanuel. “*Sistema Mundial*”, Op. Cit., nota n°. 142, p. 222.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 223.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 228.

“Los Parlamentarios” (quienes sostenían que la soberanía debía compartirse entre el rey y su pueblo).

Ese es el motivo por el cual, Hobbes, propone una forma de gobierno que acabe con esa guerra civil.

En su obra “*Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*”, habla de un Estado de naturaleza pre-social en el cual todos los hombres son iguales, pero se vive según las leyes de la naturaleza.

Esta es la causa de que si dos hombres desean la misma cosa, y en modo alguno pueden disfrutarla ambos, se vuelven enemigos, y en el camino que conduce al fin tratan de aniquilarse o sojuzgarse uno a otro. De aquí que un agresor no teme otra cosa que el poder singular de otro hombre; si alguien planta, siembra, construye o posee un lugar conveniente, cabe probablemente esperar que vengan otros, con sus fuerzas unidas, para desposeerle y privarle, no sólo del fruto de su trabajo, sino también de su vida o de su libertad. Y el invasor, a su vez se encuentra en el mismo peligro con respecto a otros¹⁵⁵.

Con todo ello es manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos¹⁵⁶.

Hobbes intenta deducir el Contrato Social en el que se fundaría la unidad social a partir del análisis de un estado natural reconstruido. Hoy, siguiendo a Mac-Pherson, se acepta que Hobbes tomó como punto de partida el modelo del actor individual orientado por su propio interés y guiado en su aplicación por lo que se ha llamado la norma de racionalidad utilitaria, según la cual las acciones de todos los hombres están determinadas por sus apetitos o aversiones, o más bien, por su cálculo de consecuencias probables, para la satisfacción de sus apetitos de cualquier acción que puedan emprender¹⁵⁷.

Al estado natural lo describe como un tipo de relación social en el que se ha dejado en suspenso la ley, esto es, toda norma que regule las relaciones

¹⁵⁵ HOBBS, Thomas. “*Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*”, traducción de Manuel Sánchez Sarto, 9^a reimp., Ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p.101.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p.102.

¹⁵⁷ AGAPITO, SERRANO, Rafael. “*Estado Constitucional y Proceso Político*”, Ed., Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 1989, p. 75.

interhumanas y en donde el único criterio vigente es el de la libertad entendida como “*ius in omnia*”; (el derecho individual de cada persona a todas las cosas) en consecuencia, el estado natural se entiende como un Estado de conflicto puro en el que los hombres interactúan sobre la base de la disposición a ejercer el poder y la violencia entre sí¹⁵⁸.

La pretensión de la filosofía política hobbesiana en concordancia con la concepción científica de su época, consiste en intentar deducir una obligación pública a partir de conductas fácticas (*deducir postulados morales a partir de afirmaciones sobre hechos*); la dificultad de esta pretensión negada en las teorías dominantes de la nueva ética a partir de Hume, reside en que intenta fundar el carácter general del reconocimiento de la autoridad política a pesar de entrar en conflicto con los intereses a corto plazo de los que introdujeron aquella obligación¹⁵⁹.

Hobbes intenta salvar tal dificultad introduciendo un supuesto previo general, que es el de la igualdad de todos los hombres respecto a la situación conflictiva que se da en el estado natural¹⁶⁰.

La igualdad es inherente a los hombres por lo que se refiere tanto a sus capacidades (*equality of ability*) como a las expectativas de satisfacción de sus necesidades (*equality of expectation of satisfying their wants*), afirma que las diferencias físicas existentes no bastan para asegurar a los más fuertes, no los maten los más débiles porque todos están dispuestos a realizar sus deseos y a evitar las privaciones¹⁶¹.

Hobbes considera que una igualdad de hecho establece una igualdad de derecho, sin introducir juicios de valor extraños o premisas morales. No prueba que el hecho implique el derecho; supone simplemente que lo implica porque no hay razón alguna en sentido contrario. Con este planteamiento radical se cancela la diferencia entre la “*prudential obligation* y la *political obligation*”. Base ésta en la cual

¹⁵⁸ Ídem.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 75.

¹⁶⁰ Ídem.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 76.

se articuló la naturaleza específica del pacto social y la escisión (rompimiento) extrema entre estado natural y Estado¹⁶².

El contrato acoge a todos los individuos sin discriminación en ningún aspecto particular. Tanto su exposición a los riesgos del estado natural como la sumisión propuesta en el Estado deben afectar a todos por igual; Hobbes describe una serie de elementos empíricos como componentes del poder que los individuos pueden ejercer¹⁶³.

El objetivo del Estado no es en sentido escrito asegurar la satisfacción de necesidades, sino sólo garantizar la paz, la seguridad como sustrato y condición de todas las dimensiones que continúe las relaciones sociales; el cumplimiento de este objetivo excluye la distinción, entre hombre y ciudadano¹⁶⁴.

El Estado natural reconstruido no es una hipótesis intemporal para Hobbes. Ese Estado natural se consigue dejando en suspenso la ley, pero no la conducta y los deseos que los hombres han adquirido socialmente¹⁶⁵.

El análisis de este tipo de sociedad que realiza Hobbes al reconstruir su modelo de Estado natural contiene una valoración crítica. La idea de que bajo estas condiciones se produce una situación de inseguridad general podría deberse a que Hobbes no percibió la capacidad de coacción social del mercado y la fuerza de la burguesía para imponer coacción política, que necesita como complemento el libre juego de fuerzas en el mercado. Desde luego la sociedad que observa Hobbes, en especial bajo la Guerra Civil, no parece continúe aún con suficiente fuerza como para estabilizar las relaciones sociales sobre la base del mercado¹⁶⁶.

Una explicación para la construcción del soberano que ofrece Hobbes, en la que mientras los hombres no han reconocido aún su verdadera esencia natural, que es adecuada a la sociedad de mercado de propietarios y a sus necesidades, han de someterse a una coacción política que ocupe hasta la llegada de esa comprensión el lugar de las coacciones de la sociedad de mercado¹⁶⁷.

¹⁶² Ídem.

¹⁶³ Ídem.

¹⁶⁴ Ídem.

¹⁶⁵ Ídem.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 77.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 77 y 78.

El concepto de poder lo establece Hobbes como el dominio de hombres sobre hombres; y en cuanto al estado natural Hobbes lo describe para él como una clara desconfianza sobre la efectividad de los mecanismos de la sociedad de mercado en el que todos los individuos se encuentran entre sí en el ámbito material como la reproducción de la vida y poseedores de capital (en general). Pero cuando más capital se exija para poder permanecer en el mercado, menos oportunidades tendrán los poseedores para mantenerse independientes, tendrá menos autonomía y cada vez más individuos se verán obligados a ofrecer su trabajo en el mercado, se llegará así a la ruptura de la sociedad sin poder reducirse a una producción independiente¹⁶⁸.

La razón se basa para Hobbes en el principio de la igualdad de todos los hombres, principio que opera de modo negativo cara a la parcialidad de lo empírico, a la relatividad de lo histórico, y que ha de desarrollarse de forma coherente a través del análisis y del razonamiento lógico. Aquí no sería correcto considerar la razón en un sentido respectivo, como mero cálculo utilitario¹⁶⁹.

El pacto reposa sobre un acuerdo formal entre todos los individuos, y cualquier teoría parcial o interés particular no serían sino contenidos sin justificación. Porque serían propios de una situación que cae dentro del estado de naturaleza. La legitimación del Estado, de soberano, sólo se apoya en esta referencia a los individuos históricos y empíricos, y de este modo se formula por primera vez de un modo nítido el principio democrático. La solución a que llega Hobbes consiste en un acuerdo general sobre la instauración de una instancia capaz de imponer la coacción necesaria para que quede en suspenso el conflicto inherente al Estado natural. Pero ésta coacción y la instancia capaz de aplicar sólo puede entenderse desde aquel criterio de racionalidad¹⁷⁰.

Según Hobbes (*veremos enseguida con relación al soberano y al contrato social*), el soberano ha de ser absoluto porque de otro modo estaría condicionado por

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 78.

¹⁶⁹ *Ídem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 79.

intereses o concepciones particulares, y ello no hará más que reproducir y llevar al extremo las condiciones del estado natural¹⁷¹.

El Contrato Social que maneja Hobbes no es entre pueblo y soberano ya que si así fuera el pueblo podría denunciar el contrato en caso de incumplimiento, y además que no sería posible pues entonces se reconocerían dos soberanos, y volvería a ser vigente una situación propia del estado natural¹⁷².

Tampoco cae el contrato en el derecho de resistencia, así que el que se mantiene como lógicamente vinculante a partir del análisis del estado natural es el de la concepción de la soberanía como absoluta¹⁷³.

Hobbes construye el “*Contrato Social*” como un contrato entre los individuos a favor de un tercero que es el soberano, quien por no ser parte del contrato no puede transgredirlo. La posición de Hobbes, da al soberano una fundamentación lógica frente a cualquier fundamentación moral e histórica, en cuanto a la fundamentación moral admite Hobbes que el soberano puede abusar del poder y poner en peligro la vida de sus súbditos, lo que ya no se entiende como inmoral, sino como irracional, pues en última instancia el poder soberano se deduce de las necesidades de la sociedad, y si el soberano se deduce de las necesidades de seguridad y libertad del individuo en el momento que deje de cumplir su función deja de existir el soberano, en este caso no hay derecho contra el soberano, solo la necesidad de restablecerlo, en consecuencia, el soberano no tiene que respetar derechos solo conducirse sabiamente¹⁷⁴.

En segundo lugar, Hobbes construye al soberano como una figura de realidad histórica, pues no puede ser una categoría abstracta, no puede legitimarse por referencia a criterios dinásticos o teológicos, pues aquí solo se justifica por referencia a los individuos, ha de entenderse entonces que el soberano es una persona física y real que está presente en la realidad histórica. Que el soberano sea real e histórico

¹⁷¹ Ídem.

¹⁷² Ídem.

¹⁷³ *Ibidem*, pp. 79 y 80.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 80.

es la razón de la utilización del término (*Leviathan*)¹⁷⁵ para designar al Estado, y es el Estado hobbesiano la presencia física del poder de la razón en el mundo histórico.

Con la deducción lógica del carácter absoluto del soberano, los derechos o la libertad de los individuos se hacen dependientes del Estado, en el sentido de que deben justificarse por referencia a un principio racional y no a una constelación histórica de intereses particulares y esto constituye la base de la legitimación universal democrática¹⁷⁶.

Hobbes propone un “*Contrato Social*” de sentido racionalista constructivo, en tanto que el de Locke el que asume un criterio carente de compromiso, reflejo de su ambivalencia de la idea que tiene del estado natural pues es al mismo tiempo natural e histórico, en el que no se parte del creio, ni se deja nada en supuesto, sino que recoge contenidos históricos particulares del momento, y dice que los derechos naturales tienen validez precontractual, por su misma naturaleza, y no institucionable con la que se pretende resolver las insuficiencias del estado natural; mientras para Hobbes es necesario el acuerdo entre todos para el contrato, para Locke, el contrato aunque se plantea al principio como general, se refiere de un modo especial a los propietarios, no a los individuos en general¹⁷⁷.

Por respeto al lector debemos precisar antes de seguir con este punto, que bien cierto es que como autores en el orden cronológico primero fue Montesquieu que Locke, sin embargo de poner estos párrafos siguientes después de Montesquieu, dejaríamos al lector sin poder dar lectura a la comparación entre Hobbes y Locke respecto de sus pensamientos.

Locke, fue un testigo y protagonista directo de una época convulsa. No vivió al margen de los acontecimientos del momento, al contrario, puso su pluma al servicio de ellos. En aquella época se sucedieron cambios en el aspecto intelectual, económico, social y político, que culminó en la segunda mitad del siglo XVIII en Europa con revoluciones de tipo industrial, social, política. La revolución inglesa del siglo XVII fue uno de los grandes momentos de la Historia. A pesar de que la persecución religiosa en Inglaterra fue probablemente menos intensa que en el resto

¹⁷⁵ *Leviatán. Monstruo marino.*

¹⁷⁶ AGAPITO, SERRANO, Rafael. “*Estado Constitucional y Proceso Político*”, Op. Cit., nota n°. 157, p. 80.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 86.

de Europa, ello no significa que no se dieran episodios de ostracismo, persecuciones, tortura y muerte.

Para Locke la base del poder civil está en el concepto de ley, y estima al poder legislativo como el superior, y considera que la libertad del hombre sometido a un poder civil consiste en disponer de una regla fija para acomodar a ella su vida, que esa regla sea común a cuantos forman parte de esa sociedad, y que haya sido dictada por el poder legislativo que en ella rige.

Locke le da preeminencia al legislativo por encima de los otros, en si el legislativo es omnipotente para Locke, en donde reside el poder civil, pero el legislativo está sometido a una doble delimitación, por un lado, no puede ir en contra de la constitución, que para Locke es la vinculación con el derecho común, y por el otro lado no puede ir contra sus representados pues su función es solo representar¹⁷⁸.

Locke se interna más en el concepto de Estado que Hobbes, y busca encontrar una distinción entre constitución y derecho político, la primera la ve como el derecho natural, la segunda como representada por el legislativo¹⁷⁹.

El concepto de Estado constitucional buscado por Locke, podemos decir que es definido como un modo de realizar en la historia el criterio de generalidad que fundamenta las relaciones sociales de un modo racional; este modo consiste en la distinción entre constitución y proceso político¹⁸⁰.

La constitución se puede definir por su referencia a unos derechos comunes, y por la diferenciación de las funciones y órganos del Estado¹⁸¹.

El proceso político se orienta en dar cabida a los sucesivos conflictos de intereses producto del desarrollo histórico, su rasgo esencial es el de acoger la solución general, de los conflictos entre intereses concretos¹⁸².

La distinción básica entre Constitución y proceso político es que el proceso político no pone en cuestión la orientación general del Estado, pues se halla establecida por la constitución de modo que los intereses que se representan son

¹⁷⁸ *Ibidem*, pp. 89 y 101.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p.101.

¹⁸⁰ *Ídem*.

¹⁸¹ *Ídem*. p.101.

¹⁸² *Ibidem*, p. 102.

concretos de los individuos y no intereses en forma global como concepciones totales sobre la sociedad y el Estado¹⁸³.

Mientras que para Hobbes el Estado se apoya en un principio democrático el de referir la racionalidad del necesario poder del Estado a todos los individuos, en calidad de seres empíricos e históricos, en el que los derechos, la libertad en general se hacen dependientes del Estado, para Locke, la fundamentación del Estado gana una nueva dimensión, la legitimación, y en cuanto a la dualidad de Locke, los derechos definidos como naturales, son para todos los individuos, derechos que no constituyen un construcción teórica sino que se entiende que proceden de la historia¹⁸⁴.

Locke al referirse sobre el origen convencional del poder político afirma que el único modo en que alguien se priva a sí mismo de su libertad natural y se somete a las ataduras de la sociedad civil, es mediante un acuerdo con otros hombres según el cual todos se unen formando una comunidad, a fin de convivir los unos con los otros de una manera confortable, segura y mejor protegidos frente a quienes no forman parte de dicha comunidad. *“El contrato Social”*¹⁸⁵.

El Contrato Social obliga al hombre a someterse a las decisiones de la mayoría y ser guiado por ellas, de modo que de no aceptarse la regla de la mayoría el Estado solo podría funcionar por medio del consentimiento de todos, así que el origen del estado es de naturaleza civil y no natural para Locke, así que afirma que lo que origina y constituye una sociedad política cualquiera es el consentimiento de una pluralidad de hombres libres que aceptan la regla de la mayoría y que acuerdan unirse e incorporarse a dicha sociedad, y afirma Locke que es esto y solo esto lo que da origen a los gobiernos legales del mundo¹⁸⁶.

Lo establecido en los dos párrafos anteriores es para Locke el origen del poder político estatal, además para él el Estado es un Estado de paz, igualdad y libertad, y la razón de agruparse los hombres es para conservar su propiedad (vida, libertad y posesiones), por tanto, son los riesgos de perder lo anterior por lo que los hombres

¹⁸³ Ibidem, pp. 102 y 103.

¹⁸⁴ Ibidem, pp. 106 y 107.

¹⁸⁵ BLANCO, VALDÉS, Roberto, I. *“El Valor de la Constitución”*, s-ed., Ed., Alianza, Madrid, 1994, p. 40.

¹⁸⁶ Ibidem, pp. 40 y 41.

pasan del estado de naturaleza a entrar en sociedad, así que la necesidad de las personas de preservar sus posesiones los lleva a la finalidad del poder político estatal por ello se unen en un Estado y se ponen bajo un gobierno¹⁸⁷.

En el estado natural falta en comparación al estado político, una ley establecida fija y conocida, un juez público e imparcial, y un poder que respalde y de fuerza a la sentencia cuando ésta es justa¹⁸⁸.

Locke distingue tres funciones constitutivas del Estado y las denomina como normativa, judicial y coactiva y para lograrlo es mediante la ley que se encuentra en una manera sobresaliente y no ha de ser ni inconstante, incierta desconocida o arbitraria, sino que debe de ser abstracta, general y determinada de antemano, pero para el mantenimiento de tal poder estatal se requiere la limitación del poder estatal, así que el poder de la sociedad o legislatura constituida por los hombres no puede ir más allá de lo que pide el bien común, sino que ha de obligarse a asegurar la propiedad de cada uno¹⁸⁹.

De lo anterior refiere Locke que quien ostente el supremo poder legislativo de un Estado está obligado a gobernar según lo que dicten las leyes establecidas, promulgadas y conocidas por el pueblo, y a resolver los pleitos de acuerdo con dichas leyes y a emplear la fuerza de la comunidad exclusivamente para que esas leyes se ejecuten dentro del país, así que los poderes de un Estado deben actuar sometidos al Imperio de la ley (refiere a *Estado de derecho*) permaneciendo separados¹⁹⁰.

Separación de poderes, límites y garantías del poder político.

Se ha dicho que para Locke el supremo poder es el legislativo, y decía que era imposible que un poder inferior prescriba lo que debe hacer un superior y es el poder más alto el que dicta las leyes¹⁹¹.

Para Locke son cuatro las limitaciones esenciales de este supremo poder legislativo, el primero es que no puede ser ejercido absoluta y arbitrariamente sobre las fortunas y las vidas de los pueblos, por ser un poder destinado a procurar el bien

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 41 y 42.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 42.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 43.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 44.

¹⁹¹ *Ídem*.

de la sociedad no puede tener derecho a esclavizar, destruir o empobrecer predeterminadamente a los súbditos, así que el legislativo ha de actuar con base a leyes públicas, generales y abstractas, garantías fundamentales de la libertad y la propiedad, límite básico del poder político¹⁹².

Una segunda limitación es que el poder supremo legislativo no tiene el poder de gobernar mediante decretos extemporáneos y arbitrarios, ya que debe administrar justicia y decir cuales son los derechos de los súbditos guiándose por leyes promulgadas y establecidas y sirviéndose de jueces autorizados es el principio de legalidad¹⁹³.

El tercero de los limitantes es el principio de libertad económica, según el cual el Poder Legislativo no puede apoderarse de la propiedad de un hombre sin el consentimiento de ese hombre¹⁹⁴.

Y la cuarta de las garantías es que la legislatura no puede transferir a nadie el poder de hacer leyes porque ese poder le ha sido conferido por el pueblo¹⁹⁵.

En cuanto a la doctrina, a la separación de poderes refiere Locke, que el separar los poderes legislativo y ejecutivo de un Estado busca una separación entre legislación y ejecución, no solo funcional sino orgánica, de modo que sea posible construir un sistema de garantías morales y jurídicas para salvaguardar el cumplimiento de las finalidades del poder político estatal (*conservación de libertad y de la propiedad*)¹⁹⁶.

Locke añade, que además del ejecutivo y legislativo debe existir otro poder que llama federativo, el que hace la guerra y la paz, establece ligas y alianzas, realiza tratos con otros estados y aunque el ejecutivo y federativo funcionalmente son diferentes se deben atribuir a un órgano común, pues el primero ejecuta las leyes del estado y el segundo cuida intereses de asuntos exteriores para que la comunidad no reciba de fuera daños, así que la distinción entre ejecutivo y federativo es funcional¹⁹⁷.

¹⁹² Ibidem, p. 45.

¹⁹³ Ídem.

¹⁹⁴ Ídem.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 46.

¹⁹⁶ Ídem.

¹⁹⁷ Ibidem, pp. 47 y 48.

Locke es omiso en mencionar en su doctrina al judicial, en este aspecto *Norberto Bobbio* deduce que para Locke la función judicial viene desempeñada por aquellos que hacen leyes; por su parte, Montesquieu establece que el juez es simplemente la boca de la ley¹⁹⁸.

Locke establece que el legislativo controla al ejecutivo (interno) y federativo (externo) y establece que el parlamento debe reunirse de forma ocasional o automático como consecuencia de las propias provisiones legislativas, así si las fechas de convocatoria de la asamblea no han sido establecidas en la constitución original el poder de la convocatoria recae en el poder ejecutivo no de manera arbitraria o a capricho sino en conformidad con el bien público y cuando las circunstancias y los cambios en asuntos de estado lo requieran¹⁹⁹.

A la facultad de convocar el ejecutivo al legislativo lo llama prerrogativa como poder que el príncipe tiene para procurar el bien del pueblo en aquellos casos en que por sucesos imprevisibles las leyes inalterables no pueden proporcionar una dirección segura; la prerrogativa es un poder arbitrario que se ha dejado en manos del príncipe para procurar el bien y no el mal del pueblo para preservar la propiedad y la libertad²⁰⁰.

Debemos agregar una garantía indispensable y no pensada pero acontecida siempre y cierta, el qué hacer, el cómo actuar, en casos no previstos por la ley expedida con anterioridad, actos que no por no estar contenidos en la ley no afectan ya que el hecho de no contemplarlos la legislación los actos que no afecten a la sociedad, aspecto éste que debe permitir se creen soluciones especiales para casos especiales mediante actos especiales del legislativo, bajo conciencias claras de las autoridades, es decir, si actos cometidos en agravio del pueblo no están previstos por leyes emitidas con anterioridad a la comisión de los actos, se debe entonces emitir leyes que hagan con base en no violentar criterios básicos preestablecidos de control constitucional pero, que permitan sacar adelante los problemas no normados.

El entorno socio-político en el cual nace Rosseau, ha sido caracterizado como conflictivo y revolucionario. En 1727 entró a trabajar de aprendiz de grabador en el

¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 48 y 49.

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. 50 y 51.

²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 51 y 52.

taller de *Ducommun*, cuyos tratos brutales provocaron en él actitudes antisociales. Y de 1732 a 1737, se dice que Rousseau gozó de una vida agradable, ordenada e intensamente cultural: leyó, escribió, aprendió, enseñó y compuso música. De 1742 a 1752, se entregó a la vida mundana y a la conquista de la fama, en ese lapso descubrió la injusticia social y aprendió a despreciarla. Escribió el contrato social, en este expuso sus argumentos para la libertad civil y ayudó a preparar la base ideológica de la Revolución Francesa al defender la voluntad popular frente al derecho divino.

Juan Jacobo Rousseau, rompe radicalmente con el pensamiento medieval y moderno, condena la monarquía y la aristocracia, establece la invitación de los pueblos a liberarse de las cadenas que lo mantenían oprimido.

Juan Jacobo Rousseau²⁰¹ odia a la civilización, su religión es la naturaleza, su filosofía el deísmo naturalista, sus ideas vulgares o falsas afectaban a la sociedad de su tiempo²⁰².

En tanto que un pueblo está obligado a obedecer y obedece, hace bien; tan pronto como puede sacudirse el yugo, y lo sacude, obra mejor aún, pues recobrando su libertad con el mismo derecho con que le fue arrebatada, prueba que fue creado para disfrutar de ella.²⁰³ La primera convención que se debe establecer es entre los hombres mismos para garantizar la igualdad y la libertad de todos, para ello era necesario:

“Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de los asociados, y por lo cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental cuya solución da el Contrato Social”²⁰⁴.

Juan Jacobo Rousseau, el más influyente pensador de su época, y defensor de los derechos populares frente a la monarquía; su obra *El Contrato Social (publicada en 1762)*, plasma ideas de Lokhe (sic.) consideraba Rousseau que el hombre

²⁰¹ Juan Jacobo Rousseau era protestante (nació en Ginebra en 1712, murió en 1778) de origen de una familia protestante francesa, tuvo mala educación de juventud errante, fue lacayo, caballero, funcionario público, maestro de música, vida mundana en París; por escribir la obra Emilio (para fundar la nueva sociedad hay que formar a los niños en los principios de la naturaleza), el Parlamento de París le expulsó de Ginebra, estuvo en Alemania e Inglaterra antes de regresar a Francia. Francisco, MONTES DE OCA, *Literatura Universal*, 29ª ed., México, Porrúa, 1990, p. 197.

²⁰² MONTES DE OCA, Francisco, *Literatura Universal*, 29ª ed., Ed., Porrúa, México, 1990, p. 197.

²⁰³ ROUSSEAU, Juan, Jacobo. *“El Contrato Social”*, 12ª ed., Ed., Porrúa, México, 2000, pp. 3 y 4.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 9.

reconquistaría su libertad natural, superando el esclavismo derivado del despotismo sólo en un Estado Democrático; para él los órganos legislativos desempeñan un papel decisivo y la libertad se conserva en la medida que el pueblo crea y acata las normas de la conducta dentro de la comunidad política²⁰⁵.

La fuente del poder y base de la democracia está en la voluntad general en que coinciden los deseos particulares; esta teoría de los revolucionarios franceses, justificó la “*tiranía del pueblo*” sobre los reyes; después se convirtió en parte, de la doctrina democrática contemporánea²⁰⁶.

Rousseau no fue partidario de la división del poder sostenida por Montesquieu, pero sostuvo el ideal de una democracia directa, y decía que la soberanía única e indivisible radica en el pueblo, y que los diputados, no están facultados para adoptar decisiones definitivas ya que éstas adquieren validez sólo cuando los ciudadanos las ratifican mediante referéndum (votación); sostenía que el poder gubernamental surge por mando del pueblo, quien en cualquier momento puede cambiar la forma de gobierno y sustituir a sus mandatarios²⁰⁷.

Juan Jacobo Rousseau atribuyó al pueblo la plenitud de la soberanía del Estado e impulsó el desarrollo del pensamiento democrático, en tanto que Voltaire y Montesquieu se quedaron el primero, en el marco del absolutismo ilustrado, y de la monarquía constitucional, el segundo²⁰⁸.

El principal error político de Rousseau en su Contrato Social consistió en llamar indistintamente al pueblo el ejército de la soberanía, quien aún cuando tenga el derecho a ello, debe considerársele menor que por si mismo no es capaz de sostenerla necesitando por su ignorancia o incompetencia la voz de sus tutores o representantes, es decir, a quien elijan por considerar apto para el cargo; el pueblo de que se habla, dice *Luis Villoro*, es el representado en los ayuntamientos por hombres honrados de cierta educación y posición social en cada villa (*municipio*), excluidos naturalmente, los indios y las castas²⁰⁹.

²⁰⁵ ZURITA, LAGUNES, Juan. “*Derechos del Pueblo Mexicano, Historia Constitucional 1847-1917*”, s-ed., Ed., H. Cámara de Diputados, XLVI Legislatura del Congreso de la Unión, 1967, tomo II, México, p. 222.

²⁰⁶ Ídem.

²⁰⁷ Ídem, pp. 222 y 223.

²⁰⁸ Ídem, pp. 223, 234 y 235.

²⁰⁹ Ídem, p. 234.

En cuanto al Pacto Social Rousseau lo define de la siguiente forma. Para Rousseau cuando los hombres no pueden sobrevivir en el estado natural, es necesario que el género humano pereciera si no cambia su manera de ser²¹⁰.

Las cláusulas de este contrato están determinadas por la naturaleza del acto, y la menor modificación las haría inútiles y sin defectos, de manera que, aunque no hayan sido jamás formalmente enunciadas, son en todas partes las mismas y han sido en todas partes tácitamente reconocidas y admitidas, hasta tanto que, violado el pacto social, cada cual recobra sus primitivos derechos y recupera su libertad natural, al perder la convencional por la cual había renunciado a la primera²¹¹.

Estas cláusulas, se reducen a una sola, a la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, porque, primitivamente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; y siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás²¹².

El acto de asociación convierte al instante a la persona particular en un cuerpo normal y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual recibe de este acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad²¹³.

La persona pública que se constituye así por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de Ciudad, hoy el de República o Cuerpo político, el cual es denominado Estado cuando es activo, Potencial en comparación con sus semejantes²¹⁴.

Los asociados toman colectivamente el nombre de Pueblo y particularmente el de ciudadanos como partícipes de la autoridad soberana, y súbditos por estar sometidos a las leyes del Estado. Estos términos se confunden a menudo, siendo tomados el uno por el otro; basta saber distinguirlos cuando son empleados con toda precisión²¹⁵.

La magistratura puede ser compuesta de un mayor o menor número de miembros, y la relación del soberano con los súbditos es más grande cuando más

²¹⁰ ROUSSEAU, Juan, Jacobo. *“El Contrato Social”*, 2ª reim., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Nuestros clásicos, México, 1979, p. 20.

²¹¹ *Ibidem*, p. 21.

²¹² *Ídem*.

²¹³ *Ibidem*, p. 22.

²¹⁴ *Ídem*.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 23.

numeroso es el pueblo y por analogía el Gobierno respecto de los Magistrados siendo la fuerza total del gobierno la del Estado, por lo que cuando más uso se hace de esta fuerza sobre sus propios miembros menos le queda para ejercerla sobre todo el pueblo; luego mientras más numerosos son los magistrados más débil es el gobierno²¹⁶.

En la persona del magistrado se distinguen tres voluntades: 1. La propia del individuo que tiende solo a su interés particular; 2. La común de los magistrados, que se relaciona únicamente con el bien del príncipe, se puede llamar voluntad de corporación, ésta es general con respecto al gobierno y particular al Estado del que forma parte el magistrado; y 3. La voluntad del pueblo o soberana, que es general con relación al Estado considerado como el todo, como con respecto al gobierno considerado como parte de ese todo²¹⁷.

En una legislación perfecta la voluntad particular debe ser nula; la voluntad del cuerpo propia del gobierno muy subordinada, y la general o soberana dominante y única pauta de todas las demás; pero en el orden natural es lo contrario, las voluntades se hacen más activas a medida que se concretan; la voluntad general es la más débil, la del cuerpo ocupa el segundo rango y la particular el primero, de manera que en el gobierno cada miembro se considera primero en sí mismo, luego como magistrado y por último como ciudadano²¹⁸.

El orden social exige graduación opuesta a la referida, por eso cuando todo el gobierno descansa en un solo hombre, la fusión de las voluntades particular y general se hacen voluntad perfecta y alcanza el mayor grado de intensidad posible, y como del grado de voluntad dependen el uso de la fuerza, y la fuerza absoluta del gobierno es la de uno solo.

Por el contrario, si se une el gobierno a la autoridad legislativa y se hace soberano de todos los ciudadanos al príncipe, la voluntad del cuerpo confundida con la voluntad general no tendrá más actividad que ella, y deja la particular en el

²¹⁶ *Ibidem*, p. 80.

²¹⁷ *Ídem*.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 81.

ejercicio de toda su fuerza, de modo que el gobierno siempre con la misma potencia absoluta estará en el *mínimum (lo mínimo)* de fuerza relativa o de actividad²¹⁹.

Cuando más se extiende el Estado más aumenta su fuerza real aún cuando no sea en razón de su extensión; pero como el Estado permanece en él mismo al multiplicarse los magistrados, el gobierno no adquiere mayor fuerza real puesto que esta fuerza es la del Estado, cuya medida es siempre igual; por consecuencia la fuerza relativa o la actividad del gobierno disminuyen sin que su fuerza absoluta o real pueda aumentar, así es como el gobierno se debilita a medida que los magistrados crecen, y también que mientras más numeroso sea el pueblo aumente más la fuerza reprimente.

El soberano puede confiar el depósito del gobierno a todo el pueblo o su mayoría de modo que haya más ciudadanos magistrados que particulares, es la democracia; puede también reducir o limitar el gobierno depositándolo en manos de los menos de manera que resulten más ciudadanos que magistrados es la aristocracia; por último, si se concentra todo el gobierno en un solo magistrado de quien los demás reciben el poder hablamos de monarquía o gobierno real²²⁰.

La democracia y aristocracia son susceptibles del más o del menos y tienen gran latitud, ya que la primera puede ejercerse por todo el pueblo o limitarse a un poco arriba de la mitad hasta llegar a un número insignificante indeterminado; la segunda es susceptible de alguna participación, como Esparta que tuvo constantemente dos reyes por su constitución, y Roma hasta ocho emperadores a la vez sin que por ello el imperio estuviera dividido; pero existe un punto en que cada forma de gobierno se confunde con la siguiente hasta ser susceptible de tantas formas diversas como ciudadanos tiene el Estado; pero además se puede éste mismo gobierno desde ciertos puntos de vista subdividir en otras formas administradas de cierta manera una y otras de otra²²¹.

Puede resultar de las tres formas (democracia, aristocracia y monarquía) combinadas, una multitud de formas mixtas, cada una de las cuales es multiplicable por todas las simples; formas de gobierno sobre las que se hace la pregunta de cuál

²¹⁹ Ídem.

²²⁰ *Ibidem*, p. 84.

²²¹ Ídem.

es la mejor, sin considerar que cada una de ellas es la mejor en ciertos casos y estados y la peor en otros, siendo que el gobierno democrático conviene a los pequeños estados, el aristocrático a los medianos y el monárquico a los grandes²²².

En cuanto a la democracia es evidente que quien hace las leyes debe saber mejor que nadie como ejecutarlas e interpretarlas; según esto se podría considerar que no puede haber mejor constitución que aquella en la cual el poder ejecutivo estuviese unido al legislativo, pero ello haría al gobierno incapaz porque lo que debe ser distinguido, no lo sería y se confundiría el príncipe con el cuerpo soberano, existiendo un gobierno sin gobierno, ya que no es bueno que quienes hacen las leyes las ejecuten, ni que el cuerpo del pueblo distraiga su atención de las miras generales para enfocarlas a los casos particulares²²³.

Lo más peligroso es la influencia de los intereses privados en los negocios públicos, y es entonces el abuso de las leyes por el gobierno menos nocivo que la corrupción del legislador, ya que al alterarse el estado en su parte esencial hace cualquier reforma imposible; luego entonces, un pueblo que no abusa del gobierno, no lo hará tampoco de su independencia, un pueblo gobernado siempre bien, no tiene necesidad de ser gobernado (*sometido*). La democracia no puede existir donde gobiernan más que los que son gobernados²²⁴.

El pueblo gobernado con democracia o popular, es el más propenso a guerras civiles y agitaciones intestinas y a cambiar de forma, y exige más vigilancia y valor para sostenerse; bajo este sistema debe el ciudadano armarse de fuerza y constancia y repetir:

“Si hubiera un pueblo de Dioses, se gobernaría democráticamente.

Un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres”²²⁵.

En cuanto a la aristocracia es una forma de gobierno que tiene dos personas morales muy distintas: El gobierno y el soberano, y por ende dos voluntades generales, una con relación a los ciudadanos y otra con respecto a los miembros de la administración, de modo que aunque el gobierno pueda arreglar como le plazca su

²²² *Ibíd.*, p. 85.

²²³ *Ibíd.*, p. 86.

²²⁴ *Ídem.*

²²⁵ *Ibíd.*, p. 88.

régimen interno no puede jamás hablarle al pueblo sino en nombre del soberano, o sea del pueblo mismo²²⁶.

Existen tres clases de aristocracia, la natural, la electiva y la hereditaria, la primera es de pueblos sencillos; la tercera constituye el peor de todos los gobiernos y la segunda es la mejor, es la aristocracia propiamente dicha; la que a parte de la ventaja de la distinción de los dos poderes tiene la de elegir a sus miembros; pues en tanto que en el gobierno popular todos los ciudadanos nacen magistrados, en éste están limitados a un pequeño número y llegan a serlo sólo por elección, medio por el cual la probidad, la ilustración, la experiencia y todas las demás razones de preferencia y de estimación públicas, vienen a ser otras tantas garantías de que se estará sabiamente gobernado²²⁷.

En las asambleas los asuntos se discuten mejor, se despachan con más orden y diligencia, y el crédito del Estado está mejor sostenido porque es lo mejor que los más sabios gobiernen las multitudes cuando se está seguro de que las gobernarán en provecho de ellas y no de ellos.

En cuanto a las conveniencias particulares no es preciso que el Estado sea tan pequeño, ni el pueblo tan sencillo y recto, que la ejecución de las leyes proceda inmediatamente de la voluntad pública como en una buena democracia, ni tampoco es necesaria una nación tan grande que los jefes esparcidos para gobernarla puedan separarse del soberano que comenzando por declararse independientes, terminen por convertirse en amos²²⁸.

La aristocracia exige menos virtudes que el gobierno popular que exige la moderación en las riquezas y satisfacciones a los pobres, una igualdad rigurosa no tiene cabida en la democracia; y si en la aristocracia se tolera desigualdad en las fortunas, porque en general la administración de los negocios públicos está confiada a que los mejores puedan dedicar a ella su tiempo, y no, como decía Aristóteles que los ricos sean siempre preferidos²²⁹.

²²⁶ Ibidem, p. 89.

²²⁷ Ibidem, pp. 89 y 90.

²²⁸ Ibidem, p. 90.

²²⁹ Ibidem, p. 91.

En la monarquía un individuo representa a una colectividad de manera que la voluntad del pueblo, la del príncipe, la fuerza pública del Estado y la particular del gobierno responden al mismo móvil; no existen en la monarquía mecanismos opuestos que se destruya naturalmente²³⁰.

En la monarquía la voluntad particular mayor impera y domina con más facilidad, pero no se encamina al bien público sino al personal, los reyes quieren ser absolutos y para lograrlo, ocupan el amor de su pueblo²³¹.

Para que un Estado monárquico pueda ser bien gobernado necesita que su extensión o grandeza esté en relación con el que gobierna, ya que si no será mal gobernado, es decir, si es más grande de lo que puede atender el rey, o más pequeño de los proyectos del rey el Estado sufre²³².

Entre monarquía y república la diferencia es que en la última el gobernante asciende por voto y se cree es el mejor preparado, en cuanto que en la monarquía el gobernante asciende por intrigas o chismes y es un mediocre por lo general que al gobernar lo refleja, y por ser peligroso que el Estado se quede sin gobernante a la muerte del rey, es que la transmisión del poder sea hereditaria en ciertas familias y evitar la disputa del poder pero esto da el riesgo de tener por gobernantes a niños, imbéciles o monstruos²³³.

La falta de coherencia, la inconstancia del gobierno monárquico, que sigue un plan y luego otro, según el carácter del príncipe o de los que en el Estado reinan, el no tener un objeto fijo ni una conducta consecuente, hace que el Estado vacile, cuestión que no acontece donde hay una Corte o un Senado, pues en la Corte hay mas astucia y en el Senado mas sabiduría, por ello avanza mejor una República, ya que además en la monarquía cada revolución en su ministerio produce otra en el Estado²³⁴.

Sin embargo, a nuestra consideración en la actualidad tan idiota, monstruosa o imbécil, el gobernante que por monarquía llega al poder que el que en la democracia arriba al poder, pues el voto popular por lo menos en México no es razonado, es

²³⁰ *Ibidem*, p. 92.

²³¹ *Ibidem*, p. 93.

²³² *Ibidem*, p. 95.

²³³ *Ibidem*, pp. 95 y 96.

²³⁴ *Ibidem*, p. 97.

emitido por odio, coraje o castigo, y el que es impulsado para ser candidato en este sistema democrático mexicano, no es por lo general gente estudiada, sino gente inculta que tiene medios económicos en su gran mayoría de los casos provenientes de manera ilícita, como el narcotráfico, los fraudes, o los robos al mismo erario del Estado cuando han ocupado el poder.

Para Rousseau la Institución del Gobierno no es un contrato y lo define al decir que establecido el Poder Legislativo, se debe proceder a establecer el ejecutivo, porque éste obra solo por actos particulares, y es de naturaleza distinta, por eso el Ejecutivo debe estar separado del Legislativo²³⁵.

De ser posible que el soberano, considerado como tal, tuviera el poder ejecutivo, el derecho y hecho serían de tal suerte confundidos que no se podría saber lo que era una ley y lo que no era; y el cuerpo político, así desnaturalizado, sería en breve presa de la violencia contra la cual había sido instituido²³⁶.

Siendo todos los ciudadanos iguales por el Contrato Social, todos pueden prescribir lo que es deber de todos, pero ninguno tiene derecho de exigir a otro que haga lo que él no hace. Este es el derecho indispensable para la vida y movimiento del cuerpo político, y que el soberano otorga al príncipe al instruir el gobierno²³⁷.

Su obra de Rousseau El Contrato Social, pretende acabar con la sociedad abusiva que conoce, para reemplazarla por otra basada en la naturaleza, “Los hombres libres e iguales se unen por un contrato, despojándose voluntariamente de sus derechos en beneficio de la colectividad y promulgan leyes que son expresión de la voluntad general y por tanto obligatorias, de modo que el pueblo constituido en sociedad es soberano absoluto; el que no obedezca a la voluntad general se sale de la comunidad y es digno de muerte²³⁸”.

²³⁵ Ibidem, p. 129.

²³⁶ Ídem.

²³⁷ Ídem.

²³⁸ MONTES DE OCA, Francisco. “*Literatura Universal*”. Op. Cit., nota n°. 202, p. 197.

II.1.6. La función del Estado en la teoría de Kant.

Immanuel Kant. (1724 1804)²³⁹. La justicia es para Kant el respeto a los máximos valores del hombre (*libertad, igualdad y dignidad*). Por ello define el derecho como “*el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de un individuo puede coexistir con el arbitrio de otro, bajo una ley general de libertad*”²⁴⁰.

Su sistema de filosofía política y jurídica se sustenta en lo que se conoce como iusnaturalismo (*estado de naturaleza, contrato social, sociedad civil*), y lo que le preocupa es como explicarlo racionalmente. Para poder entender esto hace una división general del derecho.

1º. El derecho, como ciencia sistemática, se divide en derecho natural, que se funda en principios puramente a priori, y en derecho positivo (*reglamentario*), que tiene como principio la voluntad del legislador.

2º. El derecho como facultad (*moral*) de obligar a los otros, es decir, como título legítimo (*titulum*) contra ellos, de donde se deriva la división precedente, derecho natural y derecho adquirido. El primero es el que a cada uno corresponde naturalmente, independientemente de todo acto de derecho; el segundo por el contrario, no puede existir sin un acto de esta naturaleza²⁴¹.

A esta concepción jurídica corresponde una idea del estado como “*Una unión de una pluralidad de hombres bajo leyes jurídicas*”. Por tanto, la única función estatal es garantizar el cumplimiento del derecho²⁴².

Respecto del derecho como voluntad general idea en que son coincidentes Friedrich, Rouseau y desde luego Kant, quien además en su imperativo categórico Kantiano establece que:

“*Obro siempre según una máxima tal que pueda elevarse a la ley de observancia universal*”²⁴³.

El concepto del derecho es puro para Kant, aunque orientado hacia la práctica, es decir, a su aplicación a los casos que ocurren en la experiencia; en cuanto al problema moral del derecho afirma Kant que la norma ética es interna con base en la

²³⁹ IBARRA, SERRANO, Francisco, Javier. “*La Justicia*”, Ed., Guerrero, Cia., A.C., México, 1992, pp. 80 y 109.

²⁴⁰ Ídem.

²⁴¹ KANT, Immanuel. “*Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*”, 1ª reimp., Ed., UNAM., México, 1978, p. 41.

²⁴² IBARRA, SERRANO, Francisco. “*La Justicia*”, Op. Cit., nota n°. 239, p. 109.

²⁴³ Ídem.

conciencia fuera de la cual toda acción acorde a una ley pertenece al campo legal en una yuxtaposición mas que en una tajante separación²⁴⁴.

La teoría del derecho y la de la virtud no se distinguen por sus diferentes deberes, sino por las diferencias en la legislación que una a ambos impulsos con la ley²⁴⁵.

II.1.7. El Federalista, Hamilton, Madison y Jay.

El Federalista es una colección de artículos escritos en tres periódicos de la ciudad de Nueva York, en los que el punto central fue la Constitución de los Estados Unidos de Norte América²⁴⁶. Esta obra es la expresión de la idea de Hamilton de sustituir una Confederación por una Constitución federal²⁴⁷; en ella, se mencionan los principios fundamentales de la constitución como el *gobierno limitado*²⁴⁸. La base que una Constitución tiene sentido, como acotamiento de competencias y facultades del gobierno²⁴⁹.

Los artículos hablan del sistema representativo, el estado federal, el régimen de división de poderes, el sistema presidencial, los derechos fundamentales del ciudadano y la creación de un Poder Judicial independiente capaz de asegurar el equilibrio de todo el sistema; la dualidad de la cámara legislativa y la unidad del Ejecutivo; la ineficiencia de la federación, y la necesidad de crear una constitución que permita continuar con la Unión de Estados, y el beneficio que para todos los Estados representa esa unión²⁵⁰.

Es necesario un gobierno siempre y al instituirse es necesario que el pueblo le ceda algunos de sus derechos naturales para investirlo de los poderes necesarios; por ello, es necesario al pueblo Norteamericano decidir si crean un gobierno federal o varias confederaciones concediéndoles poderes que se aconseja mejor sean puestos en un solo gobierno nacional²⁵¹.

²⁴⁴ Ídem.

²⁴⁵ Ídem.

²⁴⁶ HAMILTON, MADISON Y JAY. *“El Federalista”*, 2ª ed., 1ª reimp., Ed., Fondo de Cultura Económico, México, 1947, p.

I.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. IX.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. XII.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. XXIII.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 1.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 6.

Es muy probable que la humanidad se habría visto finalmente obligada a vivir siempre sometida al gobierno de una sola persona, de no haber inventado una especie de Constitución que tiene todas las ventajas internas del gobierno republicano junto a la fuerza externa del monárquico (*la República Confederada*)²⁵².

Esta forma de gobierno es una convención por la que varios pequeños estados acceden a ser miembros de uno mayor, que se proponen formar. Es una reunión de varias sociedades para formar una nueva, susceptible de ampliarse por medio de nuevas asociaciones, hasta conseguir el grado de poder necesario para defender la seguridad de ese cuerpo unido²⁵³.

Los Poderes de la Unión los dividieron en dos clases, en la primera hablamos de dar seguridad contra el peligro extranjero, regula las relaciones con países extranjeros, mantenimiento de la armonía y de las relaciones adecuadas entre los Estados, diversos objetos de utilidad general, prohibición a los Estados de ciertos actos perjudiciales, y medidas para dar a los poderes la eficiencia debida que requieren²⁵⁴.

La segunda incluye las reglas al gobierno del intercambio con las naciones extranjeras, como celebrar tratados, enviar y recibir embajadas, definir y castigar los actos de piratería, otros delitos cometidos en altamar y las infracciones al derecho internacional, arreglar el comercio extranjero, categoría que constituye un obvio y esencial sector del gobierno federal²⁵⁵.

Otra serie de cláusulas a favor del gobierno federal, se compone por restricciones a las facultades de los Estados, es que se encargará de vigilar que ningún estado realice ningún tratado, alianza o confederación, conceda patentes de corso (guerra de barcos), represalias, acuñar moneda, legalizar otros objetos de pago de deudas más que el oro y la plata, no emitirá decreto alguno que conceda pena si no es mediante juicio ante los tribunales, ni ley que menoscabe las

²⁵² *Ibidem*, p. 34.

²⁵³ *Ídem*.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 170.

²⁵⁵ *Ibidem*, pp. 176 y 177.

obligaciones derivadas de los contratos, ni concederá títulos de nobleza, y la prohibición de los tratados, alianzas y confederaciones²⁵⁶.

Solo podrá el Congreso expedir todas las leyes que requiera para hacer efectivo el cumplimiento de la Constitución de los Estados Unidos, en la aplicación de esta última función se aplica el axioma que donde se hace obligatorio el fin se hace indispensable el medio²⁵⁷.

La Unión se encargará de ver que la constitución y las leyes que de ella emanen y los tratados celebrados con arreglo a la misma sean ley suprema y se apliquen aun por encima de las constituciones y leyes estatales que se le opongan, que se jure la constitución por todos los funcionarios de la unión y los estados de que la respetarán, y los departamentos ejecutivo y judicial vigilarán el cumplimiento de la constitución²⁵⁸.

Para lograr la división de poder que estatuye la Constitución debe idearse una estructura constitutiva interior del gobierno de modo que sean sus distintas partes constituyentes por sus relaciones mutuas, los medios de conservarse unas a otras en sus sitios²⁵⁹.

Pero como el gobierno es de hombres para gobernar a hombres la gran dificultad es capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados y luego obligarlo a que se regule a sí mismo²⁶⁰.

Lo que se soluciona con un sistema representativo, el régimen de división de poderes, los derechos fundamentales del ciudadano y la creación de un Poder Judicial independiente la necesidad de crear una constitución que permita continuar una Unión de Estados²⁶¹.

II.1.8. Democracia y la teoría de Alexis de Tocqueville.

Alexis Charles Henri Maurice Clerel de Tocqueville, francés de nacimiento, en 1848 acudió a Estados Unidos del Norteamérica y escribió una obra llamada la “*Democracia en América*”. Esta consta de dos partes; en su primera sección, ésta

²⁵⁶ Ibidem, p. 189.

²⁵⁷ Ibidem, p. 193.

²⁵⁸ Ibidem, p. 194.

²⁵⁹ Ibidem, p. 219.

²⁶⁰ Ibidem, p. 220.

²⁶¹ Ibidem, p. 1.

describe el funcionamiento de los tres poderes, mientras que en la segunda traza su teoría del Estado democrático²⁶².

Tocqueville refiere que el Poder Legislativo del Estado está confiado a dos asambleas, la primera el Senado, cuerpo legislativo poco numeroso. También puede ser un cuerpo administrativo y judicial que toma parte en la administración de varias maneras según las diferentes constituciones pero al intervenir en la elección de los funcionarios entra ordinariamente en la esfera del ejecutivo, participa en el Poder Judicial al sentenciar ciertos delitos políticos y causas civiles²⁶³.

La segunda es la Cámara de representantes, la cuál no participa en nada en el poder administrativo y sólo toma parte en el Poder Judicial cuando se acusa a funcionarios públicos ante el senado. Los miembros de ambas cámaras están sometidos casi en todas partes a las mismas condiciones de elegibilidad. La diferencia es que el mandato de los senadores es más largo que el de los representantes²⁶⁴.

Dividir la fuerza legislativa hace más lento el movimiento de las asambleas políticas y crea un tribunal de apelación para la revisión de las leyes. Estas son, según Tocqueville, las ventajas que ofrece la constitución de las dos Cámaras Propuestas en los Estados Unidos²⁶⁵.

En los Estados Unidos, Pensilvania trató de establecer una asamblea única, la que Franklin había aceptado, pero pronto se vieron obligados necesariamente a cambiar la ley y constituir dos cámaras²⁶⁶.

El Poder Ejecutivo tiene por representante al gobernador o magistrado supremo quien ejerce algunos de sus derechos y está colocado al lado de la legislatura como un moderador y un consejero, quien es ejecutor natural de todas sus voluntades para todos los asuntos que interesan a la nación²⁶⁷.

²⁶² DE TOCQUEVILLE, Alexis. *“La Democracia en América”*. Ed., Porrúa, 1957, México, pp. IX y XXVI.

²⁶³ *Ibidem*, p. 76.

²⁶⁴ *Ídem*.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 77.

²⁶⁶ *Ídem*.

²⁶⁷ *Ibidem*, pp. 77 y 78.

El gobernador es un magistrado electivo a efecto de que permanezca siempre en una estrecha relación de dependencia con la mayoría que lo crea²⁶⁸.

La centralización es una palabra de la que no se cita su significado con exactitud, pero existen sin embargo dos clases de centralización²⁶⁹.

La centralización gubernamental adquiere inmensa fuerza cuando se añade a la centralización administrativa de manera que se obliga a los individuos a hacer abstracción completa y continua de su voluntad, a obedecer, no en una sola vez o un punto sino todos los días, domándolos por la fuerza y sus costumbres²⁷⁰.

Francia, bajo Luis XIV, tuvo la más grande centralización gubernamental concebible dado que el mismo hombre hacía las leyes generales, las interpretaba, representaba a Francia en el exterior y obraba en su nombre. Inglaterra era una potencia donde la centralización gubernamental era muy alta, el Estado se movía dentro de ella como un solo hombre llevando a voluntad a donde le placía, pero no tenía centralización administrativa²⁷¹.

La centralización administrativa era considerada para envenenar a los pueblos que se sometían a ella por tender a destruir entre ellos el espíritu de ciudad²⁷².

En los Estados Unidos no existía centralización administrativa, pero existía centralización gubernamental en el más alto punto, pues en cada estado hay solo un cuerpo que hace leyes, existe un solo poder que pueda crear la vida política, y sus límites en su accionar son su propia voluntad, al lado de ella, y bajo su mano, se encuentra colocado el representante del poder ejecutivo que con ayuda de la fuerza material constriñe a los descontentos a la obediencia²⁷³.

Los partidarios de la centralización en Europa sostenían que el poder gubernamental administra mejor las localidades que ellas mismas, pero solo cuando el poder central es ilustrado y las localidades carecen de cultura, cuando son inertes y el poder central tiene la costumbre de actuar y ellas de obedecer.

²⁶⁸ Ibidem, p. 78.

²⁶⁹ Ídem.

²⁷⁰ Ibidem, p. 79.

²⁷¹ Ídem.

²⁷² Ibidem, p. 80.

²⁷³ Ibidem, pp. 80 y 81.

A veces la centralización desesperadamente llama a los ciudadanos en su ayuda y les dice en silencio:

“Obrarás como yo quiera en tanto que quiera, en el sentido que quiera, te encargarás de esos detalles sin aspirar a dirigir el conjunto, trabajarás en tinieblas, y juzgarás más tarde mi obra por sus resultados”²⁷⁴.

Entre los norteamericanos, la fuerza que administra el Estado, es menos reglamentada, culta e instruida pero cien veces más grande que en Europa, pues no hay país en el mundo donde los hombres hagan tantos esfuerzos para crear el bienestar social; lo que hace que las ventajas políticas que los norteamericanos obtienen del sistema de la descentralización, sean mejores que las de un sistema central²⁷⁵.

Hay que considerar que en Europa hay naciones donde el habitante se considera colono indiferente al destino del país que habita, los más grandes cambios pueden acaecer en su país sin su concurso, no sabe todo y solo de algunas situaciones se entera por casualidad, la fortuna de su aldea, la limpieza de su calle y la suerte de su iglesia no le importan, piensa que ello corresponde al gobierno, pero por el contrario disfruta de ciertos bienes como un usufructo que el gobierno le otorga²⁷⁶.

Cuando un Estado llega a tal extremo es necesario que modifique sus leyes y costumbres o muera, porque han muerto ya las virtudes públicas, los ciudadanos y únicamente quedan los súbditos; una nación en tal colapso está lista para ser conquistada y si no, desaparecen de la escena del mundo, ya que están rodeadas de naciones parecidas o inferiores a ella²⁷⁷.

Pero es de tener cuidado ya que las naciones que antes bien se defendieron por sus ciudadanos no lo hicieron por su ciudad, sino por la gran creencia de la religión, así las poblaciones turcas tomaron parte en la dirección de los negocios de la sociedad; sin embargo, realizaron grandes empresas que vieron el triunfo de la religión de Mahoma en las conquistas de los sultanes²⁷⁸.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 83.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 84.

²⁷⁶ *Ibidem*, pp. 84 y 85.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 85.

²⁷⁸ *Ídem*.

Así entonces el verdadero poder de los hombres está en el concurso libre de voluntades y solo hay en el mundo el patriotismo o la religión para hacer caminar durante largo tiempo hacia un mismo fin a la totalidad de los ciudadanos en una nación²⁷⁹.

En los Estados Unidos el habitante se liga a cada uno de los intereses de su país como suyos mismos con sentimiento análogo al que se experimenta por la familia, y es por una especie de egoísmo que se interesa por el Estado²⁸⁰.

Por su parte el europeo solo ve en el funcionamiento público la fuerza, y el norteamericano la ve en el derecho; lo que da a considerar que en Norteamérica el hombre jamás obedece al hombre, solo a la ley y a la justicia²⁸¹.

En Estados Unidos cuando un gran crimen se comete, espontáneamente forman comités para perseguir al culpable y entregarlo a los tribunales; en Europa, el delincuente es un infortunado que esquiva a los agentes del poder y la población asiste de cierto modo a la lucha. En Norteamérica, es un enemigo del género humano y tiene contra sí a todos; en una aristocracia se tiene siempre la seguridad de mantener cierto orden aún en el seno de la libertad, ya que los gobiernos tienen mucho que perder si el orden se altera por ello, para ellos, el orden es de gran interés²⁸².

En la revolución francesa se dieron dos movimientos en sentido contrario, uno favorable a la libertad y el otro al despotismo. La revolución se pronunció al mismo tiempo contra la realeza y contra las instituciones provinciales, confundió en el mismo odio a todo lo que había precedido al poder absoluto y a lo que podía atenuar sus rigores; fue a la vez republicana y centralizante, tal doble carácter fue un hecho en el que se ampararon con gran cuidado los amigos del poder absoluto, cuando defienden la centralización administrativa²⁸³.

En cuanto al Poder Judicial se estimó que ninguna nación del mundo constituyó el Poder Judicial de la misma manera que los norteamericanos, ya que no hay acontecimiento político en el cual no se intente invocar la autoridad del juez,

²⁷⁹ *Ibidem*, pp. 85 y 86.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 86.

²⁸¹ *Ídem*.

²⁸² *Ibidem*, p. 87.

²⁸³ *Ibidem*, pp. 88 y 89.

por lo que en los Estados Unidos el juez es uno de los primeros poderes políticos, han conservado en el Poder Judicial todas las características que por costumbre se le reconocen. Lo encerraron exactamente en el círculo que le es privativo²⁸⁴.

La característica número uno del Poder Judicial entre todos los pueblos es servir de árbitro; para que actúen los tribunales es indispensable que haya litigio, para que haya juez es necesaria la existencia de un proceso y siempre que una ley no de lugar a una demanda el Poder Judicial no puede ocuparse de ella²⁸⁵.

La segunda característica del Poder Judicial es de pronunciarse sobre casos particulares y no sobre principios generales, ya que cuando un juez decide una cuestión particular, destruido un principio general sobre la certidumbre que tiene sobre él, si cada una de las consecuencias de dichos principios son abordadas de la misma forma, el principio se hace estéril y permanece en su círculo natural de acción²⁸⁶.

La tercer característica del Poder Judicial es no actuar más que cuando se acude a él o, según la expresión legal cuando se le somete una causa. Esta característica no se encuentra tan generalmente como las otras dos, pero a pesar de las excepciones se la puede considerar como esencial²⁸⁷.

Los norteamericanos reconocen en los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la constitución más que sobre las leyes. Por lo que en los Estados Unidos de América es reconocido el Poder Judicial por todos los poderes; en cambio Francia, su Constitución es una obra inmutable y ningún poder puede cambiarle en nada; en Inglaterra se reconoce al parlamento el derecho de modificar la constitución, esto es, la constitución puede cambiar sin cesar, o más bien no existe, el Parlamento al mismo tiempo que es un cuerpo legislativo, es un cuerpo constituyente²⁸⁸.

En América del Norte las teorías políticas son más sencillas y racionales y la constitución no es considerada inmutable como en Francia ni puede ser modificada por los poderes ordinarios de la nación como en Inglaterra; forma un cuerpo aparte

²⁸⁴ *Ibidem*, pp. 90 y 91.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 91.

²⁸⁶ *Ídem*.

²⁸⁷ *Ibidem*, pp. 90 y 91.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 92.

que representa la voluntad de todo el pueblo, obliga lo mismo a legisladores que a ciudadanos, pero puede cambiar por voluntad del pueblo según la forma establecida y en los casos previstos²⁸⁹.

Si en Francia los tribunales pudieran desobedecer las leyes basados en considerarlas anticonstitucionales el poder constituyente estaría en sus manos, porque solo ellos gozarían del derecho de interpretar la constitución, cuyos términos nadie podría cambiar, solo ellos, por lo que es mejor depositar la facultad de modificar la constitución en representantes del pueblo y no en los que representen la voluntad de si mismos.

En los Estados Unidos la constitución está sobre los legisladores y por encima de los mismos ciudadanos, es la primera ley y no puede modificarla otra, de ahí que los tribunales la obedezcan por encima de todas las leyes²⁹⁰.

Los norteamericanos han confiado a los tribunales un gran poder político, pero al obligarlos a no atacar las leyes sino por medida judicial han disminuido los peligros de ese poder, de manera que el juez al resolver un interés particular es cuando por causalidad lesiona una ley pero no lo hace directamente, es decir, no ataca a los legisladores de manera inmediata pues ocupa la lesión que la ley de que se trate realiza a un particular para de tal manera, lesionar indirectamente a la ley pero con una justificación suficiente²⁹¹.

El juez norteamericano no juzga a la ley, sino a un proceso, ya que la cuestión política que tiene que resolver está unida al interés de los litigantes y no puede rehusarse a fallar sin cometer injusticia. De esta manera, la censura ejercida por los Tribunales a la legislación no puede extenderse sin distinción a otras leyes²⁹².

Otros poderes concedidos a los jueces norteamericanos son extendidos a otros servidores públicos cuando son acusados por los particulares. Esto busca que un ciudadano no pueda atacar a un gobernante por cualquier motivo²⁹³.

La primer Unión de los Estados Unidos, no funcionó, razón que dio origen a buscar una nueva constitución²⁹⁴. En la Federación norteamericana, se llegó al

²⁸⁹ Ídem.

²⁹⁰ Ibidem, p. 93.

²⁹¹ Ibidem, p. 94.

²⁹² Ibidem, pp. 94 y 95

²⁹³ Ibidem, pp. 96 y 97.

acuerdo que el Derecho común era de los Estados, y la excepción el de la Federación, razón que obligó a crear una alta corte federal para mantener la división de poderes entre el gobierno federal y los gobiernos de los Estados²⁹⁵.

En los Estados Unidos de Norte América, los pueblos entre sí solo son individuos y se unifican en un gobierno único para tener más oportunidad de defensa ante los extranjeros, razón por la que exclusivamente a la Unión se le concedió el derecho de hacer la paz o la guerra, firmar tratados de comercio, formar ejércitos y equipar las flotas. Aunque no se niegue la importancia de los gobiernos interiores existen ciertas necesidades que solo puede manejar un gobierno único²⁹⁶.

Así, los Estados Unidos forman tanto una república como una confederación. La Unión tiene un solo Tribunal para interpretar leyes y un solo cuerpo legislativo para hacerlas y los impuestos votados por los representantes de la nación obligan a todos los ciudadanos. De ahí que la Unión sea un conjunto de repúblicas confederadas²⁹⁷.

La organización de los poderes de la Unión se compuso en buena medida a partir de los lineamientos ya trazados por las constituciones de los estados. El cuerpo legislativo se conformó de dos cámaras, una del Senado y una de Representantes²⁹⁸. Así, al quererse establecer la constitución federal, dos intereses opuestos chocaron: Por una parte, el que sostenía que la Unión fuera una liga de estados independientes; por la otra parte, los intereses que deseaban reunir a todos los habitantes de las antiguas colonias inglesas en un solo y mismo pueblo, dándoles un gobierno que pudiera actuar dentro de ella, como el único y solo representante de la nación²⁹⁹.

Cada Estado debía enviar dos senadores al Congreso y un número proporcional a sus habitantes a la cámara de Representantes, de forma que la minoría de la nación o los estados pequeños pudieran frenar los actos del Senado,

²⁹⁴ *Ibidem*, pp. 106 y 107.

²⁹⁵ *Ídem*.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 107.

²⁹⁷ *Ídem*.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 109.

²⁹⁹ *Ídem*.

situación contraria a un régimen gubernativo constitucional³⁰⁰. Entre el Senado y los Representantes las diferencias de esencia son la elección. Los representantes son nombrados por el pueblo, mientras que los senadores son elegidos por las legislaturas de los Estados. De este modo, los representantes son de elección directa, mientras que los senadores son elegidos a través de una elección en dos grados. Primero se elige a la legislatura y la legislatura es quien elige al Senado. Los representantes duran dos años, mientras que los senadores están seis años en sus cargos. Asimismo, los representantes tienen la competencia de poder acusar a los funcionarios³⁰¹.

Al crear los legisladores al Poder Ejecutivo, tuvieron cuidado de no darle tanta fuerza que aquel no pudiera imponer su voluntad o capricho pero, a la vez, no le quitaron la fuerza de poder y estabilidad de actuar libremente³⁰². La armonía entre Ejecutivo y Legislativo se logró a través del veto presidencial, el que puede frenar las leyes de la legislatura. Esta competencia es temporal, ya que lo que en verdad hace es obligarles a que revisen la legislación propuesta de nueva cuenta, corrijan sus fallas, para luego ser aprobadas por las dos terceras partes de la cámara³⁰³.

En cuanto al Poder Judicial de la Unión, los legisladores advirtieron la necesidad de que las leyes de la Unión no fueran aplicadas por jueces locales, razón por la que crearon un Poder Judicial Federal³⁰⁴. Así que el Poder Judicial de la Unión se concentró en una asamblea llamada Corte Suprema y a ésta se le adscribieron tribunales interiores encargados de juzgar las causas poco importantes aunque con plena soberanía³⁰⁵. Asimismo, se fijó que la Corte decidiera sobre todas las cuestiones de competencia³⁰⁶. De este modo, fue establecido que la Corte Suprema conociera de todo proceso que nazca de las leyes de los Estados Unidos, es decir, siempre que se quiera atacar a las Leyes de los Estados Unidos, o invocarlas para defenderse³⁰⁷.

³⁰⁰ ídem.

³⁰¹ ídem, p. 111.

³⁰² ídem, p. 112.

³⁰³ ídem, p. 113.

³⁰⁴ ídem, p. 131.

³⁰⁵ ídem, p. 132.

³⁰⁶ ídem, p. 133.

³⁰⁷ ídem, pp. 135 y 136.

En cuanto a los partidos políticos de Norte América, a Tocqueville no le fue ajeno su estudio. Una de sus primeras observaciones fue que los partidos pequeños carecían de fe política, pues no se sentían elevados ni sostenidos por grandes objetivos. Su carácter llevaba el sello de un egoísmo que se manifestaba ostensiblemente en todos sus actos. Su lenguaje era violento y su marcha tímida e insegura. Tanto los medios que empleaban como los fines que se proponían eran miserables en la visión de Tocqueville³⁰⁸. Los grandes partidos -sostenía el pensador francés- transforman la sociedad, mientras que los pequeños sólo la agitan³⁰⁹.

II.1.9. Tablas. Características Estado y Estado de derecho: Platón, Sócrates, Roma Imperial, Monarquía absoluta, Estatismo Hobbes, Rousseau, Locke, Kant, Hamilton, Madison, Jay; y, Tocqueville.

Estado.

** Referencia sobre la tabla siguiente.*

<div style="display: flex; justify-content: space-between; align-items: center;"> <div style="text-align: left;"> <p>↓ Características</p> </div> <div style="text-align: right;"> <p>→ Autor</p> </div> </div>	Platón.	Sócrates.	Platón y Sócrates (elementos duales).	Roma Imperial.	Monarquía Absoluta.	Estatismo.	Hobbes.	Rousseau.	Locke.	Kant.	Hamilton, Madison y Jay.	Alexis de Tocqueville.
Territorio.	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Sociedad.	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Legislador.	X	X	X				X	X	X	X	X	X
Leyes justas y auto explicativas (sencillas).	X	X	X				X	X	X	X	X	X
El estado debe letrar al ciudadano.	X											
El ciudadano debe servir al Estado.	X											X
División de magistraturas (poder).	X										X	X
Democracia.	X										X	X
Aristocracia.		X		X	X							
Leyes divinas no del hombre.				X	X							
Se vive en estado natural.							X					

³⁰⁸ OSSORIO Y FLORIT, Manuel, et, al, "Enciclopedia Jurídica Omeba, Real-Retr", Bibliográfica Omeba, s-ed., Ed., Diskill, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1987, t. XXIV, p. 378.

³⁰⁹ Ídem.

* La tabla es elaboración propia del tesista con los datos obtenidos de las lecturas de este trabajo.

Estado de derecho.

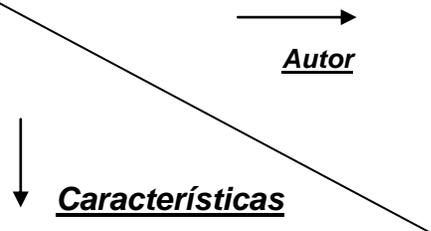
* Referencia sobre la tabla siguiente.

<div style="text-align: center;"> </div>	Platón.	Sócrates.	Platón y Sócrates (elementos duales).	Roma Imperial.	Monarquía Absoluta.	Estatismo.	Hobbes.	Rousseau.	Locke.	Kant.	Hamilton, Madison y Jay	Alexis de Tocqueville.
	Territorio.	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Sociedad.	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Legislador.	X	X	X				X	X	X	X	X	X
Ley la mayúscula importancia.	X	X	X									
Leyes justas.	X	X	X				X	X	X	X		
Libertad restringida solo por la ley.		X										
El estado debe letrar al ciudadano.	X											
El ciudadano debe servir al Estado.	X											
División de magistraturas (poder).	X										X	X
Gobierno de cultos (Políticos cultos) Platón Demócratas, Sócrates Aristócratas.	X	X	X									
Ciudadanos con las mismas igualdades.		X										
Milicia.		X										
Libertad restringida por la ley.		X									X	X
Sin gobierno tiránico.	X	X	X				X	X	X	X	X	X
Política como el arte de gobernar.	X	X	X									
Régimen democrático.	X										X	X
Régimen aristocrático.		X										
Emperadores son enviados de Dios.				X								
Iglesia tiene poder en el pueblo.				X								
Juristas para hacer la ley (divina).				X								
Justicia divina.				X								
No hay estado de derecho.				X		X						
Rey.					X	X						
Nace en el siglo XVIII.					X							
Centralización del poder en el Rey.					X							
Funcionarios permanentes.					X							
Ideología, derecho divino.					X							
Burocratización, monopoliza la fuerza, crea la legitimidad, homogeneización de la población súbdita, como control del territorio					X							
El rey se aumenta el poder y acapara el control de riquezas y el orden del territorio.						X						

* La tabla es elaboración propia del tesista con los datos obtenidos de las lecturas de este trabajo.

Estado de derecho.

* Referencia sobre la tabla siguiente.

	Platón.	Sócrates.	Platón y Sócrates (elementos duales).	Roma Imperial.	Monarquía Absoluta.	Estatismo.	Hobbes.	Rousseau.	Locke.	Kant.	Hamilton, Madison y Jay.	Alexis de Tocqueville.
Antinacionalista.						X						
Contrato social desde un estado natural.							X					
Estado natural como un tipo de relación social.							X					
La obligación pública se deduce de conductas fácticas.							X					
Estado natural por aplicación de la razón.							X					
Defiende los derechos populares frente a la monarquía.								X				
Partidario del ideal de una democracia directa.								X				
Basa el origen del conocimiento en la experiencia y la sensación.									X			
Preeminencia del legislativo.									X			
El origen del poder político estatal radica en un Estado de paz, igualdad y libertad.									X			
Divide las funciones del estado en normativa, judicial y coactiva.									X			
El ejecutivo sólo ejecutar la leyes.									X			
El legislativo controla al ejecutivo.									X			
Define la justicia como respeto a los máximos valores del hombre.										X	X	
La norma es la ética interna, a diferencia de la ley deriva de acciones.										X		
Poder judicial independiente.										X	X	X
Ejecutivo sólido.										X	X	X
Leyes emitidas por el legislativo.										X	X	X
Respeto a los derechos fundamentales.										X	X	X
Constitución como máximo poder.										X	X	
La ley es el mando.										X	X	X
Poder legislativo. Senado y Cámara de representantes.											X	
Añade la centralización administrativa.											X	X
Señala la descentralización administrativa.											X	X

* La tabla es elaboración propia del tesista con los datos obtenidos de las lecturas de este trabajo.

Recapitulación.

Vimos en la parte segunda del capítulo anterior que los derechos fundamentales son subjetivos, que corresponden universalmente a los seres humanos, y son libertad, igualdad, respeto a la dignidad, etcétera y los debe otorgar el Estado; ahora en este capítulo en su parte primera se ve como Sócrates, Platón y otros griegos definieron Estado y Orden jurídico; para Platón y Sócrates el Legislador debía crear leyes que soporten cualquier problema y cuiden al pueblo, que sean justas y correctas y considerar a la ley auxiliada por la virtud de la palabra, esto es del lenguaje.

Maquiavelo y el Estado, Hobbes, el “Estado Natural”; Rousseau, el “Contrato Social”; Locke “lo máximo es la ley”; Montesquieu la “división de poder”; Kant “el Estado es la legislación emitida”; Toqueville la “Democracia en América”; Madison, Hamilton y Jay, “El Federalista”, los anteriores conceptos y obras nos permiten concluir que Maquiavelo fundó el concepto moderno de Estado; Hobbes vió igualdad entre los hombres, no hay razón para que un hombre se considere superior a otro, en ello es donde debe versar el orden normativo; Jacobo Rousseau, da por sentado que todo hombre hace pacto con el gobierno para que los rijan las leyes; Locke estimó el concepto de la ley como soberano como absoluto en el mando del Estado que otorga la base del poder civil; Luis de Secondat estableció la idea de separación de funciones del Estado; Manuel Kant, vio la concepción de Estado basada en la legislación emitida; Alexis de Tocqueville expresa las ventajas de la descentralización para gobernar; Hamilton, Madison, y Jay vieron lo máximo en la constitución.

Para Platón, Sócrates, Hobbes, Rousseau, Locke, Kant y Tocqueville, Hamilton, Madison y Jay; las características del Estado son territorio, individuos, gobierno, leyes y del Estado de derecho leyes justas, igualdad, libertades individuales, debe gobernar la razón de la ley y no el hombre, respeto a los derechos fundamentales; la constitución máximo poder legal del Estado.

En la parte 2 de este capítulo se revisará el Estado constitucional, el alcance de la constitución el Control meta-material de la jurisdicción de tribunales de control de la Constitución, el Estado de derecho; el liberal; el liberal de derecho; el social; y el Constitucional que analiza Häberle.

CAPÍTULO II.

Parte 2. Estado constitucional.

II.2.1. Derecho constitucional, origen de la norma imperio.

El derecho constitucional es una rama del derecho público que tiene su origen en la soberanía popular que se manifiesta en forma de autolimitación y autodeterminación con la reserva de ciertos derechos públicos para el gobernado. Además, establece la selección de la forma de gobierno de un país, organiza sus atribuciones, da forma a las relaciones entre esos órganos de poder y la relación del Estado con los gobernados y de éstos con aquél³¹⁰.

Para *Sánchez Bringas*, el derecho constitucional es la actividad científica que estudia la naturaleza y los principios de la norma constituyente, entendida como reguladora de la validez del orden normativo, de las bases organizativas del Estado y de los fenómenos políticos de la sociedad³¹¹. No debemos confundir el derecho constitucional con la ciencia política ya que ésta estudia el fenómeno del poder del Estado, ni confundirlo con la teoría del estado, ya que ésta estudia el fenómeno estatal, ni confundirla con el derecho electoral, pues este derecho estudia los procedimientos electorales³¹².

El derecho constitucional, para Jorge Carpizo, es la disciplina que estudia las normas que configuran la forma y sistema de gobierno, la creación, organización y atribuciones de las competencias de los órganos del propio gobierno y garantiza al individuo un mínimo de seguridad jurídica y económica³¹³. La norma constitucional, es fundante o principal. Por encima de ella no existe otra, es decir, es norma imperio. La norma constitucional es, en ese sentido, autónoma, ya que por sobre ella no hay otra.

³¹⁰ RAMÍREZ, FONSECA, Francisco. *Manual de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Ed., PAC., Publicaciones Administrativas y Contables S.A., México, 1983, p.18.

³¹¹ SÁNCHEZ, BRINGAS, Enrique. *Derecho Constitucional*, Op. Cit., nota n°. 4, pp. 44 y 45.

³¹² *Ibidem*, p. 45.

³¹³ *Ibidem*, p. 37 y 38.

II.2.2. Alcance de una Constitución.

La concepción actual de los derechos fundamentales, se caracteriza por una doble calificación de tales derechos. Por un lado, se conciben como derechos subjetivos de libertad, dirigidos al Estado; y, por otro, como normas objetivas de principios o decisiones valorativas que tienen validez para todos los ámbitos del derecho. De esta forma, los derechos fundamentales rigen en la práctica como principios supremos del ordenamiento jurídico en su conjunto, no sólo en la relación del individuo con el poder público, sino también en las relaciones recíprocas de los actores jurídicos particulares, limitando la autonomía privada. Al mismo tiempo, los derechos fundamentales rigen como mandatos de actuaciones y deberes de protección para el Estado³¹⁴.

En este sentido, es de gran atractivo el debate en torno al alcance de la constitución mantenido entre *Ernst Wolfgang Bockenforde* y *Robert Alexy*. El debate se centra en tres puntos esenciales. En primer lugar, se objeta que los derechos fundamentales en tanto que principios, están abiertos a las más diversas y variables interpretaciones.

En segundo lugar, se aduce contra el modelo neoconstitucional que una teoría de los principios estructuralmente coincidente con una teoría de los valores, conduce a la destrucción de la libertad individual en sentido liberal, ya que ésta quedaría sometida a los valores³¹⁵.

La última objeción contra el modelo neoconstitucionalista expresa el temor de que este modelo conduzca a un inadmisibles desplazamiento de poder desde el parlamento a los tribunales de justicia, especialmente al Tribunal Constitucional³¹⁶.

II.2.3. Totalitarismo constitucional, una visión de Robert Alexy.

Si las prescripciones materiales de una constitución se entienden como un orden objetivo de valores que tienen validez para todos los ámbitos del derecho, entonces la constitución sanciona unas determinadas convicciones político-éticas, atribuyéndoles una validez jurídica general, y discrimina a los que se oponen a

³¹⁴ CRUZ, M. Luis. "Estudios Sobre el Neoconstitucionalismo". Op. Cit., nota n°. 61, pp. 59 y 60.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 61.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 62.

aquéllas. La Constitución no garantiza ya la libertad de una forma incondicionada a través de una delimitación jurídico-formal, sino sólo la que cabe dentro del sistema de valores³¹⁷.

La verdadera cuestión es si, en el caso en que se vuelva discutible, puede ser mantenido o creado por un mandato de la constitución o del derecho, que en la mayoría de los casos, se establece mediante una mayoría ¿No se abre, entonces, la puerta a un totalitarismo constitucional? ¿Qué clase de seguridad tiene un pueblo que se cree obligado a fijar como inmutable, con la coacción del derecho, los llamados valores fundamentales de la regulación de la vida y de su organización política, tanto para sí mismo como para las generaciones futuras, a las que con ello están negándoles desde el principio el reconocimiento de su propia madurez?³¹⁸

Los derechos fundamentales, como derechos de libertad frente al Estado, abarcan solamente una parte de la definición Kantiana del derecho, ya que en ellos no se hace compatible la libertad de uno con el otro en términos generales, sino únicamente la del ciudadano particular con la del Estado. La calificación adicional como normas fundamentales objetivas hace, por el contrario, que los derechos fundamentales cubran por completo la definición kantiana y con ello el ámbito del derecho. Consiguientemente, la constitución deja de ser ordenamiento jurídico fundamental del Estado y se convierte en ordenamiento jurídico fundamental de la comunidad³¹⁹.

El modelo constitucional o de visión de un nuevo o neo constitucionalismo de Alexy se apoya en tres puntos:

1. Los derechos fundamentales constituyen principios compatibles con la racionalidad de la ponderación.
2. En segundo lugar, debe haber una adecuada comprensión de la doble dimensión de los derechos fundamentales, otorgando una primacía a la dimensión subjetiva.
3. En tercer término, tomando como punto de partida la distinción entre orden marco y orden fundamental, Alexy intenta hacer compatibles ambos órdenes en un mismo concepto de constitución, mediante la elaboración de lo que denomina una

³¹⁷ *Ibidem*, p. 70.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 71.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 72.

“dogmática de los márgenes de acción”, la cual hace posible una adecuada armonización entre los principios materiales y los formales³²⁰.

II.2.4. Control meta-material de la jurisdicción antigua de los tribunales de control de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ya no aplica únicamente contenidos previos de la Constitución, sino que se convierte en el órgano de la concretización jurídico-creativa de la Constitución. Su tarea deja de ser *“jurisdicción aplicadora del derecho para convertirse en jurisdicción relativa a la Constitución en sentido antiguo, jurisdicción anterior a la separación entre creación y aplicación al derecho”*³²¹.

Si la Constitución es orden jurídico fundamental de la comunidad, si tiene una función dirigente universal, entonces es también función del Tribunal Constitucional la determinación de las posiciones jurídicas singulares, en la medida en que se trate de contenidos jurídicos sustanciales. Dado que los pre-establecidos constitucionales son indeterminantes, del Tribunal Constitucional se convierte, en su labor de concretización de su alcance y de modo específico, en el señor de la Constitución³²². En ese sentido el Estado de derecho, de acuerdo con su significado fundamental, busca siempre limitar y restringir el poder y el dominio del Estado a favor de las libertades del individuo³²³.

II.2.5. Papel de los Tribunales de control constitucional.

Entre los elementos materiales de una constitución de tal tipo se encuentran tanto las normas ius-fundamentales como la determinación de los fines del Estado. El núcleo de su parte procedimental está constituido por las normas sobre el procedimiento legislativo. En la constitución, el marco es lo que está ordenado y prohibido, lo que se confía a la discrecionalidad del legislador, lo que no está ni ordenado ni prohibido. Es, en otras palabras, lo que se encuentra en el interior del marco. El margen de acción del legislador es aquí de tipo estructural, ya que hace

³²⁰ Ibidem, p. 77.

³²¹ Ibidem, p. 72 y 73.

³²² Ibidem, p. 74.

³²³ Ídem.

referencia a la estructura de las normas de la constitución. Junto a dicho margen de acción, Alexy considera que existe otro tipo: el margen de acción epistémico o cognitivo, que deriva no de los límites de lo que la Constitución ordena o prohíbe *“sino de los límites de la capacidad para reconocer lo que la constitución, por una parte ordena, es decir, lo que confía a la discrecionalidad legislativa”*³²⁴.

Según Alexy el concepto de orden fundamental puede concebirse de forma cuantitativa o cualitativa. Así, una Constitución es un orden fundamental en sentido cuantitativo cuando no confía nada a la discrecionalidad del legislador.

Los márgenes de acción aparecen, de esta forma, limitados y controlables, lo cual justifica la institucionalización de una jurisdicción constitucional. Sin embargo, con dicha institucionalización no se termina de solucionar el problema del control. Todavía se corre el peligro real de que el Tribunal Constitucional se deslice hacia un paternalismo judicial que podría dar como resultado la transición del Estado legislativo parlamentario a un Estado de potestad jurisdiccional del Tribunal Constitucional³²⁵.

La Constitución ordena y prohíbe ciertas acciones mediante las normas iusfundamentales y los principios formales estableciendo así tanto un orden marco como un orden fundamental. De este modo, se dejan abiertos márgenes de acción, estructurales y epistémicos, confiando una cierta discrecionalidad al legislador para la concretización de los derechos fundamentales. Así, el modelo teórico-constitucional propuesto por Alexy logra una articulación, siempre en tensión entre la legislación, la constitución y el Tribunal Constitucional³²⁶.

II.2.6. Desformalización de la Constitución, ¿nuevo paradigma?

La cultura constitucional de un país se manifiesta en su Constitución: Será libre si la Constitución apuesta por la libertad, democrática si lo hace por la democracia, o autoritaria si establece una Constitución con rasgos propios de un autoritarismo. Donde no existe una cultura constitucional, tampoco existirá una Constitución que funcione como base y norma para el Estado y la vida política. Lo que podrá haber es

³²⁴ *Ibidem*, p. 85.

³²⁵ *Ibidem*, p. 87.

³²⁶ *Ibidem*, p. 89.

una fachada constitucional, pero detrás de ellas los factores decisivos serán el programa y la organización de un partido, las intervenciones familiares de un clan gobernante o las alianzas y rivalidades de una junta militar. Una Constitución, en el sentido moderno, aparece como un orden jurídico del Estado y la vida política, independiente de tales estructuras.

Sin embargo, la cultura constitucional no se manifiesta únicamente por la Constitución. Para entender dicha cultura es preciso observar también cómo se lleva a cabo la relación entre la legislación, la administración, el poder judicial y la ciencia jurídica. En este sentido, el funcionamiento de la legislación y la administración depende en gran medida del tipo de supervisión al que están sujetos por parte del poder judicial. Depende también, a su vez, de la actividad de este poder como intérprete de la Constitución y de su estrecha relación con el análisis y la crítica realizados por la ciencia jurídica³²⁷.

La Constitución incorpora *“del pluralismo de fines y valoraciones, que toman forma concreta en los partidos políticos, ciertos principios fundamentales para el diseño del Estado, los cuales, cuando son aprobados de forma democrática, deben ser reconocidos como valores absolutos y por ello defendidos firmemente contra todo ataque”*³²⁸. Precisamente, a través de estos valores fundamentales, el Tribunal define el concepto de un orden fundamental libre y democrático, entendido como *“un orden que, bajo la exclusión de cualquier forma de violencia y arbitrariedad, representa la soberanía del Estado de derecho, que se alza sobre los principios de la autodeterminación de los pueblos, de la decisión de la mayoría, de la libertad, y de la igualdad”*³²⁹.

Esta concepción de Estado de derecho, entendido como Estado constitucional de derecho, ha sido criticada desde prácticamente los comienzos de la andadura de la Constitución de la República Federal de Alemania. Como señala Alexy, la crítica al modelo constitucionalista de Estado de derecho no ha proporcionado un contra-modelo unitario y cerrado, pero si un arsenal de tesis denominado legalismo³³⁰.

³²⁷ Ibidem, p. 31.

³²⁸ Ibidem, p. 32.

³²⁹ Ibidem, p. 33.

³³⁰ Ibidem, p. 35.

En este sentido, sus objeciones al Estado de derecho -tanto al proceso de socialización como al de rematerialización- no se dirige a un modelo presente, sino a lo que, a su juicio, puede llegar a suceder: que se produzca una desformalización de la Constitución y, con ello, una destrucción de Estado de derecho. De hecho, más que una crítica, lo que Forsthoff hace es advertirnos de los peligros a los que puede llevar dicho modelo.

II.2.7. Del Estado de derecho al estado constitucional. Zagrebelsky.

El Estado de derecho nace como concepto en el siglo XIX, atendiendo lo que dice Zagrebelsky, es el Estado bajo el régimen de derecho, el cual se distingue del *Machtstaat*³³¹, régimen de la fuerza, y del *polizeistaat*³³². En Alemania se conoce como *Rechtsstaat*³³³ al Estado de derecho³³⁴.

Zagrebelsky relaciona al Estado de derecho con un valor fundamental. Tal valor es la eliminación de la arbitrariedad de la actividad estatal que afecte a los ciudadanos³³⁵. Tenemos entonces que, atendiendo a Zagrebelsky, un atributo del Estado de derecho es que éste no sea un *Estado de fuerza*. El Estado constitucional, dice Zagrebelsky, es la forma de Estado típica de nuestro siglo³³⁶. Podemos inferir así que, atendiendo a este autor, para que haya Estado constitucional es necesario que haya Estado de derecho.

El estado liberal se caracteriza por:

- a) la supremacía de la ley sobre la administración;
- b) la subordinación a la ley, y solo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de qué poderes autónomos de la administración puedan incidir sobre ellos;

³³¹ Estado absoluto característico del siglo XVII, en Alemania.

³³² Estado bajo el régimen de la policía, en Europa.

³³³ Se originó en el sistema jurídico-político alemán, y debemos entender como el Estado de derecho regulado por normas jurídicas, en el siglo XIX.

³³⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *“El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia”*, Ed., Trotta, Madrid, p. 21.

³³⁵ Ídem.

³³⁶ *Ibidem*, pp. 21 y 22.

c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y solo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la administración del Estado³³⁷.

Por tanto, el Estado liberal según Zagrebelsky se caracteriza por los derechos de los ciudadanos y la regla técnica que les sirve de garantía: la ley y la separación de poderes.

El Estado liberal de derecho se resume en la primacía de la ley frente a la administración. Además, el principio de legalidad es el aspecto principal del Estado liberal de derecho en general, el cual expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte³³⁸. El principio de legalidad en Francia, Alemania y, en general, en Europa continental se distanciaba claramente del paralelo, pero muy distinto, principio inglés del *rule of law*³³⁹. Distinto porque se desarrolló a partir de otra historia constitucional, pero orientado a la defensa de similares ideales políticos³⁴⁰.

Es característico del Estado liberal de derecho el modo en que se establece la línea de separación entre Estado y ciudadanos. Según tal modelo, la posición de la administración frente a la ley se diferencia esencialmente de la de los particulares³⁴¹. Desde el punto de vista del Estado de derecho, sólo podía llamarse ley a la norma intrínsecamente igual para todos, es decir, a la norma general³⁴². Tenemos aquí otro atributo según Zagrebelsky: Éste es que la generalidad es la esencia de la ley en el Estado de derecho.

En el Estado constitucional, la ley por primera vez viene sometida a una relación de adecuaciones -y por tanto de subordinación- a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. El principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres³⁴³.

³³⁷ *Ibidem*, p. 23.

³³⁸ *Ibidem*, p. 24.

³³⁹ Principio inglés, que supone el imperio del Derecho o Imperio de la ley, es decir, la primacía del principio de legalidad como expresión de la soberanía popular recogida en el Parlamento.

³⁴⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. "El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia". Op. Cit., nota nº. 317, p. 25.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 28.

³⁴² *Ibidem*, p. 29.

³⁴³ *Ibidem*, p. 34.

La época actual se caracteriza por la pulverización del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal en las que no existe una intención regulativa. La creación de derecho legislativo es la conclusión de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales particulares (grupos de presión, sindicatos, partidos). El resultado de este proceso plural está, por su naturaleza, marcado por el rasgo de la ocasionalidad. Y esta ocasionalidad es la perfecta contradicción de la generalidad y abstracción de las leyes³⁴⁴.

La ley, en suma, ya no es garantía absoluta y última, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad. El acceso al Estado de numerosas y heterogéneas fuerzas que reclaman la protección mediante el derecho, exige continuamente nuevas reglas e intervenciones jurídicas que cada vez extienden más la presencia de la ley a sectores anteriormente abandonados a la regulación autónoma de los mecanismos sociales espontáneos, como el orden económico³⁴⁵.

Las constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico, mediante un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. La ley, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior³⁴⁶. Lo que caracteriza al Estado constitucional actual es ante todo la separación entre los distintos aspectos o componentes del derecho que bajo el Estado de derecho del siglo XIX estaban unificados o reducidos en la ley³⁴⁷.

II.2.8. Semejanzas y diferencias: Estados de derecho, constitucional y liberal.

Bajo estas tres grandes concesiones del Estado, la ley está arriba de todo interés personal de gobernantes y gobernados; ella, la ley, ejerce dominio por completo con su imperio. Así, tenemos que bajo estas tres formas de Estado la ley es lo fundamental, el interés personal se encuentra subordinado a ella y el gobierno

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 37.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 38.

³⁴⁶ *Ibidem*, pp. 39 y 40.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 40.

se ejerce por el Imperio de la ley, entendiendo que Imperio de la ley significa que nadie esta por arriba de ella; es un dominio de la ley o “*Domain of law*”.

Existen, sin embargo, algunas diferencias. En el Estado de derecho, entendida como el derecho de la sociedad, es la máxima autoridad; en el estado constitucional, la máxima autoridad es solo la constitución; es decir, la forma y visión de cómo se ve a la constitución. Por su parte, el Estado liberal es un Estado de derecho donde la supremacía se dirige a los derechos fundamentales de los individuos.

II.2.9. Estado de derecho constitucional, Forsthoff, o estado social de derecho.

Para Forsthoff, los elementos sociales no se pueden incorporar estructuralmente en el edificio constitucional de Estado de derecho sin que con ello se pierdan otros elementos esenciales de este último³⁴⁸. Así, la Constitución del Estado de derecho se caracteriza por un alto grado de formalización y con ello se afirma que sus principales elementos estructurales como la división de poderes, el concepto de Ley, el principio de la legalidad en la Administración, la garantía de los derechos fundamentales y la independencia de los tribunales llevan en sí mismos las condiciones de su eficacia. La Constitución es por tanto “*una ley que mediante decisiones concretas determina una situación concreta del orden político*”. Es una ley que ordena el orden político en una sociedad, limitándolo mediante la división de poderes, la protección de los derechos fundamentales (*de origen liberal*), por su sometimiento al control judicial y mediante la estructura federal³⁴⁹.

El Estado de derecho ha dejado de ser un Estado caracterizado por la forma de la ley pública, abstracta y general, y se ha convertido en un Estado caracterizado por la forma de la ley-medida, concreta y particular, poniendo así en peligro la previsibilidad y calculabilidad de una justicia independiente y de una Administración garantizadora del derecho³⁵⁰.

Estado social y Estado de derecho son, por ello, incompatibles a nivel constitucional. Una Constitución, para Forsthoff, no es ni puede convertirse en una

³⁴⁸ Cruz, Luis M. “*Estudios Sobre el Neoconstitucionalismo*”. Op. Cit., nota n°. 61, p. 35.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 37.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 38.

ley social. La introducción del Estado social en la ley fundamental pone en peligro a las libertades garantizadas por el Estado de derecho, uno de sus mayores logros. Mientras que el Estado de derecho, en tanto que poder organizado, garantiza la libertad mediante una limitación del poder, dejando, en principio al individuo en la misma situación social que tiene, el Estado social *“supone un Estado que ayuda, reparte, distribuye, y adjudica, que no abandona al individuo en su situación social sino que acude en su ayuda mediante subsidios”*³⁵¹. El Estado de derecho, por lo contrario, debe colocarse por encima de los intereses de grupos, en una posición neutral respecto de ellos. Precisamente, el Estado *“en la combinación de esa neutralidad con la libertad encuentra, en la decisión objetiva, su específica autoridad y dignidad”*³⁵².

A pesar de que vimos que para Forsthoff, el Estado social y el Estado de derecho son incompatibles, Häberle en su obra *“El Estado Constitucional”* de la cual hablaremos más adelante, refiere al *“Estado social de derecho”* como elemento esencial en el conjunto del Estado constitucional, ya que dice que el Estado constitucional está comprometido con la justicia social. Ciertamente, ésta fórmula es demasiado general y abstracta, por lo que es susceptible, y requiere, dice el mismo Häberle, de una configuración (política) y de interpretación múltiple.

II.2.10. Estado absolutista vs Estado moderno. Estado constitucional vs Estado de derecho.

Estado Absolutista. Tiene el control total sobre la vida colectiva. El detentador del poder no obedece a nadie, generando terror en la sociedad. Concentra el poder político y económico en una sola persona. Se forja por necesidad de tener un poder fuerte que garantizara la vida y la paz de los ciudadanos y los estados. Es salida del estado de naturaleza.

Estado moderno. Se corresponde a lo que se podría denominar como un Estado basado en la razón. Se compone de estructuras jerarquizadas complejas, leyes y mandatos; va de un nivel superior a uno inferior. Constituye la consecuencia

³⁵¹ *Ibidem*, p. 40 y 41.

³⁵² *Ídem*.

de los reclamos sociales para que se respete al ciudadano. Genera la división de funciones en el poder para no concentrarlas en un solo individuo.

Estado constitucional. Se basa en un instrumento legal conocido como constitución, en el cual está soportada la actuación de gobierno y sociedad y todas las demás leyes. Es la particularización en un cuerpo legal de derecho a regir en un territorio.

Estado de derecho. Tiene características de valor. Hay una relación poder y derecho y tiene la expresión de la ley positiva. Su base es que la ley consagre los fundamentos ideológicos de la sociedad. Así, ésta ley es mando social. La ley es el criterio supremo y no hay nadie ni nada por arriba de ella (*la eterna utopía*). Autoridades y sociedad se rigen, permanecen y están sometidas a la ley.

Decir que el Estado de derecho tiene un valor central o el que le da direccionalidad a la organización del Estado significa, en términos de Zagrebelsky que:

“El valor es [del Estado de derecho -las negrillas son propias-] la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos.

La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituye la quinta esencia del estado de fuerza y el estado policial: no más régimen de fuerza, sino un régimen de Estado de derecho”.

II.2.11. De Estado de derecho a estado judicial.

Con la deformación de la Constitución se produce el paso de un Estado de derecho a un Estado judicial, en el que, tal y como establece la ley, se garantiza de manera exhaustiva la protección judicial a través del poder judicial³⁵³. Cuando la Constitución pierde en un corto periodo de tiempo y en una medida relativamente alta, su formalidad, racionalidad y evidencia se genera no solo un debilitamiento de su función estabilizadora de la sociedad, sino su disolución en casuística. Mientras que en el Estado de derecho el intérprete está *“bajo la Constitución”*, bajo el Estado judicial el juez se convierte, consciente o inconscientemente, en *“señor de la Constitución, en la medida en que se apodera de su carácter decisorio y usurpa para*

³⁵³ Ibidem. p. 49.

sí la competencia de decisión". En tales casos, el Tribunal Constitucional, lejos de convertirse en el guardia de la Constitución (*Hüter der Verfassung*), aparece a juicio de Forsthoff como su principal destructor, ya que trae consigo la evidente ruptura de reparación de poderes, un principio establecido por la misma ley fundamental. Cuando esto ocurre, la jurisprudencia Constitucional ha tomado para sí el lugar de un órgano constitucional representativo³⁵⁴.

A juicio de Forsthoff, esta transformación de Estado de derecho en un Estado judicial es la consecuencia directa de la Constitucionalización del Estado social, pues éste, en la medida en que presta servicios, proporciona subvenciones e interviene de muy diversa manera en el transcurso de la vida social. El Tribunal Constitucional incorpora como derechos fundamentales una función social, a lo que concibe como una positivación de los valores³⁵⁵. La jurisprudencia, de este modo, permanece ampliamente alejada del objetivo y del resultado de Constitución del Estado de derecho de consolidar una serie de preceptos de actuación estatal invocados, racionales y previsibles, y esto por fuerza, se transforma en un derecho judicial autónomo en el que se conecta la Constitución del Estado de derecho con las necesidades del Estado social³⁵⁶.

II.2.12. Peter Häberle, el Estado Constitucional.

Constitución quiere decir orden jurídico fundamental del Estado y sociedad, (constituida no en sentido de nociones de identidad) el concepto comprende estructuras fundamentales de la sociedad plural; siguiendo la filosofía del "espíritu abierto" de Popper, la Constitución permite la apertura hacia el futuro; institucionaliza experiencias (del pasado) y abre espacio al desarrollo del espíritu humano, su historia es a favor de la dignidad de la persona y obliga al grado máximo de tolerancia, con ciertos límites.

Las constituciones democráticas se componen de elementos ideales y reales referidos al Estado y la sociedad, los que no se han alcanzado en prácticamente ningún Estado constitucional, pero apuntan a una situación óptima de lo que debe

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 50.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 51.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 52.

ser como a una situación posible de lo que es; tales elementos son dignidad humana a partir de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad vividos desde su individualidad del pueblo; la soberanía popular como fórmula de unión en la voluntad y en la responsabilidad pública; la Constitución como contrato, en cuyo marco son posibles y necesarios fines educativos y valores orientadores; el principio de división de poderes en sentido estricto, relativo al Estado, como en sentido amplio del pluralismo; los principios del Estado de derecho, el Estado social y el Estado de cultura abierto; las garantías de los derechos fundamentales; la independencia de la jurisdicción, todo esto se incorpora en una democracia ciudadana constituida por pluralismo.

El Estado constitucional europeo y atlántico lo caracteriza la dignidad humana como premisa antropológico-cultural por la soberanía popular y la división del poder, los derechos fundamentales y la tolerancia, la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales; en un mundo de transformación, cambian los temas constitucionales, mientras más antiguas más la ciencia y la práctica complementan sus textos escritos mediante reglas no escritas³⁵⁷.

a) Estado Constitucional en el tiempo y el espacio.

En el tiempo la historia, en el espacio la evolución. Se ha formado, respecto del Estado constitucional, una disciplina científica propia, la “historia constitucional”, la cual no ha podido todavía fijar de manera “clásica” su objeto y sus métodos, que se encuentran inseparablemente ligadas, pero no sin que no puedan distinguirse. Toda lucha por elaborar una historia constitucional se revela como comparación en el tiempo, como extensión de lo próximo hacia lo lejano, del Estado constitucional nacional hacia el constitucional regional, y de ahí hacia procesos evolutivos universales, según la época. En lo particular, la reconstrucción de la evolución histórica (constitucional) es difícil, ya que “concepción previa y elección del método” se encuentran históricamente condicionadas.

Tiempo y espacio son dos las dimensiones correlativas, “hermanas”, que requiere la comprensión histórico-evolutiva del Estado constitucional; se trata de

³⁵⁷ HÄBERLE, Peter, *“El Estado Constitucional”*, Ed., UNAM., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, pp. 1, 3, 4 y 7.

reconocer que los procesos de desarrollo del Estado constitucional en última instancia solo pueden entenderse si se toma en cuenta el espacio; a partir de 1989 se observó procesos de producción y recepción en materia del Estado constitucional a través del espacio y por encima de los continentes en que los textos constitucionales, paradigmas científicos, resoluciones judiciales, se vuelven objeto de los “procesos de globalización”, es decir, son intercambiados y “transformados”. El Estado constitucional asegura su continuidad y supervivencia en el tiempo a través de instrumentos y procedimientos “grandes” y “finos”, en un equilibrio entre constancia y cambio. El tiempo y la cultura constitucional constituyen un modo de existencia de este tipo³⁵⁸.

La europeización del derecho en general, se ha convertido en lugar común; el “derecho civil común europeo”, concebido quizá por primera vez por *Kötz*, encuentra su equivalente en el “derecho constitucional común europeo”; otros términos clave provienen de *Coing* y su frase “*desde Bolonia hasta Bruselas*”, y sus investigaciones sobre la historia del derecho de Europa, pero también de derecho europeo laboral o social o penal. Estos procesos generales de desarrollo, que no deben perderse en lo indeterminado, se vuelven tangibles para la teoría de la Constitución penetran en las dimensiones culturales profundas y hacen válida la proposición: Cultura y el derecho “hacen” la cultura del derecho de Europa.

b) Estado Constitucional cooperativo.

El estado constitucional cooperativo vive de necesidades de cooperación económica, social y humanitaria, así como, en lo antropológico, de la conciencia de la cooperación (internacionalización de la sociedad, de la red de datos, de la esfera pública mundial, de las manifestaciones con temas de política exterior, de la legitimación proveniente del exterior; regionalmente: El espacio público europeo).

Hasta 1989, el Estado constitucional occidental era un tipo de Estado relativamente infrecuente, se hallaba en competencia con los llamados Estados “socialistas”, y con los autoritarios y totalitarios de Europa, África, América Latina y Asia. Hoy se han construido formas de cooperación europea, que abren a los

³⁵⁸ *Ibidem*, pp. 21 y 58 a 61.

Estados europeos de tal modo que quedan expuestos a los riesgos de los Estados “salvajes”; y si bien la “fuerza de atracción” del Estado constitucional es grande, y debiera crecer en el espacio público mundial en la medida en que se tome más en serio la cooperación, no hay que perder de vista que las conquistas de este Estado, así como los elementos formales del Estado de derecho o el concepto mismo de derecho, se encuentran amenazados constantemente, y que la estructura de valores y la identidad, en parte muy diversas, de terceros Estados (como los islámicos), no puede ni desea adaptarse al modelo de Estado constitucional. Pero también con ellos debe ser posible una cooperación limitada.

La creación de las Naciones Unidas (1945), y la Sociedad de Naciones, fue reacción a los sacudimientos y sufrimientos de la guerra y a diferencia de los Estatutos de la Sociedad de Naciones, se señala en la Carta de las Naciones Unidas que la colaboración entre las naciones no es un objetivo sino un medio “en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por raza, sexo, idioma o religión” (artículo 1º, inciso 3, de la Carta de las Naciones Unidas).

La constitucionalización de la comunidad jurídica de las naciones ha avanzado más en el plano regional que en el universal. Un ejemplo de ello, sería la Comunidad Europea, cuya “Constitución” son los tratados de París y Roma. Una renuncia parcial a la soberanía a favor del “poder comunitario” de la CE en relación con el deber fundamental de solidaridad de los Estados miembros establecido en el artículo 5º del Tratado de la CE, ha sido y es el presupuesto para la realización de los objetivos del mismo, en particular la integración económica, de la política regional y social a través de órganos independientes de creación y aplicación del derecho. La legitimación inmediata de los órganos comunitarios a través de un Parlamento Europeo de elección directa podría hacer retroceder, paulatinamente, el dogma de la soberanía nacional a favor de una distribución de funciones, justificada materialmente, entre el Estado y la organización supranacional. La adopción de una nueva identidad “europea” abre la vía para el ejercicio de la “responsabilidad social” de las regiones ricas frente a las más pobres y a la elevación general del nivel de vida. En la medida

en que, desde la perspectiva internacional, la cooperación entre los Estados ocupe el lugar de la mera coordinación y del simple ordenamiento de la coexistencia pacífica (es decir, de la delimitación de los ámbitos de la soberanía nacional), en el campo del derecho constitucional nacional pueden advertirse tendencias que apuntan hacia un debilitamiento de la distinción estricta entre lo interno y lo externo a favor de una apertura hacia el exterior y aunque pueda haber aquí y allá Estados autoritarios y totalitarios en el mundo, el Constitucional se encuentra en una comunidad responsable hacia sus semejantes con respecto al mundo y sus seres humanos³⁵⁹.

c) Estado constitucional, sus “fuentes” escritas y no escritas.

Tan cierto como es que la doctrina de las fuentes del derecho –hoy ya debido a los textos constitucionales positivos- debe constituir un capítulo central de toda teoría constitucional comparada, cuestionable es la metáfora de la “fuente del derecho”, porque sugiere que el derecho se deriva, más o menos “acabado”, “presente” y dado, de “una” causa. Esto toma muy poco en cuenta que el derecho es “law in action” – acción de la ley- (J.Esser) y que “deviene” través de la interpretación. En la actualidad las Constituciones nombran crecientemente determinadas fuentes del derecho, pero no se fijan en un canon cerrado, sino que incorporan siempre fuentes abiertas, como los derechos humanos (internacionales), los principios generales del derecho; hoy día los nuevos constituyentes se caracterizan, por ser “abiertos” hacia las nuevas fuentes del derecho, en parte lo que hacen es dar forma nueva a las “viejas” fuentes; a través de cláusulas de primacía claramente expresas a favor de la Constitución sobre principios generales del derecho, derechos humanos internacionales, derechos fundamentales distintos de los “existentes”, cláusulas de desarrollo de los derechos fundamentales y ocasionalmente el derecho natural.

En la práctica de la aplicación del derecho, en la “hermenéutico de la interpretación”, se producen frecuentemente la interacción creativa y la colaboración múltiple de los diversos “planos”, lo que no es posible reducir a la imagen de la “jerarquía”. Así, los principios constitucionales y las normas legislativas interactúan de múltiples formas en el ámbito de los derechos fundamentales, de modo que se

³⁵⁹ *Ibidem*, pp. 66, 68, 69, 71, 73 y 76.

produce no sólo la interpretación de las leyes conforme a la Constitución, sino la “interpretación de la Constitución conforme a las leyes” lo que constituye Influencias recíprocas de la supra o subordinación de las fuentes del derecho.

Los enunciados textuales de las Constituciones recientes han dejando atrás el estatismo nacional de las doctrinas tradicionales sobre las fuentes del derecho; la categoría de los “principios generales del derecho” quiebra el carácter estatal de las fuentes del derecho lo mismo que lo hacen las referencias, expresas de manera más o menos clara, a los principios del derecho “pre-estatales” o “pre-positivos”, en la forma que sea (derechos humanos universales, o derecho, cláusulas de realización de los derechos fundamentales).

En la medida en que la teoría constitucional nacional y la jurisdicción constitucional se “europeicen”, se enriquecerá el “corpus iuris” nacional, pluralizarán las fuentes nacionales del derecho, se abrirá el canon interno hacia “fuera”; la comparación jurídica es “quinto” método de interpretación, constituye una despedida del estatismo nacional en la doctrina sobre las fuentes del derecho, proceso evolutivo del actual Estado constitucional europeo.

La comparación jurídica es un “quinto” método de interpretación y como comparación cultural, sin importar lo que se piense de la sucesión de los métodos tradicionales de interpretación, en el Estado constitucional la comparación de los derechos fundamentales se convierte en “quinto” e indispensable método de la interpretación, la “canonización” de la comparación jurídica como “quinto” método de interpretación, al menos en el derecho constitucional del tipo del “Estado constitucional”, no sería sino consecuente con la historia de la doctrina de la interpretación jurídica y aunque a la “escuela histórica del derecho” pudiera parecerle que la interpretación histórica era importante e incluso el “primer” método clásico, en la doctrina de la interpretación del Estado constitucional de hoy el método comparativo debe ocupar, cuando menos y en todo caso de manera tendencial, un “quinto” lugar, si no es que el preeminente³⁶⁰. (Los otros métodos de interpretación son literal, contextual y el del telos o teleológico, lo entre paréntesis es propio)

³⁶⁰ Ibidem, pp. 125, 126, 127, 128 y 164.

d) Dignidad humana premisa constitucional.

Dignidad humana como “premisa antropológico-cultural” y democracia como “consecuencia organizativa” del Estado constitucional; ni con la gran tradición jurisprudencial del Tribunal Constitucional alemán, se ha obtenido fórmula que suficiente, “manuable”, de lo que es la dignidad humana; pero de las diversas cláusulas sobre -dignidad humana- se llega a percibir, “entre líneas”, están referidas a una concepción culturalmente específica de dependencia cultural y sobre todo religiosa; los conceptos de identidad psicológicos y científico-sociales, advierten similitud material (no terminológica): la identidad parece realizarse en una libertad contenida por un “marco” determinado; dicho marco es, en parte, también la superestructura jurídica de la sociedad, y en él, el principio de la dignidad humana transmite al individuo determinadas “concepciones normativas de la persona”, marcadas por la cultura en la que han surgido; la dignidad humana no sólo es analizable en cultura sino también desde ciertos componentes fundamentales de la personalidad humana con lo cual se convierten en contenido de un concepto de dignidad humana no sea reductible a una cultura específica; conceptos científico-sociales de la identidad comprueban otra idea jurídica es en la dignidad humana y es que se concibe en relación con el “tú”, el reconocimiento de la “igual dignidad humana del otro” constituye puente de dogma hacia la adecuación relativa al tú de la dignidad humana “del uno”. La referencia al “otro”, al “prójimo”, al “tú” y al “hermano”, hoy también a la “hermana”, es parte integral del principio jurídico-fundamental de dignidad humana.

El enunciado constitucional sobre dignidad humana trae un grado mínimo de capacidad de desarrollo y, con ello, su transformación que es “absoluta” en apariencia; dignidad humana y democracia su vinculación al ser doble el fundamento del Estado constitucional, por un lado la soberanía del pueblo y la dignidad humana por otro; estos dos fueron concebidos y “organizados”, la mayoría de las veces, en forma separada, sigue la tarea de vincularlas no de meter dignidad humana en soberanía popular.

Al comparar textos de las Constituciones antiguas, muestran al pueblo como elemento primario de la doctrina de los tres elementos de las teorías generales del

Estado y poco degradan al ciudadano como “objeto”, textos constitucionales más recientes recorren, una vía distinta, ya sea modificando la cláusula de la soberanía popular, o bien, construyendo la parte de los derechos fundamentales de manera tan evidente a partir de la garantía de la dignidad humana, que esto no puede quedar sin efectos sobre la concepción de la tradicional cláusula de la soberanía popular³⁶¹.

e) División de poder, Estado Constitucional.

Häberle retoma en División de poderes el “texto clásico” Montesquieu (1748) y pretende distinguir entre división estricta y amplia, la uno significa división de los poderes estatales; la otra además refiere a todo el ámbito social.

e-1) Parlamento, Presidente, Gobierno, Administración, jurisdicción.

En el Estado constitucional democrático el Parlamento es primer institución es órgano legitimado democráticamente de manera directa, “representa” la diversidad de un pueblo plural, es un “espejo” de la nación; el Parlamento como órgano y la legislación como función estatal no se corresponden plenamente, lo demuestra la distinción entre ley formal y ley material, conforme a la cual no todas las normas generales abstractas son expedidas por el Parlamento y no todas las leyes parlamentarias son normas jurídicas.

El Presidente es pieza esencial del Estado constituido con funciones casi indispensables de integración y representación, en el Estado Constitucional es llamado “jefe de Estado” y poseen competencias jurídicamente limitadas de alcance diverso³⁶².

El Gobierno en sentido institucional significa, en el Estado constitucional, la institución encargada de la “función de gobierno” y que se compone del primer ministro y de los ministros. Si bien el concepto angloamericano de “government” es más amplio, porque se refiere al conjunto de actividades del Estado, el concepto europeo continental de “gobierno” es más reducido y refiere a la dirección política del Estado como liderazgo responsable del conjunto de la política interna y exterior. Con ello sin duda se producen intersecciones con las tareas y modos de actuación del presidente y del Parlamento. En el Estado constitucional, el ejercicio del poder se

³⁶¹ *Ibidem*, pp. 169, 170, 172, 173 y 174.

³⁶² *Ibidem*, pp. 210 y 215.

produce en función de ciertas tareas (del bien común) descritas en términos materiales y procesales por la Constitución. El gobierno controla hacia “abajo” o hacia lo interno a la “administración”; hacia fuera intenta influir, mediante su política de información, a la opinión pública, la cual, por su parte, controla al mismo tiempo al gobierno. En el Parlamento debe obtener mayoría y debatir con la oposición.

La administración en sentido institucional y funcional en el Estado constitucional es “derecho constitucional concretizado”, se caracteriza por la “realización de las funciones estatales en lo particular y en especial por su vinculación a normas jurídicas”, la administración pública tiene mayor margen de libertad en la aplicación de los conceptos constitucionales abiertos como “Estado social”, “ambiental” o “de cultura”, y en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados como “bien común” o “interés público”, y en el campo de la planeación y la prestación de servicios, pero siempre es directamente constitucional; tiene un mandato constitucional independiente.

Jurisdicción podría ser convergente con la destacada posición independiente de los jueces en los sistemas jurídicos angloamericanos; su “tipo fundamental” es su amplia separación respecto de las demás funciones del Estado, y por su tarea de resolución “autoritativa, y obligatoria e independiente, en los casos de derechos controvertidos o violados”. En virtud de la “supremacía de la Constitución” que caracteriza al Estado constitucional, en particular de la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución, son todos los tribunales, en un sentido más profundo y amplio, “tribunales constitucionales”³⁶³.

II.2.12.1. Derecho constitucional, de cultura a política constitucional.

La relación entre naturaleza y cultura, entre teorías general del Estado y de la Constitución, requiere un examen especial, la relación Estado y Constitución debe reconceptualizarse, el concepto “Estado constitucional” los vincula sin especificar tal relación; en opinión de Haberle, hay tanto Estado como el que constituya la Constitución.

³⁶³ Ibídem, pp. 210, 215, 217, 218, 219 y 221.

En tanto cultura, la Constitución debe ser concebida, ya de modo real o ficticio, como contrato. Debemos concebir a la Constitución, lo mismo que al derecho y al Estado como partes de ella, “como si” se fundara en un pacto de todos con todos (en el sentido de Locke) es un “pacto de las generaciones”, a través del cual se realiza la constitución del pueblo de una manera tangible para la ciencia cultural; la idea del pacto de las generaciones no es, ni de lejos, comparable con el esfuerzo de fundamentación que se ha puesto en el “tema y las variaciones” del contrato social. Este pacto debe concebirse, en el sentido de la filosofía contractualista de I. Kant, en parte como ficción, en parte como fundado en eventos reales³⁶⁴.

a) Cultura, el cuarto Elemento del Estado.

En los Ámbitos republicanos privado-público-estatal en una revisión de los “elementos del Estado”; se agrega la cultura como “cuarto” elemento; entre los capítulos tradicionales de la teoría general del Estado se encuentran los tres “elementos del Estado”: El pueblo, el poder, el territorio; en esta triada (todavía) no tiene un lugar la “Constitución”, y esto caracteriza las teorías generales del Estado, pero también las hace cuestionables. Una “teoría de la Constitución” que merezca tal nombre tiene que buscar el modo de incorporar a la Constitución, en el sentido de que ésta sea, si no el “primer” elemento del Estado, al menos un elemento esencial. Dicho en términos concretos: la teoría de los elementos del Estado tiene que ser plenamente declinada (conjugada) a partir del elemento cultura; la Constitución es una parte de la cultura. Dürig propuso tempranamente esto de manera tendencial (1954), pero no lo desarrolló, así también los demás elementos del Estado tienen que ser “llenados” desde la perspectiva de la ciencia cultural, empezando por el pueblo como “conjunto de hombres sometidos a los preceptos del derecho” (Kant), pero por lo mismo en el “status culturalis”³⁶⁵.

Un primer acceso a la relación entre Constitución y cultura lo da el derecho constitucional cultural como suma de las normas constitucionales que abarcan los asuntos culturales en sentido estricto en las Constituciones; este campo se caracteriza por una especial densidad, alta diferenciación, mucha fantasía y algunas

³⁶⁴ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 21.

innovaciones, ya que la cultura es el ámbito en que los Estados deben encontrar, afirmar, proteger y desarrollar su identidad nacional; un país solamente puede encontrar su individualidad, perfil e identidad, en lo cultural y a partir de lo cultural, a pesar de la “cultura intercontinental de la compensación” de nuestros días proteger y desarrollar al mismo tiempo lo propio con apertura hacia la cultura mundial es la “cuestión existencial” de los países en desarrollo ello sin querer subestimar el derecho constitucional económico como base económica, “material” para el proceso del desarrollo nacional bajo el término clave “desarrollo del bienestar”.

Las Constituciones de los Länder (Estados) de Alemania occidental impulsaron fuertemente, después de 1945, la etapa de desarrollo de la educación, en disposiciones como: “Respeto de la convicción religiosa y de la dignidad del ser humano” (Constitución de Baviera), preparación para “el servicio independiente y responsable al pueblo y la humanidad a través del respeto y el amor al prójimo” (Constitución de Hesse) y sobre todo la de Bremen “La educación para la participación en la vida cultural del pueblo propio y de los pueblos ajenos”.

La fundación de los países en desarrollo a partir de su cultura no excluye, sino, incluyen, en la vida del Estado constitucional, los derechos fundamentales culturales. Desde el punto de vista temático, hay que distinguir entre derechos fundamentales culturales nuevos y desarrollados y refinamientos de la dimensión de las libertades culturales (junto a los derechos de no interferencia, los objetivos y los prestacionales).

Lo que “norma” el derecho constitucional de la cultura no son sino sectores del objeto cultura, el texto constitucional los aborda de manera directa sin “mediación”, como la ciencia y el arte, la educación y la formación, también los objetivos educativos, días festivos, política cultural abierta y el deporte, en la relación más estrecha posible con el derecho. Se llega a una “simbiosis” entre derecho y cultura y por esto se habla con razón de un “derecho de la cultura”; la relación Constitución-cultura en sentido amplio se encuentra mediatizada. Incluso son “cultura” el derecho constitucional económico, la vida política, las actitudes valorativas de un pueblo, como objeto de investigaciones sobre su “cultura política” y derecho constitucional de la cultura en sentido más estricto puede ser captado jurídicamente, como una

concepción de la teoría constitucional como ciencia cultural que requiere muchos eslabones y la contribución de muchos científicos³⁶⁶.

b) Estado constitucional, sus contenidos esenciales.

El Estado constitucional se caracteriza por un conjunto de principios que aquí mencionamos solamente a manera de términos clave, catálogo de principios que se encuentra abierto, a pesar de las llamadas “cláusulas de eternidad”, la Constitución de Ucrania (1996) introdujo lo que hasta ahora es un singular artículo sobre Chernobil también ha hecho carrera el tema de la “protección de las personas de edad y los discapacitados”, primero en el curso de los últimos años, también gracias a los textos de la ONU de 1989, pero hoy a escala mundial; así empiezan a imponerse los derechos fundamentales de los niños³⁶⁷.

Política constitucional del Estado Constitucional.

La política constitucional es la configuración consciente y el desarrollo progresivo de una Constitución que pertenece al tipo del “Estado constitucional”, formalmente, esto se produce y funciona de diversas maneras como su “expedición” original (como en 1787 en los Estados Unidos y en 1791 en Francia), como “revisión total” de Constituciones existentes (como ha ocurrido desde los años sesenta hasta la actualidad en varios cantones suizos), como “revisión parcial” (como ha ocurrido, hasta 1999, 44 veces con la LF alemana, o 28 veces de 1787 en los Estados Unidos a través de los “amendments”), pero también a través de las formas más “finas” de la interpretación constitucional creativa de la Constitución vigente, hasta llegar al audaz voto particular. (El caso México ni lo menciono, se reforma cada año, lo entre paréntesis es propio)

Desde el punto de vista de su contenido, la política constitucional se dirige hacia el todo o a partes del conjunto de una Constitución, en lo cual se orienta por otros tipos, pero también configura variantes nacionales, dependiendo de la cultura constitucional individual, desarrollada históricamente; esta política debe convertirse en tarea natural de la doctrina constitucional, no debe ser excluida por estar demasiado “próxima a la política”, sino concebirse como parte integrante de la

³⁶⁶ Ibidem, p. 232, 235, 238 y 242.

³⁶⁷ Ibidem, p. 297.

disciplina. Lo que el constitucionalista se imagina en materia del Estado constitucional más o menos desde la “mesa de discusión” no es necesariamente y per se adecuado para ser transformado de hecho en política constitucional práctica, por ello se requieren las fuerzas políticas, una opinión pública dispuesta a aceptar, ciertas condiciones económicas y mucha buena voluntad, así el constitucionalista está llamado en razón de su ciencia, a colaborar de acuerdo con sus posibilidades³⁶⁸.

II.2.13. ¿Constitucionalismo mundial?

El modelo garantista del Estado constitucional de derecho como sistema jerarquizado de normas que condiciona la validez de las normas inferiores por la coherencia con normas superiores, y con principios axiológicos establecidas en ellas, tiene valor para cualquier clase de ordenamiento.

La primera indicación es la hipótesis del *totus orbis* —de la humanidad como punto de referencia unificador en lugar de los viejos Estados que hoy puede realizarse a través de la elaboración de un *constitucionalismo mundial* capaz de atribuir a las diferentes cartas de derechos fundamentales, de las que dispone ya la comunidad internacional, aquellas garantías cuya ausencia genera ineffectividad, es necesario que esta ausencia de garantías sea reconocida por la cultura política y jurídica, en la perspectiva de una efectiva limitación de la soberanía de los Estados mediante el establecimiento de garantías jurisdiccionales contra las violaciones de la paz en el exterior y de los derechos humanos en el interior, avanzada por Kelsen hace exactamente cincuenta años en su libro *La paz por medio del derecho*.

Una reforma de la actual jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, hoy escasamente relevante. Serían suficientes cuatro innovaciones decisivas en su estatuto actual: 1) la extensión de su competencia, 2) la afirmación del carácter obligatorio de su jurisdicción hoy subordinada, 3) el reconocimiento de la legitimación ante la Corte, hoy limitada exclusivamente a los Estados, también a los particulares, 4) la introducción, por último, de la responsabilidad personal de los gobernantes por crímenes contra el derecho internacional.

³⁶⁸ p. 301, 302 y 303.

La segunda indicación es la prohibición de aquellas guerras que Vitoria consideraba «perjudiciales para la humanidad entera, también convenciones y resoluciones dirigidas a obtener el desarme incluso gradual de los Estados miembros, para poner fuera de comercio las armas como *bienes ilícitos*, al igual que, por ejemplo, las sustancias estupefacientes, la paz se alcanzará no sólo y no tanto armando a la ONU, cuanto sobre todo desarmando a los Estados.

La tercera indicación hace referencia a los derechos de los pueblos que Vitoria atribuyó a los conquistadores y que hoy Occidente —después de haberlos utilizados contra tantos pueblos inermes invadidos y saqueados— tendría el deber de reconocer, casi en concepto de indemnización.

Aquellos derechos fueron los primeros en ser proclamados como «universales», ofreciendo al iusnaturalismo y al constitucionalismo después el paradigma universalista de los derechos fundamentales reconocidos (a excepción de los derechos políticos) a todos los seres humanos y no sólo a los ciudadanos en la *Declaración* del 1789 y en todas las constituciones posteriores, era impensable que hombres y mujeres del Tercer Mundo llegasen hasta Europa y exigieran que fueran tomados en serio en nombre del principio de reciprocidad; hoy realizar una operación inversa transformando los derechos del hombre en derechos de los ciudadanos sin abdicar del universalismo de los principios en que se funda la credibilidad de nuestras democracias, reconocer su carácter supraestatal y así poner fin a este gran apartheid que excluye a la mayoría del género humano.

El derecho moderno no tiene nada de «natural». Para bien y para mal el Estado moderno, ha sido el producto de la filosofía política y de la cultura jurídica, las tendencias de la actual política interna e internacional van en una dirección totalmente opuesta, la desautorización del papel de la ONU en las recientes crisis internacionales por iniciativa de los Estados más fuertes. Contra esta falacia que equipara el derecho y el hecho debemos recuperar la dimensión normativa y axiológica de la ciencia jurídica internacional que estaba presente en Vitoria y en Kant, rehabilitando su función creativa y al mismo tiempo tomando en serio el derecho: reconociendo que el derecho es como lo hacen los hombres y, por tanto,

como nosotros lo construimos, al mismo tiempo que el derecho mismo es un sistema normativo.

La filosofía política y la cultura jurídica han desempeñado un papel decisivo en la construcción de las instituciones jurídicas y políticas, la nueva estructura asumida por el derecho, no sólo constitucional sino también internacional, la cultura jurídica internacionalista, se ha desplazando en realidad, a través de las cartas internacionales de derechos, al cuerpo mismo del derecho internacional

Positivo. Esta penetración de la racionalidad sustancial en las formas del derecho internacional positivo disponemos ya de una embrionaria constitución mundial, es posible afirmar que hoy el positivismo constitucional desempeña respecto al derecho vigente esa misma función crítica y normativa que, en el pasado, había correspondido al iusnaturalismo.

Este constitucionalismo mundial es, por tanto, el horizonte axiológico que hoy se impone a los juristas en su trabajo. Es difícil prever si la progresiva extensión de los derechos fundamentales y de sus garantías a la totalidad del género humano llegará a tiempo para prevenir y desactivar los violentos conflictos que su violación produce tanto fuera como dentro de nuestros ricos países³⁶⁹.

Todos los derechos fundamentales, con la única excepción de los derechos políticos, fueron proclamados inicialmente, en la *Declaración* francesa de 1789 y luego en la sucesivas constitucionales, como derechos «universales», reconocidos a todos en cuanto personas y no en cuanto ciudadanos. La crisis de los Estados y comunidades nacionales que caracteriza este fin de siglo, conectada con fenómenos paralelos como las migraciones de masas, los conflictos étnicos y la distancia cada vez mayor entre Norte y Sur, es preciso reconocer que la ciudadanía ya no es, como en los orígenes del Estado moderno, un factor de inclusión y de igualdad. Tomar en serio estos derechos significa hoy tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía como «pertenencia» (a una comunidad estatal determinada) y de su carácter estatal, significa, en concreto, transformar en derechos de la persona los dos únicos derechos que han quedado hasta hoy reservados a los ciudadanos: el derecho de

³⁶⁹ Ferrajoli, Luigi. "Derechos y Garantías". *Op. Cit. Nota, n° 48*, pp. 152 a 158.

residencia y el derecho de circulación. Los derechos fundamentales, llegan a afirmarse cuando se hace irresistible la presión de quienes han quedado excluidos ante las puertas de los incluidos.

Por una paradoja de la historia, estos derechos —de residencia y de circulación— habían sido proclamados como universales en los orígenes de la Edad Moderna por nuestra misma cultura occidental. En 1539, Francisco de Vitoria reformulaba los títulos de legitimación de la conquista de América por parte de los españoles sentando las bases del moderno derecho internacional y, al mismo tiempo, de la posterior doctrina de los «derechos naturales». Estos títulos de legitimación se encontraban en el *ius communicationis ac societatis*³⁷⁰, que él situaba en la base de su concepción de la sociedad internacional como *communitas orbis* hermanada por el derecho de todos a comunicar con todos.

Por ser inimaginable la emigración de los *indios* hacia Occidente, y servían para legitimar la ocupación colonial y la guerra de conquista de mundos nuevos por parte de nuestros jóvenes Estados nacionales. Los derechos se han convertido en derechos de ciudadanía, exclusivos y privilegiados, a partir del momento en que se trató de tomarlos en serio y de pagar su coste. La historia del derecho es también una historia de utopías (mejor o peor) convertidas en realidad, alcanzar sobre la base de un constitucionalismo mundial ya formalmente instaurado a través de las convenciones internacionales mencionadas, pero de momento carente de garantías un ordenamiento que rechace finalmente la ciudadanía: suprimiéndola como *status* privilegiado que conlleva derechos no reconocidos a los no ciudadanos, o, al contrario, instituyendo una ciudadanía universal; superando la dicotomía derechos del hombre/derechos del ciudadano y reconociendo a todos los hombres y mujeres del mundo, exclusivamente en cuanto personas, idénticos derechos fundamentales³⁷⁰.

a) El papel de las Naciones Unidas. La Carta de la ONU representa un pacto social internacional por medio del cual el derecho internacional se transforma estructuralmente, convirtiéndose en un auténtico *ordenamiento jurídico* supraestatal,

³⁷⁰ *Ibidem*, pp. 116 a 119.

caen todos los presupuestos y todos los caracteres de la soberanía, tanto interna como externa, en el nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional no sólo los Estados, sino también los individuos y los pueblos.

Para medir la relevancia teórica de la transformación que ha tenido lugar será suficiente observar hasta qué punto habría sido impensable, antes de la *Carta* de la ONU, el recurso de un ciudadano contra su propio Estado ante una jurisdicción internacional. Y sin embargo la parábola de la soberanía está aún lejos de haber concluido la ciencia jurídica internacionalista, después de tres siglos de derecho internacional pacticio, no ha puesto al día aún sus categorías y padece cierta inseguridad sobre sí misma, casi un complejo de inferioridad científica y jurídica que la lleva a devaluar la nueva dimensión normativa del derecho internacional y a identificarla con la efectividad de las relaciones de fuerza entre Estados.

El principio de la paz es un principio imperativo, que convierte la «soberanía» de los Estados, si queremos seguir empleando esta palabra en virtud del texto de la norma, en una soberanía limitada; asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, se han convertido en derechos supraestatales.

La ausencia de garantías adecuadas contra dichas violaciones por parte de los Estados puede ser interpretada a su vez como una indebida *laguna* que debe ser colmada. Quiere decir, en otras palabras, que el ordenamiento internacional actual es ineficaz por el hecho de que sus órganos no son ya un tercero ausente, sino un tercero impotente. Y es que la soberanía es ausencia de límites y de reglas, es decir, lo contrario de lo que caracteriza el derecho. De modo que la historia jurídica de la soberanía es la historia de una antinomia entre dos términos —derecho y soberanía— lógicamente incompatibles e históricamente enfrentados entre sí.

Esta antinomia, como se ha dicho, ha quedado resuelta en el nivel del derecho interno con el nacimiento del Estado constitucional de derecho: en virtud del cual el derecho se regula a sí mismo, En el Estado de derecho no existe por tanto ningún soberano, a menos que entendamos como soberana, con un puro artificio retórico, la Constitución misma, es decir el sistema de límites y vínculos jurídicos impuestos a unos poderes públicos que ya no son soberanos.

Hoy la misma antinomia se reproduce —y es que de hecho aún no ha sido resuelta, por la existencia de lagunas en las garantías contra actos ilícitos de los Estados que violan la paz y los derechos fundamentales— en el ámbito del derecho internacional.

Fruto inevitable de la ley del más fuerte, y por tanto también por la existencia de soberanías limitadas, disminuidas, dependientes, endeudadas, diferenciadas. Hablar de Estados soberanos no resulta aceptable, el Estado nacional unitario e independiente, cuya identidad, posición y función deben ser revisadas a la luz de sus actuales transformaciones de hecho y de derecho en las relaciones internacionales³⁷¹.

II.2.14. ¿Hacia un global-constitucionalismo?

La globalización ha adquirido gran fuerza en los últimos veinte años, la tendencia a la globalización constituye un componente de primer orden en el funcionamiento presente y futuro del sistema internacional; como fenómeno ha trascendido todos los ámbitos en los que se desarrolla el Estado, abarca aspectos económicos políticos, sociales y culturales. El mundo está inmerso en fenómenos globales que afectan las relaciones entre sujetos que integran el sistema político nacional; por tanto, es ineludible atender las relaciones entre el Estado, tal y como lo hemos concebido, y la globalización.

El término “globalización”, señala María José Fariñas, aparece siempre envuelto en cierto grado de indeterminación conceptual, cuando no de obviedad y de evidencia; en muchas ocasiones, se conjuga con otros términos no menos imprecisos y obvios que aquél, pero que se suelen intercambiar e incluso utilizar a veces como sinónimos (mundialización e internacionalización). Éstos términos no deberían ser utilizados como sinónimos, ya que lo único que tienen en común es el ser términos procedimentales, que hacen referencia a la acción de convertir algo en mundial, en internacional o en global, según los casos.

³⁷¹ *Ibidem*, pp. 144 a 148

a) Mundialización es aquel proceso que, como señala Agustín Squella, tiene que ver con la acción de descubrir y ocupar el mundo, y por tanto, un sentido territorial y geográfico. Se trata de un proceso que, al descubrir, reparte y coloniza el territorio, pone fronteras y contribuye a crear y consolidar los Estados nacionales modernos. Es un proceso de establecimiento y cierre de fronteras, a la par que de colonización o invasión, según los casos, que conduce al reparto territorial y político del sistema mundial.

b) Internacionalización refiere al proceso por el cual se establecen relaciones institucionales entre los Estados nacionales; este proceso es históricamente posterior al anterior y se inicia como respuesta a las terribles consecuencias de las dos Guerras mundiales.

El proceso de internacionalización es de contenido político y jurídico, se encamina a la creación, mediante alianzas y tratados internacionales, de organismos políticos y jurídicos de tipo supranacional, con objetivos de cooperación y defensa; la internacionalización consiste en aperturar las fronteras estatales (sin merma de la soberanía nacional) para la consecución de objetivos comunes, a lo cual se une también un proceso de descolonización, impulsado por los propios mecanismos jurídicos y organismos internacionales.

c) Globalización según Fulvio Attina, el mundo que vivimos ha sido bautizado como mundo globalizado, reconociendo así la llegada a la fase madura de un proceso de larga duración, un proceso que recorre por completo nuestro milenio; para él la globalización implica el que los acontecimientos, procesos o acciones significativas que se dan en el mundo no quedan circunscritos al área geográfica en que han tenido origen y viceversa. Acontecimientos, procesos y acciones al nivel global del sistema internacional repercuten deliberada o involuntariamente sobre todos los sistemas locales.

Por su parte, María José Fariñas Dulce, al referirse al proceso de globalización, menciona que dicho proceso tiene que ver con la desaparición de las fronteras estatales, con la desterritorialización de los centros de decisiones políticas y económicas y con la descentralización espacial de los procesos productivos, distributivos y de consumo; lo cual implica, en una parte, que los tradicionales

Estados nacionales quedan excluidos de las relaciones jurídico-económicas transnacionales que la globalización comporta y, en otra, que toda actuación social, política, jurídica o económica queda interconectada y concatenada en todo el planeta.

David Held señala que la globalización connota la ampliación e intensificación de relaciones sociales, económicas y políticas a través de regiones y continentes. Para él, la globalización es fenómeno multidimensional que abarca muchos procesos diferentes y opera en múltiples escalas temporales³⁷².

Las ideas acerca de lo que debe concebirse como globalización son diversas. Es difícil definir “globalización” y precisar todos los ámbitos que puede abarcar, pero los planteamientos que se han hecho sirven para tener muy claro que la globalización, como fenómeno ineludible e irreductible en sus dimensiones e importancia, está íntimamente relacionada con la interacción e interdependencia de los diversos actores del sistema político global o transnacional, esta situación ha originado que la globalización tenga una incidencia trascendente en el cambio de concepción que en últimas fechas se ha dado al Estado nacional³⁷³.

d) Incompatible, globalización, democracia y derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales inciden de manera importante en muchos aspectos de la vida cotidiana, ya que de ellos depende en gran medida la estabilidad que es necesaria para la gobernabilidad y, porque los alcances de gran parte de las relaciones sociales, económicas y políticas que se presentan en el plano mundial se califican tomando como parámetro su vigencia, validez y positividad. En lo internacional, por el valor que han adquirido a nivel mundial es necesario verlos con relación a los procesos democráticos y de globalización.

Los derechos fundamentales se han convertido, dentro de todos los Estados democráticos, en una escala de evaluación de la legitimidad de los poderes públicos, el ejercicio de los poderes democráticamente conquistados debe corresponderse con una política de respeto y compromiso con los derechos; de otra forma, los poderes públicos enfrentarían, cuando menos, un déficit en su legitimidad de ejercicio.

³⁷² BRITO, MELGAREJO, Rodrigo. “Constitucionalismo Global”, Ed. Porrúa, México, 2005, pp. 39, 40, 41 y 42.

³⁷³ *Ibidem*, p.46.

La democracia, es factor importantísimo en materia de derechos fundamentales, democracia en el sistema mundial se construye sobre una base de valores e intereses comunes a los seres humanos que tienen como fundamento la dignidad humana. De esta forma, la democratización del sistema internacional se basa en la realización de las condiciones que permitan el ejercicio de los derechos fundamentales en todo el planeta, ya sean individuales y colectivos, los derechos civiles y políticos, los derechos económicos y sociales, los derechos culturales o los derechos ambientales, pero aunque la democracia y los derechos fundamentales estén íntimamente relacionados, la realidad es que objetivamente en el plano internacional, el ideal democrático está muy lejos de alcanzarse. A pesar de la existencia de organismos internacionales con pretensiones democráticas, día a día nos damos cuenta de que las decisiones que permitirían un amplio desarrollo en el campo de los derechos fundamentales, son detenidas de manera unilateral por las grandes potencias, lo que provoca un gobierno internacional deshumanizante³⁷⁴.

La globalización, no es comerciales o mercantiles, abarca ámbitos de diversa índole, entre ellos el de los derechos fundamentales pero hace notorias las disparidades reales que existen entre los seres humanos por lo que respecta a sus derechos, ostentando cierta impotencia para hacer que los derechos fundamentales traspasen fronteras y contribuyendo paradójicamente a su demérito; pero también ha provocado que el Estado nacional tenga que dejar de ser el único referente territorial para la protección de los derechos fundamentales. Los modelos jurídicos actuales enfrentan un proceso de cambio interno, necesitan cláusulas de apertura hacia el derecho internacional. La inoperatividad del Estado nacional para hacer frente a los problemas que se presentan en el ámbito social, económico y político, hace que los derechos fundamentales se ponga en entredicho a nivel nacional los factores que han sido relacionados íntimamente con ello es la soberanía y ciudadanía de cada Estado nación que ya que funcionan como esferas excluyentes que mantienen alejadas a las personas del ejercicio de sus derechos, estas condiciones actúan en demérito de la lucha por los derechos fundamentales a nivel local y los mencionados

³⁷⁴ *Ibidem*, pp. 110, 111 y 113.

en líneas anteriores a nivel global también impiden operen los derechos fundamentales³⁷⁵.

Dejar de lado la visión estatalista para concebir un nuevo orden global hace patente la necesidad de un marco normativo que pueda adecuarse a las nuevas circunstancias del mundo, ello requiere para el estado nación cambios estructurales, institucionales y de regulación. La carencia de instrumentos normativos que superen los lastres de la estatalidad en materia de protección de derechos fundamentales, es un signo característico de una época en que la globalidad ha actuado en detrimento de estos derechos. La idea de un marco jurídico global no es vieja, desde hace tiempo muchos autores han dilucidado un ordenamiento jurídico que vaya más allá del Estado nacional³⁷⁶.

La conciencia de que los órdenes jurídicos nacionales no son suficientes para garantizar los derechos de todas las personas que habitan el planeta, ha hecho que muchos se pronuncien por un orden normativo de carácter global o cosmopolita, capaz de asegurar los mínimos niveles de dignidad sin distinción de nacionalidad. Es necesario un constitucionalismo global para enfrentar la crisis del Estado nacional, porque el constitucionalismo se ha proyectado siempre como un instrumento fundamental para regular la producción normativa, equilibrar las relaciones de poder y defender la dignidad humana. Esto hace que el término *Constitución* tenga un significado emotivo que influye, en gran medida, en la concepción de una nueva organización jurídico-política.

e) ¿Una constitución global? El término “Constitución” está cargado de elementos que es difícil eliminar ya que se encuentran connotados en el uso de la expresión “Constitución su carácter eulogístico es que el término representa la aspiración y objetivo de libertad, paz y justicia; la nobleza, respetabilidad y demás cualidades reconocidas al movimiento constitucionalista son traspasadas a la Constitución, convirtiéndola en objeto de atención, respeto y admiración; tal carga emotiva se lleva en el término “Constitución”, producto de la característica fundamental del constitucionalismo, la limitación jurídica impuesta al gobierno. De

³⁷⁵ *Ibidem*, pp. 113, 114 y 115.

³⁷⁶ *Ibidem*, pp. 129 y 130.

esta forma, la limitante que impone el constitucionalismo, se propone sustituir al gobierno arbitrario y despótico, por un gobierno “del derecho”³⁷⁷.

La ineficacia del Estado nacional para controlar las consecuencias negativas del proceso globalizador más la carga emotiva del término “Constitución”, son motivos de necesidad de un constitucionalismo global, pero en la medida en que los derechos de una parte de la humanidad crecen y de otra son enumerados como mercancías, la globalización contradice el principio ilustrado de universalidad concebido como un ideal de emancipación humana y, en ese sentido, de progreso moral.

El constitucionalismo es fuente de limitación del poder, y con esta visión construirse un nuevo orden mundial en el que los límites jurídicos al poder, los derechos fundamentales, la paz, la democracia y la protección al ambiente, fueran la constante; el constitucionalismo puede presentarse, como elemento de medición o enjuiciamiento de la realidad, pero tampoco como el instrumento que debe guiar la reconstrucción de la realidad a fin de alcanzar un determinado status de vida. Un constitucionalismo global que logre cumplir con las funciones que son propias del ideal constitucionalista que son la limitación al poder y, la protección de los derechos fundamentales es el reto.

Aunque existen varios instrumentos normativos de carácter internacional que tienen como finalidad lograr limitar los poderes fácticos que nacen a partir de la globalización y proteger los derechos humanos, hasta ahora no han sido suficientes para frenar la vorágine provocada por la globalización. Aquí surge la interrogante ¿Por qué no aprovechar la carga emotiva del término Constitución en pro de los derechos fundamentales y de una nueva regulación jurídico-política a la altura de los cambios surgidos a partir de la globalización? una Constitución de carácter global, debe verse reforzada por argumentos complementarios que hagan incuestionable la vía del constitucionalismo global para enfrentar la crisis del Estado nacional.

La evidente necesidad de un ordenamiento jurídico supranacional que pueda hacer frente a las necesidades regulatorias y garantistas surgidas a partir de la

³⁷⁷ *Ibidem*, pp. 146 y 147.

globalización, hace que se piense con mayor fuerza en un constitucionalismo a nivel global; el que a decir de Pisarello, debería ser capaz de coordinar sus exigencias en diferentes instancias planetarias, regionales, estatales y, sobre todo, locales, sin renunciar por eso a ninguna de ellas. Se trata de la puesta en marcha de una nueva idea del derecho que permita la posibilidad de solapamientos e interacciones entre diversos sistemas legales, sin suponer, una rígida subordinación de unos frente a otros, o a terceros sistemas, se favorecería la convivencia multicultural y permitiría orientar las técnicas constitucionales de controles y límites a los poderes en una dirección que pudiera ofrecer respuestas globales a problemas globales³⁷⁸.

En cuanto a jurisdicción internacional se requeriría poner en marcha una corte penal internacional, una policía internacional, crear instituciones mundiales para la satisfacción de los derechos sociales, y una fiscalía espacial mundial, estos serían derechos supranacionales y se requeriría una jurisdicción que sea efectiva ante la violación de los mismos. Tal vez sea posible un constitucionalismo global, siguiendo a Weber de que si en el mundo no se hubiera hecho lo imposible no se hubiera conseguido lo posible³⁷⁹.

Lo cierto es que para el sustentante de este trabajo ello es una utopía, al menos hoy en 2012.

³⁷⁸ *Ibidem*, pp. 153, 154 y 155.

³⁷⁹ *Ibidem*, 187, 188 y 202.

Recapitulación.

Vimos en la parte primera de este capítulo que para Platón, Sócrates, Hobbes, Rousseau, Locke, Kant y Tocqueville, Hamilton, Madison y Jay; las características del Estado son territorio, individuos, gobierno, leyes y del Estado de derecho leyes justas, igualdad, libertades individuales, debe gobernar la ley y no el hombre, respeto a los derechos fundamentales; la constitución máximo poder legal del Estado.

En este apartado segundo del capítulo apreciamos que en un Estado constitucional la soberanía es el origen de la norma imperio o constitución; dicha norma es, en ese sentido, autónoma, ya que por sobre ella no hay otra; un totalitarismo constitucional significaría que la constitución deja de ser ordenamiento jurídico fundamental del Estado y se hace ordenamiento fundamental comunitario por ello no es posible poner todo en la Constitución pero tampoco es prudente otorgar demasiada libertad a los tribunales para la interpretación constitucional ya que sería otorgarles control meta-material de la jurisdicción y deja de ser jurisdicción aplicadora del derecho para convertirse en jurisdicción relativa a la Constitución en sentido antiguo, jurisdicción anterior a la separación entre creación y aplicación al derecho ya que los jueces serían los que crearían el derecho y lo aplicarían y la constitución sería mera guía del quehacer jurisdiccional; así desformalizar la Constitución puede llevar a destruir un Estado, al alejar el derecho materialmente puro de la misma disgregándolo en leyes o tribunales o lo que es lo mismo por otorgar un excesivo legalismo.

El Estado de derecho nace como concepto en el siglo XIX, a Zagrebelsky, y es el Estado bajo el régimen de derecho, el cual se distingue del Machtstaat o estado absoluto del siglo XVII, -régimen de la fuerza-, y del polizeistaat o Estado bajo el régimen policíaco. Estado de derecho es la eliminación de la arbitrariedad de la actividad estatal que afecte al ciudadano. En tanto que Estado constitucional, para que lo haya es necesario que haya Estado de derecho.

El Estado liberal es supremacía de la ley sobre la administración, es subordinación a la ley; y Estado liberal de derecho se resume en la primacía de la ley frente a la administración; además, el principio de legalidad es el aspecto principal

del Estado liberal de derecho al expresar la idea de la ley como acto normativo supremo es separación entre Estado y ciudadanos

En los Estados de derecho, constitucional y liberal la ley está arriba de todo interés de gobernantes y gobernados; en el de derecho, entiende al derecho de la sociedad como la máxima autoridad; en el constitucional, la máxima es la constitución; en el liberal se trata de un Estado de derecho donde la supremacía se dirige a los derechos fundamentales del individuo; por su parte Estado social y Estado de derecho son, incompatibles a nivel constitucional; el Social *ayuda, reparte, distribuye, y adjudica, al individuo en su situación social*; el de derecho, se coloca por encima de los intereses de grupos en una posición neutral respecto de ellos; el Estado Absolutista tiene el control total sobre la vida colectiva; el Estado moderno se basa en la razón, tiene estructuras jerarquizadas, leyes y mandatos; el Estado de derecho pasa a ser judicial con la deformación o desformalización de la Constitución al otorgar al Poder Judicial garantice los derechos del individuo; bajo el Estado judicial el juez es “*señor Constitución*”; la transformación de Estado de derecho en Estado judicial es consecuencia de la Constitucionalización del Estado social.

Se analizamos el Estado Constitucional en la obra de Häberle, quien nos muestra una cuarta dimensión de interpretación en la cultura, pero esta basado en el derecho alemán constitucional esencialmente.

Finalmente se analizó la mundialización la internacionalización y la globalización y al constitucionalismo global y se vieron las razones que impiden concretarlo.

En la primera parte del capítulo siguiente, consideraremos los factores de corrupción que son las grietas del Estado y del Estado de derecho, la relación corrupción - democracia - individuo, el soborno, la mordida, el cohecho, la crisis estatal, la política de cambios que sigue y sigue; y en la segunda parte de dicho capítulo veremos las características del Estado y el Estado de derecho si es medible y que características esenciales debe tener.

CAPÍTULO III.

Corrupción en el Estado y Estado de derecho.

Parte 1. Corrupción.

III.1.1. Grietas del Estado. El Estado falla.

Naciones-estados fallan cuando son consumidos por la violencia interna y cesa la entrega de bienes políticos positivos para sus habitantes. Su gobierno pierde credibilidad y el carácter permanente de la Nación-Estado se convierte en cuestionable e ilegítima en los corazones y las mentes de sus ciudadanos.

El ascenso y caída de los Estados-nación no es nuevo, pero en la era moderna, cuando los Estados nacionales constituyen los pilares del orden mundial, la violencia, la desintegración y la debilidad palpable en una buena parte de África, Asia, Oceanía, y América Latina crean un peligro en la base misma de ese sistema. Las organizaciones internacionales y las grandes potencias por consiguiente, se encuentran desconcertadas en un torbellino de conflictos internos y externos. Deseables normas internacionales tales como la estabilidad y previsibilidad van a ser difícil de lograr cuando muchos de los nuevos Estados-Nación oscilan precariamente entre la debilidad y el fracaso, y algunos incluso, fallidos o colapsados.

Por otra parte, responder a las dinámicas del fracaso del Estado nación motiva a los debates más críticos de política. La mejor forma de entender la naturaleza de los Estados débiles -y poder fortalecer especialmente a aquellos que están en el abismo de fracaso- se encuentran entre las cuestiones de política urgente del siglo XXI³⁸⁰.

Una política clave es permitir a los ciudadanos que participen libre, abierta y plenamente en la política y en el proceso político. Tal política comprende las libertades esenciales: el derecho a participar en la política y competir por el gobierno. Otros bienes políticos esperados por las ciudadanías de parte de sus Estados

³⁸⁰ ROTBERG, Robert. *When States Fail. Causes and Consequences*. Princeton University Press. USA., 2004. p. 1. Traducción con fines de investigación jurídica. Alejandro Sánchez García.

incluyen los cuidados de la salud, (*en diferentes niveles y costos*) las escuelas y la educación, instrucciones, (*de diversos tipos y niveles*) las carreteras, ferrocarriles, puertos e infraestructuras, las arterias del comercio, las redes de comunicaciones, un sistema monetario y bancario -por lo general, presidido por un banco central y lubricado por una moneda creada a nivel nacional- y métodos de regulación de la distribución de los bienes ambientales comunes. Este conjunto de bienes políticos, más o menos, establece un conjunto de criterios según los cuales los Estados-nación modernos pueden ser juzgados fuertes o débiles.

Los Estados fuertes se caracterizan por un buen desempeño en la asignación y distribución de los bienes arriba mencionados. Los Estados débiles muestran un perfil mixto, cumpliendo las expectativas en algunas zonas y mostrando un bajo rendimiento en otras regiones. Cuanto más débiles sean los Estados serán más propensos a altos niveles de violencia interna los cuales se asocian directamente con el fracaso y la propensión a fallar. Sin embargo, la violencia por sí sola y/o la ausencia de violencia no implica necesariamente que el Estado no falle³⁸¹.

En los Estados fuertes los jueces son independientes. Las redes de carreteras están en buen estado. Teléfonos, correo postal y correo electrónico llegan rápidamente. Escuelas, universidades, hospitales y clínicas atienden a los pacientes con eficacia. En general, los estados fuertes son lugares de paz y de orden. Los Estados débiles (*en sentido amplio, los estados en crisis*) incluyen un amplio proceso continuo de posibilidades: pueden ser inherentemente débiles debido a factores geográficos, físicos o a limitaciones económicas o pueden ser, básicamente fuertes, pero temporal o situacionalmente débiles a causa de antagonismos internos, el despotismo, la avaricia de sus dirigentes o por ataques externos.

En los Estados débiles las tasas de delincuencia urbana tienden a ser altas y a ir en aumento. En los Estados débiles, la capacidad de proporcionar cantidades adecuadas de otros bienes políticos disminuye. Las redes de infraestructura física se deterioran. Las escuelas y los hospitales muestran signos de abandono, especialmente fuera de las ciudades principales. El PIB per cápita y otros indicadores

³⁸¹ Ibidem, p. 4.

económicos fundamentales caen, a veces drásticamente. Los niveles de corrupción son altos y escandalosos. Los Estados débiles a menudo son gobernados por déspotas, elegidos o no por la ciudadanía³⁸².

Las guerras civiles que caracterizan a los Estados fallidos, por lo general provienen de raíces religiosas, lingüísticas u otro tipo de conflictos entre comunidades étnicas. Las disputas por nuevas riquezas, por recursos como el petróleo, campos de diamantes u otros minerales o por la tala de los bosques son parte del paisaje de un Estado fallido. El fracaso del Estado-Nación no puede atribuirse principalmente a las dificultades de construir naciones a partir de un conglomerado de grupos de diversos orígenes. Tampoco puede ser atribuida a la opresión de las minorías por la mayoría, aunque en tal brutalidad los vínculos son a menudo un ingrediente importante del impulso hacia el fracaso de los Estados³⁸³.

Otro indicador del fracaso del Estado es el crecimiento de la violencia criminal. En la medida en que la autoridad del Estado se debilita la anarquía se hace más evidente. Las pandillas toman las calles de las ciudades y el tráfico de armas y de drogas se vuelven más común. Las fuerzas policiales se debilitan. Para su protección, los ciudadanos se dirigen a los *señores de la guerra* y a otras figuras fuertes que ofrecen seguridad en un momento en el que todo lo demás, incluyendo el propio Estado, se está desmoronando. Las altas tasas de delincuencia urbana y el aumento de sindicatos del crimen, dan testimonio de la anarquía y la desesperación reinante³⁸⁴.

Bajo un Estado fallido, la burocracia pierde con el tiempo su sentido de responsabilidad profesional y existe únicamente para llevar a cabo las órdenes del poder ejecutivo e, incluso, para reprimir a los ciudadanos. Los servicios públicos son crecientemente desatendidos. Los maestros, médicos, enfermeras y enfermeros son pagados con retraso o no se les paga en absoluto y el ausentismo aumenta. Los libros de texto y las medicinas escasean. Los informes a los ministerios competentes se pasan por alto. Los ciudadanos, especialmente los padres de familia, estudiantes

³⁸² *Ibidem*, p. 5.

³⁸³ *Ibidem*, p. 6.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 7.

y pacientes del mundo rural, poco a poco se dan cuenta de que el Estado los ha abandonado a su suerte³⁸⁵.

El fracaso del Estado se convierte en anarquía interna, en la ausencia del control propio de las autoridades estatales. Tal situación fortalece la probabilidad de que el dilema de la seguridad emergente dentro del Estado aumentará en una guerra, con batallas que los actores involucrados no necesitaban ni querían originalmente. Los reclamos y la protesta social no explican las guerras interestatales tan eficazmente como si lo hace el paradigma del dilema de la seguridad³⁸⁶.

El Estado de derecho no tiene por qué ser excesivamente complejo. Debido a que es poco probable que los ciudadanos y los jueces de las sociedades post-conflicto estén bien versados en el restablecimiento de los sistemas jurídicos, se debería enfatizar aquellos aspectos simples de las leyes que puedan ser comunicadas directamente a los ciudadanos afectados. Los procedimientos legales deberían ser simplificados de manera que los magistrados que no tienen formación jurídica formal, puedan ser capaz de ser justos, incluyentes y eficientes. Por otra parte, si la transparencia y la facilidad de comprensión se incorporan a los sistemas jurídicos desde el inicio de la reactivación de los Estados, la independencia y la responsabilidad de los jueces se hace más manejable. Ello permitiría regresar al empleo de la ley, a un sistema de justicia penal fuerte y justo, a la capacidad para hacer cumplir los contratos y los derechos de propiedad y a la disponibilidad de mecanismos eficientes para la solución de controversias comerciales³⁸⁷.

III.1.2. La corrupción política: Conceptos y contextos.

Heidenheimer considera al fenómeno de la corrupción política como endémico en todas las formas de gobierno. Ni siquiera el estado democrático de derecho escapa a este grave problema, aunque teóricamente el mismo se funda sobre el principio de la investidura de los gobernantes por los gobernados a través de elecciones libres y del sometimiento de los primeros a un marco de legalidad. Tal

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 8.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 29.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 39.

marco de legalidad es puesto en entredicho cuando se presenta el fenómeno de la corrupción.

Como muchos otros países democráticos, México no ha sido la excepción a este problema. Si bien es cierto que la corrupción ha sido estudiada desde muchas perspectivas, una de ellas es la teoría de la modernización política, según la cual la corrupción es resultado de la ausencia de una institucionalización política efectiva.

Aunque la corrupción existe en todas las sociedades, existen estudios que revelan que su expansión tiene una directa correlación con los procesos de modernización acelerados. Por ejemplo, se podría decir que la vida política de los Estados Unidos de América en el siglo XX fue menos corrupta que en el siglo XIX. Aunque exista más corrupción en unas culturas que en otras, las diferencias en el nivel de corrupción se explican por el grado de desarrollo político. En ese sentido, la modernización es un caldo de cultivo para la corrupción por tres razones básicas, entre otras: a) La modernización involucra un cambio drástico en los valores básicos de toda sociedad, dado que se da una aceptación gradual por los diferentes grupos sociales de las nuevas normas universales; emergen nuevas lealtades e identificación de los individuos dentro de la misma nación, así como la concepción de que los ciudadanos tienen iguales derechos contra el Estado e iguales obligaciones para el Estado. b) La modernización también contribuye a la corrupción, debido a la creación de nuevas fuentes de riqueza y poder, que a su vez generan una mayor influencia sobre las decisiones políticas de la sociedad. c) Finalmente, la modernización genera corrupción debido a los cambios del sistema político e involucra la expansión de la autoridad gubernamental y la multiplicación de las actividades sujetas a la regulación gubernamental.

Es de esperar que bajo un régimen autoritario quienes están en el poder disfruten de impunidad y estén al abrigo de las críticas públicas. Una transición hacia la democracia debería conducir a la aparición de una prensa libre y medios de comunicación independientes, a la creación de partidos competitivos y de instituciones de contrapeso, y a la subordinación de todos los ciudadanos (incluidos los más poderosos) a una Constitución impersonal. En otras palabras, la

democratización debería conducir a un Estado de derecho administrado por un poder judicial independiente³⁸⁸.

Tal análisis de lo político tiene una contrapartida exacta en el ámbito económico. El argumento es que un sistema estatista, intervencionista o politizado de la gestión económica favorece un alto nivel de la corrupción política al distorsionar el mercado, y al crear beneficios de monopolio o de rentas que se pueden ser asignados discrecionalmente por los servidores públicos. La transición a una economía de mercado abierto y competitivo y sin distorsiones políticas permitiría reducir las oportunidades de beneficios ilícitos y ocultos a disposición de los titulares del poder político y someter la política económica a un control efectivo de parte de los ciudadanos³⁸⁹.

Aunque estas dos hipótesis sobre la incidencia de la corrupción política de alto nivel son paralelas son, en principio, diferentes, América Latina sin duda proporciona un claro ejemplo de un gobierno autoritario combinado con economía de mercado de consumo. El diagnóstico de la corrupción política hace hincapié en el abuso simple de la función pública y la apropiación indebida de recursos públicos.

Una forma de avanzar en el análisis de la corrupción como un fenómeno que se opone al pleno Estado de derecho, dadas las limitaciones de la teoría disponible y las deficiencias de los datos empíricos, sería distinguir con mayor precisión entre los diversos tipos de conducta que deberían ser subsumidos bajo la noción poco precisa de corrupción política. La racionalidad política y la lógica institucional para, por ejemplo, acumular fondos de manera ilícita que se pueden utilizar para influir en los resultados electorales, no debería confundirse con las de, por ejemplo, el tráfico de armas o la manipulación de la financiación de parte del banco central a los bancos insolventes privatizados³⁹⁰.

Cada uno de estos fenómenos ilegales pueden ser frenados o ser facilitados por decisiones de política pública relativamente específica para cada caso. Es cierto que en la práctica, los escándalos en Brasil, México, Argentina y otros países demuestran

³⁸⁸ HEIDENHEIMER, Arnold, and JOHNSTON, Michael. *Political Corruption, Concepts & Contexts*. Thyrd Edition. Lybrary Of Congress. Printed in the USA., p. 801. Traducción con fines de investigación jurídica. Alejandro Sánchez García.

³⁸⁹ *Ibidem*, pp. 801 y 802.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 806.

con qué facilidad una gran variedad de tipos de corrupción política de alto nivel se encuentra con otros. La facilidad para incurrir en la corrupción electoral puede conducir al lavado de dinero, a la complicidad con el narcotráfico y eventualmente a manipulación de los tribunales. Pero aún si bien puede haber una lógica corrosiva que por la dinámica de complicidad e impunidad se desplace sobre los límites analíticos que establezcamos, el separar los diferentes elementos de la corrupción política y examinarlos uno por uno puede ayudar a iluminar este sub-mundo tenebroso de la corrupción política³⁹¹.

La recaudación de fondos para los partidos políticos y para financiar campañas electorales es un buen lugar para comenzar. Bajo un gobierno autoritario, los partidos políticos son supervisados con frecuencia o incluso prohibidos y las contiendas electorales son manipuladas con frecuencia por aquellos en el poder. Pero incluso así, la mayoría de países celebran elecciones periódicas y éstas son ganadas normalmente por el partido en el poder el cuál utiliza abundantes recursos del sector público, las deducciones de las nóminas de los empleados, las cuotas más o menos obligatorias de los miembros del partido, publicidad gratuita y el acceso sin restricciones a los medios de comunicación (normalmente censurado), el préstamo de locales oficiales y vehículos, y así sucesivamente. Es evidente que a los demás partidos políticos se les negó por lo general los recursos oficiales y se los alentaba a través de distintas recompensas si apoyaban a los candidatos del partido en el poder. El partido Arena en Brasil, el PRI en México y el Partido Colorado de Paraguay son todos ejemplos de este estilo autoritario de la campaña electoral³⁹².

Después de la transición a una democracia más auténtica, a un sistema electoral competitivo y realmente multipartidista, sería necesario emprender la tarea de la recaudación de fondos para el financiamiento de la campaña electoral de todos los partidos políticos. No fue un asunto sencillo ponerse de acuerdo sobre un nuevo nivel de igualdad respecto a las normas que regularían el financiamiento político ni, mucho menos, establecer un control eficaz y fiable aplicación de dichas normas³⁹³.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 807.

³⁹² *Ibidem*, p. 807.

³⁹³ *Ídem*.

Varios presidentes electos de América Latina parecen haber requerido el control de grandes sumas de dinero de procedencia dudosa con el fin de ganar las elecciones y para recompensar a sus leales seguidores. Aquí no se trata de fondos recaudados en cantidades pequeñas de las bases del partido en el poder. Por el contrario, parte del objetivo parece ser la de liberar al jefe de Estado de la dependencia excesiva de las estructuras del partido³⁹⁴.

Especialmente cuando los fondos son gestionados en secreto y sólo se proporcionan a los operadores tradicionales, una presunción de corrupción política de alto nivel es difícil de evitar. ¿Qué podrían los donantes ricos esperar obtener a cambio de la financiación de la elección o reelección de ciertos candidatos o partidos? Es difícil escapar a la conclusión de que los grandes donantes podrían esperar beneficiarse de información privilegiada o acceso privilegiado respecto a reformas como la liberalización³⁹⁵.

III.1.2.1. En busca de confiabilidad institucional.

Muchos países han establecido la figura de los defensores del pueblo para recibir las demandas contra funcionarios públicos. Estas oficinas pueden contribuir a aumentar la confiabilidad de los organismos gubernamentales a los ciudadanos para una rendición de cuentas de los políticos y burócratas. En la India, por ejemplo, una oficina similar a un defensor del pueblo, llamado Pal Lok fue recomendada por una comisión de reforma administrativa. Sin embargo, la experiencia ha mostrado que estos funcionarios rara vez descubren irregularidades sistémicas a gran escala y, en general, carecen de autoridad para iniciar demandas judiciales³⁹⁶.

El poder del defensor del pueblo depende muchas veces de la autoridad moral y de la buena voluntad y empeño del funcionario a cargo. Por ejemplo, Sudáfrica tiene un defensor del pueblo que puede investigar las acusaciones de conducta impropia por parte de funcionarios públicos y hacer los informes que suelen publicarse. Su mandato incluye la malversación y la corrupción, así como los tradicionales abusos de los derechos humanos. Como la mayoría de los defensores del pueblo, la oficina

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 809.

³⁹⁵ *Ídem*.

³⁹⁶ ROTBERG, Robert. " *When States Fail Causes and Consequences*". Op. Cit., nota n°. 380, p. 200.

no puede iniciar acciones legales, pero puede remitir los casos a los fiscales. En la actualidad, la oficina es muy pequeña y tiene dificultades para manejar el volumen de quejas. Un reciente informe de Naciones Unidas no sólo recomienda la expansión de su capacidad, sino una redefinición de su misión para que pueda iniciar investigaciones a gran escala de los problemas generales, en vez de simplemente responder a las denuncias de particulares. En cambio, un ejemplo de un fuerte defensor del pueblo viene de Vanuatu, un país insular del Pacífico. Su defensor del pueblo, que funciona con un celo casi religioso, investigó un esquema de financieros fraudulentos y la participación de altos funcionarios gubernamentales que trabajaban con los promotores de fuera del país. Aunque el defensor del pueblo no puede presentar cargos formales por sí mismo, la publicidad resultante jugó un papel central en el socavamiento del apoyo público a los involucrados³⁹⁷.

Algunos organismos públicos han creado rutas de dirección para las quejas de los ciudadanos. En Gran Bretaña, un número de comunidades locales están experimentando con líneas directas de lucha contra el fraude. El programa de México para la Modernización de la Administración Pública ha creado un sistema similar de líneas de atención directas para las empresas acosadas por los inspectores. Sin embargo, tales procedimientos sólo serán exitosos si los reclamantes pueden preservar su anonimato sin temor a represalias. Otra condición será que los mecanismos de atención a quejas estén ampliamente disponibles para las personas en las zonas rurales o en barrios urbanos pobres. Los funcionarios públicos defensores del pueblo, agencias de supervisión de las unidades o agentes de la ley deben dar seguimiento a las quejas de una manera transparente. Al mismo tiempo, si las personas se refieren a las denuncias, el acusado debe tener una forma creíble de defensa contra presuntas acusaciones falsas. De lo contrario, el intento de reforma puede degenerar en venganzas privadas entre distintas personas y en el uso del Estado para resolver sus disputas personales³⁹⁸.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 201.

³⁹⁸ *Ídem*.

a) Adecuado uso del derecho administrativo.

Otro conjunto de problemas pueden surgir en el sistema político con la debilidad de las ramas legislativas. Los críticos de los gobiernos latinoamericanos argumentan que la mayoría de los ejecutivos son excesivamente poderosos. Como consecuencia, incentivos para la búsqueda y la corrupción son altos en el poder ejecutivo. El presidente tiene el poder de decreto con frecuencia amplia, puede controlar una cuenta secreta financiera que debe aplicarse para premiar los partidarios, y mientras que en el cargo es poco sujeto al control popular. Por otra parte, el poder judicial es generalmente menos independiente en la práctica y hasta hace poco, rara vez ha limitado efectivamente ejecutivos. Algunos países Asiáticos muestran un patrón similar. Por ejemplo, en Tailandia el ejecutivo en la actividad legislativa controla y limita, de modo que podría gobernar por decreto. China es un caso extremo, que algunos tribunales han sostenido que sólo el Congreso Nacional del Pueblo, no los tribunales, pueden decidir sobre la legalidad de las normas administrativas. La falta de rendición de cuentas ejecutivas facilita la corrupción y otros tipos de incompetencia y malversación mediante la centralización de la potestad reglamentaria y ejecutivos de dar amplia facultad de apreciación³⁹⁹.

La creación de un sistema transparente y responsable del derecho administrativo debe ser una parte del diseño de las Constituciones democráticas. La elaboración de normas en el poder ejecutivo debe estar estructurada para garantizar la adecuada participación y la transparencia. El público necesita vías de recursos ante el poder judicial si el gobierno no ha seguido sus propios procedimientos o ha actuado al margen objetivo, es hacer de la corrupción y el auto-tratar más difícil de ocultar al obligar a la revisión del proceso y del resultado sustantivo. Un proceso de revisión destinado a lograr una buena política de fondo y de responsabilidad democrática puede ayudar a crear un Estado estable⁴⁰⁰.

Sin embargo, los países con un sistema judicial que sea corrupto y sin restricciones, obviamente, no estarán dispuestos a darle más competencias. Aún más si un poder judicial independiente hace cumplir las leyes que se pronuncian a

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 202.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, pp. 202 y 203.

favor de la reforma de la industria regulada será difícil sin un cambio en las normas jurídicas que sirven de fundamento⁴⁰¹.

b) No existen comisiones anticorrupción.

Una solución de la debilidad de las instituciones públicas es la creación de un órgano independiente que se ha asignado una tarea especial sensible. Esta estrategia es rara vez una opción deseable a largo plazo a menos que se combine con la reforma del núcleo de las instituciones públicas. Una alternativa que es a la vez aislada del resto del gobierno y diseñado para promover una mayor reforma es una agencia anticorrupción independiente, que es una propuesta de reforma popular para los países en desarrollo. Además de los casos conocidos de Hong Kong y Singapur un número de otras jurisdicciones, exitosas como Malasia, Botswana, Malawi, Tailandia y el Estado Australiano de Nueva Gales del Sur, tienen creadas instituciones similares. Estos organismos a veces tienen eficacia. Una comisión anticorrupción de presentación de informes al jefe ejecutivo podría ser utilizado como instrumento de represión en contra de opositores políticos. Los poderes generalizados de la Comisión Independiente podrían ser objeto de abuso de los sistemas menos comprometidos con el Estado de derecho.

Estados afirman que de otra manera es improbable que se pueda hacer uso imparcial y eficaz de comisiones independientes. Una agencia de lucha contra la corrupción puede hacer muy poco si el Estado deja en su lugar las leyes restrictivas o vagas y el engorroso proceso que produce incentivos para la corrupción en el primer lugar. Una agencia de lucha contra la corrupción debe ser sólo una parte de una estrategia más amplia que incluye más reformas fundamentales que van más allá de hacer cumplir la ley⁴⁰².

c) Mal funcionamiento del poder judicial.

Los países débiles tratando de establecer el Estado de derecho suelen tener mal funcionamiento de los tribunales y el sistema legal. Algunos tribunales son demasiado dependientes de los políticos, y otros son arrastrados por la riqueza de los litigantes. Si el sistema judicial funciona mal la gente va a evitar llevar litigios ante

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 203.

⁴⁰² *Ibidem*, pp. 203 y 204.

los tribunales a menos que se beneficien del retraso o si no están seguros de ser sobornados. A pesar de este juicio negativo hay un retraso de medio millón de casos con demoras de hasta diez o quince años. El enigma es por qué no le molesta a nadie al llevar un caso. Parte de la respuesta parece ser que algunas personas se benefician de la demora.

En muchos países con sistemas judiciales débiles las personas van a encontrar alternativas a los tribunales, incluyendo la contratación de árbitros privados y el uso de la protección prevista por el crimen organizado. En algunos países el sector informal ilegal se ha planteado. En Perú, por ejemplo, se trata de pseudo-abogados, documentos, falsos títulos de propiedad, las identidades no existen, y prácticamente no hay garantías jurídicas. En Indonesia, los tribunales no son efectivos debido a la creencia generalizada de que muchos jueces son la corrupción o incompetencia. Agencias privadas de recolección alternativa son utilizadas por los acreedores privados para extorsionar pagos. En Europa oriental y Rusia, los asesinatos de empresarios y banqueros son comunes. Muchos parecen ser asesinatos de tipo ejecución que forman parte de un brutal sistema privado de "*solución de controversias*". Estas formas de afrontamiento son claramente inferiores a una honesta y eficiente ejecución del sistema judicial.

Los nuevos Estados a menudo frágiles o están controlados por un grupo político único o se enfrentan a un riesgo de colapso (*o ambos*). Un sistema judicial fuerte puede ayudar a apuntalar ese Estado. Los políticos tienen cuidado de no crear un poder judicial fuerte en ambos casos, pero los puntos que los nuevos Estados buscan es la legitimidad pública y que la creación de un poder judicial independiente es una manera de lograrlo. Sin embargo, coinciden en que la política multipartidista ayudará a mantener un poder judicial independiente, aunque no es una condición estrictamente necesaria. Además hay otras razones para que los políticos apoyen un poder judicial independiente y honesto que no está directamente relacionado con la estructura política⁴⁰³.

⁴⁰³ *Ibidem*, pp. 205 y 206.

III.1.3. Economía política de la corrupción: El caso de América Latina.

No parece necesario indicar que el fenómeno de la corrupción no es nuevo en Latinoamérica y data al menos desde los gobiernos autoritarios que asolaron a estos países de manera intermitente durante una buena parte del siglo XX.

Desde sus inicios, el cambio político y las transformaciones económicas de los años ochenta y noventa generaron fuertes expectativas sobre el paulatino descenso de la corrupción. Los datos disponibles, sin embargo, parecen indicar otra cosa. Como lo sugiere el capítulo de Rehren en este libro no solo se observa que no hubo la disminución esperada sino que en muchos países de América Latina, el panorama empeoró⁴⁰⁴.

Bailey define a la “*gran corrupción*” como el “*comportamiento inadecuado de parte de altos funcionarios públicos que involucran a grandes cifras de dinero*”. La corrupción ordinaria hace referencia a lo que Susan Rose-Ackermann llama “*corrupción oportunista de bajo nivel*” extendida como actos que violan regulaciones básicas en un marco en el que un agente gubernamental tiene la posibilidad de obtener un pequeño beneficio a través del control discrecional de un bien público escaso. Esta distinción conceptual tiene implicaciones sobre los efectos de la corrupción: los hallazgos de Transparencia Internacional muestran que la corrupción de bajo nivel no disminuye los niveles de confianza entre los ciudadanos. De manera opuesta, la “*corrupción de alto nivel*” incrementa la percepción de la desigualdad y disminuye “*los niveles de confianza interpersonal y de confianza en el gobierno*”⁴⁰⁵.

Esto lleva a John Bailey a introducir un conjunto de dimensiones que una discusión sistemática sobre la corrupción debería considerar. ¿Debe el concepto de corrupción centrarse en criterios legales o, más bien, en concepciones sociales del término? El autor plantea el importante problema según el cual los individuos podrían comportarse de un modo “*técnicamente corrupto*”, aunque aquellos podrían considerar su comportamiento como “*éticamente aceptable*”. Por otro lado, y teniendo en cuenta las diferencias entre las consecuencias de distintos actos

⁴⁰⁴ Conferencia ¿Tierra de Hombres Infames? “La Economía Política de la Corrupción en América Latina”. Por Rodolfo Sarsfield. Documento de Trabajo División Estudios Jurídicos CIDE., México, 2009, p. 465. Publicado en Revista. “Metapolítica” Volumen 16, n°. 78. Julio – Septiembre 2012.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 461

corruptos, propone la necesidad de distinguir entre corrupción trivial y “*corrupción seria*”. Finalmente, otra diferencia a la que el autor hace referencia es respecto a cuan extendida está la corrupción, para hablar de “*corrupción contenida*” y “*corrupción sistemática*”⁴⁰⁶.

Este autor define la corrupción política como “*un acto en el cual un oficial público... viola una norma legal o social para obtener un beneficio privado o particular*”⁴⁰⁷.

Algunos de los temas que deberían ser abordados por la literatura sobre la definición de la corrupción deberían incluir en términos de diferenciación inter-conceptual, cuales son las fronteras del término con nociones tales como lo ilegal, lo legítimo, lo inmoral, las reglas informales.

Casi como un lugar común en la literatura de la ciencia política y otras disciplinas, América Latina aparece como tierra de corruptos. Existen evidencias empíricas de que en Latinoamérica la corrupción constituye un fenómeno de alcances mayúsculos. Al respecto, Thacker mismo que afirma que “*a pesar de la extendida creencia sobre lo contrario*”, la corrupción percibida en la región es solo ligeramente mayor que la media mundial. “*En términos de los demás promedios regionales*” -señala Thacker- “*América Latina no parece sobresalir por arriba de las tendencias mundiales*”⁴⁰⁸.

En su capítulo, Alfredo Rehren destaca que el índice de percepciones sobre la corrupción, de *Transparencia Internacional*, indica que siete países latinoamericanos -Guatemala, Nicaragua, Venezuela, Bolivia, Ecuador, Haití y Paraguay- se ubicarán entre las 20 naciones más corruptas del mundo. De acuerdo al reporte global sobre la corrupción de *Transparencia Internacional* de 2003 y a los datos de *Latinobarómetro*, el 71 por ciento de las ciudades de la región piensan que los funcionarios públicos de sus respectivos países son corruptos. Sin embargo, haber tenido una experiencia directa con la corrupción es mucho menos reportado: el “*27 por ciento de latinoamericanos en 2002 decían que ellos o sus familias habían sido víctimas de un acto corrupto*”. Hay que decir que esta brecha entre percepciones y

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 462.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 462.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, pp. 463 y 464.

experiencia es menor en México y Paraguay, países en los que el 31 y 43 por ciento respectivamente, comentaban haberlo hecho⁴⁰⁹.

Se acepta la corrupción en América Latina en los países considerados como Estados de Derecho? Un grupo de las contribuciones exploran distintas dimensiones de lo que en términos genéricos podríamos llamar “*actitudes hacia la corrupción*”. En este punto, sería importante distinguir diferentes dimensiones de este concepto, como lo son los niveles de corrupción percibidos, la impunidad asignada al hecho de cometer actos corruptos o la prioridad dada a la corrupción como problema. Charles H. Blake, planteando la pregunta fundamental sobre “*¿Cuáles son las condiciones a partir de las cuales es más probable que los ciudadanos manifiesten una tolerancia cero hacia las acciones corruptas?*” propone que el cálculo de los individuos sobre la probabilidad de que las instituciones existentes hagan cumplir la ley debería tener una influencia crucial sobre las actitudes hacia la corrupción⁴¹⁰.

Usando los datos de la Encuesta Mundial de valores para 64 países, Blake encuentra que la confianza en la política está fuertemente asociada con una baja tolerancia a la aceptación de sobornos. Asimismo, halla que además las mujeres son menos propensas que los hombres a aceptar la corrupción. Por otro lado, el trabajo muestra que la edad está relacionada negativamente con la aceptación de corrupción y sobornos.

De modo sorprendente, los hallazgos en los diez países de América Latina que integran este estudio muestran algunos resultados diferentes. Los latinoamericanos expresan los niveles más bajos de confianza en la policía y una tolerancia a la corrupción un tanto por arriba del promedio de la muestra total de países, niveles solo comparables con los ciudadanos de Europa del este. De modo análogo a lo que ocurre en el grupo total de los países, las mujeres aceptan menos la corrupción que los hombres y la edad está relacionada negativamente con la tolerancia a la aceptación de sobornos⁴¹¹.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 464.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 468.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 469.

III.1.3.1. Fisuras en el Estado y corrupción en México.

La corrupción la podemos definir como la actividad ilegal por medio de la cual un agente corruptor y un agente corrupto intercambian recíprocamente una serie de bienes y derechos de los cuales no son propietarios, sino únicamente depositarios.

Por lo tanto, señalamos a los sujetos de derecho, como parte de los elementos de la corrupción, porque hoy en día, únicamente se quiere señalar al funcionario público, cuando en realidad también ha existido el corruptor privado⁴¹².

Como factor Institucional es de referir que el diseño constitucional y legal mexicano ha promovido la corrupción desde las esferas más altas del gobierno hasta la célula organizativa más pequeña como el municipio. El presidencialismo mexicano, estudiado, por cierto a nivel mundial, como un fenómeno relevante de la ciencia política, es la más bella expresión de la corrupción institucionalizada.

En nuestro país, la designación y remoción del director general de *PEMEX*, es una atribución exclusiva del Presidente. Por lo tanto, este personaje no rinde verdaderamente cuentas ante el pueblo mexicano, vía sus más directos y legítimos representantes, sino que únicamente *“informa” al Presidente* tal y como lo establece la Constitución.

En este mismo sentido, el gabinete entero no rinde cuentas a ninguna otra instancia que no sea el presidencialismo mexicano. En la Constitución se contempla únicamente la cortesía de visitar al poder legislativo, y por cierto solamente para informar, aún cuando en la Constitución existe la posibilidad de *“investigar”* por parte de los legisladores, esta investigación se hace del conocimiento exclusivo del presidente, sin consecuencias de mayor alcance.

La procuraduría de justicia hoy en día está gangrenada hasta la médula de su estructura en sus tres niveles de gobierno. La Procuraduría General de la República, a pesar de los mejores deseos y de su más reciente reforma organizativa, adolece de una serie de vicios, difíciles de erradicar, la pobre remuneración de sus funcionarios, el poder del narcotráfico o de la delincuencia organizada, o en otros casos las

⁴¹² REZZOAGLI, Bruno, Ariel. *“Análisis Jurídico, Económico y Político de la Corrupción”*. Ed., Porrúa, México, 2005, p. 45.

acciones de consigna del poder político en contra de una persona o grupo de ellas, hace que la credibilidad interna y externa de la institución se erosione fácilmente⁴¹³.

Como factor de Política es de citar que los partidos políticos son entes jurídicos privilegiados, son verdaderamente empresas políticas, gozan de una serie de prebendas legales y fiscales. La vida interna de los partidos, en realidad, pertenece a sus dirigentes, como señores de horca y cuchillo.

El Instituto Federal Electoral tiene sus orígenes en la lucha cívica por ciudadanizar los órganos de gobierno. Este esfuerzo se vio cristalizado en las primeras dos conformaciones del órgano electoral federal. En esta última conformación, se vio lo patético y pobre estima que todos los partidos tuvieron hacia el órgano que probablemente, mejor había cuidado la legitimidad y credibilidad frente a la sociedad.

Por otra parte, el Título Cuarto de la Constitución tiene en su artículo 108, quienes son responsables en el ejercicio del servicio público. Las sanciones en este caso, se tipifican en la ley reglamentaria correspondiente, a propósito de los hechos que la opinión pública ha conocido recientemente, respecto a los actos corruptos concretos, de legisladores de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal⁴¹⁴.

Urge poner en orden a estos delincuentes políticos e instrumentar reformas que hagan más severas las penas. Con esto se evitará que el verdadero responsable del pueblo se desmarque de los delincuentes en los partidos, en la cual, las penas no solo sean la expulsión de su partido, sino también las penas corporales y la reparación del daño moral a la sociedad⁴¹⁵.

Como factor económico o de economía debemos recordar que el uno de enero de 1994 entró en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, convenio internacional que ha transformado las relaciones económicas de nuestro país, principalmente en su relación con el poderoso vecino del norte.

Las resistencias que opusieron los grupos de interés en México, evidenciaron un problema que se venía arrastrando desde los años cuarenta, el pobre desempeño industrial y comercial de la clase empresarial mexicana.

⁴¹³ *Ibidem*, pp. 45 y 46.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 47.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 48.

Durante más de 50 años fueron protegidos por el pueblo mexicano, los grandes grupos económicos que se han venido apropiando del sistema bancario y financiero, a su vez accionistas de empresas importantes, así como el grueso de las empresas nacionales e internacionales beneficiadas de la apertura comercial. Estas empresas presionan a las autoridades y manipulan el mercado interno en su beneficio con acciones monopólicas. En el caso de la industria musical las grandes casas disqueras mantienen altos sus precios, sus productos y luego culpan a la piratería de la baja en las ventas, cuando la realidad es que la sociedad mexicana no puede comprar su propia música bajo estas condiciones⁴¹⁶.

En cuanto los factores de corrupción social debemos decir que las instituciones han entrado en una crisis desde hace 20 años. La legitimidad y credibilidad están en juego. La sociedad ha perdido fe en sus líderes y leyes. Las encuestas han demostrado que el 75% de la sociedad en México no cree en la ley. En ese mismo porcentaje la población se ha manifestado que cumpliría una ley justa. Los hechos de justicia de propia mano son recurrentes. El Estado de derecho sigue siendo una asignatura pendiente de este país. En esta forma, por demás agravante, nos enteramos que los delincuentes poderosos, gozan de protecciones legales y al poco tiempo se encuentran en la calle⁴¹⁷.

La corrupción tiene su origen en la fragilidad del marco teórico jurídico, así como en los niveles de ingreso de los servidores públicos. Esto es especialmente preocupante en la educación, dada su importancia en la promoción de los valores de ética y moral entre la población.

III.1.3.2. Corrupción: Aspectos jurídicos y éticos del servidor público, causas, consecuencias, soluciones. México falla, sobre la política nada.

Cuando se pretende analizar y estudiar la corrupción entre los servidores públicos como fenómeno sociocultural, se tiene que examinar sus causas, sus consecuencias y las posibles medidas de solución.

⁴¹⁶ *Ibidem*, pp. 48 y 49.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 49.

En cuanto a las causas, estas pueden ser:

1. La tradición, vergonzoso legado desde siempre, una inercia de la práctica de cualquier tipo de corrupción de todos los niveles de gobierno, históricamente presente desde la Conquista hasta nuestros días.
2. Los salarios bajos y deficientes de una gran parte de los servidores públicos, sobre todo de los niveles medios para abajo.
3. El exceso de leyes imperfectas o con lenguaje ambiguo; artículos, acepciones, adiciones, reglamentos suplementarios, modificaciones repentinas, cambios de sentido de la ley o reglamento de un día para otro sin consultar a los ciudadanos, interpretaciones judiciales contradictorias.
4. La existencia de una tramitología junto a una logística interminable y el articulado de leyes que dejan al criterio del “*inspector*”, “*revisor*” o “*superintendente*” ciertos aspectos ambiguos de la ley.
5. Las investigaciones del Ministerio Público mal sustanciadas, que traen como consecuencia sentencias penales absurdas.
6. La falta de transparencia. También es una causa de corrupción los canales poco claros de rendición de cuentas, así como la carencia de conductos y hábitos políticos que se establecen entre gobernantes y gobernados.
7. La impunidad. En mi opinión, el vocablo que más traslapa y se confunde con la corrupción es el de impunidad. Esto hace pensar de inmediato en el servidor público que quebranta las leyes que de alguna forma rigen su conducta sin que se le apliquen las sanciones que las leyes penales y administrativas establecen para tales quebrantos.
8. Cohecho. Por otra parte, está la demanda del ciudadano, que ofrece al servidor público algún beneficio económico, político, social o familiar a cambio de un privilegio o de la agilización de un trámite. Al primer caso se le llama cohecho y al segundo se le llama soborno⁴¹⁸.

Por lo que se refiere a sus consecuencias, la corrupción ha sido muy negativa; desde luego provoca la deficiencia en los servicios públicos, enfocados no a los

⁴¹⁸ *Ibidem*, pp. 97 y 98.

problemas generales de la comunidad, sino a los particulares de quienes los han sobornado y el congestionamiento de personal ocioso en las dependencias.

La “*mordida*” es otra parte que acerca al significado de “*corrupción*”, como semánticamente se parece la parte a su todo. La “*mordida*” es la parte de la corrupción, cohecho que – generalmente dinero en efectivo – la autoridad disfruta después de cometido el delito.

La “*mochada*” puede ser una mordida que una autoridad, superior o inferior, le pide o exige o le da a otra autoridad. Es un dividendo, una participación de las ganancias⁴¹⁹.

Por lo que toca a las medidas de solución, existen las preventivas como:

1. Promover, obligar y legislar sobre las ineludibles y necesarias carreras especializadas en administración pública. Al respecto ya existen organismos, como el Instituto Matías Romero que prepara a quienes desean trabajar en el servicio exterior; el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), donde se imparten especialidades en esta materia; el Consejo de la Judicatura; y algunas Universidades, como la Anáhuac, que cuenta con el doctorado en Administración Pública.
2. Otra medida preventiva anticorrupción consistiría que la administración pública dé el perfil psicológico, profesional y curricular de cada plaza.
3. Durante el desempeño del servicio público, continuar la capacitación, ofrecer estímulo económico, reconocer públicamente los aciertos, fomentar los valores éticos y las verdaderas finalidades de la actuación del funcionamiento público.
4. Asignar salarios razonables y equitativos.
5. Respetar el escalafón y tomar en cuenta la preparación y calificación de los servidores, para así evitar el favoritismo y la improvisación. En este sentido, tal vez convenga pensar en eliminar o restringir los puestos “*de confianza*” asignados a favoritos, plazas que la mayoría de las veces las ocupa gente que no está capacitada para desempeñar las funciones exigidas por el puesto concedido.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 98.

6. Revisar y reformar las leyes de responsabilidad de los servidores públicos, utilizando un lenguaje claro y concreto que no se preste a interpretaciones erróneas.

7. Exigir que cumplan con las leyes de transparencia⁴²⁰.

Por lo que se refiere a los deberes de los servidores públicos -deontología-, qué es el derecho y la ética.

En cuanto a la ética, conviene recordar que todo acto humano está integrado por la conciencia, la libertad y la voluntad. Nuestra conciencia nos lleva a actuar conforme a los valores, como la justicia, el bien común, la prudencia, la verdad y la lealtad⁴²¹.

Sobre la política nada. Derecho vs política?

Reforma política sigue y sigue.

Mientras la reforma económica del Estado se impuso como una sostenida estrategia deliberada luego del derrumbe de 1982, la reforma política del Estado se convirtió en un cambiante discurso oficial sin consecuencias, sin desembocar en un régimen político legitimado y por lo mismo estable.

Tuvieron que pasar seis reformas electorales, suscitadas todas por la conformación de coyunturas insostenibles, tanto dentro como fuera del Estado. Este primer cambio de fondo del orden político se logró apenas con la reforma electoral de 1996 que permitió separar del control directo del gobierno a los órganos electorales encargados de plantear y organizar las elecciones⁴²².

Los partidos se hacen poseedores de un registro que pueden rentabilizar ofreciéndolo a los ciudadanos libres, desorganizados, o también organizados, pero no autorizados a ejercer a plenitud sus derechos político-electorales. Esta es una distorsión de origen que se mantuvo con la reforma de 1996. En este sentido la afiliación individual a los partidos que se consagra en la ley no garantiza en forma terminante el derecho a la libre y voluntaria afiliación. Así las reformas en este aspecto no parecen garantizar la representación plena de la ciudadanía en la medida en que se les excluye y se les obliga a darse a entender a través de partidos que a la

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 99.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 103.

⁴²² ANGUIANO, Arturo. *“El ocaso Interminable Política y Sociedad en el México de los Cambios Rotos”*. Ed., Era, p. 249.

mejor no apoya ni les interesan, pues no coinciden con sus anhelos e intereses políticos y sociales⁴²³.

La reforma tuvo su primer ensayo en julio de 1997 y se consagró con la sucesión presidencial del año 2000 en que alcanzó la alternancia, y acabó por agotarse en 2006, con la recaída en la desconfianza y la falta de credibilidad. La reforma electoral por lo demás, quedó de nuevo trunca. Una reforma democrática clara, quedó de nuevo pendiente, probablemente para cuando se degrade más la situación por la evolución de los acontecimientos económicos y sociales y políticos del país; cuando de nuevo los conflictos sociales coloquen al Estado y los partidos ante el dilema de cambios de fondo y duraderos o contradicciones o conflictos que pongan en peligro la estabilidad y gobernabilidad de la nación⁴²⁴.

III.1.3.3. Servidor público del Estado, México, factores anti-corrupción, por qué no.

Ser imparcial. Es la capacidad de ser independiente en las decisiones. La imparcialidad es una de las columnas en las que se apoya la ética del servidor público.

Desempeño personal. Implica realizar las labores en forma personal y con la mayor diligencia posible. Algunos servidores públicos delegan sus obligaciones incluso su firma, a segundas manos, descuidando la atención personal de los asuntos, situación que ha provocado quejas e impugnaciones de los actos realizados.

Observar buena conducta. Toda ética comienza con el individuo y se refleja en el servicio que desempeña. Cuando una persona pierde la autoridad moral, los subordinados y las personas que tengan que acatar sus instrucciones dudarán de su validez y eficacia, por lo que muchas veces no serán observadas. De aquí deriva la expresión: *“Fulano no tiene autoridad moral para exigir la conducta”*.

⁴²³ *Ibidem*, pp. 260 y 261.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 269.

Respetar a quien atiendan. Cuando un particular acude a una oficina pública, lo hace para resolver alguna necesidad y no por gusto. De esta situación debe ser consciente el servidor público.

Cumplir con las leyes. El servidor público debe cumplir con el principio de legalidad; esto es, actuar y desarrollarse dentro del marco jurídico propio de su función.

Ocupar o destinar los bienes del Estado a su fin. Deben cuidarlos. No los deben emplear para asuntos particulares.

Guardar reserva acerca de los asuntos que lleguen a su conocimiento. En este sentido, pueden darse dos supuestos: primero, por manejar información privilegiada, que no es lícito dar a conocer en beneficio propio o de amigos; y segundo, por confidencias de los particulares, que en razón de su trabajo el servidor público haya recibido⁴²⁵.

III.1.3.4. Avasallador sistema presidencial.

El Estado de la revolución, el Estado fuerte, fue posible por que se impulsó y organizó sobre la base de un régimen político (o si se quiere una forma de Estado) que se articuló en torno a un presidencialismo avasallador, consagrado de hecho en la Constitución mexicana de 1917⁴²⁶.

Se generaron relaciones jerarquizadas estrictamente, bajo lealtades y supeditaciones sostenidas en cadenas o redes de relaciones de poder cuya cima era la Presidencia de la República; relaciones clientelares que se impusieron en el aparato estatal y se difundieron a través de éste en el conjunto de la sociedad, en todo el país reproduciendo roles y jerarquías cerradas, relaciones apoyadas en el intercambio en extremo desigualdad de favores y fidelidades a primera vista personales⁴²⁷.

Cada presidente, por eso, trató de readecuar o revestir al aparato estatal conforme a sus intereses y enfoques particulares, buscando distinguir a su gobierno

⁴²⁵ REZZOAGLI, Bruno, Ariel. *"Análisis Jurídico, Económico y Político de la Corrupción"*. Op. Cit., nota n°. 412, pp. 104 y 105.

⁴²⁶ ANGUIANO, Arturo. *"El Ocaso Interminable Política y Sociedad en el México de los Cambios Rotos"*. Op. Cit., nota n°. 422, p.29.

⁴²⁷ *Ibídem*, p. 30.

respecto a los otros, sobre todo en relación con el precedente, destacando su originalidad como una forma de asegurar su legitimidad específica, la absoluta concentración de un poder que personalizaba sin resquicios⁴²⁸.

El carácter omnipotente del presidencialismo, en especial, apareció como el rasgo definitivo, como la pieza clave de una forma estatal que se revestía y moldeaba cada vez de manera diversa conforme a su titular y a circunstancias movedizas, aunque en la práctica reproducía sin remedio sus reglas y métodos, su lógica arrolladora. La presidencia no solo investía de poderes inmensos a sus ocupantes transitorios, sino que los atrapaba, acababa siempre por condicionarlos y hasta determinarlos, los transmutaba cualquiera que fuese su “*estilo personal de gobernar*”⁴²⁹.

La centralización sin medida del poder presidencial maniató a los otros poderes, reales o ficticios, característicos del orden constitucional vigente, en extremo ambiguo, aunque con pretensiones de republicano⁴³⁰.

El régimen político presidencial mexicano, avasallador y envolvente, no solo anuló la República y simuló el Estado de derecho, también falseó la democracia, la que jamás logró desarrollarse en México, ni siquiera en los términos acotados a la votación para la elección de gobernantes y la integración de los órganos institucionales de representación⁴³¹.

El signo mas evidente de la transición histórica en México fue el fin de la larga estabilidad - forjado desde los años treinta -. Que precisamente estuvo en la base de las profundas transformaciones económicas, sociales y hasta políticas que cambiaron el país en unas cuantas décadas, convirtiéndolo en uno de los países semiindustrializados más fuertes. La estabilidad en México envidiada por muchos gobiernos latinoamericanos no se resquebrajó de una sola vez, sino que sufrió un intrincado proceso de erosión. Reveló la crisis combinada de la economía y las

⁴²⁸ Ibidem, p. 31.

⁴²⁹ Ibidem, p.32.

⁴³⁰ Ibidem, p.33.

⁴³¹ Ibidem, p. 36.

políticas que fue progresando cargada de contradicciones y discontinuidades, básicamente desde inicios de los años setenta⁴³².

Expresó el agotamiento del modelo de acumulación sostenido en la centralización del Estado y el mercado interno, así como el resquebrajamiento del régimen político corporativo que aseguró la conducción, la legitimidad y el dominio sobre la sociedad y -como trans fondo ineludible- la precomposición, así como el robustecimiento de esta última⁴³³.

El intervencionalismo estatal en lo económico, así como el presidencialismo y el corporativismo que definieron al estado en formación, garantizaron la reproducción de las condiciones generales y de las realizaciones sociales que permitieron crecer a la economía y las ganancias capitalistas desplegarse e imponer la supeditación (la parálisis) de los desposeídos -de las clases oprimidas- a pesar de las desigualdades que generaron⁴³⁴.

Como en todo periodo de transición, la realidad mexicana se desplegó a partir de entonces en medio de una inestabilidad plagada de altibajos, pero persistente, caracterizada por desgastes, contradicciones, conflictos, rupturas y resquebrajamientos generados tanto por movilizaciones autónomas de la sociedad como en la búsqueda, no siempre clara, de vías de salida de la crisis combinada del capitalismo mexicano. Se impuso la hora de incertidumbre, de los cambios bruscos, de los realineamientos político-sociales inesperados, de desenlaces fallidos o ambiguos característicos de una transición que en su permanencia se refrendó su carácter histórico y su destino incierto. Las transformaciones del régimen dominante y las alianzas de clase hegemónicas, a lo largo de varios gobiernos fueron apareciendo como posibilidades, como opción, como fatalidades; lo mismo ocurrió con los estallidos y las recomposiciones sociales, la reorganización de los de abajo y la articulación potencial de alternativas de recambio, si bien en condiciones más difíciles⁴³⁵.

⁴³² *Ibidem*, pp.19 y 20.

⁴³³ *Ibidem*, p. 20.

⁴³⁴ *Ídem*.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 27.

III.1.4. Relación corrupción - democracia.

La relación entre corrupción y democracia también es abordada invirtiendo el sentido de la relación causal, es decir, analizando la influencia de la corrupción sobre dimensiones centrales de un régimen democrático. Al respecto, los textos de Stephen D. Morris, Adam Brinegar y Luigi Manzetti y Carole J. Wilson revisan la evidencia existente sobre la medida en la cual un régimen democrático se ve afectado por la corrupción. Según Morris, existen razones para afirmar que el nivel de corrupción percibida y las actitudes normativas hacia la misma tiende a erosionar el apoyo a las instituciones políticas y la propia legitimidad de régimen. Este autor resalta la idea de que *“cuando la competencia es intensa y la oposición tiene posibilidades reales de ganar”* en una elección, las percepciones sobre la corrupción de los votantes podrían generar un voto en contra del partido en el gobierno y a favor de la oposición. Este impacto sería más probable cuando los votantes consideraran a la corrupción como un tema relevante⁴³⁶.

La conclusión de Manzetti y Wilson es que *“las Instituciones democráticas débiles”* son el sustento que permite *“a los gobiernos corruptos obtener apoyo político”*⁴³⁷.

Hipótesis menos exploradas, como el trabajo de Bailey presentan argumentos a favor de la idea de que los sistemas de representación proporcional con listas cerradas, y cuyas nominaciones son controladas por los líderes de los partidos, tienden a aumentar la probabilidad de corrupción. Así mismo, la existencia de elecciones primarias dentro de los partidos, especialmente si son abiertas, tiende a disminuir la corrupción. De igual modo, el sistema proporcional de listas abiertas tiende a restringir a la corrupción.

III.1.5. Relación corrupción individuo - estado.

Corrupción, concepto multi-dimensional, contextual, específico y complejo, desafía las definiciones fáciles. Joseph S. Nye (1967) la conceptualiza: *“El comportamiento que se desvía de los deberes formales de una función pública por*

⁴³⁶ Conferencia *¿Tierra de Hombres Infames?* Documento de Trabajo. CIDE., Op. Cit., nota n°. 376, p. 467.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 468

privada en relación con (personal, cerca de la familia, la camarilla privada) pecuniarios de las ganancias del estado, o violar las reglas contra el ejercicio de ciertos tipos de influencias privadas”.

Nathaniel H. Leff (1964) sostiene que la corrupción confirma *"una institución extralegal utilizada por los individuos o grupos para obtener influencia sobre las acciones de la burocracia, que a su vez, le permite a los individuos o grupos a participar en la toma de decisiones”.*

Heidenheimer y Johnston (2002) proponen una tipología que clasifica a las definiciones anteriores de corrupción, a *"los sectores público y central de las oficinas", "centrado en el mercado", o "de interés público, orientados en las conceptualizaciones”.* Esta última en (2009)⁴³⁸.

Transparencia Internacional (2010) define la corrupción como *"el mal uso del poder encomendado para beneficio privado",* y distingue la corrupción judicial, *"de acuerdo con las reglas",* respecto de la corrupción ilegal, *"en contra de las reglas".* La corrupción ilegal involucra sobornos pagados para asegurar los servicios que el funcionario no tiene derecho a ofrecer⁴³⁹.

Es importante un marco teórico preliminar que describa cuándo y por qué la ley, entendida como un conjunto de reglas formales por escrito, se ajusta con la forma dominante de una sociedad que opera a *"nivel de la calle" (Rose-Ackerman, 1999).* Examina incentivos del individuo a obedecer la ley o cometer un acto ilegal corrupto, marco institucional que llama desde *"el juego de soborno",* en el argot mexicano *"mordida"* agregamos (la tranza). Propone incentivos *"cognitivos"* esto implica que el individuo está a la expectativa sobre el comportamiento de los demás y ello, tiene una influencia directa sobre su comportamiento, si el ciudadano cree que sus contrapartes son corruptos, es menos probable que cumpla con la ley⁴⁴⁰.

Las reglas del juego en el nivel macro (es decir, el entorno institucional), el marco cognitivo de los actores, los micro-motivos (es decir, las expectativas sobre el comportamiento de otros) que influyen en su comportamiento; estos marcos, el

⁴³⁸ SANSFIELD, Rodolfo. Magazine *"The Justice System Journal"*, Volumen 33, N°. 2, Article *"The Bribe Game: Microfoundations of Corruption. in Mexico"*. Editorial National Center For State Courts, USA. Year, 2012. pag's. 215 y 216. Traducción con fines de investigación jurídica. Alejandro Sánchez García.

⁴³⁹ *Ibidem.* p. 216.

⁴⁴⁰ *Ídem.*

institucional y el cognitivo determinan las decisiones y hacen que la corrupción sea el equilibrio de ese juego de factores⁴⁴¹.

Las razones por las que los individuos obedecen o no la ley es por circunstancias culturales y psicológicas, (idiosincrasia); esta doble dimensión, por un lado el comportamiento respetuoso de la ley es dominante sólo si es respaldada por los patrones culturales en una sociedad; y, segundo, las culturas específicas pueden ser más o menos propensas a un comportamiento respetuoso de la ley. Algunos estudiosos dicen que el respeto a la ley se basa en compromisos psicológicos y en las propias normas individuales⁴⁴².

La corriente de la elección racional neo institucional, dicen que la participación en actos de corrupción se da cuando el comportamiento corrupto tiene mayores beneficios que observar la ley; la corrupción depende en gran medida del juicio de un individuo acerca de los beneficios personales y pérdidas que le resulte por respetar o no la ley; pero si no se cumple la ley es por la ausencia de mecanismos de aplicación (aspecto institucional)⁴⁴³.

La institucionalización política débil incentiva la corrupción⁴⁴⁴. El papel de la policía en el mantenimiento de la ley, un comportamiento respetuoso y, por consiguiente, la construcción de un Estado de derecho es fundamental para evitar la corrupción⁴⁴⁵.

Dos instituciones son centrales: el sistema judicial y la policía. El primero, constituye el marco institucional y los órganos que lo componen son donde los ciudadanos pueden traducir sus derechos abstractos en acciones prácticas. Los tribunales son cruciales para el Estado de derecho pues constituyen una meta-institución en la aplicación de las normas, si éstos fallan hay pocas esperanzas para el resto del sistema. La policía, se traduce como el agente armado que cumple las determinaciones de la norma o mandatos legales, son realmente, la ley en las calles. Si la policía falla, el orden social sufre las consecuencias⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ Ibidem, p. 217. Article "The Bribe Game", "Institutional Setting and Corrupt Behavior".

⁴⁴² Ibidem, p. 217.

⁴⁴³ Ibidem, p. 218.

⁴⁴⁴ Ídem.

⁴⁴⁵ Ibidem, pp. 218 y 219.

⁴⁴⁶ Ibidem, p. 219.

Policía y poder judicial tienen la tarea crítica de localizar y castigar a quienes infringen la ley. Si llevan a cabo estas tareas de forma eficaz y justa, es más probable que la comunidad en general, crea que los delincuentes no quedarán sin castigo por su conducta. Por lo tanto, la confianza de las personas y las instituciones aumentará y a su vez, se refuerza la base de la conducta respetuosa hacia la ley⁴⁴⁷.

Los micro fundamentos de la corrupción, cuando el punto de partida para la democratización es que la mayoría de la gente no cumple las leyes, surgen los obstáculos a la institucionalización política, los incentivos para obedecer la ley están determinados por los demás individuos que no observan la ley, que además alimentan una espiral de desobediencia normativa; así el comportamiento corrupto se convierte en perfectamente racional, lo que obliga a todos los actores a comportarse acorde a ese equilibrio perverso⁴⁴⁸.

Los micro-fundamentos se han estudiado poco en la explicación de la corrupción. De ahí que se haga necesario formular una teoría sobre los fundamentos micro-económicos de la corrupción en las interacciones individuales y de conjunto social, identificando los motivos que llevan al individuo a desobedecer el Estado de derecho⁴⁴⁹.

Sarsfield propone un conjunto de mecanismos sociales para dilucidar el Estado de derecho como un resultado social: la primera a nivel macro-micro, la prevalencia de la ley de comportamiento respetuoso. Las instituciones (a nivel macro) producen una utilidad específica para las personas (a nivel micro) obedecen la ley. Si esta utilidad es menor que la utilidad de la corrupción, es más probable que los individuos racionales no obedezcan la ley.

El segundo mecanismo a nivel micro-micro, está integrado por las expectativas de un individuo sobre el comportamiento de los demás individuos ante una estricta conducta de recompensas dada por la corrupción⁴⁵⁰.

El predominio del comportamiento respetuoso de la ley contra el de la corrupción como un resultado social dependerá de la diferencia entre los beneficios

⁴⁴⁷ Ídem.

⁴⁴⁸ *Ibíd.*, p. 220.

⁴⁴⁹ *Ibíd.*, pp. 220 y 221. Article "The Bribe Game", "Micro-Motives and Corrupt Behavior".

⁴⁵⁰ *Ibíd.*, p. 221.

para cada uno a todos los individuos: si el número de personas que se benefician más de la corrupción que a partir del comportamiento respetuoso de la ley es más alto que un número crítico, entonces la corrupción tiende a dominar la interacción y la resolución de los conflictos entre los individuos⁴⁵¹.

Sarsfield explora la lógica subyacente de la corrupción, si un ciudadano cree que la mayoría de los ciudadanos son corruptos, será más proclive a aceptar la corrupción como norma de conducta y, en consecuencia, actuar corrupto. Suponiendo que ese individuo actuó conforme a la racionalidad utilitaria, una razón sería: si la mayoría de los ciudadanos son corruptos, la obediencia a la ley se convierte en una decisión costosa e irracional⁴⁵².

Si los ciudadanos perciben un círculo de la impunidad dentro y alrededor del gobierno y las grandes empresas, les resultará más difícil de rechazar la corrupción, pero cuando considera a sus instituciones con probidad pensará en utilizar y respetar los mecanismos legales más cercanos a ellos como la policía, la policía es la "*Ley hecha persona*". Si se percibe como corrupta, el ciudadano pensará que él también debe serlo, siendo la policía instrumento de medición del Estado de derecho; la conducta ilegal es la consecuencia de las decisiones racionales de los actores en relación con sus costos y beneficios, es decir, si le resulta menos gravoso la corrupción que el cumplimiento de la ley, su comportamiento racional será, dejar de observar la ley⁴⁵³.

Cuanto mayor sea la pena es menos probable la corrupción pero, las sanciones graves son factor de corrupción no de disuasión de pleno derecho. En efecto, **1.** El comportamiento de los individuos ante la ley es el resultado de un análisis costo-beneficio de comportamiento respetuoso de la ley, contra la conducta corrupta; los costos-beneficios incluyen: el cómo se cree que se aplicará la ley y las expectativas sobre el comportamiento de otros; y, **2.** El beneficio esperado de un delito se pondera con la probabilidad de éxito⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ Ibidem, pp. 222 y 223.

⁴⁵² Ibidem, p. 223. Article, "*The Bribe Game*", "*Cognitive Framework And Corrupt Behavior*".

⁴⁵³ Ibidem, pp. 223 y 224.

⁴⁵⁴ Ibidem, pp. 225 y 226.

El factor coincidencia individuo-institución en el soborno, cuando el comportamiento individual coincide con el institucional esto es un factor cognitivo del individuo, si el individuo cree que el oficial violará la ley aceptando un soborno y el oficial cree que el ciudadano desobedecerá la ley y ofrecerá un soborno, ambos tienen un incentivo cognitivo a favor del comportamiento corrupto, lo que no es difícil ya que si al ciudadano le implica un gasto mayor cumplir la norma y el policía fomenta el elemento cognitivo, entonces habrá corrupción⁴⁵⁵.

III.1.6. Prácticas sanas de la administración pública.

De forma generalizada, en los proyectos de reforma y cambio administrativo suele destacar la adopción de un listado más o menos amplio de principios que deben regir la administración que se trate. Estos códigos de buenas conductas administrativas se esfuerzan por orientar el proceder administrativo al objeto de alcanzar los parámetros de calidad y servicios, además de combatir la corrupción⁴⁵⁶.

Podrían proponerse tantos códigos o recomendaciones sobre buenas prácticas administrativas como administraciones existen, atendiendo a sus especificidades y funciones, no obstante, podemos estar en disposición de establecer un listado de principios o prevenciones que se configurarían como un denominador común a todos ellos, a saber:

1. Legalidad.
2. Imparcialidad, orientando la actividad siempre hacía el interés general.
3. Servicio y proximidad al ciudadano, informando cumplida y adecuadamente sobre sus derechos.
4. Responsabilidad individual del servidor público.
5. Simplificación de procedimientos.
6. Establecimiento de un sistema de reclamaciones.

⁴⁵⁵ *Ibíd*em, pp. 228 y 229. Article, "The Bribe Game", Subtitle "The Bribe Game".

⁴⁵⁶ REZZOAGLI, Bruno, Ariel. "Análisis Jurídico, Económico y Político de la Corrupción". Op. Cit., nota n°. 412, p.16.

El cumplimiento de estas directrices conduciría a que el derecho de todo ciudadano a una buena administración sea una realidad. Efecto sobre el ciudadano e impresión beneficiosa sobre el personal de la administración⁴⁵⁷.

Principios que debe informar la actuación administrativa, que reciben además el respaldo de normas que van más allá de fijar aspectos programáticos, con un carácter dinámico y permitiendo un margen de actuación al responsable público en el marco de las competencias asignadas⁴⁵⁸.

III.1.7. Sistema jurídico v.s. corrupción o sistema jurídico corrupto.

El sistema jurídico actual no cuenta con los mecanismos suficientes para contrarrestar el alto grado de corrupción que impera en las instituciones, en los funcionarios de gobierno como en los mismos ciudadanos en particular.

En gran medida, la crisis actual de la corrupción se debe a que las leyes y las instituciones jurídicas han fallado. Esta falla ha sido producto, por una parte, de las debilidades actuales de los sistemas judiciales y, por otra, de la falta de voluntad para fortalecer esos sistemas.

La prevención de la corrupción debe ocupar el primer plano de las acciones de reforma.

Los procesos de acusación, aunque inevitables, son un indicador de que la prevención ha fallado. Las sanciones legales eficaces son, sin embargo, vitales; no sólo son esenciales para enfrentar a quienes actúan de manera indebida, sino el saber que las leyes se cumplen de manera segura y efectiva, contribuye de manera importante a los esfuerzos de prevención.

Cuando se habla de leyes para combatir la corrupción, no sólo se hace referencia al derecho penal y a las leyes probatorias. Éstas son importantes, ya que sin leyes y procedimientos penales sólidos la tarea se dificulta aún más. Pero centrarse exclusivamente en estos elementos, como lo ha hecho un gran número de reformadores, equivale a ignorar una gama bastante más amplia de leyes que abarcan el acceso a la información:

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p.16 y 17.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p.17.

1. Conflictos de intereses. 2. Libertad de expresión.
3. Libertad de prensa. 4. Elecciones democráticas.

Puede pasar mucho tiempo antes de que las autoridades se enteren de los casos de corrupción. En algunos países, los estatutos de temporalidad (delimitación del periodo de tiempo durante el que puede perseguirse un delito), empiezan a correr a partir de la fecha en que se cometió el delito, no a partir de la fecha en que se denunció ante las autoridades. Esto puede significar que los funcionarios corruptos escapen al castigo por completo, simplemente porque sus actos corruptos no se detectan durante un periodo de tiempo suficientemente largo. Es importante, por tanto, que los estatutos de temporalidad establezcan un periodo de persecución que corra no a partir de la fecha en que se comete el delito, sino a partir de cuando sale a la luz por primera vez.

La fuente principal de la corrupción ya no es la rigidez del sistema, sino la incertidumbre en torno a él. La etapa transitoria no tiene legitimidad legal ni fuerza institucional, como resultado de las estructuras administrativas y políticas frágiles y mal desarrolladas. Las personas que operan dentro de estas estructuras estatales transitorias buscan la certidumbre, y pueden tratar de lograrlo al sobornar a los funcionarios. En el peor de los casos, los ciudadanos y los negocios sencillamente deciden salirse de la economía legal y apoyarse en el crimen organizado para que este último los proteja tanto del Estado como de cualquier amenaza competitiva.

Algunos factores que propician al desarrollo de la corrupción pueden ser los siguientes:

1. Coerción estatal. La coerción puede ser descrita como una causa de corrupción que se puede definir a un Estado como corrupto cuando la garantía de sumisión a las reglas se obtiene solamente a través de la fuerza o de incentivos materiales. Tal Estado carece de libertad (entendida como autogobierno) y de seguridad. Tampoco goza de una auténtica vida política en tanto no disfruta de un proceso político capaz de movilizar a las personas hacia una concepción homogénea del bien público.
2. Poder. Los funcionarios ocupan una posición de poder frente a grupos privados, y algunos, dependiendo de su jerarquía, poseen mayor discreción que otros. Aquel

que ocupa un puesto posee amplios poderes discrecionales y administra la cuestión pública de acuerdo a sus intereses. En la actualidad, muchos burócratas reproducen estas características.

3. Burocracia. La sistemática sustitución de empleados públicos elegidos meritocráticamente por otros escogidos de manera clientelar es un elemento que degenera los principios de las burocracias estructuradas. Además, la excesiva centralización de funciones y toma de decisiones impide el desarrollo de una gestión pública eficiente y ágil, acorde con los rápidos cambios sociales acaecidos en los últimos años.
4. Ley y justicia. El sistema legal puede contribuir a la corrupción de diversas maneras. En el formalismo de la ley, la corrupción es con frecuencia la única vía posible para acceder al sistema de justicia. Muchos son los procedimientos necesarios y demasiado el tiempo que demandan.
5. Una falsa noción de eficiencia. Los sobornos inducen a los funcionarios a generar condiciones artificiales de escasez, lentitud y trámites innecesarios para presionar su pago. Los costos reales de una operación entre el Estado y particulares, de una prestación de servicios, de la adjudicación y de la ejecución de una obra de infraestructura se pueden ver completamente alterados por los efectos de la corrupción. La corrupción, lejos de ayudar al sistema termina, por generar costos excesivos que benefician a pocos y afectan negativamente al conjunto en su totalidad.
6. Inequidad. Generalmente se ha afirmado que la inequidad es un factor que contribuye a la corrupción. La corrupción suministra, en apariencia, cierta garantía de acceso a aquellos derechos, a través de la compra de servicios y productos que el Estado debería proveer y el desarrollo de actividades informales.

III.1.8. Erosión de la dominación: La descomposición política.

Economía y política se revelaron estrechamente relacionadas en la larga crisis del Estado y del régimen presidencialista autoritario. La erosión de la dominación política, caracterizada por el corporativismo, se fue multiplicando en la sociedad a

consecuencia de las transformaciones que México vivió en particular durante los treinta años del auge de la posguerra⁴⁵⁹.

Entre la crisis de la economía y de la política irrumpió lo social, gestándose movilizaciones y recomposiciones de distintos sectores oprimidos que cimbraron el orden, quebraron la estabilidad, desquiciando cada vez más todo el complejo aparato estatal de dominio⁴⁶⁰.

El movimiento estudiantil-popular de 1968 fue el comienzo de la transición histórica que abrió la crisis de la “*Revolución hecha gobierno*”. Ese mismo año estalló una larga huelga de los obreros de Ayotla Textil. Así, irrumpiendo y perfilando nuevos actores que tuvieron que ser tomados en cuenta de una u otra forma⁴⁶¹.

La emergencia de movimiento urbano popular fue una de las novedades más importantes de la recomposición de los movimientos sociales de carácter masivo de los setenta. Que dieron forma a amplios frentes de masas de carácter independiente, que muchas veces se convirtieron en aglutinadores y articuladores de las luchas político-sociales. Se vincularon los sindicatos y las organizaciones campesinas, desplegando una significativa capacidad de movilización y de permanencia⁴⁶².

La política por su parte, en cierta medida se volvió *societal*, social, ciudadana, siempre a contracorriente⁴⁶³.

Todas estas demandas y formas multifacéticas de manifestación y organización tendieron siempre a desbordar los parámetros establecidos oficialmente, a derivar en cuestionamientos del Estado y al régimen político. Lo cierto es que la sociedad abrió sus propios espacios políticos y comenzó a inventar la política a su modo, asumiendo en la práctica a su propio riesgo, derechos y libertades que el régimen les regateaba⁴⁶⁴.

De este modo, reforzada como nunca y desprovista de artificios y coartadas, se hizo patente de nuevo la crisis combinada de la economía y del Estado en México, que caracteriza su larga transición histórica que no terminaba de encontrar su

⁴⁵⁹ ANGUIANO, Arturo. “*El Ocaso Interminable Política y Sociedad en el México de los Cambios Rotos*”. Op. Cit., nota n°. 422, p.217.

⁴⁶⁰ Ídem.

⁴⁶¹ *Ibidem*, pp. 218 y 219.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 221.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 225.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, pp. 226 y 227.

desenlace. La insurrección de los indios zapatistas renovó la preocupación gubernamental de reorientar las inconformidades hacia cauces políticos institucionales, por lo que se replanteó la reforma del Estado⁴⁶⁵.

III.1.9. La crisis estatal se mantiene.

El amanecer del siglo XXI no significó el desenlace fatal del desgastado régimen político de la transfigurada Revolución mexicana ni, por lo mismo, la alborada democrática que permitiera reconstruir al fin instituciones y procesos de representación de una tardía ciudadanía, incipiente, necesitada de inclusión y participación en los procesos políticos de México⁴⁶⁶.

El Estado y el régimen político siguen siendo autoritarios, oligárquicos, temerosos de la democracia. Sin reformas ni prácticas participativas elevadas por el Estado para abrir la intervención de la sociedad, la política prosiguió restringida al ámbito de lo estatal, dirigida a elegir a los miembros del aparato institucional de representación y a todo lo que concierne a su gestión, mantenimiento y reproducción; el carácter representativo y la legitimidad del régimen y sus actores continúan frágiles, inalcanzables⁴⁶⁷.

La democracia no incluye a los núcleos sociales de la comunidad (*inconformes, disidentes, apáticos, marginales, oprimidos todos*) que se desenvuelven por fuera de la política estatal y más bien sujetos a la criminalización y persecución por sus irrupciones en espacios públicos no normalizados. La vida colectiva de la sociedad y de sus muy diversos sectores y agrupamientos, los pueblos y comunidades que la componen, no es materia de la política y menos, por supuesto, la democracia⁴⁶⁸.

Las contradicciones sociales y exigencias políticas irresueltas ante la falta de canales y espacios políticos democráticos, las salidas represivas oficiales contra resistencias y cuestionamientos de la sociedad, no apuntan sino a la continuación de la descomposición de un régimen que no encuentra solución de continuidad y a la probable gestación de una crisis social capitalista de proporciones insospechadas.

⁴⁶⁵ Ibidem, p. 243.

⁴⁶⁶ Ibidem, p. 394.

⁴⁶⁷ Ibidem, p. 398.

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 399.

En los plazos largos de la historia, tal vez cristalicen entonces opciones gestadas en la adversidad desde el fondo de la sociedad. La sociedad mexicana toda necesita desmontar por abajo y desde arriba el régimen autoritario que no acaba de declinar⁴⁶⁹.

III.1.10. Élite política.

El Estado mexicano, el nuevo-viejo régimen político ha creado y desarrollado un actor político fundamental omnipresente que ocupa todas las instituciones, que atraviesa todos los organismos políticos oficiales: la *clase política ampliada. Una capa social o élite política homogénea, identificada ante todo por privilegios materiales y legales establecidos por la ley*. Es su función en la vida nacional lo que de entrada le concede a la clase política ampliada las características que le distinguen y la que impone al Estado la generación de las condiciones que le convierten en una *capa social cada vez más especializada y profesionalizada que se separa de la sociedad*⁴⁷⁰.

Se puede añadir que los miembros de la clase política ampliada, siendo de orígenes sociales muy diversos, tienden también a equipararse en cuanto ingresos económicos, (legales o corruptos, o ambos) muy por encima de la mayoría de los núcleos sociales que pretenden representar⁴⁷¹.

Al final de cuentas, durante la larga transición histórica inconclusa, el Estado mexicano acabó por favorecer recomposiciones políticas que no consiguieron su rehabilitamiento ni su relegitimación efectiva ante una sociedad atravesada por mutaciones decisivas que no paran⁴⁷².

III.1.11. Política de cambios en el Estado: Administración pública eficiente a través de la legalidad.

La consecución de la calidad, la excelencia en la gestión pública, ha actuado como acelerador de las políticas del cambio, posibilitando mutaciones organizativas y

⁴⁶⁹ *Ibidem*, pp. 400 y 401.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, pp. 297 y 298.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 299.

⁴⁷² *Ibidem*, pp. 304 y 305.

de trabajo cada vez más numerosas e inclinadas hacia fórmulas alejadas de las pautas que hasta ahora regulaban el actuar público normalmente encajadas en el marco del Derecho Administrativo⁴⁷³.

La eficacia pública se ha convertido en un criterio que vendría a mermar la legitimidad de la acción pública, además de ser un componente explicativo de la mayor a la menor competitividad de un país⁴⁷⁴.

En definitiva, estamos entroncados con un aspecto fundamental de este trabajo: La imputación de la responsabilidad respecto de la ausencia de resultados que puedan calificar a una actuación como eficaz, entendiendo que el agente actuante ha contado en el proceso de toma de decisiones con un margen de autonomía, bien sea en la fijación de objetivos, en la búsqueda de recursos disponibles o en la elección de los recursos utilizados⁴⁷⁵.

No obstante debe matizarse que en los últimos tiempos ha surgido con fuerza el concepto de responsabilidad del gestor o directivo público; responsabilidad pública que se enmarca en la nueva visión que se propone de la actividad pública a la que ya nos hemos referido y que vendría a resumirse en la auto-responsabilidad del gestor por los resultados obtenidos, también como contrapartida a la mayor autonomía y margen de maniobra con el que actúa⁴⁷⁶.

Responsabilización del gestor público que se enmarca en un proceso más amplio de designación de la vida pública y exigencia de responsabilidad, que ha producido en la práctica totalitaria de los países occidentales⁴⁷⁷.

Hablar, entre otros principios recogidos en nuestro sistema jurídico-administrativo, de economía; suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales; simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos; la ya conocida y fundamental eficacia en el cumplimiento de objetivos, eficacia en la asignación y utilización de recursos que precisamente preceden de la sociedad; objetividad y transparencia; cooperación; etc., nos trasladan a un proceder, a una

⁴⁷³ REZZOAGLI, Bruno, Ariel. "Análisis Jurídico, Económico y Político de la Corrupción". Op. Cit., nota n°. 412, p. 5.

⁴⁷⁴ Ibidem, p.10.

⁴⁷⁵ Ibidem, p.12.

⁴⁷⁶ Ibidem, p.12.

⁴⁷⁷ Ibidem, p.13.

estructura, propicios para el modelo deseado y consecuentemente adecuado para la calidad⁴⁷⁸.

Un verdadero obstáculo, para alcanzar una mayor calidad de los servicios que la administración presta y que como regla general debe formalizarse, como bien sabemos, en ese cuerpo normativo que tanto detestan⁴⁷⁹.

Prestación de servicio de calidad que, como sabemos, conlleva la adaptación de estructuras y reglas para la consecución de este objetivo. Modificación de estructura y reglas apreciables en la totalidad de administraciones con competencia para ello, suelen tener un común denominador: Apartarse en lo posible del Derecho Administrativo⁴⁸⁰.

Desviación de la legalidad en primer lugar, conviene advertir que mucho de los fines o valores que asume la Administración Pública y a cuya consecución se dirige su actividad, difícilmente casan con la premisa de los planteamientos generacionalistas, siendo precisamente éste uno de los elementos distintivos entre la administración pública y el sector privado. Reclamar estas metodologías en todos los campos de actuación de las administraciones no nos parece atinado e incluso nos podría llevar a la vulneración de valores o principios protegidos constitucionalmente.

En segundo lugar, la introducción y desarrollo de técnicas como las que se proponen desde los enfoques de la gestión pública como son promover la flexibilidad laboral y la libertad organizativa, con preferencia por soluciones contractuales jurídico privadas y mercantiles, etc., sin que acompañen de las correspondientes garantías jurídico-formales en las que se encuentran de forma prácticamente la responsabilidad por la mala gestión, puede tener unos resultados perversos desde el punto de vista del aseguramiento del principio de legalidad, llegando a la paradoja de que al querer emplear herramientas que mejoren o faciliten la actividad administrativa se provoquen consecuencias indeseadas⁴⁸¹.

El peligro más evidente y preocupante es que se aminore o incluso llegue a difuminarse la vigencia del principio de legalidad en la actuación administrativa

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p.14.

⁴⁷⁹ *Ídem*.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁸¹ *Ibidem*, pp. 7 y 8.

desbordando las posibilidades normales de control de legalidad, y por tanto, añadiríamos, de la exigencia de responsabilidad al personal actuante⁴⁸².

Una nueva cultura de gestión pública permite considerar que actualmente a través del planteamiento de la problemática que en diversos ámbitos están sufriendo las administraciones públicas, se está tomando con una gran preocupación la determinación del papel de los modernos Estados ante las profundas transformaciones y cambios que han experimentado las sociedades occidentales en los últimos años, implicando necesariamente a las distintas administraciones públicas⁴⁸³.

Según el ya clásico estudio de Crozier sobre la materia, se pueden destacar cuatro tendencias que hacen precisa una renovación de la actuación del Estado y por tanto, de sus servicios administrativos:

En primer lugar, la evolución hacia la complejidad, que convierte en ineficaz al tradicional Estado jerárquico burocrático.

En segundo lugar, la tendencia irresistible al incremento de la libertad individual.

En tercer lugar, y como consecuencia de la dinámica expuesta se origina un cambio de lógica del desarrollo económico y social, así estamos pasando de una lógica de sociedad clásica basada en el ciclo de producción de masa/consumo a una lógica totalmente diferente basada en la alta tecnología y los servicios.

En cuarto y último lugar, se produce la mediatización de las relaciones humanas debido a la explosión de las comunicaciones. Esto pone en evidencia que los mecanismos de tipo jerárquico tradicional sobre los que se apoyaba el Estado se tornan ineficaces⁴⁸⁴.

Sucesos de mala gestión y de corrupción que han llegado a ascender sobre las proposiciones de reforma y cambios originariamente expuestos hasta lograr que la *“buena práctica en la gestión pública”* y la lucha contra la corrupción sean dos componentes insoslayables de cualquier propuesta de reforma vinculada a la gestión pública y su organización⁴⁸⁵.

⁴⁸² Ibidem, p. 10.

⁴⁸³ Ibidem, p. 1.

⁴⁸⁴ Ibidem, p. 2.

⁴⁸⁵ Ibidem, p. 3.

Si el objetivo es legitimar y proyectar a los ciudadanos la idea de una administración eficaz y honesta, la imagen de actuaciones de reforma vinculada a casos de corrupción puede generar un descreimiento generalizado tanto en la organización como en sus intentos de mejora, provocando no ya una menor credibilidad en la actuación pública⁴⁸⁶.

III.1.12. Estado fallido, ineficiencia institucional.

Los estados soberanos deben cumplir funciones mínimas para la seguridad y bienestar de sus ciudadanos, y el funcionamiento del sistema internacional. La literatura de la ciencia política y de las relaciones internacionales sea enfocado en identificar porqué el estado deja de desempeñar ciertas funciones básicas; así los Estados que no cumplen estos estándares mínimos han sido descritos como “*débiles*”, “*frágiles*” o con “*mal desempeño*”. Los casos más extremos han sido llamados “fallidos o en colapso”. El interés por el colapso del Estado en este nivel central ha estado motivado por la urgencia de entender los factores detrás de la violencia política, la guerra civil, y el crecimiento de organizaciones terroristas en países poco desarrollados. La proliferación de etiquetas desde “*Estados en crisis*” hasta “*países en riesgo de inestabilidad*” y “*países bajo estrés*”, refleja la gama de formas en que ha sido concebido el centro del problema.

Cinco grandes ideas rigen la literatura del Estado fallido. La primera es la mirada de prerrequisito del desarrollo. La segunda es el punto de vista liberal de la guerra y la violencia, el cual propone que la liberalización económica y la democracia promueven la paz. Una tercera visión asume la idea de que los Estados ancestrales y clientelistas, quizás no desarrollistas, son intencionalmente contruidos por las élites para promover sus intereses particulares en la acumulación de capital y en el mantenimiento de poder. La cuarta es la idea de que la comprensión de los Estados está estrechamente relacionada con la naturaleza de las llamadas “nuevas guerras”, que sólo pueden ser entendidas en el contexto de la globalización, donde la distinción entre guerra y crimen organizado es borrosa y la financiación de la guerra

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 4.

depende más de redes globales legales e ilegales. Quinto, el argumento de la “maldición de los recursos” supone la idea de que la abundancia de recursos naturales, en particular del petróleo, causa crecimiento débil e incrementa la incidencia, intensidad y duración del conflicto; ésta ha sido una idea influyente en la literatura sobre falla estatal⁴⁸⁷.

La literatura sobre “*fallas estatales*” ha recibido gran atención en la investigación social. El origen del término “*Estados fallidos*” se remonta a la literatura sobre rentismo que enfatiza los costos económicos de la intervención estatal; esta literatura propone que las fallas estatales – *como intervenciones institucionales ineficientes que retardan el crecimiento – son más costosas para la economía, en cuanto a costos de corrupción y rentismo, que las fallas del mercado que el Estado intentaba corregir en principio.*

El rentismo, aunque influyente en el reciente debate sobre gobernabilidad, no ha explicado por qué la intervención estatal varía de país a país según la época y el régimen; pero el interés por los “*Estados fallidos*” ha ido más allá del análisis de por qué la regulación gubernamental podría o no mejorar el crecimiento económico y el desarrollo; el problema en muchos países subdesarrollados no ha sido solo de un mal desempeño económico, ha implicado problemas en la legitimidad y viabilidad de los Estados. Mientras que hay varios estudios que señalan la importancia del mal desempeño económico y la existencia de guerras civiles como causas de colapso estatal, hay también casos de Estados con bajo desempeño económico que no han experimentado nada parecido al colapso.

En tiempos recientes, el fracaso de las intervenciones de Estados Unidos en Somalia, Haití e Iraq y el crecimiento de organizaciones terroristas en Afganistán aumentaron el interés académico y de política exterior en conceptualizar la noción de Estados “*fallidos*”. La política exterior de Estados Unidos ha estado direccionada, particularmente desde los ataques del once de septiembre, a neutralizar posibles

⁴⁸⁷ DI JOHN, Jonathan. *Conceptualización de las Causas y Consecuencias de los Estados Fallidos. Una reseña crítica de la literatura*. Revista de Estudios Sociales, N° 37. Facultad de ciencias sociales, Universidad de los Andes, Septiembre-Diciembre, 2010. Bogotá, Colombia. ISSN 0123-885X. p.48.

amenazas de los llamados “*Estados fallidos*” que son vistos como lugares donde las organizaciones terroristas y redes de crimen internacional pueden florecer⁴⁸⁸.

El Centro de Investigación de Estados en Crisis de la Escuela de Economía de Londres cataloga a los países de acuerdo a su vulnerabilidad y efectividad en: fragilidad, en crisis y fallido.

1. Estado frágil. Aquel significativamente susceptible a la crisis en uno o más de sus subsistemas (es un Estado particularmente vulnerable a los choques internos y externos y a los conflictos internos e internacionales); los arreglos institucionales encarnan y tal vez preservan las condiciones de la crisis; en términos económicos, esto podría corresponder a instituciones que refuerzan el estancamiento o las tasas bajas de crecimiento o encarnan desigualdad extrema; en términos sociales, las instituciones pueden encarnar desigualdad extrema o la falta total de acceso a salud o educación; en términos políticos, las instituciones pueden afianzar coaliciones de exclusión en el poder o faccionalismo extremo u organizaciones de seguridad fragmentadas significativamente. En los Estados frágiles, los acuerdos establecidos institucionalmente son vulnerables a retos provenientes de sistemas institucionales rivales, bien sea derivados de autoridades tradicionales, concebidos por comunidades bajo condiciones de estrés que no se relacionan mucho con el Estado, en términos de seguridad, desarrollo o bienestar. El opuesto a un “*Estado frágil*” es un “*Estado estable*”, aquel donde los acuerdos establecidos institucionalmente parecen capaces de resistir un choque interno o externo y las disputas se mantienen dentro de los límites de los acuerdos institucionales reinantes⁴⁸⁹.
2. Estado en crisis: Estado bajo estrés agudo, donde las instituciones enfrentan impugnación seria y están potencialmente incapacitadas para manejar choques y conflictos; tiene peligro de colapso su condición no es absoluta, sino una situación en un punto dado en el tiempo, puede alcanzar una condición de crisis y recuperarse o mantenerse en crisis por períodos

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 47.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 53.

relativamente largos, o puede colapsar. El opuesto de un Estado en crisis es un “*Estado resistente*”, donde las instituciones generalmente pueden sobrellevar el conflicto y manejar las crisis subsistémicas, respondiendo a los desafíos dondequiera que se presenten.

3. Estado fallido: Se define como una condición de “colapso estatal”, es decir, un Estado que no puede desempeñar sus funciones básicas de seguridad y desarrollo y que no tiene control efectivo sobre su territorio y fronteras, y no puede reproducir las condiciones para mantener su propia existencia. El opuesto a un “*Estado fallido*” es un “*Estado duradero*”, y la línea absoluta que divide estas dos condiciones puede ser difícil de establecer. Aun en un Estado fallido, algunos de los elementos del Estado, como las organizaciones estatales locales, tal vez sigan existiendo⁴⁹⁰.

a) Evitar y remediar la ingobernabilidad.

En el mundo interconectado mundo actual, los estados débiles e ingobernables son un grave riesgo para la seguridad global son un problema importantes de la política exterior de la era contemporánea, un estado débil o ingobernable es más vulnerables de caer inmediatamente antes, durante y después de padecer conflictos. Cuando prevalece el caos, puede florecer el terrorismo, narcotráfico, armas y otras delincuencias organizadas así la gente queda abandonada a serios aprietos, sometida a la depredación y sin acceso a servicios básicos, se vuelve susceptible a exhortaciones de demagogos e incitadores del odio. (Pura corrupción lo entre paréntesis es propio)

Hoy día la comunidad internacional no está organizada para tratar los fracasos de gobernabilidad. Estados Unidos y el resto del mundo necesitan herramientas que prevengan conflictos y manejar sus consecuencias cuando se den, entre tales esfuerzos las medidas de mantenimiento de la paz y buscar influir en las opciones que los países con problemas deben tomar respecto de sus economías, sistemas políticos, el estado de derecho y su seguridad interna son algunos tópicos a considerar como las inversiones a largo plazo que Washington y sus socios deben

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 54.

comprometerse a hacer en dinero, energía y pericia a favor de países débiles. La prevención de conflictos debe convertirse en elemento habitual en la formación de políticas exteriores, tanto en la prevención como en la reconstrucción. (Esto es buscar como frenar la corrupción, lo entre paréntesis es propio)

La falta del buen gobierno en estados débiles significa que no tienen la capacidad de manejar grupos desleales o criminales dentro de sus propias fronteras; estudios académicos recientes indican que la guerra civil no es más probable en países con fuertes divisiones étnicas o religiosas de lo que lo es en países homogéneos; es más probable que surja la discordia interna en países que padecen pobreza, una distribución de ingresos muy desigual, descolonización reciente, instituciones débiles, fuerzas policíacas y contrainsurgentes ineficaces y territorios difíciles, condiciones que permiten que prosperen pequeñas bandas guerrilleras.

No se pueden resolver todos los conflictos pero sí determinar cuáles plantean la peor amenaza y cuáles pueden recibir la mejor atención internacional; ya que una mejor comprensión de los más amplios factores que influyen en los conflictos ayuda a reconocer señales de advertencia y a modelar las estrategias adecuadas para evitarlos (así desde estos estudios puede ayudar la comunidad internacional lo entre paréntesis es propio).

En todo el mundo existe un reconocimiento inédito de la necesidad de colaborar para evitar o manejar el fracaso de los estados, y de que no hacerlo implicaría una amenaza a la seguridad internacional⁴⁹¹.

Aún con inversiones en prevención, la violencia seguirá brotando y exigirá atención por ello para manejar con eficacia los compromisos posteriores a los conflictos, la comunidad internacional debe comprender la naturaleza de los cambios que tiene que haber para transformar a los estados afectados en estados en los que sea improbable que haya más conflictos; tal vez dividir la transición post-conflictos en cuatro fases puede en el futuro funcionar:

Lo primero, la estabilización del estado que requiere acciones inmediatas, como imponer orden, alimentar a la población, restablecer servicios básicos, poner en

⁴⁹¹ D. KRASNER, Stephen y PASCUAL Carlos. *Para Remediar la Ingovernabilidad de los Estados. El peligro de los estados fallidos*. Revista Foreign Affairs en Español. Volumen 4. N°. 4. Edición para Iberoamérica. ITAM. Octubre – Diciembre. 2005. pp. 91, 92, 93, 95 y 96.

marcha un proceso de transición política, generar empleos, reintegrar a los refugiados que vuelven y a las personas desplazadas en el país.

Lo segundo, atacar las causas que engendraron el conflicto como la corrupción, sistemas económicos colapsados, la exclusión política o la explotación privada de recursos públicos; de no controlarse, estos problemas se seguirán obstaculizando el progreso y crecimiento económico en especial en los estados que fueron autoritarios.

Lo tercero, crear las leyes e instituciones de una democracia en vigor, o sea el fomento del “lado de la oferta” de la gobernabilidad; es decir hacer funcionar la economía, constituciones, estructuras políticas, partidos, procesos electorales, leyes, tribunales, policía y sistemas penales que crearán el estado de derecho.

Cuarto, la rendición de cuentas⁴⁹².

b) Nivelación de estados débiles.

La más básica tarea de un estado es proporcionar seguridad al mantener el monopolio del uso de la fuerza, protegerse contra amenazas internas y externas y preservar la soberanía del territorio; si un gobierno no garantiza la seguridad, grupos armados rebeldes o actores no estatales criminales, pueden valerse de la violencia para sacar provecho; un gobierno para fomentar su legitimidad necesita proteger los derechos y libertades básicas de su pueblo, garantizar el Estado de derecho y permitir una amplia participación en los procesos políticos por eso intervenir para ayudar a corregir la “brecha de legitimidad” de un estado débil puede ser una labor arriesgada y polémica.

Estados Unidos ha buscado la reconstrucción de Estados de manera posterior a sus conflictos esos estados⁴⁹³.

La política exterior en Washington se ha convertido en el tema en boga de los recientes esfuerzos de Estados Unidos por reconstruir estados desgarrados por la guerra, pero han sido en vano los esfuerzos y con frecuencia la reconstrucción de naciones realizados por Washington han desgastado la legitimidad y la capacidad de los estados que se proponían ayudar; además terrorismo, conflictos armados e inestabilidad regional se incrementan en todo el mundo en vías de desarrollo y sus

⁴⁹² *Ibidem.* pp. 97 y 98.

⁴⁹³ E. EIZENSTAT, Stuart. EDWARD POTER, John. y. M. WEISTEIN, Jeremy. *La Reconstrucción de Estados Débiles. Estado crítico.* Revista Foreign Affarirs en Español. Volumen 5. N°. 2. Edición para Iberoamérica. Abril – Junio. 2005. p.136.

repercusiones se resienten a nivel local e intencional. Estados Unidos ha buscado estrategias que reviertan y retrase la oleada de violencia, crisis que ponen en peligro vidas humanas y los levantamientos sociales que imperan en los países en vías de desarrollo; la estrategia que plantea es de cuatro frentes 1. Prevención de crisis, 2. Respuesta rápida, 3. Toma de decisiones centralizadas de Estados Unidos; y, 4. Cooperación internacional⁴⁹⁴.

Los estados débiles y sin gobernabilidad son amenaza en el siglo XXI, que debe enfrentarse con una operación modernizada y centralizada propia del siglo XXI. El desarrollo en muchos de los llamados países en desarrollo, no se está dando, y su estancamiento pone en peligro a la comunidad internacional es fácil transformar estados débiles en eficaces. Pero ello es un gran reto cuyo precio deberá pagar Estados Unidos dado el papel extraordinario que ha asumido en el planeta. (Como policía del mundo y como recuperador de democracias, lo entre paréntesis es propio)

Washington debe examinar y aprender de anteriores intentos y fracasos en la asistencia, desarrollo y estabilización de los estados ingobernables o débiles que ha pretendido ayudar; de esto se pueden tomar cuatro enseñanzas esenciales. Primero, el dinero no basta para una gobernabilidad eficaz. Segundo, Washington no puede simplemente evitar o dejar de tratar con las élites locales, pues son sus acciones, no las de Estados Unidos, las que fortalecerán o debilitarán las instituciones. En tercer lugar, el utilizar medidas de corto plazo para resolver crisis complejas, pero con el cuidado de no agravar o crear nuevos problemas. Por último, las autoridades estadounidenses deben ser francas en cuanto a la naturaleza de largo plazo de la tarea de construcción de estados. Esto puede parecer políticamente inaceptable, pero no hay excusas para no lanzar compromisos limitados en países enredados en el caos político y económico. Si Estados Unidos no puede sostener su compromiso, sería mejor que no interviniera de ningún modo. (La problemática social es que donde anteviene, según se advierte de los medios de comunicación genera mas conflictos sociales que soluciones de gobierno, lo entre paréntesis es propio)

⁴⁹⁴ Ibídem. pp.133 y 134.

Para evitar ingobernabilidad de un estado se debe prevenir que suceda; un modo de prevenirla es brindar apoyo al crecimiento económico; el derrumbe de los estados también puede prevenirse ayudando a los estados débiles a reformar sus fuerzas de seguridad; pero la respuesta eficaz y rápida no es sólo de recursos financieros debe considerarse además el estado de derecho y la gobernabilidad; estabilizar un estado débil o ingobernable puede requerir fuerza militar externa⁴⁹⁵.

c) Facto-insurgencias, Latinoamérica-México.

En Latinoamérica es difícil creerlo pero existen grupos criminales que buscan el poder político, para corromperlo, comprarlo y realizar exitosamente sus negocios, pero el nuevo Estado latinoamericano inició su reforma democrática atacando la realización de elecciones para el ascenso de gobernantes en condiciones de igualdad, los poderes legislativo y judicial siguieron envejecidos y corrompidos; esta fragilidad es un talón de Aquiles que abre la puerta a la criminalidad a la insurgencia criminal.

Las democracias latinoamericanas, al fortalecer y darle autonomía a poderes estatales o municipales en condiciones de pobreza presupuestaria y falta de control, generan “oro molido” para las organizaciones criminales, y si no se encuentran formas de evitar la corrupción, se cierra el círculo a favor de poderes de facto y gobiernos débiles, cooptados en algunas de sus estructuras por el crimen organizado e incapaces de detener el virus de la criminalidad; a lo anterior se agregan la estructura de cuerpos policíacos, de inteligencia e incluso militares, pues en casi todos los países la reforma de estas instituciones comenzó mucho después de la transición electoral; los procesos de modernización y de profesionalización de las fuerzas policíacas y militares son superados con gran rapidez por poderes ocultos o paralelos, por lo que estas instituciones no logran cumplir con sus objetivos⁴⁹⁶.

México. Desde la Segunda Guerra Mundial y durante muchos años, el narcotráfico en México fue una actividad tolerada y no alteraba el orden social o político; el corte de las rutas del Caribe, la crisis de los cárteles colombianos, la

⁴⁹⁵ *Ibídem.* pp. 135, 137, a 139, 140, 141 y 143.

⁴⁹⁶ BENITEZ, MANAUT. Raúl. *Estados Fallidos e Insurgencias Criminales*. Revista Foreign Affairs en Español. Volumen 11, N° 2, Latinoamérica. Abril – Junio. 2011. p. 32, 33, 34 y 35.

desmilitarización de Centroamérica y la transición a la democracia en México, que desmanteló a un fuerte Estado centralizado y autoritario, fueron los principales factores que favorecieron a las mafias mexicanas, lo que dio pie a su gran crecimiento.

A diferencia de casi todos los países de Latinoamérica, donde las fuerzas armadas perdieron peso específico, se redujeron y se reformaron, en México, se fortalecieron por la debilidad de las otras estructuras de seguridad del gobierno, como las policías y el sistema de justicia, instituciones que en otros países son claves para hacerle frente a la criminalidad; se ve en los dos periodos de gobierno del Partido Acción Nacional que han empleado a las fuerzas armadas por no tener opciones alternativas.

Las estructuras policíacas en México, descentralizadas, poco profesionales y envenenadas estructuralmente por la corrupción, no pueden afrontar con éxito el ascenso del crimen común y organizado; la descentralización del poder político, que provoca el empoderamiento de alcaldes municipales y gobernadores, abrió puertas al vínculo autoridades y criminales; en el viejo régimen del PRI existían ya esos vínculos, pero, el gobierno controlaba su alcance y establecía reglas; había acuerdos para que las actividades criminales se hicieran en silencio, sin afectar a la ciudadanía y sin violencia. La diferencia con el cambio de sistema político del PRI al PAN desde 2000 es que las estructuras gubernamentales son más vulnerables mientras más pequeño sea el lugar, mientras más chica o débil sea su policía o mientras más cerca se esté de las fronteras. Es decir, la democracia, sólo fortaleció al proceso de selección de gobernantes, pero debilitó la seguridad pública.

El optimismo por el cambio político del PRI, hizo que se perdiera la oportunidad para que la sustitución del partido gobernante diera pie a transformaciones en el resto de las estructuras estatales; hubo transición de estructura ejecutiva pero no de la legislativa, menos en las instituciones de defensa y de seguridad pública ni del judicial y la percepción de la población de que la criminalidad era uno de los fenómenos que más afectaba llevó al gobierno de Zedillo a crear la Policía Federal Preventiva; luego a Fox, a crear la Secretaría de Seguridad Pública e incorporó a la PFP., en ella. Ante la penetración a la Policía Judicial Federal del crimen, se creó la

Agencia Federal de Investigaciones, para combatir ese crimen organizado. (Se buscó monopolizar la fuerza mediante la re y re-estructuración de fuerzas policiales federales, lo entre paréntesis es propio)

Al no hacerlo, se delegó la responsabilidad a otras policías, a las fuerzas armadas y a los servicios de inteligencia, quienes poco a poco incorporaron al narcotráfico en sus agendas de seguimiento.

En México, la evolución de las organizaciones criminales se dio gradualmente, primero el cártel de Sinaloa, un monopolio de familias y amigos que centralizó la producción de marihuana y opio y su exportación a Estados Unidos; se construyó una mafia en Baja California, el cártel de Tijuana. A fines de los ochenta, se afianzó el cártel del Golfo debido al ingreso de la cocaína desde el sur. Estas tres organizaciones controlaron la mayoría de las actividades de tráfico hasta 2000.

También apareció el gran cártel de Juárez. Posteriormente el del Golfo y se militarizó y empleó ex militares de bajo rango y ex kaibiles guatemaltecos desempleados, formando los temidos Zetas. Así, las organizaciones criminales cambiaron su modo de acción, hasta el 2000, su arma principal era el dinero para comprar autoridades y policías a fin de asegurar carreteras y bodegas en las ciudades de sus rutas hacia el norte. Desde 2000, actividades como el sicariato y el ajustamiento de rivales se fueron volviendo norma, se rompieron los “pactos” con el gobierno por la transición y entre los mismos traficantes, por lo que se expandió la violencia. Durante el gobierno de Fox, se gestaron estas condiciones y al llegar Calderón decide enfrentarse frontalmente a los cárteles del narcotráfico y cuando las fuerzas armadas le presentan un diagnóstico de la expansión de las actividades criminales y su penetración en las estructuras del Estado solicita ayuda a Estados Unidos para esta empresa; durante el gobierno George W. Bush se diseñó un plan al que los dos gobiernos llamaron Iniciativa Mérida. El gobierno de Barack Obama ratificó el compromiso.

Al declarar la “*guerra*”, Calderón no hizo radiografía de sí mismo como jefe de Estado, no analizó las debilidades de sus propias estructuras, por lo que, al desplegar sus fuerzas civiles y militares, policíacas o judiciales, incluso las de los organismos de inteligencia, se abrieron muchas fisuras en ellas por la acción de los

cárteles al atacar al Estado mediante la corrupción; esta guerra es de naturaleza diferente, en ella existen dos elementos no vistos con anterioridad y son una gran capacidad de fuego y una gran capacidad económica. La acción del Estado sobre las organizaciones dislocó sus estructuras, pero han aparecido nuevas organizaciones.

Mediante su estrategia de Calderón, de respaldarse en las fuerzas armadas, él está viviendo una encrucijada, las élites que generan opinión en México y Estados Unidos, hablan de avances de las organizaciones criminales, acuñan las palabras narcoterrorismo, narcoinsurgencia, guerras asimétricas, Estados e instituciones fallidos, y destacan las deficiencias del gobierno mexicano, pero por otro lado, la población de México respalda la mano dura y apoya el empleo de las fuerzas armadas según encuestas realizadas. Pocos en México definen la situación como fuera de control por el gobierno, o que se ha instalado una insurgencia criminal con capacidad de fuego e influencia política para moldear la situación según sus designios. Sin embargo, es obligado encontrar una estrategia alternativa que reduzca la violencia, que restaure la capacidad de las instituciones del gobierno en aquellos lugares donde está debilitada y, que minimice a víctimas inocentes de la población civil; eliminar el narcotráfico es misión imposible, es una lucha transnacional, y México sólo es un eslabón entre la producción y el consumo; no obstante, es preciso que no afecte a la población ni a la consolidación de la democracia⁴⁹⁷.

México es un Estado que está fallando, no solo por la ineficacia hoy de sus fuerzas armadas, sino por la falta de cultura, el mexicano promedio quiere que la policial le resuelva todo y el mexicano joven y medio maduro se siente súper-hombre que puede retar al gobierno, hoy hay más miedo en México a los facto-poderes criminales que al poder del estado. La sociedad no se siente identificada con el hecho social y el gobierno en el poder.

⁴⁹⁷ *Ibidem*. pp. 36, 37, 38, 40 y 41.

Recapitulación.

En la segunda parte del capítulo anterior advertimos que de un Estado constitucional la soberanía es su origen; y que los controles meta-material de jurisdicción que se otorgan a los tribunales de control constitucional pueden hacerla inoperable generando la desformalización de ésta, lo que puede llevar a destruir un Estado; y además se analizaron los rasgos de los estados de derecho; liberal; liberal de derecho; constitucional, absolutista y social.

En este capítulo en su parte primera advertimos que factores como la corrupción involucran a individuo y gobierno y hace fallido al Estado y al Estado de derecho, al ser la corrupción actividad ilegal por la cual corruptor y corrupto intercambian bienes y derechos de los que son depositarios no propietarios; el comportamiento inadecuado de altos funcionarios que involucran a grandes cifras de dinero es macro-corrupción; también la hay de bajo nivel u oportunista que otorga al agente de gobierno un pequeño beneficio; el problema se agudiza cuando constantemente el agente se comporta de un modo técnicamente corrupto pero él lo estima en su fe, como éticamente aceptable por su bajo sueldo; es comportamiento desviado de los deberes formales de una función o es institución extralegal utilizada en la toma de decisiones; o el mal uso del poder, por ello el concepto es complejo y multi-dimensional a la vez.

La corrupción a nivel de la calle opera a través del juego de sobornos, que se suscitan por micro motivos de cada ciudadano en su lógica subyacente resultado de un análisis costo-beneficio de comportamiento respetuoso de la ley, contra la conducta corrupta; si es mas caro respetar la ley es más barata la corrupción, este mal se asocia con la tradición del país; salarios bajos; exceso de leyes imperfectas; tramitología y logística interminables; falta de transparencia; impunidad; cohecho, mordida, mochada y en la Democracia se asocia a las votaciones que llevan al mandatario al poder y genera falta de confianza social.

Corrupción agrieta el Estado y lo consume haciendo que el gobierno pierde credibilidad; si el Estado es fuerte se presume menos corrupto ya que su infraestructura esta en buenas condiciones se estiman lugar de paz y orden, pero si es débil la delincuencia urbana tienden a ser alta, la infraestructura mala y esto sigue

propiciando corrupción y los factores anti-corrupción son prácticas sanas de la administración y sistema judicial contra la corrupción, evitar la descomposición política y las medidas preventivas son mayores estudios, mejores salarios; exigir se cumplan las leyes y crear comisiones anti corrupción.

Vimos que es un Estado fallido, débil, frágil, de mal desempeño o en colapso, y las investigaciones que se llevan a cabo para tratar de remediar estas fallas estatales e inclusive como México ha enfrentado en el periodo de Calderón (próximo a fenecer) una “Guerra” contra el narcotráfico y qué las instituciones policiales del Estado Mexicano están agrietadas.

En la siguiente parte de este capítulo analizaremos al Estado como –área- señalaremos las característica de hecho del Estado de derecho, sus aspectos capitales y veremos si se puede medir, si se tiene un anhelo a que sea mas bien un Imperio de ley.

CAPÍTULO III.

Parte 2. Estado de derecho.

III.2.1. El Estado -área- albergue de la problemática contemporánea, de Estado de derecho e Imperio de la ley. Sánchez García, en este trabajo 2012.

Cual es la razón de que el Estado albergue la problemática contemporánea de Estado de derecho e Imperio de la ley -entendiendo por Imperio de la ley un término que subraya más que el término Estado de derecho o Gobierno de la ley, ya que “*imperio*” significa que nadie está por arriba de el-; o un “*Domain of law*” o dominio de la ley; así, la razón es que en el “*Estado*” es donde estos conceptos tienen cabida, si no existe el “*Estado*” no se puede hablar de dichos conceptos, pues su esfera rueda dentro de las márgenes del “*Estado -área-*”.

A Maquiavelo se atribuye el término “*Estado*”; antes a él se utilizaban las palabras *polis, civitas, regnum, imperium, república* que sólo designaban estructuras sociales y políticas diferentes que no son englobadas en el concepto moderno de Estado⁴⁹⁸.

Duguit considera que Estado designa a toda sociedad humana en que existe una diferencia política entre gobernantes y gobernados, o sea, una autoridad política⁴⁹⁹.

*“El Estado es una identidad social de individuos, es un consenso como elemento fáctico del disenso social, establece una estructura de mandos dialogada, un superior común a ser obedecido; es fenómeno que se produce cuando una sociedad reconoce a quienes los han de guiar, entendiendo por guía el mando, en donde se distingue la parte que guía y la que es guiada. (La que gobierna y la que es gobernada)”*⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ OÑATE, Santiago. “*El Estado y el Derecho*”. Ed., Anuies, México, 1977, p. 25.

⁴⁹⁹ DUGUIT, León. “*Manual de Derecho Constitucional*”. Librería española y extranjera Príncipe 16, Madrid, España, 1926, p. 16.

⁵⁰⁰ SÁNCHEZ, GARCÍA, Alejandro. Artículo. “*Legitimidad-Legalidad*”, Gaceta Electoral del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán. N°. 21, Enero-Abril, México, 2009, p. 26.

Asentada la razón por la cual se debe definir -Estado- me permito dar un concepto de Estado como área: Es la superficie geográfica en donde un grupo de individuos que en su conjunto se denomina comunidad, se asientan y dilucidan la creación de normas de conducta para la propia seguridad entre ellos*.

El Estado, concebido como ente colectivo, es una reunión de hombres. El Estado surge por esa reunión. Si no la hay, no hay Estado. El Estado no es per se (por sí o en sí o de hecho). Los hombres son anteriores al Estado. Ellos de modo colectivo lo crean. El Estado es algo artificial que no existe silvestre en la naturaleza; sólo existe por los individuos y para los individuos pues lo crea el hombre para él. Al ser esto así el Estado es una persona moral o jurídica; por ser moral no existe para sí y por sí, sino creado por otros y para otros, existe creado por los hombres y para los hombres; en su conjunto dentro del -Estado- ente artificial, esos hombres -ente colectivo- forman o conforman el -pueblo- cuerpo orgánico o ente multifórmico colectivo. La decisión colectiva es resultado de la suma de expresadas decisiones individuales formuladas por cada uno y si los más de ese -ente colectivo- coinciden frente a los menos se hace decisión mayoritaria, lo que clausura las dilucidaciones en el ente Estado.

El cuerpo orgánico debe crear reglas para que la regla -norma-, dé oportunidad de defensa a los que se vean afectados, pero si el ente colectivo cae a la anarquía del -populismo- y desploma a las decisiones del -populacho- o del conjunto de gente en turba iracunda que piensan que son ellos el poder del territorio donde han asentado el -Estado territorio- no se logran los consensos y no hay -ley- hay desorden pero ésta es sin duda la única forma en que decide un auténtico cuerpo orgánico el populismo bajado a populacho.

Populismo es la doctrina política que propone defender los intereses y las aspiraciones del pueblo en su conjunto (Cerdeza Mendoza, 1999, 70); es el populacho, donde todos gritan y nadie sabe quien gritó; es decir, es un ente colectivo de individuos aclamantes pero el populismo es lo opuesto a la decisión democrática; ya que en la multitud las personas que son los menos que se expresan y disienten

* Definición de Estado para Alejandro Sánchez García.

dentro de la misma multitud pero frente a esa multitud que todos forman en donde los más de esa multitud conforman –el populacho- los menos no cuentan y pueden ser hasta agredidos, por tanto la decisión del estado ente colectivo es por lo general violenta; pero si el Estado ente colectivo entra en razón de debate y consenso y permite la discusión ordenada y pacífica y se crea la norma se crea un –Estado de derecho- el que los alemanes nombran estado legal o Rechtsstaat.

En un régimen de plena y efectiva libertad la unanimidad en las decisiones es inalcanzable casi siempre, razón por la cual el principio de que –rige la mayoría- es el que se adopta como base de la democracia, en el estado –área- y Estado ente colectivo- con el atributo de ordenado; dicho principio o regla técnica es solo para la clausura de una discusión es el mayoriteo, no se apoya en el presupuesto -que puede resultar equivocada la determinación mayorista- tiene su base en algo poco menos que idiota, y es en el simple razonamiento de que la aceptación del principio mayoritario representa la solución del problema, porque se obtiene el mayor número de decisiones individuales; el principio de mayoría, puede conducir a una situación de arbitrariedad peor que grave, a reserva de encontrar un calificativo que sea adecuado al daño que causa, pues solo de imaginar que esos individuos se sientan los "*iluminados*" y se de por mayoría la decisión de sus creencias -*iluminadas*- por su -*buena razón*- dicha decisión rebasaría lo arbitrario, por lo que el principio mayoritario se enfrenta al principio de los derechos de las minorías; donde -*la ley*- debe defender a todos de las democracias demagógicas mayoriteadoras y esa norma es -Estado de derecho- dentro de un -Estado-, Estado área o Estado ente colectivo.

En el Estado área se alberga la problemática de Estado de derecho es decir se trata de un área regida por leyes, y las leyes son el imperio de mando, lo que yo nombré Imperio de la Ley (Alejandro Sánchez en este trabajo) un Estado de derecho es donde hay normas que imperan en mando con órdenes que prohíben, obligan o permiten, círculo en el que gira su imperio, imperio que está limitado a la forma de las leyes y las leyes tienen la forma misma de las fronteras que delimitan el perímetro que constituye el área geográfica del territorio que se llama Estado, la ley es la creación artificial del hombre para dar seguridad y orden y regir a quienes habitan en el perímetro geográfico delimitado por fronteras; así la ley tiene la longitud exacta de

la frontera delimitativa del área geográfica determinable por cada curva de la frontera; ésta es la forma *-materio-amorfa-* de la ley vista con el territorio donde ha de imperar y la fuerza de la ley en el perímetro se da en base a las magnitudes de la sucesión de sus valores la cual es acíclica; o sea, no se repite exactamente cada cierto periodo ya que queda a voluntad del legislador o necesidad del hecho social que reclame las modificaciones a la ley; su perspectiva es la representación especial de lo que pretende regular que le llaman hipótesis que es la posibilidad que el Estado ente colectivo planteó a través de la discusión para la creación de la regla y que se queda en un plano de espera que el hecho dentro del Estado *-área-* pase, así si pasa se contrasta con la norma y si se empalma hecho y norma opere la perspectiva de la ley que es la correspondencia entre lo que salvaguarda la norma y el hecho sucedido dentro del Estado; si hecho y perspectiva de la norma coinciden entonces la norma invariablemente mantiene su razón doble, la primera será en su creación cuya visión permitió adelantar los hechos a suceder en el tiempo dentro del área llamada Estado y por otra seguir rigiendo por su visión adelantada.

III.2.2. Estado, su dirección requiere vocación en la política.

Como ya se mencionaba en el tema, dualidades de un pensamiento de Platón, la idea de un buen político ya se concebía desde esa época.

Por política se entiende la dirección o la influencia sobre la trayectoria de una entidad política, esto es en nuestros tiempos el Estado. Y el Estado es hoy en día entendido como la comunidad humana dentro de los límites de un territorio establecido⁵⁰¹.

Así pues, al decir que tal o cual asunto es político o un funcionario es político, quiere decir que las decisiones o actividades de dicho funcionario están sujetas directamente, en lo que concierne a la distribución, al mantenimiento a la transferencia del poder⁵⁰².

Es posible realizar política, mejor dicho, tratar de ejercer influjo en la distribución del poder entre las diferentes configuraciones políticas, tanto en calidad

⁵⁰¹ Weber, Max. *"El científico y el Político"*. Conferencia dictada en 1919, en la universidad de Múnich, Alemania, p. 7.

⁵⁰² *Ibíd.*, p. 8.

de político ocasional como de profesión. En realidad, todos nosotros somos políticos ocasionales cuando depositamos nuestro voto; asimismo, cuando aplaudimos o protestamos en una asamblea política; al desarrollar un discurso político e, igualmente, si realizamos cualquier otra manifestación de asentimiento o a la inversa. Además, hay políticos semiprofesionales, como son hoy en día, por ejemplo, aquellos delegados o directivos de agrupaciones políticas, los cuales, por lo general, realizan únicamente tales actividades en casos necesarios, sin que pueda decirse que vivan primordialmente de ellas, tanto en lo material como en lo espiritual⁵⁰³.

Hay dos formas para hacer de la política una profesión: vivir para la política o vivir de la política. Si hay oposición ésta no es, en absoluto, excluyente. Por el contrario, en general, se viven ambas al mismo tiempo; al menos dándole un carácter ideal y, muchas veces también material. Aquel que vive para la política hace de ella su vida en el sentido íntimo o se solaza simplemente en el ejercicio del poder que conserva, o mantiene su equilibrio y la tranquilidad en su conciencia por haber dado un sentido a su vida al haberla puesto al servicio de algo⁵⁰⁴.

Es decir, que sus ingresos no estén subordinados al hecho de que deba dedicar su esfuerzo, ni tan solo sus pensamientos, a procurárselos⁵⁰⁵.

El hecho de que la política se transformara en una “*empresa*”, haciendo necesaria una preparación sistemática del individuo para la lucha por el poder y bajo las normas adoptadas por los partidos modernos, dio la pauta para dividir a los funcionarios públicos en categorías muy diferentes entre si, aun cuando no categóricamente. Así, de una parte, se formaron los funcionarios profesionales y, de la otra, los funcionarios políticos⁵⁰⁶.

Los funcionarios políticos, son identificables dado que pueden ser trasladados o destituidos cuando se produce el cambio de gabinete⁵⁰⁷.

Nuestro interés va dirigido a la cuestión que atañe a la figura característica del político profesional, el cual se nos presenta hoy en día (1919) bajo aspectos muy distintos, tales como aquellos que por desgracia han desempeñado uno tras otro,

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 14.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, p. 20.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

entre nosotros, puestos directivos, se consideran malos políticos, irresponsables, en el sentido político. Ya no hay fracciones parlamentarias que elaboren los programas convenientes; tampoco son los notables locales quienes determinan la proclamación de los candidatos. Los miembros del partido, reunidos en asambleas, asumen estas actividades y designan candidatos; los hombres que asumen la dirección, se encuentran en condiciones de neutralizar a los parlamentarios e imponerles en gran parte su propia voluntad⁵⁰⁸.

Podemos decir que, decididamente, son tres las cualidades de mayor importancia con respecto al político: pasión, sentido de responsabilidad y mesura⁵⁰⁹.

Únicamente quien está de no doblegarse cuando, desde su punto de vista, el mundo se muestra demasiado necio o demasiado abyecto para aquello que él está ofreciéndole; únicamente quien, ante todas estas adversidades, es capaz de oponer un “*sin embargo*”; únicamente un hombre constituido de esta suerte podrá demostrar su “*vocación para la política*”⁵¹⁰.

La política se limita a las funciones de la administración y no le atañe al buen político hacer política de beneficios propios; vive de la política buscando en el derecho su base sólida, él no vive para hacer política mala, perversa o pervertida; desempeña su función únicamente por un sueldo.

El político es un observador de las problemáticas territorio-socio-económico de desarrollo del Estado y busca dar soluciones y dirigir al Estado evitando en lo posible la corrupción y proponiendo sanciones contra los corruptos; el problema estriba en que en ocasiones solo son propuestas para llegar a ocupar el cargo.

El buen político vive de la política y desempeña su función únicamente por su sueldo, le interesa el verdadero desarrollo del Estado.

El funcionario político vive de la política, no sirve para hacer política y desempeña su función únicamente por dinero, no le interesa el verdadero desarrollo del Estado, menos le interesa la ley.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, pp. 22, 25 y 33.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 46.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 60.

El funcionario profesional no hace política y se limita a las funciones de la administración conforme lo manda la ley, es disciplinado y no busca un lugar político para vivir de la política.

El político que vive el Estado de derecho acepta y defiende que el aparato jurídico es por arriba de todo interés personal, ve la ley como la esencia de la igualdad para todos; su visión se basa en mejorar la Constitución y leyes y con clara visión respeta tanto Constitución como leyes, el buen político demuestra y vive su pasión por realizar su trabajo político con sentido de responsabilidad y mesura para actuar a favor de la sociedad influyendo o convenciendo a una comunidad que es la mejor oferta la suya.

El político que vive el estado constitucional considerará la Constitución máxima autoridad de las leyes dentro del perímetro territorial; apega su actuar a la ley que está apegada a la constitución para que sea el gobierno del aparato jurídico y no el gobierno de los hombres el que lo mande, reconoce el imperio del territorio en la ley; respeta la forma y el contenido de la Constitución, como se encuentra plasmada y busca mejorarlos.

III.2.3. Estado, Estado de derecho.

El Estado cuenta con dos componentes básicos, el de territorialidad o control de un espacio determinado y el de sociedad o comunidad organizada políticamente. Por lo que podemos decir que el Estado es un territorio delimitado y en el cual existe una sociedad organizada.

El territorio es superficie perímetro-geográfica en que se asientan humanos que se creen que de suyos es el territorio y crean leyes que han de regirlos en esa superficie.

El Estado de derecho es aquel Estado en donde sus autoridades se rigen, permanecen y están sometidas a un derecho vigente, tanto la autoridad como la sociedad se rigen bajo leyes, las cuales deben consagrar los derechos esenciales de las personas, esto es lo que se conoce como un Estado de derecho.

El Estado de derecho es aquel en el cual las autoridades encargadas de gobernar, respetan y cumplen el derecho vigente y positivo, es decir, en un Estado

de derecho, toda acción de parte tanto de la sociedad como del Estado está sometida por normas jurídicas. Significa además que en un Estado de derecho el poder del Estado se encuentra limitado por el derecho, no tiene una fuerza irracional; es decir, no son las armas la fuerza de mando, es la ley que está por arriba de todo interés personal de los gobernantes y gobernados la que manda; tiene un poder segmentado para no dar fuerza totalitaria imperante a una sola persona o corporación con la finalidad de que la funcionalidad y decisiones no recaigan en uno solo; la ley tiene concepto de generalidad esencialmente; esto es, la ley igual para todos; es además, enemigo de los excesos del poder de los gobernantes.

La evolución que se da a lo largo de los siglos XVII, XVIII y XIX permite dar a luz el concepto de Estado de derecho. Ya no se concentra el poder en un solo órgano, se establecen contrapesos, los individuos ponen límites al poder del Estado, y el poder político se legitima con el voto de los ciudadanos.

El control absoluto de la vida social sacrifica los derechos individuales en aras de un supuesto bienestar común, muchas veces incompatible con los proyectos y las ambiciones de los ciudadanos.

El Estado de derecho es, en este sentido, una respuesta individualista y legalista frente al riesgo del ejercicio despótico del poder político.

III.2.4. Conceptos: Estado de derecho.

El Estado de derecho en el último cuarto del siglo ha sido concebido como una solución a los problemas de acción colectiva o coordinación social. A los elementos del Estado de derecho se les otorga gran peso dentro del modelo teórico del desarrollo y crecimiento económico; capacidad nacional, la protección de los derechos humanos y un orden político y social⁵¹¹.

Joseph Raz dice:

“Las leyes del Estado de derecho deben ser prospectivas, abiertas, claras y relativamente estables. Que la aprobación de las leyes se regirán mediante procedimientos abiertos permanentes y que se garantice la independencia de los tribunales”.

⁵¹¹ RIOS, Julio, Et. Al., Political Concepts. Committee on Concepts and Methods. Unpacking the Rule of Law. A Review of Judicial Independence Measures, Editorial, Working Paper Series. Documento de trabajo CIDE. Septiembre 2008, CIDE, México City. pp.1 a 7. Traducción con fines de investigación Jurídica, Alejandro Sánchez García.

Judith Shklar asentó que tres elementos negativos pueden llevar un mejor entendimiento de un concepto obscuro “*del Estado de derecho*”; la inseguridad de un gobierno arbitrario, la discriminación de la injusticia y el miedo a la violencia. Estos elementos sugieren tres dimensiones que son parte del Estado de derecho: una dimensión institucional ligada al grado de arbitrariedades gubernamentales, una individual ligada a la prevención o corrección de la discriminación de los esfuerzos para la impartición de justicia, y una social relativa a la inestabilidad y violencia⁵¹².

Macedo (1994, 149) escribe: “*Por sobre cualquier cosa, el Estado de derecho está en contra de la arbitrariedad y caprichos; regula el poder político y lo hace impersonal*”. Como advirtió Montesquieu: “*no es suficiente examinar las libertades políticas como partes integrantes de la Constitución, tenemos también que examinarlas bajo la óptica de este tema*”, porque “*la Constitución pudo haber sucedido para ser libre, pero el sujeto no*” y viceversa, éste pensaba que las leyes penales, el debido proceso de ley, incluso las costumbres lo que determinan generalmente podríamos llamar “*ideal de la igualdad ante la ley*”⁵¹³.

Esta tercera dimensión abarca las características de orden o de un conflicto abierto, violencia, trastornos y crimen que se encuentran pensantes en un país que pueden debilitar al Estado de derecho⁵¹⁴.

El concepto de Estado de derecho ha llegado a significar todos los aspectos normativos de la vida política.

Si consideramos que el Estado únicamente puede ser la unión de hombres libres bajo normas jurídicas, normas que ven a todos los hombres iguales, pero no a su patrimonio, pues otras normas protegen de los hombres sus intereses patrimoniales, estamos en presencia de un Estado de derecho. Por su parte, la juridización de la política se da cuando la política es regida por normas jurídicas generales y abstractas; tenemos por consecuencia la protección de los derechos individuales por medio de un poder político coactivo y la actuación del gobierno limitada por los derechos ciudadanos; siendo la figura máxima que garantiza tales

⁵¹² Ídem.

⁵¹³ Ídem.

⁵¹⁴ Ídem.

derechos la Constitución concebida como ley fundamental, cuyos principios velan por la libertad de los ciudadanos⁵¹⁵.

La Constitución encierra una esfera de atribuciones concebidas al Poder Público (*Político*) y las limitaciones que le son impuestas por una parte, y el conjunto de derechos públicos subjetivos que se reserva a los gobernados por la otra, es decir, el contenido del derecho constitucional resultaría inútil si no existiera una constitución que lo plasmara, a este documento solemne se le llama constitución escrita, pero también existen las no escritas, que son el conjunto de normas de rango constitucional arraigadas en la conciencia del pueblo⁵¹⁶.

La constitución escrita consta en un texto impreso, la no escrita es simplemente un arraigo en la conciencia del pueblo a través de las tradiciones jurídicas. Además las constituciones pueden ser rígidas o flexibles, las rígidas establecen requisitos lentos y complicados para sus reformas, las flexibles no exigen requisitos mayores para su reforma⁵¹⁷.

Estado de derecho y constitución.

La concepción de “Estado de derecho”, deriva históricamente de la tradición política y jurídica liberal. Aunque en el siglo XX cuando se desarrolla este concepto a su estructura básica fueron posteriormente incorporando elementos adicionales, por lo que el Estado de derecho reposa sobre dos pilares fundamentales, la limitación del poder gubernamental por medio de leyes, y la reivindicación de una serie de derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos⁵¹⁸.

De ahí que los sistemas constitucionales hayan buscado establecer con claridad los límites del poder político respecto de los derechos individuales básicos; la esencia de creación del Estado de derecho es la lucha política e ideológica contra el modelo de estado absolutista que gozaba de amplio control gubernamental de la vida colectiva. Siendo entonces el Estado de derecho la respuesta individualista y legalista frente al riesgo del ejercicio despótico del poder político⁵¹⁹.

⁵¹⁵ RODRÍGUEZ, ZEPEDA, Jesús. “*Estado de derecho y Democracia*”. Op. Cit., nota n° 6, p. 34.

⁵¹⁶ RAMÍREZ, FONSECA, Francisco. “*Manual de Derecho Constitucional*”. Op. Cit., nota n°. 310, p. 19.

⁵¹⁷ Ídem.

⁵¹⁸ RODRÍGUEZ, ZEPEDA, Jesús, “*Estado de derecho y Democracia*”. Op. Cit., nota n°. 6, pp. 34 y 35

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 35.

La plasmación más clara de Estado de derecho la encontramos en “*El Gobierno de la ley*”, que es la definición de la tradición política y jurídica anglosajona del marco institucional y legal de protección de las libertades. Teniendo el Gobierno de la ley dos sentidos particulares:

1. La idea de que la ley excluye el ejercicio del poder arbitrario infligido a los ciudadanos solo por la voluntad del poder o por una burocracia sin control que es incongruente con el gobierno de una ley regulada, y 2. El Gobierno de la ley sostiene la igualdad de todos ante la ley y la sujeción de gobernados y gobernantes, esto a través de la aplicación de la ley ordinaria por tribunales ordinarios. Así que Estado de derecho y Gobierno de la ley son coincidentes en que deben caerse sobre el terreno jurídico⁵²⁰.

Un sistema jurídico solo garantiza la existencia de una relación de poder y solo la justicia y la legitimidad son posibles si se atiende a los requisitos de gobierno limitado y de respeto a los derechos individuales básicos, es la forma de Estado Constitucional de Derecho, por ser la Constitución la que garantiza el Estado de derecho estableciendo los mecanismos para consagrar la libertad de los ciudadanos y las restricciones del gobierno para no llegar a ser despótico⁵²¹.

El marco legal del sistema liberal-democrático de instituciones es la Constitución, la que en el campo jurídico se ha convertido en la ley suprema de las sociedades modernas. Pero tal supremacía sólo puede ser legitimada si expresa los principios fundamentales del Estado de derecho. Para Hayek, son superestructuras levantadas para garantizar el mantenimiento del Estado de derecho que como suele hacerse se les atribuye la categoría de fuentes de todas las demás leyes⁵²².

No es necesario rechazar que las Constituciones sean fuente de las demás leyes, sino sólo recordar que son, en sí mismas, el elemento de vinculación de la experiencia moral y política de las sociedades con su experiencia de codificación racional de las leyes⁵²³.

⁵²⁰ Ibidem, p. 36.

⁵²¹ Ibidem, p. 37.

⁵²² Ibidem, p. 42.

⁵²³ Ibidem, p. 42 y 43.

Las Constituciones no pueden ser vistas (como lo ha hecho la tradición jurídica denominada “positivista”) como ordenamientos finales que definen por sí mismos los principios de justicia que rigen socialmente, por el contrario, expresan una serie de valores socialmente compartidos que, aunque han encontrado esa forma de manifestarse existen fundamentalmente como patrimonio moral y político de una comunidad específica. Uno de los críticos más lúcidos del positivismo jurídico, Ronald Dworkin, ha mostrado cómo los jueces al interpretar las normas constitucionales, tienen que recurrir a principios de justicia, tradiciones y razonamientos cuyo espacio natural es la moral y la cultura política de una sociedad⁵²⁴.

Las Constituciones no originan el Estado de derecho sino que son su expresión y plasmación codificada. La legalidad a la que sus principios dan lugar es una legalidad que ha sido aceptada como valor compartido de la ciudadanía y cuyos principios provienen de las luchas, acuerdos y equilibrios resultantes de la interacción de los sujetos políticos; una vez que una Constitución ha sido establecida y su aceptación se ha generalizado, sus ordenamientos tienen una obligatoriedad que no posee ninguna norma moral o práctica política⁵²⁵.

La doctrina del Estado de derecho exige que el principio que inspire toda acción estatal consista en la subordinación de todo poder al derecho, pero tal subordinación sólo es posible gracias al proceso histórico de “*constitucionalización*” de las normas limitantes del poder político. Por ello, el llamado “*constitucionalismo*” moderno es inseparable de los fundamentos ético-políticos del Estado de derecho⁵²⁶.

Los principios constitucionales desempeñan funciones distintas según el punto de vista con que se les observe⁵²⁷.

Cuando un juez imparte justicia recurriendo a las normas vigentes en la sociedad, se dice *sub lege* (según leyes establecidas); éste es el aspecto funcional del Estado de derecho, el que tomado de manera aislada conduce a la ilusión positivista de la plena autonomía de las leyes. Pero cuando un legislador participa en

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 43.

⁵²⁵ *Ídem*.

⁵²⁶ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 44.

la definición de los principios constitucionales que habrán de valer como normas generales de justicia para la sociedad, se dice que actúa *per lege* (promulgando leyes). En el primer sentido, una constitución se opone a la costumbre y la arbitrariedad, son normas colectivas y establece principios generales y abstractos; en el segundo, una Constitución expresa el principio de soberanía ciudadana como fuente del derecho en oposición al despotismo⁵²⁸.

Históricamente las Constituciones pueden ser legítimas o ilegítimas, pero la corriente del llamado "*constitucionalismo*" sólo acepta como legítimas las vinculadas a un proceso democrático; la democracia es el principio legitimador de la Constitución, entendida ésta no sólo como forma política histórica sino, sobre todo, como forma jurídica específica, de manera que sólo a través de ese principio legitimador la Constitución adquiere su singular condición normativa ya que es la democracia la que presta a la Constitución una determinada cualidad jurídica en la que validez y legitimidad resultan enlazadas⁵²⁹.

En un correcto sistema político además de procurar el garantizar el origen legítimo del poder, es la capacidad de absorber las elevadas demandas de participación en el poder⁵³⁰.

Como control del poder están las leyes, ya que en un Estado de derecho puro y simple, el Estado juzga con sus propias reglas, define sus propios límites, establece sus responsabilidades, fija sus atribuciones y modifica lo que quiere modificar, cómo quiere hacerlo y como él mismo determina que debe hacerse. Entre el Estado de derecho y la dictadura no hay diferencia pero en el Estado de derecho se encuentra la característica del sistema representativo, los mecanismos de descentralización del poder y un complejo instrumental de controles que impiden la transformación de un Estado de derecho en un Estado absoluto⁵³¹.

La idea de control político comprende los siguientes elementos: a) normas jurídicas, b) acciones jurídicas, c) acciones políticas, d) equilibrio institucional, e)

⁵²⁸ Ídem.

⁵²⁹ Ídem.

⁵³⁰ VALADÉS, Diego. "*El Control del Poder*". UNAM., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998, p. 168.

⁵³¹ *Ibidem*, p. 177.

atribuciones constitucionales, que incluyen facultades y obligaciones, f) eficacia institucional y g) efectividad institucional.

Los instrumentos de control no existen en sí y para sí, sino como parte de un orden constitucional que es fundamento del estado social y democrático de derecho, y contempla derechos activos como libertad, justicia, igualdad, pero además contempla derechos pasivos como el de tener un buen gobierno⁵³².

El derecho al buen gobierno consiste en que las instituciones funcionen con eficacia y eficiencia, el orden democrático constitucional dispone las construcciones de las instituciones, incluye los mecanismos de control que deben ser compatibles con su funcionamiento razonado y efectivo⁵³³.

El control del poder podría parecer una forma de negar el poder, ser en sí un anti-poder, la Constitución es la que ha establecido los controles pero no establece un límite al ejercicio del poder, sino un límite a la posibilidad de bloquear el poder, por el poder mismo⁵³⁴.

Al constituirse y al operarse los instrumentos de control lo que se busca no es cancelarlos por completo sino reducirlos a su mínima expresión. Si un poder pudiera desaparecer a otro y se quedara un poder político absoluto se volvería contra sí mismo y no podría ser aplicado sobre nadie sin destruirse a sí mismo⁵³⁵.

Los límites en el ejercicio del poder son una nota distintiva de la democracia, residen en la adjudicación de competencias a los órganos de poder, pero quedan sujetos a la verificación de su cumplimiento a través de los instrumentos de control, por lo que el desvanecimiento de las funciones del control puede tener efectos sobre el grado de consentimiento de la sociedad con relación al sistema político⁵³⁶.

Es al sistema político a quien corresponde establecer las formas de reclutamiento, actuación y sustitución de los dirigentes políticos, pero es al sistema constitucional al que corresponde definir los mecanismos para su control, estos

⁵³² *Ibidem*, p. 179.

⁵³³ *Ibidem*, p. 180.

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 418.

⁵³⁵ *Ídem*.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 421.

instrumentos de control son externos, los que se complementan con los controles internos⁵³⁷.

El constitucionalismo del siglo XIX, se enfocó en identificar el modelo mas adecuado de constitución, el del siglo XX, se dirigió en torno a las condiciones que consolidan o restan eficacia a la norma, las primeras giraban en torno a la organización del poder, monarquías, repúblicas, mientras que las segundas se centran en la acción del poder⁵³⁸. (En el siglo actual XXI) no se ha establecido línea concreta pero parece que es de un sentido populista socializador.

De entre otros controles de poder podemos mencionar los siguientes:

Atendiendo a su naturaleza, son obligatorios y potestativos; obligatorios aquellos que la norma dispone que se deben llevar a cabo tantas veces como se produzca una situación prevista; y potestativos aquellos cuyo ejercicio depende de la libre valoración de las circunstancias por parte de los agentes políticos⁵³⁹.

De acuerdo con su objeto en constructivos y limitativos; constructivos los que por virtud de los cuales la acción de los órganos del poder resulta complementaria y sin cuya acción convergente no se podría alcanzar el fin propuesto (*ratificaciones de nombramientos*), y limitativos los que se ejercen para restringir, modificar o evitar los efectos de una decisión⁵⁴⁰.

Conforme a sus efectos vinculatorios e indicativos; vinculatorios son los que modifican la situación de alguno de los órganos a que se dirigen, y los indicativos los que se traducen en una sugerencia, queja o propuesta que el destinatario puede o no transformar en una decisión⁵⁴¹.

Acorde con su frecuencia en sistemáticos y esporádicos; sistemáticos son los que se llevan a cabo con una regularidad determinada (informes de gobierno) y esporádicos los que no tienen una periodicidad fija. (Ratificación de tratados)⁵⁴².

⁵³⁷ Ídem.

⁵³⁸ Ídem, pp. 423 y 424.

⁵³⁹ Ídem, pp. 442 y 443.

⁵⁴⁰ Ídem, p. 443.

⁵⁴¹ Ídem.

⁵⁴² Ídem.

De acuerdo con su forma son verbales y formales; los verbales se ejercen de manera directa por parte de los agentes sociales sin sujeción a trámite especial, los formales deben realizarse mediante trámite de autorización⁵⁴³.

Mediante sus agentes en colectivos y selectivos; los colectivos son los que para tener efecto requieren de la aprobación mayoritaria, y selectivos los susceptibles de producir efectos aun cuando sean practicados por un solo agente⁵⁴⁴.

Conforme con sus destinatarios en generales o singulares; los generales surten efectos sobre la totalidad del órgano de controlado (*el veto*), los singulares solo tienen efectos con relación a titulares determinados de un órgano del poder⁵⁴⁵.

De acuerdo con su oportunidad en previos, progresivos y posteriores; los previos, son los que se aplican antes de que actúe el órgano controlado (*autorizaciones*), los progresivos son los que acompañan la realización de los actos del órgano controlado (*los estados extraordinarios*), los posteriores los que se aplican con relación a actos anteriores. (*El veto*)⁵⁴⁶

Los controles del poder, son actos de que el poder se frene por orden del poder mismo, mediante su vigilancia como un segmento de una totalidad, que es el Estado, ante los otros poderes que son los otros segmentos que lo componen.

La cámara de representantes no es gobierno, es orden de mando a través de las leyes que ordenan cómo deben comportarse los gobernados y qué hacer.

La imagen formal del Estado que aún hoy continua dominando en la cultura continental (*europa*) se determina entre el fin del siglo antepasado y el inicio del pasado, esta esencia es la de un *Estado - Administrativo* y son los administrativistas los que fijarán sus contornos fundamentales en un período de 8 años bastante breve, que podríamos señalar entre 1892 (*primera edición del Prédices de droit public et administratif de Maurice Haurior*), 1985 (*publicación de Deustches Verwantungsrecht de Otto Mayer*) y 1901 cuando vieron la luz los *principi de diritto amministrativo* de Santi Romano⁵⁴⁷.

⁵⁴³ Ídem.

⁵⁴⁴ Ídem.

⁵⁴⁵ Ibídem, pp. 443 y 444.

⁵⁴⁶ Ibídem, p. 444.

⁵⁴⁷ ROMANELLI, Raffaele. *"Magistrati e Potere Nella Storia Europea"*, s-ed., Società Editrice il Mulino, Italia, 1997, p. 41. Traducción con fines de investigación jurídica. Alejandro Sánchez García.

La literatura citada en el párrafo anterior presenta un núcleo conceptual rigurosamente común constituido por el proyecto de exaltar sin reservas la vocación administrativa del Estado, atemperándolo con el principio de legalidad. La economía elemental de este discurso es subrayar el hecho de que el Estado contemporáneo está llamado a jugar un rol protagonista en el ámbito de la vida social, si bien conservando intacta la propia naturaleza de “*Estado de derecho*” sometido a la soberanía de las leyes en cada momento de su actuación; el modo más eficaz que se encontró para enfatizar este doble carácter fue el contraponer el Estado liberal al modelo de organización política que lo había precedido inmediatamente en el curso del desarrollo histórico, o sea, el llamado Estado absoluto, construyendo para ello, arderamente, una imagen de este último estrictamente funcional para iluminar los perfiles de la estabilidad contemporánea que más interesaba a los juristas⁵⁴⁸.

La operación (*desarrollada de manera quizás insuperada en la primera parte del gran tratado de Mayer*) fue presentar al absolutismo como un régimen en que la autoridad pública había alcanzado más o menos la misma consistencia y concentración típica de la edad contemporánea, con la diferencia de que todo poder estaba entonces monopolizado por el monarca y por sus agentes⁵⁴⁹.

La relación entre edad moderna y contemporánea se movía sobre dos elementos, uno de continuidad y uno de ruptura; la primera estaba dada por el hecho de que el Estado absoluto se presentaba como un Estado a todos los efectos, ya podemos decir de tipo “*moderno*”, en cuanto Estado burocrático, Estado de funcionarios y de administradores, Estado de bienestar portador de un gran proyecto de manipulación social; en una palabra, un *Polizeistaat* cuyo perfil avanzado asumía toda su importancia en contraste con el viejo “*Estado de justicia*” tardío medieval, que veía, por el contrario, limitado su propio rol a un simple arbitraje entre los intereses de diversos grupos sociales. La ruptura o discontinuidad, en cambio, se señalaba en aquella total ausencia de garantías constitucionales que habría caracterizado la vida pública de los años seiscientos y setecientos⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ Ídem.

⁵⁴⁹ Ídem.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 42.

El carácter profundamente vicioso del absolutismo se encontraba, precisamente, en la contradicción entre la enorme amplitud de los poderes que el soberano controlaba gracias a su imponente máquina administrativa y la existencia de un límite legal a su ejercicio, al punto que la crisis final de este tipo de Estado era reconocida no a una carencia, sino acaso a un exceso de estabilidad, al que el liberalismo se habría encargado de poner remedio a través de los propios documentos constitucionales, la ideología legalista y la teoría de los derechos subjetivos⁵⁵¹.

Este modelo del Estado absoluto ha jugado y juega todavía (quizás bajo la apariencia de una mera premisa implícita), un rol fundamental en el interior del discurso jurídico, y lo hacen desde un punto de vista. Por un lado, sirve para presentar el poder burocrático-administrativo como un dato originario e indisponible del Estado moderno, que los años ochocientos han simplemente encontrado y de cuya existencia no es responsable ni para bien ni para mal. Por el otro, permite ofrecer una imagen integralmente liberal-garantista del derecho público, ubicándose allí al conjunto de las normas y de los institutos orientados a contener la prepotencia del Estado, que en su esencia se sustrae de cualquier crítica producto de una evolución histórica⁵⁵².

El Estado de derecho es un acontecimiento cíclico siguiendo a Schroeder ya que aduce que en cuanto al restablecimiento automático de la observancia constitucional, al recobrar el pueblo su libertad, es un supuesto que opera cuando triunfan las armas que sostienen al régimen legítimo, pues en caso contrario vence el nuevo gobierno e impone otro orden jurídico, que más tarde se convierte a su vez en el Estado de derecho que reclama también por sí la inviolabilidad de sus normas⁵⁵³.

Lo anterior me hace decir (habla Alejandro Sánchez en este párrafo) que el Estado de derecho deja de ser mecanismo eficaz y entonces cae a su misma muerte, ya que si bien existen instituciones que se encargan de aplicar la norma cuando existe una afectación de todo un proceso normativo, a la mayor parte de la sociedad

⁵⁵¹ Ídem.

⁵⁵² Ídem.

⁵⁵³ SCHROEDER, CORDERO, Francisco. *Constitución Política los Estados Unidos Mexicanos, Comentada, (artículo 136)*, 10ª ed., Ed., Porrúa, t. II, México, 1997, p. 1415.

aun y cuando usara su facultad discrecional la institución encargada de revisar la aplicación última de la norma en nivel constitucional, es evidente que ese daño generalizado llegaría a un momento de un evento armado, y la muy amplia facultad discrecional que se le dio al órgano revisor de las normas se le restringe por las armas para lograr el cambio del régimen legal, o en otras palabras, el movimiento armado rompe el Estado de derecho. Lo anterior, nos hace advertir que estamos inmersos en un proceso de transformación en donde la reforma judicial que afecta a las mayorías sociales genera pérdida de Estado de derecho; paradoja es, que una actividad prioritaria para garantizar la vigencia del Estado de derecho es emitir leyes, entonces queda el Estado de derecho sujeto al reconocimiento de la ley por la sociedad y a que no haya movimientos beligerantes para destruir la norma.

Las interpretaciones de la democracia son tan variadas que arriesgan a cubrir todo el arco de las alineaciones políticas y culturales⁵⁵⁴. Históricamente la democracia constituye un “paquete” para muchos estratos: para un estrato liberal se conforma con los procedimientos y con las libertades individuales las llamadas “*reglas del juego*”, para uno más estrictamente “*democrático*” se apoya en el énfasis sobre la soberanía popular, y hay un tercero sobresaliente en la tradición socialista que se basa en la igualdad de las condiciones de ejercicio y participación⁵⁵⁵.

Quizás ahora es posible reunir, pero sin confundirlos, estos tres componentes en una fórmula que comprende el Estado de derecho, el sistema representativo fundado en la soberanía popular y un sistema de valores igualitarios⁵⁵⁶.

El sistema de valores igualitarios oscila entre un máximo de formalismo y un máximo de informalismo, este último elemento parece ser el que más necesita de precisión desde el momento en que la oscilación permite refluir la democracia moderna hacia formas de puro control jurídico de las decisiones sin prestar mucha atención a la construcción y el continuo de las decisiones, no sólo a formas de pura socialización económica que pueden incluso resucitar la discriminación jurídico-

⁵⁵⁴ CERRONI, Humberto. “*Política, Método, Teorías, Procesos, Sujetos, Instituciones y Categorías*”, Ed., Siglo XXI, México, 1992, p. 47.

⁵⁵⁵ Ídem.

⁵⁵⁶ Ídem.

política de los individuos, precisamente por esto necesita evitarse perder de vista el centralismo de la ley en la teoría de la democracia⁵⁵⁷.

Es en relación con la ley como se formulan dos instancias políticas modernas fundamentales:

1. La de la “*ley igual para todos*”; y,
2. Aquella según la cual “*todos deben ser iguales ante la ley*”.

Estas dos instancias parecen coincidir pero son de naturaleza distinta; en efecto, al referir que la ley es igual para todos puede afectar sólo a la “*administración de la justicia*”, a la actividad jurisdiccional, lo cual todavía puede indicar que subsisten diferencias en el proceso de construcción de la ley. Éste fue el caso precisamente por el largo tiempo del Estado de derecho privado del sufragio universal⁵⁵⁸.

La igualdad de la ley posee históricamente una fuerza expansiva, ya que una vez introducida tiende a difundirse en todos los artículos de las leyes del Estado, y la culminación de esta expansión, está igual frente a la ley, no sólo en la fase de aplicación, sino en la de construcción de la ley⁵⁵⁹.

Se ve así que hay una “*rotación*” de la ley, por una parte la ley existente puede ser aplicada por igual a todos sin que todos sean realmente iguales frente a la ley, en este punto encontramos a un mundo existente y a una realidad que no coincide con la pura legalidad formal. Se puede decir que hay una ley injusta, en un cuadro laico es una deficiente generalidad de la ley si trata demasiado igual condiciones demasiado desiguales, o bien, se puede hablar *rousseaúnianamente* de una ley que no se arriesga a ser voluntad general cuando no todos concurren a formarla y cuando esta concurrencia produce sólo una voluntad de todos, esto es, una mera sumatoria de intereses deseados⁵⁶⁰.

Surge nuevamente en primera línea un neo-iusnaturalismo o nuevo derecho natural que intenta volver a discutir los fundamentos de la ley. Pero es posible desarrollar en una dirección laica coherente la segunda línea, ella lleva más bien una reducción de la Ley (voluntad) al interés, no para desagradarla pues persigue

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 48.

⁵⁵⁸ *Ídem*.

⁵⁵⁹ *Ídem*.

⁵⁶⁰ *Ídem*.

realmente una voluntad general y es posible una reflexión si los intereses son criterios completamente laicos, sostenidos en el mismo análisis económico, en donde los progresos de las ciencias sociales permiten dar luz a esta posibilidad. Pensemos en el interés por la paz, el ambiente o la cultura que son intereses que hoy se están convirtiendo en verdaderos y propios derechos nuevos del hombre y del ciudadano⁵⁶¹.

Se entiende poco en este panorama, el reduccionismo dominante que “lee” la democracia a través de la filigrana de los intereses entendidos como intereses puramente económicos de período corto congelados en la actual división del trabajo, alejados de las tendencias generales de la misma economía y de los demás elevados intereses de los hombres. Tanto menos se entiende esta tendencia en un cuadro teórico político inspirado en la democracia, mejor se entiende todo esto, sólo entendiendo el proceso característico de la democracia contemporánea que contiene como legítimos todos los intereses de todos los grupos sin conseguir todavía acomodarlos en una sola Ley general⁵⁶².

Se habla a menudo de la imposibilidad de una ley general en la actual democracia estructurada como Estado de derecho, por qué se entiende todavía la democracia como igualadora de las condiciones humanas sólo en lo bajo, y se entiende todavía al Estado de derecho como una función puramente formal de administración del orden existente; pero si se lograra mirar el fondo de las dos instituciones, se verá que en realidad las cosas no son así, dado que en las vueltas decisivas de la misma vida política de la democracia se salva por elecciones no económicas e intereses de largo plazo y el Estado de derecho, puede arraigarse firmemente sólo en una democracia socialmente difundida y abierta⁵⁶³.

III.2.5. Características fácticas del Estado de derecho.

No hay gobierno de hombres sino de normas; las leyes garanticen al individuo su desarrollo integral; el gobernante debe tener una mínima cultura que garantice conoce de respeto social; el ejército está subordinado a la ley y al mando del

⁵⁶¹ *Ibidem*, pp. 48 y 49.

⁵⁶² *Ibidem*, p. 49.

⁵⁶³ *Ídem*.

gobernante solo si está ordenado así en la norma, la tiranía no tiene cabida, nobles y humildes valen lo mismo frente a la ley, no hay ley de la jungla, no ha de estar centralizada monopólicamente la riqueza, no hay anti-nacionalismo, la economía abierta o cerrada está bien regulada en la ley, no hay estado de naturaleza que deje en suspenso la aplicación de la ley no hay obligación pública a partir de conductas fácticas sino reguladas por la norma.

I. Elementos individualizados:

1. Las leyes garanticen al individuo el desenvolvimiento de sus virtudes.
2. Para Platón debe ser aristocracia.
3. Los reyes y gobernantes deben ser personas sabias y conocedoras para poder ser buenos líderes.
4. Los guardianes (soldados), deben querer su Estado para poder defenderlo y tener las capacidades físicas para desarrollar este oficio.
5. El político debe ser aquel que sabe guiar y velar por el bienestar de la sociedad.
6. La tiranía es el arte de gobernar por medio de la fuerza.
7. Tiene un Rey.
8. Nace en el siglo XVIII (siglo que los historiadores señalan como la era del Absolutismo).
9. Centraliza la clase noble por sus intereses políticos el poder en el Rey, y concentra el Rey el poder de la riqueza.
10. La clase noble influye en la monarquía absoluta (en el Rey).
11. Es pretensión del Rey, aumentarse el poder.
12. El Rey acapara el poder, el control de la riqueza y el orden del territorio. (Estado)
13. Antinacionalista, porque busca una economía abierta mas que una cerrada.
14. La pretensión de aumentar el poder en manos del Estado en lugar de en el monarca.
15. Deduce al Contrato Social desde un estado natural.
16. Describe al estado natural como un tipo de relación social en el que se ha dejado en suspenso la ley.
17. Su filosofía consiste en intentar deducir una obligación pública a partir de conductas fácticas.
18. En su filosofía funda la necesidad de interrumpir el estado natural por la aplicación de la razón.
19. Aclara que la norma es la ética interna a diferencia de la ley que deriva de acciones.

III.2.6. Aspectos capitales del Estado de derecho.

El Estado de derecho tiene dos aspectos fundamentalmente diferentes. Los primeros establecen límites legales, tanto civiles como penales, en las interacciones

privadas. La segunda impone límites en el régimen político. Por definición, un Estado débil no puede participar en la depredación organizada, pero puede afectar la vida y la actividad económica por su debilidad y su incapacidad para controlar la violencia y la destrucción de la propiedad. Esta distinción entre la anarquía y la impunidad privada-público puede alentar a los opositores a recurrir a la violencia y las amenazas. Sin embargo, un Estado democrático frágil puede verse afectado por su propio fracaso para limitar la anarquía privada⁵⁶⁴.

Para entender la relación entre la debilidad del Estado y la ley, es necesario descubrir las fuentes de esta debilidad. Dos fuentes deben ser distinguidas. Una causa es un gobernante corrupto autocrático de hierro cuya permanencia en el poder se le escapa o como en la antigua Unión Soviética, un sistema autoritario que no es sostenible. En tales casos, el sistema funciona sin fuertes normas legales y sin un poder judicial independiente para revisar la libertad de los fiscales. Estos sistemas demuestran que el "*Estado de derecho*" no es necesario para la estabilidad, pero que un sistema sin fundamentos puede decaer rápidamente. Inicialmente, el Estado es uno, donde la actividad privada está fuertemente controlada y donde la gente va a encontrar maneras de hacer frente, como la corrupción institucionalizada. El hecho de que dicho estado hace que estos métodos arraigados de afrontamiento sean poco eficaces. La reforma es difícil porque en la mayor parte de los estados la actividad económica está implicada en el sistema corrupto y aquellos con intereses creados pueden tener dificultades para aferrarse a las prestaciones anteriores ya que el Estado se deteriora⁵⁶⁵.

Un segundo tipo de Estado débil es un curso con un nivel bajo de capacidad del Estado. Esta debilidad puede ser el resultado de un período a largo plazo de estancamiento o puede ocurrir en un período de transición después de la caída de un antiguo régimen desacreditado. En tales sistemas, el actor privado busca maneras de funcionar a pesar de la debilidad de los Estados. Acuerdos de cooperación entre vecinos benignos o pequeñas empresas pondrían áreas para superar la falta de normas legales de fondo. Por otra parte, las bandas de delincuentes pueden hacerse

⁵⁶⁴ ROTBERG, Robert. "*When States Fail Causes and Consequences*". Op. Cit., nota n°. 380, p. 182.

⁵⁶⁵ Ídem.

cargo de la función de protección y se quedan con los beneficios de la actividad empresarial legítima en el momento mismo en que operan los negocios ilegales.

Estas prácticas pueden crear un grupo de personas y los intereses empresariales opuestos a la reforma porque se benefician del status quo. Otro grupo puede estar ansioso por la introducción de las normas jurídicas de fondo, pero no puede ser organizado lo suficientemente bien como para articular sus demandas⁵⁶⁶.

El establecimiento del Estado de derecho puede implicar tanto un fortalecimiento de la capacidad o el debilitamiento del poder del Estado. Puede representar la imposición de un conjunto de normas que el Estado determinó que rigen el comportamiento privado o la imposición de restricciones sobre la naturaleza personalizada del gobierno. Ambos pueden producirse a la vez, pero es importante reconocer la doble función de los regímenes jurídicos.

Debido a que el control de la delincuencia es un factor clave para la estabilidad del régimen, discutir los esfuerzos para establecer la "*ley y orden*" en ese sentido. Entonces me dirijo a la ley como un organizador de la actividad económica privada, con el derecho de propiedad, contratos, y la ley de responsabilidad (responsabilidad civil) como bloques de construcción básicos. La siguiente sección a considerar es la ley como base para la organización del Estado y la autoridad. Incluye la estructura de los estados constitucionales y la forma en que organiza las relaciones con sus ciudadanos. Me concentro en la cuestión fundamental de cómo la ley puede ser utilizada para limitar el propio Estado. Máxime el poder judicial como institución clave de apoyo a los esfuerzos para establecer un Estado de derecho. El capítulo concluye con algunas reflexiones sobre el establecimiento de prioridades en las sociedades que tratan de establecer un sistema legal que funcione mientras se recuperan del colapso del Estado. Esta es una tarea de enormes proporciones que es poco probable que tenga una sola respuesta correcta. Sin embargo, se propone un marco para abordar la reforma⁵⁶⁷.

Puedo utilizar las categorías jurídicas tomadas de los países desarrollados. La premisa de los préstamos como es la creencia de que los cimientos de cualquier

⁵⁶⁶ *Ibidem*, pp. 182 y 183.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 183.

sistema jurídico son similares. En la práctica, esto no puede ser verdad, y un tema importante para la ley y el desarrollo de la investigación, es descubrir dónde esta categoría jurídica, en forma estándar con torpeza, es una forma tradicional de sociedades. Es necesario tener en cuenta no sólo las reglas formales, pero el impacto de las reglas formales de la sociedad. "Ley", en el sentido de un conjunto de documentos escritos formales, será irrelevante si las normas no están incorporadas en una estructura institucional y organizacional que favorece el cumplimiento. Las sociedades pueden tener prácticas desarrolladas y las normas que sirven a las funciones asumidas por la ley en otros países. Incluso cuando las sociedades comparten una condenación de asesinatos y robos, por ejemplo, sus métodos de asignación de responsabilidad y la imposición de sanciones puede variar ampliamente. Las prácticas tradicionales no deben ser rechazadas de plano, pero por el contrario, hay que evitar el error opuesto de apoyar las prácticas, simplemente porque tienen raíces históricas o tradicionales⁵⁶⁸.

Hay cuatro temas entrelazados: el derecho penal sustantivo, la aplicación de la policía y la ley, el proceso penal, y el sistema de castigo. Los cuatro son propensos a necesitar atención inmediata como un nuevo Estado trata de consolidar el poder. Las decisiones que se tomen tendrán consecuencias importantes para la viabilidad futura y la legitimidad del Estado. El objetivo debe ser, reducir la actividad criminal suficiente para permitir una fuerza de policía de tamaño modesto para mantener el orden sin interferir indebidamente con la vida cotidiana y la libertad personal. Si este objetivo se puede lograr, el país puede gastar más de sus escasos fondos en actividades orientadas al desarrollo en lugar de en los esfuerzos para mantenerse en el poder. En la cuestión de la celebración de los gobernantes anteriores y los funcionarios públicos para dar cuenta de las acciones pasadas. Esto puede, en efecto, ser una preocupación central de un nuevo régimen, pero argumentan que no se debe permitir a sustituir a los esfuerzos para construir un sistema de funcionamiento de la ley penal⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ Ídem.

⁵⁶⁹ Ibidem, p. 184.

La delincuencia organizada puede asumir el trabajo de protección privada de los individuos ricos y las empresas. Mafias pueden aliarse con la policía y amenazar a la confrontación violenta o cooptación a través de sobornos. Incluso cuando los grupos mafiosos no existen, los vigilantes locales pueden tratar de mantener el orden en la ausencia de una fuerte presencia policial. La tolerancia de estos grupos puede ser un primer paso hacia la caída final del régimen. Sin embargo, algunos regímenes libres utilizan la falta de una policía moderna y profesional como parte de una estrategia para mantener el poder.

En este ejemplo, se sugiere por qué la creación de una fuerza policial diseñada para ayudar a los ciudadanos y luchar contra el crimen no puede estar en el interés de los gobernantes nacionales, pero también sugieren que el reclutamiento y la formación de una policía moderna debe ser una prioridad en los países democráticos, incluso en los muy pobres. Una cuestión importante para los Estados de reciente creación es si se puede utilizar la policía para combatir la delincuencia de una manera que se basa en redes locales e instituciones sin vigilantismo alentadores⁵⁷⁰.

El control de la delincuencia y la creación de un sistema de justicia penal creíble son sólo el primer paso en la creación de un Estado estable. Las condiciones económicas es poco probable que mejoren a menos que los bloques de construcción jurídica de la actividad económica privada estén en su lugar. En los países que han pasado a ser comprometidos con la democracia y el libre mercado, las leyes que regulan el mercado privado o no existen o pueden ser vagas y contradictorias. Los jueces pueden tener poca experiencia o formación en la solución de los problemas que surjan de negocios privados y en la aplicación de nuevas leyes reguladoras y de los impuestos. Las leyes en los libros pueden no significar mucho, y a veces puede ser difícil. Las leyes tienen que estar bien redactadas, relativamente claras, y generalmente disponibles. Un primer paso es simplemente hacer las leyes y reglamentos fáciles de localizar. Si la ley es claramente un bien conocido, no sólo la

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 187.

disputa que pudiera surgir es más sencilla de resolver, sino que menos conflictos surgirán⁵⁷¹.

Muchas nuevas democracias deben hacer más que dar a conocer las normas existentes, que necesitan para crear la nueva ley. Una opción es pedir prestado a las economías de mercado exitosas y democracias establecidas. Por ejemplo, en aquellas partes de la asignatura de Asia a la influencia británica, algunas leyes están escritas en Inglés y, por tanto incomprensible a gran parte de la población. En Palestina, la ley es confusa mezcla del otomano, británicos, egipcios, jordanos, israelíes, influencias de anuncios legales⁵⁷².

Derecho Público: La apertura y la rendición de cuentas. La tercera parte de establecer el "*Estado de derecho*" se refiere a la responsabilidad legal de los funcionarios públicos. El compromiso político que se asienta después de una guerra civil o acompaña a un cambio de régimen, debe incluir no sólo las disposiciones para las elecciones populares, sino también las restricciones sobre el comportamiento de los funcionarios electos y los burócratas de carrera⁵⁷³.

La impunidad de los funcionarios públicos puede ser limitada tanto por las estructuras de gobierno interno que limitan la malversación de fondos y por la presión externa por parte del público. Límites al poder de los políticos e instituciones políticas y la creación de una supervisión independiente y las organizaciones de ejecución, pueden ser ambas estrategias potentes para establecer la rendición de cuentas. El público puede ser un importante control sobre el ejercicio arbitrario del poder por el gobierno. De hecho, las élites en conflicto podrán acordar el establecimiento de un régimen democrático en gran parte porque prevén que estos controles funcionen adecuadamente⁵⁷⁴.

Los ciudadanos pueden actuar como testigo, sin embargo, sólo si el gobierno ofrece información sobre sus acciones. Los ciudadanos también deben tener un medio conveniente para la presentación de reclamaciones y estar protegidos contra posibles represalias. Por otra parte, funcionarios del gobierno deben encontrar en su

⁵⁷¹ Ibidem, p. 189.

⁵⁷² Ídem.

⁵⁷³ Ibidem, p. 196.

⁵⁷⁴ Ibidem, p. 197.

interés de responder a las quejas de grupos de ciudadanos sobre las fallas del gobierno general y las objeciones planteadas por individuos particulares en contra de su propio tratamiento a manos de las autoridades públicas. Ambas rutas colectivas e individuales puede ayudar a mantener las estructuras de rendición de cuentas del gobierno.

Las instituciones públicas y privadas necesarias para producir la rendición de cuentas públicas son las que pueden ser insuficientemente desarrolladas en los Estados débiles. Sin embargo, una combinación de estas opciones puede ser plausible, incluso en los países pobres⁵⁷⁵.

III.2.7. Estado de derecho, ¿se mide?

Desde el final de la Guerra Fría, los esfuerzos para promover el Estado de derecho han acompañado a la promoción de la democracia por razones de seguridad personal y para apoyar el desarrollo político y económico.

El desarrollo de indicadores de gobernabilidad y avances de nuestra capacidad para controlar las diferencias y los cambios en la calidad del gobierno a través del espacio y del tiempo, destacan en todo el mundo la existencia de problemas de derechos humanos, la creación de buenas medidas no es sencilla. Este esfuerzo sólo significa un paso adelante si el desarrollo es seguido por una cuidadosa atención al valor de los datos en cuanto a su fiabilidad, validez y equivalencia. Sin embargo, en contraste con la medición de la democracia, nadie ha dado un paso atrás y sistemáticamente un balance de la conceptualización y puesta en marcha de la norma diferente de los índices de la ley enmarcar en este tipo de análisis⁵⁷⁶.

Las medidas son proporcionadas por cinco organizaciones. La primera es la puesta a disposición por el sector privado (Bertelsmann Foundation, BF). El trabajo de la fundación alemana es financiado principalmente por los ingresos obtenidos de sus acciones en la corporación, y las medidas del Estado de derecho forman parte de un conjunto de datos más grande, que se compila para investigar el nivel y

⁵⁷⁵ Ídem.

⁵⁷⁶ Svend-Erik Skaaning, Political Concepts. Committee on Concepts and methods. Editorial, Working Paper Series. Documento de trabajo CIDE. 29, April 2009, CIDE, México City. p.1. Traducción con fines de investigación Jurídica, Alejandro Sánchez García.

condiciones de la democracia constitucional en combinación con una economía de mercado socialmente responsable⁵⁷⁷.

El índice de integridad global del Estado de derecho y el acceso a la justicia está incluida en un conjunto de datos más amplia sobre los mecanismos a nivel nacional contra la corrupción⁵⁷⁸.

A pesar de que todas las medidas que comparten un enfoque común sobre el Estado de derecho, también están marcadas por las diferencias significativas. Una de ellas es si los resultados se refieren exclusivamente a violaciones del Estado de derecho cometidas por el gobierno. Las calificaciones proporcionadas por las tres medidas - BF, las indicaciones geográficas, y una de las calificaciones de Freedom House (CC) - sólo reflejan las prácticas del gobierno (Estado y sus agentes). El Banco Mundial y los indicadores de la ERP proporcionan una evaluación de la regla general de la condición de ley, mientras que las otras dos medidas Casa de la Libertad, FW y NT, toman una posición intermedia, que se centra principalmente, pero no exclusivamente, en violaciones cometidas por el gobierno del Estado⁵⁷⁹.

La revisión de las siete medidas de Estado de derecho ha prestado apoyo a algunas conclusiones generales. En primer lugar, los índices difieren significativamente en todos los parámetros abordados en este artículo, es decir, el enfoque y el alcance, la conceptualización, la medición, la agregación y la asociación con factores explicativos. La evaluación también demostró que muchas veces las diferencias no fueron igual de posibles. En general, las justificaciones hechas en relación con el índice de construcciones eran insuficientes. Entre las deficiencias en particular fueron: restricciones considerables en la cobertura de años y de los países, las trampas conceptuales en forma de redundancia y fundamentación teórica de debilidad, limitaciones en la creación y disponibilidad de datos desagregados, libros de códigos insuficientes y faltan referencias a las fuentes socavando las operacionalizaciones⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ Ibidem, p. 2.

⁵⁷⁸ Ídem.

⁵⁷⁹ Ibidem, p. 3.

⁵⁸⁰ Ibidem, p.10.

En cuanto a los procedimientos de agregación, que se caracterizan por la opción por defecto de la utilización de promedios ponderados en lugar de estar basados en la teoría y las pruebas de la dimensión empírica, las diferencias también fueron subrayadas por los estudios de replicación y un análisis de regresión múltiple, que mostró que la sustitución de las medidas del Estado de derecho como la variable dependiente cambiando los resultados de manera significativa. Las investigaciones futuras se pueden beneficiar de tres formas de las explicaciones y puntos críticos a presentar en esta evaluación: En primer lugar, los resultados proporcionan sugerencias implícitas y explícitas para mejorar las medidas existentes; en segundo lugar, podemos aprender de las ventajas y desventajas de medidas anteriores, cuando nos propusimos construir nuevos conjuntos de datos e índices relacionados con el buen gobierno en general y Estado de derecho en particular; en tercer lugar, las deficiencias y las diferencias en las medidas principales para llamar a la repetición del examen de los numerosos estudios que, de una manera u otra, han utilizado como indicadores del Estado de derecho. En conjunto, los hallazgos sugieren que tenemos que ser más cuidadosos en el desarrollo y aplicación de la regla de los indicadores de la ley, pero no debemos renunciar a nuestra búsqueda de mejores instrumentos de medición⁵⁸¹.

Sin embargo, es preciso mencionar que dichos organismos encargados de realizar estadísticas y revisiones comparativas de mediciones del Estado de derecho en diferentes ámbitos, no pueden considerarse del todo con sustentos legales para poder dar una certeza jurídica o considerados para mejorar la forma de Estado de derecho, ya que por una parte tenemos que son particulares y por ello, tampoco existe un control legal de estas medidas para poderse sustentar jurídicamente; y por otro lado, estas mismas tienen deficiencias y restricciones en el alcance y la disponibilidad de datos por lo cual sugiere precaución en el desarrollo y el empleo de las reglas de medidas de la ley.

⁵⁸¹ *Ibidem*, p. 11.

Los esfuerzos para promover el Estado de derecho han acompañado a la promoción de la democracia por razones de seguridad personal y para apoyar el desarrollo político y económico.

El desarrollo de indicadores de gobernabilidad y avances de nuestra capacidad para controlar las diferencias y los cambios en la calidad del gobierno a través del espacio y del tiempo, en todo el mundo destacan la existencia de problemas de derechos humanos, la creación de buenas medidas no es sencilla. Este esfuerzo sólo significa un paso adelante si el desarrollo es seguido por una cuidadosa atención al valor de los datos en cuanto a su fiabilidad, validez y equivalencia. Sin embargo, en contraste con la medición de la democracia, nadie ha dado un paso atrás.

La medición del Estado de derecho considera dos aspectos: 1, trata tanto de la regla (obligación) como la ley (sistema jurídico en general); y 2, para evaluar adecuadamente la dimensión de la regla del Estado de derecho hay una necesidad de desarrollar indicadores que se basan en datos duros de la medida del comportamiento respecto del cumplimiento de la ley, en lugar de confiar en datos de apreciación y de actitud. La medición, tiene dos enfoques generales: a) para medir los componentes clave de las capacidades de ejecución (organización del aspecto de las fuerzas policiales, los recursos monetarios, humanos), y b) para medir los resultados de la aplicación de la ley (nivel de delincuencia, evasión fiscal, contaminación ambiental) la forma más fácil de comparar o medir a los países ha sido el primero, es decir, el estudio de los departamentos de policía, las administraciones tributarias, o las estructuras judiciales y de los recursos. Estas medidas no proporcionan una evaluación precisa de la capacidad de ejecución pero son indicativas. Una forma directa de medición es el resultado de su ejecución, si el medio ambiente es limpio, significa que las normas ambientales se están aplicando de manera correcta. Respecto a los datos, hay dos diferentes fuentes para medir el cumplimiento de las leyes: a) Los resultados de los informes oficiales (los niveles de evasión fiscal, la tasa

de violaciones de tráfico, etc.) y b) la estimación o los índices de cumplimiento de obligaciones sobre la base de los registros individuales o encuestas practicadas⁵⁸².

El Banco Mundial utiliza, para hacer una medición del estado del derecho, las acciones del gobierno y datos estadísticos de percepción en la población, encuestas y opiniones de expertos, sin embargo, tales índices son parciales por el origen del que vienen, lo que sirve para conocer el aspecto interno de un estado pero no para compararlos entre ellos⁵⁸³.

La Regla de la ley podrían ser desglosada, al menos en dos atributos generales: 1) El conjunto de los derechos civiles, políticos y sociales, y las instituciones legales que protegen a los ciudadanos de prácticas predatorias; y, 2) la capacidad del gobernante para entender las normas legales conforme a lo estipulado en las leyes promulgadas. Voy a llamar al primer atributo "*la ley*" y la segunda "*regla*"; el primero se deja de lado ya que la literatura ya lo ha abordado; nos concentramos en el segundo, por sus escasos estudios y su mal entendimiento⁵⁸⁴.

Componentes: Bajo el Estado de derecho, la observancia a la norma es plena si se encuentra establecida de manera clara y expresa puesto que, de no ser así, las autoridades si no tiene establecida una clara atribución se vuelven arbitrarias, las violaciones a las normas por funcionarios judiciales son apego generalizado, más aun si las normas legales formales se encuentra dispersa así como la capacidad de las agencias estatales para disuadir conductas; esta conducta describe por lo menos cuatro componentes: a) Un cierto grado de arbitrariedad en la aplicación efectiva de las normas legales; b) La permisividad y la tolerancia de la violación de las normas legales (legalidad) y poco apego a la ley formal, en la aplicación de las normas; c) La entrega de la cobertura de los derechos universales; d) Capacidad de los Estados para obtener el apoyo y la participación ciudadana en el cumplimiento de las obligaciones legales. Buscan examinar hasta qué punto los Estados son capaces de entregar los derechos consagrados en las constituciones y leyes, pero también con

⁵⁸² Bergman, Marcelo. Magazine. "*The Justice System Journal*", Volumen 33, N°. 2. Article "*The Rule, The Law, And The Rule Of Law: Improving Measurements And Content Validity*". Section 2: "*Measuring The Rule Of The Law*". Editorial National Center For State Courts, USA., Year, 2012. pag's. 174,177 y 178. Traducción con fines de investigación jurídica. Alejandro Sánchez García.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 178. Section 3: "*Measuring Rule: Moving Toward A Proposal*".

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 187 y 188.

firmeza evalúan el grado de discrecionalidad y la arbitrariedad de los funcionarios públicos, las burocracias y los funcionarios electos, y la forma en que realmente ejercen la arbitrariedad política o para adornar otro tipo de apoyo⁵⁸⁵.

La medición del respeto al Estado de derecho sigue un mecanismo de abajo hacia arriba; en vez de examinar el marco jurídico, estatutos legales y la organización, examina los resultados concretos, algunos elementos a considerar, son: Imparcialidad, igualdad de trato; ilegalidad y la forma de combatirse; contribución o acciones del Estado para contribuir al Estado de derecho⁵⁸⁶.

III.2.8. Macro y Micro - fundamentos del Estado de derecho.

Un macro-fundamento al menos para este trabajo, es aquello que nos hace entender de inmediato lo que algo es; así las características en los sistemas son lo que nos permite concebirlos inmediatamente y distinguirlos de los demás en esa textura, en un Estado de derecho donde el Gobierno de la ley gobierna por el imperio que la ley tiene en sí misma y es un estado de leyes y no de gobierno de decisiones arbitrarias de los hombres, debe tener características de universalidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, inmutabilidad, inalienabilidad de la ley, así por:

1. *Universalidad.* Todos los seres humanos por virtud de su naturaleza son titulares de los derechos humanos sin excepción de ninguna índole. Es decir, no puede excluirse a nadie de su goce por su clase socioeconómica, sexo, edad, nacionalidad, estado civil, etcétera.
2. *Irrenunciables.* Ninguna persona puede rechazar por ningún medio escrito o verbal los derechos fundamentales. No puede permitir que por convenio, pacto o contrato se limiten o disminuyan sus derechos.
3. *Imprescriptibles.* Estos derechos no se pierden con el transcurso del tiempo ya que se inician desde la concepción de la persona y sólo terminan con su muerte.
4. *Inmutables.* Los derechos humanos no pueden ser modificados por la ley, y la ley debe imperar para que se respeten.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p.182.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p.183.

5. *Inalienables*. No son susceptibles de transmitirse o negociarse en ninguna circunstancia la ley gobierna esa restricción.

¿Por qué habría de obedecer la ley?, ¿es racional, desde el punto de vista individual, obedecer la ley? El supuesto que domina es que los hombres obedecen por los premios o castigos que implica el carácter vinculante de la ley. La razón que subyace a la obediencia -y eventualmente a la desobediencia- carácter de interés en la perspectiva central del derecho⁵⁸⁷.

Un segundo supuesto que predomina en aquella visión es que el comportamiento real de los actores no tiene efecto sobre el mantenimiento de la ley. No existe relación causal entre la obediencia a la ley misma⁵⁸⁸.

Si queremos explicar la estabilidad o el cambio de la ley, es su capacidad coercitiva. La ley es estable si mantiene esa capacidad, si no la mantiene, la ley cambia. La obediencia a la ley es resultado de la obligación y de su capacidad de imponerse⁵⁸⁹.

El papel de los micro-mecanismos en la explicación del Estado de derecho nos lleva a indagar sobre los micro-fundamentos del Estado de derecho que constituye una empresa central hallar la motivación de los individuos para obedecer/desobedecer la ley, las cuales agregadas como decisiones individuales, producen el resultado del imperio/no del derecho en el nivel macro es una condición necesaria de la explicación⁵⁹⁰.

La reflexión sobre el Estado de derecho se remonta a la teoría política clásica, y éste sea un concepto que cuenta con una larga tradición en la filosofía, el derecho y la ciencia política. En los últimos años se observa un aumento de los trabajos sobre la conceptualización y sobre la teoría del Estado de derecho como variable independiente y como variable dependiente⁵⁹¹.

⁵⁸⁷ SANSFIELD, Rodolfo. Magazine. "The Justice System Journal". Article. "The Bribe Game: Microfoundations of Corruption. In Mexico". "Micro-Motives and Corrupt Behavior". "Cognitive Framework and corrupt Behavior". Op. Cit., nota n° 438, pp. 216, 221 y 223.

⁵⁸⁸ Ídem.

⁵⁸⁹ Ídem, p. 3

⁵⁹⁰ Ídem, p.5.

⁵⁹¹ Ídem, p. 4.

Entiendo por Estado de derecho, al predominio de las leyes como mecanismo de procedimiento y resolución de conflictos sobre otros dos analíticamente posibles: La corrupción y la violencia⁵⁹².

Se propone un conjunto limitado de razones, desde la perspectiva individual, para que las leyes sean aceptadas o violadas. La mayor parte de las explicaciones que se han presentado para explicar el funcionamiento del Estado de derecho utilizan propiedades de los países, tales como la riqueza o el pasado comunista. Los estudiosos han sugerido y aportado ideas sobre los mecanismos que vinculan aquellas variables independientes con el Estado de derecho como variables dependientes, está ausente una elaboración sistemática de las micro-motivaciones del Estado de derecho (o de su ausencia)⁵⁹³.

El énfasis puesto sobre el nivel micro no quiere decir desconocer la relevancia teórica del nivel macro. Preguntar por los micro-fundamentos es equivalente a preguntar por los mecanismos que funcionan en los individuos, aunque ello no excluye el análisis sobre el proceso por el cual esos mecanismos son disparados por arreglos o desempeños institucionales, generando a su vez resultados institucionales y resultados sociales como consecuencia en el nivel macro⁵⁹⁴.

La teoría basada en elección racional está en lo cierto, al insistir en que una buena explicación en la ciencia política sobre dirigirnos la pregunta sobre lo que ocurre en el nivel individual. Sin embargo, no está en lo cierto cuando sostiene que las asociaciones en el nivel macro no califican como teoría al menos que pueda explicar los mecanismos causales en el nivel individual⁵⁹⁵.

La idea de mecanismos o mecanismos sociales juega también un papel importante en una buena explicación. Al ser comparados los mecanismos con teorías, leyes, correlaciones y cajas negras. Existen leyes que tienen cajas negras (*es decir, que son opacas sobre cómo trabajan*) tal lo es la ley de la gravedad misma. Aunque la ley de la gravedad sea muy confiable en términos productivos, lo es

⁵⁹² Ídem.

⁵⁹³ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁹⁵ Ídem.

menos en términos explicativos. Las teorías tienen menor estatus que las leyes si las leyes están bien establecidas y las teorías no⁵⁹⁶.

Una idea persistente en sobre lo que debe ser una buena explicación de un fenómeno social, es la noción de que la unidad de análisis última debe ser un individuo racional o, al menos, un individuo cuyo comportamiento está seguido por razones o motivos. Existe la noción de que lo que está dentro de la caja negra debe ser un mecanismo social o varios mecanismos sociales⁵⁹⁷.

El primer mecanismo es la utilidad individual (*nivel micro*) que produce el contenido y funcionamiento del derecho (*nivel macro*); el segundo mecanismo está integrado por las expectativas que cada uno tiene sobre el comportamiento de los demás, el comportamiento de los individuos frente a la ley está determinado por los incentivos y el desempeño institucional, y por lo que creen que hacen los otros. El tercer mecanismo es el “*decantamiento*”, éste explica de qué modo un fenómeno en el nivel macro (*el predominio del Estado de derecho o de la corrupción*) es resultado del comportamiento de los individuos (*en el nivel micro*) a partir de un nivel crítico o masa crítica de individuos⁵⁹⁸.

El derecho es costoso individualmente en la medida en que no existen (*contenido de la ley*) o no se aplican (*desempeño de la ley*) incentivos selectivos, es probable que el Estado de derecho se vuelva más costoso que la corrupción y que, por lo tanto, lo racional sea no optar por la obediencia a la ley. Esto no está determinado en el nivel micro sino en el nivel macro. En la perspectiva económica del derecho, actores racionales maximizadores, se comportan con arreglos al estudio de derecho sí y solo si la utilidad de hacerlo es mayor que la utilidad de no hacerlo⁵⁹⁹.

III.2.8.1. Cultura. ¿Otro micro-motivo?

De acuerdo con una visión importante en el estudio de las actitudes, la gente obedece las leyes cuando comparten un particular tipo de cultura. La tesis de una perspectiva –la visión culturalista– es que tal cultura valora el Estado de derecho *per*

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 7.

⁵⁹⁷ *Ídem*.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 8.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p. 12.

se, de modo independiente de los resultados que genere. Los mecanismos que se han propuesto para vincular la cultura (*en el nivel macro*) con el comportamiento (*en el nivel micro*) son dos, en primer lugar, es posible que la cultura imponga a los individuos la obligación moral de obedecer los resultados que derivan de las reglas que aceptaron. En segundo término, la cultura puede fomentar características temperamentales en los individuos que los predisponen a obedecer las leyes. El Estado de derecho se puede sostener si y sólo si la sociedad está caracterizada por un tipo particular de cultura. De manera clásica, este tipo particular de cultura fue bautizada como “*cultura cívica*”⁶⁰⁰.

Mientras que la perspectiva culturalista propone que la situación en la cual los individuos actúan de acuerdo a la ley, puede ser descrita en términos culturales, la perspectiva de la elección racional argumenta que tales situaciones ocurren cuando los actores consideran en su mejor interés, actuar de acuerdo con la ley todas las acciones de todos los demás⁶⁰¹.

La teoría basada en la cultura sostiene que el surgimiento y mantenimiento del Estado de derecho es expresión de algunos patrones culturales. La explicación proviene del nivel macro, dado que la cultura es una propiedad de la sociedad de la que los individuos interactúan, en otras palabras la cultura provee (o no) una situación de equilibrio de incentivos normativos para que los individuos se comporten obedeciendo al Estado de derecho⁶⁰².

La teoría de la elección racional postula que el surgimiento y mantenimiento del Estado de derecho es una situación de equilibrio que surge -o no- de los actores, persiguiendo sus intereses. El comportamiento con arreglo al Estado de derecho en el nivel micro no depende -en lo fundamental- de motivaciones normativas, sino de la existencia de una situación de equilibrio que emerge (o no) como resultado de actores que persiguen sus intereses. El predominio de la ley frente a otros mecanismos para procesar la interacción y los conflictos entre individuos o actores colectivos no es resultado de fuerzas culturales, actitudinales o normativas, sino el fruto del auto interés y el cálculo racional de los agentes. Si la mayoría de los

⁶⁰⁰ *Ibidem*, p. 18.

⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 19.

⁶⁰² *Ídem*.

individuos persiguiendo sus intereses se comporta obedeciendo la ley, entonces prevalecerá el Estado de derecho, los fundamentos del Estado de derecho son el auto interés (*en el nivel macro*) y si el contenido y funcionamiento de la ley converge con tales intereses (*en el nivel macro*)⁶⁰³.

La contribución de la cultura cívica al comportamiento con arreglo al Estado de derecho es mayor en los valores medios de la distribución del diferencial que en los valores extremos. La diferencia en la capacidad explicativa sobre el comportamiento de los individuos que tienen la explicación basada en la cultura y la explicación basada en la elección racional depende de una variable en el nivel macro, esto es, el predominio/no predominio del Estado de derecho⁶⁰⁴.

Este trabajo propone un marco teórico inicial sobre los micro-fundamentos del Estado de derecho. Se parte de que la obediencia a la ley no es evidente y necesita de explicación. Se exponen las expectativas teóricas sobre la relación entre algunas dimensiones del nivel macro y las motivaciones en el nivel de los individuos⁶⁰⁵.

III.2.9. Anhelos al Estado de derecho, o a un imperio por gobierno de la ley.

El Estado de derecho no es una simulación, es un elemento esencial para la democracia, y para el respeto de forma igualitaria de las normas para todos los ciudadanos.

Anhelos del Estado de derecho. ¿Constitución o derecho social?

Los anhelos de un Estado de derecho es lograr un equilibrio justo y adecuado entre funcionarios, las leyes y los derechos de la ciudadanía, teniendo como premisa que todos tantos funcionarios, instituciones, organismos y ciudadanos se sometan y se rijan a una ley suprema. (Constitución Política)

El buen desarrollo de nuestra sociedad depende de que tengamos una buena Constitución, ya que ésta contiene la expresión de nuestras ilusiones en sociedad mejor y más justa, la Constitución recoge la concepción según la cual el objeto esencial es impedir que existan abusos de poder y que de esta misma manera se

⁶⁰³ Ídem.

⁶⁰⁴ Ibídem, p. 21.

⁶⁰⁵ Ibídem, p. 23.

preserven los derechos de las personas (derechos sociales), en conclusión, estos tres conceptos se encuentran entrelazados y no se podrían concebir el uno sin el otro.

III.2.10. Características formales conjuntas Estado - Estado de derecho; y elementos mínimos exclusivos del Estado de derecho.

Tiene territorio que es un área geográfica delimitada por fronteras, es en si un perímetro de influencia en su mando, cuenta con sociedad que es el conglomerado humano, tiene gobernador, legisladores, juzgadores; debe tener leyes pero justas, equitativas y proporcionales en sanciones y castigos a las infracciones que se cometen; otorga igualdad social, legal, jurídica y jurisdiccional; tiene un cuerpo burocrático por mando de ley y sujeto al mando del imperio del Gobierno de la ley; monopoliza la fuerza armada; solo la ley con su imperio controla el poder, es decir, no hay gobierno de hombres sino de normas; la dirección política del estado lo es del político reconocido por la ley para mandar, tiene una centralización administrativa del poder; prohibición de leyes retrospectivas que dañen, ordena leyes claras y comprensibles que no deben ser inconsistentes o contradictorias, esto es en si la precedencia de la ley (nadie está por arriba de la ley) genera un control jurídico independiente y efectivo y un debido proceso en toda circunstancia.

I. Elementos conjuntos Estado, Estado de derecho:

- | | |
|---|---|
| 1. Tiene territorio. | 16. No leyes inconsistentes o contradictorias. |
| 2. Una sociedad. | 17. Precedencia de la ley (nadie está por arriba de la ley). |
| 3. Gobernador. | 18. Control jurídico independiente y efectivo. |
| 4. Legisladores. | 19. Debido proceso. |
| 5. Juzgadores. | 20. Responsabilidad de pagar una compensación por cualquier daño causado. |
| 6. División de poder. | 21. Ausencia de acciones arbitrarias del Estado y promoción de justicia. |
| 7. Las leyes justas, proporcionales. | |
| 8. Gobierna la norma no el hombre. | |
| 9. La ley controla al poder político. | |
| 10. Todos los ciudadanos tienen las mismas igualdades sociales por ley. | |

- | | |
|--|--|
| 11. Tiene burocracia, un cuerpo de funcionarios permanentes. | 22. No fuerza de la policía. |
| 12. Monopolización las fuerzas armadas. | 23. La ley por arriba de todo interés personal de los gobernantes. |
| 13. Centralización administrativa del poder. | 24. Generalidad, esencia de la ley, esto es la ley igual para todos. |
| 14. Prohibición contra leyes retrospectivas que dañen. | Enemigo de los excesos del poder de los gobernantes. |
| 15. Leyes claras y comprensibles. | |

Elementos mínimos exclusivos del Estado de derecho.

- | | |
|---|--|
| 1. Leyes generales y no ad persona. | 7. Estabilidad relativa en la promulgación de leyes. |
| 2. Leyes promulgadas públicamente. | 8. Proporcionalidad de la ley. |
| 3. Prohibición contra leyes retrospectivas. | 9. Igualdad frente a la ley. |
| 4. Leyes claras y comprensibles. | 10. Precedencia de la ley (nadie está por arriba de la ley). |
| 5. No existencia de leyes inconsistentes o contradictorias. | 11. Control jurídico independiente y efectivo. |
| 6. Ninguna ley debería ser imposible de cumplir. | 12. Debido proceso. |

III.2.10.1 Características esenciales para llamar a un Estado, Estado de Derecho, una metáfora.

Su majestad el Rey la ley, es mandato fundamental supremo, somete a todos al imperio de su gobierno; en sentido amplio su nombre es derecho como recto control social, su origen es anterior a su hijo el príncipe que es la constitución; la ley es Rey de su feudo o territorio que es el Estado, en él gobierna y la constitución nace como instrumento fundatorio del reconocimiento de ese derecho que otorga el Rey al pueblo, la obligación de proteger a todos sus súbditos sin distingo, que son el conglomerado social.

Su majestad la ley solo puede sostenerse en el trono si garantiza a su pueblo libertades fundamentales, estas se le dan a saber al Rey en un consenso social resultado posterior al disenso o discusión de los hombres respecto de lo que buscan del Rey; así la ley toma lo consensado y ordena al príncipe que es la constitución establezca por escrito frente a todos el mandato que el Rey ha dado del

reconocimiento de los derechos fundamentales reclamados motivo del disenso y reconocidos en el consenso social, una vez reconocidos por el Rey el príncipe o constitución en nombre del Rey debe velar por su cumplimiento desconociendo el mandato que por sí cualquier individuo quiera generar, pues ello significa una insubordinación a su majestad la cual no se puede dejar pasar por alto y debe ser sancionada en su justa medida.

El Rey determina que el príncipe requiere de brazos para operar, esos brazos son la administración, la milicia, los diplomáticos y todos esperan su mando para actuar; lo mas sano del Rey es que comprende que el poder corrompe y que el poder absoluto como dijo Toqueville, lo puede corromper absolutamente todo, fenómeno monstruoso que es la corrupción, por ello su poder lo segmenta pero a la vez ordena que nadie se sienta mas que otro y que quien mal uso del imperio haga, los demás le enfrenten y detengan usando el nombre del Rey para frenar actos opresores.

Sin duda del Rey su mejor cualidad es, que ha prohibido a los hombres sean ellos quienes gobiernen dando el cetro de mando a la ley ordenando a todo hombre a la vez, que aquel que vejado se sienta invoque la ley en su defensa y aquel que mal uso de ese poder de la ley haga, la misma ley lo sancione a petición de otro hombre.

El Rey puede ser ignorado si es muy severo en su castigo; esto es, si su mando en sanciones es mas alto que corromper al administrador de ese mandato, la corrupción será secreta negándola frente al Rey súbdito (ciudadano) y administrador (servidor público) pero todo acto clandestino llegará a oídos del Rey y podrán ser perseguidos.

I. Elementos individualizados:

1. La ley como mandato fundamental supremo, significa el sometimiento de todos a la Ley en el Estado de derecho.
2. Derechos y libertades fundamentales garantizados. Cuando están especificados en la norma máxima del Estado quedan reconocidos y garantizados en un Estado de derecho.
3. La Administración limitada y sujeta por la Ley.
4. Separación de los Poderes.

III.2.11. Estado de derecho internacional.

El Estado de derecho internacional se configura por una comunidad internacional de Estados situados en comunidad donde orden y libertad, actúan en balance.

Joseph Raz, señala al derecho como promotor del bien social a través del Estado de derecho; en el que el derecho no es únicamente un hecho de la vida, es una forma de organización social que debe ser propiamente usada y para los fines apropiados. Para Raz, las características propias del Estado de derecho son que todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas, claras, de carácter irretroactivo, estables y generales; la independencia del poder judicial debe garantizarse, la revisión de los principios incluida en los poderes de los Estados debe estar garantizada; los tribunales deben tener acceso de manera simple, los órganos criminales pueden ser dotados de discrecionalidad por lo que no se les permite pervertir el derecho.

Andrew Marmor, expone algunos requisitos del Estado de derecho:

1. El gobierno debe gobernar por medio de la ley
2. La ley debe ser tal que debe guiar la conducta humana, por tanto debe ser: general, promulgada, irretroactiva, clara, no contradictoria, física y materialmente posible, estable, de aplicación constante.

Jeremy Waldron, señala la necesidad de que las normas jurídicas en el Estado de derecho, sean desarrolladas de un modo cuidadoso, que deben ser finalmente aplicadas y representen un cuidado desarrollo e identificación de las consecuencias de su aplicación. Estado de derecho hoy día, toma partido acerca de los elementos que deben componerlo, entre otros el social y por consiguiente tenemos un Estado social de derecho.

Herman Heller, sus ideas sobre Estado social de derecho permearon el ideario de los encargados de la configuración de los Estados y su organización republicana junto a las posibilidades de democracia que en la misma se hizo efectivo, en el Estado de hoy en día configurado como república, de carácter democrático y con contenido social.

La tradición de las normas jurídicas internacionales ha dado fuente a la normativa sobre los tratados internacionales, a través de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados y la aceptación unánime de la costumbre entre los sujetos de derecho internacional, como fuente formal de esta rama del derecho. Los tratados internacionales son sin duda una de las principales fuentes del conocimiento del derecho internacional y una de sus fuentes formales de mayor aplicación; la **costumbre es otra** fuente formal de derecho internacional; los principios generales del derecho son a decir de Giorgio del Vecchio “*el aval de toda disquisición jurídica y tiene por objeto amparar los razonamientos jurídicos aunque éstos tomen para base un precepto de ley o costumbre...*”; en materia jurídica el derecho natural ha sido abandonado.

Estas fuentes formales tienen aplicación en el derecho internacional, público y privado, la aplicación de la costumbre internacional entre sujetos de derecho internacional el día de hoy es discutida en casos ante la Corte Internacional de Justicia; los principios generales del derecho, en temas ambientales⁶⁰⁶.

a) Reschsstaat, Rule of law, la ONU., no define.

La Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración del Milenio, reconoce la necesidad de promover la sumisión del poder público al derecho y a la legalidad, en asuntos internacionales. En occidente, esta idea, históricamente estuvo ligada a la evolución del Estado absoluto al Estado liberal, promovido por John Locke y Montesquieu, que con sus ideas constituyen la base de la autolimitación del poder a través de la observancia de la ley.

El antecedente alemán deviene en la sumisión del poder público con la institución del Estado de derecho o *Reschsstaat*, mientras que en la tradición anglosajona se expresa en el *Common Law*, a través del principio denominado *rule of law*. Para Luigi Ferrajoli, el término Estado de derecho o *Reschsstaat*, en sentido formal se expresa en que todos los poderes públicos tienen una fuente y una forma

⁶⁰⁶ BECERRA, RAMÍREZ, Manuel, et. al. *Estado de Derecho Internacional*. Ed. UNAM., Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2012. pp. 129 a 153.

legal, cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley con formas y procedimientos establecidos.

En un sentido más restringido, Estado de derecho es que todos los poderes están vinculados a los principios sustanciales de las normas constitucionales; de ahí que para la existencia de un auténtico Estado de derecho debe haber sujeción del poder ejecutivo y del legislativo a la ley.

Varias ideas conforman el concepto **rule of law**, y tienen como antecedente varios instrumentos constitucionales ingleses, como el Habeas Corpus y el Bill of Rights; y es hasta principios del siglo XX, que adquiere un significado trascendental, al ser definido por Albert Venn Dicey como:

1. La Supremacía absoluta de la Ley, respecto del poder arbitrario y la discrecionalidad del gobierno.
2. La Igualdad ante la ley, de todo ciudadano incluido los funcionarios.
3. Que el derecho constitucional inglés fuese la consecuencia de los derechos individuales, definidos y sancionados por los tribunales.

Tesis que son la base doctrinal, esencial del *common law*; actualmente no existe una postura unánime en cuanto el significado, alcance y contenido de la institución jurídica rule of law, sólo aproximaciones teóricas, expresadas como dos categorías:

La primera para garantizar los derechos civiles y políticos, los factores económicos sociales y culturales esenciales para el desarrollo humano pleno. La segunda cuyo objetivo es el de limitar el ejercicio del poder público.

Las teorías de *rule of law*, formales están enfocadas en la fuente y la forma de la legalidad; las materiales, están dirigidas a exigir de la ley un contenido orientado por un orden superior de normas valores y principios constitucionalmente consagrados.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, se abstuvo de proporcionar una definición de Estado de derecho, no existe un consenso en cuanto a su alcance y contenido en el ámbito internacional, sólo ideas y la promoción de este principio con una serie de acciones y medidas con el objetivo principal de fomentar un orden internacional basad en el derecho, en el que el poder de los Estados estuviera

sometido al imperio de la ley, aplicado en el campo de la relaciones internacionales. No puede hablarse de un Estado de derecho internacional por las diferencias estructurales entre el orden jurídico interno y el internacional y otros factores como ausencias de poderes ejecutivo, legislativo y judicial en el plano internacional por ello sólo se pueda hablar de *preeminencia del derecho o el imperio de la ley*, (este termino imperio de la ley tampoco lo define la ONU., lo entre paréntesis es propio) cuya idea es que el poder de los Estados debe estar sometido al derecho, y al ser promovido por las Naciones Unidas se apuesta por un orden internacional basado en el derecho, aplicando sus principios a la relación de los estados entre si y de éstos con los demás sujetos de derecho en el ámbito internacional.

Para tal efecto, se requieren como elementos estructurales:

- a) Un orden internacional basado en el derecho,
- b) Su aplicación uniforme a todos los sujetos en un plano de igualdad,
- c) La prevención del ejercicio arbitrario del poder de los Estados.
- d) La aplicación independiente y efectiva de las normas jurídicas internacionales y
- e) La compatibilidad de las normas internacionales con la dignidad humana.

De ahí que en el ámbito internacional el ejercicio del poder de los Estados debe estar sometido a un derecho, cuyas normas han de ser aplicadas a todos sus destinatarios por igual, previniendo el ejercicio arbitrario del poder⁶⁰⁷.

b) En busca de argumentos para crear el Estado de derecho internacional.

La ONU., a mediados de la década de los noventa enfatizó como una de sus directrices la construcción de un Estado de derecho internacional, sus enfoques para analizar el Estado de derecho internacional deviene del estudio del derecho nacional; lo que supone que los principios jurídicos internos pueden traducirse a la esfera internacional, pero no toma en cuenta las diferencias estructurales entre éstos, sus diferencias en un contexto histórico y político en como el Estado de derecho se fue desarrollando, por lo que se hizo necesario avanzar a partir de las categorías

⁶⁰⁷ Ibidem. pp. 1 a 34.

teóricas conocidas y analizar también desde un punto de vista histórico el concepto de Estado de derecho internacional.

La intención que subyace en el Estado de derecho es guiar, controlar y limitar el ejercicio del poder público a través de las normas de carácter general, que conformen un sistema claro y conocido por los ciudadanos; un orden legal orientado hacia el poder público a fin de:

- 1) Guiar su acción hacia la concreción de determinados objetivos e intereses sociales
- 2) Controlar su funcionamiento, fiscalizando y monitoreando el desempeño de los funcionarios y oficinas públicas
- 3) Limitar su ejercicio, para acotar e impedir la invasión de jurisdicciones.

Para concretar estos objetivos es necesario un sistema que:

- 1) Sea claro en sus premisas y,
- 2) Que sea conocido por los ciudadanos.

La existencia de un orden jurídico, o sistema de legalidad, no autoriza a hablar de Estado de derecho, ya que si la ley es arbitrariamente creada, modificada y aplicada y su finalidad no consiste en el control y la limitación del los poderes públicos sino el sometimiento de la sociedad a aquellos, como en los regímenes totalitarios o autoritarios, el cuerpo legal carece entonces de la necesaria objetividad que caracteriza al Estado de derecho.

De ahí que en el Estado de derecho, las leyes deben estar orientadas a defender y garantizar el respeto de los ciudadanos y sus derechos fundamentales, incluso contra los riesgos y arbitrariedades creados por las propias normas o su aplicación defectuosa; alude a un particular diseño institucional con el objetivo de proteger y garantizar los derechos fundamentales de las personas intenta guiar, controlar e imitar el ejercicio del poder público a través de las normas de carácter general, que conformen un sistema claro y conocido por todos.

El Estado de derecho alude a un ideal de rango constitucional, posee una dimensión prescriptiva (en tanto ideal al que aspira el ordenamiento jurídico-político).

c) El orden internacional nacido del fin de la 2ª. Guerra mundial.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la Carta de San Francisco de 1945 estableció un orden internacional a partir de la creación de una organización intergubernamental, con el objetivo de controlar los conflictos internacionales que pusieran en peligro al sistema internacional, tuvo conformación bipolar basada en la hegemonía de Estados Unidos y la ex Unión Soviética, que elaboraron un sistema de reglas para controlar su rivalidad y mantener su dominio dentro de sus propias zonas de influencia; esto fue un sistema que dejaba de lado la unanimidad del voto en la toma de acuerdos y decisiones, que fue sustituido por una regla jerárquica, otorgando a cinco miembros de la ONU., un papel preponderante como miembros permanentes del Consejo de Seguridad y su capacidad de veto, que cuestiona el principio de igualdad soberana de los Estados miembros de la organización.

El régimen internacional surgido en 1945, más que un *rule of law* (imperio de la ley), constituye un *rule by law* (orden legal), esto es, mientras que todo Estado de derecho supone un orden legal, no todo orden legal implica un estado de derecho, el orden legal alude a un uso instrumental del derecho, por parte de gobierno, el Estado de derecho se orienta a reforzar y garantizar los derechos de los actores.

La ruptura del régimen de la Unión Soviética en 1991, alteró el escenario internacional, Rusia experimentó un retroceso, aunque conserva un inmenso arsenal nuclear, China creció con un largo periodo de expansión económica, Japón y Alemania no se consolidaron como potencias, por lo que los Estados Unidos es la única superpotencia mundial, de ahí que el orden mundial actual es un poder militar unipolar, aunque el poder económico descansa en tres polos y está compartido por Estados Unidos, Japón y Europa, sin olvidar el constante crecimiento chino que podría llevar este orden a un plano multipolar, además, considerando que se han multiplicado los actores internacionales, nos lleva a hablar de una interdependencia multinivel.

El orden internacional permitió el resurgimiento de una concepción más liberal de la sociedad mundial, no formada por Estados y por personas, y el orden internacional descansa ya no sólo en poder militar sino también en valores e instituciones. Los conflictos internacionales ya no sólo se dan entre los Estados, sino

al interior de un mismo Estado (Somalia 1991, la ex Yugoslavia 1992 y Ruanda 1994), ahora se trata de superar estos conflictos apelando a valores como la democracia y autodeterminación, buscando un equilibrio entre geo-política, realismo y liberalismo.

d) 1996 ONU., primera vez se emplea el termino Estado de derecho.

El Consejo de Seguridad, utilizó en 1996 por primera vez la expresión “Estado de derecho”, para promover “la reconciliación nacional, la democracia, la seguridad y el Estado de derecho en Burundi”. A partir de ahí numerosas operaciones de paz aludirán al restablecimiento, restauración y mantenimiento del Estado de derecho, a través de la movilización de personal internacional, construcciones de instituciones, supervisión de proceso de reforma legal y monitoreo de procesos judiciales nacionales.

El Estado de derecho nacional puede impactar de forma indirecta en el plano internacional, a través de la creación de instituciones y marcos legales predecibles y estables que garanticen la paz y seguridad al interior de cada Estado.

El Estado de derecho internacional consiste en fortalecer el papel del derecho internacional en la estructuración de las relaciones entre los participantes en los procesos internacionales, disminuyendo la desigualdad en cuanto al poder, la riqueza y las capacidades de los distintos actores internacionales; se apuesta a procedimientos pacíficos para la solución de los conflictos y el impulso de tribunales internacionales.

e) Noción y definición de Estado de derecho internacional.

La noción de Estado de derecho internacional, adquiere entonces tres implicaciones esenciales:

- 1) Un nuevo orden que garantice la seguridad internacional a partir de un esfuerzo de los medios políticos y estratégicos, disminuyendo el uso de la fuerza.
- 2) Garantizar también el manejo político y estratégico de los conflictos internacionales, reduciendo la necesidad de intervenciones militares
- 3) Sus conexiones con el desarrollo económico y político.

El Estado de derecho internacional se puede ser definido como:

1. El poder estatal sujeto y ejercido conforme a las reglas del derecho internacional, que regulen las relaciones entre Estados.
2. Las reglas de derecho internacional deben ser prospectivas, accesibles, claras y ejercidas de forma igualitaria por tribunales independientes.
3. Las reglas de derecho internacional, también deben ser aplicables a los demás sujetos de derecho internacional.
4. Las reglas de derecho internacional, deben fundarse en valores expresados en la Carta de 1945 (San Francisco), la Declaración de 1948, (Universal de los Derechos Humanos, París) y demás tratados derivados.
5. Los valores sustantivos, se debe insistir en el mantenimiento de la paz, la seguridad, los derechos humanos, la democracia y el desarrollo económico.
6. Deben existir instituciones de garantía; primaria que protejan directamente la paz, la seguridad, los derechos humanos; y de garantía secundaria orientadas a reparar y sancionar las violaciones a aquéllos.

Las tres primeras son cuestiones formales asociadas con el Estado de derecho internacional; las restantes, son cuestiones sustantivas, las definiciones formales suelen ser la base a partir de la que operan las visiones sustantivas.

f) El sentido formal del Estado de derecho internacional.

En sentido formal Estado de derecho designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos estén conferidos por ley y ejercidos en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos, cuando se habla de un Estado de derecho internacional se alude a un sistema de normas prospectivo, abierto claro, que intenta controlar el ejercicio del poder estatal, y las conductas de los demás sujetos de derecho internacional.

El poder estatal debe estar sujeto y debe ser ejercido conforme a las reglas del derecho internacional que regulen las relaciones entre Estados.

El Estado de derecho internacional se orienta a guiar, controlar y, llegado el caso, limitar la acción de los Estados en sus interacciones, alude a la aplicación de los principios del derecho internacional a las relaciones entre los Estados y otros actores de las relaciones internacionales, invoca el poder del derecho frente al poder

arbitrario de las relaciones internacionales, preservando y promoviendo los valores de la libertad y la dignidad humana.

Sin embargo, se puede apuntar la falta de obligación de utilizar la ley y los medios de solución pacífica, ante la ausencia de sanciones obligatorias, debido a la incertidumbre de muchas normas del derecho internacional, el poder de veto, atenta contra el principio de igualdad soberana de los Estados miembros.

Las reglas de derecho internacional deben ser prospectivas, accesibles, claras y ejercidas de forma igualitaria por tribunales independientes.

Si entendemos por derecho a un conjunto de reglas “general, abierto y relativamente estable”, para que la ley pueda constituir un modelo a seguir, ella misma debe asumir determinadas características:

- a) Las leyes prospectivas, abiertas y claras;
- b) Estables;
- c) Generales;
- d) Debe garantizarse la independencia del poder judicial,
- e) Deben respetarse los principios de justicia natural;
- f) Los tribunales deben tener poderes de revisión sobre la legislación y las acciones administrativas;
- g) Los tribunales deben ser fácilmente accesibles, y,
- h) Los órganos de prevención no deben desvirtuar el orden legal con su actuación.

De lo anterior, se puede concluir que actualmente no existe tal cosa como el Estado de derecho internacional.

El primer significado de estado de derecho es que los Estados y sus funcionarios estén limitados por el derecho, este concepto no se orienta a la preservación de las libertades individuales, sino a controlar la tiranía estatal; la segunda cuestión es que el Estado de derecho, como legalidad formal supone la aplicación de leyes prospectivas, públicas, generales, aplicadas de manera igualitaria, con certeza; la legalidad procedimental también incluye la imparcialidad del proceso judicial, un tercer aspecto, es que el Estado de derecho supone el paso del gobierno de los hombres al gobierno de las leyes; esta idea supone que la vida

bajo el Estado de derecho no está sujeta a los caprichos imprevisibles y arbitrarios de las personas.

Luego entonces el derecho internacional público está constituido básicamente por los Estados soberanos, de tal forma que no hay un poder legislativo ni un ejecutivo; no hay un aparato institucional que aplique sanciones, de ahí que los papeles que el poder y la política juegan en el derecho internacional tienen efectos sobre la aplicación y la certeza del derecho. Otro aspecto problemático es que los jueces y los oficiales judiciales tiene la última palabra en la aplicación del derecho internacional, ya que además el fundamento de la jurisdicción internacional, a consecuencia de la soberanía de los Estados, se basa en el consentimiento de las partes, por ende la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, sólo surte efecto para el Estado que aceptó tal obligación y dentro de los límites de ella.

La creación de la Corte Internacional, representa un nuevo avance en la materia, puede actuar, incluso, si el Consejo de Seguridad remite el caso al fiscal. Por otra parte, La Corte Penal sí actúa sobre las personas en los casos de los crímenes de lesa humanidad, aunque el propio Consejo puede limitar temporalmente su actuación.

Hay avances positivos se ha creado una jurisdicción penal internacional permanente que reduce la imposición de soluciones unilaterales o violentas, al tiempo que limita la impunidad de los crímenes más terribles, promueve el respeto y desarrollo del derecho internacional, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, la solución de diversos conflictos ha generado la presión para que cada vez más Estados acepten su jurisdicción.

Las reglas de derecho internacional, también deben ser aplicables a los demás sujetos de derecho internacional.

g) ONU., rompe el Estado de derecho bajo argumentos absurdos.

Las organizaciones internacionales resultan actores indispensables de las relaciones internacionales, pero la ONU., rompe el Estado de derecho internacional al establecer para sí y sus miembros inmunidad en la realización de sus propósitos, esta inmunidad rompe el principio de igualdad ante la ley, básico del Estado de derecho, la ONU., ha insistido que ella no es parte de los tratados que se realizan

bajo su auspicio, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha expresado que los principios imperativos de derecho internacional rigen también para los miembros de la ONU., que no están por sobre encima ni al margen del ordenamiento legal.

Al concluir la guerra fría, comenzó a surgir una concepción más amplia de la comunidad internacional, no formada sólo por Estados y organismos internacionales, sino también por personas, así es como se incorporó en la subjetividad jurídica del individuo el tema de la responsabilidad internacional del Estado, pero sin alcanzar la plenitud jurídica de éstos a la que no pueden ser sometidos los miembros de la ONU.,

h) Lo sustantivo del Estado de derecho internacional.

- 1. Las reglas de derecho internacional, deben fundarse en valores expresados en la Carta de 1945 (San Francisco), la Declaración de 1948, (Universal de los Derechos Humanos, París) y demás tratados derivados.*

Algunos autores identifican a la Carta de San Francisco con una constitución internacional, otros, como Kelsen, afirman que la Declaración expone principios generales, de gran autoridad moral, no jurídica, porque siguió el formato de una resolución, no de un tratado internacional por lo que no necesita ratificación por parte de los Estados, incluso no forma parte del derecho internacional, su lenguaje es exhortativo en lugar de declaratorio, tal como se espera de una Constitución.

- 2. Los valores sustantivos, se debe insistir en el mantenimiento de la paz, la seguridad, los derechos humanos, la democracia y el desarrollo económico.*

El desarrollo y la codificación graduales del derecho internacional constituyen un esfuerzo permanente de la organización y parte esencial de su labor, que constituyen la verdadera razón de ser del Estado de derecho internacional; pero adolece de violaciones al derecho internacional, falta de mecanismos de rendición de cuentas y escasa voluntad política de velar por el cumplimiento del derecho internacional.

- 3. Deben existir instituciones de garantía; primaria que protejan directamente la paz, la seguridad, los derechos humanos; y de garantía secundaria orientadas a reparar y sancionar las violaciones a aquéllos.*

Los derechos fundamentales, recogidos en la Constitución como derechos positivos, se convierten en los límites y vínculos de la potestad legislativa, para Ferrajoli más que instituciones de gobierno, el sistema internacional carece de instituciones de garantía, se trata de crear instituciones de garantía secundarias; esto es, jurisdicciones capaces de sancionar y reparar las violaciones de las garantías primarias. Las garantías primarias aluden a la paz y a la seguridad, de ahí que se propone que la ONU monopolice la fuerza internacional, retome el desarme iniciado en los ochenta, considere a las armas como bienes ilícitos y a la tenencia como delito.

A fin de reforzar a las instituciones garantistas, se deben avanzar en la construcción de una esfera pública internacional, en una visión de Estado de derecho a partir de cuatro elementos:

1. La existencia de derecho
2. La aplicación de la ley de forma igualitaria a gobernantes y gobernados
3. Que la ley responda a criterios exógenos como los derechos humanos
4. La ley debe ser medida por las normas sociales.

Además el Estado de derecho requiere mediación social para ser aceptado.

i) Geo-conceptos, -Estado de derecho- desde el régimen de cada país.

Al hablar del Estado de derecho internacional, hacemos referencia a un sistema legal que intenta controlar, limitar y guiar la acción de los Estados y demás actores de las relaciones internacionales en la consecución y defensa de valores como paz, seguridad, derechos humanos, democracia y desarrollo económico; gobiernos de raíz conservadora apelan al Estado de derecho para asegurar la defensa de derechos de propiedad, las inversiones extranjeras, una policía fuerte, haciendo énfasis en la ley y el orden. La izquierda espera una defensa de los derechos humanos y un tratamiento igualitario ante la ley para todos, poniendo énfasis en los menos favorecidos. Los centristas imaginan al Estado de derecho en una dimensión tecnocrática en que se favorezca la gobernabilidad, un incremento de la transparencia, la rendición de cuentas y la lucha anticorrupción; esta ambigüedad, permite el consenso sobre la importancia y el valor del significado de Estado de derecho internacional.

En los ochentas y noventas el incremento a la necesidad de contar con un Estado de derecho internacional más que un Estado de derecho *rule of law*), aludía a un (orden legal), *rule by law*, diferencia fundamental, mientras que el orden legal refuerza el poder del gobierno, el Estado de derecho favorece y realza el poder de las personas y otros actores, en este caso internacionales.

En las décadas siguientes el Estado de derecho coincidió con la democratización que acontecía en numerosos países del mundo, se reforzaba la institucionalización de un núcleo de derechos de la democracia.

Los modelos analizados solo son indicadores de tendencias académicas, políticas e ideológicas que ayudan a encuadrar el fenómeno, nos brindan una aproximación cartográfica, por eso el Estado de derecho internacional es una aspiración lejana.

La historia del Estado de derecho es antigua, y su desarrollo, lento. A su vez la historia del Estado de derecho internacional recién comienza⁶⁰⁸.

⁶⁰⁸ *Ibidem*. pp. 35 a 78.

Recapitulación.

En la parte primera de este capítulo, advertimos que la corrupción es actividad ilegal que puede darse en grande o en pequeño, y va desde el nivel de la calle hasta las altas esferas políticas del Estado, lo que la hace ser multi-dimensional, y aunque no se pueda erradicar, existen formas para reducirla.

En esta segunda parte del capítulo planteamos nuestra primer paradigma respecto del Estado exponiendo una definición aumentada al citarlo como Estado-área, definido como superficie geográfica donde un grupo de individuos que en su conjunto se denomina comunidad, se asientan y dilucidan la creación de normas de conducta para la propia seguridad entre ellos, siendo el Estado-área el perímetro que alberga la problematización de lo que es Estado de derecho e Imperio de la ley -entendiendo por Imperio de la ley como una segunda proposición paradigma de nuestra parte, un término que subraya más que lo que puede abarcar Estado de derecho ya que “imperio” significa que nadie está por arriba de él-, siendo el Estado-área donde estos conceptos caben pues su esfera rueda dentro de sus márgenes; dicho en términos de lenguaje es un léxico –Estado-área- que alberga los léxicos Estado de derecho, Imperio de la ley, incluidos Gobierno de la ley y Regla de la ley.

A Maquiavelo se atribuye el término “Estado”; Duguit lo señala como una identidad social de individuos. El Estado no existe para sí y por sí, es artificial y da cabida a los hombres -ente colectivo no artificial- que conforman el -pueblo- cuerpo orgánico o ente multifórmico artificial, el cual debe crear reglas -normas-, y se crea un –Estado de derecho- el que los alemanes nombran estado legal o Rechtsstaat; si el ente colectivo cae a la anarquía del -populismo- y no logra consensos y hay desorden no hay Estado de derecho.

El Estado de derecho es un área regida por leyes que son el imperio del mando, lo que yo nombre como mi segundo paradigma -Imperio de la ley-, imperio limitado a la forma longitudinal exacta a la medida de la frontera delimitativa del área geográfica determinable por cada curva de límite que es la forma -materia-amorfa- del Estado-área; la fuerza de la ley en el perímetro se da en base a las magnitudes de la sucesión de sus valores y su perspectiva es la representación especial de lo que pretende regular.

La plasmación más clara de Estado de derecho la encontramos en “El Gobierno de la ley”, que es la definición de la tradición política y jurídica anglosajona del marco institucional y legal de protección de libertades, teniendo Gobierno de la ley dos sentidos: 1. La ley excluye el ejercicio del poder arbitrario; y, 2. Sostiene la igualdad de todos ante la ley. Las Constituciones no originan el Estado de derecho, sino que son su expresión y plasmación codificada.

Las fácticas características del Estado de derecho es que no hay gobierno de hombres sino de normas; las leyes garantizan al individuo su desarrollo; el ejército está subordinado a la ley y al mando del gobernante solo si está ordenado así en la norma; su aspecto capital es establecer límites legales en las interacciones privadas y en el régimen político; Estado de derecho es susceptible de medición calificando si el gobierno viola la ley o los ciudadanos o ambos; la medición del respeto al Estado de derecho sigue un mecanismo de abajo hacia arriba al examinar resultados concretos sobre Imparcialidad, igualdad de trato; ilegalidad y la forma de combatirla; sus macro y Micro - fundamentos son los mecanismos que funcionan en los individuos, al violar la ley (nivel micro incluida la cultura del individuo en este nivel) y a nivel macro está integrado por las expectativas que cada uno tiene sobre el comportamiento de los demás.

El Anhelado del Estado de derecho es lograr un equilibrio justo y adecuado entre funcionarios, leyes y derechos de la ciudadanía, cuya premisa es se sometan y se rijan a una Constitución.

Formalmente y de manera indisoluble el Estado–area- y Estado de derecho son territorio, mando, sociedad, gobierno, legisladores, juzgadores; leyes igualdad social, legal, jurídica y jurisdiccional, sujetos al mando del imperio del Gobierno de la ley siguiendo la Regla de la ley, y garantiza un debido proceso para cada circunstancia.

En el capítulo IV parte 1 analizaremos la falta de consenso de lo que significa Estado de derecho en los estudios socio-legales contemporáneo realizando nuestras propuestas de Imperio de la ley, Gobierno de la ley, Regla de la ley y Estado–área-; y en la parte 2 de ese capítulo re-afirmamos la consideración de nuestros nuevos paradigmas pero desde un análisis del lenguaje que influye en su construcción material.

CAPÍTULO IV.

Conceptos y desacuerdos de Estado de derecho, Gobierno de la ley, mando o Imperio de la ley.

Parte 1. El concepto de Estado de derecho en los estudios legales contemporáneos.

IV.1.1. Estado de derecho en los estudios contemporáneos.

“*The Rule Of Law*” suele ser traducido tanto como “*Estado de derecho*” o “*Imperio de la Ley*”, en estas consideraciones la idea de hablar de “*Imperio de la ley*”, es que este término subraya más que el de “*Estado de derecho*” inclusive que el término de “*Gobierno de la ley*”, pues su característica es que nadie está por arriba del imperio, y si la ley es el imperio nadie está por arriba de la ley (Alejandro Sánchez García en este trabajo)

Estado de derecho e Imperio de la ley son para el común denominador social equivalentes, pues en términos de la semántica jurídica significan lo mismo, pero en términos semióticos (el valor de cada palabra por sus signos) son cuestiones distintas; ambas son invenciones humanas para describir algo.

Estado de derecho en términos contemporáneos considerando un sentido opuesto al hobbesiano, al margen de las re-definiciones, re-dimensiones y búsqueda incansable de más y más atributos, es aquel donde no es necesario que el Poder sea legítimo, -electo por la mayoría- basta que su ejercicio sea legal -conforme a las leyes-, esto aterriza en que sea un Estado donde hay *precepta, dictum y potestas gladio*; -leyes que son órdenes, jueces y poder coactivo- es opuesto al estado absoluto o hobbesiano en el que no es necesario que el Poder sea legal, basta que sea legítimo –electo por la mayoría-; el ejercicio del Poder no lo limita la ley; esta definición –moderna- lleva a la pregunta qué es legitimidad y qué legalidad si los dos son atributos del poder y se utilizan como sinónimos para indicar que lo que se pide es conforme a la ley y de ahí las expresiones “*es legítimo que tengas tal o cual cosa*” o “*es legal que tengas tal o cual cosa*”.

Legitimidad, es el justo título de quien ostenta el poder; esto es, que se tenga la mayoría de los votos para gobernar; en palabras de Karl W. Deutsch, sería una legitimidad tanto de tipo por procedimiento, como de representación; la legalidad pide que el poder sea ejercido justamente, esto significa con base a las reglas preestablecidas (la ley); legitimidad es donde se pone al detentador del poder y consiste en la obtención del mayor número de ciudadanos -votos- para que él ejerza ese poder; legalidad es arma de defensa pacífica del gobernado frente al detentador del poder; si el poderoso invoca la legitimidad al gobernado para ser obedecido (es decir, que es el elegido por la mayoría y que por ello debe ser obedecido) el gobernado en juxta posición debe invocar legalidad si la orden es incorrecta -injusta-, entendido como fuera de la ley para no ser vejado.

Legitimidad y legalidad indican dos distintos requisitos del poder, legitimidad es la titularidad del poder, justifica el título del poder; legalidad es el ejercicio del poder, es como se debe ejercer; invocar legalidad es invocar -Estado de derecho-; es la defensa de la minoría frente al detentador del poder que obtuvo la mayoría de consensos y es también defensa de las mayorías frente a ordenes ilegales; en palabras de Bobbio:

Cuando se exige que un poder sea legítimo se pide que quien lo detenta tenga un justo título, cuando se invoca la legalidad de un poder se pide que sea ejercido justamente, es decir, en base a las leyes establecidas. "El poder legítimo, es un poder cuyo título es justo; un poder legal es un poder en que es justo el ejercicio. La legitimidad es la perspectiva en la que se suele poner el titular del poder, la legalidad es la perspectiva en la que se suele poner el súbdito. Donde el poderoso invoca la legitimidad, el súbdito invoca la legalidad. Que el poder sea legítimo es interés del soberano; que sea legal es interés del súbdito. Respecto al soberano, la legitimidad es lo que funda su derecho y la legalidad lo que establece su deber; por el contrario, respecto al súbdito, la legitimidad del poder es el fundamento de su deber de obediencia y la legalidad del poder es la principal garantía de su derecho a no ser oprimido"⁶⁰⁹.

Karl W. Deutsch define tres clases de legitimidad: por procedimiento, por representación y por resultado; la *primera* es la forma en que llegan al poder los mandatarios mediante un procedimiento legítimo que los gobernados consideran compatible con la configuración de sus valores; la de *representación* considerada legítima y por tanto, valida una decisión política para poner a un mandatario; y por

⁶⁰⁹ BOBBIO, Norberto. "Contribución a la Teoría del Derecho". Ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1966, p. 309.

resultado, se ocupa de la sustancia de lo que existe o lo que se hace en la política, no sólo del procedimiento mediante el que se obtiene el poder político o de la representación mediante la que se ejercita, sino de ambas⁶¹⁰.

Podemos decir que en el Gobierno de la ley, los funcionarios deben actuar no atendiendo a situaciones personales sino lo establecido por la ley suprema y siempre en busca del beneficio de la sociedad.

Gobierno de la ley, es que el político aplique la ley pero si no la aplica hay una anomia institucional; esto es, las instituciones ya no están respondiendo a las necesidades de los ciudadanos, si anteriormente el sistema jurídico y político del país garantizaba la paz social hoy está rebasado por diferentes fenómenos y circunstancias, es entonces un Gobierno de la ley fallido porque sus instituciones no satisfacen los requerimientos de la sociedad para lograr la armonía social en convivencia.

Al gobierno de las leyes fallido se le ve pocas posibilidades de superar la situación de crisis con las mismas instituciones, por lo que pareciera una consecuencia de esa situación fallida regresar al estado totalitario.

Cuando el gobierno de las leyes ha sido superado por una clase política que se beneficia y se cubre violando las mismas leyes que deben respetarse, la anomia institucional se consume. Juárez dijo: *“Para mis amigos todo, para mis enemigos la ley”*.

Re-pensar si hay anomia institucional o lo que no hay es vida plena institucional, ya que un acto ilegal no puede reponerse con un acto ilícito. No hay una real aplicación institucional de la ley, así, nos queda la gran reflexión si tantas características que se han encontrado en más de 3,000 años desde Platón a hoy solo fueron bonitas formas de pensares.

Las leyes son normas cuyo objetivo fundamental es regular el espacio público de la sociedad. Dicho de otro modo, las leyes son los principios que permiten y promueven la convivencia de los hombres no como individuos aislados, sino como miembros de una colectividad. Las leyes no se establecen para normar o garantizar

⁶¹⁰ DEUTSCH, Karl, W. *“Política y Gobierno”*. Ed., Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 1976, pp. 28 y 29.

lo que un individuo puede o no puede hacer de manera independiente, sino lo que puede hacer u omitir en cuanto integrante de una sociedad.

Podemos decir que en el Gobierno de la ley, los funcionarios deben actuar no atendiendo a situaciones personales sino a lo establecido por la ley suprema y siempre en busca del beneficio de la sociedad.

IV.1.1.1. La credibilidad del mandatario y su relación con la legitimidad y la legalidad.

La credibilidad en el mandatario arribado al poder por mayoría de votos juega un papel fundamental en la conservación del mando; si el mandatario no respeta la ley ello lo hace perder credibilidad frente al pueblo; este es un motivo jurídico -el respeto a la ley- mas no político para aplicar la ley; si la ley es la ley y debe aplicarse por ser la ley pero se le debe sumar a esta frase el aspecto político de credibilidad y tenemos que credibilidad es justificación adicional para aplicar la ley, justificación que no se ocupa pero da nivel o lo que llaman status al mandatario que cacaraquea el cumplir la ley cuando eso es su obligación.

Hoy es característico en la problemática contemporánea de un Estado de derecho, de imperio por Gobierno de la ley que le falte legitimidad al gobierno por parte de la sociedad, esto es simple, en una votación en que contienden por ejemplo cuatro electorados o candidatos y hay doscientos electores en la ciudad y de esos doscientos solo pueden votar cien por ser mayores de edad en pleno goce de su ejercicio político de voto y de esos cien cincuenta no votan por que no creen en la democracia, están hartos de los mismos escenarios de mentiras y corruptelas y de los cincuenta que votan, dieciséis lo hacen por un candidato, doce por otro candidato, once por otro candidato y otros once por el último candidato, en verdad el candidato que llega a mandar lo hace solo con 16 votos de un universo de doscientos ciudadanos, esto refleja una falta de legitimidad pues son mas los que no lo eligieron, aún descontando los cien menores de edad, que los dieciséis que lo eligieron; otro aspecto es el régimen autoritario disfrazado de bondad, es fundamental ver la inversión de papeles en el sentido que se dice que las mayorías mandan en el caso de falta de legitimidad, una minoría está mandando a la mayoría

que no votaron por el que quedó en el poder; otro es el factor de la cultura política antidemocrática que se vive en los ataques entre actores políticos y mandatarios, los ciudadanos no se sienten representados por sus políticos, hay corrupción en las diferentes instituciones de gobierno, las reformas de estado no llegan o llegan bajo intereses de unos cuantos o mercantilizadas, los gobernantes no dan resultados benéficos a la sociedad, hay militarización del estado, no hay fuerza policiaca sólida, no hay monopolio de armamento, la beligerancia reta al estado.

I. Elementos individualizados:

1. Falta de legitimidad del gobierno, por parte de la sociedad.
2. Régimen autoritario.
3. Cultura política antidemocrática, los ciudadanos no se sienten representados por sus políticos.
4. Corrupción en las diferentes instituciones de gobierno.

Reformas a las leyes, hechas a medida de las situaciones propias de los gobernantes, pero carentes de resultados en beneficio de la sociedad.

IV.1.2. Estado de derecho, su discusión a finales del siglo XX y primera década del XXI.

Los contemporáneos *Shklar*, 1998; *Hirschl*, 2000; *Apodaca*, 2000; *Waldron*, 2002; *Sánchez Cuenca*, 2003, *Guarnieri*, 2003; *Samuels*, *Belton*, 2005 - 2006; *Rodrik*, 2008; *Ríos-Figueroa y Staton*, 2009; *North*, *Wallisy Weingast*, 2009; *Skaaning*, 2010; *McCubbins*, *Rodríguez y Weingast*, 2010; *Haggard y Tiede*, 2010; *Rawls*, 1971.

En los últimos veinte años, el Estado de derecho ha experimentado un renacimiento en el negocio jurídico, académico y militar, pero carece de comprensión clara de las distintas formas que toma, de cómo y por qué varía entre los estados y con el tiempo; su análisis en la década de 1990, dio cinco posibles tipos: 1. Pleno Estado de derecho; 2. Incompleto Estado de derecho; 3. Un pacífico Estado de derecho; 4. La anarquía inestable violenta de la ley; y, 5. Un violento Estado de derecho; éstos cinco tipos implican que el Estado de derecho no es de una sola pieza; por otra parte, indican una manera de poner en práctica la regla de la ley para

finés analíticos, respetando las combinaciones no alineadas de la regla de la ley en múltiples dimensiones; finalmente su conceptualización, medición y los tipos de Estado de derecho son similares a los encontrados en la literatura sobre la democracia⁶¹¹.

El optimismo general en los círculos legales, sociedad civil, comunidad de desarrollo, milicia y medios de comunicación tienen desacuerdo en cómo definir, medir, y estudiar empíricamente el Estado de derecho (*Skaaning 2010*); académicos y legisladores buscan unir esfuerzos en este tema (*McCubbins, Rodríguez y Weingast 2010*), otros ven el problema intratable declarando al Estado de derecho un *concepto controvertido* (*Gallie, 1956. cf Waldron 2002*) o evitando el concepto de los enfoques más desagregados (*Ríos-Figueroa y Staton 2009*)⁶¹².

Rodrik, obra *“La admisión en el economista”* (2008) resume la confusión de la definición que azota Estado de derecho y se acusa de ser el único economista de usar -Imperio de la ley- sin tener un buen arreglo en lo que significa, acepta lo que dice *“Shklar”* (1998) que Imperio de la ley significa que los ciudadanos no sufran la inseguridad de un gobierno arbitrario, las discriminaciones de la injusticia, y el temor a la violencia; esta definición, en una norma típico-ideal de la sociedad, es que el Estado respeta y actúa dentro de la Constitución y las leyes, defiende la igualdad jurídica y los actores de resolver sus conflictos a través de legales y no violentos canales, pero la definición de Shklar para (*Ríos-Figueroa y Staton 2009*) es abstracta, y se pueden sintetizar en las dimensiones institucionales, individuales y sociales⁶¹³.

La dimensión institucional considera la separación de poderes que permite la rendición de cuentas que pueden limitar la arbitrariedad del gobierno, el poder judicial protege la constitución de la tiranía de las mayorías mediante la revisión de las leyes y los decretos emitidos por los elegidos (Tocqueville 1954, cap. VI, Guarnieri, 2003).

⁶¹¹ Carlin, Ryan E. Magazine. *“The Justice System Journal”*, Volumen 33, N° 2, Article. *“Rule-Of-Law Typologies In Contemporary Societies”* Editorial National Center For State Courts, USA. Year, 2012. pag. 154. Traducción con fines de investigación jurídica. Alejandro Sánchez García.

⁶¹² Ídem.

⁶¹³ Íbidem, p. 155. Carlin, Ryan E. Article *“Rule-Of-Law Typologies In Contemporary Societies”*. *“Conceptualizing the Rule of Law”*.

Un poder judicial independiente puede ser capaz de obligar al Estado a las normas constitucionales y poner freno a decisiones arbitrarias (Barros, 2003)⁶¹⁴.

La dimensión de independencia judicial conlleva dos sub-divisiones, autonomía judicial y el poder judicial; autonomía es libertad para los jueces para interpretar la ley; y poder judicial es que las decisiones judiciales se cumplan; y cuando autonomía judicial y el poder se cumplen los jueces controlan los resultados de los conflictos jurídicos (Ríos-Figueroa y Staton 2009, 10)⁶¹⁵.

Para Shklar *Estado de derecho* en cuanto a la dimensión individual de las personas tiene dos sub-dimensiones; 1. Los derechos negativos; *Hirschl, (2000)* los ubica en lo criminal; protegen a los ciudadanos de su búsqueda ilegal, incautación, detención arbitraria, reclusión, y otorgan un juicio rápido y justo; 2. Los derechos positivos que son de trabajo, educación básica, vida y salud (*Apodaca 2000, Trubek 1984*)⁶¹⁶

(*Haggard y Tiede 2010, North, Wallisy Weingast 2009, Samuels 2006*) Si Estado de derecho significa algo, tiene que significar, en primera instancia la seguridad de la persona, idea alineada con Hobbes en los orígenes del Estado de carácter social, contrato que tiene por objeto garantizar la seguridad de la persona y la propiedad de un estado de naturaleza en la que son constantemente atacados, y con la de Locke quien considera que la seguridad de la persona es la primera que la ley debe proteger⁶¹⁷.

Ríos Figueroa, la falta de independencia interna o externa de los jueces son factores de unión entre la corrupción administrativa o interna y operativa o externa⁶¹⁸.

Sánchez Cuenca (2003) *Estado de derecho* sistema donde la ley es general, pública, consistente y prospectiva. Los países que se rigen bajo el Estado de derecho, observan el principio de igualdad ante la ley, la garantía del debido proceso y por un poder judicial independiente.

⁶¹⁴ Ídem.

⁶¹⁵ Idem.

⁶¹⁶ Ibídem p.156.

⁶¹⁷ Idem.

⁶¹⁸ Ríos-Figueroa, Julio. Magazine. "*The Justice System Journal*", Volumen 33, N° 2. Article: "*Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence From Latin America*", Editorial National Center For State Courts, USA. Year, 2012. pag. 195. Traducción con fines de investigación jurídica. Alejandro Sánchez García.

Belton (2005), identifica y distingue cinco diferentes extremos como características del Estado de derecho: 1. Subordinación del Estado a la ley; 2. La igualdad ante la ley; 3. Lo formal; 4. La ley y el orden; 5. Los derechos humanos.

Rawls (1971), en la justicia, escribe que "la concepción de la justicia formal, la administración regula e imparcializa las normas públicas, se convierte en el Estado de derecho cuando se aplica al ordenamiento jurídico", incluye la igualdad de la aplicación como un sub-componente de la legalidad formal la que por definición, incluye igualdad de la aplicación por su carácter general.

IV.1.3 Estado de derecho, tabla para una distinción inmediata por autor y su concepto.

* Referencia sobre la tabla siguiente.

Autores.	Concepción sobre el -Estado de derecho-
Ríos-Figueroa y Staton.	Lo constituyen los conceptos individuales de: 1. independencia judicial; y, 2. Equilibrio de poderes.
Moller y Skaaning.	El concepto –Estado de derecho- no es unidimensional ni medible. Empíricamente no se le puede dar una medición que vaya engrosando con el tiempo, el andamiaje de conceptos lleva a concluir que tipo de –Estado de derecho- tienen por objeto conceptualizar.
Ryan Carlin.	Estado de derecho, como la democracia son un ideal en retirada, sus dimensiones básicas pueden llevarse a la práctica y se miden. Da cinco perfiles básicos: 1. Pleno Estado de derecho; 2. Incompleto de Estado de derecho, 3. Un pacífico Estado de derecho, 4. Un estado anárquico inestable y 5. Un violento Estado de derecho. Con hipótesis en la literatura que vinculan la creación del Estado de derecho a la riqueza y en la medida y la longevidad de la democracia. Además lo conceptualizan en las dimensiones institucionales, individuales y sociales.
Rodolfo Sarsfield.	La corrupción daña al Estado de derecho por ser más barata que respetar la ley. Los micro-motivos del individuo para evitar la pena es principal factor que hacen la corrupción es el "juego de soborno. Se pregunta ¿porqué habría que respetar la ley si la corrupción es más barata?. Una cuestión fundamental para la existencia de un Estado de derecho es que la

* La tabla es elaboración propia del tesista con los datos obtenidos de las lecturas de este trabajo.

	corrupción no sea más <i>“barata”</i> que respetar la ley.
Marcelo Bergman.	La dimensión del Estado de derecho ha estado ausente en la medición conceptual, y la investigación empírica sobre éste, es defecto central de la literatura. La imparcialidad de la norma y su capacidad de aplicación por el Estado son el –Estado de derecho- y conceptualiza "el espíritu y voluntad de la ley es un puro juego de coordinación social", sin la aplicación de normas imparciales no hay Estado de derecho. La capacidad de aplicación de un Estado es una dimensión fundamental del Estado de derecho. Afirma que <i>“Estado de derecho trasciende la competencia de los tribunales y el Poder Judicial”</i> y <i>"debe ser entendido como un equilibrio social, donde la gran mayoría de los ciudadanos aceptan ser gobernados la mayor parte del tiempo por las normas de unión general que tienen una alta probabilidad de cumplimiento”</i> .
Tamanaha.	El Estado de derecho tiene que ver con las reglas; el ejercicio del poder se lleva a cabo a través de la ley positiva, algo que <i>-de jure-</i> caracteriza prácticamente todos los sistemas políticos hoy día. La legalidad formal, por el contrario, implica el criterio de que las reglas son: General, prospectiva, clara, cierta y de igual aplicación. La primera definición es estrecha subsumidas por la legalidad formal; implica que ejercen los gobernantes el poder a través de la ley positiva. El autor toma la antigua concepción europea de <i>Imperio de la ley</i> , que era la de la supremacía de la ley y que los gobernantes estaban obligados por ella.
Pasquale Pasquino.	Para que haya Estado de derecho, debe haber independencia entre los que hacen las leyes y los que las hacen cumplir; su forma contemporánea es la de un poder judicial independiente, y la dimensión formal del gobierno legal (<i>el carácter general y estable de la ley</i>) incluye a los tribunales supremos y constitucionales como guardianes de la constitución. El Gobierno legal pone obstáculos a los que nos gobiernan y la ley es a veces el nombre que damos a esas limitaciones, así que <i>¿como evitar preguntarnos cómo es posible esto, ya que las leyes no son más que palabras?</i>
Albert V. Dicey.	Estado de derecho, <i>en</i> [Inglaterra se entiende], que ningún hombre está por encima de la ley, todo hombre, cualquiera que sea su rango o condición, está sujeto a la ley ordinaria de la esfera, y sometido a la jurisdicción de los tribunales ordinarios.
Belton.	Identifica y distingue 5 diferentes extremos del Estado de derecho: 1. Que el Estado está subordinado a la ley. 2. La existencia de la igualdad ante la ley,

	la legalidad. 3. Lo formal. 4. La ley y el orden. 5. Los derechos humanos.
Rawls. (1971)	"La concepción de la justicia formal, la administración regula e imparcializa las normas públicas, se convierte en el Imperio de la ley cuando se aplica al ordenamiento jurídico" incluye la igualdad de la aplicación como un sub-componente de la legalidad formal la que por definición, incluye igualdad de la aplicación por su carácter general.
Sánchez Cuenca. (2003)	Estado de derecho sistema donde la ley es general, pública, consistente y prospectiva; los países que bajo el se rigen observan el principio de igualdad ante la ley, la garantía del debido proceso y un poder judicial independiente.

IV.1.4. Estado de derecho, falta de acuerdo de lo que significa.

Analizamos a (Gallie, 1956); (Bollen, 1993); (Fallon, 1997); (Paxton, 2000); (Barros 2000); (Munck y Verkuilen 2002); (Waldron 2002); (Tamanaha, 2004); (Joireman 2004); (Hoff y Stiglitz, 2004); (Hayo y Voigt 2005); (Belton, 2005); (Sandholz y Taagapera 2005); (Hansson y Olsson 2006); (Blake y Martin 2006); (Collier, Hidalgo y Maciuceanu 2007); (Trebilcock y Daniels, 2008); (Ríos-Figueroa y Staton 2008); (Sarsfield, 2010); (Fukuyama, 2010); (Bingham, 2010).

Estado de derecho un concepto controvertido (Gallie, 1956; Collier, Hidalgo y Maciuceanu 2007, Waldron 2002); la literatura está llena de definiciones de la regla de la ley, hace hincapié en los atributos de la legalidad formal, controles, equilibrios, derechos de orden, democracia, el individuo; estudiosos no convergen en un concepto sistematizado susceptible de puesta en marcha; un debate fundamental por una parte engruesa pero por otra adelgaza las definiciones de la regla de la ley (Moller y Skaaning); otra cuestión pendiente es si debemos considerar el concepto exclusivo legal basado en atributos, o político basado en el comportamiento de los atributos (Sarsfield 2010); Bergman afirma "Estado de derecho trasciende la competencia de los tribunales y el Poder Judicial" y "debe ser entendido como un equilibrio social, donde la gran mayoría de los ciudadanos aceptan ser gobernados la

mayor parte del tiempo por las normas de unión general que tienen una alta probabilidad de cumplimiento⁶¹⁹.

La falta de acuerdo sobre qué es *-Estado de derecho-* no paraliza los esfuerzos de su medición (*Bollen, 1993; Bollen y Paxton 2000; Munck y Verkuilen 2002*); un reto para medirlo es su carácter multidimensional; algunos sostienen que la tarea de poner en práctica el Estado de derecho debe ser abandonada y sustituida por los conceptos individuales de los cuales se constituye tales como independencia judicial y equilibrio de poderes (*Ríos-Figueroa y Staton 2008*); otros admiten que *-Estado de derecho-* no es de una sola pieza, pero sugieren que puede llevarse a la práctica para fines de análisis siempre y cuando los analistas respeten el *-no alinear combinaciones de Estado desde múltiples dimensiones de la ley-* (*Carlin*)⁶²⁰

Una vez vistos los obstáculos de conceptualización, medición y escasez de teorías que explican lo que puede ser el Estado de derecho a través de sus variables, no es de sorprendernos que la mayoría de las explicaciones de la actuación del *Estado de derecho* se han lanzado a nivel macro de análisis nacional sobre factores como riqueza (*Barro 2000; Joireman 2004*), fragmentación étnica (*Hayo y Voigt 2005, Hansson y Olsson 2006*), religión (*Barro 2000; Hayo y Voigt 2005*), la tradición legal o legado colonial (*Blake y Martin 2006. La Porta et al 1999*), o el pasado comunista (*Hoff y Stiglitz, 2004; Sandholz y Taagapera 2005*); pero falta a nivel micro, teorías que relacionan los motivos de los individuos y los comportamientos de *Estado de derecho* (*Sarsfield*); debe haber un diseño de sistema de justicia que puede ayudar a disuadir de la corrupción a funcionarios gubernamentales, legisladores, fiscales y jueces (*Ríos-Figueroa*); analizar el sistema de justicia es crucial para diseñar las instituciones que pueden promover el Estado de derecho, primero debe lograrse una conceptualización sistematizada y después desarrollar las teorías explicativas de la regla de la ley⁶²¹.

La literatura está llena de definiciones de *-Estado de derecho-*, con énfasis en atributos como legalidad formal, democracia, controles, equilibrios, derechos

⁶¹⁹ Ryan E. Carlin and Rodolfo Sarsfield, Magazine. "The Justice System Journal", Volumen 33, N° 2. Preface, "Rethinking The Rule Of Law: Concepts, Measures, And Theory", Editorial National Center For State Courts, USA. Year, 2012. pag. 125. Traducción con fines de investigación jurídica. Alejandro Sánchez García.

⁶²⁰ *Ibidem*, pp.125 y 126.

⁶²¹ *Ibidem*. p. 126.

individuales, orden; sistematizarlos en una tipología unificada que distinga entre los mínimos y los máximos es complejo y empíricamente no es posible una distinción analítica entre la forma o núcleo, sanciones, control, fuente, consentimiento, sustancia y contenido de las reglas, que se ordenen a la vez en una jerarquía conceptual para posteriormente examinar si esta jerarquía en una sola dimensional es paralela al orden empírico de atributos; pero la jerarquía empírica que surge tiene sentido teórico que permite seleccionar de manera más consciente entre las definiciones de la regla de la ley y si esa jerarquía es sólida puede guiar la investigación empírica de la regla de la ley, pero requiere más investigación sobre causas, consecuencias y relación interna entre los atributos de *-Estado de derecho-*⁶²².

Académicos, políticos y organizaciones internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional han puesto *-Estado de derecho-* sobre un pedestal en las últimas dos décadas (*The Economist, 2008*); Estado de derecho parece lo más cercano a un ideal político universal (*Tamanaha, 2004*); pero el reconocimiento universal de los méritos de *-Estado de derecho-* de ninguna manera ha ido acompañado de una definición universal aceptada, al contrario, para diferentes personas significa cosas diferentes (*Trebilcock y Daniels, 2008*)⁶²³.

Hoy resuena poco o casi nada la antigua noción medieval europea de Imperio de la ley que era la de supremacía de la ley y que los gobernantes estaban obligados por ella (*Tamanaha, 2004*); en teoría política argumentan que la ley debe basarse en el consentimiento o producto de la toma de decisiones democráticas (*Tamanaha, 2004*); economistas contemporáneos basan los derechos de propiedad en la regla de la ley (*Fukuyama, 2010*); estudiosos del derecho en la legalidad formal (leyes de carácter general, público, abierto y seguro); otros añaden igualdad y derechos individuales o derechos humanos (*Bingham, 2010*); eruditos aumentan el concepto con orden o sea protección efectiva de los propios conciudadanos (*Belton, 2005*);

⁶²² Moller, Jorge, and Skaaning, Svend-Erik. Magazine. "The Justice System Journal", Volumen 33, N° 2. "Systematizing Thin And Thick Conceptions Of The Rule Of Law". Editorial National Center For State Courts, USA. Year, 2012. pag. 136. Traducción con fines de investigación jurídica. Alejandro Sánchez García.

⁶²³ Ídem.

estos desacuerdos indican que el *-Estado de derecho-* es un concepto controvertido. (Fallon, 1997; Waldron, 2002)⁶²⁴

IV.1.4.1 Estado de derecho: Tabla de conceptos y desacuerdos.

Son no solo muy numerosos los desacuerdos de lo que es Estado de derecho y solo tamanaha refiere a Imperio de la ley, máxime que en sus obras esencialmente no distinguen que es uno y que otro y los hablan como sinónimos. La siguiente tabla hace un rastreo de lo que ha significado Estado de derecho desde 1956 hasta 2010.

Las divergencias son muchas pero, ningún autor habla de Gobierno de la ley, salvo Pascuale que habla de imperio legal y Tamanaha que retoma Imperio de la ley de la Europa medieval.

*** Referencia sobre la tabla siguiente.**

Autor.	Año.	Concepción sobre <i>-Estado de derecho-</i>
Gallie.	1956	Estado de derecho es un concepto controvertido.
Rawls.	1971	En la justicia, escribe que <i>"la concepción de la justicia formal, la administración regula e imparcializa las normas públicas, se convierte en el Estado de derecho cuando se aplica al ordenamiento jurídico"</i> , incluye la igualdad de la aplicación como un sub-componente de la legalidad formal la que por definición, incluye igualdad de la aplicación por su carácter general.
Capelleti.	1985	Estado de derecho, su base la rendición de cuentas.
Bollen.	1993	La falta de acuerdo sobre qué es <i>-Estado de derecho-</i> no paraliza los esfuerzos de su medición.
Fallon.	1997	Los desacuerdos indican que Estado de derecho es un concepto controvertido.
Shklar.	1998	<i>-Estado de derecho-</i> significa que los ciudadanos no sufran inseguridad de un gobierno arbitrario, discriminaciones de la injusticia, y el temor a la violencia. Esta definición, en una norma típico-ideal de la sociedad, es que el Estado respeta y actúa dentro de la Constitución y las leyes. <i>-Estado de derecho-</i> en cuanto a la dimensión de las persona se compone de dos sub-dimensiones; 1. Derechos negativos; y 2. Positivos.

⁶²⁴ *Ibidem*, pp. 136 y 137.

* La tabla es elaboración propia del tesista con los datos obtenidos de las lecturas de este trabajo.

Autor.	Año.	Concepción sobre -Estado de derecho-
Rodrik.	1998	Usa –Estado de derecho- sin tener un buen arreglo en lo que realmente significa, acepta lo que dice <i>Shklar</i> .
Ferejohn.	1999	Estado de derecho, su base la rendición de cuentas.
Bollen y Paxton.	2000	La falta de acuerdo sobre qué es - <i>Estado de derecho</i> - no paraliza los esfuerzos de su medición.
Barros.	2000	Explica la actuación del Estado de derecho a nivel macro, con el factor riqueza.
Barros 2000; Hayo y Voigt. 2005	2000 y 2005	Explican la actuación del Estado de derecho a nivel macro con el factor religión.
Russell.	2001	Estado de derecho, su base la rendición de cuentas.
Munck y Verkuilen.	2002	La falta de acuerdo sobre qué es - <i>Estado de derecho</i> - no paraliza los esfuerzos de su medición.
Waldron.	2002	Estado de derecho es un concepto controvertido.
Sánchez Cuenca.	2003	Estado de derecho, sistema donde la ley es general, pública, consistente y prospectiva. La ley observa el principio de igualdad ante ella, la garantía del debido proceso y de un poder judicial independiente.
Guarnieri.	2003	Estado de derecho, su base la rendición de cuentas.
Przeworski y Maravall.	2003	Estado de derecho, su base la rendición de cuentas.
Tamanaha.	2004	Estado de derecho parece lo más cercano a un ideal político universal. En Europa - <i>la noción medieval del Imperio de la ley</i> - era la de supremacía de la ley; los gobernantes estaban obligados por la ley superior. Otra visión del autor es en teoría política, argumentan que la ley debe basarse en el consentimiento, lo que significa que es un producto de la toma de decisiones democrática. Toma además la concepción de <u><i>Imperio de la ley</i></u> de la antigua Europa en que el gobernante debía obedecer la ley.
Joireman.	2004	Explica la actuación del Estado de derecho a nivel macro, con el factor riqueza
Hoff y Stiglitz, 2004; Sandholz y Taagapera, 2005.	2004 y 2005	Explican la actuación del Estado de derecho a nivel macro con el factor el pasado comunista.

<i>Autor.</i>	<i>Año.</i>	Concepción sobre -Estado de derecho-
Belton.	2005	Eruditos sobre Estado de derecho aumentan el concepto con la noción de orden; es decir, una protección efectiva a conciudadanos. Distingue cinco diferentes extremos de Estado de derecho: 1. El Estado está subordinado a la ley. 2. La igualdad ante la ley, la legalidad. 3. Formalidad. 4. La ley y el orden. 5. Los derechos humanos.
<i>Hayo y Voigt 2005; y, Hansson y Olsson, 2006.</i>	2005 2006	Explican la actuación del Estado de derecho a nivel macro con el factor fragmentación étnica.
<i>Blake y Martin.</i>	2006	Explican la actuación del Estado de derecho a nivel macro con los factores la tradición legal o legado colonial.
<i>Samuels 2006. North, Wallisy Weingast 2009; y, Haggard y Tiede; 2010.</i>	2006 2009 2010	Si Estado de derecho significa algo, tiene que significar, en primera instancia la seguridad de la persona.
<i>Collier, Hidalgo y Maciuceanu.</i>	2007	Estado de derecho es un concepto controvertido.
The Economist.	2008	Académicos, políticos y organizaciones internacionales de todo el mundo, como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional han puesto -Estado de derecho- sobre un pedestal en las últimas décadas.
Carlin.	2008	Estado de derecho, no es de una sola pieza, pero sugieren que puede llevarse a la práctica para fines de análisis siempre y cuando los analistas respeten el -no alinear combinaciones de Estado desde múltiples dimensiones de la ley-.
Trebilcock y Daniels.	2008	El reconocimiento universal de los méritos de -Estado de derecho- de ninguna manera ha ido acompañado de una definición universalmente aceptada; al contrario para diferentes personas significa cosas diferentes.
Ríos-Figueroa y Staton.	2008	Un reto fundamental para medirlo es su carácter multidimensional; algunos sostienen que la tarea de poner en práctica el Estado de derecho debe ser abandonado y sustituida por los conceptos individuales de los cuales se constituye, tales como independencia judicial y equilibrio de poderes. Otros evitan el concepto de los enfoques más desagregados de -Estado de derecho-.

Autor.	Año.	Concepción sobre -Estado de derecho-
Ríos-Figueroa y Staton 2009 vs. La definición de Estado de derecho de Shklar.	2009	(Shklar –Estado de derecho- en cuanto a la dimensión de las personas) dicen su definición es abstracta, y se pueden sintetizar en las dimensiones, institucionales, individuales y sociales según. (Ríos-Figueroa y Staton 2009).
Fukuyama.	2010	Economistas contemporáneos basan los derechos de propiedad en la regla de la ley.
Bingham.	2010	Estado de derecho, es " <i>legalidad formal</i> "; es decir, que las leyes son de carácter general, público, abierto y seguro; otros añaden la igualdad y los derechos individuales o incluso derechos humanos en general.
Sarsfield.	2010	Estado de derecho, considerar el concepto exclusivo legal basado en atributos, o político basado en el comportamiento de los atributos. Pero falta a nivel micro, teorías que relacionen los motivos de los individuos y los comportamientos de <i>Estado de derecho</i> .
Skaaning.	2010	Los círculos legales, sociedad civil, comunidad de desarrollo, milicia y medios de comunicación tienen desacuerdo en cómo definir, medir, y estudiar empíricamente el -Estado de derecho-
McCubbins, Rodríguez y Weingast.	2010	Académicos y legisladores buscan unir esfuerzos en el tema de Estado de derecho.
Moller y Skaaning.		La literatura está llena de definiciones de la regla de la ley, hacen hincapié en los atributos que van desde la legalidad formal, controles y equilibrios a derechos de orden, democracia, y el individuo; estudiosos no convergen en un concepto sistematizado susceptible de puesta en marcha.
Bergman.		<i>"Estado de derecho trasciende la competencia de los tribunales y el Poder Judicial" y "debe ser entendido como un equilibrio social, donde la gran mayoría de los ciudadanos aceptan ser gobernados la mayor parte del tiempo por las normas de unión general que tienen una alta probabilidad de cumplimiento".</i>

IV.1.5. Estado de derecho, Gobierno de la ley (Sánchez García en este trabajo) con relación a Ríos-Figueroa y Staton, Moller y Skaaning, Carlin, Tamanaha, Pasquale Pasquino.

Por lo que hace al -Gobierno de la ley-, en cuanto a su formalidad o forma de aplicar el -Imperio de la ley- o potestas gladio o poder coactivo comulgo con los contemporáneos **Ríos-Figueroa y Staton**, que aciertan al decir que el Estado de derecho requiere de independencia judicial; (*en mi concepto sirve para aplicar la norma o precepta*) y, equilibrio de poderes (*sirve para ejercer potestas gladio*). **Moller y Skaaning**, dicen que no se puede dar una medición que vaya engrosando con el tiempo lo que es -Estado de derecho-, y es verdad pues el sonido de la voz o la escritura cuando manda llamar -Estado de derecho- no es dimensionable, puede gritarse o decirse en voz moderada, escribirse con letras grandes o pequeñas, lo cierto es que si no invocas con voz o escritura, (grafos) -Estado de derecho- éste no nace, por ello no es dimensionable solo invocable; pero si acaso fuera dimensionable tendría la forma geométrica que tiene el polígono Estado -área-. **Ryan Carlin**, conceptualiza *Imperio de la ley* en las dimensiones institucionales, individuales y sociales que serían en su orden las instituciones los que han de aplicar la precepta, es decir los judex; individuales las sanciones que deben aplicarse bajo potestas gladio o poder coactivo y sociales quienes pueden invocar el Estado de derecho. **Tamanaha**, dice que significa que el ejercicio del poder se lleva a cabo a través de la ley positiva, es verdad y se habla de las preceptas que forman y son las normas y son los requerimientos de conducta que son las órdenes y mandatos, eso es la ley; en efecto, el concepto -Estado de derecho- lo dimensiona y por dimensiones da la forma o núcleo, las sanciones o el control, fuente o consentimiento y la sustancia o contenido; y además a las dimensiones otorga atributos, a la primera le otorga el de legalidad o formal, el segundo de pesos y contrapesos en el poder, en el tercero señala la soberanía del pueblo, a la cuarta dimensión otorga los atributos de derechos negativos y positivos; todo ello lo contienen la precepta y la potestas gladio que ejerce el judex; además de las versiones (1) formal y (2) sustancial, que se hace consistir en: la formal, 1. Regla para el derecho la ley como instrumento de la acción del gobierno (*esto es la precepta*); 2. La legalidad formal en general, prospectiva,

clara, cierta (*esto es como debe estar estructurado el contenido de la precepta*); 3. Democracia + Legalidad, el consentimiento determina el contenido de la ley. Es la aceptación social de la norma y por tanto lo que constituye la invocación de -Estado de derecho-; y versión de fondo, 1. Derechos individuales, la propiedad, contrato, la privacidad, la autonomía, (*es la precepta*); 2. Derechos de la dignidad y/o justicia (*es el contenido de la precepta*); 3. Bienestar social la igualdad sustantiva, el bienestar, la preservación de la comunidad. Es lo que contiene la precepta para que se pueda invocar -Estado de derecho-. **Pasquale Pasquino**, no solo toma en cuenta a quien debe ejercer la aplicación de la norma (*precepta y judex y potestas gladio*) sino a quien ha de ejercer (*el judex y la potestas gladio*) para que no se rebase la norma; **Pascuale Pasquino** siguiendo a Kelsen, que refiere que la jurisdicción constitucional es el elemento del Estado de derecho, (*la constitución es la precepta*) donde se pide al legislador no actuar *ultra vires*, (*es la orden*) es decir, que respete los límites que la Constitución le impone; es justo, en efecto, presentar Estado de derecho en general como un medio para limitar el gobierno (*quien lo limita es un judex*). La doctrina sostiene que los tribunales superiores (*judex*) tienen que comprobar si traspasan los legisladores las fronteras de su poder.

IV.1.6. Una definición de Estado de derecho.

Actualmente se habla con insistencia de la necesidad de vivir en un Estado de derecho. El origen de esta expresión se atribuye al alemán *Robert Von Mohl*, pero quizá te preguntes qué significa. Desde la época de la revolución francesa, cuando los gobernados luchaban por limitar los poderes soberanos y estatuir en una carta constitucional los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, es una aspiración legítima que los órganos del Estado se apeguen a la Ley Suprema en todos los actos de la administración, que se respeten los derechos humanos y que exista la división de poderes, es decir, que actúen de acuerdo con lo establecido en las leyes aprobadas por el poder público respectivo y conforme al procedimiento contenido en la constitución⁶²⁵.

⁶²⁵ CRUZ, GREGG, Angélica, et, al, "*Fundamentos de Derecho Positivo Mexicano*". Op. Cit., nota n°. 32, p. 41.

Todo lo anterior es lo que se conoce como Estado de derecho.

El Estado de derecho es aquel en el cual las autoridades encargadas de gobernar, respetan y cumplen el derecho vigente y positivo, es decir, en un Estado de derecho, toda acción de parte tanto de la sociedad como del Estado está sometida por normas jurídicas. Significa además que en un Estado de derecho el poder del Estado se encuentra limitado por el derecho.

El Estado de derecho es, en este sentido, una respuesta individualista y legalista frente al riesgo del ejercicio despótico del poder político.

IV.1.7. Estado de derecho, Sánchez García, en este trabajo, 2012.

El Estado de derecho se encuentra históricamente incluido antes de la introducción del sufragio universal⁶²⁶.

La gente lo entiende básicamente como el poder justo que no deja que nos extralitemos contra otros; son frases que dominan, sobre todo la primera más que por otra cosa por costumbre en la jerga jurídica del lenguaje; ambas implican reflexión de nuestros actos, pero *-Estado de derecho-* es la principal, su sola pronunciación lleva inmerso el peso específico del imperio o mando, o potencia, o señorío de la tutela del *-poder coactivo-* de la ley en el territorio donde se pronuncia; su expresión es albergue multimodálico de actuación de ministerio público, poder judicial, cárcel, mando de la seguridad pública, entre otros, según el caso en donde se le invoca; su cuerpo es flexible ya que si se afecta un derecho humano, fundamental, patrimonial significa encontrar la tutela a ese derecho; la frase genera molestia, enojo y temor al que se la dicen pero a la vez protección y seguridad, tranquilidad a favor del ciudadano que la invoca.

Estado de derecho es un momento de sonidos prescriptivos, de discursos fonéticos de tipo especial, como paga, cierra, abre, cumple, haz; la norma en el Estado de derecho carga o lleva consigo conductas que obligan o permiten, al Estado de derecho no le importan discursos como los de Catón, el chismoso en la Roma prosaica, ni los que dicen los moralistas como Marco Aurelio; Estado de

⁶²⁶ CERRONI, Humberto. *“Política, Método, Teorías, Procesos, Sujetos, Instituciones y Categorías”*. Op. Cit., nota n° 554, pp. 47 y 48.

derecho es el estado del discurso fonético que es inasible porque es voz que solo nace cuando se habla, es grafos que solo nace cuando se escribe, es el sonido que invoca al “*dictum o Judex*”, o sea, llama en su defensa a aquel a quien la “*precepta*” o norma faculta para que ejerza “*Potestas gladio*”, o poder coactivo, poder que lleva consigo la precepta; Estado de derecho como frase es la invención de la expresión de un sonido que para que exista solo debe decirse, así sabrás por qué Estado de derecho es un discurso prescriptivo y si se anota en un papel se hace gráfico.

Estado de derecho es el estado de preceptos que se emiten fonética o gráficamente por una sociedad en su invocación individual por cada ciudadano, que una vez aceptados por la asamblea son preceptas; no hay Estado de derecho cuando en un conglomerado humano hay irracionalidad de gritos lo que en ese caso tenemos es “*populismo*”; Estado de derecho lleva consigo un mandato, una orden, un decreto, son expresiones lingüísticas, que ordenan de una parte humana a otra; si tú has hecho cosas que te piden, eso es una precepta siempre que lleve consigo una consecuencia, un castigo si no lo haces.

Estado de derecho es el estado del sonido de la voz que lo invoca para decir que permita o prohíba algo; se localiza en las cadenas de inferencias, comunicaciones, conductas que dan origen a las preceptas, es el sonido que invoca al Estado de derecho un sonido especial, un sonido cuya fonética deja permitir la invocación de que se permita o se prohíba algo, la base distintiva es que si bien podemos pedir algo con las palabras que son el sonido, ello podríamos hacerlo en ruego, súplica o por favor, no pasa nada, pero el sonido de la voz que invoca -Estado de derecho- es un sonido que quita esa conducta optativa para hacerla imperativa y se cumpla; ese cumplimiento está en el sonido que cuando dice -Estado de derecho- invoca automáticamente al “*dictum o judex*”, que es aquel a quien la precepta faculta para que ejerza “*Potestas gladio*”, o poder coactivo que lleva consigo la precepta misma; la potestas galdio es -*el Imperio de la ley*- y el -*Gobierno de la ley*- será la formalidad en que debe ejecutarse el invocado mediante sonido o escritura -Estado de derecho-.

Estado de derecho no se aplica sin mandarlo llamar mediante la invocación fonética o gráfica de -*Estado de derecho*-, cuantos presos hay que no saben

defenderse y no saben invocar al Estado de derecho que por ello los sancionan, sin que sea de natural en el estado, no aplicar el Estado de derecho, pero la autoridad en muchas ocasiones si no se le invoca no lo aplica, de ahí la razón de que -Estado de derecho- es sonido o grafos.

Estado de derecho es sonido o escritura, tan es así que si llamamos con voz a Pedro no vendrá Juan, puesto que el sonido en su carga de lo que vale dice Pedro no Juan; y el sonido puede ser o muy grave -grueso o muy agudo -delgado- pero seguirá diciendo Pedro; es como pedir que se toque la novena sinfonía de Ludwing Van Beethoven y la podemos escuchar con una sinfónica o con banda de viento, lo que identificaremos serán los rasgos característicos de lo que las notas musicales valen, o sea, el sonido valdrá la novena sinfonía de Beethoven, así es cuando llamamos a Pedro y por tanto así cuando decimos –Estado de derecho- el sonido -Estado de derecho- lleva consigo todo lo que es y lo que es, es la aplicación de la precepta por el dictum con la consecuente necesidad si así se requiere de aplicar potestas gladio que lleva imbibita la precepta.

Estado de derecho es donde encontramos el mando de los dictum prescritos con poder coactivo o potestas gladio, se forma por preceptas, la precepta aislada no forma ley, el conjunto de preceptos, preceptum, precepta forman la norma, la norma en su conjunto forma la ley, las leyes se hacen de preceptas que forman y son las normas y son los requerimientos de conductas, que son las ordenes y mandatos, estos últimos, es decir las ordenes y los mandatos son el Imperio de la ley; y el territorio o Estado donde hay preceptas es un territorio de Estado de derecho.

La esencia de -Estado de derecho- es aplicar la ley anterior al hecho en contra del déspota a favor del afectado y sancionar al responsable; así, decir –Estado de derecho- es como decir vaca, toro, la esencia de la vaca es la vaquicidad y del toro la toricidad; ambos son animales, tienen piernas, cabeza, cuerpo etc., pero decir que la esencia de la vaca es la vaquicidad nos permite entender que la vaca no es el toro y viceversa; es ahí en la esencia de la cosa en donde los estudiosos contemporáneos están detenidos buscando más y más atributos, más y más re-definiciones pero el -Estado de derecho- como la vaca o el toro por más y más atributos o partes que les encuentren no dejarán de ser lo que por su esencia son, así, se ve que hoy lo que se

hace al querer re-definir a -Estado de derecho- e inclusive -Imperio de la ley-, es solo ampliar la búsqueda de sus elementos o atributos pero ninguno ha superado lo que referí que Estado de derecho es el territorio Estado área en donde el Estado ente colectivo que se asienta en el estado área emite precepta, hay un dictum y el ejercicio de potestas gladio que lleva consigo la precepta, asumo este enunciado como de indestructibilidad.

El Estado de derecho es un proceso que para que nazca tiene que invocarse o por voz o por escrito y se constituye por: 1. Precepta preexistente -norma-imbíbita de potestas gladio -poder coactivo-; 2. Un déspota que desconozca esa precepta por ignorancia o intención y afecta a un tercero; 3. Un tercero que le diga al déspota -Estado de derecho- es decir, invoque la aplicación de la ley a su favor; 4. Que exista un judex o dictum (*juez*) que sancione.

A menudo pienso –júzgame con mi ley, mi ley es la de la República-, eso es Estado de derecho, ya que si me juzgan con sus leyes será injusticia; pero qué es lo que se quiere encontrar, qué es el -Estado de derecho-, leer tantas discusiones sobre lo que es, no son sanas, por ello, es más fácil definirlo negativamente; es decir definirlo por lo que no es, un Estado de derecho no existe donde se ignora la ley, se omite su aplicación, se hacen leyes anárquicas especiales ad-personam; por tanto, todo lo contrario a esto es lo que no es -Estado de derecho-; solo basta el lenguaje que lo invoque al decir -Estado de derecho- para que nazca en automático; me apego a la asumición de Platón, en que al buscar un cuervo blanco y no encontrar ninguno asumió que no existían y van más de 3000 mil años y no se ha documentado aún un cuervo blanco; así a la expresión Estado de derecho derivada muy seguramente del raschsstaat alemán de -estado legal- asumo que no será un -Estado de derecho- donde se ignora la ley por la autoridad, se omite la aplicación de la ley, se hagan leyes anárquicas y por tanto será un -Estado de derecho- donde se hacen preceptas correctas acordes a la necesidad social pero que llevan consigo la potestas gladio y la autoridad las aplica a invocación del gobernado; dejo de mi parte que se sigan ampliando tanto su concepto, atributos, características por los contemporáneos e invito a que se demuestre que -Estado de derecho- no es lo que dije, y asumo mi enunciado como indestructible.

Recapitulación.

En la segunda parte del capítulo anterior advertimos que el Estado de derecho es aquel Estado-área que se rige por leyes, y no por el mando arbitrario del hombre y nadie está por arriba de la ley, y busca lograr un control jurídico independiente y efectivo.

En la primera parte de este capítulo vimos los desacuerdos contemporáneos sobre Estado de derecho, y que no es lo mismo que Imperio de la ley, ni Gobierno de la ley, ni Regla de la ley a pesar de que “The Rule Of Law” suele ser traducido tanto como “Estado de derecho” o “Imperio de la ley”, en estas consideraciones la idea de hablar de “Imperio de la ley”, es, que este término subraya más que el de “Estado de derecho” inclusive que el de “Gobierno de la ley”, ya que nadie esta por arriba del imperio, y si la ley es el imperio nadie esta por arriba de la ley.

Estado de derecho en términos contemporáneos al margen de las re-definiciones, re-dimensionaciones y búsqueda incansable de más y más atributos, es aquel donde no es necesario que el Poder sea legítimo, -electo por la mayoría- basta que su ejercicio sea legal -conforme a las leyes-, esto aterriza en que sea un Estado donde hay precepta, dictum y potestas gladio; -leyes que son ordenes, jueces y poder coactivo- es opuesto al Estado absoluto o hobbesiano en el que no es necesario que el Poder sea legal, basta que sea legítimo -electo por la mayoría-. Legitimidad y legalidad indican dos distintos requisitos del poder, legitimidad es la titularidad del poder, justifica el título del poder; legalidad es el ejercicio del poder, es como se debe ejercer; invocar legalidad es invocar -Estado de derecho-; es la defensa de la minoría frente al detentador del poder que obtuvo la mayoría de consensos y es también defensa de las mayorías frente a ordenes ilegales.

Estado de derecho, su discusión contemporánea de fines del siglo XX y primer década del XXI deja ver que no se ponen de acuerdo en lo que es o en los elementos o dimensiones que lo integran, pasa por propuesta de constituirse desde una bi-dimensionalidad de independencia judicial; y, Equilibrio de poderes; otros dicen que es medible, otros que tiene 5 perfiles 1. Pleno; 2 .Incompleto 3. Pacífico; 4. Anárquico inestable y 5. Violento; otros que es un ideal en retirada, otros lo ven inexistente por la corrupción, otros lo ven como un sistema formal, otros como un

sistema de leyes; en los últimos veinte años, ha experimentado un renacimiento jurídico, académico y militar, pero carece de comprensión clara de las distintas formas que toma, de cómo y por qué varía entre los estados y el tiempo.

El Estado de derecho lleva inmerso el peso específico del imperio o mando, o potencia, o señorío de la tutela del -poder coactivo- de la ley en el territorio donde se pronuncia; su expresión es albergue multimodálico de actuación de ministerio público, poder judicial, cárcel, mando de la seguridad pública, entre otros; su cuerpo es flexible ya que si se afecta un derecho humano, fundamental, patrimonial significa encontrar la tutela a ese derecho; la frase genera molestia, enojo y temor al que se la dicen pero a la vez protección, seguridad, tranquilidad a favor del ciudadano que la invoca; como frase es la invención de la expresión de un sonido que para que exista solo debe decirse, es un discurso prescriptivo y si se anota en un papel se hace gráfico.

Estado de derecho invoca automáticamente al “dictum o judex”, que es aquel a quien la precepta faculta para que ejerza “Potestas gladio”, o poder coactivo que lleva consigo la precepta misma; la potestas gladio es -el Imperio de la ley- y el -Gobierno de la ley- será la formalidad en que debe ejecutarse el invocado mediante sonido o escritura -Estado de derecho-.

El Estado de derecho se constituye por: 1. Precepta preexistente -norma-imbíbida de potestas gladio -poder coactivo-; 2. Un déspota que desconozca esa precepta por ignorancia o intención y afecta a un tercero; 3. Un tercero que invoque la aplicación de la ley a su favor; 4. Que exista un judex o dictum (juez) que sancione aplicando la precepta emitida por la asamblea.

En la parte 2 de este capítulo re-afirmamos la consideración de nuestras propuestas pero, desde un análisis del lenguaje que influye en la construcción de estos nuevos paradigmas Imperio de la ley, Gobierno de la ley, Regla de la ley, y Estado -área-.

CAPÍTULO I V.

Parte 2. Gobierno de la ley, un concepto nuevo.

¿Qué significa el Gobierno de la ley en los estudios legales contemporáneos?

IV.2.1. Ley, ley positiva, ley vigente.

La ley. Es una norma jurídica obligatoria, general, impersonal y abstracta dictada por legítimo poder para regular la conducta de los hombres, o para establecer los órganos necesarios para el cumplimiento de sus fines. Es obra de un poder legislativo y su fuente es la voluntad de la mayoría de dicho órgano, el que a su vez tiene la voluntad de la mayoría del pueblo, que mediante un voto o elección lo han hecho llegar hasta la representación popular⁶²⁷. *Los graves riesgos de tener la mayoría como regla de clausura en la discusión de la ley es que no siempre la mayoría es la razón, y la regla técnica de clausura por mayoriteo suele crear graves males dentro de una ley.*

La ley es derecho, (no toda ley es derecho, ni todo derecho es ley) no todo el derecho aunque una gran parte de él; una característica fundamental es que la ley es general, impersonal, obligatoria e irretroactiva (en ocasiones); su carácter obligatorio se deriva del interés social que existe en su acatamiento⁶²⁸.

Distinción ley vigente - ley positiva.

Al hablar de *ley* automáticamente entendemos derecho, no todo el derecho es ley, ya que existen quienes afirman que existe un derecho natural y por ende uno artificial, en esta categoría de artificial, lo cual es verdad pues el derecho no existe de forma silvestre en la naturaleza como un ramo de manzanas, es donde entra la ley y por ello cuando escuchamos derecho positivo entendemos ley viva es decir, ley en vigor de aplicación.

La expresión "*derecho positivo*" se aplica a todo derecho existente, a toda forma de derecho dada en la historia, es en sí en su carácter histórico donde encontramos

⁶²⁷ DE PINA, VARA, Rafael. "Diccionario de Derecho", Op. Cit., nota n°. 5. p. 355.

⁶²⁸ *Ibidem*, p. 335.

la condición para decir que la norma existió positivamente, porque su carácter jurídico le devino en base o razón a que fue creado por un poder competente, a través de un procedimiento apto para la creación de esa norma⁶²⁹.

El decir derecho positivo es referir a la existencia real del derecho, que se opone al derecho natural el cual no esta asentado en una ley o norma, el derecho natural refiere a la existencia histórica de ese derecho oponiéndose a la atemporalidad e idealidad del derecho⁶³⁰.

El derecho vigente es el derecho positivo actual, que está en vigor en ese momento, se opone al derecho que ya no está en vigor aunque haya sido positivo⁶³¹.

El derecho eficaz refiere no a lo positivo ni a lo vigente del derecho, sino a lo que en orden jurídico es efectivamente seguido y aplicado, por ello el derecho vigente es el derecho positivo actual, presente y eficaz, y el derecho no olvidemos que cuando deja de existir aún haya sido positivo deja de ser eficaz y por tanto ya no es derecho vigente⁶³².

IV.2.2. La cara de la ley: De aristocracia a movimientos sociales.

Si la ley es de noble imperio o mando es entonces **aristócrata**; si es confusa y desordenada es **anárquica**; si beneficia a las mayorías dañando a las minorías es **demagógica**; si es ley igual para todos, y todos deben ser iguales ante la ley, se presume **democrática**; si otorga controles extendidos a la milicia es **militar**; si beneficia a grupos minoritarios de élite es **elitista**; si se muestra como innovadora, da primacía al Jefe de estado, influye en las diferencias culturales, abate libertades políticas de elección, se justifica en reivindicar valores nacionales contra la izquierda y decisionistas de las otras fuerzas políticas es **fascista**; si se influencia de un carácter anti-clerical es **laicista**; si es en verdad el mando supremo es **monárquica**; si es influenciada por un reducido grupo de personas de una misma clase social y lo hace para su beneficio es **oligárquica**, si está influenciada por la clase más rica del país con mayores sanciones a los pobres que a los ricos es **plutocrática**; si la

⁶²⁹ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. "Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, tomo D – H". Op. Cit., nota n°. 17, p.1224.

⁶³⁰ *Ibidem*, p. 1228.

⁶³¹ *Ibidem*, p. 1243.

⁶³² *Ibidem*, p. 1243.

influyen los muchos ricos del estado –área- para solucionar sus intereses personales es **poliárquica o policrática**, si es una ley que lleva el beneficio a favor de uno y en perjuicio de la sociedad, entonces es **tiránica**; si otorga beneficios laborales y en general sociales es entonces **paternalista**; si pretende tener prevista la sofocación de movimientos sociales que surgen sin declaratoria formal de sus pretensiones es **anti-movimientos sociales contemporáneos**.

Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley, aristocráticos, es aristocracia la constitución vista como la ley más noble del Estado; aristocracia del latín *aristocratia* y éste del griego *aristokratia*, de Aristos, mejor y, *Cratos* fuerza; gobierno en el que sólo ejercen el poder los más nobles del Estado; es una clase ilustre de la nación que sobresale de las demás por alguna circunstancia⁶³³. La ley debe ser noble pero firme y sobresalir ante todos. (*Sánchez García, en este trabajo*)

Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley, anárquicos, es en el que la ley permite el desorden o la ley es confusa, estas son características de la ley anárquica; y si la precepta está emitida en ese tenor, la potestas gladio o Imperio de la ley, es la anarquía que pronunciará el dictum y el Gobierno de la ley será la guía de la forma despótica en que se emitirá el castigo que previsible será anárquico.

Anarquía, del griego *anarkia*, de *anarchos*, falta de jefe. La anarquía es la falta de un gobierno en un Estado, es también desorden por condescendencia de la autoridad pública; es un desorden o confusión⁶³⁴.

Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley, autocráticos, es en el que la ley es voluntad soberana de un solo hombre y no reconoce límites a sus atribuciones y poderes, esas son las características de la ley autocrática; y si la precepta está emitida en ese tenor, la potestas gladio o Imperio de la ley es el refrendo a la autocracia que pronunciará el dictum; y el Gobierno de la ley será la guía de la forma despótica en que se emitirá el castigo que previsible será autocrático.

⁶³³ Martín, Alonso. "Enciclopedia del Idioma. Diccionario Histórico y Moderno de la Lengua Española, Siglo XII al XX, Etimología, Tecnológicos, Regional e Hispano Americano, tomo I, letras de la A a la CH", Ed., Aguilar México, México, 1991, p. 474.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 340.

Autocracia. Sistema de gobierno impuesto por una autoridad que no reconoce límite a sus atribuciones y poderes⁶³⁵.

El Diccionario de la Lengua Española lo define como el sistema de gobierno en el cual la voluntad de un solo hombre es la suprema ley.

Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley, demagógicos, es en el que la ley es hecha en beneficio de las mayorías afectando a las minorías, se hace la ley con disfraz de nobleza y respeto a las minorías pero solo de ellas se sirve; es característica de la ley demagógica no arropar a las minorías; y si la precepta está emitida en ese tenor, la potesta gladio o Imperio de la ley es el refrendo del daño a las minorías que pronunciará el dictum; y el Gobierno de la ley será la guía de la forma simulada en que se emitirá el daño por mandato legal a las minorías; frente a esto nace la teoría que en las democracias consolidadas las minorías valen tanto como las mayorías -nada mas falso dicha teoría- (Sánchez García, 2012)

Demagogia. Gobierno que ejerce la mayoría para su beneficio, afectando a la minoría poblacional. Es democracia considera el sustentante del trabajo, en que las mayorías se dicen nobles y respetuosas de las minorías pero solo de ellas se sirven.

Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley, democráticos; las leyes deben contener un sistema de valores igualitarios, esto es "*ley igual para todos*", y que "*todos deben ser iguales ante la ley*", esto es, que la ley existente puede ser aplicada por igual a todos sin que todos sean realmente iguales frente a la ley.

Democracia. Del griego *Demos*, pueblos, y *Kratos*, fuerza, poder, autoridad, doctrina política según la cual la soberanía pertenece al conjunto de los ciudadanos (*pueblo*). Régimen político caracterizado por la participación de los ciudadanos en la organización del poder político y su ejercicio. En la actualidad se entiende como el sistema en que el pueblo en su conjunto ejerce la soberanía y en nombre de ella elige a sus gobernantes.

⁶³⁵ CERDA, MENDOZA, Yuri. "Ciencia Política, Programa Desarrollado", 1ª, ed., Ed., Ediciones México, 1999, p. 69.

Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley, de dictadura militar, es en el que la Constitución suele tener preceptas que en su discurso disfrazan justificando el otorgamiento a la milicia como una -facultad extendida- para aplacar revueltas, actuar en casos de urgencia o emergencia y cuando toma el mando en esa parte del territorio lo hace de manera discrecional justificándose que su actuar es en base al tamaño del problema que se presenta y se justifica el actuar militarizado beligeroso. Ya que la precepta permite la ausencia de todos los derechos políticos y ciudadanos y la represión de cualquier forma de oposición organizada, constituciones como la nuestra le llama suspensión de garantías. (Sánchez García, 2012)

Dictadura militar. Sistema político en el que una persona que puede ser el jefe del ejército, o jefe de un pequeño grupo militar ejerce el poder sin limitación legislativa, supone la ausencia de todos los derechos políticos y ciudadanos y la represión de cualquier forma de oposición organizada o dictadura moderada⁶³⁶.

Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley, elitistas, es considero, en el que la ley es influenciada en su construcción por grupos minoritarios en el Estado -área- de la élite de intelectuales, ya sea científicos o políticos; la influencia que ejercen en la creación de la ley es a favor de intereses personales de esos grupos élite.

Elitismo. Grupo minoritario intelectual, científico o político, que goza de poder de decisión o de influencia, fuera de su esfera formal de competencia⁶³⁷. Estos grupos suelen manejar las políticas de un país en base a sus intereses personales, existen en todo tipo de régimen de gobierno y suelen ser el aparato neurálgico del sistema político. (Sánchez García, 2012)

Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley, fascistas, es en el que la ley se muestra como innovadora y sin prejuicios, da la primacía al Jefe de estado, busca unificar y simplificar las diferencias culturales sobre la base de la coyuntura política, abate libertades políticas de elección representativas, de los partidos y de los sindicatos libres, es contra socialista, de carácter dictatorial,

⁶³⁶ Ibidem, p. 71.

⁶³⁷ Ibidem, p. 70.

antidemocrático, antiparlamentario, es monopartidista, hace provechosos los “*valores nacionales*” contra la izquierda y “*valores decisionistas*” contra las otras fuerzas políticas, se le suele llamar de nacional socialismo; lo más característico es que la ley busca unificar los distintos grupos que habitan en el territorio -área- pero con subordinación al partido en el poder, en esto la precepta se influye de una potestas gladio que de ser aplicada por el dictum es algo aterrante si no se es fascista. (Sánchez García, 2012)

Fascismo. Del italiano *fascio*, y éste a su vez del latín *fascis*, haz, movimiento político y social principalmente de juventudes organizadas en milicias bajo el signo de las antiguas fasces (insignias), se produjo en Italia después de la primera guerra mundial⁶³⁸.

La definición del fascismo es imprecisa, por lo general se basa en el carácter dictatorial, antidemocrático, antiparlamentario y monopartidista, pero estas características se encuentran también en otros regímenes⁶³⁹.

Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley, laicos, la ley está influenciada en su creación por un carácter anticlerical, la precepta está mediada de un bajo nivel de potestas gladio y el dictum pocas veces suele aplicarla. Va en oposición a la teocracia.

Laicismo. Doctrina que propugna por la independencia del hombre, la sociedad y el Estado, respecto de toda influencia religiosa⁶⁴⁰.

Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley, monárquicos, la ley es el mando supremo, de la precepta se aplica por el iudex la potestas gladio o imperio de ley sin distinción de ciudadano o gobernante, mediante el proceso o gobierno del que la misma ley determina sin distinguos.

Monarquía. Del latín *monarchia*, frase tomada textualmente del griego, es un Estado regido por un monarca; forma de gobierno en que el poder supremo corresponde con carácter vitalicio a un príncipe designado generalmente según

⁶³⁸ Martín, Alonso. “*Enciclopedia del Idioma. Diccionario Histórico y Moderno de la Lengua Española, Siglo XII al XX, tomo I, letras de la A a la CH*”. Op. Cit., nota n°. 633, p, 610.

⁶³⁹ CERRONI, Humberto. “*Política, Método, Teorías, Procesos, Sujetos, Instituciones y Categorías*”. Op. Cit., nota n°. 554, p. 57.

⁶⁴⁰ CERDA, MENDOZA, Yuri. “*Ciencia Política, Programa Desarrollado*”, Op. Cit., nota n°. 635, p, 69.

orden hereditario y en ocasiones por elección entre los nobles; es un imperio, un gobierno, un mando supremo único⁶⁴¹.

Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley, oligárquicos; es en el que la ley es influenciada por un reducido grupo de personas de una misma clase social, pueden o no ser élite, la precepta que crean lleva la potestas gladio que es el Imperio de la ley que a ellos les beneficia en especial y el que la aplica es un dictum, en ocasiones de su mismo núcleo. (Sánchez García, 2012)

Oligarquía. Para entender esta forma de gobierno, debemos entender que es un oligarca, derivada del griego *oli-archees*, que son cada uno de los individuos que componen una oligarquía, que es un gobierno de pocos; es una forma de gobierno en la que el poder supremo del Estado lo ejercen un reducido número de personas de una clase social⁶⁴².

Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley, plutocráticos, es en el que la ley es influenciada por los más ricos del Estado-área, la precepta que crean lleva la potestas gladio que es el Imperio de la ley que a ellos les beneficia, la potestas gladio se dirige a sancionar más a los pobres que a los ricos y la aplica un dictum, en ocasiones puede verse influenciado por la clase que influyó en los valores de creación de la precepta. (Sánchez García, 2012)

Plutocracia. Palabra derivada del griego *πλουτοκρατία*, *ploutos* riqueza y *kratos* gobierno, el gobierno de los ricos, es la preponderancia de la clase más rica en el gobierno de un Estado⁶⁴³.

Plutocracia es un sistema irregular de gobierno en el cual se encuentra el poder en manos de la clase económicamente mejor dotada del país, quien lo ejerce con beneficio propio y total olvido del interés general; es un gobierno de ricos para ricos que excluye a los pobres⁶⁴⁴.

Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley, poliárquicos, es en el que la ley es influenciada por muchos, pero muchos ricos del Estado -área- no

⁶⁴¹ Martín, Alonso. "Enciclopedia del Idioma. Diccionario Histórico y Moderno de la Lengua Española, Siglo XII al XX, tomo III, letras de la N a la Z". Op. Cit., nota n°. 633, p, 2873.

⁶⁴² Martín, Alonso. "Enciclopedia del Idioma. Diccionario Histórico y Moderno de la Lengua Española, Siglo XII al XX, tomo III, letras de la N a la Z". Op. Cit., nota n°. 633, p. 3336.

⁶⁴³ Ídem.

⁶⁴⁴ DE PINA, VARA, Rafael. "Diccionario de Derecho". Op. Cit., nota n°. 5, p, 409.

hay que confundirla con la opinión de los muchos en la democracia pues a esto le suelen hoy día llamar consultas ciudadanas, plebiscitos, referéndums y todos opinan.

El juego de la policracia es que en esa opinión de muchos –los ricos- está planteada la solución a sus problemas en lo personal y esos muchos ricos no son vistos en modo alguno ajeno a la política estatal.

La precepta se hace con la potestas gladio o Imperio de la ley en que la sanción es acorde a no dañar a las referencias de los ricos y la aplica un dictum, en ocasiones puede verse influenciado por la clase que influyó en los valores de creación de la precepta. (*Sánchez García, 2012*)

Poliarquía. Palabra de origen griego, significa el gobierno de muchos, definición de la Real Academia Española.

La Poliarquía es un sistema de poderes múltiples cuya propiedad consiste en efectuar su síntesis sin perder su libre juego, un aspecto de esta figura es que todos los que la integran que son la gente más rica del pueblo, pueden plantear sus problemas en lo personal y no son vistos como ajenos a la política. La poliarquía también es llamada policracia que es gobierno de muchos, pero la policracia no es democracia; la poliarquía es el gobierno de muchos, pero no de los muchos que eligen el gobierno, sino de los muchos que son elegidos para conformar el gobierno⁶⁴⁵.

Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley, teocráticos.

Teocracia. Sistema de gobierno en el que el poder se ejerce por un representante o encarnación de la divinidad⁶⁴⁶.

Gobierno ejercido directamente por Dios, o el gobierno en el que el poder supremo está sometido al sacerdocio, definición tomada del Diccionario de la Lengua Española.

Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley, tiránicos, es en el que la ley es en beneficio de una sola persona o corporación, pero no solo es de su beneficio sino que imbibita lleva el perjuicio de la comunidad, la precepta ejerce

⁶⁴⁵ Martín, Alonso. "Enciclopedia del Idioma. Diccionario Histórico y Moderno de la Lengua Española, Siglo XII al XX, tomo III, letras de la N a la Z", Op. Cit., nota n°. 633, pp, 3334 y 3335.

⁶⁴⁶ CERDA, MENDOZA, Yuri. "Ciencia Política, Programa Desarrollado". Op. Cit., nota n°. 635, p. 69.

potestas gladio o imperio de ley brutal frente al pueblo y el judex la aplica sin reticencia alguna. (Sánchez García, 2012)

Tiranía. Gobierno que ejerce una sola persona para su propio beneficio y en perjuicio de la comunidad. (Sánchez, 2002)

Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley, paternalistas, es en el que la ley todo da al pueblo, es una precepta que lleva una potestas gladio o Imperio de la ley ecuánime y su aplicación por el judex es en beneficio de la comunidad en sus derechos individuales. (Sánchez García, 2012)

Paternalismo. Doctrina en la que las relaciones laborales y políticas entre los gobernantes y gobernados deben basarse en un trato familiar apoyado en la autoridad y respeto recíproco. Esta teoría somete a los subordinados a una minoría de edad mental y jurídica permanente⁶⁴⁷.

Estado de derecho, social contemporáneo, es en el que la ley se hace busca de una mejora política y a diferencia del régimen social contemporáneo la ley debe establecer canales no violentos de solución. La ley debe evitar que el movimiento social encuentre la puerta al cambio, en la estructura política los movimientos sociales contemporáneos tienen la peculiaridad de surgir sin declaratoria formal, le nombramos movimiento social contemporáneo, no porque este sea su nombre sino por ser lo que hoy día se ve en un paralelismo en los países norafricanos e inclusive del medio oriente de iniciarse sin declaratoria alguna contra el régimen, pero posteriormente la declaratoria surge, e inclusive surgen, los llamados gobiernos de transición.

IV.2.3. Importancia de la ley en la sociedad.

Hay competencia y conflicto entre los seres humanos, la demanda de los deseos que los seres humanos tratan de satisfacer individualmente o a través de grupos o asociaciones, pero la satisfacción de todos los intereses de todos los seres humanos es imposible, y por ello hay competencia entre los hombres por sus intereses varios⁶⁴⁸.

⁶⁴⁷ Ibidem, p. 70.

⁶⁴⁸ RECASENS, SICHES, Luís. "Tratado General de Sociología". Op. Cit., nota n°. 1, p. 584.

Para zanjar los conflictos de interés entre los individuos, el derecho positivo obra de la siguiente manera:

a) Clasifica los intereses opuestos en dos categorías, la primera: los intereses que merecen protección; la segunda, en intereses que no merecen protección⁶⁴⁹.

b) Establece una especie de tabla jerárquica en la que determina cuáles intereses deben tener prioridad o preferencia sobre otros, y los esquemas de posible armonización o compromiso entre intereses parcialmente opuestos⁶⁵⁰.

c) Define los límites dentro de los cuales esos intereses deben ser desconocidos y protegidos, mediante jurídicos que sean aplicados congruentemente por la autoridad judicial o administrativa, en caso necesario, es decir, en caso de que tales preceptos no sean espontáneamente cumplidos por los sujetos⁶⁵¹.

d) Establece y estructura una serie de órganos o funcionarios para: 1. Declarar las normas que sirvan como criterio para resolver los conflictos de interés (Poder Legislativo, Poder Reglamentario); 2. Desenvolver y ejecutar las normas (Poder Ejecutivo y Administrativo); y, 3. Dictar normas individualizadas, sentencias y resoluciones en las que se apliquen las reglas generales (Poder Jurisdiccional)⁶⁵².

Dependen de las necesidades que la gente sienta, de la mayor o menor abundancia de medios naturales o técnicos para la satisfacción de esos deseos, de las creencias o convicciones sociales vigentes sobre lo que es justo, decente y honesto, de la influencia que las ideas y los sentimientos religiosos ejercen sobre tales convicciones, de la acción de las tradiciones que tengan sobre tales creencias, de la intensidad mayor o menor con que la gente anhela un progreso, de las aspiraciones colectivas que vayan prendiendo en el mayor ánimo de la gente, en suma las pautas que se establezcan para la resolución de los conflictos de intereses dependen de una muy variada multitud de factores sociales entre los cuales hay factores naturales, espirituales, económicos, de situación y dinamismo colectivo y político, y entre todos esos factores hay que distinguir los que nacen de determinada

⁶⁴⁹ Ídem.

⁶⁵⁰ Ídem.

⁶⁵¹ Ídem.

⁶⁵² Ídem.

realidad social, tales factores actúan sobre la mente y voluntad de quien hace el derecho (legislador, funcionario administrativo, entes colectivos y jueces)⁶⁵³.

Por tanto las necesidades sociales que satisface la ley en cuanto derecho son muy variadas, pero su esencia es evitar los conflictos personales de la ley de la selva, fungiendo como arbitro para que con un arreglo lo más justo posible las personas no se arreglen a golpes, sino con palabras y en base al derecho escrito, consuetudinario o el que se aplique según la costumbre y región geográfica, pero sin permitir llegar a la violencia física.

Uno de los papeles fundamentales de la ley en la sociedad es mantener un orden y estabilizar las medidas entre los diferentes grupos o sectores de la sociedad. Es, pues, un Derecho de integración y estabilización. Dado que la relación interindividual se realiza en la vida social, entre las relaciones de asociación, formada por un complejo de relaciones interindividuales, el derecho podrá coordinar y vincular más profundamente y de manera más justa a los individuos.

IV.2.3.1. La Regla de la Ley.

La regla de la ley es la razón que sirve de medida y a las que han de ajustarse las acciones para que resulten correctas, es el ejercicio a la razón; la excepción a la regla es que la regla en algunos casos falla o es inverificable y en materia jurídica muy concretamente la excepción a la regla es el juego del –yo me Safo, frase del Dr. Tamayo y Salmoran- de la orden del derecho- ese “yo me Safo” es que no estoy dentro del supuesto de la regla, es decir estoy en una excepción a la regla o en algo que la regla exceptuó o no contempló. (Sánchez García 2012)

El papel del Estado para propiciar un Estado de derecho. Se hacen dos afirmaciones: a). Es necesario tener en cuenta la aplicación de la Ley y el cumplimiento de ésta por los ciudadanos para incluirlos en una guía que valide las conductas; y, b). La medición de la regla y su aplicación debe basarse en datos estadísticos del comportamiento. Se propone generar un esquema de comportamiento de la regla en América Latina⁶⁵⁴.

⁶⁵³ Ibidem, pp. 584 y 585.

⁶⁵⁴ Bergman, Marcelo. Magazine “The Justice System Journal”. Article “The Rule, The Law, And The Rule Of Law: Improving Measurements And Content Validity”. Op. Cit., nota n°. 582, p. 174.

Los países que viven bajo el Estado de derecho han logrado imponer límites a las acciones del gobierno, y han logrado construir y mantener las herramientas que protegen a los ciudadanos de prácticas abusivas. Los que no lo han logrado, aunque hayan promulgado normas razonables para conceder los derechos expansivos con diversas reformas institucionales en el Poder Judicial, presentan poco progreso⁶⁵⁵.

La "regla" de los aspectos del Estado de derecho, son la Regla de la Ley, tales como: La forma en que se aplican las leyes y los límites en su aplicación esto es así porque la construcción de la aplicación de la ley sólida, es un componente poco estudiado y sin embargo, de importancia crítica de la capacidad de los estados para construir un equilibrio social soportado por el Estado de derecho. En una segunda parte del documento conceptualizará el autor las dimensiones del problema de la norma y su cumplimiento y en una tercera parte, se esquematizará en una guía la forma de medir la efectividad de dicho cumplimiento. En una cuarta parte se mostrarán algunos ejemplos y conclusiones⁶⁵⁶.

El cumplimiento de las normas es el Estado de derecho; Estado de derecho a menudo entendido como un sistema donde las leyes son de carácter general, público, consistente y prospectivo. Los países que se rigen bajo el Estado de derecho observan el principio de igualdad ante la ley, la garantía del debido proceso y por un poder judicial independiente. (*Sánchez Cuenca 2003*)

Estudios de Europa central han considerado que se llega al Estado de derecho, con reformas legales y un poder judicial autónomo pero esto es insuficiente e inclusive erróneo pues recientemente sólo ha sido considerado como un prerrequisito para alcanzar la democracia, aunque en realidad, aún no hay una idea clara de cómo lograrlo. La regla de la ley debe ser entendida como un equilibrio social, donde la gran mayoría de los ciudadanos aceptan que están gobernados por normas obligatorias, generales y que tienen una alta probabilidad de ser cumplidas; la clave para el Estado de derecho se encuentra en el cumplimiento y la aplicación de las normas jurídicas. Los tribunales son sólo un componente adicional del Estado de

⁶⁵⁵ Ídem.

⁶⁵⁶ Ibídem, pp. 174 y 175.

derecho y en particular, en América Latina. (*Back and Hadenius 2008, Fukuyama 2005, O'Donnell 2007, Skaaning and Moller forthcoming, Tilly 2007*)

Si la mayoría de la gente no cumple con las leyes se crea un entorno de incapacidad para hacer cumplir la ley; si esto pasa el Estado de derecho se desvanece, porque no hay incentivos en los ciudadanos para mantener el equilibrio en el que se garantice una protección de los derechos. Estado de derecho está anudado y entrelazado con el grado de cumplimiento de los ciudadanos; violación sistemática de normas por autoridades y ciudadanos socava la posibilidad de llegar a un equilibrio virtuoso (*Barzel 2002*)⁶⁵⁷.

Si el ciudadano no cumple las normas y los tribunales las aplican movidos por incentivos de “*compra*”, el Estado de derecho no funciona (*Barzel 2002*)⁶⁵⁸. (*Habla Alejandro Sánchez en este trabajo 2012; es precisamente esa aplicación adecuada de las normas que deben aplicarse lo que es el Gobierno de la ley*)

Voluntad libre de las personas para regirse y observar la ley son dos equilibrios que a través del tiempo tienen un costo para mantenerse; el juego para mantener el equilibrio se refiere a convencer a los actores de que tienen mucho que ganar si cumplen con la ley; si todos deciden incumplir la ley será imposible alcanzar el equilibrio; porque quienes sí cumplen se ven traicionados o timados por quienes hacen trampa; la estrategia será imitar a los tramposos, la clave corregir el desequilibrio es la aplicación de la norma por parte del Estado, sobre la conducta desobediente; cuando la mayoría de la gente cumple, la mal ejecución de la norma puede ser tolerada por un tiempo, pero cuando la mayoría hace trampa, aún con la ejecución de la norma, será difícil encontrar equilibrio⁶⁵⁹, de esa manera existe un estado de anomia.

Cuando el cumplimiento de las leyes es costoso para los ciudadanos, no van a cumplir a menos que tengan garantías de que otros cooperen. Dado que en condiciones de equilibrio el cumplimiento de las garantías no existe, por lo que es mejor para las personas desafiar a la ley, y por lo tanto, incumplir; donde la mayoría

⁶⁵⁷ Ibidem, pp. 175 y 176. Bergman, Marcelo. Magazine “*The Justice System Journal*”. Article “*The Rule, The Law, And the Rule of Law: Improving Measurements and Content Validity*”. Section 1: The State, Compliance, and the Rule of Law.

⁶⁵⁸ Ibidem, p. 176 (Nota tomada del pie de la página 176) y 177.

⁶⁵⁹ Ibidem, pp. 175 (Nota tomada del pie de la página 175) 175 y 176.

de la gente cumple es más fácil establecer un Estado de derecho. Como adición, el papel de los tribunales es determinante pues los jueces tienen un papel más activo al castigar a la delincuencia se crea un sentimiento de respeto en la población y no se contagian las personas que sí cumplen porque se dan cuenta que el derecho funciona castigando, sin embargo cuando los infractores no son detectados y no son sancionados, el juez no crea el sentimiento de cumplimiento de la ley⁶⁶⁰.

Estado de derecho representa un juego de pura coordinación social, donde la voluntad y el espíritu de las leyes de equidad deben reinar para determinar la capacidad de aplicación de la norma que es vital para encontrar un Estado de derecho⁶⁶¹.

Si los asuntos de corrupción no llegan a la decisión judicial habrá impunidad y por el contrario, solo llegan asuntos donde no se pudo “comprar” o no se tuvo la capacidad de negociación, ahí sí se aplicará la norma pero discrecional; así no hay verdadero Estado de derecho, estas son las trampas en las reglas; sin la aplicación adecuada de normas que aseguren el cumplimiento de las mismas, el establecimiento del Estado de derecho está condenado al fracaso (*Barzel 2002*)⁶⁶².

IV.2.4. Que significa el Imperio de la ley?

Significa que nadie o nada esta por arriba de la ley, la ley lo manda.

Es un término que subraya más que Estado de derecho; es un “*Domain of law*” frente a “*The rule of law*”.

El imperio o mando supremo otorgado a la ley es un rasgo indisoluble de un Estado de derecho, de ahí que se nombre que el Gobierno de la ley es el verdadero gobierno, de modo que el Imperio de la ley mediante su gobierno en el Estado de derecho opera en todo Estado de derecho, ya sea un Estado de derecho democrático o que se precie ese Estado nación de tener el régimen de gobierno de la

⁶⁶⁰ Ibidem, p. (Nota del pie de la pagina 177) 177. Op. Cit., nota n° 582, Bergman, Marcelo. Magazine “*The Justice System Journal*”. Article “*The Rule, The Law, And The Rule Of Law: Improving Measurements And Content Validity*”. Section 2: “*Measuring The Rule Of The Law*”, “*What to Measure*”.

⁶⁶¹ Ibidem, p. 190. Op. Cit., nota n° 582, Bergman, Marcelo. Magazine “*The Justice System Journal*”. Article “*The Rule, The Law, And The Rule Of Law: Improving Measurements And Content Validity*”. Section 2: “*Measuring The Rule Of The Law*”, “*Concludin Remarks*”.

⁶⁶² Ibidem, pp. (Nota tomada del pie de pagina 175) 175 y 177. Op. Cit., nota n°. 582. Bergman, Marcelo. Magazine, “*The Justice System Journal*”, Article “*The Rule, The Law, And The Rule Of Law: Improving Measurements And Content Validity*”. Section 1: The State, Compliance, And The Rule Of Law.

democracia, o en una monarquía y si no se gobierna por la ley con su imperio y se da paso al gobierno del hombre en su criterio en muchas veces o insano o perverso y en las menos correcto, se cae en una anarquía ya democrática o monárquica.

a) Estado de derecho en la democracia es:

El Estado de derecho se define como aquel en el cual las autoridades encargadas de gobernar, respetan y cumplen el derecho vigente y positivo, es decir, en un Estado de derecho, toda acción de parte tanto de la sociedad como del Estado, está sometida por normas jurídicas. Significa además, que en un Estado de derecho el poder del Estado se encuentra limitado por el derecho.

Son características esenciales para que podamos llamar a un Estado de derecho las siguientes:

1. La ley como mandato fundamental supremo, significa el sometimiento de todos a la Ley. En el Estado de derecho.
2. Derechos y Libertades fundamentales garantizados. Cuando están especificados en la norma máxima del Estado quedan reconocidos y garantizados en un Estado de derecho.
3. La Administración limitada y sujeta por la Ley.
4. Separación de los Poderes del Estado. Los tres poderes fundamentales son: Legislativo. Ejecutivo. Judicial.

En una democracia, es además una característica primordial esta forma de Estado de derecho, ya que el poder emana del pueblo y si se busca que exista dicho Estado de derecho es con la finalidad de que si bien es la sociedad la que pone a sus gobernantes, estos a su vez, puedan representarlos y buscar siempre el beneficio del pueblo.

Para limitar el poder absoluto en los casos de los regímenes monárquicos, se va desarrollando la idea del Estado de derecho, entonces surgen conceptos como la división o separación de poderes. Aparece el parlamento, que genera un contrapeso al monarca absoluto, y los tribunales van adquiriendo autonomía frente al soberano y surge el concepto de la soberanía popular, es decir, el pueblo como soberano, no el monarca y el de los derechos humanos como reivindicación jurídica de los individuos

frente al poder del Estado. La democracia forma parte de esta evolución buscando la legitimación del poder por el ciudadano, materializando así la soberanía del pueblo.

b) Estado de derecho en la monarquía.

En una monarquía, el gobierno y el poder reside en el rey o monarca, el cual monopoliza la función estatal y somete al pueblo a sus mandatos, en la mayoría de las monarquías el Rey está por encima de la propia ley. Sin embargo, por curioso que parezca también en algunas monarquías se puede dar un Estado de derecho, ya que cuentan con un equilibrio y una estabilidad política y al igual que en otras formas de gobierno buscan dar un beneficio a la sociedad para mantenerla controlada.

c) Anarquía en la democracia.

La democracia es la forma de organización política en la que todas las personas, a través del consenso ejercen el mismo control sobre las materias que afectan a sus intereses.

La democracia tiene principios como son la igualdad y derechos para acceder a ocupar cargos en el poder.

Las democracias contemporáneas son sistemas políticos necesariamente representativos.

A diferencia de los modelos antiguos de democracia (la democracia griega, que convocaba a los hombres libres y decidía pública y colectivamente lo que las leyes debían ser, o el ideal democrático de Rousseau, que suponía la vida democrática en pequeñas poblaciones donde todo el mundo participaba de las decisiones de la voluntad general), las democracias de hoy tienen que funcionar mediante un sistema de representación, es decir, de sustitución y concentración de la multitud de decisiones políticas individuales en la figura de un legislador o gobernante electo. En ellas, grupos políticos organizados como los partidos políticos o las coaliciones presentan sus programas de gobierno a los ciudadanos, quienes con su voto habrán de decidir cuál de ellos ocupará los puestos de decisión política. Como se sabe, el mecanismo que da razón de ser al principio de representación política democrática es el principio de mayoría. En efecto, es la mayoría de los ciudadanos la que decide qué grupo habrá de ejercer el poder durante un periodo previamente determinado.

Las democracias contemporáneas son sistemas políticos cuyos métodos no pueden sustentarse en la participación delimitada de cada ciudadano, sino en su integración en grandes tendencias que así adquieren significado. La formación de grupos y tendencias políticas relevantes propende a limitar los proyectos políticos que se presentan en una sociedad. No es posible que cada opinión ciudadana represente un punto de vista absolutamente diferenciado; es necesario, por el contrario, que las opiniones individuales, aglutinándose y perdiendo su perfil privado, formen fuerzas dotadas de capacidad de negociación y decisión políticas. En cierto sentido, parece tener alguna base la crítica de Rousseau a la democracia representativa inglesa por ser un sistema donde los individuos sólo eligen a quien en adelante habrá de someterlos.

Los sistemas políticos autoritarios tienen la inclinación a someter, mediante la fuerza, la amenaza o el chantaje, a los disidentes. Los sistemas democráticos hacen de ese disenso un medio para su fortalecimiento y desarrollo. Sin embargo, el disenso y la oposición no son fructíferos por sí mismos; para serlo, requieren estar contruidos sobre la base de acuerdos fundamentales que establezcan un campo político común de acción y decisiones. Tal campo político es el que las instituciones democráticas proporcionan. En una sociedad democrática, los ciudadanos encuentran a su disposición los canales de expresión de sus diferencias y discusiones, aunque para esto tienen que aceptar su sometimiento a la ley y a las instituciones que ellos mismos han avalado.

El impulso que lleva a mejorar las leyes existentes o a sustituirlas por otras más justas proviene de los juicios morales de los individuos, y debe, por tanto, ser también tutelado por los principios del Estado de derecho. Sin este principio de tolerancia activa, las leyes corren el riesgo de convertirse en formas de dominación ilegítima.

Por ejemplo, en una democracia, cada voto tiene el mismo peso, sin restricciones pueden aplicarse a cualquiera que desee convertirse en un representante, y la libertad de sus ciudadanos está garantizada por los derechos y libertades legitimados que están generalmente protegidos por una Constitución, sin

embargo, la pregunta hoy en día es ¿en la realidad realmente cada voto tiene el mismo peso?

En una democracia, ¿realmente se cuida y respeta la representación popular?, si la democracia no es cuidadosa con la separación y autonomía de cada uno de los diferentes poderes, una rama de esa división de poderes puede acumular poder autoritario y convertirse así en antidemocrático.

La "*regla de la mayoría*" es a menudo descrita como un rasgo característico de la democracia, pero sin la protección gubernamental o constitucional de las libertades individuales, es posible que una minoría de las personas van a ser oprimidas por la "*tiranía de la mayoría*".

¿Se ajusta a la figura del Estado de derecho una sociedad democrática donde rige la ley pero no se han alcanzado condiciones generalizadas de bienestar e igualdad? La respuesta es afirmativa. Si dicha sociedad cumple con los requisitos mínimos provenientes del liberalismo, debe aceptarse que se trata de una sociedad legal moderna. Dicho de otro modo, el Estado de derecho es una condición necesaria pero no suficiente para la existencia de una sociedad justa. Aún más, existen sociedades donde algunos principios del Estado de derecho presentan una dudosa aplicación (*sociedades donde, por ejemplo, la pena de muerte es legal*); pero si en ellas prevalecen principios constitucionales, la ley es el principio que gobierna las decisiones que afectan a los ciudadanos, el gobierno es controlado tanto por el voto ciudadano como por la existencia de derechos fundamentales inviolables y existe una efectiva división de poderes, podemos decir que se trata de Estados de derecho.

Como hemos revisado ampliamente, el concepto de Estado de derecho nos remite al terreno de la política. Su definición final no se encuentra en el campo de los valores y principios jurídicos (aunque los requiere), sino en la estructura básica de la sociedad, es decir, en el sistema de instituciones fundamentales que permiten calificar de democrática a una determinada sociedad. Y lo cierto es que existen sociedades democráticas y legales donde el reparto de la riqueza es más limitado que en otras o donde los criterios para establecer penas podrían ser considerados excesivamente severos; pero no se trata de la distancia que media entre el

autoritarismo y la democracia, sino una distancia «dentro» del propio modelo de Estado de derecho. Existen, así, enormes diferencias entre los sistemas sociales de los distintos países democráticos, aunque estas diferencias tengan más que ver con las instituciones de justicia distributiva y los servicios sociales que con la legitimidad de la ley. Algunos más justos, otros más restrictivos, pero todos comparten una estructura legal similar que nos permite clasificarlos dentro del mismo terreno. Por ello, es necesario recalcar que el Estado de derecho no es equivalente a la justicia social, pero, y esto es esencial, ningún modelo de justicia social razonable puede ser alcanzado sino a través de los cauces del Estado de derecho. Del mismo modo, la democracia no es equivalente a una distribución equitativa de la riqueza; pero sólo mediante los poderes democráticos es posible distribuir la riqueza social sin graves injusticias ni derramamiento de sangre. En todo caso, el Estado de derecho propicia un amplio espacio para la reforma de las instituciones existentes y para la búsqueda de los proyectos sociales legítimos que se sostienen desde la pluralidad de la vida colectiva.

IV.2.5. Una definición de Imperio de la ley.

Tomando en cuenta que la ley es una norma jurídica obligatoria, general, impersonal y abstracta para regular la conducta social, su fuente es la voluntad de la mayoría, *los graves riesgos de tener la mayoría como regla de clausura en la discusión de la ley es que no siempre la mayoría es la razón, y la regla técnica de clausura por mayoriteo suele crear graves males dentro de una ley.*

Define Alejandro Sánchez García en este trabajo al Imperio de la ley: Imperio de la ley expresa que la ley está por encima de cualquier gobernabilidad, es decir, que en un Estado, tanto su gobierno como sus funcionarios deberán actuar y regirse sujetos al mandato de la ley.

Las normas deben ser expresión de la voluntad popular y deben someterse a ella tanto gobernantes como gobernados.

Algunos factores que propician la corrupción en el Estado, dañan el Estado de derecho, obligan al uso del Imperio de la ley mediante un gobierno de ésta pero lo más dañino es que todas las características que se mencionan pueden ser

concebidas como variables en la búsqueda de un verdadero estado y un consolidado Estado de derecho.

1. Coerción estatal. La coerción puede ser descrita como una causa de corrupción que puede definir a un Estado como corrupto cuando la garantía de sumisión a las reglas se obtiene solamente a través de la fuerza o de incentivos materiales. Tal Estado carece de libertad (entendida como autogobierno) y de seguridad. Tampoco goza de una auténtica vida política en tanto no disfruta de un proceso político capaz de movilizar a las personas hacia una concepción homogénea del bien público.

2. Poder. Los funcionarios ocupan una posición de poder frente a grupos privados, y algunos, dependiendo de su jerarquía, poseen mayor discreción que otros. Aquel que ocupa un puesto posee amplios poderes discrecionales y administra la cuestión pública de acuerdo a sus intereses. En la actualidad, muchos burócratas reproducen estas características.

3. Burocracia. La sistemática sustitución de empleados públicos elegidos meritocráticamente por otros escogidos de manera clientelar es un elemento que degenera los principios de las burocracias estructuradas. Además, la excesiva centralización de funciones y toma de decisiones impide el desarrollo de una gestión pública eficiente y ágil, acorde con los rápidos cambios sociales acaecidos en los últimos años.

4. Ley y justicia. El sistema legal puede contribuir a la corrupción de diversas maneras. En el formalismo de la ley, la corrupción es con frecuencia la única vía posible para acceder al sistema de justicia. Muchos son los procedimientos necesarios y demasiado el tiempo que demandan.

5. Una falsa noción de eficiencia. Los sobornos inducen a los funcionarios a generar condiciones artificiales de escasez, lentitud y trámites innecesarios para presionar su pago. Los costos reales de una operación entre el Estado y particulares, de una prestación de servicios, de la adjudicación y de la ejecución de una obra de infraestructura se pueden ver completamente alterados por los efectos de la corrupción. La corrupción, lejos de ayudar al sistema, termina por generar costos

excesivos que benefician a pocos y afectan negativamente al conjunto en su totalidad.

6. Inequidad. Generalmente se ha afirmado que la inequidad es un factor que contribuye a la corrupción. La corrupción suministra, en apariencia, cierta garantía de acceso a aquellos derechos, a través de la compra de servicios y productos que el Estado debería proveer y el desarrollo de actividades informales.

IV.2.6. Características del Imperio de la ley como gobierno.

Cada ciudadano hace lo que le corresponde por mandato de ley; en la discusión política está presente el imperio de la norma, lo que limita al funcionario a las funciones de la administración y no le atañe hacer política cuando no es político, el origen del poder político estatal, radica en un estado de paz, igualdad y libertad, los ideales democráticos plasmados en la norma que los protege; no hay fuerza avasalladora irracional, no manda el hombre sino la norma; la ley es posible de cumplir por su imperio de estabilidad, proporcionalidad e igualdad, toda arbitrariedad es castigada, no es posible cubrir todos los aspectos irracionales a sancionar pero si dar puerta a la entrada de uso de un sentido común de lo que el Estado de derecho protege con la ley y su imperio.

I. Elementos individualizados:

1. Es obligación respetar al Estado.
2. Que cada ciudadano haga lo que le corresponde por mandato de ley.
3. La política, el arte de gobernar voluntariamente a los hombres.
4. El funcionario profesional se limita a las funciones de la administración y no le atañe hacer política.
5. El funcionario político vive de la política no para hacer política, desempeña su función únicamente por un sueldo.
6. Pasión por realizar su trabajo.
7. Sentido de responsabilidad.
8. Medida para actuar a favor de la
10. Partidario del ideal de una democracia directa.
11. Los gobernantes o dirigentes deben procurar el bienestar y beneficio social.
12. No utilizar la fuerza para gobernar.
13. Gobierno de las leyes y no gobierno de los hombres.
14. Ninguna ley debería ser imposible de cumplir.
15. Estabilidad relativa en promulgación de leyes.
16. Proporcionalidad de la ley.
17. Igualdad frente a la ley.
18. Responsabilidad de pagar una

- | | |
|---|--|
| <p>sociedad.</p> <p>9. El origen del poder político radica en paz, igualdad y libertad.</p> | <p>compensación por cualquier daño causado.</p> <p>19. Ausencia de acciones arbitrarias de parte del Estado y promoción de justicia.</p> |
|---|--|

IV.2.7. Multi-concepciones del Estado de derecho.

Ríos-Figueroa y Staton, (2008) consideran al Estado de derecho que lo constituyen los conceptos 1. Independencia judicial; y, 2. Equilibrio de poderes, ello tras un análisis a factores de corrupción entre jueces y fiscales⁶⁶³.

Julio Ríos Figueroa sostiene que en un Estado de derecho debe quedar asentado en el marco constitucional la eliminación de actores sin control, ya que sin rendición de cuentas de jueces y fiscales se dificulta el *Estado de derecho*; jueces y fiscales se consideran órganos de supervisión de otras ramas del gobierno y si no se controlan en cualquier sistema de justicia pueden constituir fuentes de corrupción⁶⁶⁴.

Los enfoques teóricos y prácticos para el Estado de derecho de asentar en un marco constitucional la eliminación de actores sin control en un sistema bien diseñado de pesos y contrapesos, dice Ríos, puede reducir al mínimo la arbitrariedad del gobierno y el abuso de poder; un poder judicial independiente puede reducir o aumentar la corrupción, si la fuente (*poder fiscal y judicial*) son corruptos (*Schleifer y Vishny, 1993; Rose-Ackerman, 1999; Przeworski 2004, Svensson 2005*); sin rendición de cuentas, la independencia judicial puede dificultar el *Estado de derecho* (*Capelleti 1985; Ferejohn 1999, Russell 2001; Guarnieri de 2003, Przeworski y Maravall, 2003*)⁶⁶⁵

Cualquier sistema de justicia que deja a jueces y fiscales -sin control- genera incentivos para que abusen de su posición; Ríos propone tres hipótesis para superar esto: 1. Un órgano de enjuiciamiento situado fuera del ejecutivo hace probable que denuncias de actos corruptos sean debidamente investigadas y que los funcionarios corruptos sean acusados y procesados; 2. Niveles extremadamente altos o bajos de

⁶⁶³ Ryan E. Carlin and Rodolfo Sarsfield, Magazine. "The Justice System Journal", Preface, "Rethinking The Rule Of Law: Concepts, Measures, And Theory". Pag.s. 125 y 126. Op. Cit., nota n°. 611, pp. 125 y 126.

⁶⁶⁴ Ríos-Figueroa, Julio. Magazine, "The Justice System Journal". Article. "Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence From Latin America", pag. 195. Op. Cit., nota n°. 618. p. 195.

⁶⁶⁵ Idem.

la independencia para reducir los incentivos de los jueces del Tribunal Supremo para sancionar la corrupción en el poder ejecutivo o legislativo; y, 3. La corrupción dentro del poder judicial es más alta donde los niveles institucionales de las áreas independientes son más altos⁶⁶⁶.

Fiscales y jueces son guardianes que mantienen las acciones de otros funcionarios dentro de los límites legales; pero y si son parte de la misma corrupción, entonces distingue dos tipos de corrupción en el sistema de justicia: 1. Administrativa; y, 2. Operacionales (*Buscaglia 2001*); la primera habla de los empleados judiciales que violan procedimientos para su beneficio, pierden pruebas, aceleran o retrasan un caso, alteran el orden de las audiencias; la segunda es de fondo va a intereses políticos, económicos, investigaciones, sentencias vendidas, donde los jueces se beneficiarán económicamente y la carrera de -sabio- es el resultado de sus actos de corrupción⁶⁶⁷.

Un sistema judicial corrupto puede facilitar la corrupción de alto nivel, socavar las reformas, y anular las normas legales⁶⁶⁸. Debe haber por tanto: 1. Independencia de los jueces del Tribunal Supremo de los otros poderes o independencia "*externa*"; y, 2. Independencia de los jueces de los tribunales inferiores de sus superiores jerárquicos, o "*interna*", que es la conexión entre corrupción administrativa o interna y corrupción operativa o externa⁶⁶⁹.

México cuenta con todos los valores de las variables institucionales del sistema de justicia asociadas con altos niveles de corrupción, el Ministerio Público se encuentra dentro de la rama ejecutiva y, el funcionamiento del órgano de enjuiciamiento ha sido recientemente señalado como el verdadero "*corazón del problema de la impunidad*" que caracteriza al sistema mexicano de justicia penal (*Zepeda Lecuona, 2000*)⁶⁷⁰.

México es un caso emblemático de los incentivos perversos de la subordinación política de las instituciones del sistema de justicia y fiscales; el resultado es la

⁶⁶⁶ *Ibidem*. pp. 195 y 196.

⁶⁶⁷ Ríos-Figueroa, Julio. Magazine, "*The Justice System Journal*", Article. "*Institutional Architecture Of The Justice System and Corruption*". Op. Cit., nota n°. 618. p. 196.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, p.199.

⁶⁶⁹ *Ibidem*, p.199 y 200.

⁶⁷⁰ Ríos-Figueroa, Julio. Magazine. "*The Justice System Journal*". Article. "*Justice System Institutions and Perception Of Corruption In Latin America*". Op. Cit., nota n°. 618. p. 208.

corrupción generalizada, ya que los políticos utilizan la ley para proteger a sus amigos y atacar a sus enemigos⁶⁷¹. (*Recordando la frase de Juárez, -para mis amigos todo, para mis enemigos la ley-*)

Moller y Skaaning, dicen que el Estado de derecho no es dimensionable y, en su “*Sistematización de conceptos estrechos y amplios del Estado de derecho*”. Empíricamente dicen no se puede dar una medición que vaya engrosando con el tiempo lo que es *Estado de derecho*, el andamiaje de conceptos lleva a concluir que tipo de *Estado de derecho* tienen por objeto conceptualizar⁶⁷².

La *sistematización de conceptos estrechos y amplios del Estado de derecho*, trata de aclarar las interpretaciones dominantes y sus atributos, para ello examinan si el orden empírico de los atributos es paralelo a una jerarquía dimensional; es decir, una categorización clásica en la que podría ser posible pasar de la más estrecha sistematización de conceptos, aumentándolos paso a paso hasta llegar a una dimensión más amplia; sus resultados muestran que este no es el caso, pero afirman que a la luz de los escritos recientes sobre el cambio de régimen político, la jerarquía empírica que surge tiene sentido teórico; las consecuencias de su trabajo son fundamentales para el *Estado de derecho* ya que desde la jerarquía conceptual (empírica) la tipología no se puede transformar en una escala unidimensional de Estado de derecho y llegan a la conclusión de que el andamiaje de conceptos (empíricos) que se presentan en su documentos debe ayudar a los estudiosos a la creación de índices del Imperio de la ley para estipular claramente qué tipo de Imperio de la ley tienen por objeto medir⁶⁷³.

Ryan Carlin, *Estado de derecho*, en su artículo “*Regla de las tipologías de Derecho en las sociedades contemporáneas*” propone que si el Estado de derecho como la democracia son un ideal en retirada, sus dimensiones básicas pueden llevarse a la práctica y se miden. Conceptualiza Imperio de la ley en las dimensiones institucionales, individuales y sociales y utiliza las medidas existentes de estas dimensiones en anotar más de 1000 años-país; comparar estos casos con una regla

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 210.

⁶⁷² Ryan E. Carlin And Rodolfo Sarsfield, Magazine “*The Justice System Journal*”, Preface, “*Rethinking The Rule Of Law: Concepts, Measures, And Theory*”, “*Articles In This Symposium: A Brief Overview*”. Op. Cit., nota n°. 611. p. 127.

⁶⁷³ *Ídem*.

de tipo ideal de sociedad de derecho, cuenta con el análisis de conglomerados para identificar cinco perfiles básicos del Estado de derecho que pueden ser considerados en las siguientes tipologías: 1. Pleno Estado de derecho; 2. Incompleto Estado de derecho, 3. Un pacífico Estado de derecho, 4. Un estado anárquico inestable y 5. Un violento Estado de derecho. Además, encuentra evidencia con hipótesis en la literatura que vincula la creación del Estado de derecho a la riqueza y en la medida y la longevidad de la democracia⁶⁷⁴.

Rodolfo Sarsfield, Estado de derecho, en *"El juego de la mordida: microfundamentos de la corrupción en México"*; frente a la corrupción no lo hay; y por qué habría que respetar la ley. La corrupción puede ser más barata que respetar la ley⁶⁷⁵. Dice que los individuos y sus micro-motivos y comportamientos influyen; *"comparación entre el mandato de la ley y el comportamiento corrupto subyacente"*; propone un marco teórico que describe cuándo y por qué la ley, entendida como conjunto de reglas formales escritas, se ajustan con la forma dominante de una sociedad de operar en el *"nivel de la calle"*; el análisis se centra en los incentivos del individuo a obedecer la ley o cometer un acto ilegal corrupto después de ser detenido en violación de las leyes; demuestra que la corrupción es la estrategia dominante en la interacción entre un policía de tránsito y un ciudadano, y que los aspectos específicos de la propia pena son los principales factores que hacen la corrupción el *"juego de soborno"*⁶⁷⁶.

Marcelo Bergman, en *"La regla de la Ley, y el Estado de derecho: Mejorar la medición y validez de contenido"*. La capacidad de aplicación de un estado es una dimensión fundamental del Estado de derecho; conceptualiza *"el espíritu y voluntad de la ley es un puro juego de coordinación social"*, sin la aplicación de normas imparciales no habría Estado de derecho⁶⁷⁷.

Esa coordinación exige a los ciudadanos cumplir las normas y un conjunto de capacidades institucionales para asegurarse que cada parte cumple sus compromisos; sin la aplicación de normas imparciales no habría Imperio de la ley.

⁶⁷⁴ Ídem.

⁶⁷⁵ Ídem.

⁶⁷⁶ Íbidem, p.128.

⁶⁷⁷ Íbidem, p.127.

"La regla", "dimensión del Estado de derecho" ha estado ausente en la medición conceptual, y la investigación empírica sobre Estado de derecho es defecto central de la literatura⁶⁷⁸.

Tamanaha, Estado de derecho, el ejercicio del poder se lleva a cabo a través de la ley positiva⁶⁷⁹. Realiza un intento para distinguir sistemáticamente las diferentes definiciones de la regla de la ley, diferencia entre definiciones formales y sustantivas del -Estado de derecho-; de cada categoría identifica un continuo entre las definiciones estrechas y amplias cuyas dos dimensiones -estrecha y amplia- se pueden resumir en una de fondo, explícita o implícitamente de incorporar los atributos de las definiciones formales, lo que se ve aún más claramente en una contribución posterior en que fina o estrecha es básicamente equivalente a formal, mientras que la amplia se equipara con la sustantiva. (Hill, 2007. 10)⁶⁸⁰

Versión formal, 1. Regla para el derecho, la ley como instrumento de la acción del gobierno; (*esto es la precepta*) 2. La legalidad formal en general, prospectiva, clara, cierta; (*esto es como debe estar estructurado el contenido de la precepta*) 3. Democracia + Legalidad, el consentimiento determina el contenido de la ley.

Versión de fondo, 1. Derechos individuales, la propiedad, contrato, la privacidad, la autonomía, (*es la precepta*) 2. Derechos de la dignidad y / o justicia (*es el contenido de la precepta*) 6. Bienestar social la igualdad sustantiva, el bienestar, la preservación de la comunidad.

Las distinciones parece se encuentran las de forma dentro de la teoría democrática entre las definiciones de procedimiento, (*interpretar a la democracia como método político definido por ciertos procedimientos*) y las de fondo, que interpretan a la democracia en términos de su sustancia; (Collier y Levitsky, 1996; Sorensen, 2007) posteriormente Tamanaha (2007) desplaza a la democracia en el ámbito sustantivo⁶⁸¹.

⁶⁷⁸ Ibídem, p.127 y 128.

⁶⁷⁹ Moller and Skaaning. Magazine. "The Justice System Journal". "Systematizing Thin And Thick Conceptions of the Rule of Law". "Mapping The Dominant Definitions". "The Shaple of the Law". Op. Cit., nota n°. 622. p. 139.

⁶⁸⁰ Moller and Skaaning. Magazine. "The Justice System Journal". Article. "Systematizing Thin And Thick Conceptions of the Rule of Law". "Mapping The Dominant Definitions". Op. Cit., nota n°. 622. p. 138.

⁶⁸¹ Ibídem, pp. 138 y 139.

Resulta confuso que definir la democracia sirva como marco de referencia al mapeo del Estado de derecho; en su lugar, se propone una distinción entre las cuatro reglas diferentes de las dimensiones de la ley; la premisa de esta distinción es que el Estado de derecho tiene que ver con las reglas; ahora lo que hay que distinguir es la forma y las sanciones, de las sanciones de las normas, la fuente de las reglas, y el contenido de las normas; estas dimensiones se pueden representar como núcleo, el control, el consentimiento, y el contenido de la norma.

La primer dimensión, la -forma o núcleo de las reglas- hace que Estado de derecho signifique que el ejercicio del poder se lleva a cabo a través de la ley positiva; la legalidad formal, por el contrario, implica que las reglas son generales, prospectivas, claras, ciertas y deben aplicarse por igual; la primera definición (*la de forma o núcleo de las reglas*) es más delgada y la subsume la legalidad formal lo que implica ejercer el poder a través de la ley positiva; de hecho, el Estado de derecho es sin duda la excelencia de la definición nominal minimalista dentro de la literatura; de manera más general, la legalidad formal se basa en la máxima de "*deber, implica, puede*" (HiiL, 2007). Todo sujeto debe obedecer la ley, por eso -el que el ciudadano entienda la ley debe ser posible para hacerlo; a la vez, exige que la ley tenga propiedades -generalidad, prospectiva, claridad- por esto la noción de legalidad formal ha sido muy influyente dentro de la literatura, como Hayek (1960, 1972), Fuller (1969), Raz (1979), y Finnis (1980). Sorprende que Rawls (1971), en la justicia, escribe que "*la concepción de la justicia formal, la administración regula e imparcializa las normas públicas, se convierte en el Imperio de la ley cuando se aplica al ordenamiento jurídico*", incluye la igualdad de la aplicación como un subcomponente de la legalidad formal, la que por definición incluye igualdad de la aplicación por su carácter general (Hayek, 1960; 1972), lo que no necesariamente incorpora la noción amplia de la igualdad ante la ley, lo que también supone que las leyes no deben discriminar entre los grupos⁶⁸².

La segunda dimensión -sanciones de las normas- es su control; aspecto influyente del *Imperio de la ley*, se obtiene de la doctrina medieval de la supremacía

⁶⁸² Ibidem, pp. 138 y 139. "*The Shape of the Rules*".

de la ley de que *las leyes - no los hombres - son la regla* (Fukuyama 2010) esto significa que el soberano no es un legislador; ésta es la comprensión occidental de la ley que surgió bajo el feudalismo (Bloch 1971 [1939]; Myers, 1975) base de la democracia moderna (Downing, 1992)⁶⁸³. *Nada más falso dicho en este párrafo por Fukuyama; Bloch; Myers; Downing; no es del Medioevo europeo, es de hace más de tres mil años en la Monarquía cretense de la Grecia antigua, en que la ley manda hasta al rey y la regla del quehacer no es la voluntad del soberano sino de la ley. (Alejandro Sánchez lecturas a las obras Platón las Leyes, La república, Diálogos, Epinomis el político)*

La versión extrema de esta noción medieval es importante (*pero no es originaria del Medioevo, Alejandro Sánchez 2012*) pero la noción de la supremacía de la ley es diferente; en el mundo contemporáneo la supremacía de la ley implica que el legislador está obligado por leyes superiores y que una separación efectiva de poderes mantiene al soberano fracturado (Hamilton et al., 1987 [1787/1788]) esta dimensión puede ser entendida en términos del concepto de rendición de cuentas horizontal. (O'Donnell, 2007)⁶⁸⁴

La tercera dimensión *-la fuente de las reglas-* es noción de consentimiento, lo que significa que la democracia con el pretexto de la soberanía del pueblo es la fuente de las leyes; en su versión actual el atributo de consentimiento se remonta a la tradición liberal clásica, de Locke (1689); consentimiento -democracia debe entenderse de la manera minimalista, como fórmula schumpeteriana que los legisladores y el gobierno se han seleccionado a través de una lucha competitiva por el voto del pueblo. (Schumpeter, 1974 [1942])⁶⁸⁵

La cuarta dimensión *-sustancia o contenido de las reglas-*, para entender esta dimensión dicen hay que remontarse a Montesquieu ([1748]) su definición de la libertad: "Libertad es el derecho a hacer todo lo que las leyes lo permitan, y si un ciudadano pudiera hacer lo que quiera, él no lo haría ya no tienen libertad, porque los demás también tendrían ese mismo poder", las restricciones no son suficientes para

⁶⁸³ *Ibidem*, p. 140. "The Sanctions of the Rules".

⁶⁸⁴ *Ídem*.

⁶⁸⁵ *Ídem*.

garantizar que la libertad personal se conserva⁶⁸⁶, esta cuarta dimensión distingue los derechos liberales negativos (*de libertad*) y los sociales⁶⁸⁷.

La primera dimensión es la forma, su atributo la legalidad formal; la segunda, las sanciones o control, sus atributos los pesos y contra pesos; la tercer dimensión, la fuente o consentimiento, sus atributos la soberanía del pueblo; la cuarta, la sustancia o contenido, sus atributos los derechos positivos y negativos, estas son las dimensiones del Estado de derecho para Tamanaha.

Pasquale Pasquino, Estado de derecho, "*La ley es el producto de las mismas fuerzas políticas que se pretenden regular*", no es otra expresión para la regla de la mayoría; incluye división de poder distinta al bicameral, un poder judicial subordinado a la ley,⁶⁸⁸ la forma contemporánea de Estado de derecho es la de un poder judicial independiente, y la dimensión formal del gobierno legal (*el carácter general y estable de la ley*) incluye a los tribunales supremos y constitucionales como guardianes de la constitución⁶⁸⁹.

El Gobierno legal pone obstáculos a los que nos gobiernan y la ley es a veces el nombre de esas limitaciones, así que ¿como evitar preguntarnos cómo es posible esto, ya que las leyes no son más que palabras?⁶⁹⁰. La doctrina alemana según la cual hay un *Rechtsstaat* -un gobierno legal- donde los ciudadanos tienen el derecho de demandar a los que están en el poder.

Albert V. Dicey en su obra "*Introducción al Estudio del Derecho de la Constitución*" dice que cuando hablamos del *Imperio de la ley* como una característica de nuestro país [Inglaterra], [se entiende], no sólo que con nosotros ningún hombre está por encima de la ley, pero (lo que es una cosa diferente), que aquí todo hombre, cualquiera que sea su rango o condición, está sujeto a la ley ordinaria de la esfera, y sometidos a la jurisdicción de los tribunales ordinarios⁶⁹¹.

⁶⁸⁶ *Ibidem*, pp. 140 y 141. "*The Substance of the Rules*".

⁶⁸⁷ *Ibidem*, p. 141.

⁶⁸⁸ PASQUINO, Pasquino. Magazine "*The Justice System Journal*", Volumen 33, N° 2. "*On Rule Of Law And Divided Power*", "*The Law Is The Product Of The Same Political Forces That It Seeks To Regulate*" (Goldsmith and Levine, 2009:1837), Editorial National Center For State Courts, USA. Year, 2012. pag. 133. Traducción con fines de investigación jurídica. Alejandro Sánchez García.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 134.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, p. 132.

⁶⁹¹ *Ibidem*, p. 131.

El sistema político inglés no tiene sanción legal en caso de violación a las convenciones de la Constitución; el punto común entre el inglés y la tradición continental es que parecen conectar el Imperio de la ley con la posibilidad de llevarlo a los tribunales de justicia los gobernantes que se supone que infringen la ley (sólo si se atenta contra ella)⁶⁹².

El peligro de que la ley promulgada se pueda modificar por el legislador, creando leyes *ad personam*, y la misma inestabilidad permanente del marco jurídico se convierte en similar sistema que Montesquieu (*El Espíritu de las Leyes*) llamó despotismo, en el que no hay leyes fundamentales y estables⁶⁹³.

Para evitar el **despotismo -antónimo de Estado de derecho-** es necesario establecer un orden político-constitucional con una estructura en la que los diferentes actores y organismos u órganos funcionan a través del sistema. Sólo una poliarquía, una estructura de "*poder dividido*", es compatible con ese régimen de lucha contra el despótico⁶⁹⁴.

Locke antes que Montesquieu, calificó la ley como un "*mandamiento estable*"; pero la estabilidad genera previsibilidad y la seguridad del entorno jurídico (*Rechtsicherheit*); un orden jurídico estable, es lo contrario de lo que Montesquieu ha calificado como despotismo y Locke como el gobierno por "*extemporáneos decretos*" y "*capricho*", pero la estabilidad jurídica absoluta congela a la sociedad y la hace incapaz de cambiar lo que es necesario y útil modificar⁶⁹⁵.

El despotismo democrático es un sistema mejor si la mayoría de los electos fueron capaces de cambiar el orden jurídico todo el tiempo, el Estado de derecho sería sólo sinónimo de la regla de la mayoría; a pesar de la posible independencia del poder judicial, si los jueces tienen que aplicar estrictamente las leyes aprobadas por la mayoría en contra del resto de la sociedad, ese régimen se vería como un muy eficiente sistema de opresión política en la que los jueces hacen cumplir las leyes de forma independiente por un despotismo parlamentario; razón por la que los liberales,

⁶⁹² *Ibidem*, pp.131 y 132.

⁶⁹³ *Ibidem*, p. 132.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 133.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, pp. 132 y 133.

o partidarios del gobierno moderado, optan por la distribución del poder en la determinación de la ley entre diferentes y heterogéneas instituciones⁶⁹⁶.

En la forma contemporánea del Estado de derecho hay que tener en cuenta la concepción estándar de un poder judicial independiente, la dimensión formal del gobierno legal (*el carácter general y estable de los mandamientos*) mirar el papel de los tribunales supremos y constitucionales como guardianes de la constitución⁶⁹⁷.

Siguiendo a Kelsen, la jurisdicción constitucional es elemento del estado de derecho, donde se pide al legislador respete los límites que la Constitución le impone; así, Estado de derecho en general, es un medio para limitar el gobierno; la doctrina sostiene que los tribunales superiores tienen que comprobar si traspasa el legislador las fronteras de su poder, y aplicar la metáfora sobre que la geográfica tiene la forma geométrica de la jerarquía de las normas⁶⁹⁸.

Pasquale Pasquino dice que el Estado de derecho no funciona sin hombres que lo cumplan; los humanos se rigen por leyes que ellos hacen; por ello, los que deben hacer cumplir la posible violación de la ley no deben ser los mismos que los que la promulgan; pues no se castigarán si violan las prescripciones que establecieron, los jueces tienen que ser actores diferentes e independientes de los legisladores; sin esa independencia, el Estado de derecho es burla y la ley sólo puede coincidir con la voluntad arbitraria de un rey en colectivo⁶⁹⁹.

IV.2.8. Imperio de la ley, Sánchez García, en este trabajo 2012.

Imperio de la ley es la potestas gladio que tiene consigo la precepta, o el castigo que lleva la norma por violarla; es la autoprotección de la norma a favor de ella misma y el cuidado de la sociedad es el imperio legal, el Imperio de la ley.

El imperio de la ley un término que subraya más que el término Estado de derecho o Gobierno de la ley, ya que significa que nadie está por arriba de ella.

Imperio de la ley es un mandamiento estable de una precepta que contiene la potestas gladio que permite dilucidar mentalmente al que realiza el acto despótico

⁶⁹⁶ Ibidem, p. 133.

⁶⁹⁷ Ibidem, p. 134.

⁶⁹⁸ Idem.

⁶⁹⁹ Ibidem, p. 132.

que su actuar no está permitido en la precepta emitida anterior a su actuar; esa estabilidad de la potestas gladio o poder coactivo de hacer o de no hacer que contiene la precepta que se dicta antes del hecho y que está vigente durante el hecho y posterior al hecho, es decir, que tenga mando durante y después del hecho es la vida del Imperio de la ley; el Imperio de la ley es por decirlo en analogía el brazo secular del Estado de derecho; la invocación de –Imperio de la ley que también es un lenguaje y en este aspecto cabe adecuadamente lo referido de los sonidos prescriptivos de Estado de derecho, genera de inmediato que la invocación lleve consigo que al infractor de la precepta le será aplicada la potestas gladio por un judex. Me permito citar a Pascuale Pasquino, las leyes (*preceptas*) no son más que palabras o sea sonidos fonéticos de gran peso:

“El Gobierno legal ha incorporado el deseo y el intento de poner obstáculos a los que nos gobiernan y la ley es a veces el nombre que damos a estas limitaciones. Sin embargo no podemos evitar preguntarnos cómo es posible esto, ya que las leyes no son más que palabras”⁷⁰⁰.

IV.2.9. Una definición de Gobierno de la ley.

Definimos al Gobierno de la ley en el sentido que las leyes son normas cuyo objetivo fundamental es regular el espacio público de la sociedad. Dicho de otro modo, las leyes son los principios que permiten y promueven la convivencia de los hombres no como individuos aislados, sino como miembros de una colectividad. Las leyes no se establecen para normar o garantizar lo que un individuo puede o no puede hacer de manera independiente, sino lo que puede hacer u omitir en cuanto integrante de una sociedad.

IV.2.10. Gobierno de la ley, Sánchez García, en este trabajo 2012.

Gobierno de la ley, término no acuñado por los autores que se han leído en este trabajo, salvo Pascuale Pasquino que cita -Gobierno legal- pero no es lo mismo que Gobierno de la ley; el gobierno legal es la sanción de fondo y gobierno de ley es el proceso que se debe cumplir para hacer efectivo el Imperio de la ley en el Estado de

⁷⁰⁰ Ídem.

derecho, el cual junto con los otros términos se instalan dentro del Estado -cuerpo colectivo- y finalmente todos se albergan en el Estado área-territorio.

El Gobierno de la ley es la conducción o manejo, la formalidad o regla de cómo en el Estado de derecho o estado de sonidos prescriptivos de tipo especial, se ha de aplicar la potestas gladio o sometimiento del déspota al castigo que ordena la precepta; esa orden de la precepta es el Imperio de la ley.

Corrupción mata *-Estado de derecho-*, corrupción mata *-Imperio de la ley-*, corrupción mata *-Gobierno de la ley-*, corrupción mata Estado y esto último basta que recordemos los Tratados de Guadalupe en que México por conducto de Santa Anna y el Congreso entregan más de la mitad del territorio a Estados Unidos del Norte América.

La firma del tratado de paz se efectuó en contra de la voluntad de los estados de Coahuila, Jalisco, México, Zacatecas y Guanajuato, pero la traición para el pueblo mexicano (*corrupción*) estaba ya hecha por el Congreso y su presidente interino Peña y Peña, y el presidente saliente Santa Anna y el más triste día para la nación mexicana por un mal gobernador, (*de Querétaro*) un vendido Congreso y su presidente fue el 2 de febrero de 1848 cuando a las seis de la mañana se firmó en Guadalupe Hidalgo el Tratado que ahora lleva su nombre⁷⁰¹. (*Tratado de Guadalupe*)

México perdió Texas, el terreno entre el Río Nueces y el Río Bravo perteneciente a Tamaulipas, todo Nuevo México y Alta California y la división territorial quedó marcada por los Ríos Bravo y Gila. La pérdida fue de 851, 598 millas (*ochocientas cincuenta y un mil quinientas noventa y ocho millas cuadradas*) la indemnización se fijó en quince millones de pesos pagaderos en anualidades, los primeros tres a la ratificación del tratado por el Gobierno de Querétaro y los doce restantes, en anualidades de tres millones cada uno⁷⁰².

Lo anterior muestra los muy altos índices de corrupción que México ha vivido, de ello que corrupción Estado –ente colectivo- mata Estado -área territorio-.

Cito a **Rodolfo Sarsfield**, frente a la corrupción no puede haber *Imperio de la ley*; cuánta razón tiene mi maestro pues por actos de ilegalidad o corrupción es por lo

⁷⁰¹ OLAVARRÍA Y FERRARI, D., Enrique, et, al, *México, a Través de los Siglos, tomo IV, México, Independiente*, 25ª ed., Ed., Cumbre, S.A., México, 1979, p. 708.

⁷⁰² ídem.

que el ciudadano invoca –Estado de derecho- esa invocación verbal o escrita es la que permite al proceso que conduce -Gobierno de la ley- que -Imperio de la ley- domine al corrupto, con la potestas gladio o poder coactivo de la precepta o norma, pero corrupción por corrupción no permite la presencia de –Estado de derecho-; esto es, si el ciudadano hace un acto de corrupción lógicamente no llama a –Estado de derecho- en su defensa pues si lo hace al acudir con su -Imperio de la ley- sancionará al ciudadano y autoridad corruptos.

IV.2.11. Estado de derecho, Imperio de la ley y Gobierno de la ley su -Als ob- o el -como si- fueran “materia”.

Als ob es la expresión clave de la filosofía expuesta por Hans Vaihinger (1852, Nehren, Württemberg-1933, Halle) trabajo **Die Philosophie des Als Ob** (1911; *La Filosofía del “Como si”*), que sostiene que el hombre gustosamente acepta «ficciones» en orden de manejar un mundo ininteligible; veía el mundo como una masa de paradojas y contradicciones provenientes de nuestras percepciones, concebía la filosofía como la búsqueda de medios para superar estos problemas. Vaihinger comenzó aceptando la idea de Immanuel Kant de que el conocimiento sólo puede describir los fenómenos contruidos por la ciencia y no puede alcanzar a las cosas en si. Para conocer el hombre tiene que usar de su voluntad para construir ficciones que expliquen los fenómenos «como si» fundamentos racionales para creer que tal método refleja la “realidad”. Así, en física, el hombre tiene que proceder «como si» un mundo material existiera con independencia de la percepción de los individuos... en cuanto al comportamiento, tiene que actuar «como si» la certeza en la ética fuera posible⁷⁰³.

La visión de un *als ob*, o un (*como si*) del Estado de derecho, del Imperio de la ley y del Gobierno de la ley es un como si, es decir el Estado de derecho se ve - *como si*- fuera un Estado material el Imperio de la ley -*como si*- la sanción existiera como materia por incumplir y el Gobierno de la ley es el -*como si*- se debe respetar

⁷⁰³ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. Artículo, “El derecho y el problema de su indeterminación” Op., Cit., nota n°. 36 , en este apartado Tamayo y Salmoran cita a “Hans Vaihinger” y “«As if» Philosophy, of”, en **Britannica, CD 2000**, Chicago, Encyclopædia Britannica, Inc., 1994-2000.

un orden para aplicarlo esto ultimo a consideración de *Sánchez García Alejandro*, en este Trabajo.

El problema se agudiza cuando algunos autores se empeñan en ver al derecho como materia y no como intangible que es y pasan su tiempo tratando de dar explicaciones de algo inmaterial, como trasmutado mágicamente a materia y esperan que las normas sean descripciones materiales y no lo son, y se agrava mas el problema si la norma no es clara esto, a consideración de *Sánchez García Alejandro*, en este Trabajo.

Algunos autores erróneamente sostienen que cuando un texto es “claro” no necesita ser interpretado, si es “claro”, es “entendido”, porque precisamente así lo estoy interpretando. Si no se “lee” el texto de conformidad con las reglas semánticas y técnicas, el texto “no es entendido” Entiendo (*un texto*) porque, precisamente, lo interpreto⁷⁰⁴.

Lo claro de la norma es la base del Imperio de la ley, del proceso de Gobierno de la ley y por ende del Estado de derecho, esto a consideración de *Sánchez García Alejandro*, en este Trabajo.

Pero recordando que las cosas y acciones solo existen desde el lenguaje que las menciona, crea o pregunta sobre ellas.

Pero debo aclarar que el sentido que se le da a la norma es por la construcción lingüística con que se construye y depende de la seducción que tenga esa construcción para ser aceptado o no, así la norma se construye con el sentido que se le quiere dar, es una construcción retórica, y la jurisdicción que realiza el juez es sólo una repetición del discurso retórico que el legislador dio a la norma al construirla, esto a consideración de *Sánchez García Alejandro*, en este Trabajo.

IV.2.12. El lenguaje, creador de la verdad?

Para el Dr. Ribeiro Toral “*argumentación jurídica es la construcción del sentido que el intérprete prejuiciosamente realiza sobre la proposición legal, en relación al hecho en disputa*” con el fin de presentar al auditor -su verdad- para convencerlo o

⁷⁰⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, Artículo. EL DERECHO Y EL PROBLEMA DE SU INDETERMINACIÓN. Op., Cit., nota n°. 36.

persuadirlo, en busca de una adhesión para construir una verdad comunitaria. La *-verdad-* no es un concepto aislado, está en relación con el concepto de naturaleza; es decir, de la realidad, así es necesario responder las preguntas *¿la verdad se presenta desde el concepto –naturaleza-realidad-?; ¿como se presenta históricamente en el proceso judicial?; y, ¿la construcción de la verdad es en sentido opuesto a la idea de que la verdad se descubre?*⁷⁰⁵.

En este apartado daré cuenta de la teoría del derecho de Gerardo Ribeiro para sostener la condición lingüística y, por ende, retórica del derecho.

a) Verdad desde -naturaleza-realidad-.

Para los positivistas y neopositivistas la naturaleza es lo exterior y *“cuya esencia y cuyo modo de ser son independientes de nuestra voluntad y de nuestra acción”*; la verdad se presenta por los criterios que afirman la existencia o no de lo exterior y las condiciones que hacen posible su conocimiento y desde la legitimación de los sentidos la verdad solo afirma que existen los sentidos y que ellos nos proporcionan información⁷⁰⁶.

*El idealismo radical Berkley dice que toda la percepción que tenemos del mundo externo, no es más que una construcción de nuestro mundo interno que se encuentra en nuestra mente en los datos sensoriales*⁷⁰⁷.

Los positivistas del Circulo de Viena, proponen que “el sentido de toda frase lo determina exclusivamente su carácter de ser verificable, ya sea empíricamente, por datos sensoriales o como deducción lógica a partir de estas” así toda frase debe tener sentido; ésto significa la existencia de un procedimiento experimental que la verifique. Así el camino es tautológico *“es porque es”*⁷⁰⁸.

Para Kant “la cosa es en sí”; es decir el sustrato metafísico subyacente en todos los resultados de la percepción, *dice “todas nuestras representaciones en realidad son referidas por el entendimiento a algún objeto...”*⁷⁰⁹.

*Para Hegel, la naturaleza es relativa respecto a la idea*⁷¹⁰.

17. ⁷⁰⁵ RIBEIRO, TORAL, Gerardo. *“Verdad y Argumentación Jurídica”*. 1ª reimp. 3ª ed., Editorial Porrúa. México, 2009, p.

⁷⁰⁶ *Ibidem.* p. 18.

⁷⁰⁷ *Ídem.*

⁷⁰⁸ *Ídem.*

⁷⁰⁹ *Ibidem,* pp. 18 y 19.

La verdad está en mi, en el sujeto cognoscente, la verdad no está en la cosa porque la cosa no existe, si la verdad no está en mi ni en la cosa entonces está en la cosa y en mi y si tampoco es así entonces está justo en medio de la cosa y yo⁷¹¹.

La naturaleza es lo que el hombre quiere que sea una vez construida la verdad se crea y se comprueba y modificada la naturaleza, es decir, construida otra teoría desde otra perspectiva la verdad deja de ser verdad⁷¹².

Un nuevo paradigma se legitima no porque dé nuevas respuestas, sino porque hace nuevas preguntas, un cambio de paradigma es un cambio de la comprensión del mundo; *Bachelard* afirma que *-la ciencia contemporánea crea una nueva naturaleza en el hombre y fuera de él-*; la idea que la ciencia es única vía para conocer la naturaleza con certeza y por tanto única vía con la cual se descubre la verdad y se legitima proviene del concepto construido por el hombre de *"leyes de la naturaleza"*; pero dice el Premio Nobel de Química *Ilyan Prigogine* *"La idea de leyes de la naturaleza tiene una connotación legalista: pareciera que la naturaleza está "obligada" a seguir ciertas leyes... El suceso más insignificante puede cambiar el curso de la historia. Encontrarse con ello se suponía que la naturaleza era estable y que la ciencia podía alcanzar la certeza"*⁷¹³

La verdad que se descubre se legitima desde la idea de certidumbre, desde la realidad de una idea inmutable que se puede conocer desde el reconocimiento de leyes repetibles infinitamente; se puede afirmar que desde el reconocimiento de la naturaleza contingente y azarosa, la verdad se crea como un sentido sobre el discurso de la contingencia y el azar de la naturaleza⁷¹⁴.

b) Verdad es histórica en el proceso judicial.

La verdad es el objeto de trabajo del Proceso Judicial; ya que la verdad del hecho en disputa se encuentra en el hecho mismo; la construcción formal de la verdad sigue el modelo: 1. Análisis del caso; 2. Búsqueda del caso guía o precedente; 3. Utilización de relaciones de identidad; 4. Argumentos abiertos⁷¹⁵.

⁷¹⁰ Ibidem, p.19.

⁷¹¹ Ibidem, pp.20 y 21.

⁷¹² Ibidem, p. 25.

⁷¹³ Ibidem, p. 26.

⁷¹⁴ Ibidem, p. 28.

⁷¹⁵ Ibidem, pp. 28 y 31.

Frente al engaño de los sentidos surge la duda como método de trabajo como proceso formal por medio del cual se puede descubrir la verdad, y por primera vez la verdad tiene una definición que va más allá de la esencia o el ser de cosa en sí, siendo el acto de pensar la única verdad; toda verdad en el proceso judicial debe ser evidente, claro y distinto; estos son los criterios de presentación de la prueba y su valoración; la ciencia de los siglos XIX y XX encontró en la descripción de los objetos la pretensión de verdad, a la descripción de la cosa le llaman la verdad de la cosa⁷¹⁶.

c) La verdad no se descubre, se construye.

El léxico crea la significación, el lenguaje no es mediador del objeto y el sujeto, no es espacio para nombrar, sino para crear y describir, y la descripción como creación es la verdad, descripción entendida como comprensión no como testimonio de lo “visto”, el lenguaje como dice *Heidegger -es la casa donde mora el ser-*; cada época histórica tiene su léxico y en ese tiempo es la verdad de ese tiempo, por ello la crisis de los grandes paradigmas es la crisis de los léxicos; un léxico muere porque ya no comprende al mundo de manera pertinente a la contemporaneidad de sus hablantes; así, la verdad se encuentra en los enunciados, dado que puedo argumentar con ellos y encontrar reciprocidad o negación con otros hablantes⁷¹⁷.

La verdad se presenta y oculta desde el *-suponer-* del hombre; la suposición construye la verdad y el único “*conocimiento*” posible del modo de ser de la realidad es el discurso argumentativo; la única realidad está en el lenguaje porque es creación, porque él y no por medio de él, el hombre crea el mundo -el dialogo del hombre es el mundo-, dicho dialogo no se establece dese la certeza sino desde la pregunta y la intención de la pregunta es lo que varía en el tiempo; la pregunta que crea al mundo crea al conocimiento y crea al sentido ético de nuestra relación con la naturaleza el discurso que argumenta la pregunta es la respuesta en la medida que da nuevo sentido a la realidad; desde Gadamer el modo de ser de una cosa se nos revela hablando de ella. La verdad como comprensión es, a un tiempo una interpretación y un movimiento argumentativo entre la tradición y el interprete en lo

⁷¹⁶ *Ibidem*, p.34.

⁷¹⁷ *Ibidem*, pp. 35 y 36.

jurídico se pone en movimiento la tradición legislativa del corpus jurídico y la tradición teórica del intérprete⁷¹⁸.

Cada quien tiene su verdad desde su formación histórica y tradicional, en la que intervienen factores como educación, cultura, etcétera y la verdad del lenguaje es lo que describimos con él. (Sánchez García)

d) El lenguaje, creador de la norma.

El concepto “*racionalidad*”, es uno de los modos en que la ciencia ofrece su identidad y expresa la capacidad de validar sus afirmaciones; así, la ciencia, se aparece ante la comunidad desde la “*racionalidad*” como modo de ser, y la validación de su saber como legitimidad; LAKATOS al respecto afirma que “*durante siglos conocimiento significó conocimiento probado; probado bien por el poder del intelecto o por la evidencia de los sentidos*”.

El conocimiento propuesto por la ciencia ofrece de un modo u otro, una garantía de su propia validez esta garantía epistémica sostiene la pretensión de verdad y certeza de su saber pero las garantías de validez no son inmutables sino que, a la luz de las teorías dominantes de cada época, se modifican, van de la demostración, pasan por la descripción y finalizan en la corregibilidad del conocimiento⁷¹⁹.

Desde POPPER, pasando por KHUN, hasta FEYERABEND se puede rastrear una idea de racionalidad científica retórica que reivindica a la argumentación, como instrumento para convencer y también para persuadir y seducir a las comunidades científicas de la validez epistémica de sus afirmaciones. POPPER reivindica una racionalidad científica en la cual la comprensión del mundo es una comprensión retórica:

“Yo soy un racionalista. Por racionalista entiendo un hombre que quiere comprender el mundo y aprender mediante la discusión con otros... (...) Por “discutir con otros” entiendo, más concretamente, criticarlos, suscitar sus críticas y tratar de aprender de ellas. El arte de la discusión es una forma peculiar del arte de la lucha, con palabras en vez de espadas, e inspirado por el interés de acercarse a la verdad sobre el mundo”⁷²⁰.

⁷¹⁸ Ibidem, pp. 37 y 38.

⁷¹⁹ RIBEIRO, TORAL, Gerardo. “Revista de Derecho”, “Retórica y Racionalidad Jurídica”. Artículo. “La Condición Retórica de la Racionalidad Científica”. Publicación Arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay. Diciembre, 2010.

⁷²⁰ Ibidem.

Otra condición retórica de la racionalidad de la ciencia, son las revoluciones científicas en las cuales, dice *KUHN*:

“(...) el carácter distintivo del cambio revolucionario en el lenguaje (de una ciencia determinada) es que altera no solo los criterios con los que los términos se relacionan con la naturaleza; altera además, considerablemente, el conjunto de objetos o situaciones con los que se relacionan esos términos. (...) Así pues, lo que caracteriza a las revoluciones es el cambio en varias categorías taxonómicas que son el requisito previo para la descripción y generalizaciones científicas”

En cambio el lenguaje es la expresión de la revolución científica y este nuevo lenguaje, se presentará como nuevo paradigma, y para defender cada nuevo paradigma cada grupo utiliza su propio discurso retórico persuasivo.

KHUN describe los actos de persuasión de una comunidad científica en torno a la elección de paradigmas. Los nuevos conocimientos que se oponen a otros, se resuelven por la persuasión desde la argumentación; al decir de *KUHN*, la condición retórica de la disputa argumentativa entre paradigmas científicos, se comprueba al entender que *“un paradigma es lo que comparten los miembros de una comunidad científica y, a la inversa, una comunidad científica consiste en unas personas que comparten un paradigma”*. Un paradigma es un modo determinado de resolver un conjunto de problemas dados y las comunidades científicas son auditorio, validadores y productores de los discursos apradigmáticos; así, construcción y validación son las dos caras de una misma moneda, dado que el paradigma rige el trabajo de un grupo de personas determinadas, no un tema específico⁷²¹.

La persuasión retórica es la última línea de defensa de la racionalidad pura.

La persuasión retórica es última línea de defensa de la racionalidad pura.

El modo de presentarse ante nosotros una ciencia es desde la identidad y la coherencia de su lenguaje. *Lakatos*, en una defensa parcial refiere que *-la historia de la ciencia es la historia de los lenguajes científicos, de los marcos conceptuales o de los lenguajes-*. Si la historia de la ciencia es la historia de los lenguajes científicos, entonces la racionalidad científica no se construye con experimentos sino con discursos argumentativos⁷²².

⁷²¹ *Ibidem.*

⁷²² *Ibidem.*

Lo que caracteriza a las teorías que forman parte de la tradición de investigación, es que se presentan por medio de un léxico común, un vocabulario particular que nombra sus valores y permite identidad de la teoría y pertinencia a una tradición de investigación; lo que caracteriza al discurso freudiano no es solamente lo que dice, sino cómo lo dice, o como el marxismo al referir a superestructura, alimentación, plusvalía; es, la construcción de nuevos vocablos o la re-significación de vocablos existentes; el léxico de cada comunidad es su modo de presentar la retórica o recursos del lenguaje sobre el lenguaje⁷²³.

La condición retórica del discurso de la filosofía de la ciencia, tiene su máxima expresión en la crítica de *STOVE* al discurso de *KUHN*, que “*ha perdido todo contacto con el significado de las palabras corrientes de su lengua (como el significado de ‘falso’) y ahora solo conoce el significado del vocabulario de su propia filosofía irracionalista de la ciencia*”; perder el significado referencial significa construir, literariamente, un nuevo universo; un nuevo universo se construye con un nuevo léxico, no quiere decir nuevas palabras; nuevo léxico significa la resemantización de vocablos existentes en la lengua lo que permite que haya una apropiación personal de la lengua, denominada *habla*; un nuevo léxico es la construcción personal del habla; una nueva teoría es, una nueva expresión del habla, es un nuevo discurso que se apropia del mundo, de su mundo, desde las referencias construidas; el discurso es nuevo y propositivo si es autorreferencial y no solo informativo; así resemantizar el mundo es cambiar el sentido del mundo. La ciencia que reivindica un conocimiento probado por cualquiera que sea el modelo de validación (*falsación en POPPER, paradigmas en KUHN, programas de investigación en LAKATOS, tradiciones de investigación en LAUDAN*) termina reivindicando la argumentación persuasiva para convencer a una comunidad científica que, de aceptar la nueva idea, la volverá referente fundacional de nuevas ideas; el conocimiento jurídico podrá construir su racionalidad desde el instrumental de la retórica para persuadir a una comunidad por su léxico) tanto la ciencia como el derecho son discursos que, por su propia materialidad lingüística, se construyen,

⁷²³ Ibidem.

desarrollan y modifican por la retórica, único método de trabajo inherente al lenguaje⁷²⁴; así con un argumento analógico podemos concebir que la racionalidad retórica de la ciencia también funciona en la racionalidad retórica del derecho; **BERNARDO BOLAÑOS** que:

“La ciencia se construye en comunidades humanas mediante operaciones lingüísticas”⁷²⁵.

e) Retórica racionalista.

El modelo clásico de racionalidad según *Olivé* –es aplicar cierto modo de elección... cuya validez es universal- *Mosterín* define a la racionalidad como un método, esto es la racionalidad instrumental, es decir como método, y se presenta como un modo de acceder a las decisiones correctas y verdaderas por vía de acciones determinadas y puras, esto es la idea clásica; *Nozick* introduce una nueva visión que *-nuestros criterios de racionalidad dependen de nuestra concepción de la naturaleza y el mundo y nuestra concepción de lo que somos y de nuestra capacidad, facultades, impericias y debilidades-*⁷²⁶.

Una formación racional o idea de racionalidad es una práctica discursiva que permite al que habla construir un horizonte de comprensión que al tiempo lo identifica ante los otros; la práctica discursiva es la estructura lingüística que hace posible una idea de racionalidad, la práctica se presenta en dos espacios el primero constituido de normas gramaticales, sintácticas y léxicas para usarse de una manera determinada por el hablante; y el segundo espacio es construido por el nivel teórico; esto es, por acciones del lenguaje sobre el lenguaje, por ello la racionalidad es particular de una comunidad determinada (ciencia, derecho, religión, etcétera) así que una formación racional se presenta en dos sentidos, por una parte construye la identidad del hablante y por otra parte se construye por un conjunto de ideas, conceptos, valores, principios y categorías que son su horizonte de comprensión y que comparten los miembros de esa formación racional, por tanto el discurso además de comunicar cosas sirve para construir teóricamente la nueva realidad.

Racionalidad jurídica, desde una descripción interna del derecho, son las condiciones retóricas que hacen posible la validez epistémica de la argumentación;

⁷²⁴ *Ibidem.*

⁷²⁵ *Ibidem.*

⁷²⁶ *Ibidem.*

racionalidad jurídica significa construir el sentido del enunciado legal que se expresa en la construcción retórica del discurso jurídico y encuentra validez epistemológica en las relaciones que se establecen entre los discursos de la ley por un lado y, por otro, los hechos, la moral, el saber hegemónico y el saber disidente, así la cultura de la comunidad se entiende como los símbolos y valores con los que ella se identifica, y, primordialmente, reproduce en su vida cotidiana; la argumentación retórica es el único instrumento que hace posible la racionalidad jurídica en primera porque, la materialidad del derecho es el lenguaje de la ley, el lenguaje de los discursos y el lenguaje del saber jurídico; si la materialidad del derecho es el discurso jurídico que tiene como mundo referencial al lenguaje de la ley y el discurso fáctico, entonces solo es posible la racionalidad jurídica desde la retórica, porque ésta es el único método de trabajo jurídico pertinente al lenguaje; en segundo lugar, la argumentación retórica es único instrumento que hace posible la puesta en escena de la racionalidad jurídica.

La racionalidad jurídica solo es posible por la persuasión retórica, dado que la demostración es incapaz de mover a la acción del auditorio y esta condición es lo que caracteriza a la racionalidad jurídica procesal: *Mover a la acción del auditorio consiste en mover a la acción del juez, expresada en la sentencia, hacia el reconocimiento de las ideas del hablante.*

El diálogo entre el discurso retórico que construye el sentido de la ley y los discursos que re-significan los hechos, permite construir, las nuevas interpretaciones y su legitimación social; *el discurso jurídico retórico se construye con argumentos para convencer, persuadir y seducir, y se valida en los discursos comunitarios.* La preeminencia de una argumentación sobre otra radica en que un discurso retórico encuentra más puntos de coincidencia con los discursos sociales hegemónicos o con los discursos aceptados como legítima expresión de las ideas; la racionalidad jurídica es retórica y su validación también lo es retórica porque se expresa en la concordancia de lo *creíble* entre los discursos creadores del intérprete y los discursos sociales que se asumen como la identidad de la comunidad⁷²⁷.

⁷²⁷ Ibidem.

La construcción retórica de la racionalidad jurídica se edifica desde las prácticas discursivas que se expresan materialmente en los recursos retóricos utilizados en los argumentos; los textos de la ley son construcciones discursivas que expresan el acuerdo de los legisladores en los ámbitos normativos, fácticos y axiológicos. La producción jurídica se construye discursivamente porque ella es materialmente puro lenguaje narrativo, y es la condición narrativa del lenguaje lo que permite que siempre se esté juzgando un hecho.

No puede haber una nueva teoría del derecho si ésta no crea un nuevo léxico para nombrar la realidad, como no puede haber ningún argumento jurídico que sea racional si no utiliza de manera coherente y pertinente el léxico al que pertenecen sus ideas acerca de lo que es el derecho. La idea acerca de qué es el derecho para el intérprete se revela en su léxico y en sus principios, valores, criterios, categorías y cualquier otra instancia de legitimación. Cualquier incorporación de un léxico que no le sea propio a la teoría vuelve irracional su argumentación.

Las prácticas discursivas retóricas construyen la racionalidad jurídica desde la justificación y no desde la demostración; el argumento construido es justificado de manera interna y no es demostrado de manera externa; el argumento jurídico es racional porque se lo ha justificado en el contexto narrativo propuesto por el intérprete y no porque un procedimiento externo lo demuestre; la verdad jurídica, codeterminada y creada por el intérprete, es verdad retórica que se construye lingüísticamente porque la verdad es una condición de los enunciados y porque la verdad jurídica se valida consensualmente⁷²⁸.

La primera condición de existencia de la retórica jurídica es su carácter constructivo, se construye (no se encuentra, no se descubre y no se constata) como dice GADAMER: *“El modo de ser de una cosa se nos revela hablando de ella...”*

La verdad de un enunciado legal o de un hecho, se condiciona a su tiempo de creación, a su historicidad factual y lexical; la verdad jurídica se construye, desde los intereses procesales de su léxico, su tiempo y la historia de su comunidad.

⁷²⁸ Ibidem.

En segundo la condición de existencia de la verdad retórica jurídica es lingüística; dice Rorty:

“El mundo está ahí afuera, pero las descripciones del mundo no. Solo las descripciones del mundo pueden ser verdaderas o falsas. El mundo de por sí –sin el auxilio de las actividades descriptivas de los seres humanos – no puede serlo”.

La tercera condición de existencia de la verdad retórica jurídica es consensual, ya que este enunciado lingüístico (*la construcción del sentido*) solo es verdadero cuando es aceptado por la comunidad jurídica⁷²⁹.

Así “*racionalidad jurídica*” es 1. Un conjunto de ideas, valores y principios, que una comunidad se reivindica para legitimar las justificaciones que ellos realizan en sus argumentaciones jurídicas; 2. Las prácticas discursivas jurídicas son las estructuras del discurso, léxicos y recursos retóricos particulares utilizados por esas comunidades determinadas que, a un mismo tiempo, le otorgan contenido a su racionalidad jurídica e identidad ante las otras comunidades; 3. Las comunidades discursivas jurídicas son el conjunto de personas que justifican sus argumentos a partir de las mismas ideas, valores y principios, y construyen sus discursos con mismas estructuras, mismo léxico y recursos retóricos, lo que permite se presenten ante otras comunidades discursivas como diferentes; las comunidades jurídicas discursivas se diferencian por lo que dicen y por cómo lo dicen y legitiman como verdad solo los discursos jurídicos que se presentan con las mismas características que el suyo; y, 4. La verdad judicial siempre será retórica porque se construye lingüísticamente y se valida consensualmente por las comunidades epistémicas, por el auditorio al que pertenece el hablante.

La racionalidad jurídica, tiene carácter a) lingüístico, b) retórico, c) dialógico, d) argumentativo; y, e) constructivo⁷³⁰.

f) Construcción del enunciado legal.

Se realiza con el lenguaje sobre el lenguaje, dado que el discurso jurídico es lenguaje disciplinador; es un discurso argumentativo porque la ley es, antes que

⁷²⁹ Ibidem.

⁷³⁰ Ibidem.

todo, discurso lingüístico, la materialidad, del enunciado legal es el lenguaje y su problemática formal⁷³¹.

Los problemas de significación del enunciado legal devienen de la propia estructura de la oración, ya sea del vocablo en sí o de la organización oracional y sólo construyendo el sentido de la oración se le devuelve a ésta la capacidad significativa, pero esta es una facultad del intérprete. La ley se manifiesta en el discurso jurídico que consiste en construir el sentido del enunciado legal al argumentar con el lenguaje del intérprete, teniendo como referente al lenguaje del enunciado legal y al lenguaje en el que constan los hechos; lo anterior es válido por dos razones; la primera, al decir de RORTY, “*el mundo no habla. Sólo nosotros lo hacemos*”; la segunda, son las características propias del signo lingüístico que se expresan por igual en las características del lenguaje legal; en este caso el enunciado, que en su nivel semántico, determina el contenido del lenguaje de la proposición legal discursivamente la ambigüedad semántica se presenta porque el vocablo contiene un conjunto de significados que es posible que sean atribuidos a uno o varios objetos o situaciones y cada uno de ellos pertenecen por igual al vocablo, silla, por ejemplo, es silla presidencial, silla de montar etcétera; o cerro de la silla, etcétera; los vocablos unidos tienen un sentido indefinido como “*peligro inminente*” y sólo es posible comprenderlos si se construye tanto el concepto “*peligro*” como el de “*inminente*” a la luz del caso concreto en juicio. Cada uno de los vocablos utilizados en el enunciado legal tiene tres o cuatro (o más) significados posibles, si cada vocablo tiene tres o cuatro o más significados y el enunciado legal tiene cuatro o cinco vocablos, el proceso de selección de significados y su posterior correlación con otro significado de otro vocablo se vuelve múltiple; el proceso de selección de los significados posibles de un vocablo y el significado posible de los otros vocablos está condicionado por los intereses de las partes y los institucionales, de ahí lo insostenible epistemológicamente de afirmar que existe una interpretación literal- una aplicación estricta- del enunciado legal; el sentido estricto del enunciado

⁷³¹ RIBEIRO, TORAL, Gerardo. “*Revista Mexicana de Estrategias Fiscales*”. Artículo. “*Sentido y Argumentación Jurídica*”- en la *Defensa Fiscal*-. Mayo 2011.

legal no es algo “*dado*”, algo que está ahí, es algo “*dándose*”, que se construye discursivamente. Es la elección de significados “*comunes*” o “*proprios*” del vocablo al o que llaman interpretación se lo construye por las partes y no es un significado *per se* del vocablo⁷³².

Las interpretaciones de las interpretaciones, se desarrollan históricamente por coyunturas contingentes; es decir, por la aceptación o la negación que el auditorio jurídico hace de los nuevos sentidos creados; la “*Interpretación*” significa, construir un discurso argumentativo persuasivo, que demuestre que el sentido construido es el significado “*común*”.

IV.2.13. Elementos individualizados. Estado, Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley; semejanzas universales, Estado de derecho de Platón a Sarsfield.

Estado.

1. Territorio. 2. Sociedad. 3. Poder. 4. Preceptas. 5. Asamblea.

Estado de derecho

- | | |
|---|---|
| 1. Mando supremo –la precepta- | 18. Respeto a los máximos valores del hombre (libertad, igualdad y dignidad) por mando de la ley. |
| 2. Centraliza el poder en la ley. | 19. No régimen autoritario. |
| 3. Las clases noble y proletaria no influyen en el mando de la ley. | 20. No debe haber corrupción en las diferentes instituciones de gobierno. |
| 4. Aparato de Estado, o cuerpo de funcionarios subordinados a la ley. | 21. Leyes promulgadas públicamente. |
| 5. La ideología es el derecho. | 22. Prohibición contra leyes retrospectivas. |
| 6. Hay monopolización de la fuerza en la ley. | 23. Leyes claras y comprensibles. |
| 7. La ley acapara el poder de mando. | 24. No existencia de leyes inconsistentes o contradictorias. |
| 8. La ley es nacionalista con visión pro-economía abierta. | 25. Ninguna ley debería ser imposible de cumplir. |
| 9. Subordinación a la ley, gobierno y gobernado. | 26. Estabilidad relativa en la promulgación de leyes. |
| 10. Jueces independientes subordinados a la ley. | 27. Proporcionalidad de la ley. |
| 11. Fuerza de la policía subordinada a la ley. | |

⁷³² *Ibidem*.

- | | |
|---|---|
| 12. La ley por arriba de todo interés personal. | 28. Igualdad frente a la ley. |
| 13. Separación de poderes. | 29. Precedencia de la ley (nadie arriba de la ley). |
| 14. Generalidad en la ley. | 30. Control jurídico independiente y efectivo. |
| 15. la Ley enemiga de los excesos del poder de los gobernantes. | 31. Debido proceso. |
| 16. Ley con medida para actuar en contra de la sociedad. | 32. Responsabilidad de pagar una compensación por cualquier daño causado. |
| 17. Debe haber un legislador. | 33. Ausencia de acciones arbitrarias de parte del Estado y promoción de justicia. |

Imperio de la ley

- | | |
|--|-----------------------------|
| 1. La precepta debe tener potestas gladio. | 2. Un judex que la aplique. |
| 3. Debe ser <i>"Domain of law"</i> . | |

Gobierno de la ley

- | | |
|--|---|
| 1. La forma de la ley ha de ser la del emperador justo con mando supremo. | 5. Que haya estabilidad en la ley promulgada. |
| 2. Verificar que la precepta sólo utilice la fuerza necesaria. | 6. Que haya proporcionalidad de la ley. |
| 3. Identifica que sea el gobierno de las leyes y no gobierno de los hombres. | 7. Que sea ley Igual para todos. |
| 4. Que ninguna ley sea imposible de cumplir. | 8. Que la ley tenga ausencia de acciones arbitrarias. |
| | 9. Que promueva la justicia. |
| | 10. Que exista un proceso para invocar, aplicar y cumplir con el Imperio de la Ley. |

Características teológicas superadas

- | | |
|--|---|
| 1. Los emperadores enviados de dios (derecho humano basado en derecho divino). | 3. La justicia basada en lo divino es la que guía a los individuos y al gobierno. |
| 2. La iglesia tiene el poder en el pueblo. | 4. La ideología fue el derecho divino. |

Características necesarias para llamar a un Estado, estado de derecho

- | | |
|--|---|
| 1. La ley mandato supremo. | 4. Derechos y libertades fundamentales garantizados por la ley. |
| 2. Sometimiento de todos a la Ley. | |
| 3. La Administración limitada y sujeta por la Ley. | 5. Segmentación del Poder del Estado. |

Semejanzas universales del Estado de derecho de Platón a Sarfield

- | | |
|-----------------------------------|---|
| 1. Es mando supremo. | 3. Hay monopolización de la fuerza en la ley. |
| 2. Centraliza el poder en la ley. | 4. La ley homogeneiza la población. |

IV.2.14. Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno o mando de la ley, solo están en la construcción lingüística que nos manifiesta la aparente realidad.

Toda invocación o evocación de un Estado justo, no es más que un grito de aquellos quienes hemos sufrido vejaciones por quienes detentan lo que se llama el poder político, (otra **construcción lingüística que nos manifiesta la aparente realidad**) nada existe en realidad, pero a la vez todo existe en nuestra imaginación, - *Estado*- es lo que se ha querido nombrar que sea, como Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley; en verdad lo que existe en los seres humanos son formas de crianzas y estados mentales, esto es, que la gente habla desde su formación histórica y racional de su crianza o sea desde su forma de ser; así el paradigma o modelo de -Estado- se construyó mediante argumentación que el intérprete realizó sobre lo que quiso fuera, luego argumentó retóricamente la existencia dentro de un -Estado- un -Estado de derecho- y para ordenar se argumentó al gobierno; este modelo o paradigma está identificado con la forma de ser de las comunidades mundiales, y por tanto el Estado puede ser bien o mal gobernado ya depende quien llegue al poder_si un noble de cuna, de buena crianza y no malos hábitos, mejores estudios y sana visión, rico acaudalado gobierna, no es garantía pero quizás, en su mente por no haber sido criado al abandono, con envidias, intrigas, vejaciones, ni en pobreza sea buen guía de individuos, y su riqueza y estudios no le hagan necesitar vejar, robar o maltratar, su educación le haga ver a todos bien; pero si el que guía es uno que llegó -arrivista- de mala crianza, de cuna nada noble, criado entre el hambre y la miseria, entre las vejaciones, hermano de muchos y tiene una mente de ratero, no se esperen un buen guía, por ello para evitar un freno a los enfermos hijos de la mala crianza, trastornados de querer sentir el poder que la miseria en la que vivieron y el hambre que pasaron no les dieron, los hace, si llegan ser méndigos y desgraciados, convenencieros y ladrones y humillan, roban, trastocan lo que se llama ley, la usan a su beneficio, son pues, monos de cilindrero con una pistola que hay que temerles porque no saben usarla pero está en sus manos; frente a estos estados mentales lesionados de crianza y perversa cuna, dañados por el hambre y la ambición, nace la

necesidad de frenar al -loco en el mando- y por ello se inventa que debe haber – sensibilidad, coherencia, tolerancia, diálogo, normas, en fin son una serie de retóricas cuyas prácticas discursivas construyen la racionalidad desde la justificación y no desde la demostración por ello la *racionalidad de su discurso* es solo un conjunto de ideas, valores y principios, para legitimar las justificaciones que ellos realizan; es su léxico y recurso retórico que le otorgan contenido a su racionalidad pero finalmente justificativo de sus argumentos a partir de las mismas ideas, valores y principios, que ellos proponen, por tanto, sólo nos encontramos frente a una construcción lingüística, retórica, dialógica, argumentativa y, constructiva.

Con base en lo anterior el –modelo- -Estado de derecho- es un léxico o terminología de lenguaje que seduce a la comunidad que cree que bajo este lenguaje el –Estado área- es regido por justas leyes, así la seducción social que genera la frase –Estado de derecho- hace entender siguiendo el discurso de lo que a esta retórica se le ha dado en el tiempo que sirve para frenar al –mono de cilindrero, con la pistola- donde los letrados buscan que no dispare el arma pues el daño a causar es grande y por irracional el –mono- no le importa, al fin el tiene el poder –la pistola- (la lesión es correr a alguien, quitarle una propiedad, exiliarlo etcétera) así se ve que todo lo que se ha nombrado como Estado, Estado de derecho, es solo un discurso para frenar al déspota en el poder, pero si ese déspota esta hambreado, es insano de mente, en frente de él podemos decir - Estado de derecho- y no pasa nada él es el mando así solo queda en sonido vacío de invocación de –Estado de derecho-, esta reflexión es experiencia del hambre que les he visto a algunos que han hecho tranzas para llegar al poder, de lecturas de la corrupción que he realizado en este trabajo pues no solo he visto eso también he visto a otros –vendidos- para mantenerse por unos centavos y son lamebotas de los que tienen el poder.

The rule of law, se traduce como Estado de derecho, pero también como Imperio de la ley, pero este discurso no satisface en la actualidad el que Estado de derecho lo sea todo, en efecto, mi propuesta es que el discurso de -Estado de derecho- debe llevar consigo un modelo que permita entender que es Estado de derecho, y si bien Estado de derecho es para frenar al déspota ignorante que yo nombro mono de cilindrero o hambreado, etcétera, el concepto debe tener

operatividad, esto es que en un Estado área, debe haber Estado de derecho regido por el Imperio de la ley, entendido imperio como algo que nombra más que Estado de derecho en mando; pero ese Imperio de ley no puede ser algo mágico que se aplique solo, por ello debe haber un Gobierno de ley, entendido como el orden, entendido orden como algo metódico, como método de trabajo como proceso formal por medio del cual se aplica la norma o ley, ésta entendida como el máximo mandante o emperador de ahí lo de Imperio porque sobre ella nadie manda; utilizando la Regla de la ley entendida como la forma en que se aplican las leyes, ya que la ley misma señala cuales son los derechos ciudadanos y cuales las obligaciones del Estado; esta pequeña retórica es mi propuesta si se quiere retórica y sin afán de un convencimiento de masas, pero si en formulación de la pregunta ¿Estado de derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley, la Regla de la ley son lo mismo o un camino de jerarquizaciones del Estado?; mi aporte al campo jurídico, es no identificar en los estudios socio-legales contemporáneos como lo mismo a “*The rule of law*”, (Estado de derecho o Imperio de la ley) ya que son diferentes. Imperio de la ley es “*Domain of law*” es decir es un término que subraya más que “*Estado de derecho*”; Así mismo cabe la duda si en verdad existe el -Estado de derecho, el Imperio de la ley, el Gobierno de la ley, la Regla de la ley- la respuesta desde la tangibilidad material sensorial es no, son materia, **construcción lingüística que nos manifiesta la aparente realidad**, son invocación para frenar a esos locos que llegan al poder, desde el que pide por un trámite administrativo, el que amenaza si no recibe mordida, el que pide dinero para hacer un puente, vender un fallo, el que mete al Tribunal a sus amigos y amantes y se roba el dinero, pero que están en el Poder, estos son los monos de cilindrero que la retórica -Estado de derecho- trata de frenar-.

Recapitulación.

En la primera parte de este capítulo vimos que sobre el concepto Estado de derecho en los estudios legales contemporáneos no se ponen de acuerdo en una definición universal; y ahora en este último apartado plantaremos nuestros paradigmas de Imperio de la ley; Gobierno de la ley, la Regla de la ley y Estado-área.

La ley es una norma jurídica obligatoria, general, impersonal, obligatoria, en ocasiones irretroactiva y abstracta; es positiva en cuanto a su existencia real, es vigente si está en vigor, inclusive tiene rostro el cual se lo da el tipo de régimen en que se crea así será aristócrata; anárquica; demagógica; democrática; militarista; elitista; fascista; laicista; monárquica; oligárquica, plutocrática; poliárquica o policrática, tiránica; paternalista; anti-movimientos sociales contemporáneos y en el mismo sentido mostraran esa cara tanto - Imperio de la ley-, como -Gobierno de la ley-. La ley es de gran importancia social ya que mantiene un orden y estabiliza las medidas entre los diferentes grupos o sectores de la sociedad del régimen al que pertenecen.

La Regla de la ley es la razón a la que han de ajustarse las acciones de los individuos para que resulten correctas; la excepción a la regla es zafarse pero dentro del mismo marco del derecho de la obligación a cumplir de esa regla, o sea no estar dentro del supuesto de la regla.

Imperio de la ley significa que nadie o nada esta por arriba de ella, -la ley manda- es mando supremo otorgado a la ley para gobernar a gobierno y sociedad, rasgo indisoluble de un Estado de derecho, de ahí que se nombre que el Gobierno de la ley es el verdadero gobierno, de modo que el Imperio de la ley mediante su gobierno en el Estado de derecho opera en todo Estado. Imperio de la ley es la potestas gladio que tiene consigo la precepta, o el castigo que lleva la norma por violarla; es autoprotección de la norma a favor de ella misma; es mandamiento estable de una precepta que contiene la potestas gladio o poder coactivo es brazo secular del Estado de derecho.

Gobierno de la ley es el proceso que se debe cumplir para hacer efectivo el Imperio de la ley en el Estado de derecho, siguiendo la Regla de la ley dentro del Estado-área. Gobierno de la ley es la conducción o manejo, la formalidad o regla de

cómo se ha de aplicar en el Estado-área la norma o precepta, sin embargo corrupción mata -Estado de derecho-, -Imperio de la ley-, -Gobierno de la ley-, -Regla de la ley-; y, Estado y Estado de Derecho; frente a la corrupción no puede haber Imperio de la ley; y es paradójico que sea la misma corrupción el motor de arranque por lo que el ciudadano invoca –Estado de derecho- esa invocación verbal o escrita es la que permite al proceso que conduce -Gobierno de la ley- que -Imperio de la ley- domine al corrupto, siguiendo la Regla de la ley con la potestas gladio o poder coactivo de la precepta o norma, pero corrupción por corrupción no permite la presencia de –Estado de derecho-; esto es, si el ciudadano hace un acto de corrupción lógicamente no llama a –Estado de derecho- en su defensa pues si lo hace al acudir con su -Imperio de la ley- o “*Domain of law*” sancionará al ciudadano y autoridad corruptos con la Regla de la ley dentro del Estado-área.

Estado de derecho, Imperio de la ley y Gobierno de la ley als ob (como si) fueran materialmente visibles pero no son materia tangible y este problema empeora el choque entre autores doctrinarios que lo ven como tangible, lo que ha generado la multiplicidad de definiciones sin llegar a nada; el problema se agudiza cuando se empeñan en verlos como materia y pasan su tiempo tratando de dar explicaciones de algo inmaterial como trasmutado mágicamente a materia y esperan que las normas sean descripciones materiales; al Derecho, Estado de Derecho, Imperio de la ley, Regla de la ley inclusive Estado-área no se les ha visto caminando por la calle para decir esa es la materia de que están hechos como ver un panda que si en la foto no se ve a colores es porque su pelaje es blanco y negro.

Los paradigmas aquí expresados no tienen color, pelaje, huesos son una dimensión descriptiva lexicista, es decir solo existen desde el lenguaje que los menciona, crea o pregunta sobre ellos; así es claro que el sentido que se le da a la norma es por la construcción lingüística y depende de la seducción que tenga esa construcción para ser aceptado o no, así la norma se construye con el sentido que se le quiere dar, es construcción retórica, y la jurisdicción que realiza el juez es sólo una repetición del discurso retórico que el legislador dio a la norma al construirla e igual suerte corren Imperio de la ley, Gobierno de la ley Regla de la ley y Estado-área.

El lenguaje crea la verdad del paradigma que se propone, la argumentación jurídica es la construcción del sentido que el interprete prejuiciosamente realiza sobre la proposición así, si el fenómeno es tangible en la naturaleza, es decir existe materialmente la verdad de la realidad es el fenómeno material y aun así, la verdad sigue en mí, en lo que yo describa como veo al fenómeno, un nuevo paradigma como en este trabajo se legitima no porque de nuevas respuestas, sino porque hace nuevas preguntas, en este caso las preguntas son ¿al Estado no es mejor dimensionarlo como Estado-área para referir a su geograficidad, perimetricidad y frontericidad en cuanto albergue de paradigmas de menor tamaño?; ¿El Estado de derecho no indica menos que el Imperio de la ley?; ¿El gobierno de la ley a caso no es la forma de aplicar los procedimientos que la ley misma prescribe?; ¿la Regla de la ley no es acaso la forma de la norma misma a ser respetada?; ¿estas preguntas no son acaso solo lenguaje de creación de nuevos paradigmas jurídicos en esta época contemporánea referente a los estudios socio legales?. Lo que este trabajo de investigación presenta son nuevos vocablos de re-significación de vocablos existentes; literalmente si esto es aceptado construyo un nuevo universo con un nuevo léxico, resemantizando vocablos anteriores y doy una nueva realidad.

Conclusiones

The rule of law, se traduce indebidamente por el idioma Inglés indistinto como Estado de derecho, o Imperio de la ley, pero no pueden ser lo mismo ya que Imperio de la ley significa algo más profundo que Estado de derecho ya que el Imperio es el mandante de un Estado-territorio

Estado de derecho, el concepto en si, no genera juicio de operatividad de aplicación de la norma de ello que en un Estado área, debe haber Estado de derecho regido por el dominio de la ley o *“Domain of law”* o Imperio de la ley, entendido imperio como algo que nombra más que Estado de derecho en mando; pero ese Imperio no es algo mágico que se aplique solo, por ello debe haber un Gobierno de ley, entendido como el orden, metódico, como método de trabajo como proceso formal por medio del cual se aplica la norma o ley; utilizando la Regla de la ley entendida como la forma en que se aplican las leyes en si mismas ya que la ley misma señala cuales son los derechos ciudadanos y cuales las obligaciones del Estado.

Gobierno de ley, en los estudios socio legales contemporáneos es orden, metódico, de proceso formal por medio del cual se aplica la norma, así el Estado de derecho se hace real si la ley impera en ese territorio Estado-área y se siguen las reglas que la misma ley establece en cuanto a la forma o manera que deben entenderse y aplicarse.

Finalmente Estado, Estado de Derecho, Imperio de la ley, Gobierno de la ley, Regla de la ley, son narrativa lingüística para designar modelos que permitan justificar la existencia jurídica de un estado regido por órdenes imperativas las cuales son dañadas por otro discurso igual de profundo que estos paradigmas el de – corrupción-.

Gobierno de la ley en los estudios socio legales contemporáneos debe significar orden regido –goberndo- de mando de aplicación de las leyes.

Propuesta

Crear en los estudios legales contemporáneos del siglo XXI, un paradigma nuevo sobre la escala de jerarquizaciones donde el orden de importancia sea:

1. Estado área;
2. Imperio de la ley; entendido como dominio de la ley o *"Domain of law"*
3. Gobierno de la ley;
4. Regla de la ley; y,
5. Estado de derecho.

Considerado bajo la siguiente retórica justificativa de un nuevo paradigma de que para que exista Estado de derecho, se necesita existan leyes que reglunen la conducta social; la aplicación de las normas debe seguir un gobierno entendido como mando de orden, de ahí que siga un Gobierno de la ley, este gobierno legal debe rendir cuenta al Imperio de la ley o *"Domain of law"* que le demanda respetar el orden de su aplicación de la ley, así al cumplirse esto se esta dentro de un Estado de derecho, el cual tiene como base al Estado-área geográfica, y ya la forma o dimensión que se le quiera dar en cuanto a mas o menos atributos solo circulara dentro de estas concepciones, pues lo que se diga que se tenga que hacer en un Estado de derecho será prescrito por leyes, que tienen su regla interior en si mismas que son en si a la vez el imperio de mando y que se deben aplicar en un orden gobernado o sea de mando.

Bibliografía.

I. Manuales.

1. Agapito, Serrano, Rafael. *“Estado Constitucional y Proceso Político”*. Editorial, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1989.
2. Anguiano, Arturo. *“El Ocaso Interminable, Política y Sociedad en el México de los Cambios Rotos”*. Editorial, Era.
3. Assies, Willem. *“Ciudadanía, Cultura Política y Reforma del Estado en América Latina”*, s-edición. Editorial, El Colegio de Michoacán, México, 2002.
4. Becerra, Ramírez, Manuel, et. al. *Estado de Derecho Internacional*. Ed. UNAM., Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2012.
5. Blanco, Valdés, Roberto I. *“El Valor de la Constitución”*, s-edición. Editorial, Alianza, Madrid, 1994.
6. Bobbio, Norberto. *“Contribución a la Teoría del Derecho”*. Editorial, Fondo de Cultura Económica, México, 1966.
7. Brito, Melgarejo, Rodrigo. *“Constitucionalismo Global”*, Editorial, Porrúa, México, 2005.
8. CARNELUTTI, Francesco. *“Derecho Procesal Civil y Penal”*, Editorial, Pedagógica Iberoamericana, clásicos del Derecho, México, 1994.
9. Cerda, Mendoza, Yuri. *“Ciencia Política, Programa Desarrollado”*. 1ª edición, Editorial, Ediciones México, 1999.
10. Cerroni, Humberto. *“Política, Método, Teorías, Procesos, Sujetos, Instituciones y Categorías”*. Editorial, Siglo XXI., México, 1992.
11. Cruz, Gregg, Angélica, et. al, *“Fundamentos de Derecho Positivo Mexicano”*. Editorial, Thomson, México, 2000.
12. Cruz, M. Luis. *“Estudios Sobre el Neoconstitucionalismo”*. Editorial, Porrúa, México, 2006.
13. Deutsch, Karl W. *“Política y Gobierno”*, Editorial, Fondo de Cultura Económica de España. Madrid, 1976.
14. Ferrajoli, Luigi. *“Derechos y Garantías”. La ley del más débil*. 5ª. ed. Editorial Trotta, Madrid, 2005.

15. Ferrajoli, Luigi. *“Los fundamentos de los Derechos Fundamentales”*. Editorial Trotta, Madrid, 2001.
16. García, Máynez, Eduardo. *“Introducción al Estudio del Derecho”*. 7ª edición, Editorial, Porrúa, México, 1956.
17. García, Máynez, Eduardo. *“Introducción a la Lógica Jurídica”*. 4ª edición, Editorial, Colofón, México, 1996.
18. Häberle, Peter. *“El Estado Constitucional”*, Ed., UNAM., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2003.
19. Heidenheimer, Arnold, and JOHNSTON Heidenheimer, Johnston, Political Corruption, Concepts & Contexts.
20. Kant, Immanuel. *“Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho”*. Editorial, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978.
21. León Duguit. *“Manual de Derecho Constitucional”*. Editorial. Librería Española y Extranjera Príncipe. Madrid, España, 1926.
22. MONTES DE OCA, Francisco. *“Literatura Universal”*. 29ª Edición. Editorial. Porrúa, México, 1990.
23. Oñate, Santiago. *“El Estado y el Derecho”*. Editorial. Anuies. México, 1977.
24. Ramírez, Fonseca, Francisco. *“Manual de Derecho Constitucional”*, 3ª Edición. Editorial PAC, Publicaciones Administrativas y Contables, México, 1983.
25. RAZ, Joseph. *“La Autoridad del Derecho”*, Ed. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1985.
26. Rezzoagli, Bruno Ariel. *“Análisis Jurídico, Económico y Político de la Corrupción”*. Editorial. Porrúa, México, 2005.
27. Ribeiro, Toral, Gerardo. *“Teoría de la Argumentación Jurídica”*. Editorial Plaza y Valdez, México, 2003.
28. -----.*“Verdad y Argumentación Jurídica”*. Editorial Porrúa. 1ª reimp. Tercera Edición. México, 2009.
29. Rodríguez, Zepeda, Jesús. *“Estado de derecho y Democracia”*. Editorial, Instituto Federal Electoral, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Jurídica, México, 1996.

30. Romanelli, Raffaele. *“Magistrati e Potere Nella Storia Europea”*. Sin-edición. Editorial, Società Editrice il Mulino, Italia, 1997.
31. Rotberg, Robert. *When States Fail Causes and Consequences*.
32. Sánchez, Bringas, Enrique. *“Derecho Constitucional”*, 7ª Edición, Editorial, Porrúa, México, 2002.
33. Tamayo y Salmorán, Rolando. *“El Derecho y el Problema de su Indeterminación, el Orden Jurídico”*. Ponencia en las XIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, celebradas en La Falda, Córdoba, del 7 al 9 de octubre de 1999.
34. ----- . *“La Ciencia del Derecho y la Formación del Ideal Político”*, Editorial. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1989.
35. ----- . *“Razonamiento y Argumentación Jurídica”*, Editorial. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004.
36. Valadés, Diego. *“El Control del Poder”*. Editorial. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998.
37. Wallerstein, Immanuel. *El Moderno Sistema Mundial*, Volumen I. *La Agricultura capitalista y los orígenes de la economía mundo europea del siglo XVI*, Ed. Siglo XXI, 1974.
38. Zagrebelsky, Gustavo. *“El Derecho Dúctil, Ley Derechos, Justicia”*. Editorial, Trotta, Madrid.
39. Zurita, Lagunes, Juan. *“Derechos del Pueblo Mexicano, Historia Constitucional 1847-1917”*. Sin-Edición. Editorial. Honorable Cámara de Diputados, XLVI Legislatura del Congreso de la Unión, México, 1967.

II. Monografías.

1. De Tocqueville, Alexis. *“La Democracia en América”*. Editorial, Porrúa, México, 1957.
2. Hamilton, Madison y Jay. *“El Federalista”*. 2ª Edición, Editorial, Fondo de Cultura Económico, México, 1947.
3. Hobbes, Thomas. *El contrato social*.

4. HOBBS, Thomas. *“Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil”*. 9ª reimpresión. Editorial. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
5. Ibarra, Serrano, Francisco J. *“La Justicia”*. Editorial, Guerrero Cia. A.C., México, 1992.
6. Larroyo, Francisco. *“Comentarios a la obra de Platón, Las Leyes, Epinomis El Político”*. 6ª Edición. Editorial. Porrúa. “Sepan Cuantos”, México, 1998.
7. Platón. *“Las Leyes, Epinomis El Político”*, 6ª Edición. Editorial. Porrúa “Sepan Cuantos”. México, 1998.
8. ----- . *“La República o el Estado”*, 27ª Edición. Editorial. Planeta Mexicana. México, 2000.
9. Rousseau, Juan Jacobo. *“El Contrato Social”*, 2ª reimpresión. UNAM., Nuestros Clásicos, México, 1979.
10. ----- *“El Contrato Social”*, 12ª Edición. Editorial. Porrúa, México, 2000.
11. Schroeder, Cordero, Francisco. *“Constitución Política los Estados Unidos Mexicanos, Comentada, -artículo 136-”*, 10ª Edición, Editorial, Porrúa, México, 1997.

III. Tratados.

1. Recasens, Siches, Luís. *“Tratado General de Sociología”*, 21ª Edición. Editorial. Porrúa, México, 1989.

IV. Hemerografía.

1. Revista de Estudios Sociales, N°. 37. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de los Andes, Septiembre-Diciembre, 2010. Bogotá, Colombia. ISSN 0123-885X.

Artículos en esta revista:

- a. Di John, Jonathan. Conceptualización de las Causas y Consecuencias de los Estados Fallidos. Una reseña crítica de la literatura. Revista de Estudios Sociales, N° 37. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de los Andes, Septiembre-Diciembre, 2010. Bogotá, Colombia.
2. Revista Foreign Affarirs en Español. Volumen 4. N°. 4. Edición para Iberoamérica. ITAM. Octubre – Diciembre. 2005.

Artículos en esta revista:

- a) D. Krasner, Stephen y PASCUAL Carlos. Para Remediar la Ingovernabilidad de los Estados. El peligro de los estados fallidos. Revista Foreign Affarirs. Volumen 4. N°. 4. ITAM. Octubre – Diciembre. 2005.
3. Revista Foreign Affarirs en Español. Volumen 5. N.º 2. Edición para Iberoamérica. ITAM. Abril – Junio. 2005.

Artículos en esta revista:

- a) E. Eizenstat, Estuart. EDWARD POTER, John. y M. WEISTEIN, Jeremy. La Reconstrucción de Estados Débiles. Estado crítico. Revista Foreign Affarirs. Volumen 5. N°. 2. ITAM. Abril – Junio. 2005.
4. Revista Foreign Affarirs en Español. Volumen 11, N° 2, Latinoamérica. ITAM. Abril – Junio. 2011.

Artículos en esta revista:

- a) Benitez, Manaut. Raúl. Estados Fallidos e Insurgencias Criminales. Revista. Foreign Affarirs. Volumen 11. N°. 2. ITAM. Abril – Junio. 2011.
5. “*Revista de Derecho*”, Publicación Arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay. Diciembre 2010.

Artículos en esta revista:

- a. Ribeiro, Toral, Gerardo. “*Retórica y Racionalidad Jurídica*”. “*Revista de Derecho*”, Publicación Arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay. Diciembre 2010.
6. “*Revista Mexicana de Estrategias Fiscales*”. “*Defensa Fiscal*”, Mayo 2011.

Artículos en esta revista:

- a. Ribeiro, Toral, Gerardo. “*Sentido y Argumentación Jurídica en la Defensa Fiscal*”. “*Revista Mexicana de Estrategias Fiscales*”. “*Defensa Fiscal*”, Mayo 2011.
7. Ryan E. Carlin, Rodolfo Sarsfield, and Mark A. Hurwitz. Editors. “*Special Issue: Rule of Law*”. Magazine “*The Justice System Journal*”. Volúmen 33, N°. 2, Editorial National Center for State Courts, USA. Year, 2012. Ryan E. Carlin, Rodolfo Sarsfield, and Mark A. Hurwitz. “*Número Especial: Estado de derecho*”.

Artículos página en índice de esta revista.

- a. Bergman, Marcelo. Article *“The Rule, The Law, And The Rule Of Law: Improving Measurements And Content Validity”*. Magazine *“The Justice System Journal”*. Volumen 33, N°. Editorial National Center For State Courts, USA., Year, 2012.
- b. Carlin, Ryan E. Article *“Rule-Of-Law Typologies In Contemporary Societies”*. Magazine *“The Justice System Journal”*. Volumen 33, N° 2, Editorial National Center For State Courts, USA. Year, 2012.
- c. Moller, Jorge, and Skaaning, Svend-Erik. Article *“Systematizing Thin And Thick Conceptions Of The Rule Of Law”*. Magazine *“The Justice System Journal”*. Volumen 33, N° 2, Editorial National Center For State Courts, USA. Year, 2012.
- d. Pascuale, Pasquino. Article. *“On Rule Of Law And Divided Power”*. Magazine *“The Justice System Journal”*. Volumen 33, N°. Editorial National Center For State Courts, USA., Year, 2012.
- e. Ríos-Figueroa, Julio. Article. *“Justice System Institutions and Corruption Control: Evidence From Latin America”*. Magazine *“The Justice System Journal”*. Volumen 33, N°. Editorial National Center For State Courts, USA., Year, 2012.
- f. Ryan E. Carlin and Rodolfo, Sarsfield. Magazine *“The Justice System Journal”*. Volumen 33, N° 2. Preface, *“Rethinking The Rule Of Law: Concepts, Measures, And Theory”*, Editorial National Center For State Courts, USA. Year, 2012.
- g. Sarsfield, Rodolfo. Article *“The Bribe Game: Microfoundations of Corruption. in Mexico”*. Magazine *“The Justice System Journal”*, Volumen 33, N°. 2, Editorial National Center For State Courts, USA. Year, 2012.
8. *Political Concepts*, Svend-Erik Skaaning, Political Concepts. Committee on Concepts and Methods. Editorial, Working Paper Series. Documento de trabajo CIDE. 29, April 2009, CIDE, México City.
9. *Political Concepts*, RIOS, Julio, Et. Al., Political Concepts. Committee on Concepts and Methods. Unpacking the Rule of Law. A Review of Judicial

Independence Measures, Editorial, Working Paper Series. Documento de trabajo CIDE. Septiembre 2008, CIDE, México City.

10. Revista. “*Metapolítica*” Volumen 16, n°. 78. Julio – Septiembre 2012.

Artículos página en índice de esta revista:

Sarsfield, Rodolfo. Artículo. “*La Economía Política de la Corrupción en América Latina Metapolítica*”. ¿Tierra de hombres infames? Revista. “*Metapolítica*” Volumen 16, n°. 78. Julio – Septiembre 2012.

V. Gacetas.

1. Sánchez, García, Alejandro. Gaceta Electoral del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán. No. 21. Enero - Abril, 2009.

Artículos en esta Gaceta:

a. Sánchez, García, Alejandro. “*Legitimidad-Legalidad*”, Gaceta Electoral del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán. No. 21. Enero - Abril, 2009.

VI. Diccionarios.

1. De Pina, Vara, Rafael. “*Diccionario de Derecho*”. 37ª edición, Editorial, Porrúa, México, 2008.
2. Martín, Alonso. “*Enciclopedia del Idioma, Diccionario Histórico y Moderno de la Lengua Española, Siglo XII al XX, Etimología, Tecnológicos, Regional e Hispano Americano*”, tomo I, Editorial, Aguilar, México, 1991.
3. _____. “*Enciclopedia del Idioma, Diccionario Histórico y Moderno de la Lengua Española, Siglo XII al XX, Etimología, Tecnológicos, Regional e Hispano Americano*”, tomo III, Editorial, Aguilar, México, 1991.
4. Tamayo y Salmorán, Rolando. “*Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, tomo D – H*”. Editorial. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000.

VII. Enciclopedias.

1. Olavarría y Ferrari, D., Enrique, “*México, a Través de los Siglos*”, tomo IV, “*México Independiente*”. 25ª edición, Editorial. Cumbre. México, 1979.
2. Ossorio y Florit, Manuel, et, al, “*Enciclopedia Jurídica Omeba, Real-Retr*”, *Bibliográfica Omeba*, s-ed., Editorial. Diskill. Buenos Aires, 1987.

VIII. Conferencias.

Weber Max, o Karl Emil Maximilian. *La política como vocación* (Politik als Beruf) conferencia que dio a la Unión de Estudiantes Libre, Universidad de Múnich, Alemania, enero 1919.

Sarsfield, Rodolfo. *¿Tierra de Hombres Infames? “La Economía Política de la Corrupción en América Latina”*. Por Rodolfo Sarsfield. Documento de Trabajo División Estudios Jurídicos CIDE., México, 2009.

IX. Ponencias.

Tamayo, Rolando. Ponencia en las XIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, celebradas en La Falda, Córdoba, del 7 al 9 de octubre de 1999. “El Derecho y el Problema de su Indeterminación”.