

Derecho Político

DOCTRINAS POLITICAS FORJADORAS DEL ESTADO DE DERECHO LIBERAL

LA DERROTA DEL PODER POLÍTICO ABSOLUTO

Dr. Jorge Zavala Egas Miembro de la Academia de Derecho Constitucional y
Derecho Administrativo Miembro de la Comisión de Reforma Constitucional del H.
Congreso Nacional Profesor de Derecho Administrativo de la UCSG Profesor de
Derecho Político de la UEES Profesor de Derecho Penal del Instituto de Criminología
de laUG

SUMARIO

- a) Sobre el Estado
- b) A qué respondemos cuando preguntamos sobre la formación del Estado como Poder político, ¿al cómo se formó o al por qué se formó?
- c) Elementos del Estado. Poder político y autoridad
- d) La soberanía como cualidad del Poder y no del Estado
- e) Origen del Estado, un tema. Justificación del Poder, otro tema
- f) Teorías POLITICAS sobre la formación del Estado y el origen del poder
Político: teocrática y contractualista
- g) Teoría Teocrática
- h) Santo Tomás DE AQUINO (1225 -1274)
- i) Teorías contractualistas: la absolutista y la democrática
- j) Teoría contractualista absolutista: Thomas HOBBS (1588 -1679) k)
Problemática post - hobessiana
- l) Teoría contractualista democrática: John LOCKE (1632 -1704) 11)
Doctrina de la división del poder: MONTESQUIEU
- m) Jean Jacques ROUSSEAU (1712 - 1778): el contrato social, la voluntad general y la soberanía.
- n) Epílogo

~) Sobre el Estado

Ya no podemos seguir identificando al Estado sobre la base del concepto «*comunidad política*». Si así resultara pudiésemos hablar, con propiedad, del "*Estado romano*" o del "*Estado griego*"; pero ello resulta notoriamente inexacto. "*La comunidad política es lo permanente y esencial. El Estado como forma de ella, resulta en cambio existencial y mudable*¹."

El nacimiento del Estado se sitúa, históricamente, al comienzo de la Edad Moderna, pero su modelo ha venido cambiando, crisis tras crisis, desde el *Estado liberal de Derecho*, mejor llamado *Estado formal de Derecho*². O bien, *Estado abstencionista*, caracterizado por su indiferencia ética. En el que la carencia de contenido y su consecuente insuficiencia para satisfacer las demandas sociales de su tiempo, son los signos que lo caracterizaron. El resultado devino en el *Estado totalitario*, paradigma del cual fueron las construcciones del *Estado totalitario*: leninista en Rusia, fascista en Italia y nazista en Alemania. Luego de la segunda Gran Guerra, es que surge el de ésta última, la concepción del *Estado Social de Derecho*. A diferencia del primero, una concepción del Estado en la cual se requiere necesariamente de una fuerte dosis de intervencionismo administrativo para obtener una *configuración social*. Es el Estado de la *procura existencial* como dirá Ernest FORSTHOFF. Intervención que se produce, sin embargo, siempre sometida al Ordenamiento Jurídico, esto es, al Derecho, respetando los derechos y las libertades de las personas, otorgando garantías para su efectiva aplicación, pero 'persiguiendo lo que se conoce como la *justicia material*. Dice ORTIZ DIAZ: *El Estado social de Derecho, no es un Estado socialista, porque respeta la libertad económica, la empresa privada, los derechos de las personas, pero de «conformación de la realidad social».*

No es preciso llegar a los extremos de un *Estado del bienestar (Welfare State)* o *estado asistencial*, también conocido como *Estado providencia* que rompe con la noción de *subsidiariedad* que debe ser inherente al Estado. La quiebra se comprende si nos atenemos a esta opción: servicios sociales a

ORTIZ Díaz, José. *El horizonte de las administraciones públicas en el cambio de siglo*. En *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*. Libro homenaje al profesor Dr. Ramón Martín Mateo. Tomo 1 (Coordinador Francisco SOSA WAGNER), pág. 64.

ZA V ALA EGAS, Jorge. *Derecho Constitucional*. Tomo II. EDINO, Guayaquil, 2002, Sumario 1

cargo del Estado o éste fomentado su prestación por instituciones sociales, nacidas de la iniciativa de la sociedad. *Si el «Estado de bienestar» funciona de manera moderada, evitará un sistema de asistencia excesiva, que crea más problemas de los que soluciona.* Se trata, como dijo el Primer Ministro británico Tony LE BLAIR, de construir un Estado de bienestar que no tenga por objetivo *tratar a todos igual, sino ayudar más a aquellos que tienen menos y ayudar menos a los que tienen más.*

El Ecuador es un Estado *social* de Derecho prescribe nuestra Constitución en el Art.1.

- b) A qué respondemos cuando preguntamos sobre la formación del Estado como Poder político, ¿al cómo se formó o al por qué se formó?

Siendo el Estado la realidad total que impera sobre el hombre, como ser social y político, no parece extraño que todas las ciencias sociales lo consideren como objeto de sus investigaciones y conocimientos: la Historia, la Sociología, la Filosofía, el Derecho y, ahora, la Ciencia Política que ha creado los investigadores de moda sobre el tema, es decir, *los politólogos.*

Sin embargo, es raro encontrar investigaciones históricas, sociológicas, filosóficas, jurídicas o de ciencia política que nos satisfaga en la investigación sobre *el origen del Estado.* Partiendo de la premisa que no es lo mismo estudiar el nacimiento del Estado, que responde al *cómo* se formó, y no al *por qué* existe, pues, ésta es una interrogante sobre *la justificación del Estado,* que se orienta a responder sobre *su legitimación.* Esto es, el por qué deviene en *legítimo* el Estado como poder.

En consecuencia, no es lo mismo *analizar «cómo» se formó el Estado y «por qué» existe el Estado, por cuanto desde este punto de vista plantearíamos la «justificación» del Estado.* Por ello, para responder al *cómo,* es necesario acudir a las teorías POLITICAS que colaboran a desarrollar una respuesta.

En nuestro *Derecho Constitucional* hicimos una clasificación de las concepciones del *Estado de Derecho* a partir de la teoría *racional* del mismo y ésta surgida como oposición a la teoría *teocrática*,⁴ pero esas páginas estaban destinadas a resumir las etapas del Estado de Derecho y no a la investigación sobre *la formación de! Estado*.

Por otra parte, no vemos de ningún interés saber cuándo surge el término *Estado* en el léxico de la ciencia, pues, sabido es que cuando aparece, ni remotamente se refiere a lo que hoyes el Estado y más bien está referido, el término, a las realidades humanas, *no territoriales* de los griegos; o a la *civitas* romana de CICERÓN; o, bien, a los principados de MAQUIAVELO. Es decir, *el término «estado» fue ajeno a la Antigüedad, época en la que se usaron las denominaciones de «polis», «res publica» e «imperium»*. El profesor alemán de la Universidad de Hamburgo, Herbert KRÜGER explica sobre la terminología lo siguiente:

liLa palabra *estado* proviene de la voz latina *status*. Pero esto no quiere decir que los romanos la hubiesen utilizado con la significación actual de *estado*, ni siquiera que tuvieran un significado más o menos próximo. Al hablar de su comunidad usaban preferentemente el término *pueblo romano* o el de *res publica*. La palabra *status* significaba algo radicalmente distinto, a saber, *condición* o en todo caso *constitución*. Con estos significados, la palabra *status* exigía un genitivo que expresara de qué constitución o condición se trataba. De lo que se deduce inequívocamente que en la medida en que el término *status* no se encuentra solo, sino que va acompañado de un genitivo, no puede tener el significado específico de *estados* ^{1/5}.

De lo que se concluye que la concepción del Estado moderno se adentra más en la historia y, debemos anticipar, que nuestro Estado es producto de la Etapa Moderna que se inaugura a partir del siglo XVIII, cuando el feudalismo quiebra y nace el Estado nacional.

ZA VALA EGAS, Jorge. *Derecho Constitucional*, Tomo II, EDINO, Guayaquil, 2002, pág.19
Cita de Mario DE LA CUEVA. *La idea del Estado*. UNAM, México, 1980, pág. 41

c) Elementos del Estado. Poder político y autoridad

El Estado, para la doctrina pacífica de Derecho Constitucional, es la conjunción de tres elementos: *territorio* o elemento físico, *población* o elemento humano y el *poder político*. Esta parte de nuestro estudio no roza siquiera los dos primeros elementos, más sí al tercero, esto es, al *poder político*.

Comencemos por diferenciar los conceptos de *poder político* y de *autoridad*, pues, no son idénticos y, por el contrario, siempre son diferentes. El primero, se ejerce por personas, pero sobre la base de una organización que dispone de medios coercitivos para hacerse obedecer. El galeote, que desea intensamente descansar de su pesada labor de mover los remos, desiste de esa mala idea cuando mentalmente se representa al fuste con el que será castigado por su desobediencia⁶. Existe un poder que lo tiene sometido y, por ello, contra su voluntad debe seguir remando. La *auctoritas*, en cambio, significa la posesión de cualidades valiosas, que hacen a su portador digno de obediencia por ser digno de respeto; el poder puede caer en manos de cualquiera, la *auctoritas*, en cambio, es una cualidad intrínseca y escasa, recibida como don del cielo o adquirida como resultado de una conducta ejemplar⁷. Es la que, según Max WEBER, "*descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y las ordenaciones por ella creadas o reveladas ... En el caso de la autoridad carismática se obedece al «caudillo» carismáticamente calificado por razones de confianza personal en la revelación, heroicidad o ejemplaridad, dentro del círculo en que la fe en su carisma tiene validez ...*"⁸.

Por lo general, se utiliza el concepto de *poder* por aquellos que creemos que éste requiere, necesariamente, de la *capacidad* de imponer la fuerza para hacer efectiva su dominación, es decir, que tienen a su disposición la coerción; y usamos el de *autoridad* para denominar el "*vínculo moral de los gobernantes con el gobernado*"⁹o, bien, como dice

⁶ John Kenneth GALBRAITH. *La anatomía del poder*. PLAZA&JANES, Barcelona, 1985, págs.22/23

⁷ Don Manuel GARCIA PELA YO. *Los mitos políticos*. Cita de REY CANTOR, Ob. Cit., pág. 11 *Economía y Sociedad*. F.C.E., Bs. Aires, 1992, Págs. 172/3

Julio César TRUJILLO. *Teoría del Estado en el Ecuador*. C.E.N., Quito, 1994, Pág. 44

⁹

Rodrigo BORJA, *"la «autoridad» es «fundamentalmente» una fuerza moral ... La autoridad (se funda) en la razón que obliga moralmente la voluntad ... "*¹⁰.

El poder es una *relación* entre dos sujetos: el que manda y el que es mandado, con un objeto: lo que se manda y, por ello, la forma suprema de la *relación de dominación*, o sea, de mando y la obediencia, se da en la comunidad políticamente organizada, o sea, en el Estado¹¹.

Luego, podemos coincidir con Ernesto REY CANTOR, quien expresa que *cuando en un territorio determinado se asienta una población, y en él se establece el poder político, «nace» el Estado*¹². Es esta combinación de elementos mínimos la que arroja como resultado la existencia de un Estado.

d) La soberanía como cualidad del Poder y no del Estado

Ciertos estudiosos han afirmado que la *soberanía* es un elemento del Estado, pues, aseveran, que no existe sino el Estado *soberano*. Sin *soberanía* no hay Estado posible, dicen. La disonancia se explica, pues, como lo afirma Jacques MARITAIN, *"ningún concepto ha suscitado tantas controversias y opiniones contradictorias, ni ha envuelto a los juristas y teóricos políticos del siglo XI en un laberinto tan desesperante como el de soberanía. La causa es quizás que el significado original, genuinamente filosófico, del concepto, no ha sido lo bastante examinado, comprobado y tomado en serio por ellos desde su mismo comienzo ... "*¹³.

La confusión entre *Potestad soberana* y *Estado soberano* la explica Raymond CARRÉ de MALBERG diciendo que, por una confusión, consistente en que, *por lo mismo que refería a la idea de soberanía las prerrogativas esenciales de la potestad estatal, llevó la doctrina a considerar a la soberanía como un elemento indispensable del Estado, cuando ésta no es, a decir verdad, más que un carácter, no esencial, de algunos Estados. De un concepto de*

¹⁰ Enciclopedia de la política. F.e.E., México, 1998, págs.58 y 59

¹¹ Germán J. BIDART CAMPOS. *Lecciones elementales de política*. UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, Lima, 2002, Págs.204 y 205.

¹² Ob. Cit., Pág.13

¹³ *El hombre y el Estado*. Edit. GUILLERMO KRAFT. Bs. Aires, 1952, pág.43 (Cita de

soberanía que había nacido de causas históricas especiales de Francia, se ha caído en el error de querer hacer el criterio lógico y absoluto de Estado ... ¹⁴.

Jean BODINO en su obra "*Los seis libros de la República*" (1576) definió el Estado como "*un recto gobierno de varias agrupaciones y de los que 'es es común, con potestad soberana*". Para entenderlo bien, debemos partir de la realidad que la *soberanía* se define como una cualidad de la *potestad* estatal que es *suprema y absoluta*, por tanto, que no se identifica con ésta. Se limita, la *soberanía*, a significar que desde el punto de vista internacional se encuentra, la *potestad estatal*, exenta de toda subordinación a otro en extranjero y, desde el punto de vista interno, esa misma *potestad* es superior a cualquier otra dentro del Estado. Luego, tiene, la *soberanía*, un significado *negativo*: exención de sometimiento a otra potestad. Mientras que la *potestad* del Estado trasunta un signo *positivo*: *poderes efectivos, derechos activos de dominación* como hacer leyes, expedir reglamentos, ejercer el poder de policía, dictar sentencias, etcétera. Luego, no se puede identificar la *soberanía* con la *potestad estatal*, aquélla es una cualidad de ésta. Nos dice CARRÉ de MALBERG:

" ... En su acepción propia e históricamente originaria, la soberanía no es, pues, más que un carácter de la potestad del Estado; pero no se confunde con esta última ... Pero este sentido primitivo va a oscurecerse muy pronto. BODINO mismo empezó a confundir las categorías en esta materia. La causa de esta confusión ha sido que, junto al concepto precedente de soberanía adopta otro segundo concepto fundamentalmente diferente, según el cual la soberanía no es ya únicamente una cualidad de la potestad estatal, sino que se identifica con esta misma potestad. Es fácil comprender cómo pudo producirse esta transformación. Puesto que la soberanía es atributo que en el siglo XVI no pertenece ya más que a la potestad estatal y que, según la doctrina de BODINO, entra en la definición misma del Estado, los autores de, esa época se han ido dejando llevar a designar la potestad estatal por su cualidad esencial, y a confundir esta potestad con uno de sus caracteres ... El error cometido por BODINO y sostenido por sus sucesores consistió en querer dar entrada en la soberanía al contenido positivo de la potestad del Estado, y así es como han llevado a la primera lo que

era una consecuencia de la segunda. Al pretender atribuir a la soberanía tales o cuales poderes determinados, no se dieron cuenta que entre esos poderes hay algunos que incluso pertenecen al Estado no soberano, es decir, no completamente independiente. Así se prepara y se establece la grave confusión que se ha mantenido hasta la época presente y que, por lo mismo que refería a la idea de soberanía las prerrogativas esenciales de la potestad estatal, llevó la doctrina a considerar a la soberanía como un elemento indispensable del Estado, cuando ésta no es, a decir verdad, más que un carácter no esencial, de algunos Estados.,¹⁵

No es una postura doctrinal correcta la de afirmar que la soberanía consiste en proclamar que el ejercicio del Poder del Estado es en interés del pueblo, para su bienestar y felicidad, pues, ello también se puede concretar, como se lo hizo, aseverando que ese Poder debe concretarse en dar *"todo para el pueblo, pero sin el pueblo"*. Nos adherimos a la tesis de que *"el principio de la soberanía popular se refiere de manera primaria a la cuestión de la titularidad del poder del Estado. Con él se afirma que la Instauración y la organización del dominio que ejerce el poder político tienen que poder retrotraerse al pueblo mismo, esto es, a una legitimación y a una decisión que surgen del pueblo"*¹⁶.

Para nosotros es claro que la *soberanía* califica al *poder* político y, por tanto, por sí sola aquella no es un elemento del Estado, que puede configurarse sin su presencia, pues, puede existir el Estado con potestad pública no soberana, esto es, no totalmente independiente o no absolutamente autónoma. En el Derecho Internacional actual, incluido el *Derecho de la Integración*, se prueba la pérdida del sentido totalizador de la soberanía, primero, por el fenómeno de la globalización, vía tratados internacionales, de los derechos humanos que son oponibles, conjuntamente con sus garantías, a los mismos Estados y a su consecuente potestad pública que los configuran y que, por ello, deja de ser soberana. Este fenómeno es notorio cuando se observa, después de la Segunda Guerra Mundial que *"las economías «estatales", resultaban cada vez menos autosuficientes. Necesitaban de la complementariedad de los otros Estados y de*

¹⁵ *Teoría general...* pág.86

¹⁶ BEICKENFIRDE, Ernst Woifgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. TROITA, Madrid, 2000. Pág.50

*su integración en organizaciones económicas superiores. De ahí, que surgieran Organizaciones (primero de carácter sectorial), como la C.E.C.A (Comunidad Económica del Carbón y del Acero); después la Comunidad Económica Europea, hasta llegar a la actual U.E. (Unión Europea). En estas nuevas estructuras supracomunitarias, los Estado integrados, cedían parcialmente a favor de aquellas, la soberanía de algunas de sus competencias*¹⁷.

En conclusión, uno de los elementos del Estado es el *poder soberano*, esto es, un poder supremo que, precisamente, por serlo, no reconoce a ningún otro superior. Esto significa que la soberanía es atributo o cualidad del poder, pero no es elemento del Estado. Por tanto, el poder soberano es elemento necesario del Estado, pero puede existir un Estado no soberano.

e) Origen del Estado, un tema. Justificación del Poder, otro tema

Afirma el profesor de la Universidad Autónoma de México, Francisco PORRÚA PÉREZ que:

I/El problema del origen del Estado es distinto del correspondiente a su justificación, no sólo por ser distinto en sí, pues no es lo mismo resolver cuál es el origen del Estado que contestar al interrogante de por qué debe existir el Estado. La diferencia es también de método, pues el segundo problema, el relativo a la justificación, implica la necesidad de emplear el «método filosófico» para resolverlo.

Sin embargo, cuando se trata de resolver el problema relativo al origen del Estado, también es posible auxiliarse del método filosófico al tratar de definir, no cuándo se origina un Estado determinado, sino cuando se plantea en abstracto el origen del mismo, y se trata de resolver este problema de la aparición histórica del Estado, no refiriéndose a uno en concreto, sino de manera general.

Ligada con este segundo aspecto del problema se encuentra la otra cuestión importantísima que corresponde a la interrogación de por qué debió surgir el Estado, es decir, su justificación moral.

¹⁷ ORTIZ DÍAZ, José. Ob. Cito Pág.65

El problema de saber cómo surgió el Estado es puramente histórico u objetivo. Consiste en determinar el proceso que lo originó.

El problema de solucionar por qué existe el Estado y por qué debió originarse en el sentido de fijar su valoración, su justificación, es especulativo o filosófico ... „18.

Es verdad que cuando se investiga sobre la *justificación del Estado*, más se interroga sobre la *legitimidad del poder*. No se trata de justificar la existencia del *Estado* en su totalidad, esto es, como un *ser*, sino que se limita, la investigación, a darle fundamentos a la realidad de su *poder*. Asevera el profesor mexicano citado que *el problema del origen del Estado es diferente del relativo a la justificación de la autoridad y del correlativo deber de obediencia, pues, este problema de la justificación del poder no es sino uno de los capítulos de la justificación del Estado, ya que el poder no es sino de una de las notas que corresponden a la naturaleza del Estado*. Esto es evidente si aceptamos que el poder político es uno de los elementos del todo que es el Estado, mas que no es el único componente del mismo. El poder político vive por y en el Estado, pero éste es *más* que el mero poder político, pues requiere de un pueblo asentado en un medio geográfico.

Nuestro tema, en este ensayo, es el primero, esto es, contestar al *cómo* se originó el Estado y no al *por qué* de su existencia y de su forma de ser como poder político.

f) Teorías POLITICAS sobre la formación del Estado y el origen del poder político: teocrática y contractualista.

Para contestar al *cómo* se originó el Estado y sobre el origen del poder político nos valdremos de dos teorías POLITICAS, esto es, de sendas hipótesis sobre el origen de esta unidad compuesta por medio físico, pueblo y poder político: la *teocrática* y la *contractualista*. Y esto porque después de esta última, no existe otra que haya surgido con la fuerza comprensiva que explique el origen del Estado y tenga vigencia.

¹⁸ *Teoría del Estado*. EDITORIAL PORRÚA., México, 1984, págs. 401/402

g) Teoría Teocrática

Como se sabe *teocracia* es una forma de gobierno en la que teóricamente Dios es el soberano. BOBBIO y MATTEUCCI concretan el concepto de *teocracia* expresando que es la que "*indica el ordenamiento político en el que el poder es ejercido por Dios, o sea de hecho, por hombres considerados directamente en relación con Dios*"¹⁹. El término fue acuñado por el historiador judío FLAVIO JOSEFO (siglo 1 d. C.) para reseñar que Moisés "instituyó la *teocracia* como gobierno, restableciendo en Dios el poder y la fuerza, dando origen de este modo a la más bella y a la más justa de las constituciones, es decir a la que" *atribuye a Dios el gobierno de todo, que encarga a los sacerdotes administrar en nombre de todos los asuntos más importantes le confía al sumo sacerdote la dirección de los demás sacerdotes*".

No hay que confundir el concepto de *teocracia* con el de *teología* que es la ciencia que trata de Dios y de sus atributos y perfecciones, como nos la define el Diccionario de la Lengua Española.

Si la teoría teocrática supone que el poder político proviene de Dios, concluye en que aquél no deriva de la *naturaleza*, sino de lo *sobrenatural*, que es lo propio de Dios. Y si es así, acorde con esta hipótesis, el poder político nace de la voluntad divina y también de ésta proviene el Estado.

¿Dónde encuentra su fundamento? En la Biblia.

La *teoría teocrática*, sobrenatural, encuentra su fundamento en el libro sagrado para los católicos y, fundamentalmente, en SAMUEL, también llamado "*Libro Primero de los Reyes*", donde encuentra su origen la primera monarquía, forma de gobierno (*poder político*) sobre la comunidad israelita (*elemento humano*), asentada en tierras del Canaán (*territorio*). Dice la Biblia:

"8. Reuniéronse, pues, todos los ancianos de Israel y vinieron a Samuel, a Ramá y dijéronle: «Ten en cuenta que tú estás viejo y tus hijos no marchan por tus vías. Ahora bien, desígnanos un rey para que nos gobierne, como hacen todos los pueblos». La

¹⁹Diccionario de política. México, Siglo XXI, 1 986, págs. 1534 y 1535 (Cita de REY CANTOR)

proposición pareció mal a los ojos de Samuel cuando dijeron «¡Danos un Rey para que nos gobierne!»; e hizo Samuel una oración a Yahveh. Yahveh dijo a Samuel: «Atiende la voz del pueblo en todo lo que te digan, pues no es a ti a quien recusan, sino que a mí recusan para que no reine sobre ellos. Conforme a cuanto han hecho desde el día en que los subí de Egipto hasta el día presente, que me han abandonado y servido a otros dioses, así hacen ellos también contigo. Ahora bien, atiende su clamor, pero adviérteles bien exponles el derecho del rey que va a reinar sobre ellos» ... 11. Luego Samuel dijo al pueblo: «¡Ea, vamos a Gilgal para que inauguremos allí la monarquía!» Marchó, pues, todo el pueblo a Gilgal y allí proclamaron Rey a Saúl delante de Yahveh, en Gilgal...".

Todo el poder político, incluida la expedición de las leyes, provenía de la divinidad y era ejercido, el mismo, en forma directa, esto es, por Dios mismo.

h) Santo Tomás de Aquino (1225 -1274)

Fundador de la *escolástica*, esto es, la escuela que utilizó como método la aplicación de la razón a los dogmas cristianos mediante el uso de silogismos, basados en las opiniones de las autoridades. Fue la superación de la *patrística*²⁰ que imperó en la agonía del Imperio romano, al inicio de la Edad Media.

El filósofo afirma que el hombre es un animal *político y social*, de lo cual deviene su naturaleza de vivir *asociado* con sus iguales; luego, asevera, que el hombre es de naturaleza teleológica, es decir, *se dirige a un fin* y, por ello, *necesita quien lo guíe hacia el fin* y ello, con el objetivo, de alcanzar el *bien común* y, finalmente, dice que esa *asociación humana* necesita de un *gobernante*, pues donde éste no existe, la asociación, *el pueblo*, se disipa. Silogismos para demostrar la solución a la inquietud planteada, característica del método escolástico.

²⁰ Doctrina de los Padres de la Iglesia, se llama así a los escritores eclesiásticos antiguos que por su santidad y ciencia han sido reconocidos por la Iglesia como maestros de la doctrina católica (Ver REY CANTOR, págs. 110 y 111)

Como cita REY CANTOR, para el aquinita *"la existencia del Estado nace de la misma naturaleza social, racional y libre del hombre. Esta naturaleza humana exige una autoridad o gestor encargado de procurar el bien común, y reclama a la vez que los hombres esclarecidos destacados por su virtud y su saber se pongan a la cabeza y al servicio de sus semejantes dirigiéndolos ... De este modo, el Estado constituye un producto de la naturaleza no en sentido de algo causado por ella, sino de algo que hacen los hombres en virtud de los hondos y consubstanciales impulsos de su ser; y puesto que todo lo que es natural procede de Dios, el Estado es, en definitiva, obra divina ... "*²¹ y Dios es el primer *gobernante*. De Dios emana toda autoridad y gobierno, lo demuestra Tomás de Aquino, mediante dos silogismos encadenados que Marcel PRELOT nos lo explica en su *Historia de las ideas POLITICAS*:

"Premisa mayor: la sociedad es una exigencia de la naturaleza del hombre, ser moral, razonable, religioso, social;

Premisa menor: para vivir en sociedad se necesita una autoridad superior que ordene a cada miembro con vistas al bien común;

Conclusión: así, pues, la autoridad es una exigencia de la naturaleza, porque el fin no se puede alcanzar sin el medio.

Premisa mayor: pero las exigencias de la naturaleza proceden de Dios, que es su autor;

Premisa menor: la autoridad es una exigencia de la naturaleza;

Conclusión: luego, la autoridad procede de Dios".

La primer conclusión se concatena con la segunda: la autoridad (el Poder) es una exigencia de la propia naturaleza y como ésta la forma y configura Dios, el Poder proviene de El.

Consecuencia de afirmar, la teoría teocrática, que el Rey estaba por encima del pueblo, dado que su *poder* deriva de la gracia de Dios, es la de aseverar también que es, a su vez, políticamente irresponsable y, por ende, no puede ser enjuiciado por el propio pueblo.

²¹Ob. Cit., pág. 93

Se atisba el inicio del principio que se erigiría sólidamente después proclamando que " *el Rey jamás se equivoca*".

Este es el resumen de la Teoría Teocrática sobre el origen del Poder Político y, por tanto, del Estado.

i) Teorías contractualistas: la absolutista y la democrática.

El *contractualismo* se configura partiendo de la *teoría* de la existencia del hombre viviendo en un estado de naturaleza, del cual evoluciona a su actual vida dentro del Estado, pero tal evolución se produce por la realización de un *pacto* o *contrato social*, en cuya celebración no tiene ninguna influencia Dios.

La teoría parte no de hechos históricos o que hayan acaecido en la realidad, sino de la *hipótesis* de un estado de naturaleza cuya realidad "*ya no existe, que a lo mejor nunca existió, que probablemente no existirá jamás ...* (Luego), *no cabe tomar las búsquedas que uno pueda acometer al respecto, por unas verdades históricas, sino únicamente por unos razonamientos hipotéticos y condicionales, más bien propios a esclarecer la naturaleza de las cosas que a mostrar su origen verdadero y parecidos a los que nuestros físicos hacen a diario acerca de la formación del mundo ...*" (John LOCKE, *Ensayos sobre el gobierno civil*).

j) Teoría contractualista absolutista: Thomas HOBBS (1588 - 1679)

El autor del *Leviatán*, publicado en Londres en 1651 y que es el desarrollo de su teoría que *profundiza en el análisis de la «naturaleza» del hombre para justificar la celebración de un «pacto social», dando vida a una persona <ficticia> denominada Leviatán; éste vendría a ser el origen de la monarquía absoluta no sólo de la inglesa sino en general de las monarquías del siglo XVII ...* ²².

El Estado se construyó sobre una base racionalista y pasó a ser un *artificio* creado por los mismos hombres para que satisfaga sus necesidades. Estas necesidades insatisfechas, entre las que se cuenta, fundamentalmente, la de seguridad impele a los hombres a renunciar a

²² REY CANTOR, Ob. Cit., Pág.161

su libertad para someterse a este "gran Leviatán que se llama Estado y que no es otra cosa que un hombre artificial de estatura y fuerza superiores a las del hombre natural para cuya protección fue concebido"²³.

Con HOBBS se inicia el iusnaturalismo moderno, el modelo iusnaturalista o "modelo de HOBBS (que) consiste substancialmente en la dicotomía estado de naturaleza - sociedad civil. Con la expresión estado de naturaleza se hace referencia a una hipotética condición no-política en la que una pluralidad de individuos titulares de derechos naturales originales se dañan recíprocamente debido a la ausencia de un poder común. Es una condición precaria en la que cada hombre hace uso de la propia fuerza para intentar sobrevivir: así, pues, el estado de naturaleza es un estado de guerra en el cual prevalecen las pasiones. Al estado de naturaleza se contraponen la sociedad civil o política en la cual los individuos se encuentran vinculados a un único poder superior y en estas condiciones los individuos son protegidos de la violencia recíproca. De esto deriva que sea interés de los individuos el construir la sociedad política, proyectar racionalmente un Estado capaz de protegerlos. Por consiguiente, en la perspectiva del modelo iusnaturalista el Estado es creado por la voluntad racional de los hombres. Estado de naturaleza y sociedad civil son términos opuestos: representan situaciones irreconciliables que no pueden subsistir al mismo tiempo. La ausencia de un poder común es representada como una condición contraria a la seguridad; a tal condición sólo se puede poner remedio substituyendo la pluralidad natural de los individuos por la unidad artificial del Estado. El iusnaturalismo es una teoría racional del Estado: sólo mediante un proyecto racional es posible del estado de naturaleza a la sociedad civil; el consenso racional de los hombres es expresado formalmente en el contrato social. El contrato social es el tercer elemento del modelo que permite la salida de la condición natural y el ingreso en la condición civil (o política) artificial. En suma, el pacto produce una realidad diferente de la natural"²⁴.

Las premisas de HOBBS son puntuales:

- 1) *Los hombres son iguales por naturaleza.* Dice el autor en su obra que "la naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en sus facultades corporales y mentales que, aunque pueda encontrarse a veces un hombre

²³ Salvatore SENESE. *Democracia pluralista, pluralismo institucional y gobierno del poder judicial.*

En *Corrupción y poder judicial. El papel de la jurisdicción.* TROTTA, Madrid, 1996, pág. 40

²⁴ José F. FERNÁNDEZ SANTILLAN. *HOBBS y ROUSSEAU. Entre la autocracia y la democracia.* EFE, México, 1996, pág. 14.

manifiestamente más fuerte de cuerpo, o más rápido de mente que otro, aun así, cuando todo se toma en cuenta en conjunto, la diferencia entre hombre y hombre no es lo bastante considerable como para que uno de ellos pueda reclamar para sí beneficio alguno que no pueda el otro pretender tanto como él. Porque en lo que toca a la fuerza corporal, aun el más débil tiene fuerza suficiente para matar al más fuerte, ya sea por maquinación secreta o por federación con otros que se encuentran en el mismo peligro que él ... "

II) *De la igualdad procede la inseguridad. Dice HOBBS: "De esta igualdad de capacidades surge la igualdad en la esperanza de alcanzar nuestros fines. Y, por lo tanto, si dos hombres cualesquiera desean una misma cosa, que, sin embargo, no pueden ambos gozar, devienen enemigos; y en su camino hacia su fin (que es principalmente su propia conservación y a veces sólo su delectación) se esfuerzan mutuamente en destruirse o subyugarse. Y viene así a ocurrir que, allí donde un invasor no tiene otra cosa que temer que el simple poder de otro hombre, si alguien planta, siembra, construye o posee asiento adecuado, pueda esperarse de otros que vengan probablemente preparados con fuerzas unidas para desposeerle y privarlo no sólo del fruto de su trabajo, sino también de su vida o libertad. Y el invasor a su vez se encuentra en el mismo peligro frente a un tercero ... (Por ello) los hombres no encuentran placer alguno de estar juntos allí*

. donde no hay poder capaz de imponer respeto a todos ellos ... " En consecuencia, en el estado natural hay ausencia de un *poder superior* con la capacidad de imponerse y someter a todos los hombres. Donde no hay *poder común* no hay ley y donde no hay ley no hay justicia. Luego, como dice REY CANTOR, la causa motriz del trastorno está, por lo general, en el querer unísono de muchos hombres de alcanzar una misma cosa que no se puede dividir ni tampoco disfrutar en común. ¿Cuál es la solución? La lucha de todos contra todos y el vencedor, que es el más fuerte, se quedará con lo perseguido por todos. De la misma manera se resuelven las colisiones que en este estado de naturaleza se presentan. Esta inseguridad genera la guerra.

III) *Causas principales de la riña es la naturaleza del hombre. Las causas del enfrentamiento de los hombres entre sí son, según HOBBS: "Primero, la competición; segundo, inseguridad; tercero, gloria. El primero hace que los hombres invadan por ganancia; el segundo, por seguridad y el tercero, por reputación. Los primeros usan de la violencia*

para hacerse dueños de las personas, esposas, hijos y ganado de otros hombres; los segundos, para defenderlos; los terceros, por pequeñeces, como una palabra, una sonrisa, una opinión distinta, y cualquier otro signo de subvaloración, ya sea directamente de su persona, o por reflejo en su prole, sus amigos, su nación, su profesión o su nombre ... ".

Por tanto podemos decir que, según el filósofo inglés, como no existe un solo poder en la sociedad, esto es, un poder común que determine la conducta de los hombres a respetar los derechos de los demás se vive " *en una condición de guerra; y una guerra como de todo hombre contra todo hombre*" y, se vive en un permanente miedo y peligro continuo de muerte. Porque el hombre es un lobo para el hombre (*hamo homini lupus*) y esta es la naturaleza del hombre.

La superación de esta etapa de naturaleza sólo se da por el *pacto* entre los hombres para otorgarse un *poder común*, esto es, "*conferir todo su «poder» y <juerza» a un hombre, o a una asamblea de hombres, que pueda reducir todas «sus voluntades», por pluralidad de voces, a una voluntad. Lo cual equivale a elegir un hombre, o asamblea de hombres, que represente su persona y cada uno poseer y reconocerse a sí mismo como autor de aquello que pueda hacer o provocar quien así representa a su persona, en aquellas cosas que conciernen a la paz y la seguridad común, y someter así sus voluntades, una a una, a su voluntad, y sus juicios a su juicio ... ".*

Dice HOBBS que lo fundamental del pacto social es el sometimiento a una sola voluntad, el poder común a todos los hombres es expresar un acto de "*consentimiento o concordia; es una verdadera unidad de todos ellos en una e idéntica persona hecha por pacto de cada hombre con cada hombre, como si todo hombre debiera decir a todo hombre: autorizo y abandono el derecho a gobernarme a mí mismo, a este hombre, o a esta asamblea de hombres, con la condición que tu abandones tu derecho a ello y autorices todas sus acciones de manera semejante. Hecho esto la multitud así unida en una persona se llama República, en latín «civitas». Esta es la generación de ese gran Leviatán, o más bien (por hablar con mayor reverencia) de ese Dios mortal a quien debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y defensa ... ".* En resumen, al Leviatán los hombres ceden su poder en forma incondicional, irrevocable y para siempre.

El *absolutismo* hobbesiano propugna la *irresponsabilidad* del Monarca afirmando en el *Leviatán* que:

"... como cada individuo es, en virtud de esa institución, autor de todos los actos y juicios del soberano instituido, resulta que cualquier cosa que el soberano haga no puede constituir injuria para ninguno de sus súbditos, ni debe ser acusado de injusticia por ninguno de ellos. En efecto quien hace alguna cosa por autorización de otro no comete injuria contra aquel por cuya autorización actúa. Pero, en virtud de la institución de un Estado, cada particular es autor de todo cuanto hace el soberano y, por consiguiente, quien se queja de injuria por parte del soberano protesta contra algo de que él mismo es autor, y de lo que en definitiva no debe acusar a nadie sino a sí mismo; ni a sí mismo tampoco, porque hacerse injuria a uno mismo es imposible... es cierto que quienes tienen poder soberano pueden cometer iniquidad, pero no injusticia o injuria en la auténtica acepción de estas palabras ..".

La tesis es muy clara: Dios ya no es más la fuente del poder, ahora lo es el Estado, por medio del pacto social. Por éste cada hombre adquiere el compromiso de resignar sus derechos al Estado, siempre que los demás también renuncien a esos derechos. Luego, según Juan F. ARMAGNAGUE, *"el monarca era inviolable y no podía imputársele responsabilidad política. Cualquier conflicto entre la Corona y el Parlamento no tenía otra solución que la destitución del rey, que inexorablemente conduciría a la anarquía,,25.*

Una de las cualidades del absolutismo era la irresponsabilidad política del monarca, pero eso cambiaría.

k) Problemática post - hobessian;>

La problemática que dejó planteada HOBBS era simple: poder político absoluto, no sometido a control alguno y extraño al Derecho Natural, lo cual causó seria inquietud por lo revolucionario de la propuesta: admitir un control político absoluto e ilimitado, sin freno siquiera por el Derecho Natural. La respuesta vino desde dos ámbitos culturales: el de los escritores políticos y el de los doctrinarios jurídicos.

Para los escritores *políticos* lo preeminente era dominar al Leviatán: intentaron por todos los medios restaurar la supremacía de la justicia y el

²⁵Juicio político y juicio de enjuiciamiento. DE PALMA, Bs. Aires, 1995, pág.17

Derecho natural, que Hobbes había puesto en peligro y se dedicaron a definir de nuevo la misión y los fines del Estado explorando las raíces profundas del vínculo político²⁶. Dice el maestro de la Universidad de Turín que los *juristas*, en cambio, siguieron otro camino y prefirieron ir al encuentro de Hobbes en su propio terreno, centrando su atención sobre el problema del Poder. La cuestión para ellos no era tanto refutar a Hobbes como sacar provecho de su enseñanza. Se trataba de determinar si el Poder puede ser ordenado de tal forma que garantice de la mejor manera posible aquella «seguridad» que Hobbes consideraba como la mínima condición necesaria para la existencia del Estado. Con ello quedaba planteado, en esencia, el problema constitucional.9.el Estado moderno: *controlar el poder sin destruir la soberanía de éste.*

Tanto BODINO como HOBBS rechazan la idea del Estado mixto, esto es, aquél que en la antigüedad (Platón, Aristóteles, Polibio,.Cicerón) y en la etapa del feudalismo (Tomás de Aquino) consideraron que -el Estado podía existir conjuntando el Poder en los diversos estamentos existentes, a la manera de POLIBIO que en su *Historia de Roma*, Libro VI exalta la virtud de las constituciones en que se reúnen los elementos de las diversas formas simples, proponiendo el ejemplo clásico de la constitución espartana que es igual a la actual y concreta constitución romana. Según POLIBIO, en la Roma republicana está representado el elemento monárquico por los cónsules, el aristocrático por el Senado y el democrático por las asambleas populares; y es a esta combinación de los tres tipos de gobierno a lo que atribuye la fuerza, la solidez y la grandeza del Estado romano²⁷.

BODINO sostiene que toda forma de Estado compuesta o mixta concluye siempre por enfrentar poderes, conflicto que exclusivamente se tendrá que superar empleando la violencia, Estado mixto que, además, constituye una ficción porque el Poder político supremo (soberano) siempre tendrá como titular al que realmente lo ejerce.

HOBBS, por igual, niega la existencia del Estado mixto o compuesto, pues, siempre sus formas son simples: monarquía, aristocracia o democracia. Dice que *"no puede haber otras porque la soberanía ... es indivisible, no puede pertenecer más que a uno solo o a todos en conjunto"*.

²⁶La noción del Estado. Una introducción a la Teoría Política. PASSERIN D'ENTREVES, Alessandro. ARIEL, Barcelona, 2001.

²⁷PASSERIN, Ob. Cit., págs. 144/45

La diferencia, entre ambos, se encuentra que BODINO diferencia conceptualmente lo que es *forma de Estado* y *forma de gobierno*. Para el autor la forma de Estado siempre es simple, pero la forma de gobierno puede ser compleja, pone como ejemplo, una monarquía que gobierne *democráticamente* si hace participar en las funciones del gobierno " *a todos por igual*". O, también, *aristocráticamente* si hace partícipes del gobierno sólo a unos pocos. O a la inversa una *aristocracia* como forma de Estado puede tener como forma de gobierno una monarquía o ser democrático y la forma de gobernar el Estado simple puede ser monárquica o democráticamente²⁸.

Las consecuencias de esta dupla conceptual de *formas de Estado* y *formas de gobierno* lleva, a renglón seguido, a PASSERIN, profesor de Turín, a la siguiente conclusión:

"BODINO estaba preparando' el camino al reconocimiento de que, no obstante la unidad y la indivisibilidad del poder en cuanto soberano, éste puede estar distribuido o estructurado de diversas maneras según las particulares situaciones de tiempo y de lugar y de conformidad también con los fines que el propio Estado se proponga ...".

Es en esta labor de ingeniería constitucional que trabajan LOCKE y MONTESQUIEU como verdaderos constructores de la división de los poderes que, como doctrina, no significa un ataque a la tesis de la soberanía, un regreso a la idea de la soberanía fraccionada, segmentada, esta mentalizada o dividida, como lo afirman prestigiados autores que escriben sobre la historia de las ideas políticas. No es así, se trata más bien de "*una concepción nueva y original sobre el modo como puede organizarse el poder y distribirse dentro del Estado, concepción que llegaría a ser la clave de la concepción del Estado como ordenamiento jurídico ...*" (PASSERIN). El problema de LOCKE y MONTESQUIEU no pasa por enfrentar la soberanía del Poder, sino que es un problema de Constitución. Lo esencial para ellos no era simplemente determinar donde reposa la titularidad del Poder soberano, de la soberanía o quién es su poseedor, sino cómo puede ejercitarse el Poder soberano del mejor modo posible, por diferentes agentes del mismo. Por ello, es acertada la observación de

²⁸Ídem, págs.148/49

MADISON en *El Federalista* cuando afirma que MONTESQUIEU no construyó una "división de poderes", sino una "una división del Poder". (Nos. XLVI - XLVII).

1) Teoría contractualista democrática: John LOCKE (1632 -1704)

El también inglés LOCKE es autor del ingreso a la historia de las ideas POLITICAS del concepto de *consentimiento* o *consensO*. Su teoría, por ello, es conocida como la del *consenso*. Su obra escrita durante su exilio en Holanda:

Dos tratados sobre el gobierno civil, los que fueron publicados en 1690. El *Leviatán* se había publicado en 1651. Es en el segundo *tratado* en el cual desarrolla la formación, la naturaleza y la finalidad del poder civil y lo que debe ser el Estado con separación de poderes.

LOCKE, nacido 44 años después del nacimiento de HOBBS, exiliado en Holanda por cinco años, regresa a Inglaterra en febrero de 1689 ya triunfante la Revolución Gloriosa, fallecido HOBBS, y en vigencia el *Bill of Rights* bajo la monarquía de Guillermo de Orange, sustituto de Jacobo II.

Las premisas de LOCKE son:

- I. *Del estado natural*. Su concepción sobre esta condición del hombre la desarrolla en el Capítulo 11 del *Ensayo sobre el gobierno civil* afirmando que: "Será necesario que tengamos en cuenta cuál es el estado en que se hallan naturalmente los hombres para entender bien en qué consiste el poder político y para remontamos a su verdadera fuente, a mencionar: «un estado de libertad completa» para organizar sus acciones y para disponer de sus propiedades y de sus personas según crean, sin necesidad de pedir permiso y sin depender del arbitrio de otra persona, dentro de los límites de la ley natural... Es asimismo un «estado de igualdad», dentro del cual toda autoridad y toda jurisdicción son recíprocas, en el que nadie tiene más que otro, porque lo más indiscutible es que seres de la misma especie e igual rango, nacidos para compartir sin distinción todas las ventajas de la naturaleza y para aprovecharse de las mismas facultades, sean también iguales entre ellos, sin humillación ni sometimiento ... ". Pensando en lo transcrito con respecto a la *libertad* y a la *igualdad* de los hombres en estado natural, comprendemos el porqué ambas realidades inherentes al hombre son consideradas *derechos naturales* de ese hombre. "La descripción del estado de naturaleza es, para Locke, esencial para entender la verdadera naturaleza del poder político, su estructuración y sus límites. Es un estado de perfecta

libertad de hacer en el ámbito de la ley de naturaleza, de completa independencia de cualquier voluntad ajena, y de completa igualdad: todos tienen un «derecho» natural a la vida, a la libertad y aquellas cosas que se procuran con el trabajo. Teniendo todos los hombres las mismas <facultades> o los mismos poderes (el de entender la ley de la naturaleza y el de aplicarla, castigando a quien la transgrede), cada uno tiene así la facultad de juzgar y de castigar, y es, igualmente, legislador y juez'²⁹.

II. *El poder político.* Este poder es el punto de partida de LOCKE para explicar cuál es el estado de naturaleza en que se hallaban los hombres y también es el de llegada, por cuanto el objeto de la teoría es el de mostrar la formación del Estado con división de funciones, a saber: hacer leyes (legislativo), ejecución de las leyes (ejecutivo) y defender el Estado los ataques e invasiones de los extranjeros (federativo); estas dos últimas funciones se valen de la utilización de la fuerza para proteger *la propiedad*, finalidad esencial de la sociedad política o civil, todo lo cual se realiza celebrando un pacto o contrato social, cimentado en el consentimiento. Con *propiedad* él acoge "*con un término general, la vida, la libertad y los bienes, porque esto está de acuerdo con toda la tradición de los juristas ingleses, que con LOCKE habían descubierto este derecho -uno y trino- en la «Magna Charta» ...*"³⁰.

Dice LOCKE: " ... *no puede haber ni perdurar una sociedad política sin tener el poder necesario en sí misma para la protección de la propiedad, y para sentenciar los quebrantamientos cometidos contra la misma por cualquier miembro de la citada sociedad, como consecuencia esto se traduce en que solo existe sociedad política allí exclusivamente donde cada uno de sus componentes ha renunciado a ese poder natural, dejándolo en manos de la comunidad para todas aquellas situaciones que no le impiden dirigirse a esa sociedad en busca de protección para la defensa de la ley que ella fijó*".

III. *De la división de poderes.* Los hombres, según el filósofo inglés, salen del estado natural y se constituyen en sociedad política, mediante el pacto social, porque en ese estado los hombres carecen de una normativa firme, además, de aceptada o acatada por todos y aplicada para solucionar los litigios surgidos entre ellos, por ello se hace necesaria la *ley civil*; también se requiere del *juez con competencia* para

²⁹MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno.* TROTTA, Madrid, 1998, Pág. 134.

resolver esos litigios, *aplicando* esa ley y, finalmente, no es menos necesaria el poder para *ejecutar* esas decisiones de los jueces, además, de aplicar la ley. *"El inconveniente del estado de naturaleza consiste nO ya en la imposibilidad teórica de la convivencia, como había señalado HOBBS, sino en el hecho de que los hombres son jueces en sus propias causas; dado que no son racionales, sino también pasionales, el estado de naturaleza es «potencialmente» también un estado de guerra, de manera que la situación del hombre es incierta y precaria, expuesta al riesgo. Esto le empuja a huir de esta situación, con el fin de ver garantizados sus propios derechos naturales a través de una ley establecida fija y conocida, un juez conocido e imparcial, que decida con base en la ley establecida, y un poder que ejecute la sentencia. Estos son los tres defectos del estado de naturaleza, de los que emerge la exigencia de las que en la sociedad política existan tres poderes, que desempeñen estas funciones para rellenar aquellos vacíos ... "*.³¹ · De ese :estado de naturaleza imperfecto *"se vislumbra... la forzosa e imperiosa necesidad de ls tres funciones del Estado: legislativa, ejecutiva y judicial, respectivamente"*³².

- IV. *El Parlamento soberano.* Es tesis de LOCKE que: *"A pesar de que una sociedad política consolidada y bien fundamentada que obra conforme a su propia naturaleza, o sea, para la protección de la comunidad, no pueda haber sino un poder soberano único, el legislativo, al que todos los demás se hallan y deben encontrarse supeditados ... Siempre y en toda situación, el poder legislativo es el poder supremo durante el tiempo que subsiste el gobierno, ya que quien puede imponer leyes a otro necesariamente ha de ser superior a él..."*. De aquí que el Parlamento surja como soberano, como poder supremo, pero siempre afincado en los hombres que prestaron su *consentimiento* para celebrar el pacto social, en quienes reside en última instancia y *potencialmente el verdadero poder*. Se trata de una explicación teórica y democrática sobre la formación del Estado. Es, pues, LOCKE, quien fue el primero en ver *"la utilidad de una separación de poderes como garantía formal de las libertades, si bien, aunque divididos, los consideraba subordinados al legislativo"*³³.

³¹ MATIEUCCI, Nicola. Ob. Cit., Pág. 134 ³² REY CANTOR, Ob. Cit. Pág.215

³³ Juan José CARCIA FERRER. *De la separación de poderes a la distinción de poderes.* En *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario.* BOSCH, Barcelona, 2003, pág. 893

Corno se constata John LOCKE *"retoma la teoría de HOBBS, que ve en el Estado una creación artificial, pero para él los hombres que se agrupan en una sociedad política no se encuentran de hecho en situación de infelicidad o de miedo, como los representaba el segundo, sino que, al contrario, viven en libertad e igualdad, pueden regular sus propias acciones y bienes como mejor les parezca, en el cuadro de la leyes naturales. A partir de esta situación, crean el Estado para ejercer mejor su propia libertad y sus propios derechos. En consecuencia, el Estado está obligado a ser garantía de esa libertad y no puede prevaricar sobre sus derechos ..."*³⁴.

Por otra parte, es de desatacar que LOCKE ya defendía la necesidad de subordinación de todos los poderes del Estado a uno que, en su caso, era el legislativo.

En la obra el autor es bastante claro en sostener la obediencia del monarca al poder legislativo y su obligación de responder políticamente ante el pueblo. En efecto afirma en el Capítulo XIX *De la disolución del gobierno* que:

"§ 227 cuando se introducen cambios en el poder legislativo, o cuando los legisladores actúan en forma contraria a la finalidad para cuya consecución se les dio el poder, quienes hacen tal cosa son reos de rebelión. Quien valiéndose de la fuerza hecha abajo el poder legislativo establecido por una sociedad, y las leyes dictadas por ese poder en cumplimiento de ese mandato, hace con ello desaparecer e poder arbitral cuyas decisiones se comprometieron a aceptar en sus disputas todos los súbditos, impidiendo de ese modo que pudiera reinar entre ellos el estado de guerra. Quienes echan abajo o introducen modificaciones en el poder legislativo destruyen el poder de decidir. Este poder no lo posee sino quien recibe el mandato y el consentimiento del pueblo; por ello, pues, quienes destruyen la autoridad que el pueblo otorgó y que nadie sino el pueblo puede otorgar, e implantar un poder que el pueblo no ha autorizado, implantan en realidad el estado de guerra, es decir, el reinado de la fuerza sin autoridad ... § 240 ... ¿Quién será juez para sentenciar si el monarca o el poder legislativo obran en contra de la misión que se les ha encomendado? .. A lo cual

³⁴S. SENESE. Ob. Cit., Pág.41

contesto que es el pueblo quien ha de juzgar ... § 242 Si, pues, surge entre el monarca y algunos de sus súbditos una disputa en materia que la ley ha dejado dudosa o en silencio, y es materia que pueda acarrear graves consecuencias, yo me siento inclinado a creer que el árbitro más indicado en semejante caso debería ser la totalidad del pueblo. Porque tratándose de casos en que el príncipe, por la confianza puesta en él, no está obligado a las prescripciones corrientes de la ley, y algunos súbditos se creen lesionados y piensan que el príncipe ha actuado en forma contraria a ese mandato o excediéndose en el mismo, ¿quién mejor juez que el conjunto del pueblo (que fue quien primitivamente colocó en él esa confianza) para declarar el alcance que quiso darle? ...³⁵.

A diferencia de la teoría teocrática, LOCKE proclama la responsabilidad de los gobernantes cuando desacatan el mandato del pueblo y traicionan la confianza depositada en ellos y, asigna al mismo pueblo, el rol de juez de esos actos.

La creación de la *responsabilidad* política es una verdadera revolución en la teoría del Estado y, fundamentalmente, en la teoría del poder y surge de la necesidad de imponer a éste mecanismos de *control* para su ejercicio.

11) Doctrina de la división del Poder: MONTESQUIEU (1689 - 1755)

Afirma que en todos los Estados se encuentran tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial; sin embargo, la libertad política sólo existe en aquellos Estados en que estos tres poderes no se concentran en una misma persona o cuerpo de gobierno. Sólo hay dos formas de "gobiernos" las *repúblicas* y los *principados* y éstos, a su vez, pueden ser *monarquías* y *despotismos*, según el poder sea de uno solo sea ejercido con subordinación a las leyes o lo sea en forma arbitraria y al libre capricho del gobernante. En consecuencia, dice el profesor italiano que seguimos en esta parte, la *naturaleza* de un *gobierno* queda determinada por la sede de la soberanía, por la atribución del poder soberano, *bien a todo el pueblo* o a una *parte del mismo* en las *repúblicas*, *bien a uno solo* en el *principado*.

³⁵ *Ensayo sobre el gobierno civil*. ORBIS, Barcelona, 1983, págs. 142 y 151

Luego, en tanto que estructura jurídica el Estado es uno, su Poder, en cambio está dividido. No se trata de la fragmentación de la soberanía como Poder supremo único, sino de la organización o estructuración jurídica del mismo Poder, para así garantizar la libertad de las personas. Todo el razonamiento, afirma Nicola MATTEUCCI³⁶, se encuentra dominado por el principio que es necesario instituir un sistema de controles recíprocos, que garantice a la estructura institucional, mediante un cuidado contrapeso de los órganos, una situación de equilibrio. Es la teoría racionalista de los *cheks and balances*, de los pesos y contrapesos, una teoría que confía en triunfar sobre las pasiones y sobre los instintos, es decir, sobre la realidad elemental de la fuerza con una buena dosificación de los poderes.

Afirma P ASSERIN D'ENTREVES:

"La tesis fundamental que mantengo es que la división de poderes no es incompatible con una clara noción de la soberanía, sino que en realidad la presupone ... Desde el momento que se afirma que la soberanía es el rasgo por el que se distingue el Estado³⁷ de otras instituciones y al Derecho, es difícil creer que pueda haberse concebido con la intención de poner en duda la verdadera existencia del Estado haciendo saltar en pedazos la noción de soberanía ... (Por otra parte), la tesis de la división de poderes ... no es una teoría política, sino jurídica ... : no responde a la pregunta de quién sea el titular de la soberanía, sino solamente a la cuestión de cómo debe organizarse el poder en orden a la realización de ciertos fines cualquiera que sea dicho titular. La doctrina es conciliable con toda forma política excepto, por supuesto, con un sistema arbitrario ... Por último ... la auténtica finalidad perseguida por la doctrina de la división de los poderes, asegurar la realización de los fines para los que se instituyó, nunca hubiera podido alcanzarse de no asegurarse al mismo tiempo la soberanía del Estado. Sólo conociendo exactamente quién tiene el poder de mandar puede lograrse la *tranquilidad de espíritu* tan alabada por MONTESQUIEU como condición de la libertad política. Pero la tranquilidad de espíritu, es decir, *la certeza jurídica*, no puede

³⁶ *La organización del poder y libertad*, pág. 151

³⁷ Como equivalente a Poder político supremo.

darse salvo que conozcamos los diferentes canales a través de los cuales se nos impone el poder a quienes somos los legítimos intérpretes del poder del Estado; y salvo también que el Estado, a su vez, sea lo suficientemente fuerte como para no permitir que otros poderes soliciten nuestra sumisión. Todos estamos de acuerdo en que la división de poderes constituye la médula de la noción liberal de Estado, pero pocos tienen en cuenta que la erección del moderno Estado soberano fue una condición esencial para la libertad que hoy disfrutamos y apreciamos ... "³⁸

Desarrolla sus ideas cuando en Inglaterra se había consolidado el sistema parlamentario y era éste, a los ojos de MONTESQUIEU, un sistema mejor que el absolutismo, por ser más moderado.

El ligamen o vínculo entre gobernantes y gobernados se realiza a través de una *elección* y de ésta nace la *responsabilidad política* que vive a través del *control político*. Luego, un sistema constitucional de *control político* es imprescindible para la efectiva vigencia de la *responsabilidad política* la que, a su vez, nace de la *elección* de los gobernantes que realizan los gobernados, la que vincula a aquéllos con éstos.

No es factible prescindir de la doctrina de MONTESQUIEU para llegar a la formación del Estado de Derecho, pues, equivale a amputar una de sus características esenciales: la limitación del Poder político que ejerce. De esta doctrina es que nace el actual *pluralismo institucional* que se caracteriza esencialmente por el rechazo a una estructura del Estado centralizado y vertical que impida la existencia de cuerpos intermedios, espacios de autonomía colectiva entre los individuos y el poder central³⁹. No olvidemos que el Estado democrático implica una minimización del Poder (KELSEN)

Lo que es, ahora, la división de poderes que se prescribe en las constituciones democráticas, que se respetan por los Estados, asegura la vigencia del Derecho que es, finalmente, la auténtica y única condición esencial para el ejercicio del Poder político. No hay Poder que no sea jurídicamente limitado, no hay Estado que pueda llamarse de Derecho

³⁸ Ob. Cit. Págs. 150/51

³⁹ S. Senese. Ob. Cit., pág.47

sin cumplir con esa condición. Por ello, repetimos, una vez más, que el Poder del Estado es soberano, es decir, supremo; pero no es ilimitado.; por el contrario, es por naturaleza limitado por el Derecho.

Concluyo este acápite con las palabras del profesor V ANOSSI, indudablemente compartidas: "De todo el pensamiento de MONTES-QUIEU, la idea más rescatable y con mayor supervivencia es aquella según la cual "sólo el poder contiene al poder", cuya mejor aplicación inicial fue la realizada por los constituyentes de Filadelfia mediante el sistema de *cheks and balances* y cuya más decantada actualización se encuentra en las modernas Constituciones europeas de la segunda posguerra mundial"⁴⁰

m) JEAN JACQUES ROUSSEAU (1712-1778)

Enciclopedista, contemporáneo y amigo de DIDEROT , desarrolla su doctrina política en su obra *El Contrato Social*, en la que parte de la afirmación que el origen de la sociedad y de las leyes fue o *debió ser* (una hipótesis de trabajo) crear un *poder supremo* para imponer la ley a los ricos y a los pobres, ponerse, los hombres, las cadenas creyendo que así aseguraban la libertad y el derecho sobre sus presiones y, así los hombres emprendieron en la celebración de un contrato social. Dice ROUSSEAU:

"Este fue o debió ser, el origen de la sociedad y de las leyes, que pusieron nuevas dificultades al débil y dieron nuevas fuerzas al rico, destruyeron irremediamente la libertad natural, fijaron para siempre la ley de la propiedad y de la desigualdad, convirtieron una hábil usurpación en un derecho irrevocable y, en provecho de algunos ambicios'ós, dominaron a partir de entonces a todo el género humano condenándolo al trabajo, a la servidumbre y a la miseria. Se puede ver pues fácilmente como el establecimiento de una sola sociedad hizo indispensable el de todas las demás, y como para enfrentarse a unas fuerzas unidas, fue necesario unirse a su vez. Las sociedades que se multiplicaron o se extendieron rápidamente, cubrieron pronto toda la superficie de la tierra, y ya no pudo encontrarse ningún rincón del universo

⁴⁰ Jorge Reinaldo VANOSI. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*. EUDEBA, Bs. Aires, 2000. Pág. 176

donde uno pudiera librarse de su yugo, y apartar su cabeza del machete, generalmente mal dirigido, que continuamente veía suspendido sobre ella ... "

Explica REY CANTOR que la sociedad así constituida nació débil; poco a poco comenzaron a verse las deficiencias de la conformación; las reglas de justicia eran violadas ante la mirada complaciente de la comunidad porque no existía una autoridad política que hiciera cumplir los mandatos de estas reglas⁴¹.

Las tesis de ROUSSEAU son:

1. *La formación del Estado y el contrato social.* El autor en las primeras páginas enuncia el problema que ha de ser resuelto, esto es: *"El hombre ha nacido libre y en todos lados esta encadenado,. ¿Cómo legitimar la existencia de la sociedad sin hacer de ella un instrumento de opresión? El problema se formula en términos precisos: Hallar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado y en el cual, aunque cada uno se una a todos, sólo obedezca a sí mismo y permanezca tan libre como antes"*⁴²

Es preciso aclarar que el origen del Estado ROUSSEAU lo desarrolla en su obra *Discurso acerca de la desigualdad entre los hombres* que el mismo autor reconoce en sus *Confesiones* que es el preámbulo del *Contrato Social*. Parte de considerar " *el establecimiento del cuerpo político como un verdadero contrato entre el pueblo y los jefes que él mismo escoge; contrato mediante el cual las dos partes se obligan a observar las leyes que se estipulan en él y que constituyen los vínculos que los unen. Y dado que el pueblo, en lo que respecta a las relaciones sociales, ha reunido todas sus voluntades en una sola, todos los artículos en los que se expresa esta voluntad se convierten en otras tantas leyes fundamentales que obligan por igual a todos los miembros del Estado sin ninguna excepción*".

Luego:

1. *El Estado o cuerpo político se forma como consecuencia del contrato social.*

⁴¹ Ob. Cit. Pág.246 ⁴²

ídem. Pág.246

2. El *contrato* se celebra entre dos partes: el pueblo y los gobernantes.
Y,
3. Los gobernantes son los escogidos por el propio pueblo.

Si bien en el *Discurso* se realiza el estudio del hombre en estado de naturaleza, también se precisan las causas que condujeron a la celebración del *contrato social* donde se erige el Estado, es en la obra titulada del *Contrato Social* donde ROUSSEAU concreta la fórmula política para conseguido. Como dice el autor que hemos citado *es en la primera obra (que) se justifica la necesidad de llegar al contrato social y formar el Estado, en la segunda obra se desarrolla plenamente la teoría del contrato, convención, acto de asociación que origina el "cuerpo moral y colectivo", o "comunidad", o "sociedad civil", o "cuerpo político"*⁴³.

La formación del Estado (Capítulos Quinto y Sexto del primer libro de *El Contrato Social*) se realiza después de un proceso:

- 1.- Surgen obstáculos y dificultades para que el hombre se conserve en su estado natural (la propiedad privada, generadora de la desigualdad), luego deben salir de éste.
- 2.- Para conseguir su huida del estado de naturaleza, los hombres deben unir sus fuerzas.
- 3.- La unión de las fuerzas de los hombres se consolidan en un contrato social.
- 4.- Producto de ese contrato surge el Estado.

II.- *La voluntad general*. Afirma ROUSSEAU que *"no es la sumatoria de las voluntades individuales"* y tampoco *"es la voluntad de todos"*. En varios párrafos la hace comprensible:

"Según ella (la voluntad general!), el soberano a favor del cual el individuo enajena sus derechos, se expresa por la voluntad general. Ahora bien, la voluntad general es a la vez la voluntad de la comunidad entera y la de cada asociado en cuanto éste es

⁴³ Ob. Cit. Pág.247

miembro del soberano, formado únicamente por *los particulares que lo componen*".

Hay "diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general; ésta se refiere al interés común, la otra al interés privado, y no es más que una suma de voluntades particulares; pero quitad de estas mismas voluntades los más y los menos que se destruyen entre sí, queda como suma de las diferencias la voluntad general".

Se puede afirmar, sin temor a equívoco, que la *voluntad general* es el fundamento de la *soberanía*, la que se concreta en las *leyes*. Las que define el propio ROUSSEAU diciendo que "*no son propiamente otra cosa que las condiciones/> de la asociación civil. El pueblo sometido a las leyes debe ser autor de las mismas; sólo a los que se asocian corresponde reglamentar las condiciones de la sociedad*".

Para ROUSSEAU "*las leyes no son propiamente otra cosa que las condiciones de la asociación civil. El pueblo sometido a las leyes debe ser el autor de las mismas; sólo a los que se asocian corresponde reglamentar las condiciones de la sociedad*". Al respecto significa esta afirmación que el pueblo está llamado a ejercer la función legislativa, precisamente porque es soberano, porque el pueblo es el soberano. En la doctrina rouseauniana el Poder del Estado (cuerpo político) tiene como cualidad o atributo ser soberano y ese Poder político está en relación de obediencia a la voluntad general, es decir, que la titularidad del Poder político *soberano* radica en el pueblo. Dice ROUSSEAU que "*así como la naturaleza da a cada hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, el pacto social lo da al cuerpo político sobre todos los suyos, y es este poder el que, dirigido por la voluntad general lleva, como he dicho, el nombre de soberanía*".

Para el citado autor la soberanía es absoluta, inalienable, indivisible e infalible.

Es *absoluta*. Afirma ROUSSEAU: "*El pacto social confiere al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos*". Es decir, el poder político soberano, cuyo titular es el pueblo es supremo. No existe poder superior a éste. Es ilimitado y se debe ejercer en forma directa. No cree en la representación popular.

Es *inalienable*. Afirma: "*El poder puede cederse, transmitirse. La voluntad no ... porque la fuerza del Estado tiene como objeto el bien común, del que es posible hablar porque el contrato elimina la contraposición entre intereses particulares*".

Es *indivisible*. Si la soberanía es una tributo del Poder que descansa en el pueblo, tal voluntad "*es general o no lo es; es la del cuerpo del pueblo, o solamente de una parte*". De esta forma ROUSSEAU no acepta la división o separación de los poderes.

Es *infalible*. Afirma que "*la voluntad general es siempre recta y tiende siempre a la utilidad pública ... no puede errar ... el soberano, por el hecho exclusivo de serlo, es siempre lo que debe ser*".

m) Epílogo:

Fueron éstas las doctrinas POLITICAS que sepultaron al absolutismo y las que sirvieron de sustento ideológico a las Revoluciones norteamericana (1787) y francesa (1789), como lo prueba la Constitución norteamericana y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, revoluciones y documentos que marcaron el nacimiento del Estado de Derecho Liberal o Estado de Derecho Burgués que, en su evolución, llegó a convertirse en el actual Estado Social de Derecho que proclama nuestra Constitución en su Art. 1, pero concebido como Estado Social de Derecho con un contenido de justicia material, lo cual desarrollamos en nuestro *Derecho Constitucional*, Tomo 11, Sumario 1, XII, al cual nos remitimos.

Guayaquil, 4 de abril de 2004

BIBLIOGRAFÍA

ARMAGNAGUE, F. *Juicio político y juicio de enjuiciamiento*.
DEPALMA, Bs. Aires, 1995.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Lecciones elementales de política*.
UNIVERSIDAD DE LOS DES, Lima, 2002.

BOBBIO y MATTEUCCI. *Enciclopedia de la política*. F. C. E., México,
1998.

BÖCKENFÖRDE, Ernst W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la
democracia*. TROTTA Madrid, 2000.

CARRÉ de MARBERG, *Teoría General del Estado*. F. C. E., México, 1998.

DE LA CUEVA, Mario *La idea del Estado*. UNAM, México, 1980.

FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José F. *HOBBS y ROUSSEAU. Entre la
autocracia y la democracia*. EFE, México, 1996.

GALBRAITH, John Kenneth. *La anatomía del poder*. PLAZA & JANES,
Barcelona, 1985

GARCÍA FERRER, Juan José. *De la separación de poderes a la distinción de
poderes*. En *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*. BOSCH,
Barcelona, 2003.

LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. ORBIS, Barcelona, 1983.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del
constitucionalismo moderno*. TROTT A, Madrid, 1998.

ORTIZ DÍAZ, José. *El horizonte de las administraciones públicas en el cambio
de siglo*. En *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*. Libro homenaje al
profesor Dr. Ramón Martín Mateo. Tomo I (Coordinador Francisco SOSA W
AGNER),

PASSERIN D'ENTREVES, Alessandro, *La noción de! Estado. Una introducción a la Teoría Política ..* ARIEL, Barcelona, 2001.

PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Teoría de! Estado.* EDITORIAL PORRÚA, México, 1984.

REY CANTOR, Ernesto. *Teorías POLITICAS clásicas de la formación del Estado.* 4ta. Edición, 2003, E. R. C, Bogotá.

SENESE, Salvatore. *Democracia pluralista, pluralismo institucional y gobierno de! poder judicial.* En *Corrupción y poder judicial. El papel de la jurisdicción.* TROTTA, Madrid, 1996.

TRUJILLO, Julio César. *Teoría del Estado en e! Ecuador.* C. E. N., Quito, 1994

V ANOSSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de Derecho en e! Constitucionalismo Social.* EUDEBA, Bs. Aires, 2000.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad.* F.CE., Bs. Aires, 1992.

ZAVALA EGAS, Jorge. *Derecho Constitucional.* Tomo II. EDINO, Guayaquil, 2002.